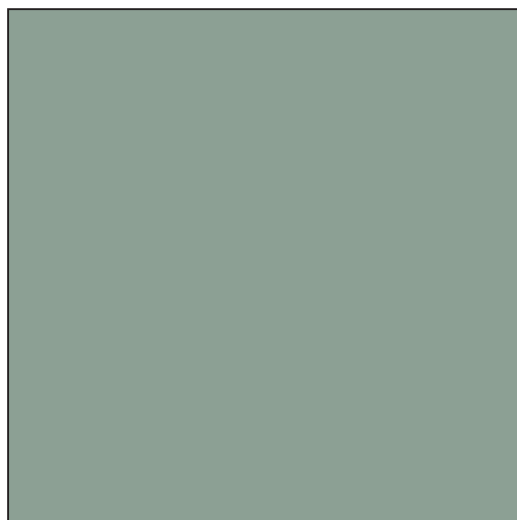


**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

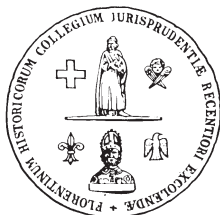
52



PAOLO GROSSI

**ASSOLUTISMO
GIURIDICO
E DIRITTO
PRIVATO**

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA
promossa e diretta da PAOLO GROSSI

VOLUME CINQUANTADUESIMO

PAOLO GROSSI

ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO



Milano - Giuffrè Editore

PRIMA CHE IL LIBRO SCIENTIFICO MUOIA

Il libro scientifico è un organismo che si basa su un equilibrio delicato. Gli elevati costi iniziali (le ore di lavoro necessarie all'autore, ai redattori, ai compositori, agli illustratori) sono recuperati se le vendite raggiungono un certo volume.

La fotocopia in un primo tempo riduce le vendite e perciò contribuisce alla crescita del prezzo. In un secondo tempo elimina alla radice la possibilità economica di produrre nuovi libri, soprattutto scientifici.

Per la legge italiana la fotocopia di un libro (o parte di esso) coperto da diritto d'autore (Copyright) è illecita. Quindi ogni fotocopia che eviti l'acquisto di un libro è reato.

La fotocopia non soltanto è illecita, ma minaccia la sopravvivenza di un modo di trasmettere la scienza.

Chi fotocopie un libro, chi mette a disposizione i mezzi per fotocopiare, chi comunque favorisce questa pratica è contro la legge, ma soprattutto è nella situazione di chi raccoglie un fiore di una specie protetta, forse sta per cogliere l'ultimo fiore di quella specie.

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

ISBN 88-14-07211-6

© Copyright 1998 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.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

*A Francisco Tomás y Valiente
nell'intatto ricordo
nell'intatto rimpianto*

“Le passé est une incantation de la chose à venir”
(Paul CLAUDEL, *Art poétique - Connaissance du temps*)

NOTA PREFAZIONALE

Si pubblicano qui i seguenti saggi tutti organicamente collegati e si indicano anche i luoghi della pubblicazione originaria. L'ordine è rigorosamente cronologico:

1) *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'Atti' di un convegno milanese e alla ricerca di segni)*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988);

2) *Interpretazione ed esegesi (anno 1890 - Polacco versus Simoncelli)*, in *Rivista di diritto civile*, XXXV (1989), nonché in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Milano, Giuffrè, 1990;

3) *'Il coraggio della moderazione' (specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco)*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18 (1989), nonché in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, Giuffrè, 1991;

4) *Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX*, in lingua spagnola, Bellaterra, Universitat Autònoma de Barcelona, 1991; nonché, in lingua italiana, in *Rivista di storia del diritto italiano*, LXIV (1991); nonché, in lingua inglese, in *Italian Studies in Law-Review of Legal Problems*, II (1993); nonché, in lingua tedesca, in *Tübinger Universitätsreden - Reihe der Juristischen Fakultät*, B.3, Tübingen, 1992 e in *Rättshistoriska Studier*, Stockholm, 1993;

5) *Ripensare Gény*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20 (1991), nonché, in *Rivista di diritto civile*, XXXVIII (1992);

6) *Assolutismo giuridico e diritto privato - Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, in *Rivista di diritto civile*, XXXIX (1993), nonché in *Le ragioni del diritto - Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, Giuffrè, 1995;

7) *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, in *Notiziario dell'Università degli Studi di Firenze*, XIV (1996), in *Rivista di storia del diritto italiano*, LXIX (1996), e in *Rivista di diritto civile*, XLIII (1997);

8) *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXV (1996), nonché, in lingua tedesca, in *Staat, Politik, Verwaltung in Europa - Gedächtnisschrift für Roman Schnur*, Berlin, Duncker u. Humblot, 1997;

9) *Il disagio di un 'legislatore' (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 26 (1997);

10) *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, in *Diritto privato*, III (1997); nonché in *Studi in onore di Pietro Rescigno* (in corso di stampa);

11) *Itinerari dell'assolutismo giuridico - Saldezze e incrinature nelle 'parti generali' di Chironi, Coviello e Ferrara*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 27 (1998).

12) *Modernità politica e ordine giuridico*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 27 (1998).

Uno di questi saggi (e precisamente l'ottavo) può apparire estraneo per essere formalmente dedicato alla costituzione giuridica medievale. In realtà, vi è contenuto un contrappunto fra pluralismo medievale e assolutismo giuridico (monismo) moderno, che abbiamo ritenuto utile al lettore.

Non si pubblica il saggio: *Assolutismo giuridico e diritto penale*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 24 (1995), perché il suo contenuto è esclusivamente penalistico.

Non si pubblica, malgrado la sua espressa attinenza al nostro tema, il saggio: *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, unicamente perché già ricompreso nel volume collettaneo: *Il dominio e le cose* (Milano, Giuffrè, 1992).

Non si pubblica il saggio: *Alla ricerca di frammenti di verità -*

Omaggio a Francisco Tomás y Valiente, che funge da premessa al libro di Bartolomé CLAVERO, *Tomás y Valiente - Una biografía intelectual*, Milano, Giuffrè, 1996. Il lettore dirà che non ve ne sarebbe stato motivo, visto che esso tratta della vita e dell'opera del grande giurista spagnolo. Al contrario, ce ne sarebbe stato, giacché quel saggio tocca il problema dell'assolutismo giuridico quale oggetto del mio colloquio culturale con Tomás y Valiente; solo che lo tocca insieme a molti altri, e non mi è sembrato opportuno l'inserimento in un contesto dalla compatta organicità.

Proprio perché mi auguro che questo volume vada tra le mani di un pubblico di lettori un po' più vasto dei venticinque storici del diritto ormai ben consapevoli del mio angolo d'osservazione, inserisco volentieri, a mo' d'introduzione, sotto il titolo 'Ancora sull'assolutismo giuridico', la traccia sintetica delle lezioni da me tenute alla Università Cattolica di Milano su richiesta di alcune associazioni studentesche di quell'Ateneo e ai 'Departamentos de derecho civil' della prima e della seconda Università di Sevilla su invito dei Colleghi civilisti Angel Lopez y Lopez, Francisco Capilla e Rosario Valpuesta. Ciò varrà a chiarire liminalmente il problema affrontato nel volume e a consentire in tal modo una più adeguata comprensione dei singoli saggi raccolti, compresi i vari saggi storico-giuridici dedicati a peculiari figure di giuristi.

Torno un momento a Francisco Tomás y Valiente, cui è dedicato questo libro. La dedica non ha soltanto il significato di sottolineare il mio affettuoso ricordo per un amico carissimo e di rinnovare il tributo di alta considerazione a un grande giurista, ma vuole anche riprendere idealmente il colloquio con lui, che proprio sul tema del 'mio' assolutismo giuridico trovò momenti di rara intensità culturale.

PAOLO GROSSI

Citille in Chianti, Festa dei Santi Pietro e Paolo 1998.

ANCORA SULL'ASSOLUTISMO GIURIDICO

(ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)

1. Assolutismo giuridico: un sintagma da chiarire. — 2. Una ricchezza singolare: la libertà dello sguardo dello storico del diritto. — 3. L'assolutismo giuridico moderno come eclisse del pluralismo. — 4. Assolutismo giuridico: valenza 'costituzionale' del diritto privato, mito della legge, panlegalismo. — 5. Assolutismo giuridico e complessità dell'ordine giuridico. — 6. L'assolutismo giuridico e le sue incrinature.

1. Assolutismo giuridico: un sostantivo e un aggettivo comuni, ma una congiunzione non comune. Si è infatti parlato e si parla spesso di assolutismo unendovi la qualificazione di politico religioso culturale, ma mai — ch'io sappia — di giuridico. La congiunzione appare non solo inconsueta ma anche singolare e poco comprensibile, se si pone attenzione che con essa io ho inteso e intendo sottolineare un frutto tipico dell'età borghese, dell'età del liberalismo economico, cui la bassa retorica dei luoghi comuni della cultura corrente assegna unicamente il volto di un mondo di conquiste libertarie, età di libertà, età di diritti.

Nessuno vuole smentire questo volto, che resta rilevante nella storia della civiltà moderna. Con quella congiunzione e con la modesta ed elementare riflessione che vi è connessa si vuol solo segnalare che non si deve essere abbacinati e conquistati da quel volto appariscente, vistoso e senza alcun dubbio suadente, ma che vi sono altre facce più nascoste — generalmente ignorate o trascurate — che conviene illuminare affinché si consegua il risultato di una piena storicizzazione e non di un ritratto encomiastico alla stessa stregua di come, nel passato, i pittori cortigiani troppo spesso facevano dei loro poco avvenenti sovrani.

A taluno, amante delle oleografie di maniera e avvezzo a portare offerte sugli altari consolidati, potrà sembrare una dissacrazione. Sarà, invece, unicamente l'acquisizione di una visione più complessa, più autenticamente critica.

2. Sta proprio qui, a mio avviso, il ruolo e il compito dello storico del diritto, come ho avuto modo di puntualizzare recentemente in più di un'occasione; e il tema-problema dell'assolutismo giuridico, evocato da non altri che dallo storico del diritto, ne offre splendida dimostrazione. Egli, se tale è veramente, e cioè se veramente ha il privilegio di congiungere in sé lo storico e il giurista, è personaggio per sua natura dotato di straordinaria ricchezza e di straordinaria libertà rispetto a un cultore del diritto positivo; né dovrebbe tener dentro di sé, egoisticamente chiuso, un siffatto duplice privilegio ma esercitarlo in un colloquio vivo con chi è, per un verso, più povero e, per un altro verso, meno libero di lui.

Ben singolare ricchezza! Che sta tutta nel suo manipolare con disinvoltura la vita e la morte: la vita nella sua distesa compiutezza, nel suo bilancio interamente realizzato e ormai concluso; e la morte non come vuoto incolmato ma come nesso vitale, come rapporto fra un prima e un poi. Singolare ricchezza ma anche ricchezza grande, che si appropria della totalità dell'esprimersi vitale, che non si limita alle singole vicende individuali staccate l'una dall'altra ma riesce a cogliere il filo che tutte le unisce, che l'occhio non vede ma che tutte sorregge quasi come il filo d'una collana.

E singolare libertà! Che è libertà dall'irretimento del presente e dal pesante vincolo del vigente. Se vogliamo, è una povertà assoluta quella dello storico, povertà in tutto simile a quella del monaco, senza illècebre, senza soddisfazioni sensibili, ma anche monda dalle aridità grossolane che vengono dai lacci del quotidiano; una povertà che è per lui purità dello sguardo liberato dal paesaggio tangibile, lievità del suo essere tutto proiettato in una dimensione sopra-sensibile, e perciò anche pienezza spirituale.

Questo personaggio ricco e libero in grazia della sua povertà, ha, proprio per questo, il privilegio di assumere una funzione stimolatrice, eminentemente critica. Altri dissero che ha una amplissima cura d'anime; io mi limiterò a sottolineare il ruolo di coscienza critica accanto al cultore d'un diritto positivo, di soggetto che è chiamato alla scomoda funzione di mettere in crisi le non discusse certezze di costui, scuotendo le sue immobili saldezze e scompigliando il perfetto paesaggio in cui si compiace di collocarsi.

Uno scompiglio grosso in questo paesaggio perfetto è, per

l'appunto, il richiamo sgradevole ma, a mio avviso, salutare, all'assolutismo giuridico.

3. Fu nel 1988, quando stavamo in tutta Europa per essere sommersi dalla gran piena delle celebrazioni per il bicentenario della Rivoluzione e della 'Déclaration des droits', che io osai parlare per primo, in una completa solitudine, di assolutismo giuridico, elevando una voce tanto stonata rispetto al coro generale quanto inascoltata e bellamente ignorata. Infischandomi dello scarsissimo successo del mio richiamo, ho invece continuato testardamente a ribadire e sottolineare, negli ultimi dieci anni, quello che a me sembra un grosso problema culturale, cioè un problema che investe in modo centrale la cultura giuridica moderna.

Assolutismo giuridico è uno schema interpretativo che, nella mia visione, tendeva infatti a mettere in luce anche le indubbie — ma quasi sempre eluse — conseguenze negative delle concezioni giuridiche borghesi. L'urlo della Marsigliese e i mortaretti sparati per le carte dei diritti hanno troppo spesso impedito di avvertire quanto coartante e innaturale fosse il gran processo di pan-legificazione e di codificazione sette-ottocentesco.

Il terzo stato al potere ha il merito non secondario di avere intuito — a differenza del Principe di antico regime — che *tutto* il diritto interessa al detentore del potere politico e che è nel monopolio della produzione giuridica la garanzia prima e più valida per quel potere.

Dinanzi a un diritto ormai tutto identificato nella volontà statale ci si è beati di fonti certe e chiare, limpide nel dettato, robustamente pensate (per esempio, il *Code civil*), fondate su un ammirevole sapere tecnico, e non si è riflettuto abbastanza su due conseguenze gravissime: il diritto si identificava ormai nel solo diritto ufficiale, e, come tale, tendeva sempre più a formalizzarsi, mentre un confine compatto veniva ad ergersi fra il territorio del diritto e quello dei fatti; la società civile continuava ad essere depositaria della produzione giuridica soltanto nella favola-finzione della democrazia indiretta sbandierata dalla ossessionante apologetica filo-parlamentare, ma nell'effettività ne restava clamorosamente espropriata; il diritto veniva sradicato dalla complessa ricchezza del sociale per legarsi a una sola cultura, impoverirsi e identificarsi

sgradevolmente nella espressione del potere e della sua classe detentrica.

Assolutismo giuridico significa tutto questo, ma per lo storico significa soprattutto inaridimento: il rigido monismo dettato da imperiosi principi di ordine pubblico impedisce una visione pluriorientata e, di conseguenza, pluriculturale, concependo un solo canale storico di scorrimento munito di argini tanto alti da evitare immissioni e commistioni dall'esterno. La regola, la norma, si genera in quel solo corso; il regolare, il normale su quello si misura. Tutto il resto ha due condanne pesanti: l'illecito o, ad andar bene, l'irrilevante.

La mia modesta voce aveva un fine modestissimo, ma che mi sembrava sacrosanto: prendere atto anche dell'altra faccia di quella testa bifronte che è la Codificazione del diritto privato (manifestazione prima e suprema del moderno diritto borghese) e la generale panlegificazione; senza insulsi e ingenui donchisciotismi, segnalare la complessità del grande fenomeno 'codificazione', il più grande nella storia giuridica dei paesi di *civil law*; segnalarne, liberi dalla insopportabile retorica ottantanovarda, le sue implicazioni molteplici *anche* negative per la storia del diritto moderno proprio in grazia del suo carattere fondamentale di monopolizzazione da parte dello Stato del meccanismo di produzione del diritto, perfino del diritto privato, che una tradizione antica e mai smentita aveva pressoché interamente lasciato nell'orbita dei privati.

4. Per l'ordine giuridico borghese il diritto privato assume infatti una valenza che, prima, assolutamente non aveva: valenza costituzionale, squisitamente fondativa di quell'ordine. Proprietà e contratto, divenuti ormai cardini anche politici del nuovo regime, non potevano essere rimessi a un ricco e incontrollato proliferare di usi che dottori e giudici si impegnavano a ridurre in ampi schemi categoriali; dovevano, anzi, essere rigorosamente controllati anche per garantire al nuovo cittadino quello spazio libero preteso dal ceto borghese verso il potere politico e ben segnato nel patto segreto generativo del nuovo Stato.

La garanzia più solida consisteva nella statualizzazione del diritto privato, nel vincolarlo alla voce dello Stato, alla sua voce più diretta: la legge. E si cominciò a dar mano alla costruzione del mito

della legge come norma di qualità superiore, gerarchicamente primaria: l'espressione autoritaria e centralistica della sovranità dello Stato venne infatti gabellata come l'unica espressione possibile della volontà generale; e fu consequenziale che, di fronte ad essa, si dileguassero le fonti plurali su cui si era retto il vecchio ordine, usi, opinioni di dottori, sentenze di giudici, invenzioni di notai; e il diritto si raggrinzì in legge.

Al posto del vecchio pluralismo giuridico si sostituì un monismo rigidissimo; tanto più rigido perché di valenza costituzionale, tanto più rigido perché questa valenza costituzionale veniva a bella posta irrobustita da precise venature etiche grazie alla immersione nel grembo del diritto naturale. Il giusnaturalismo, con le sue favole apparentemente ingenuie e leggiadre ma che, nella sostanza, inchiodavano il diritto in una modellistica ferrea, fu chiamato a fondare il nuovo diritto del nuovo Stato dando vita a quella antinomia che è alla base della storia del diritto moderno e che potrebbe essere colta nello scivolo del tutto liquido e piano da ben precise premesse a soluzioni perfettamente opposte, e cioè nel passaggio dal giusnaturalismo al giuspositivismo, nelle fondazioni giusnaturalistiche del moderno giuspositivismo.

Fondazioni che han durato a lungo, che, per buona parte, durano tuttora: siamo ancora degli adepti del giusnaturalismo settecentesco, inconsciamente ma lo siamo, in grazia della sua forza plagiante che ha inciso nel profondo, lo si voglia o non lo si voglia; anche chi è fiero di rifiutare l'idea di un diritto naturale, anche chi rèlega quell'idea nel nóvero delle favole indegne della nostra maturità culturale, ne è un inconscio portatore. Con questa precisazione: sono state molte nel territorio del diritto privato le conseguenze fondamentali, che scaturirono a suo tempo da premesse giusnaturalistiche, a dominarci e a intriderci. Talune sono lentamente anche se faticosamente cadute, quali il soggetto di diritto civile come entità astratta e, in quanto astratta, unitaria perché subbietto di diritto naturale, o l'idea di un diritto civile articolato in rapporti giuridici astratti. Talune sono restate e, a mio avviso, indelebilmente restano, come il primato della legge e il panlegalismo di cui si parlava più sopra, quello che io chiamo polemicamente assolutismo giuridico.

Si badi: nessuno intende mettere in dubbio il ruolo rilevante della legge nel complessissimo ordine giuridico moderno, tanto

meno in questo nostro attuale; e nemmeno il valore del principio di legalità. Si intende però — questo sì! — sottolineare con decisione la scarsissima dose di criticità con cui ci si è fatti portatori di quel ruolo e con cui si è sostenuto quel valore. Legislatore, legge e legalità appartengono a quel ristretto nóvero di idoli — venerati e non discussi — che dómmano sovrani nella mitologia del secolarismo moderno; idoli che, proprio per il loro appartenere a una civiltà secolarizzata, devono imporsi con un loro proprio carattere di assolutezza e di indiscutibilità, ed esigono una accettazione passiva come ogni mitologia che si rispetti, anche la più intramondana. Accettazione generale che c'è stata, ed è stata passiva, ed è restata passiva fino ad oggi.

È una siffatta passività che mi sembra oggi culturalmente inammissibile per il giurista; dobbiamo costringere il 'legislatore' giù da un Olimpo troppo spesso immeritato e analizzarlo impietosamente nelle sue miserie; dobbiamo soprattutto liberarci dall'idea nefasta del valore taumaturgico della legge, cioè di una giuridicità pensata e risolta come legalità.

Ripetiámolo: quando io parlo di assolutismo giuridico, non intendo ingenerare diffidenze o, tanto meno, disprezzo della legge; intendo piuttosto dar voce al disagio per un ruolo smisurato della legge, per l'opera incontrollata del legislatore, questo personaggio ideale del nostro palcoscenico giuridico, ingombrante e onnipresente quasi come il coro nell'antica tragedia greca, e a cui l'assolutismo giuridico ha garantito per troppo tempo fino all'immediato ieri, immunità — per così dire — e indiscutibilità.

5. C'è qualcos'altro da aggiungere, cui si è sopra soltanto accennato.

La forzosa collocazione del diritto all'ombra dello Stato — ente unitario, creatura monocratica essenzialmente vocata al controllo della pluralità sociale e alla contrazione della pluralità ad unità — próvoca una semplificazione dell'universo giuridico. Oggi si impone — credo — il recupero di tutta la complessità dell'esperienza giuridica, di tutti gli strati del giuridico. Non ci si può arrestare alla superficie piatta della validità cui il formalismo legalistico moderno ci ha vincolati e condannati, ma si deve arrivare a recuperare lo strato finora sotterraneo della effettività. E sarà il recupero di un

sostanziale pluralismo giuridico, e sarà il ritrovamento di una ricchezza perduta o almeno dimenticata.

Assolutismo giuridico significa una civiltà giuridica che perde (o attenua di parecchio) la percezione della complessità; una civiltà giuridica che è divenuta un ordine semplice, estremamente coerente nelle sue linee essenziali, forte di una sua logica rigorosa, ma troppo poco sensibile al divenire e, soprattutto, al mutamento. Nei paesi di *civil law* il dramma del secolo XIX, che è il momento culminante dell'atteggiamento assolutistico, sta tutto nel divario sempre più marcato fra sistema giuridico (per massima parte coincidente col sistema legislativo) e mutamento; un mutamento molteplice e vorticoso che investe le dimensioni più varie, da quella tecnologica (il compiersi della grande industria, con la macchina quale protagonista) a quella sociale (l'emergere del proletariato con le sue rivendicazioni e le sue lotte) a quella economica (l'emergere — accanto alla tradizionale ricchezza fondiaria — di una ricchezza mobiliare sempre più protagonista e di un mondo di beni immateriali su cui la raffinata organizzazione capitalistica fa leva).

Non v'è dubbio che, all'occhio vigile dello storico del diritto, l'ordine giuridico non appare immobile, una condizione che è ignota alla storia, ma non v'è ugualmente dubbio che si tratta di conquiste faticosissime, fatte contro la legge (talvolta), malgrado la legge o tra le pieghe della legge (più spesso), certamente poche volte dietro la legge, da giurisprudenza scienza e prassi.

Un esempio probante: la storia della giurisprudenza e della dottrina francesi dell'Ottocento, sotto il pieno impero del Codice Napoleone, è la storia di conquiste faticose, tormentate e tormentanti per il povere giudice e scienziato, come ci testimoniano largamente i saggi su Saleilles e su Gény raccolti più avanti in questo volume; conquiste su cui sempre incombe il rischio della condanna per eresia, dal momento che l'ortodossia continua ad essere depositata nel sistema legislativo (non importa se vecchio, decrepito, o, quel che è peggio, invecchiato, inutilizzabile e respinto dalla pratica quotidiana). Si pensi a come è stato pensato e interpretato, immediatamente dopo l'entrata in vigore, quell'art. 4 del *Code Napoléon* che obbliga il giudice alla decisione della controversia propóstagli: checché avessero voluto dire Portalis e gli altri redattori (uomini, spesso, portatori di idee circolanti nell'antico regime in cui erano

stati educati), fu pensato e interpretato come una norma di chiusura, quasi — si direbbe — di tenuta stagna del Codice, che vincolava il giudice a trovare la soluzione tra le maglie di quella rete potenzialmente anche se non formalmente completa che è appunto il Codice.

E si è, da allora, pensato all'evoluzione dell'ordinamento come a una serie di colmature di vuoti all'interno di un qualcosa che si poneva — di per sé — come struttura completa. E il legislatore si è affannato a fissar criterii per colmare quei 'pochi' vuoti e ha cercato, quasi sempre con previsioni di semplice endointegrazione, di controllare l'interesse del processo, com'è nell'art. 3 delle preleggi al primo Codice unitario italiano del 1865 o nell'asfittico art. 12 di quelle al Codice vigente del 1942.

Bisogna smetterla di pensare all'ordine giuridico come a un qualcosa di compatto e, quindi, di compiuto, che mostra soltanto alcune 'lacune'; bisogna sbarazzarsi dal percepire il grave e complicato nodo problematico del continuo aggiornarsi del diritto come un problema di qualche scarso e scarno vuoto che si affaccia qua e là nel complesso di previsioni identificate e stabilite da quel gran profeta (e, come ogni profeta, infallibile) che è il legislatore.

Il problema del divenire dell'ordine giuridico è deformato e rattrappito se diventa — come per duecento anni è stato — « il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico », così bene fissato in quella fedele immagine del positivismo giuridico italiano del primo Novecento che è il libro di Donato Donati del 1910 recante appunto come titolo le parole ora virgolettate; sì, deformato e rattrappito, perché continua a portare innanzi una visione statalista e chiusa, sorda a percepire la complessità dell'universo giuridico e, pertanto, incapace a ordinarla adeguatamente. Tanto per fare alcuni esempi correnti in questi ultimi tempi, *leasing*, *factoring*, *franchising* così come tante altre invenzioni della pratica contemporanea degli affari non sono lacune del diritto privato positivo italiano, finalmente colmate, ma sono soltanto un futuro che si fa presente, com'è nella natura di ogni corpo vivente; un futuro — per di più — che si fa rapidissimamente presente, com'è proprio d'un ordine giuridico in corsa nel tentativo di tener dietro a quella prassi quotidiana — quale l'odierna — che supera ogni giorno se stessa nella invenzione di strumenti efficaci a tutelare gli operatori economici nella regola-

mentazione dei propri interessi o a seguire lo sviluppo tecnologico in continuo e clamoroso avanzamento innovativo.

Continuare a pensare l'ordinamento come un involucro chiuso recante al suo interno alcune possibili lacune, all'incirca come lo concepiva Donato Donati quasi cento anni fa', è ingenuo, artificioso e antistorico. La cosa da fare è sbarazzarsi dell'ingombrantissimo art. 12 delle preleggi al Codice del '42 palesemente contrastante con i valori pluralistici della Costituzione repubblicana e mandare in soffitta non solo i paleolitici criteri ermeneutici ivi proposti ma anche quel principio di gerarchia di fonti che non corrisponde più né allo stato della nostra odierna raffinatissima consapevolezza giuridica né allo stato attuale delle nostre fonti proiettate in una realtà pluridimensionale dove la dimensione legislativa nazionale e statutale si assottiglia giustamente sempre di più. Né si dica che l'art. 12 è superato o aggirato dalle riflessioni della dottrina più sensibile. Certo che lo è, ma quell'articolo va eliminato come la reliquia più fascista restata tra le pieghe del nostro eccellente Codice civile, testimonianza di un assolutismo giuridico sordo e ottuso che va espunta dal contesto di una legge ancor oggi viva e vitale e alla quale si può ben augurare lunga vita. Va, soprattutto, espunto per non incentivare la tradizionale pigrizia intellettuale dell'interprete-applicatore e per non fornire comodi rifugii alla sordità di scienziati e di giudici.

L'espropriazione totale — che, della produzione del diritto, si è compiuta negli ultimi duecento anni a favore del legislatore e a scâpito di altre forze vive e storicamente protagoniste come dottrina e giurisprudenza — ha provocato, come più sopra si accennava, un impoverimento indubbio: si è perduto la dimensione corale dell'ordinamento e, condannando all'esilio fonti duttili e plasticissime in favore di una sola fonte rigidissima e formale, ci si è precluso un aggancio naturale fra società e diritto, fra cultura e diritto; quell'aggancio che la scienza nel vecchio diritto comune e la giurisprudenza nel *common law* hanno invece sempre garantito.

Né è eccessivamente consolante la constatazione che, nella formazione delle grandi leggi (per esempio di un Codice civile come quello italiano vigente del 1942), il pensiero giuridico ha rilevanza, perché questo pensiero di maestri e di giudici viene a perdere quanto è sempre stato ed è il suo oggettivo privilegio, e cioè proprio

la plasticità, la disponibilità a immedesimarsi nel futuro in formazione, e pertanto a modificarsi e a trasformarsi nell'incontro con le cose. Le opinioni dei maestri e dei giudici — uso volentieri un termine che circola fitto nel mondo del diritto comune, mondo solcato e diretto da *opiniones* — per loro natura aperte, vengono rinchiusse nel bozzolo della legge e separate dal flusso storico che continua a scorrere.

6. I saggi raccolti nel presente volume, o sono riflessioni occasionali (come il primo), o costituiscono dei contributi di storia della letteratura giuridica moderna, tesi a illuminare singolari figure di privatisti, singolari per la singolarità del timbro della loro voce all'interno della grande corallità scientifica.

Personaggi muniti di acuta sensibilità 'politica' e forniti di un grosso respiro culturale, per questo insofferenti verso un ordinamento concepito, risolto e identificato formalisticamente in un insieme di testi normativi. Personaggi diversissimi, appartenenti a tempi e climi diversi, e testimonianze assai differenziate di questo comune sentimento di insofferenza, con espressione diverse e con diverse soluzioni, ma certamente creature tutte percorse da quel dubbio sottile che è la croce e il privilegio dei giuristi più pensosi, e perciò tutte non appagate dalla pigrizia dei comodi ripari all'ombra della legge, e perciò tutte in atteggiamento di ricerca, tutte creature tormentate e tormentanti, portatrici nel loro seno di quella stilla di futuro che permette alla analisi giuridica di sollevarsi dal piattume dell'esegesi.

Non sociologi né politologi, ma giuristi che, senza mutar mestiere e senza cedere a tentazioni iconoclastiche, restando ben all'interno della scienza giuridica e maneggiando sempre in modo provetto gli strumenti della tecnica giuridica, si sforzano di rendere più intenso il nesso con la società e con la cultura circolante pretendendo quel ruolo attivo del quale l'assolutismo giuridico li ha espropriati.

L'immagine che ne discende è quella di una riflessione scientifica, che vive problematicamente il proprio tempo e che si pone con sensibilità e consapevolezza i grandi problemi del proprio tempo. Certo, non si tratta della maggioranza silenziosa, della stragrande maggioranza che è lieta di adattarsi senza pretese o problematizza-

zioni all'interno dello Stato ed è paga della protezione (anche se condizionante, anche se espropriante) che il grande burattinaio può dare. Il veleno plagiante dell'assolutismo giuridico circola ancora, in pieno Novecento, nelle vene di molti, di troppi giuristi, ma l'importante è che l'acqua stagnante sia solcata da un'increspatura, che un filo — sia pure sottile — si faccia strada e si muova e continui. L'importante è che il filo della riflessione liberante non si interrompa e dal cuore del secolo diciannovesimo giunga intatto fino a noi, che siamo nella condizione spirituale e politica di valorizzarlo, e quindi, pronti a riceverlo.

Il disegno di questo filo costituisce l'intelaiatura prevalente del volume. Ritracciandolo e ripercorrendolo, lo storico del diritto sa di adempiere il suo compito più prezioso: mettendo a frutto la libertà del suo sguardo e la ricchezza della sua esperienza, egli diventa l'insostituibile coscienza critica del giurista di diritto positivo.

EPICEDIO PER L'ASSOLUTISMO GIURIDICO (*)

(dietro gli 'atti' di un convegno milanese, e alla ricerca di segni)

1. Sulla insegna di un Incontro milanese e sui segni che ne emergono. — 2. L'Incontro milanese fra i presagii di alcuni anni fertili. — 3. Interpretazione ed esegesi.

1. Assai mi dispiacque di non poter raccogliere l'invito che Giorgio Berti, amico fra i più cari e collega fra i più stimabili, mi rivolse con insistenza per partecipare a un Convegno organizzato verso la fine dell'ottobre 1984 presso l'Università Cattolica di Milano; e mi dispiacque non già perché perdevo una simpatica occasione di incontri, ma perché il tema mi apparve allora — e mi appare ancor più oggi — di un rilievo eccezionale: « Autorità consenso e prassi nella creazione e nella attuazione delle norme giuridiche »⁽¹⁾. Il rilievo può essere rettamente valutato se, al di sotto e al di dentro della frase generica dell'intitolazione, si sa leggere l'intenzione dell'organizzatore, che è di parlare finalmente senza falsi pudori del rapporto fra normazione e interpretazione e, conseguentemente, fra regola autoritaria e continuità dell'ordinamento come esperienza, di riproporsi il vecchio e perenne problema con la provvedutezza di un giurista che non vuole abdicare a nessuna delle ricchezze del suo presente e vuole invece sbarazzarsi di buon grado di eredità dannose e condizionamenti del passato. Lo vedremo e lo documenteremo fra breve, ma conviene dirlo subito come premessa che motiva e giustifica queste pagine: gli 'Atti' del Convegno milanese sono

(*) L'oggetto di queste pagine ha costituito il tema di una lezione tenuta il 5 maggio 1988 presso la Facoltà giuridica dell'Università di Ferrara, su invito del Preside Prof. Giorgio Cian.

(¹) *Autorità consenso e prassi nella creazione e nella attuazione delle norme giuridiche - Atti del Convegno, Milano 26-27 ottobre 1984*, pubblicati in *Jus*, XXXII (1985), che dedica loro l'intero fascicolo di settembre-dicembre.

rilevanti proprio in grazia degli occhi nuovi con cui gli attori guardano al loro oggetto, proprio per il carattere di segno che l'iniziativa assume dinnanzi alla attenzione dello storico, segno sicuramente della esistenza d'un disagio ma anche delle forze per superarlo e andare avanti. Ciò che per il comune osservatore sono tracce insignificanti, può divenire per lo storico un segno, cioè l'affiorare di realtà più profonde, e l'universo, da semplice che appariva prima ad occhio nudo, comincia a rivelare entro il fuoco del suo occhiale insospettate complessità. Rispetto al cultore di uno *ius positum* lo storico del diritto non è certo né un personaggio più provveduto né dotato di particolari carismi. Ha soltanto il privilegio oggettivo, che discende dalla sua specifica professionalità, di vedere i singoli eventi non isolati ed avulsi ma sempre come frammenti di un ordito e punti di una linea, di inserire i singoli punti in un tracciato che nasce dallo ieri e si allunga al domani con una tensione continua fra radici lontane e proiezioni future. Quando lo storico del diritto si fa lettore del presente, questo si complica inevitabilmente ai suoi occhi, e non già perché l'occhiale sia deformante ma perché coglie il dato come relativo, al centro di nessi e dimensioni; lo coglie come segno, lo inserisce in un itinerario. Mai come oggi si avverte la veridicità di quella dignità metodologica, apparentemente paradossale e bizzarra, su cui insisteva Teilhard de Chardin: « Le Passé m'a révéle la construction de l'Avenir » (2).

È tenendo dietro senza falsazioni o contenimenti a questa sottile coscienza che si offrono al lettore le modeste note di queste pagine: lettura di una tessera del presente da parte dello storico, che ricomponne riannodando quel mosaico nascosto dove le dimensioni temporali più compose sono il passato e il futuro.

2. E veniamo al messaggio di questo Incontro singolare.

Già nella lettera di invito, redatta da Giorgio Berti, e opportunamente riportata in premessa al volume per il suo valore interpretativo, si sottolinea « l'urgenza di nuove analisi del fenomeno normativo » e si leggono frasi programmatiche come questa: « lo stato

(2) È la lezione ripetutamente espressa soprattutto in P. TEILHARD DE CHARDIN, *La vision du passé*, in *Oeuvres*, III, Paris, Editions du Seuil, 1957 (il passo riportato nel testo è tratto da una *lettre de voyage*, ed è riportato dai Curatori in esergo).

della legislazione ufficiale è tale ormai che gli stessi criteri di validità e di efficacia delle leggi e delle norme, nonché gli stessi canoni interpretativi, quali desunti dalla sistematica tradizionale e dalle formalizzazioni che ne ha fatto il legislatore, sono di continuo fonte di dubbi e perplessità; e paiono ancor più labili gli stessi confini fra la produzione formale delle leggi e i procedimenti applicativi ed esecutivi ad opera della giurisdizione, delle autorità amministrative e delle autorità private ». O ancora: « l'eclisse di un ordine sistematico e formale induce subito un'alterazione dei confini tra i vari aspetti e momenti della produzione normativa: chi è tenuto ad attuare le disposizioni pretende di partecipare alla loro elaborazione e di divenirne così in qualche modo interprete autentico o addirittura libero e spontaneo esecutore ». Con la considerazione conclusiva che « le gravi incertezze si accumulano anzitutto sul rapporto normazione-attività interpretativa » e con la pressante domanda parimente conclusiva: « se il sistema positivo della produzione normativa non è più polo di unificazione dell'ordinamento, in che modo si può salvare questa unità: l'interpretazione può svolgere questo ruolo? » (3).

È un frasario connotato da una inusitata franchezza e ben espressivo della sostanziale affrancazione dalla tradizione vincente della giuristica italiana, che è formalistica e legalistica. È sintomatico che sia un pubblicista ad assumere l'intrapresa, anche se in essa vediamo coinvolti cultori delle più disparate aree disciplinari, perché il pubblicista, sia per la sua estraneità ai rigorismi d'una cultura e d'una tecnica più che millenarie, sia per il suo operare al di fuori di cittadelle codificate, sia per il suo continuo e immediato fare i conti con una sostanza politico-sociale mutabilissima che è chiamato in prima persona a ordinare, è fra i giuristi forse il più disinvolto; sintomatico che, nella cerchia dei pubblicisti, a invitarci a questa rimeditazione sia stato Giorgio Berti, personaggio che incarna una visione assillatamente problematica della scienza, analista curioso e tormentato delle forme giuridiche del proprio tempo (4). È da

(3) Premessa, pp. 315, 316, 317.

(4) Basterebbe a dimostrarlo la recente raccolta di suoi scritti: *Diritto e Stato - Riflessioni sul cambiamento*, Padova, Cedam, 1986, e il recentissimo corso di lezioni: *Interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1987.

sottolineare, poi, che fra le scuole civilistiche italiane abbia raccolto l'invito quella più nutrita d'una affinata ricerca filosofica, la scuola di Luigi Mengoni, (né — credo — abbia giocato soltanto la vicinanza accademica con Berti in seno alla stessa Università) (5).

Quel che di più significativo emerge da questi 'Atti', pur tra la varietà e diversità delle impostazioni e dei toni, è l'esigenza di « guardare di più alla società come è » in contrappunto alla precisa consapevolezza di « una decadenza più interiore della stessa funzione normativa statale, che non ha più la forza di tradurre la disciplina in forme razionali di responsabilità » e di un irreversibile « processo di impazzimento delle varie cellule legislative » (6); consapevolezza quindi anche che oggi « l'interpretazione... si candida... per una nuova legittimazione, la quale non può che originare fuori dal piano normativo » (7), convinzione che « il recupero dell'ermeneutica giuridica come metodo capace di produrre nuove conoscenze postula il superamento del positivismo legislativo » (8).

Si dirà che non si tratta di cosa nuova e che fermenti e indicazioni potevano cogliersi da tempo nel divenire della recente scienza giuridica. Il nuovo sta intanto nel fatto che un'intera assisa congressuale di giuristi e non di filosofi vien chiamata a discutere e ruota completamente sul problema, ma soprattutto che al problema si guarda con una psicologia affatto nuova, senza complessi, dimostrando che ci si è finalmente sbarazzati di quella ingombrante mitologia giuridica rimasta intatta da duecento anni nel sacrario della coscienza di ogni giurista dabbene; il nuovo sta nel fatto che anche alcuni civilisti hanno partecipato al rito affrancatorio da certi passati impacci e propiziatorio di futuri cammini.

Il coinvolgimento dei civilisti è la circostanza da salutare con soddisfazione, perché il civilista è stato *per absurdum* la creatura più

(5) Sono presenti negli 'atti' due significativissime relazioni, dello stesso Luigi MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina* (p. 469) e di un allievo di Mengoni, Carlo CASTRONOVO, *Legittimazione, discorso giuridico, diritto privato* (p. 430).

(6) Sono passi tratti dalla relazione introduttiva di G. BERTI, *Normatività, leggi dello Stato e diritti della persona* (vedili, rispettivamente, alle pagg. 320, 321, 322).

(7) CASTRONOVO, *Legittimazione, discorso giuridico, diritto privato*, cit. p. 435.

(8) MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina*, cit., p. 474.

segnata e plagiata (e lo vedremo fra un momento) da quella grande operazione di monopolizzazione statale dello *ius privatum* compiuta con lucidità di impostazione e con eccellenza di risultati dalla catena ininterrotta di codificazioni dal 1804 al 1942. Ed è particolarmente sotto questo profilo che gli 'Atti' del Congresso milanese sono un segno e un segnale: hanno dato forma e figura piene a un disagio serpeggiante; han tentato di raccogliere le voci sparse, ordinare le indicazioni via via accumulatesi, dare una veste teorica più solida al generale problema dei rapporti fra normazione e interpretazione oggi; che è problema di fondazioni e scaturigini prime dell'ordinamento positivo.

Il Convegno si svolge nell'ottobre dell'84, la pubblicazione degli 'Atti' è datata al luglio dell'86. Sono anni di una straordinaria fertilità. Già un anno prima, Carlo Castronovo — che è uno dei protagonisti dell'Incontro — prendendo lo spunto dalla pubblicazione problematica di un giurista di *common law* ⁽⁹⁾, scrive per 'Jus' un saggio incentrato su quello che, con termine grossolano ma efficace nella sua naturalistica pregnanza, viene qualificato come « l'appassimento dello Stato » ⁽¹⁰⁾. Sempre nell'85 si chiude (e se ne stampano i risultati) una ricerca di civilisti e lavoristi diretta da Cesare Grassetti su « la giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto », di cui — al di là del valore dei contributi e dei risultati raggiunti — preme qui di segnalare la scelta tematica ⁽¹¹⁾. Ancora nell'85 Francesco Galgano vara a Bologna una fortunata Rivista « Contratto e impresa » che intende essere, come è scritto a chiare note nel sottotitolo programmatico, « dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale », e cioè « strumento di analisi critica e ricostruttiva della produzione giurisprudenziale e di valutazione sistematica delle figure giuridiche di creazione extra legislativa », scegliendo come terreno di ricerca il diritto privato comune, cioè « l'area del diritto civile e commerciale caratterizzata dalla rarità dell'intervento legislativo innovatore ed en-

⁽⁹⁾ È il volume di Guido CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge (Mass.), Harvard Univ. Press, 1982.

⁽¹⁰⁾ *L'appassimento dello Stato moderno e un libro sull'obsolescenza delle leggi*, in *Jus*, XXX (1983), p. 218 ss.

⁽¹¹⁾ *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto* (con introduzione di Cesare Grassetti), Milano, Giuffrè, 1985.

tro la quale la giurisprudenza e la modellistica contrattuale svolgono un ruolo preponderante»; un esperimento che punta con sicurezza su forze extra-legislative dell'ordinamento identificandole come forze portanti e promoventi ⁽¹²⁾.

Nel primo numero dell'86 di 'Politica del diritto', Stefano Rodotà, giurista di rare intelligenza e sensibilità, — il quale già nel cauto 'editoriale' della nuova « Rivista critica del diritto privato » (marzo 1983) aveva concluso « che oggi non si sta giocando all'interno del sistema privatistico una partita metodologica analoga alle tante che hanno caratterizzato i decenni passati » — redige un saggio recante in modo emblematico nel titolo un riferimento preciso al « ceto dei giuristi » e alla sua consapevolezza e funzione 'politica', dove, facendo tesoro di varie acquisizioni comparatistiche, si constata una rinnovata centralità del giurista come « figura di 'scienziato totale' » e la si lega fortemente al sempre più diffuso fenomeno di *deregulation*, una *deregulation* — ha cura di avvertire Rodotà — che non allude « al bisogno di 'meno diritto', ma ad una diversa organizzazione del sistema delle fonti e ad una diversa finalizzazione delle regole », che « implica la sostituzione della fonte regolatrice privata a quella pubblica », con una politica del diritto che « non è più misurata sul legislatore » ⁽¹³⁾. Parlar di ceto dei giuristi nel 1986 non è né un'occasione né una innocua variazione verbale ma appartiene ai segni di questi anni di ripensamento, e si capisce la reazione immediata e la polemica con Rodotà che, sul numero successivo della stessa Rivista, scrive prontamente Giovanni Tarello ⁽¹⁴⁾; in apparenza la polemica è sull'uso sforzato e scorretto del termine 'ceto' applicato agli odierni giuristi, ma, più nel fondo, è ben altra la cosa che infastidiva al massimo grado l'illuminista Tarello, e cioè la corritività a uno spostamento di attenzione del civilista dalla legge verso il momento interpretativo e alla conseguente erosione — per ora almeno psicologica — della tradizionale sistematica delle fonti con una disponibilità ad avviare sommovimenti anche profondi nella

⁽¹²⁾ Le frasi sopra-riportate si leggono nella copertina finale del primo fascicolo.

⁽¹³⁾ S. RODOTÀ, *Del ceto dei giuristi e di alcune sue politiche del diritto*, in *Politica del diritto*, XVII (1986) (le citazioni sono, rispettivamente, a pag. 8, 9, 11).

⁽¹⁴⁾ G. TARELLO, *Politiche del diritto e strategie dei giuristi. In margine alle considerazioni di Rodotà*, in *Politica del diritto*, XVII (1986), p. 250 ss.

cosidetta gerarchia collaudata. Infine, un ultimo dato: chi scrive è ancora fresco del ricordo dell'assai provinciale entusiasmo che suscitò in Italia, nell'85, la pubblicazione del libro di Laurent Cohen-Tanugi 'Le droit sans l'état', entusiasmo assai indebito se si constata la tenuità del libro ma estremamente espressivo di un diffuso stato d'animo di inquietudine e di attesa, e di volontà di rompere ⁽¹⁵⁾.

Sarebbe facile moltiplicare gli esempi, ma pleonastico. Nella nostra ricerca di segni la metà degli anni Ottanta, quindi appena ieri, mostra affioramenti di rara espressività, primo fra tutti quello offerto dal Convegno milanese. Gli interventi isolati si fanno martellio, si fanno scelte teoretiche, si fanno anche ripensamenti a spettro larghissimo che coinvolgono sentieri e territori prima interdetti. Il timore della 'diversità', e quindi della esecrazione e della emarginazione, lascia il posto a un atteggiamento psicologico che è carico di vitalità: si vuol rimeditare i grandi problemi, quelli sulle fonti e sui rapporti tra fonti, che sono per loro natura problemi di fondazione e di struttura, rimeditarli con libertà di approccio deponendo le prevenzioni che il carattere squisitamente 'costituzionale' vi aveva stabilmente connesso, rimeditarli con gli occhi del proprio tempo e alla stregua delle esigenze del proprio tempo, di un presente disinibito e smalzato, non già con gli occhi del giurista napoleonico arrivati intatti fino a noi per un segreto — e non saprei quanto consapevole — accordo fra inerzia dei giuristi e astuzia del potere politico.

Per lo storico del diritto questo accavallarsi di pochi anni ha un significato oggettivamente notevole: per la prima volta, in un modo che non è episodico, che non è legato a una singola personalità ma a un tornante storico di quella realtà spazio-temporale che è l'ordinamento giuridico italiano, si attenua il morbo illuministico che ogni italico giurista ha portato e nutrito in sé come un verme solitario. Si interrompe finalmente quel filo che, correndo pressoché ininterrotto, ha legato saldamente a noi Muratori con i suoi elogi del principe-legislatore e della legge, con la sua geremiade « dei difetti della giurisprudenza ». Il libriccino dell'abate modenese, scritto come ognuno sa nel 1742, è stato sempre una suppellettile ideale del giureconsulto continentale e, di fatto, ancora nel 1944, anno primo

(15) L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'Etat - Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, PUF, 1985.

di un'età nuova per l'Italia, Piero Calamandrei lo riproponeva, insieme a Beccaria, come una sorta di breviario, ai suoi studenti fiorentini del Corso di diritto costituzionale ⁽¹⁶⁾.

Su questo tornante a mezzo degli anni Ottanta lo storico ha qualcosa da dire: prende atto con soddisfazione — lui che legge i segni come un augure antico e li colloca nel divenire — che, se non finisce un plagio bisecolare, si comincia a sopportarlo sempre meno e, ancor più, a prenderne coscienza. Comincia a scricchiolare, se non l'età dell'assolutismo giuridico, almeno una servile assuefazione, e il giurista si munisce di un animo nuovo, sempre più diversificato da quello di chi è destinato e vocato soltanto a fornire apparecchi ortopedici per tutte — anche le più vergognose — claudicanze del potere.

Forse che lo storico del diritto si fa capopopolo del vessato ceto dei giuristi e capeggia la rivolta dei servi? Lo storico del diritto, che è giurista, sa perfettamente di dover fare i conti con uno *jus positum* che è ancora regola sanzionata, e che le rivoluzioni non competono a lui. L'essenziale è l'acquisizione di una coscienza insieme rinnovata e complessa rispetto a questo ordine positivo, coscienza innanzitutto della sua relatività. Lo storico ha infatti il dovere e il privilegio — lui che conosce il senso della linea — di significare che l'attuale non è l'unico modo, né tanto meno il migliore possibile, per risolvere la sistemazione delle fonti di diritto, e di contribuire a impedire quella condanna all'impotenza derivante per ogni operatore da una perniciosa assolutizzazione del presente e del passato-prossimo. È giunto il momento di storicizzare certi pretesi dogmi, i quali si sono inseriti nella coscienza giuridica dell'Europa continentale muniti di tanta virulenza e di tanta apodittica indiscutibilità, ammantati come una vittoria ultima e definitiva e pertanto ultimo e definitivo approdo di civiltà, che la nostra stessa coscienza né è, a distanza di duecento anni, ancora intieramente plagiata. E il plagio culturale, sposandosi alla obbiettiva condizione che quei dogmi sono ancora oggi in larga misura (si pensi a quel benedetto art. 12 delle Preleggi) nerbo e struttura del diritto positivo statuale, diventa — così inevitabilmente rafforzato — una sorta di fardello intoccabile malgrado la sua gravazza e la sua sempre più avvertita insostenibilità.

⁽¹⁶⁾ Cfr. quanto ne abbiamo scritto in P. GROSSI, *Stile fiorentino - Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 146 ss.

È bene ribadire due pensieri elementari, tanto elementari da rasentare l'ovvietà, ma troppo spesso rimossi o esorcizzati col silenzio: il primo, uno di quei pensieri proibiti, di quei pensieri quasi non pensati perché la nostra plagiata coscienza di giuristi non arriva a proporselo, è che lo Stato c.d. di diritto si coniuga esclusivamente, nell'Europa continentale, col più bieco e soffocante assolutismo giuridico; il secondo è che questo assolutismo giuridico è soltanto un frutto storico, temporalmente e spazialmente limitato, ignoto al diritto dell'antico regime prima della chiusura della cerniera codificatoria, ignoto all'area della genuina tradizione giuridica di *common law*. L'illuminismo giuridico, divenuto per suo naturale sviluppo — checché se ne possa pensare — un positivismo giuridico chiusissimo, cominciò a erigere altari e a confezionare liturgie per il principe-legislatore e per la legge, maestosamente incarnata dal 1804 in poi nella forma del Codice; e cominciò il plagio sottile (che da Beccaria e Muratori sarebbe continuato a instillarsi goccia a goccia nel conscio e nel subconscio di una catena di generazioni) secondo cui la legge rappresentava l'atteggiarsi autenticamente moderno del diritto, forma necessaria e garanzia suprema in una società evoluta, dove il principio di stretta legalità, cementato con i principii immortali della divisione dei poteri e della rigorosa gerarchia tra le fonti, assumeva un insuperabile valore 'costituzionale'.

Con riguardo all'ampio pluralismo giuridico preesistente la codificazione rappresentò un esproprio: il diritto privato da diritto dei privati si cambiò radicalmente nel diritto pubblico avente ad oggetto i rapporti fra privati. Il giuridico, dimensione abbastanza indifferente agli occhi di quel potere politico incompiuto che fu proprio dell'età medievale e post-medievale, percepito ora dal lucidissimo potere borghese come prezioso e insostituibile *instrumentum regni*, viene monopolizzato. Assolutismo giuridico, monopolio del principe ed espropriazione della produzione giuridica dalle mani dei giuristi, plagio culturale sul valore supremo rappresentato da queste scelte, si sorreggono reciprocamente e informano l'ufficialità imperante. Nello sfondo, un sacrario di deità intoccabili: Montesquieu, Muratori, Beccaria, e chi più ne ha, ne metta. Con il risultato più incredibile e grottesco: il giurista ufficiale, in forza della sua plagiata coscienza, sembra non rendersi conto dell'esproprio subito e vive soddisfatto,

pago di quella briciola che il legislatore gli concede: l'esegesi; che è però soltanto l'elemosina a un povero nullatenente.

Si dirà da taluno: lo storico del diritto, anche quando fa la storia del diritto moderno, non riesce a cancellare dal suo desco professionale l'immagine incombente di quel grande *Juristenrecht* che fu lo *jus commune* dell'unità giuridica europa del medioevo, quando il diritto era soprattutto *interpretatio*, e questa era soprattutto atto supremo di volontà e non puramente logico perché intermediazione fra la regola autoritaria troppo vecchia (il *Corpus* giustiniano) e gli incandescenti fatti sociali ed economici contemporanei al giurista. Si badi: qui nessuno vuole incorrere nel peccato di donchisciottismo (che per un uomo di cultura sarebbe certamente peccato non veniale), né invocare modelli estranei né proporre inversioni di rotta. Sarebbe, se non altro, maledettamente antistorico proprio dopo due secoli di plagio perpetrato e di ufficialità giuridica trionfante. Quel che importa è invece la verifica di un sentimento diffuso di insoddisfazione, la palingenesi di una autocoscienza del giurista, la problematizzazione del finora indiscusso perché finora indiscutibile, con il conseguente spostamento di attenzione dal momento autoritario-impositivo a quel momento che non vorrei chiamare applicativo ma interpretativo. Insomma, l'importante è il mutato atteggiamento psicologico, la nuova carica psicologica con cui il 'ceto dei giuristi' — uso volentieri e di proposito il riferimento un po' forzoso di Rodotà — intende discutere schemi e sistemazioni gabellati fino ad oggi come 'costituzionali' o tutt'al meno tradotti in norme positive. Tutto ciò mi sembra particolarmente importante per il privatista, che è vissuto beato fino a ieri sotto l'ombrello protettivo del codice.

L'epicedio dell'assolutismo giuridico è dunque soprattutto l'epicedio di quella passività psicologica del giurista che ha funto per due secoli, con la sua accettazione prona, da prezioso contributo conservatore di quell'assolutismo, addirittura offerto dalla comunità degli espropriati. Non si tratta di tentare impossibili scelte giusliberistiche o riproporre dopo ottanta anni il manifesto di Gnaeus Flavius; si tratta invece di riacquisire, come primo passo per le costruzioni del domani, la percezione di un sistema delle fonti più complesso, meno semplicistico di quello che la mitologia giuridica di ieri ha fatto discendere dal cielo, ottimo ed eterno, da parte di una classe egemone interessata a non pluralizzare la produzione del

diritto e le sue leve; si tratta di riacquisire il rilievo della interpretazione per la vita del diritto.

Oggi un simile arricchimento si impone, quando, accanto al suo innato vizio-virtù dell'astrattezza, la legge troppo spesso violentata nella sua immagine illuministica da un legislatore impotente e ben carico di miserie, sottoposta a una tal proliferazione da rendere l'ordinamento attuale non meno incerto di quello post-medievale fondato sulle mille *opiniones* dei dottori, è diventata il simbolo del distacco fra regolatore e regola, da un lato, ed esperienza, dall'altro. In una società così intensa come la attuale, lo strumento regolatore non può non essere dotato di astrattezza e di generalità; il volto dell'ordinamento non può non essere legislativo, e sta a dimostrarlo la stessa evoluzione- involuzione che il *common law* ha sempre più subito dal 1945 ad oggi. Ciò è indiscutibile; discutibile, invece, è il parossismo legalistico che si è vissuto fino a ieri, l'esclusione di ogni cerniera attiva fra legge (dotata di sempre minore capacità rappresentativa dei fermenti sociali) e vita dell'ordinamento (che scorre anche se noi, con una assurda finzione, la possiamo pensare tutta racchiusa e arrestata nel *dies legis* e nella *mens legis*).

Gli 'Atti' del Convegno milanese sono un segno di particolare intensità perché — senza mezzi termini — mettono impietosamente il dito al centro della piaga. Se v'è stata una sordità funesta del formalismo legalista che vediamo vegeto fino alle nostre spalle, questa ha riguardato la storicità dell'ordinamento, la naturale ricchezza d'una realtà esperienziale dilapidata perché la suprema finzione costituzionale, di cui or ora si è detto, condannava e immiseriva la giuridicità nell'angustia della legge. Il merito maggiore di questi 'Atti' e del ripensamento che essi esprimono sta nel recupero di quella storicità, sta nello spostamento dell'interesse a quel dopo-legge che è la vita della legge nella relatività del tempo. La legge è pensata più come schema ordinante che come volizione autorevole, e ogni schema ordinante rimanda necessariamente a quel groviglio di strutture che è chiamato a ordinare, cioè a organizzare con assetti congeniali e non con strumenti insensibili e conculcanti. E il rispetto verso la legge si sposa al rispetto verso l'interprete, che non è più considerato come il personaggio imbavagliato della tradizione continentale.

Non si invochi subito mentalmente, formulando i dovuti scongiuri, lo spettro della interpretazione evolutiva, che si sarebbe

creduto allignare soltanto nei giardini innocui e fantasiosi coltivati dai giusliberisti; sulla interpretazione evolutiva, formulazione tanto rozza quanto equivoca, confesso io per primo di aver sempre consentito con le vecchie e sensate critiche di Santi Romano. Si tratta invece di sottolineare l'elementare verità che l'interprete non può non guardare il testo normativo che con i suoi occhi e che non lo si può costringere alla situazione innaturale di guardarvi con gli occhi lontani ed alieni del legislatore, tanto più che quei suoi occhi rispecchiano fedelmente e senza costrizioni la realtà circostante che la norma è chiamata a ordinare ⁽¹⁷⁾.

È ora di deporre una diffidenza che si è insinuata nelle pieghe più profonde del nostro animo e che con naturalezza abbiamo inserito nel nostro irrinunciabile decalogo professionale. L'assolutismo giuridico di ieri è stato così persuasivo da far scambiare ai giuristi il segno della servitù con la natura stessa delle cose. Per un verso, l'elefantiasi del fenomeno legislativo, per un altro, la sua incapacità ordinante, per un altro ancora, l'impotenza e l'assenza del legislatore su temi vitali e improcrastinabili malgrado la sua generale prodigalità, tutti elementi non smentibili della nostra vita giuridica, che continuamente si arricchisce nella piena della prassi quotidiana di istituti e figure nuovi, chiedono invece un nuovo ruolo dell'interprete e il suo coinvolgimento a un livello costruttivo.

Non ci si impaurisca troppo: è stato questo il nascosto filo di Arianna che, in ben altri tempi e di ben maggiore chiusura, è riuscito a tessere e tendere una catena di giuristi insofferenti della condanna al silenzio e consapevoli della propria capacità costruttiva, un filo non vistoso ma continuo che corre ininterrotto da Gabba a Enrico Cimbali a Vivante a Pacchioni a Max Ascoli a Filippo Vassalli; e sono i primi nomi che affiorano alla memoria ⁽¹⁸⁾. Il primo passo è

⁽¹⁷⁾ È puntuale questa frase di CASTRONOVO, *Legittimazione, discorso giuridico, diritto privato*, cit., p. 435: « il paradosso del giudice che deve decidere solo in base alla legge, la quale a sua volta assume senso come regola dei rapporti soltanto attraverso l'interpretazione, e quindi oltre la legge, impone l'uscita dal livello puramente normativo, il quale legittima bensì l'interprete ma nei termini di una ricognizione-riproduzione di per sé insufficiente ai fini dell'applicazione, per ritrovare in altro il fondamento del potere dell'interprete. Perché tale potere, in quanto autorizzato dall'ordinamento, si dà nella realtà; ma in quanto si dà, inevitabilmente supera i limiti normativamente fissati ».

⁽¹⁸⁾ Per il dibattito a fine ottocento, cfr. P. GROSSI, *'La scienza del diritto privato'* -

un atto di liberazione psicologica, ed è il passo più faticoso e più difficile: dopo la lettura degli 'Atti' del Convegno promosso e coordinato da Berti mi sembra proprio che sia stato compiuto.

3. Recentemente — in un momento quasi coevo a quella metà degli anni Ottanta di cui abbiamo discorso — si è però anche parlato di esegesi; anzi, si è formulata da parte del mio vecchio amico Natalino Irti « la proposta della neo-esegesi »⁽¹⁹⁾. La constatazione, elementarissima, assolutamente non smentibile e pienamente condivisibile da cui muove Irti è che il Codice civile non solo non esaurisce più l'universo civilistico ma che non costituisce più nemmeno l'asse portante di quell'universo ormai spostato su una legislazione speciale proliferata ricchissima e invadente negli ultimi decenni. Smentibile e non condivisibile è invece la ottimistica valutazione di questa legislazione come una costellazione di micro-sistemi legislativi, i quali — proprio per la loro vastità — hanno bisogno di attenzione filologica da parte del giurista, di un'opera prevalente di chiarificazione e di spiegazione.

Lasciamo ad Irti la parola: « il ritorno all'esegesi... non deriva né da una scelta di scuola, né dal gusto di singoli studiosi: è una necessità storica, imposta dalle leggi speciali, dal dovere di intendere nuclei di norme estranee al codice civile. Non si tratta di scegliere tra esegesi e non esegesi, ma tra capire e non capire l'immensa folla delle leggi decodificanti; e capire non si può se non con l'umile e libero 'commentare' »⁽²⁰⁾; « la neo-esegesi... significa... coscienza che l'unità del diritto... si svolge nella pluralità dei micro-sistemi. Il codice civile non è il sistema del diritto civile, ma *uno* dei sistemi... La neo-esegesi non contesta la legittimità del metodo sistematico, ma ne stimola il ritorno

Una Rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893/1896, Milano, Giuffrè, 1988. Tra i vari interventi di Giuseppe PACCHIONI si veda soprattutto *I poteri creativi della giurisprudenza*, in *Rivista del diritto commerciale*, XI (1912), I; per Max ASCOLI il riferimento è al noto saggio su *La interpretazione delle leggi*, Roma, Athenaeum, 1928; per Filippo VASSALLI sono eloquenti alcune testimonianze conclusive: la Relazione al Congresso internazionale di diritto privato del 1950 dedicata proprio a *La missione del giurista nella elaborazione delle leggi* e dove si può leggere l'invito a « richiamare il diritto ai giuristi », e il saggio su *Estrastatualità del diritto civile* (1951), ora in F. V., *Studi giuridici*, Vol. III, t. II, Milano, Giuffrè, 1960.

⁽¹⁹⁾ *La proposta della neo-esegesi (a modo di prefazione)*, in *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1982, p. III (ristampata anche in *Giustizia civile*, XXXI (1982).

⁽²⁰⁾ IRTI, *La proposta della neo-esegesi* cit., p. VIII.

al *terreno filologico*: il giurista non può più affacciarsi dalle finestre dell'augusto palazzo del codice civile e sogguardare sul marciapiede di sotto l'affannoso tramestio delle leggi speciali. Egli deve ricostruire il sistema o la pluralità dei sistemi, muovendo dalla *lectura legis* » (21); il giurista infatti « interpretando e sistemando il linguaggio delle leggi ne esprime e dilata l'intrinseca razionalità » (22).

Qui è un percorrere a ritroso la strada che ci è sembrato coraggiosamente segnata dal Congresso milanese, qui è un indietreggiamento precipitoso rispetto agli avamposti conquistati con tanta fatica, qui è il continuare imperterrito dell'assolutismo giuridico di marca napoleonica e — quel che allo storico sembra peggio — il continuare del plagio culturale. Il giurista è chiamato ad un lavoro 'umile' ed è continuamente richiamato alla virtù della 'umiltà', virtù moralmente assai rispettabile ma socialmente di rilievo scarsissimo; perché non si abbia soverchie illusioni, Irti stesso, che parla di « umile e libera lettura », precisa, quasi a esplicitare la sottolineatura di *lettura* che è anche tipograficamente segnata: « libera, poiché il giurista non deve recarvi il peso di risultati acquisiti, né infiacchirne la dirompente singolarità », dove è proprio l'attività del giurista ad emergere vincolata (23); il giurista ritorna nel suo cantuccio d'ombra lasciando che sia intieramente affare altrui la costruzione del giuridico. In altre parole, si smentisce l'affrancamento psicologico che ci era parso di poter salutare con favore in questi ultimi segni, si riconferma una vecchia psicologia e si torna a puntare, più che sulla *interpretatio*, sull'esegesi.

Un simile discorso mi sconcerta e mi sembra, in tutta franchezza, esiliato fuori dal tempo reale; ha tutta l'apparenza di un tardivo rigurgito illuministico. Il discorso di Irti è infatti completamente dominato da una illuministica fiducia nella legge e nel legislatore, nel cui grembo depone volentieri ogni ufficio costruttivo e a cui viene concesso un illimitato credito.

Ma una domanda si impone: è un credito ben riposto, o è piuttosto affatto usurpato e privo del supporto di ogni affidamento? A nostro avviso, la contemplazione di quella coriandolata carneva-

(21) Loc. ult. cit.

(22) IRTI, *La proposta della neo-esegesi*, cit., p. XI.

(23) IRTI, *La proposta della neo-esegesi*, cit., p. VIII.

lesca che è in Italia la legislazione speciale — troppo spesso così lontana da quei caratteri che i nostri grandi illuministi settecenteschi avevano disegnato con purezza — dischiude una realtà miserevole e desolante. D'accordo che su di essa si è spostato l'asse normativo dell'ordinamento e d'accordo che il giurista non ha da far lo schizzinoso e deve rimboccarsi le maniche, ma non operando della filologia, quanto della supplezza. La filologia presuppone un testo — se non sacro — almeno rispettabile, mentre è diffusa coscienza che ben spesso questi testi legislativi non hanno nulla al di là di quella rispettabilità formale che loro consegue dal fatto d'esser legge dello Stato. Riguardo ad essi che, presi ciascuno partitamente ma ancor più nel loro insieme, sono l'opposto di un ordinamento razionale della realtà sociale, il ceto dei giuristi ha una chiamata precisa: certo, anche e *in primis* a spiegare, ma soprattutto a svolgere una funzione costruttiva di fronte alle distorsioni poste in essere e ai vuoti lasciati sordamente incolmati malgrado le richieste della esperienza; e ciò proprio in forza di quella tecnica provvedutezza di cui il legislatore è spesso sprovvisto e di cui esso è invece il depositario; una funzione — come abbiám detto un rigo sopra — di supplezza, dal momento che le impotenze, le miserie, le manchevolezze del legislatore sono troppe perché si possa solo contemplarle passivamente.

Il giurista non muta mestiere, resta il depositario di un sapere distillato da duemila anni di storia e di un armamentario tecnico raffinatissimo; non esce dal suo laboratorio munito di tanti arnesi collaudati e trova solo in questi le sue armi efficaci. Ma userà della sua tecnica con una psicologia attiva — interpretativa, non soltanto esegetica — occupando uno spazio che è vuoto e che egli ha il dovere di colmare. Il giurista non è un letterato; non può contentarsi della filologia a causa del suo sapere incarnato nel sociale. Egli è senza dubbio un tecnico, ma non potrà limitarsi a esercitare il suo sapere su un *testo*, all'interno di *quel* testo come un universo senza finestre; egli dovrà anche aver coscienza che quel testo incarna uno schema ordinativo della realtà e dovrà preoccuparsi di collocare quel testo nella vita del diritto, lui che è il mediatore fra quel testo rigido e, come testo definito, sempre più avulso dalla continuità del divenire sociale, e il divenire stesso cui il testo è destinato e vocato.

Continuare oggi a parlar di esegesi o, il che non muta nulla, di

neo-esegesi ci sembra riduttivo e antistorico, e non tanto perché contraddice alle pretese dei giuristi quanto perché in tal modo si nega ai giuristi quella maggior presenza nell'ordinamento che sembra essere oggi non pretesa di un ceto ma conclamazione dei fatti. È inoltre antistorico perché non si può prendere atto con olimpica indifferenza che l'asse portante si è spostato dal Codice alle leggi speciali senza preoccuparsi di vedere i piani differenti su cui si collocava il primo e su cui si collocano ora le seconde, la diversità della genesi e della struttura che rende le leggi speciali fonti profondamente diverse ma anzitutto segnate da una qualità incommensurabilmente più bassa. Non tener conto di ciò e arrestarsi a questo loro essere sempre e comunque legge significa perpetuare un culto formale della legge, che aveva un senso sulla bocca di Muratori ma che non l'ha più su quella dell'odierno giureconsulto.

Guardiamo infatti un pò più da vicino le cose di cui si parla per rendersi conto delle loro reali proporzioni. Grosso è il servizio dell'esegesi, ma è e resta servizio, ossia quell'umile e severo e irrobustente esercizio da operaio che ogni architetto di grandi edifici dovrebbe per conto suo compiere ma che resta sua provvedutezza interiore assolutamente priva della possibilità di incarnare di per sé un valore autonomo storicamente efficace. Perché la storia non la fanno i geometri, ma gli architetti, i costruttori; e l'esegeta che, in quanto tale, è dominato dal testo nelle sue atomistiche manifestazioni, è logicamente l'opposto del costruttore. Ed è ben che sia così: se l'esegeta *contra naturam suam* e *contra animum suum* si accingesse a costruire, vedremmo, ohimé, troppo frequente nella nostra scienza giuridica il non confortante spettacolo di quei paesi di provincia lardellati e scempiati dalle case sprovvedutamente edificate dai geometri.

L'esegesi è momento necessario per fondare il discorso e il sistema giuridici. Su questo non può non esservi accordo, ma è affermazione tanto banale da sembrare ovvia. È chiaro che l'esegesi come approccio alle qualità materiali della singola tessera del grande mosaico sia un primo momento imprescindibile o almeno di indubbia utilità, ma non può non esser chiaro che si tratta pur sempre di operazione liminale affatto sprovvista di autonomia; è soltanto avvio alla comprensione di una macro-realtà operando la comprensione di tante micro-realtà; è soltanto avvio, perché sarebbe folle identificare

la comprensione della macro-realtà come somma di tutte le tessere identificate e comprese. La comprensione della macro-realtà solo in un'ottica falsante può essere ridotta a scienza del linguaggio specifico, a conoscenza di strumenti tecnici, a operazione di pura logica. Essa è invece pienamente raggiunta quando, dopo la mediazione della esegesi e dei suoi strumenti (linguaggio, tecniche, logica), elevandosi profondamente di piano, il sapere è dominato da quelle intuizioni profonde che, sole, sono in grado di catturare e immobilizzare la totalità come sintesi armonica. L'esegesi assomiglia insomma a quei monocoli che non riescono a fornire la visione dell'oggetto in tutto il suo spessore e la sua complessità.

L'esegesi è un'operazione rispettabilissima; dirò di più: necessariissima, ma non sarà mai in grado di percepire il progetto sintetico dell'edificio. Questo progetto postula costruzione, non servile e strumentale accumulo di dati. Né si dica che il giurista questo deve essere, altro non può essere. Soltanto il plagio bisecolare può farci pensare a lui come a un personaggio imbavagliato. Potrei essere facilmente d'accordo con Irti quando scrive che « non un potere, ma un dovere della tecnica incombe al giurista » ma è un accordo che giunge fin qui e qui si arresta. La sua tecnica, « se si restringe nell'orizzonte della legge, svolgendo e chiarendo l'umana razionalità fissata nelle norme »⁽²⁴⁾ come vorrebbe Irti, non è messa in grado di svolgere pienamente il potere-dovere di interprete, cioè di garante non solo di un testo, ma della vita di quel testo come schema ordinativo della società. Riproporre oggi il giurista come semplice esegeta — come mi sembra figurare nella proposta di Irti — non significa tanto riproporre la immagine polverosa di un dagherrotipo, quanto quella di un personaggio non alla stregua coi tempi.

Ma il discorso da ribadire e il *punctum dolens* da sottolineare a chi modella il giurista come un ripetitore senza voce propria, ripetitore di voci altrui, è lo stato di queste voci. Le frasi di Irti sulla razionalità della legge potrebbero convenire a uno di quei *pamphlets* settecenteschi strabocchevoli di felicità, di uguaglianza e di mille altre delizie, non a un testo del 1982 che presuppone la desolante situazione legislativa italiana. Non dimentichiamoci — ma anzi

(24) IRTI, *La proposta della neo-esegesi*, p. XI.

ripetiamolo a noi stessi e anche a quell'inguaribile illuminista che ci appare l'amico Irti — che esegesi è, sempre e comunque, una attività non autonoma dell'esegeta, giacché esegesi — commento, spiegazione — ha, per aver senso, necessità di un oggetto da spiegare, commentare; spiegare, commentare non esprime infatti un assoluto ma un relativo; è sempre relativo e tributario a qualcosa. Conseguentemente, l'esegesi è legata troppo alla dignità, autorevolezza, forza culturale di quell'oggetto. Che, quando si identifica in un *Code Civil* (che perfino i letterati francesi amavano) o in un Codice civile come il vigente italiano (che può superare indenne crisi istituzionali e di regime in grazia dell'operato rispettabile di Vittorio Scialoja e Filippo Vassalli, Polacco e Fadda, Bonfante e Alfredo Ascoli) è ancora un'attività premiante: v'è un sistema, una struttura pensata, un approccio organico con la realtà socio-economica di tali complessità e finezza da creare uno spazio di sussistenza per l'esegeta.

Ma, quando, come oggi avviene, si assiste a una devitalizzazione del Codice in favore d'una moltitudine di leggi speciali; quando tutto ciò è affidato non ad una programmazione del principe interprete del bene comunitario, ma al gioco imprevedibile di una partitocrazia instabile consegnata alle occasioni di maggioranze parlamentari che si formano e si disfanno come i banchi di nebbia, e perciò senza una linea programmatica, sparsamente, all'insegna dell'effimero; quando tutto ciò è l'opera di un legislatore che ha a che vedere con Portalis, con Zeiller, con Huber, con Windscheid, i grandi mentori dei grandi Codici moderni, come un impotente ha qualcosa in comune con Don Giovanni, un legislatore quasi sempre impreparato e incompetente, troppo spesso forzato da interessi particolari e immiserente pertanto la legge al rango di espediente demagogico, allora, il declino della unità codicistica in favore di una legislazione particolare e sparsa, espresso e ridotto nel passaggio dall'unità del grande sistema al pluralismo di tanti micro-sistemi, ci sembra più una pittura oleografica che l'evocazione d'una realtà effettiva.

Certamente, l'esegesi è per il giurista una scelta tranquilla, corrispondente a passate collocazioni, né lo tocca il tumulto chiasoso che sempre avviene nel territorio del politico e del sociale. Certamente, rivendicare per lui un ruolo attivo può essere scelta scomoda e difficile. Scomoda perché lo pone al centro di molte

forze; difficile, perché apre un problema di cui io per primo non mi nascondo la estrema gravità: va definito il suo ruolo e va ripreso in esame il suo statuto epistemologico. Ho però l'impressione che i nostri tempi e soprattutto quelli a venire esigano un simile impegno quando, spostandosi e incentrandosi l'attenzione sul momento interpretativo, al giurista viene chiesto qualcosa di più.

Il Congresso milanese di Giorgio Berti è soltanto la pubblica presa d'atto che il problema esiste; lo constata e lo dichiara, togliendolo dalle ambiguità e dagli equivoci, dalle ritrosie e dai silenzi, sotto cui viveva latente. Mi sembra che non sia una enfaticizzazione apologetica se si dice che con questo Congresso è stata inaugurata la strada — che si profila peraltro assai lunga, bisognosa di molte opere e di molti giorni — per una definizione più appagante del giurista degli anni Ottanta.

INTERPRETAZIONE ED ESEGESI

(Anno 1890 - Polacco *versus* Simoncelli)

1. Interpretazione ed esegesi. — 2. I 'lavori preparatorii' della prelezione camerte di Vincenzo Simoncelli. — 3. «Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile»: intuizioni, certezze, problemi di una singolare prelezione. — 4. In particolare: della interpretazione fra diritto e legge. — 5. In particolare: delle obbligazioni naturali come terreno di verifica nel tessuto dell'esperienza. — 6. Vittorio Polacco: le premesse di una polemica. — 7. I contenuti di una polemica: la nozione di legge e quella di interpretazione. — 8. I contenuti di una polemica: obbligazioni naturali e vita giuridica.

1. Nel linguaggio comune e agli occhi d'un osservatore comune interpretazione ed esegesi appaiono come mere variazioni verbali d'una stessa puntualizzazione semantica, con la conseguenza naturale che i due termini possono essere — e spesso sono — usati indifferentemente per significare l'azione dello 'spiegare' un testo. Nel linguaggio professionale dei giuristi, nel suo itinerario dalle prime Codificazioni in poi, qualcosa è intervenuto di singolare che ha valso a distaccarli marcatamente: mentre 'interpretazione', risentendo del contenuto amplissimo che all'omologo latino 'interpretatio' avevano conferito sia l'esperienza romana sia quella medievale e post-medievale del diritto comune, continua a connotarsi come vocabolo improntato a grosse polivalenza e disponibilità, 'esegesi' ha — al contrario — subìto nella recente vicenda continentale europea un clamoroso risecchimento. Nella cultura legolatrica dell'Ottocento, frutto d'un a tensione monistica a ridurre il diritto in norma autoritaria, 'esegesi' ha infatti sempre più significato interpretazione servile d'un testo legislativo con alle spalle una figura di giurista sempre più ridotto al rango passivo di aggiustatore tecnico di meccanismi alla cui produzione egli è e si sente totalmente

estraneo ⁽¹⁾. Anche nella recentissima ripresa che del termine ha fatto il civilista Irti con una sua « proposta della neo-esegesi » ⁽²⁾, la riesumazione chiaramente polemica del termine si riaggancia con il riduttivo uso ottocentesco e con una figura di giurista non dissimile da quella or ora accennata.

Quando, pertanto, nel titolo di questo saggio si parla e di interpretazione e di esegesi, non si cade in una inutile endiadi, ma ci si richiama a due contenuti culturali ben distinti secondo la decantazione della storia giuridica degli ultimi due secoli, quei contenuti che sono l'oggetto d'una non dimenticabile polemica di Vittorio Polacco verso Vincenzo Simoncelli ⁽³⁾. La disputa non ci sembra dimenticabile sia per la validità dei contendenti (che appartengono alle presenze significative della civilistica italiana a cavallo fra i due secoli), sia soprattutto perché investe un tema di fondo altamente speculare dei movimenti e delle scelte della intiera scienza giuridica nostra a fine Ottocento; e poiché invece la constatiamo pressoché dimenticata (anche perché il testo di Polacco, mai più ristampato ⁽⁴⁾, restò sepolto fra le colonne del 'Monitore'), affidiamo a queste pagine il compito di riproporla

⁽¹⁾ Qualche chiarimento in proposito può essere offerto da una mia recente nota: *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'Atti' di un Convegno milanese, e alla ricerca di segni)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII (1988), p. 517 ss.

⁽²⁾ In vari contributi, ma soprattutto in: *La proposta della neo-esegesi (a modo di prefazione)*, in *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1982 (ristampato anche in *Giustizia civile*, XXXI (1982)).

⁽³⁾ I testi della polemica, che si indicano qui distesamente una volta per tutte, sono: V. POLACCO, *Sull'interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali - Cenni critici a proposito di uno scritto del prof. V. Simoncelli*, in *Monitore dei tribunali*, XXXI (1890), n. 38 del 20 settembre 1890. Lo scritto criticato è la prelezione di V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, pubblicata originariamente in *Annuario della Università degli Studi di Camerino*, Anno scolastico 1889-90, Camerino, tip. Savini, 1890, riprodotta poi in: V.S., *Scritti giuridici*, vol. II, Roma, Soc. Ed. del Foro italiano, 1938. Per comodità del lettore si citerà da questa seconda pubblicazione.

⁽⁴⁾ Il saggio non fu ricompreso nei tre fascicoli delle 'Opere minori' curati dopo la morte di Polacco dalla Facoltà giuridica modenese e inseriti nella Collana di 'Pubblicazioni' della Facoltà stessa (nn. 33, 38, 39). Cfr. v. Polacco, *Opere minori* — parte prima — *Problemi di legislazione*, Modena, Univ. degli Studi, 1928; parte seconda — *Tendenze scientifiche e didattiche della scuola italiana di diritto civile dopo il 1850* — Fascicolo I e II, Modena, Univ. degli Studi, 1929.

all'attenzione dei giuristi. Giovanni Tarello, che onoriamo con questa raccolta di studii, ne sarebbe stato per primo — lui sensibilissimo ai problemi della interpretazione — un lettore curioso (5).

2. La disputa è unilaterale perché viene accesa da un pungente saggio di Polacco avverso una prelezione fortemente programmatica di Simoncelli, saggio al quale il civilista sorano non risulta che abbia mai replicato. Ha tuttavia il senso sostanziale d'una disputa anche se di dialogo monco si tratta, perché nelle pagine dei due giuristi vengono a misurarsi due valutazioni dell'ordine giuridico e due concezioni del problema supremo delle fonti, se non opposte, almeno decisamente diverse.

Per chiarire sino in fondo i termini della questione potrebbe convenire prender le mosse dal testo simoncelliano, ma forse non sarebbe bastevole. È un testo infatti che motiva ed esplicita tutto il suo cospicuo significato storico-giuridico soltanto se lo si immerge nel gran lavoro scientifico che la personalità del prelegente vive negli anni che immediatamente precedono. Poiché sono anni che sembrano veramente fungere da autentici 'lavori preparatorii' della prelezione, è da lì che conviene partire. Si vedrà più chiaro e si capirà meglio scelte e direzioni.

Per Simoncelli, che è assai giovane (6), è tempo — insieme — di formazione intellettuale e di avvio di progetti di ricerca. Dalla familiarità col Gianturco assorbe una concezione del diritto aliena da metafisicherie e da formalismi, anzi assai compromessa col sociale e con l'economico, e, di conseguenza, una funzione attiva del giurista, irriducibile nei panni troppo stretti dell'esegeta provvisto soltanto di buona tecnica (7). Ma i suoi maestri spirituali, i suoi veri *mâîtres à penser*, sono probabilmente altri e non esiterei a ricono-

(5) Né la prelezione simoncelliana, né il saggio critico del Polacco sono citati nella pur ricca bibliografia di una delle opere conclusive di TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.

(6) Era nato a Sora, agli estremi limiti del 'Reame', nel 1860.

(7) Gianturco aveva chiaramente 'manifestato questo suo atteggiamento già in un saggio metodologico dell' '81 (cfr. E. GIANTURCO, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*, in *Il Filangieri*, VI (1881), ora anche in *Opere giuridiche*, I, Roma, Libreria dello Stato, 1947.

scerli in Vico, in Savigny e in Vittorio Scialoja. In uno sfondo più remoto e impalpabile, Vico, mentore rispettato dell'uomo di cultura 'napoletano' anche dopo gli anni Sessanta, mentore sottile di Simoncelli nella sua diffidenza verso giusnaturalismi astratti, nella sua demitizzazione della 'natura' a semplice prodotto storico⁽⁸⁾. Su un piano più immediato, che è poi anche quello dei proprii strumenti professionali, Savigny e Scialoja, maestri l'uno e l'altro nella complessità di un messaggio culturale che giungeva a valorizzare lo storicismo più autentico e le sistemazioni teoricamente più impegnative.

La personalità bifronte di Savigny, spesso invocata, è particolarmente suadente per quella sua insistenza a collocare la fondazione d'ogni costruzione giuridica nell'intreccio organico d'una esperienza, salvo poi affinarne l'edificio superiore in arditissime guglie concettuali. Ugualmente Scialoja, che riproponeva al giovane giurista un discorso dall'analogo timbro di voce. Con Scialoja v'è un rapporto personale strettissimo⁽⁹⁾ che continuerà fino alla morte

(8) Assai indicativo il richiamo che, nella stessa prelezione camerte, si fa a Vico e alla sua aperta e ricca concezione del giurista e della sua funzione (*Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, cit., p. 421); ma forse ancor più significativo il richiamo contenuto nella introduzione a una sua tarda opera di indole scolastica (cfr. *Istituzioni di diritto privato italiano - Lezioni*, Roma, Athenaeum, 1914, pp. 3-4): difendendo la sua ferma convinzione di dover arricchire il proprio testo istituzionale di diritto positivo con adeguati riferimenti storici, Simoncelli non trova di meglio che difendersi e motivarsi con una famosa pagina vichiana: « poiché è sempre vero l'alto insegnamento del Vico, che 'l'ordine delle idee debba procedere secondo l'ordine delle cose', e che 'natura di cose altro non sia che nascita di esse in certi tempi e in certe guise', onde le qualità e i caratteri di esse, che è quanto dire la loro essenza, non da altro possano essere desunti che dal loro modo di nascere e dal loro processo di formazione ». Testo eloquente di per sé, ma reso ancor più eloquente dalla sua collocazione nella premessa (scritta nel 1914) a una grammatica elementare del diritto privato positivo in un paese a regime codificato. Il passo, notissimo, di Vico è dai *Principj di scienza nuova* (1744), libro I, degnità XIV (in G.B. Vico, *Opere*, Milano-Napoli, Ricciardi, 1953, p. 440).

(9) Vi insiste, a ragione, Pietro Bonfante, che è il biografo più attento di Simoncelli e la cui testimonianza è resa preziosa dalla lunga colleganza e consuetudine con questi in seno all'Ateneo camerte (cfr. P. BONFANTE, *Vincenzo Simoncelli*, ora in *Scritti giuridici vari*, IV, *Studi generali*, Roma, Sampaolesi, 1925, pp. 521-22); una evocazione solida e documentata del personaggio, che fa spicco rispetto a quella di Giuseppe Chiovenda infarcita di luoghi comuni (G. CHIOVENDA, *Commemorazione di Vincenzo Simoncelli*,

sfociando in un intimo vincolo familiare ⁽¹⁰⁾, ma, all'inizio, dietro quel rapporto, sta una profonda consonanza di metodo fra il giovane alle prime armi e il romanista già arrivato alla cattedra romana anche se di pochi anni più anziano.

Scialoja non era un romanista come gli altri: cominciava nell'86 a pubblicare la sua pregevolissima traduzione del *System* di Savigny ⁽¹¹⁾ dopo aver dimostrato un anno prima, nella prolusione romana, la padronanza perfetta delle più ardue categorie della dommatica giuridica ⁽¹²⁾, ma, nello stesso 1886, inviava una lettera aperta a Pietro Delogu, direttore della catanese 'Antologia giuridica', formulando la « Proposta di una raccolta di usi giuridici popolari italiani » ⁽¹³⁾ e due anni dopo prendeva a stampare una nuova collezione di *Dissensiones* dei Glossatori da lui interamente trascritta con una attenzione amorosa che è singolare in un romanista verso opere letterarie medievali ⁽¹⁴⁾. Nella duplicità di lezione di questo estra-ordinario romanista (la stessa complessità di Savigny) risiedeva il suo fascino presso il giovane Simoncelli; lo appagava il congiungersi in uno stesso studioso della capacità teoretica di disegnare con sicurezza il tema della volontà nel negozio giuridico e l'umiltà storicistica di cogliere — forse il solo dei romanisti, insieme a Brugi — la grandezza di Glossatori e Commentatori nelle loro ripetute violazioni dei testi antichi, frutto non di *asinina iurisprudencia* ma di sensibilità alle esigenze della civiltà nuova ⁽¹⁵⁾. Lo Scialoja, che

Roma, tip. Pallotta, 1918). Fu Scialoja a far ottenere a Simoncelli, nel 1887, l'insegnamento nell'Università di Camerino.

⁽¹⁰⁾ Simoncelli diventerà genero di Scialoja per il suo matrimonio con la figlia di questi, Giulia.

⁽¹¹⁾ F. C. di Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, Torino, Utet, 1886.

⁽¹²⁾ *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici*, ora in *Studi giuridici*, volume I, *Diritto romano*, P. I, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1933.

⁽¹³⁾ Ora in *Studi giuridici*, volume III, *Diritto privato*, P. I, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1932.

⁽¹⁴⁾ Ci riferiamo al saggio: *Di una nuova collezione delle Dissensiones Dominorum con l'edizione della collezione stessa*, che Scialoja comincia a pubblicare nel 1888 su 'Studi e documenti di storia e diritto'. Testimonianza della stessa attenzione culturale è l'edizione dello *Anselmi de Orto Iuris Civilis instrumentum* pubblicata nel '92 nella gaudenziana 'Bibliotheca Juridica Medii Aevi' (vedili ora in *Studi giuridici*, volume II, *Diritto romano*, P. II, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1934).

⁽¹⁵⁾ Occorreva coraggio e grossa maturità culturale a pronunciare nel 1879 (si pensi:

conclama questa provocatoria verità, che perde tempo (!) per farsi editore di testi medievali, che fa dei suoi ripetuti studii sulla *aemulatio* autentiche monografie di diritto comune ⁽¹⁶⁾, è il vero maestro spirituale di Simoncelli; senza presupporre il suo magistero non si capirebbe appieno l'amore per la purezza delle costruzioni giuridiche che si coniuga in Simoncelli con una massiccia presenza di analisi storiche, non premesse o schizzi sparsi, ma indagini autonome redatte col pieno mestiere di storico utilizzando tutti, anche i più difficili e segreti, gli istrumentarii dello storico ⁽¹⁷⁾.

Non si capirebbe la scelta quasi parossistica per un tema, che la cultura ottocentesca ha disprezzato talvolta e talvolta tollerato, ma mai amato: l'enfiteusi; un tema invece che, nel caso del civilista sorano, si identifica con una intera operosità di vita scientifica, con un lavoro a più riprese che non ha sosta dalla giovinezza alla tarda maturità ⁽¹⁸⁾. Subito dopo la pubblicazione della dissertazione di

Scialoja aveva appena ventiquattro anni) una frase così netta come la seguente: « Qual meraviglia dunque se gli scrittori di quei tempi pur tenendo dietro al diritto romano e commentandone i testi, per renderlo applicabile spesso lo travisavano? Questo, che a noi, troppo avvezzi a sprezzarne le opere, sembra un vizio intollerabile, era forse, come giuristi, la loro maggiore virtù, ed è forse a questa virtù che si deve la gran fama di Bartolo e il vederne in parecchie Università spiegate le opere accanto al testo del *corpus iuris* » (*Del diritto positivo e dell'equità*, Discorso inaugurale letto il giorno 23 novembre 1879..., Camerino, tip. Savini, 1880, ora in *Studi giuridici*, III, *Diritto privato*, P. I, cit.).

⁽¹⁶⁾ Dalla nota a sentenza del '78: *Degli atti d'emulazione nell'esercizio dei diritti* alla 'voce' *Aemulatio* redatta per la 'Enciclopedia giuridica italiana', che è del '92 (ora in *Studi giuridici*, volume III, cit.).

⁽¹⁷⁾ Se ne veda più sotto qualche esempio illuminante. Il maestro accademico di Simoncelli, il Gianturco, recensendo la rinnovata edizione di quella che era stata la sua dissertazione di laurea, puntava proprio su questa inusitata dimensione assunta dalla ricerca storica come carattere tipizzante del giurista sorano: « sopra tutto era degno di encomio il metodo delle ricerche e dell'esposizione: muovendo dalle fonti romane, interpretate con molta indipendenza e sicuro acume critico, il Simoncelli ne seguiva passo a passo tutto lo svolgimento ulteriore, sicché nelle opinioni dei glossatori e nella pratica dei Tribunali medioevali egli trovava la chiave per intendere a fondo il diritto moderno » (E. GIANTURCO, rec. a V. SIMONCELLI, *La destinazione del padre di famiglia come titolo costitutivo di servitù prediali*, Napoli, Pierro, 1886², in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, IV (1887), p. 504).

⁽¹⁸⁾ Gli anni del gran fervore sono proprio gli anni immediatamente precedenti la prelezione. Anno di grazia particolare il 1888 in cui appaiono ben quattro saggi: *L'enfiteusi — Esame critico dell'enfiteusi secondo il Codice civile italiano*, Milano, Agnelli,

laurea Simoncelli vi si dedica con pienezza di forze. Gli anni che precedono la prelezione sono costellati da un monotono ripetersi di scavi sullo stesso tema analizzato e approfondito sotto vari profili, contributi sparsi e sparsamente stampati ma tutti sorretti da un ben percepibile progetto unitario. Una simile propensione verso l'enfiteusi è assai significativa perché dimostra il superamento di alcuni pregiudizi che permangono assai radicati ancora nel civilista italiano degli anni Ottanta: il pregiudizio antimedievale, il pregiudizio scienziasta, il pregiudizio proprietario individualistico.

Simoncelli non ha esitazioni: forte della lezione apertissima di Scialoja valorizza, come nessun civilista italiano prima o dopo di lui ha mai fatto, il ricorso alla storia, ne fa un momento necessario e insostituibile del suo lavoro di cultore d'un diritto positivo; valorizza tutta la ricchezza storica, senza preclusioni od ostracismi, anche e soprattutto quel patrimonio medievale che lo Scialoja, romanista *historisant*, aveva dimostrato colmo di messaggi per il giurista di fine Ottocento. E si immerge sempre di più nell'inventario di questo patrimonio, sempre più consapevole che l'ideologia borghese ha abbacinato con la sua propaganda martellante e plagiante gli occhi del giurista post-rivoluzionario fino a farne un personaggio incapace di vedere l'oggettività delle cose storiche.

1888; *L'indole economica del contratto d'enfiteusi del Codice civile italiano*, in *Archivio giuridico*, XL (1888); *Le costruzioni giuridiche dell'enfiteusi e le moderne leggi di affrancamento*, in *Archivio giuridico*, XLI (1888); *Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, VI (1888) (vedili tutti ora ricompresi, sotto la dizione 'Studi sull'enfiteusi', in V. SIMONCELLI, *Scritti giuridici*, vol. I, Roma, Soc. Ed. del Foro Italiano', 1938). Allo stesso periodo di ricerca risale anche il breve saggio *Se l'enfiteuta alienante resti obbligato al canone*, originariamente pubblicato in *La legge*, I (1889), ora ristampato in *Scritti giuridici*, vol. I, cit., p. 397 ss.). Appartengono invece a momenti successivi: *La riforma dell'enfiteusi*, Roma, Unione Cooperativa Editrice, 1904 (Relazione letta alla Società degli Agricoltori Italiani, in Roma, nella seduta del 12 febbraio 1904), ora in *Scritti giuridici*, vol. II, cit.; *L'enfiteusi nel diritto ecclesiastico e le prime riforme nell'evo moderno*, pubblicato autonomamente con questo titolo negli *Scritti giuridici*, vol. II, cit., p. 521 ss., costituente però una sezione del 'Corso di diritto ecclesiastico' tenuto presso l'Università di Roma nell'a.a. 1903-04 e pubblicato di poi in veste tipografica ad uso degli studenti; infine, l'opera riassuntiva *Della enfiteusi*, volume primo, Napoli-Torino, Marghieri-Utlet, 1910, redatta per il *Trattato* diretto da Pasquale Fiore e rimasta malauguratamente incompiuta. Soltanto per comodo del lettore le citazioni dei saggi sparsi saranno fatte dalla agevolmente reperibile raccolta degli 'Scritti giuridici'.

Da qui l'esigenza di riesaminare tanti luoghi comuni inevitabilmente mitizzati nell'acceso clima rivoluzionario e gabellati poi sempre come valori indiscutibili, primo fra tutti quella liberazione della terra, quello « svincolo della terra in Francia » che, assumendo il carattere di conquista ultima, « trasse nella sua furia la enfiteusi »⁽¹⁹⁾. Simoncelli reclama invece su questo punto uno sguardo più pacato da parte del giurista, uno stato d'animo di disponibilità che è profondamente nuovo e straordinario rispetto alle valutazioni schematiche della ufficialità ortodossa. Anche il paesaggio giuridico dell'antico regime merita, al pari del luminoso paesaggio classico e giustiniano, una autonoma attenzione, ed entro quello, un folto numero di istituti tipici ciascuno dei quali è munito d'una voce apprezzabile. La scelta per l'enfiteusi, che, nata nel tardo mondo romano, giunge ad essere il frutto e lo specchio fedelissimi delle più vitali tensioni della civiltà medievale e post-medievale, è dunque doppiamente spregiudicata per il civilista: perché assume a oggetto d'indagine un istituto positivo che è storia vivente, storia non di un anno o di un decennio ma di un millennio e mezzo; perché rivela nell'indagine il ribaltamento del pregiudizio antimedievale.

Ma un discorso incentrato sull'enfiteusi vuol dire qualcosa di più: che cioè il giurista ama fare i conti, prima ancora che con le costruzioni teoriche disegnate da giudici e dottori, con le invenzioni della prassi quotidiana che è il vero laboratorio da cui scaturisce e in cui lentamente si forgia e si evolve quell'assetto di interessi. L'enfiteusi, scritta sulla terra, nasce dalle cose, reclamata dai fatti economici, e soltanto nella vita del diritto può essere rettamente misurata e interpretata. E Simoncelli, che ha serbato una forte impressione dalla lettura del *Beruf* savigniano, sensibile al richiamo scialojano alla dimensione consuetudinaria del diritto, si immerge volentieri nella ricca ma complessa e difficile selva della prassi documentaria, in un ampio quadro che va dai papiri ravennati del Marini al cartolario cavense e a quel prezioso regesto « che si va pubblicando »⁽²⁰⁾ degli

⁽¹⁹⁾ *Scritti giuridici*, vol. I, p. 133.

⁽²⁰⁾ *Scritti giuridici*, vol. I, p. 290. La frase ci sembra assai indicativa; Simoncelli era evidentemente attentissimo al gran fervore di pubblicazioni nel campo delle fonti medievali che è proprio della seconda metà dell'Ottocento. Il 'Regesto di Farfa', monumentale raccolta degli atti di gestione dell'immenso patrimonio terriero del grande

strumenti contrattuali della grande abbazia di Farfa, un territorio generalmente interdetto al non-storico di professione che limita la sua esplorazione a qualche passo della Glossa o di Bartolo e a qualche testo statutario ⁽²¹⁾. A Simoncelli non interessano dei precedenti, interessa il segreto d'un'esperienza storica dove un istituto nasce e vive. In un suo saggio dell'88 egli non manca infatti di insegnare: « L'interprete... non può trascurare l'evoluzione subita internamente dall'istituto attraverso i secoli: l'interpretazione più giusta della legge è quella che più tien conto della vita giuridica che si è svolta in seno ad un istituto » ⁽²²⁾.

Ancora: enfiteusi può arrivare a significare in un certo momento del divenire giuridico frammentazione della proprietà e duplicità del dominio, sempre significa comunque un onere reale (uso in senso lato questo termine ambiguo) inscritto sul fondo a depauperare in qualche misura la proprietà catastale, né ha torto la generalità della cultura borghese a coglierla, prima ancora che come un'espressione del regime signoriale, quale tumore maligno della proprietà 'quiritaria'. La attenzione per l'enfiteusi da parte di un civilista italiano degli anni Ottanta rivela dunque anche una sua non smentibile pesantezza ideologica. Non sta, certo, a significare una ideologia anti-proprietaria, ma senza dubbio un atteggiamento spregiudicato e insofferente riguardo alla versione soggettivistica della proprietà individuale che la astuzia dei costituenti e legislatori borghesi aveva venato di molta, di troppa eticità. A Simoncelli, aduggiato dalla propaganda e dalla bassa retorica imperante, sta invece a cuore il recupero dell'istituto proprietario al centro di una oggettiva dinamica sociale ed economica, e non ha esitazione — proprio in un saggio dell'88 — a proclamare che « la proprietà fondiaria oggi non può concepirsi se non per lo scopo della

monastero longobardo, comincia ad apparire per cura della 'Società romana di storia patria' nel 1879 ed è ancora in atto quando Simoncelli scrive.

⁽²¹⁾ È veramente assai singolare, se non un fatto unico, che tra le fonti storiche di un civilista ci sia un repertorio tanto vasto e tanto specifico com'è quello formato dai 'papiri diplomatici' del Marini, dai 'Monumenti ravennati' del Fantuzzi, dai 'Regii Neapolitani Archivi Monumenta', dal 'Codex diplomaticus cavensis'. E l'esemplificazione non è esaustiva.

⁽²²⁾ *Scritti giuridici*, vol. I, p. 177.

produzione» (23). Per questo, più che nelle pseudo-filosofie dei giuristi ufficiali, egli trovava una sorta di breviario nei grossi volumi da poco pubblicati degli 'atti' dell'Inchiesta agraria di Stefano Jacini (24), una diagnosi impietosa del paese reale, prime pagine sincere fra tante artificiose o reticenti, che finalmente davan voce alle cose. Per questo amava leggere gli economisti, soprattutto i tedeschi appartenenti alla scuola storica dell'economia (25), o addirittura il volume eterodosso di Laveleye così attento ai filoni diversi ed esclusi, così pervaso dal gusto d'un accentuato pluralismo culturale (26). Per questo lega la proprietà alla produzione e al lavoro, seguendo e sottolineando nell'itinerario storico medievale « il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici » (27). Per questo si compiace della legge recentissima sul credito agrario che, sancendo da parte degli istituti bancari la ipotecabilità dei miglioramenti apportati, segnala il superamento dell'inveterato principio della accessione 'romana' (28).

(23) *Scritti giuridici*, vol. I, p. 225.

(24) Se ne veda, per esempio, l'ampia utilizzazione fattane nel saggio su *L'indole economica del contratto d'enfiteusi del Codice civile italiano* (*Scritti giuridici*, vol. I, soprattutto p. 195 ss.), dove, a un certo punto (p. 206, nota 1), si qualifica come « aurea » la notevolissima 'Relazione' sull'Inchiesta agraria dello stesso Jacini.

(25) Soprattutto Guglielmo Roscher.

(26) Per esempio, nel saggio su *L'indole economica del contratto di enfiteusi del Codice civile italiano*, p. 194.

(27) Che è il titolo di uno dei saggi dell'88. E qui cade acconcia una doverosa osservazione: non v'è dubbio che c'è in Simoncelli una enorme attenzione verso la dimensione storica, una dimensione che viene addirittura ingigantita, resa essenziale e non eludibile per il giurista di diritto positivo; e non v'è dubbio che il nostro autore è dominato anche da una autentica preoccupazione storicistica. Il tutto però spesso venato e inquinato da un'idea-forza e forse, più sotto, da un'ideologia che coglie la storia come terreno di verifica di un divenire del lavoro da energia giuridicamente irrilevante a modo d'acquisto della appartenenza; quasi un contraddittorio filo evoluzionistico in mezzo a un approccio sinceramente storicistico. Su questo punto le analisi di Simoncelli trovarono forti resistenze e giudizi decisamente critici in G. VALENTI, *L'enfiteusi e la questione agraria* (1889), ora in *Studi di politica agraria*, Roma, Athenaeum, 1914, p. 115 ss., e in G. SEGRÈ, annotazioni al titolo 'Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur', in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, libro VI, Milano, Vallardi, 1888, p. 630 ss.

(28) Simoncelli cita spesso adesivamente la l. 23 gennaio 1887 sull'ordinamento del credito agrario, che sancisce la regola innovativa nel suo art. 22 (cfr. *L'indole economica del contratto di enfiteusi del Codice civile italiano*, cit., pp. 207-9).

Un civilista davvero straordinario, insoddisfatto dei luoghi comuni, insofferente agli andazzi della moda, che ama vedere nel passato i segni e i premonimenti più sicuri per costruire il futuro, che preferisce percorrere sentieri non affollati, sentieri desueti, nella certezza che le grandi strade universalmente percorse rischiano ormai di non avere sbocchi credibili. Una scelta avrebbe potuto essere quel positivismo naturalista dei più accesi fra i neoterici, ma non è così: i panni del biologismo e del sociologismo non si addicono a Simoncelli, e direi proprio per la lezione profondamente storicistica di Scialoja che vive in lui.

Storicismo, questo sì, ma in posizione singolarissima: il ricorso alla storia e alla comparazione, che costituisce il fiore all'occhiello di ogni civilista nuovo, diventa in Simoncelli un assoluto prevalere del dato storico⁽²⁹⁾; se mi è consentito, diventa quasi una ancillarità del diritto positivo al così ricco e straripante e pieno di segni materiale storico. Si legga questo testo eloquente con cui egli chiude un saggio generale sull'enfiteusi pubblicato in quel benedetto 1888: «La soluzione del quesito giuridico nell'enfiteusi non va ricercata nella logica della costruzione italiana; essa è profonda e sta nelle ragioni economiche che spiegano l'enfiteusi; sta nel regime e nella storia della proprietà. È meraviglioso come quasi nessun contratto meglio di questo porta nella fisionomia, attraverso i secoli, i lineamenti dei secoli, nessuno riassume nelle contraddizioni stesse delle disposizioni vigenti i risultati di una lunga lotta, non cessata ancora, del lavoro anelante alla proprietà terriera e della resistenza dei proprietari terrieri. Aniché tentare variamente di eliminare le contraddizioni del legislatore, partecipe lui stesso della lotta, la scienza del diritto ha il compito più alto e più utile di spiegarle con una larga considerazione dell'orizzonte sociale e della storia dell'istituto. Solo da questa considerazione può il giurista attingere la vita e lo sviluppo giuridico del contratto e la norma per dirigerlo al conseguimento del suo scopo»⁽³⁰⁾.

Sono, come si diceva, parole eloquenti, quasi una sorta di conclusione programmatica in cui vengon messi in luce i punti fermi

(29) Anche se spesso nell'ottica segnalata alla nota 27.

(30) *Esame critico dell'enfiteusi secondo il Codice civile italiano*, cit., p. 182.

del progetto intellettuale simoncelliano. La scelta per l'enfiteusi non è occasionale, come segnala la puntigliosa, quasi monotona insistenza sul tema: essa è storia di tempi lunghi che ha una estrema appendice nel presente; è storia di una lotta perenne fra il sordo capitale fondiario e il lavoro che tenta di emergere a livello di strutture giuridiche, vero e proprio modo d'acquisto di una appartenenza. Nell'enfiteusi, nella sua ricostruzione scientifica, anche quella piattamente positiva, si palesa appieno la inutilizzabilità del solo strumento legislativo e dell'esegesi, perché nella legge sono contenute soltanto le contraddizioni e le partigianerie del legislatore borghese dominato da un profondo sentimento di diffidenza.

Si badi: un simile atteggiamento non è attraversato da alcuna venatura classista, né si fraintenda la 'diversità' di Simoncelli per una posizione socialisteggiante. La sua è diversità culturale, è insoddisfazione per l'esasperato monismo cui si è ispirata fino ad allora la cultura giuridica italiana post-unitaria (una monocultura, un mon canale di scorrimento, individuazione di monocause), e esigenza di una visione dell'ordinamento più complessa di quanto appaia nel sistema limpido ma elementare del Codice, di una verifica di quel sistema in una corralità ampia di fonti.

Sotto questo profilo l'enfiteusi assurge al rango di un manifesto: la storia vi ha una funzione essenziale e dirompente. Posto infatti che il legislatore è « partecipe lui stesso della lotta » e, proprio perché partecipe, non riesce a sollevarsi dai nodi e dagli intrecci che lo condizionano ⁽³¹⁾, la *norma* dell'istituto non potrà che essere cercata e trovata fuori del perimetro della legge positiva, nei tempi lunghi del divenire giuridico. La storia qui non è ornamento e decorazione; è piuttosto una ricchezza che mette nell'ombra e devitalizza la povera norma vigente.

Lavori preparatorii della prelezione, abbiamo detto più sopra. Ora è più chiaro il senso della sibillina espressione. Quelle che potrebbero apparire come novità e improvvisazioni del discorso generale dell'89 sono preparate e racchiuse nelle martellanti indagini sull'enfiteusi pubblicate l'anno prima e frutto di quel torno d'anni.

⁽³¹⁾ È da sottolineare la spregiudicatezza di questa contemplazione del legislatore italiano post-unitario con occhi non velati da schermi ideologici, consci o inconsci che essi possano essere.

L'analisi apparentemente così definita, così particolare sull'istituto enfiteutico non è né separata né lontana dal discorso metodologico dove si parla di cose alate come l'interpretazione della legge, la funzione e il ruolo del giurista. L'enfiteusi è il ristretto terreno in cui sperimentare una troppo grande idea. Ma è l'esperimento a dar la forza per spiccare il volo.

3. Simoncelli, che è dal 1887, grazie all'autorevole intervento di Scialoja, docente nella Università di Camerino di 'Diritto romano e Codice civile' e che ha dedicato quegli anni a consolidare e definire le sue ricerche in tema di enfiteusi, viene incaricato di tenere il discorso inaugurale per l'anno accademico 1889/90; e il 17 novembre 1889 ha luogo la solenne prelezione.

Il giovane civilista non si lascia sfuggire l'occasione e utilizza il prestigioso palcoscenico per parlar di cose supreme e per parlar chiaro. Ne scaturisce un testo straordinariamente franco, in cui, accanto alla spregiudicatezza e anche alle ingenuità di un trentenne segnato da insoddisfazioni e aspirazioni genuine, si uniscono la percezione lucida delle difficoltà del civilista nella società italiana in trasformazione e la ricchezza di un'esperienza di ricerca personale condotta su sentieri singolarissimi. La prelezione raccoglie — proiettando su un piano metodologico — le molte convinzioni e i molti dubbii maturati nelle lunghe indagini sul tessuto dell'enfiteusi; non saprei se non considerarla come una continuazione a più alto livello del lavoro precedente.

Pur in un coro di prelezioni e prolusioni contemporanee di giuristi spesso assai rilevanti e per i temi trattati e per l'impegno riversato, la prelezione camerte di Simoncelli ha una collocazione tutta sua. Essa chiude un decennio che dalla civilistica italiana è stato vissuto con sensibilità e disponibilità, che ha visto da taluno confermato il vecchio orizzonte del mestiere di civilista e da taluno innovato dalle fondamenta, che ha avuto uno svolgimento costantemente dialettico, spesso polemico, spesso aspro ⁽³²⁾. Simoncelli

(32) Una visione sintetica del gran dibattito del decennio, un dibattito che si avvia con una prolusione romana di Enrico Cimbali e può trovare la sua provvisoria conclusione proprio nella prelezione simoncelliana, abbiamo cercato di disegnare in un recentissimo lavoro, al quale si rinvia il lettore: P. GROSSI, *'La scienza del diritto privato'* -

rifugge dall'inserimento nell'una o nell'altra scuola; quel ch'è importante qui di segnare è che la sua voce non è la voce di un movimento; anzi, non abdica mai a un timbro personalissimo. Questo la rende, per un verso, più fragile e più aperta al rischio delle ingenuità culturali (e Polacco non mancherà di rilevarlo impietosamente), ma fa anche di essa un osservatorio peculiare e pertanto originale, per di più non viziato dagli schemi, ormai tralatizi negli anni Novanta, degli esegeti e dei neoterici.

Sotto due profili il civilista sorano si dimostra figlio fedele del proprio tempo: l'ecllettismo culturale e il pansofismo. Comte, Spencer e Vico si danno la mano, tra i suoi mentori filosofici; la scienza giuridica, scienza sociale per eccellenza, è al centro di una intricata rete di rapporti che la legano alle altre scienze, anche a quelle della natura ⁽³³⁾. L'ecllettismo, che è nell'aria, che conquista ogni intellettuale di fine secolo che si rispetti, non è smentibile. Smentibile è invece la conseguenza — che ogni lettore si crederebbe in diritto di trarre dal secondo assunto — di una sorta di biologismo giuridico alla stregua di Vadala-Papale ⁽³⁴⁾. In realtà l'istanza pansofica di Simoncelli resta una inefficace — o assai relativamente efficace — premessa teoretica. Resta una attenzione sincera per le relazioni interscientifiche e restano anche tracce non minime di linguaggio naturalistico ⁽³⁵⁾. Ma è conclamata una diffidenza aperta per la sociologia, madre e maestra degli *homines novi*, e per le teoriche evuzionistiche, oggetto invece di tanti amori sviscerati da parte di tanti giuristi italiani, nonché una dichiarata ostilità per il progetto di novissimo conio d'un 'codice privato sociale' ⁽³⁶⁾.

Una Rivista-progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896, Milano, Giuffrè, 1988, p. 15 ss.

⁽³³⁾ Basti rinviare alla pagina iniziale in cui ci si richiama a « quella parentela intima » fra le scienze, a quella « medesimezza di metodo », « operai tutti — matematici, medici, giuristi — d'un solo immenso edificio, che è la scienza » (*Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, p. 416).

⁽³⁴⁾ Sul filosofo del diritto e civilista catanese Giuseppe Vadalà - Papale (1854-1921), propugnatore negli anni Ottanta di un acceso 'darwinismo giuridico' cfr. GROSSI, *La scienza del diritto privato*, cit., p. 24 ss. e 35.

⁽³⁵⁾ Il sostantivo 'organismo' e l'aggettivo 'organico' sono ripetuti frequentemente nel corso della prelezione.

⁽³⁶⁾ *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, cit., pp. 419-20. Il 'codice

Il giuridico è pensato in una sua intensa autonomia, al fondo di un processo di rigorosa depurazione nel quale è frontalmente impegnato il civilista; impegno « di liberare la scienza del diritto civile da quel che non è strettamente giuridico »⁽³⁷⁾, di dar mano ad una ‘costruzione’, sistematica⁽³⁸⁾, di « attendere a fissare i concetti giuridici »⁽³⁹⁾. L’uggia per l’invasione del metagiuridico, per l’impeto delle ideologie che velano il limpido approccio conoscitivo del giurista, investe anche l’ideologia imperante, quella borghese, anche se universalmente ricevuta e riverita e inscritta nella costituzione materiale dell’ordinamento. Simoncelli non ha prevenzioni in proposito: « non bisogna dimenticare che il codice francese, da cui il nostro deriva, reagiva contro l’oppressione feudale, e quindi il civilista anziché esagerare, deve studiarsi di correggere quanto può certa intemperanza di concetti, teoreticamente e praticamente inopportuna: valga d’esempio quello della *libertà della terra* »⁽⁴⁰⁾.

Le faticose ricerche sull’enfiteusi gli hanno insegnato che il territorio proibito costituito dal sistema dei diritti reali dell’antico regime è popolato di creature giuridiche tutte infami e nefande soltanto nella martellante propaganda di regime e che quella propaganda rappresenta un modello negativo di inquinamento del giuridico da parte del politico. Se il civilista non deve cadere nell’abbraccio della sociologia e delle scienze naturali, che ha egli da fare per mantenere la purezza del proprio discorso garantendogli nello stesso tempo respiro e vitalità? Dovrà ricorrere alla sfera dei precetti morali e alle regole ‘eterne’ del diritto naturale? Simoncelli ha una sola risposta: se il rifugio giusnaturalistico, un mondo per lui nuvolesco e incredibile, odora troppo di fuga e di impotenza oltre che di pigrizia culturale, non restano per il giurista che l’invito vichiano ad esser filosofo e storico, soprattutto storico⁽⁴¹⁾, e la

privato-sociale’ è la auspicata fonte regolatrice della ‘nuova fase del diritto civile’ che, nella mente di Cimbalì e Vadalà-Papale, dovrebbe sostituire l’insoddisfacente Codice civile di fattura postilluministica (sull’idea di ‘codice privato-sociale’ ci sia consentito di rinviare ancora una volta a: *‘La scienza del diritto privato’*, cit., *passim* ma soprattutto p. 143 ss.

⁽³⁷⁾ *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, cit., p. 418.

⁽³⁸⁾ *Ibidem*, p. 427.

⁽³⁹⁾ È un’idea frequentemente ripetuta. Cfr. *ibidem*, soprattutto pp. 427, 428.

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem*, p. 419.

⁽⁴¹⁾ Esplicito il richiamo che si legge a p. 421.

lezione savigniana sulla intima storicità del diritto. A supporto del testo or ora riportato sulla unilateralità del Codice francese sta un solo riferimento: a Savigny e al suo *Beruf*, alle critiche del maestro di Marburg circa la codificazione del diritto ⁽⁴²⁾. In altra pagina affiora, sempre dallo stesso *Beruf* che Simoncelli tiene sul suo tavolo come un breviario, il notissimo accostamento savigniano fra diritto e linguaggio come momenti ordinativi della vita sociale e perciò sempre in movimento ⁽⁴³⁾.

I rischi connessi al suo mestiere il civilista li eviterà evitando le due trappole che il mondo culturale tardottocentesco gli ha posto accanto: le chiusure della legislazione con le sue pseudo-purezze, gli intorbidimenti delle scienze della natura e di quelle scienze sociali che sulle prime si sono esemplate. L'allargamento dello sguardo del civilista deve avvenire soltanto nella direzione della storia giuridica ⁽⁴⁴⁾ fino al punto di «deporre la veste di civilista per addentrarsi in ricerche e studi di pura storia del diritto» ⁽⁴⁵⁾. Questo non significa abdicare alla purezza dei concetti e del sistema che il civilista è chiamato a costruire, ma verificare continuamente le linee e le geometrie della costruzione nella vita, in quella vita manifestatasi ed espressasi compiutamente che è la storia. Giacché di storia come vita del diritto si deve trattare, non di storia addomesticata secondo indulgenze idealistiche e formalistiche, non un divenire delle idee soltanto né tanto meno quello del filone maestro della tradizione romanistica; al contrario, «il campo della

⁽⁴²⁾ *Ibidem*, p. 419, nota 2, dove c'è anche una venatura d'imbarazzo — del giurista italiano operante in un paese a diritto codificato — circa la ostilità savigniana al *Code civil* e allo strumento 'codificazione'.

⁽⁴³⁾ *Ibidem*, p. 421.

⁽⁴⁴⁾ *Ibidem*, p. 421 ss. E anche della comparazione giuridica.

⁽⁴⁵⁾ *Ibidem*, p. 422. Giacché, se c'è un sincero compiacimento per la circostanza che «oggi lo studio si avvia verso la storia del diritto privato, vero e più diretto sussidio del diritto civile», v'è però anche la constatazione amara su «la povertà del soccorso che sinora han dato al diritto civile gli storici del diritto» (*loc. ult. cit.*) e l'esigenza per il giurista di diritto positivo di lasciar gli storici correre ad acciappar farfalle e di far lui stesso opera di supplenza sostituendo l'*allargamento* della propria competenza alla altrui inerzia. Oggi, anno di grazia 1988, sarebbe difficile trovare dei civilisti disposti a rifare il discorso di Simoncelli, ma la valutazione sugli storici del diritto e sulla loro insensibilità alla dimensione autenticamente giuridica non sarebbe — ohimè! — affatto dissimile. Perpetuazione di una condanna, dalla quale non ci si riesce a liberare.

ricerca storica è il Diritto romano, germanico, canonico, statutario e francese»⁽⁴⁶⁾, un campo a spettro larghissimo che sia in grado di fornire la comprensione della intiera esperienza giuridica.

La prelezione si avvia verso i suoi nodi centrali, e prende forma nello sfondo la complessa coscienza del prelegente: uomo che ha occhi e orecchi ben aperti, ma che vuole assicurare al giuridico la sua purezza, che — da savigniano convinto — diffida del Codice come costruttore della vita giuridica e ambisce a un solo scopo, quello di operarne un largo recupero per evitare una troppo grossa — e letale — disarmonia fra regola e sentimento della comunità. Sempre nello sfondo, la dialettica irrisolta fra esigenze di purificazione della scienza e bisogno del suo contatto con la vita. Dialettica senza dubbio irrisolta ma che vede, nell'impostazione fortemente savigniana, la prevalenza e la vittoria della vita nella sua non arrestabile continuità.

Come si diceva anche più sopra, se v'è una dimensione che esce ridotta e contenuta, è il presente e il vigente. Certo, punto fermo da cui partire, inabdicabile realtà con cui il giurista positivo non può non fare i conti, ma punto minimo di una linea lunghissima privo di una sua autonomia spirituale, parte di un 'organismo' ben più ampio che si distende nel passato e si protende verso il futuro dal quale non può essere separato e col quale deve essere connesso, pena la sanzione pesante della incomprendimento. Facile è l'immagine della pianta la cui parte esterna, sensibile, appariscente, non esaurisce affatto la sostanza di un organismo molto più complesso che ha nella dimensione ipogea il suo nucleo più radicale e vitale⁽⁴⁷⁾. *Organismo* e *organico* sono termini che si scialano, ed è insistente, ossessivo, il richiamo alla vita d'un popolo. Ossessivo anche il rischio della separazione del diritto da essa, il suo riscicchimento come per i rami d'una pianta tagliata dalle radici.

Da qui l'esigenza di partire dalla legge per andar precipitosamente a ritroso e ritrovare nella storia il diritto, nella storia e nel futuro, nella continuità dell'esperienza. Verrebbe voglia di dire: al di là della legge per arrivare al cuore del diritto. Ma diamo la parola a Simoncelli: « perché la legge di oggi, qualechessia, è una produzione

⁽⁴⁶⁾ *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, p. 423.

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem*, p. 423.

organica secolare della società, ogni sviluppo non può che partire da essa, il nuovo non può che essere che continuazione del vecchio: anche quando il nuovo è un innesto, non può vivere se il succo vitale dell'antica pianta non lo alimenta. Io non posso fare a meno di esprimermi con la similitudine dell'organismo umano per fissare questo concetto fondamentale, che lo sviluppo del diritto, salvo anomalità eccezionalissime, deve tenersi stretto al diritto positivo vigente » (48).

Rilevanza del presente/vigente ma coscienza della sua relatività, del suo essere soltanto un punto della linea, una manifestazione della vita dell'organismo, che però precede e segue in perfetta continuità quella manifestazione. Dietro Savigny, il filo conduttore è rappresentato da una diffidenza palese per la legge, tanto più quando essa si cristallizza nell'ingombrante edificio di un 'codice', e da uno spostamento di sguardo del giurista verso la società. La denuncia è sonora: « Abbiamo oggi i codici, e guardiamoli pure come un fatto storico sociale, non dimenticando però l'ammaestramento di Savigny, che cioè, essendosi essi formati in modo teoretico, per la loro fondamentale conoscenza ed applicazione e pel loro ingeglieramento è indispensabile lo studio del passato; e che quindi coi codici lo studio del diritto non è reso né più agevole né più semplice » (49). E franco è l'invito: « Guardiamoli come la manifestazione della nostra vita giuridica » (50).

4. L'impianto — ripetiamolo ancora una volta — è visibilmente savigniano e cerca savignianamente di sciogliere i molti nodi e di comporre le non poche antinomie che affiorano.

Depositaria di quel grosso valore sociale rappresentato dal diritto è la stessa vita d'una comunità; il diritto ne costituisce una dimensione e deve rifletterne senza riduzioni quella complessità che, per altri versi, è anche la sua ricchezza. Il compito della scienza giuridica e la missione specifica del giurista stanno nell'ordinare in linee e figure, in una sorta di geometria di concetti, il messaggio incomposto e straripante che viene dalla vita. Il che non significa

(48) *Ibidem*, p. 424.

(49) *Ibidem*, p. 425.

(50) *Loc. ult. cit.*

deformarlo ma decantarlo rispettandone il senso e operando soltanto una necessaria depurazione. Mai il giurista deve tuttavia deporre la coscienza del diritto come patrimonio d'un popolo: il diritto è un modo di vivere la storia, ed è pertanto l'opposto di un arbitrio, di un artificio, di una pura forma.

È per questo che il diritto positivo — oggetto privilegiato delle attenzioni del civilista — deve essere strettamente connesso a « lo sviluppo del diritto », considerato come momento di un divenire. Ogni isolamento ha da ritenersi metodologicamente scorretto. Il Codice è un rischio che la cultura ottocentesca ha voluto correre, ma è dubbia la sua 'socialità' ⁽⁵¹⁾ come struttura troppo pensata e troppo cristallizzata. Il giurista deve liberarsi dalle mitologie circolanti e recuperare, in una specie di lavaggio intellettuale, tutta la sua libertà di sguardo. Egli considererà il Codice come un male necessario, non come una conquista ultima e perfetta, lo relativizzerà guardandolo nell'unica ottica lecita che è quella di coglierne una « manifestazione della nostra vita giuridica », lo arricchirà con l'osservazione di *tutto il resto* che vive e preme intorno e — quel che più vale — continua a vivere fedelmente il mutamento sociale, tenterà di conseguire un recupero del sociale per rinnovare i contenuti codificati e per impedire il completo riecchimento della legge.

Idee e parole grosse, specie se pensate e pronunciate nel 1889, in un mondo in cui ancora le mitologie post-illuministiche sono oggetto di culto. Ma ci sembra proprio questa la lezione del Simoncelli e il bilancio non falsato della sua prelezione camerte. Con delle conseguenze di rara spregiudicatezza in tema di interpretazione, che costituiscono per l'appunto il nodo della polemica di Vittorio Polacco contro il civilista sorano.

Ecco un testo eloquente, che proprio in grazia della sua eloquenza è opportuno riportare per esteso: « La legge di uno Stato, com'è ovvio, non accoglie tutto il diritto: la massima parte di questo resta latente nel seno della società. Quel che si manifesta è parte organica di quel che si nasconde: non è il nato che si stacca dalle viscere materne; è la pianta che vive fuori e dentro la terra e muore quando la terra non ha più succhi vitali, quando la *magna parens*

⁽⁵¹⁾ « Guardiamoli pure come un fatto storico sociale » ha detto Simoncelli nel testo sopra riportato, esprimendo a chiare note una ferma riserva mentale.

muore alla produzione. Concepito il diritto, quale oggi si concepisce, non come una serie di disposizioni uscite dalla mente di un legislatore ma come la vita sociale stessa guardata dal suo lato giuridico, o (diciamo pure le abusate parole) come parte dell'organismo sociale; la sua *interpretazione* non è la rivelazione della volontà del legislatore, ma è lo studio della stessa vita sociale, lo studio di quest'organo con cui la società adempie una delle sue più alte e più imprescindibili funzioni. Né questa è soltanto quistione di parole o di punti di vista diversi; vedremo subito che è anche quistione di sostanza. La interpretazione della legge non è solo rivolta a stabilirne il senso delle parole, a determinare il concetto delle regole, ma a completare la legge, a scoprire quel ch'è latente in essa, o meglio, quel che in essa si rattrova in potenza » (52).

Son parecchie e parecchio provocatorie le certezze qui espresse. Innanzi tutto, la premessa maggiore: altra cosa è la legge, altra il diritto; altra cosa è il sistema legislativo, altra il sistema giuridico; con quelle due immagini contrapposte del feto e della pianta che servono a fare intendere anche i sordi. La legge è manifestazione, che non ha vita indipendente e staccata, che non ha un senso di per sé, che è anzi intimamente connessa a una più complessa realtà talora né tangibile né manifesta ma costituente ontologicamente il cuore del diritto.

Di questo il giurista chiamato al compito peculiare della interpretazione ha da aver coscienza come della prima sua dignità metodologica. Il limite della sua azione intellettuale, più che nella lettera e nella logica della legge, più che all'interno della legge, sta fuori, in quella vita sociale che sola legittima l'atto normativo e con la quale questo va verificato. I fatti giuridici circolanti nella vita giuridica saranno i soli a fornire il contenuto alla legge, giacché è impensabile (o è pensabile come aberrante e inesistente) una legge che si ponga in contrasto con quei fatti che soli la legittimano.

Il timore è che il formalismo legislativo si tramuti in formalismo dell'interpretazione, senza salvezza per l'ordine giuridico; mentre l'interpretazione è pensata proprio come operazione di salvataggio, operazione di recupero di radici reali anche per l'atto normativo

(52) *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, pp. 423-24.

iniquo o antistorico. Il compito del giurista-interprete è attivo, è un atto di volontà più che di mera logica, perché è lui il tramite fra norma e vita, il garante della loro coerenza. « Ridurre il compito del civilista alla interpretazione, strettamente intesa, della legge »⁽⁵³⁾ è operazione che rasenta l'assurdo; e Simoncelli si affanna a gettare accanto al suo giurista gli esempi del fisiologo, del fisico, del matematico condannati all'impotenza se troppo limitati nella loro azione conoscitiva⁽⁵⁴⁾.

La vocazione 'giuridica' del giurista-interprete è lo « accertare il principio fondamentale d'una regola giuridica, il suo rapporto con tutto il sistema giuridico »⁽⁵⁵⁾, principio che non nasce con la legge e nella legge ma gli preesiste, sistema che non si identifica con quello manifestato nella legge ma che è assai più ricco e complesso. Se gli si toglie questa dimensione che lo pone mediatore fra legge particolare e totalità della vita giuridica, si fa del suo operare un qualcosa che ha poco di intrinsecamente giuridico e che ha molto di esclusivamente logico proprio in grazia della astrattezza d'un ragionare che si misura non sui contenuti concreti ma unicamente sulle astratte scansioni della correttezza deduttiva⁽⁵⁶⁾. L'interpretazione è per lo *iurisperitus* qualcosa di più e di diverso: « è qui che si pare il vero intuito del giurista, è qui che egli deve essere sperimentato, attingendo direttamente alla vita, esaminando la regola giuridica nel suo contenuto materiale e nelle sue relazioni con tutto l'ambiente sociale »⁽⁵⁷⁾.

Tutto questo discorso è preparatorio della conclusione più vistosa e incisiva che Simoncelli non esita a trarre sul problema delicatissimo dei rapporti fra legge vecchia (ma vigente) e vita sociale progredita e mutata. Per il legalista non v'è nulla di problematico: la legge continuerà per l'eternità a regolare il mutato contesto sociale proiettando nel futuro, con invariata carica normativa, quel contenuto che il legislatore prevede e inserì nella norma al momento della

⁽⁵³⁾ *Ibidem*, p. 429.

⁽⁵⁴⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽⁵⁵⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽⁵⁶⁾ « Accertato il principio di diritto, tutto il lavoro posteriore del dedurre e combinare, dello sviluppare il concetto della legge è parte astratta, di carattere non esclusivamente giuridico, ma specialmente logico » (*loc. ult. cit.*).

⁽⁵⁷⁾ *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, p. 430.

produzione. È ovvio che Simoncelli non la pensi così, né il lettore ne resta certamente sorpreso.

Può sorprendere invece che il suo argomentare prenda l'avvio da un'altra prelezione camerte che il suo mentore Vittorio Scialoja aveva pronunciato esattamente dieci anni prima sul tema arduo dei rapporti del diritto positivo e dell'equità⁽⁵⁸⁾. Scialoja, affrontando il problema che affanna Simoncelli, aveva risposto, riferendo una frase di Aristotele: « si giudicherà come lo stesso legislatore avrebbe detto se fosse stato presente e come avrebbe prescritto se lo avesse preveduto »⁽⁵⁹⁾. Frase sibillina che, nel testo scialojano, veniva però ad assumere un significato rigorista ma che il prelegente dell'89 utilizza unilateralmente a proprio vantaggio facendo di Scialoja un nume tutelare delle proprie conclusioni: « il problema sta appunto qui: quel che il legislatore avrebbe detto se fosse stato presente e quel che avrebbe prescritto se lo avesse preveduto, possono essere due cose diverse, ché ci corre in mezzo un periodo di tempo, che può aver mutato l'ambiente sociale e scientifico: il cambiamento delle condizioni economiche, il tramonto di una teoria economica o filosofica che presiedette alla legiferazione, determina un nuovo indirizzo del pensiero giuridico, ed il legislatore d'oggi non statuirebbe come quello d'un tempo. Deve il civilista, interpretando, costringersi nella cerchia delle idee storiche, filosofiche ed economiche dominanti al momento della formazione della legge, anche quando la vita e la scienza le hanno bandite? No: fu detto benissimo che, dentro la elasticità consentita dal letterale significato della espressione legislativa, questa può e deve modificarsi in avvenire, adattandosi alle condizioni sociali ed al sentimento comune; tra due interpretazioni deve esser preferita quella che ha dalla sua il consenso presente di quella stessa coscienza sociale donde emerse la legge »⁽⁶⁰⁾.

Il consenso presente di quella stessa coscienza sociale donde emerse la legge è una frase che avrebbe fatto piacere a Joseph Kohler (i cui lavori Simoncelli conosce e apprezza)⁽⁶¹⁾ e, più tardi, a

(58) SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit.

(59) SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 22.

(60) *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, pp. 43031. Simoncelli fa qui sue le espressioni usate da Ferdinando Bianchi nel saggio citato più sotto, nella nota 65.

(61) Joseph Kohler è ricordato una sola volta — genericamente, senza indicazione

Gnaeus Flavius ⁽⁶²⁾, dove l'attenzione non è più per la legge ma per la vita della legge nel tempo e nello spazio, e a questa vita la legge deve sacrificare la virtù prima con cui l'avevano plasmata e difesa gli avveduti teorici del giusnaturalismo e del giuspositivismo ben accomunati nella operazione, e cioè la rigidità.

L'interpretazione si ingigantisce, e con essa l'interprete. Più che nella produzione normativa è nell'interpretazione l'asse portante dell'ordinamento, la sua *condicio existendi*, la sua garanzia di giustizia. D'improvviso, in questo anno 1889, ci si sente lontani dalle pagine di Muratori e di Beccaria, che avevano pur trionfato incontrastatamente per più d'un secolo; d'improvviso, è a un altro progetto giuridico, e a un'altra concezione della *interpretatio iuris* che il pensiero corre: a quella civiltà dello *ius commune*, a un paesaggio giuridico di antico regifne, che si sarebbe creduto definitivamente sepolto. Non v'è dubbio che su Simoncelli, civilista dalla singolarissima formazione culturale, pesa la dimestichezza di anni con le fonti e con l'atteggiamento mentale tipici del diritto comune: una fioritura di glossatori e commentatori tutti formalmente autori di glosse e commenti, ma tutti tutto fuorché esegeti, tutti costruttori d'un diritto nuovo sia pure sulle pietre sparse del vecchio *corpus* giustiniano. Le ricerche sull'enfiteusi, la propria autoeducazione sui medievali, pesano e condizionano la prelezione camerte di Simoncelli.

Abbiam detto più sopra d'una fiammata improvvisa; la precisazione è fino ad un certo punto esatta. In quell'estremo lembo degli anni Ottanta, dietro Simoncelli era abbastanza agevolmente seguibile una linea che correva per tutto il decennio in una direzione non dissimile, manifestazione di un disagio psicologico ricorrente; i più accesi fra i civilisti neoterici avevano sottolineato — dalla prolusione romana di Enrico Cimbali a quella pisana di Carlo Francesco Gabba ⁽⁶³⁾ —

di questa o quell'opera — a p. 428. Il saggio famoso di KOHLER, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, in *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, XIII (1886), p. 1 ss., si presuppone alla prelezione simoncelliana e circola come lievito intellettuale in molte delle sue pagine. Sul punto, cfr. più sotto.

⁽⁶²⁾ È noto a ogni giurista che, sotto lo pseudonimo di Gnaeus Flavius, Hermann U. Kantorowicz pubblicò, nel 1906, a Heidelberg, il saggio 'Der Kampf um die Rechtswissenschaft', forse il più maturo manifesto del giusliberismo.

⁽⁶³⁾ L'itinerario è stato seguito in: 'La scienza del diritto privato', cit., p. 15 ss. La prolusione di Cimbali è del 25 gennaio 1881; quella di Gabba è del 15 dicembre 1887.

diffidenza verso il Codice e affidamento a una interpretazione intesa con pienezza di contenuti attivi. Era, quella di costoro, una linea ideologicamente confusa, culturalmente assai variegata, con punte socialmente e culturalmente iconoclastiche sia nel propugnarne sudditanze verso le scienze naturali e spozalizi con la sociologia, sia nel valorizzare interessi cetuali fino allora assenti ed esclusi.

La posizione di Simoncelli è però inconfondibile anche rispetto a loro ⁽⁶⁴⁾, e questo giustifica l'isolamento in cui l'abbiamo collocata. È una posizione più composta, che attinge, a nostro avviso, la carica di novità quasi unicamente dalle sue particolari matrici culturali, quelle matrici su cui ci siamo sforzati di insistere liminalmente. Posizione più composta, perché tutto vi giunge filtrato dalla originalissima educazione (o meglio, autoeducazione) giuridica di Simoncelli, e pertanto risolto sul piano culturale. Si pensi al problema della promozione del lavoratore alla proprietà: è uno dei temi ricorrenti del nostro civilista, ma non è proposto né in un modo diretto né tanto meno sguaiato, bensì indirettamente e serenamente riesumando e rinverdendo assetti peculiari di antichi istituti giuridici la cui carica provocatoria si incaricava la collocazione storica di stemperare.

Ciò non toglie che, proprio sul piano di una rinnovata teoria ermeneutica, la pagina simoncelliana sia forse la più netta e la più avanzata; forse le radici culturali sottraevano il messaggio all'insicurezza delle polemiche grezzamente ideologiche e delle contaminazioni interdisciplinari. Simoncelli cita soltanto fra i civilisti solidali le voci di Gabba e di Ferdinando Bianchi ⁽⁶⁵⁾, citazioni dal timbro

⁽⁶⁴⁾ Il più vicino gli è Gabba, il cui amore per la sociologia (intesa però in un senso non grezzamente naturalistico) lo avvicinava a Cimbalì e a Vadalà-Papale assai più di quanto non avvenga per Simoncelli. Quando, nel 1893, viene fondata da Tortori e D'Aguanno 'La scienza del diritto privato', una Rivista-progetto della civilistica neoterica più accesa (fino ad oggi sommariamente contrassegnata come il foglio del 'socialismo giuridico'), Gabba siede fin dall'inizio tra i 'collaboratori ordinari' e vi collabora con sincera adesione.

⁽⁶⁵⁾ Di Carlo Francesco Gabba si cita un saggio di qualche anno prima (*Le credenze religiose e l'errore di persona nel matrimonio*, in *Giornale delle leggi*, 13 (1882), nn. 22 e 27) in cui il civilista pisano affronta il problema del mutamento dello spirito del diritto matrimoniale e della costanza di testi legislativi non in coerenza con quel mutamento. Egli non esita a insegnare che « lo spirito di una legge e propriamente quello spirito che essa aveva allorquando venne promulgata, non può avere virtù di determi-

fermo e limpido ma esigue. La fondazione è altrove: sta nel *Beruf* savigniano e nella sua visione dell'ordinamento suadentissima per un uomo di scienza; sta nelle riposate certezze di un pianeta giuridico passato — lo *ius commune* — che continuava a fornire al fragile e convulso presente di fine Ottocento un patrimonio di grosse ricchezze spirituali.

5. Di obbligazioni naturali parla la seconda parte — si direbbe la parte speciale — della prelezione di Simoncelli. Questo va precisato al lettore che, leggendo le intitolazioni dei paragrafi e, in particolare, di questo, sarà rimasto sorpreso di una sterzata così brusca e apparentemente così priva di giustificazione verso un tema imprevisto e affatto specifico. È l'itinerario della prelezione, che siamo costretti a seguire non per fedeltà allo svolgimento dell'itinerario simoncelliano, ma per due motivi più sostanziosi: perché il terreno delle obbligazioni naturali è assunto dall'Autore come verifica della impostazione metodica generale calando nel tessuto di concrete fattispecie; perché la polemica di Polacco investe anche questa seconda parte. Cercheremo tuttavia di sbrigarci con brevità proprio perché si tratta di appendice (e abbastanza discutibile) d'un discorso già in sé concluso.

Quando Simoncelli scrive, in un momento in cui non sono ancora completamente digerite dalla civilistica italiana le innovazioni del Codice del '65, il dibattito sul tema è vivo. Filomusi, Chironi, Gabba, Giorgi, De Crescenzo sono voci cospicue d'una disputa che

name corrispondentemente l'applicazione in tutta la sua durata » e che « la parola del legislatore, al pari di ogni altra parola, dentro i limiti del suo letterale significato assume diversa virtù espressiva, può venir differentemente intesa col mutare delle condizioni e dei sentimenti del popolo, e soltanto quando l'elasticità sua non consente, per così dire, ulteriori piegature, si fa necessario un nuovo intervento del magistrato che la metta fuor d'uso, sostituendo all'antica legge una nuova » (*ivi*, p. 211). Nello stesso anno della prelezione simoncelliana la medesima idea viene ripresa da un altro civilista, Ferdinando Bianchi (1854-1896), figlio del patriarca Francesco Saverio ma più del padre sensibile e attento al rinnovamento culturale in atto, il quale, in una sua ricca nota a sentenza a proposito di servitù irregolari, fa ampii riferimenti alla dottrina tedesca e specificamente al saggio kohleriano dell'86 in tema di interpretazione delle leggi, appropriandosi quasi letteralmente del testo di Gabba (è la annotazione alla sentenza della Corte di Cassazione di Firenze del 18 febbraio 1889, in *Il foro italiano*, XIV (1889), P. I, coll. 749-750).

contrappone soluzioni assai differenziate ⁽⁶⁶⁾. Simoncelli è dietro al suo maestro napoletano, il romanista Nicola De Crescenzo ⁽⁶⁷⁾, nel respingere ogni ricorso alla sfera del diritto naturale e nell'individuare le obbligazioni naturali a un livello di semplice positività; non si tratta di vincoli giuridici ma di « rapporti di fatto che debbono avere tutti gli elementi estrinseci dell'obbligazione civile » ⁽⁶⁸⁾. Poiché costituiscono uno *ius singulare* all'interno del sistema del Codice, singolarità segnata espressamente nell'art. 1237 dove, dopo aver fissato nell'esistenza di un debito giuridicamente valido il presupposto di validità di ogni pagamento, si aggiunge che « la ripetizione non è ammessa riguardo alle obbligazioni naturali, che si sono volontariamente soddisfatte », è lecito domandarsi le motivazioni di un *vulnus* tanto grave ai principii generali del pagamento come modo di estinguere una obbligazione.

È in questa risposta che il tema delle obbligazioni naturali si riconduce, nel pensiero di Simoncelli, alle idee e ai principii metodologici segnati accuratamente nella prima parte: le obbligazioni naturali sono un fatto e come tale si situano al di là dell'ordinamento giuridico; questo si limita soltanto a dar rilevanza entro i suoi confini al pagamento volontariamente fatto dichiarandolo irripetibile, giacché « data la codificazione e tolta la missione creatrice del diritto propria del pretore romano, il dissidio fra quello che è diritto civile e quello che è diritto materiale e che attende di entrare nella legge può riuscire molto grave; e poiché esso può manifestarsi non solo dopo la legiferazione, ma esser presente alla stessa coscienza del legislatore, e tenerlo perplesso fra due principii, niente di più opportuno ch'ei possa temperare l'urto di tali principii, attendendo dalla vita miglior consiglio per una soluzione definitiva futura » ⁽⁶⁹⁾; « nello stadio di transizione che corre fino all'apprensione completa del precetto morale, lo Stato resta

⁽⁶⁶⁾ Cenni sul dibattito possono trovarsi nella ben articolata 'voce' di E. MOSCATI, *Obbligazioni naturali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, p. 359 ss.

⁽⁶⁷⁾ Simoncelli si rifà alla grossa 'voce' *Obbligazione* nella 'Enciclopedia giuridica italiana' (vol. XII, parte I, Napoli, Vallardi, 1884-85).

⁽⁶⁸⁾ *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, p. 435 (l'affrancazione è però ripetuta frequentemente in tutta la seconda parte della prelezione).

⁽⁶⁹⁾ *Ibidem*, p. 439.

inerte: non dà l'azione, ma neppure pronuncia la nullità; rispetta l'estrinsecazione della libera volontà, il fatto compiuto » (70).

L'obbligazione naturale è, in altre parole, agli occhi di Simoncelli, l'esempio probante della complessità della vita giuridica e della incapacità dello Stato di rattenerla tutta nelle maglie delle sue leggi; esempio inoltre della esigenza di guardare alla vita sociale con un atteggiamento di rispetto anche per ciò che possa sembrare non consonante con le linee del sistema positivo codificato, partendo dalla consapevolezza che la vita corre e si trasforma mentre le regole codificate nella loro cristallizzazione tendono a separarsi e a formalizzarsi.

Che ci sia, al di sotto, una nozione di diritto che non è teoricamente chiarita fino in fondo malgrado gli sforzi di superare una concezione grezzamente legalistica e che questo comporti qualche fumosità ed opacità, non è smentibile, anche se è apprezzabile il tentativo di imboccare una via culturalmente nuova (71). Che inoltre l'esemplificazione sia disarmonica e forzosa, venata di qualche pesante contraddizione, lo dirà a chiare note Polacco con una critica severa che investe anche l'intera euritmia del discorso inaugurale: il quale ha invece per Simoncelli una perfetta unitarietà e dove parte generale e parte speciale sono profondamente consequenziali. Sorregge anche l'analisi delle obbligazioni naturali la dignità metodica — generica e ovvia ma meritevole di essere enfatizzata dal nostro civilista — con cui si suggella tutta la prelezione: « il diritto vive della vita della società » (72); il diritto — esplicitiamo noi la lezione storicistica di Simoncelli — è una dimensione di quella vita; isolato da essa, può divenire una aberrazione.

6. Abbiám dato molto spazio alla prelezione e alla posizione di Vincenzo Simoncelli, perché, mettendosi su un piano minoritario e

(70) *Loc. ult. cit.*

(71) Senza voler enfatizzare l'insegnamento simoncelliano in tema di obbligazioni naturali, è tuttavia possibile cogliervi la percezione dell'istituto in chiave interordinamentale, che sarà proficuamente sviluppata — in tempi più maturi e con precisa consapevolezza — da interessanti filoni della civilistica italiana già sotto l'impero del Codice del '65 (cfr. le ampie indicazioni di MOSCATI, *Obbligazioni naturali*, cit.).

(72) *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, p. 440.

polemico, se ne doveva tentare con sguardo riposato e disteso una accurata collocazione che giovasse anche alla sua miglior comprensione. Più agevole appare il compito di fronte a Vittorio Polacco, che è maggiormente espressivo della coinè dominante, anche se — occorre dirlo subito — non è personaggio da ridurre senza voce all'interno di un coro. Sarebbe storiograficamente semplicistico e soprattutto gli si farebbe un grosso torto.

Polacco è sì un giurista di più facile intellegibilità, ma, come intendo sottolineare in un contributo di prossima pubblicazione, oltremodo complesso perché oltremodo dotato di intelligenza e sensibilità culturale (73). Coetaneo di Simoncelli (è appena di un anno più vecchio) (74), ha tuttavia radici e formazione in un pianeta affatto diverso, in quella Padova 'absburgica' dove l'insegnamento civilistico autenticamente rinnovatore di Luigi Bellavite improntava il proprio rigore teoretico a una buona ricchezza filosofica e a una devozione tutta nuova verso i modelli tedeschi (75); che erano soprattutto modelli di costruzioni e di architetture intellettuali, mentre a Napoli era l'impostazione storicistica la lezione più ricevuta dall'area germanica. Grosso rilievo si dava pertanto al respiro filosofico e grosso rilievo al diritto romano, non quello così stravolto e così poco romanistico dei dottori dello *ius commune* tanto cari a Simoncelli, ma piuttosto quello riposato e ordinato nelle consolidazioni classica e giustiniana. Il richiamo alla storia è ritenuto metodologicamente importante anche da Polacco, ma non alla storia incomposta di cui si beava Simoncelli curioso e rispettoso osservatore delle anomalie e delle grossolanità della prassi medievale, bensì a una storia compostissima fatta di modelli legislativi e sapienziali affatto decantati.

Certamente, sarebbe una forzatura far di Polacco un esegeta e

(73) Negli 'Studi in onore di Angelo Falzea', dove avrà questo titolo assai significativo perché tratto da una frase dello stesso POLACCO, 'Il coraggio della moderazione' - *Specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco*.

(74) Egli nasce a Padova il 10 maggio 1859.

(75) Si veda l'assai interessante ricordo — ma, più che ricordo, vero e proprio contributo biografico —, che Polacco tratterà del Maestro, subito dopo la morte, nel 1885, e pubblicherà sullo 'Archivio giuridico' (ora: V. POLACCO, *Luigi Bellavite*, in *Opere minori*, parte II, *Tendenze scientifiche e didattiche della scuola italiana di diritto civile dopo il 1850*, Fasc. I, cit., p. 39 ss.).

un perfetto contrapposto di Simoncelli: è personaggio che tende invece a dar respiro alla dimensione giuridica e a non risolverla nelle inventive di una tecnica, ed ha una sincera sensibilità per il sociale: se Simoncelli, nel 1892, avvertirà pienamente la ripugnanza sociale e la sterilità giuridica di continuare a considerare la locazione come nozione unitaria e darà corpo alle sue convinzioni con il 'Trattato delle locazioni de' predii urbani e rustici' ⁽⁷⁶⁾, cinque anni prima già il Polacco, discorrendo dello stesso tema ⁽⁷⁷⁾, non esitava a sostenere che « va deplorata anzitutto l'ibrida unione della locazione di cosa con quella cosiddetta di opere sotto il comune concetto di locazione in genere » perché « non è chi non vegga quanto sia ripugnante all'umana dignità il pareggiare il profitto che si ritrae dall'attività di un uomo al godimento che possiamo fare di un oggetto » ⁽⁷⁸⁾. Polacco è anche l'uomo che ha dedicato attenzione al fenomeno associativo come campo promettente del diritto privato ⁽⁷⁹⁾ e la dedicherà fra breve a fenomeni tutti nuovi ed emergenti come l'estensione alle donne della capacità di fungere da arbitri in base alla legge sui probiviri (1893) o la estensione della obbligazione alimentare in relazione agli inabili al lavoro (1893) ⁽⁸⁰⁾; che accetterà

⁽⁷⁶⁾ Di cui esce, presso l'editore Carabba di Lanciano, soltanto il volume primo, parte generale, parte prima, interessante spezzone d'un'opera progettata assai ampia e articolata, e restata purtroppo incompiuta.

⁽⁷⁷⁾ In quegli *Appunti sulle locazioni (in ispecie sui Capi I, II, III, del Tit. IX, Libr. III del Cod. civ. del Regno)* che il Polacco prende a pubblicare dal 1887 sulla 'Rivista italiana per le scienze giuridiche'.

⁽⁷⁸⁾ *Appunti sulle locazioni*, in *RISG*, IV (1887), p. 409.

⁽⁷⁹⁾ È la conclusione della prelezione camerte, letta il 22 gennaio 1885, su *La funzione sociale della legislazione civile*, Camerino, tip. Savini, 1885, ora in *Opere minori*, Parte II, Fasc. I, cit., p. 21 ss., dove è tuttavia sottolineata a chiare note la chiave « ausiliatrice e non perturbatrice » (p. 33) di questa rinnovata attenzione alla dimensione associativa, tranquillizzando il 'terzo stato' italiano che « non saranno dunque ardite riforme, non istituti nuovi di pianta, non leggi eccezionali che applichino in favore di una od altra classe sociale norme contrarie all'universa giustizia, od introducano un'ingerenza coattiva dello Stato in materie abbandonate sin qui alle libere contrattazioni degli individui » (p. 34).

⁽⁸⁰⁾ Polacco è il pronto estensore di uno dei primi commenti alla Legge 15 giugno 1893, n. 295 istitutiva dei collegi di probiviri; cfr. *La nuova legge sui probiviri con particolare riguardo alla capacità giuridica delle donne e dei minorenni*, in *Monitore dei tribunali*, XXXIV (1893). Si veda anche l'articolo: *Gli inabili al lavoro e l'obbligazione alimentare fra congiunti*, in *La scienza del diritto privato*, I (1893).

di sedere nel consesso dei ‘collaboratori ordinari’ de ‘La scienza del diritto privato’ accanto a Cogliolo, Salvioli, Vadala-Papale collaborandovi anche ⁽⁸¹⁾. Con Polacco, insomma, siamo di fronte ad un giurista non inquadrabile in schemi fissi, e lo dimostra pienamente, a nostro avviso, tutto il futuro svolgimento della sua ricerca di scienziato.

Precisato doverosamente tutto questo e sottolineata nell’intero arco di vita dello studioso la consecuzione di varii momenti abbastanza diversificati ⁽⁸²⁾, non è né semplicistico né falsante aggiungere che il giovane Polacco — quello, per intendersi, della sua prelezione camerte dell’85 ⁽⁸³⁾ o della polemica con Simoncelli del ‘90 — unisce a queste sensibilità ed aperture una fondazione di pensiero rigidamente legalitaria e codicistica. Lo pervadono una intatta ammirazione per un Codice civile concepito come il territorio dell’unità civilistica, ammirato proprio come il regno di modelli astratti e, in quanto tali, universali e fungibili, accanto al quale ma assolutamente al di fuori del quale si affiancherà una puntuale ma scarna legislazione speciale disciplinante le poche novità del mondo sociale meritevoli di disciplina ⁽⁸⁴⁾; fiducia nel legislatore e nelle leggi; visione riduttiva e, tutto sommato, tradizionale della interpretazione e della funzione dell’interprete ⁽⁸⁵⁾.

È da queste premesse che nasce il desiderio di replicare a Simoncelli; e lo fa con fermezza, portatore di un sentimento multiplo di irritazione culturale e di timori per la tenuta dell’ordine giuridico; lo fa con garbo e dimessamente scegliendo come amplificatore la

⁽⁸¹⁾ Cfr. alla nota precedente. Su Polacco come ‘collaboratore ordinario’ della Rivista, si veda GROSSI, ‘La scienza del diritto privato’, cit., p. 9 (*passim*).

⁽⁸²⁾ Come mi propongo di mostrare nel saggio preannunciato nella nota 73.

⁽⁸³⁾ Citata alla nota 79.

⁽⁸⁴⁾ POLACCO, *La funzione sociale della legislazione civile*, cit., p. 31. È per un identico atteggiamento culturale che il Polacco si mostra ostile al progetto di legge che prevede l’inversione dell’onere della prova per la responsabilità dei padroni negli infortuni sul lavoro: « in quanto contravvenga ai canoni generali del Diritto civile e giudiziario » (p. 34).

⁽⁸⁵⁾ « Il seguire, così com’è, il Codice parmi preferibile a qualunque fra i tanti riordinamenti razionalmente escogitabili ed escogitati di fatto » (cfr. V. POLACCO, *Prelezione ad un corso di Istituzioni di diritto civile*, Padova, tip. del Seminario, 1885, ora in *Opere minori*, P. II, Fasc. I, cit., p. 9 (la prelezione fu letta a Padova, nella Università, il 26 novembre 1884).

pagina di una Rivista, il ‘Monitore dei Tribunali’, che il Direttore Porro redigeva specularmente anche dei più grossi dibattiti teorici ma che era rivolta innanzi tutto ai pratici, a coloro cioè che sicuramente erano i meno sensibili alle provocatorie proposte simoncelliane (la scelta poteva dunque, sotto questo profilo, essere anche venata di malignità).

7. L’esordio è all’insegna dell’ironia: le troppo frequenti prolusioni e prelezioni di troppo giovani studiosi sono indicative di uno spiccato gusto del palcoscenico e della irresistibile tentazione all’applauso; per quanto attiene alla sostanza, è perenne per ognuno di questi discorsi solenni « il rischio di diventare un centone »⁽⁸⁶⁾, solamente un centone. La demolizione concerne un genere letterario allora in voga fra i giuristi, ma si vuole scopertamente e dichiaratamente colpire quale modello negativo proprio l’esempio offerto da Simoncelli. Felicemente, con un netto recupero di tratto, l’ironia diviene alla fine anche autoironia, e Polacco, che ha già per ben due volte salito lo stallo del prelegente, si ricomprende generosamente nel novero degli incriminati⁽⁸⁷⁾.

Il giudizio polacchiano sul genere prolusione/prelezione è troppo severo; lo storico dovrebbe oggi formularne uno di segno opposto, giacché ben spesso linee e direzioni innovatrici, progetti e programmi affrancatori, trovano giusto nelle prolusioni dei giovani cattedratici un terreno d’elezione. In realtà, ciò che sta in agguia a Polacco dietro lo schermo generico è per l’appunto la prelezione di Simoncelli con il suo inaccettabile carico progettuale, ed è lì l’obiettivo cui mirare.

Cerchiamo di cogliere i motivi che sorreggono il civilista patavino, e, per sgombrare il passo, cominciamo pure dalle consonanze, che non sono molte ma che tuttavia sussistono. Il discorso può essere spicciativo: l’uomo del Reame e l’uomo absburgico diffidano entrambi dei recenti innamoramenti per la sociologia e preferiscono affidare alla

⁽⁸⁶⁾ *Sull’interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali*, p. 813, col. I.

⁽⁸⁷⁾ È almeno il senso che mi sembra di cogliere nella frase con cui si chiude la filippica antiprolusione: « chi, tra i giovani specialmente, abbia avuto una volta per debito d’ufficio l’incarico di una prolusione e possa dirsi in ciò senza peccato, scagli pure la prima pietra » (p. 813, col. 1).

storia e filosofia del diritto e alla comparazione il compito di dare respiro al giuridico ⁽⁸⁸⁾; parimente credono con convinzione che compete al civilista la « costruzione giuridica degli istituti » e « l'accertamento dei principi fondamentali della legge » ⁽⁸⁹⁾.

Subito dopo comincia invece ad aprirsi un divario insanabile, che l'acidità dell'esordio lasciava presagire. Polacco contesta innanzi tutto la forma e lo stile: si tratta di un lavoro suddiviso in un settore metodologico e in uno sperimentale, « il quale appare così composto di due parti, o mal proporzionate, o mal saldate assieme » ⁽⁹⁰⁾; di un lavoro percorso da « accenni troppo vaghi », da « digressioni » che non conferiscono molto alla complessiva « euritmia » e — quel che è peggio — da « affermazioni... troppo crude ed assolute » che sarebbe stato opportuno « temperare » ⁽⁹¹⁾. Insomma, un testo frettoloso, frutto di ingenuità e di una buona dose di sprovvedutezza, inaccettabile nel suo messaggio di fondo per più d'una ragione.

In primis perché la teorica dell'interpretazione che Simoncelli propone non è innocua ma comporta due rischi esiziali per l'ordine giuridico positivo: insinua una nozione di legge e una nozione di interprete che contraddicono le regole 'costituzionali' materiali e formali dello Stato borghese. Polacco, che è personaggio di varie e buone letture e che padroneggia da par suo la più recente elaborazione tedesca, non ha difficoltà nell'identificare nella nozione simoncelliana di legge quella stessa di uno dei padri fondatori del giusliberismo, Joseph Kohler, consolidatore della teoria « della potenziale elasticità della legge » ⁽⁹²⁾. Polacco fa solo torto al sorano quando sembra rimproverargli l'ignoranza del saggio meditato e robusto che Kohler aveva pubblicato tre anni prima sulla Rivista viennese di Grünhut ⁽⁹³⁾. È vero, Simoncelli cita una sola volta, e genericamente, Kohler ⁽⁹⁴⁾, ma non avrei esitazione ad inserire la lettura di quel saggio kohleriano nel patrimonio spirituale da cui discende la pre-

⁽⁸⁸⁾ *Sull'interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali*, p. 813, col. II.

⁽⁸⁹⁾ *Ibidem*, p. 814, col. II.

⁽⁹⁰⁾ *Ibidem*, p. 814, col. II.

⁽⁹¹⁾ *Ibidem*, p. 813, col. II.

⁽⁹²⁾ *Ibidem*, p. 813, col. II.

⁽⁹³⁾ È il saggio da noi già citato (cfr. nota 61): *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, pubblicato nel 1886.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. più sopra, p. 54, nota 61.

lezione; senza contare che quel saggio Simoncelli trovava citato espressamente proprio nella nota a sentenza di Ferdinando Bianchi ⁽⁹⁵⁾ che è con Gabba uno dei due autori italiani invocati in adesione.

Certamente, è la nozione kohleriana della legge che circola indisturbata: un vaso vuoto riempibile di contenuti diversi a seconda delle diverse circostanze che è chiamata a regolare. Ma una simile concezione provoca scompiglio perché sposta l'attenzione e quindi l'asse portante dalla legge — ridotta quasi a pura forma — al fatto caricato di una sua intrinseca normatività, dalla produzione autoritaria della legge, controllatissima nel moderno Stato di diritto assai più che nelle Monarchie assolute di antico regime, alla vita della legge nello spazio e nel tempo e alla sua applicazione. Il moderno assolutismo giuridico non ha una semplice scalfittura da questa teorica, ma ne viene ferito a morte; perché questa teorica esce dagli studi polverosi dei giuristi, diventa una politica del diritto, capovolge i valori dell'ordine giuridico.

Costringe inoltre a ridisegnare da cima a fondo la figura dell'interprete, che da loico dotato di una buona tecnica e personaggio di secondo piano, diventa, grazie all'ingigantimento del momento applicativo e per il suo compito di 'gestore' della applicazione, un personaggio — come amano dire i tedeschi — *schöpferisch*. La gerarchia delle fonti, questa invenzione che l'antico regime ha tanto poco sentito ma perno del nuovo diritto, questa garanzia validissima della monocrazia della legge, rischia di tramutarsi in un rottame.

Son le ragioni grosse che sconcertano profondamente Polacco e lo portano a respingere senza appello la proposta della prelezione. Non gli sfugge « il lato pericoloso, perché trascendente l'ufficio dell'interprete », non gli sfugge che è in gioco proprio « il problema capitale dei *limiti* entro cui l'interpretazione... vuol essere contenuta » ⁽⁹⁶⁾. L'ufficio dell'interprete non è per Polacco quanto ogni civiltà giuridica si è costruito come più congeniale, ma appartiene a una sorta di platonico deposito di modelli insuperabili; l'interpretazione è un valore soltanto se corrisponde a quella attività eminen-

⁽⁹⁵⁾ Ferdinando BIANCHI, nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Firenze del 18 febbraio 1889, cit., col. 749.

⁽⁹⁶⁾ *Sull'interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali*, p. 813, col. II.

temente logica che serve come apparecchio ortopedico della legge. Altrimenti è il disvalore di cui han parlato Muratori e Beccaria.

Il mondo legalistico e codicistico dell'Italia sabauda assume al migliore dei mondi giuridici possibili; come tale, è sterile discuterlo. È vero che la legge invecchia precocemente e che può darsi di frequente un distacco fra regola e sentimento giuridico diffuso; Polacco non se lo nasconde, lo ammette apertamente ma non segue Simoncelli nella china pericolosa. Proprio perché china pericolosa, occorre stare attenti a non procedere innanzi: « adagio a' ma' passi » (97). Se ci è consentito far uso del linguaggio parlato come sembra sollecitare lo stesso Polacco, non si può seguire Simoncelli perché quel giovane è su una cattiva strada. La dignità, per un giurista del 1890 in Italia, è una sola: « un articolo di legge, finché c'è, deve applicarsi ad onta del tramonto delle idee che presiedettero alla sua redazione, né resta all'interprete che invocarne l'abrogazione, emettendo voti *de iure condendo* » (98). Ma questa è politica. Lo *ius conditum* è ben altro.

La convinzione di Polacco è che Simoncelli non affronta un problema storico — quello del compito nuovo del civilista in quegli anni così nuovi — ma snatura il volto dell'interprete, che è uno, e che diverso non può essere. « Vogliamo ..., com'è veramente ufficio nostro di civilisti, presentare *un'esposizione sistematica del Diritto vigente?* E allora io non credo assolutamente si possano porre da un canto le idee filosofiche, siano pure antiquate, ch'ebbe il nomoteta, senza correre il pericolo di non potersi spiegare (con quanto vantaggio del sistema ognuno intende) le singole disposizioni da quelle idee germogliate, e senza sfregio anche qui del citato art. 3, disp. prel., che pone fra i criterii ermeneutici l'indagine della *intenzione del legislatore* » (99).

Nella sua rigorosa coerenza di giurista ben inserito e perfettamente a proprio agio nell'ordinamento positivo italiano, Polacco torna a insistere sul momento della produzione, costi quello che costi, e su una lettura tradizionale dell'art. 3. Il legislatore non è onnisciente né tanto meno dotato di spirito profetico, e si deve pur

(97) *Ibidem*, p. 814, col. I.

(98) *Loc. ult. cit.*

(99) *Loc. ult. cit.*

prevedere il fatto negativo d'una idea antiquata che resiste per inerzia invece d'essere relegata in soffitta; ma è questo il costo da pagare se si vuole evitare una crisi che inarrestabilmente investe tutto l'ordine 'costituzionale'.

Le idee di Simoncelli « sono in massima inoppugnabili » ⁽¹⁰⁰⁾ non al livello del civilista, ma in una sede più elevata e più svincolata da un assetto positivo: quella di « un corso esclusivamente filosofico sul Diritto civile » ⁽¹⁰¹⁾. Che però non è diritto civile italiano.

Il giurista è un personaggio per sua costituzione non munito di uno *status libertatis*; la *libertas* è cosa che non lo riguarda perché non appartiene alla sua natura. Quella che è la costituzione *storica* del giurista nell'assolutismo giuridico dell'età liberale, fatto sicuramente non opinabile, diviene la costituzione *naturale* del giurista, fatto — questo — opinabilissimo. Il plagio culturale, sottile ed efficace, ha mutato in essenziale una circostanza esistenziale. Il giurista in quanto tale non è pensabile partecipe del processo di produzione e di adeguazione dell'ordinamento positivo. Altrimenti è fantasia gradevole e teoricamente condivisibile del filosofo; ma siamo al di là del mestiere del giurista.

8. Nella misurata ma ferma risposta di Polacco prendeva voce e volto la maggioranza silenziosa dei giuristi, silenziosa perché di certi problemi scontati e indiscutibili era bene non discutere, o farlo soltanto per respingere una provocazione.

Vorrei aggiungere che la polemica è tanto acre quanto elevato ne è il livello: non è una servitù che Polacco rivendica al *coetus iuristarum*, bensì una estraneità totale alla formazione dell'ordinamento. Il suo unico mondo giuridico è quello che lo circonda e di cui intende essere ed è espressione fedele e intelligente. La polemica Polacco-Simoncelli ha pertanto un non minimo significato culturale: due opinioni ma soprattutto due culture in contrasto.

Se tale è il piano della disputa, ha un senso scendere a parlar di obbligazioni naturali soltanto se il loro più basso piano esperienziale entra in contatto con quello. Lo abbiamo già fatto per la seconda

⁽¹⁰⁰⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽¹⁰¹⁾ *Loc. ult. cit.*

parte della prelezione di Simoncelli e lo faremo ora con poche notazioni per la parte speciale del soggetto polacchiano.

Il patavino contesta in proposito quasi tutto, a cominciare dalla convinzione della obbligazione naturale « come avente una vita propria nel regno delle giuridiche entità »⁽¹⁰²⁾ e non come semplice rapporto di fatto. Qui interessa sottolineare un punto della contestazione: se è vero quanto ha sostenuto con fervore Simoncelli che l'obbligazione naturale sta a significare impotenza e inazione dello Stato di fronte al divenire rapido della vita sociale con un rinvio sostanziale ai privati e ai valori vigenti nei loro ordinamenti; se è vero che, così stando le cose, l'obbligazione naturale è quasi una valvola di sicurezza dell'ordinamento statale verso l'esterno, verso i fatti, « come conciliare... questo carattere e questa funzione coll'altro asserto del medesimo A., che obbligazioni simili non se ne possono ammettere oltre quelle pochissime tassativamente divisate dal codice? »⁽¹⁰³⁾. Perché queste assurde limitazioni che privano la legge — realtà elastica nella mente del sorano — di quella continua ricchezza che viene dalla complessità della vita giuridica⁽¹⁰⁴⁾? Simoncelli giungeva a questa conclusione restrittiva perché gli ripugnava una estensione del principio eccezionale di tener per valido un pagamento conseguente a un debito invalido, ma aveva torto spostando (ed elevando) la *soluti retentio* da effetto giuridico a essenza del rapporto. Per Polacco, che colpisce da loico le claudicanze e le inconseguenze di Simoncelli, il compito non è difficile.

Ma il dialogo sta diventando un singolare colloquio tra sordi. D'una cosa il 'contemporaneo' Polacco non poteva rendersi conto con i suoi occhiali messi a fuoco soltanto sulla logica e sul sistema: del travaglio e del disagio culturale che sorreggevano le 'intemperanze' e le contraddizioni dell'avversario.

⁽¹⁰²⁾ *Sull'interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali*, p. 815, col. 11.

⁽¹⁰³⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽¹⁰⁴⁾ « I casi reperibili nel codice non potranno avere di certo carattere tassativo, esauriente. Il quale carattere tanto più stupisce si affermi in questo discorso, nella cui prima parte è sostenuta, come vedremo, con tanto calore la massima della elasticità della legge, o, in altre parole, della sua maggior possibile adattabilità ed estensione a nuovi rapporti » (*loc. ult. cit.*).

« IL CORAGGIO DELLA MODERAZIONE »
(specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco)

1. I motivi di una rilettura di Vittorio Polacco. — 2. Alcune costanti della riflessione polacchiana. — 3. Le prelezioni degli anni Ottanta: linee di un « Corso di Istituzioni di diritto civile ». — 4. Le prelezioni degli anni Ottanta: « la funzione sociale della legislazione civile ». — 5. Lungo l'itinerario polacchiano: fra Ottocento e Novecento. — 6. « Le cabale del mondo legale ». — 7. « Di alcune deviazioni dal diritto comune ». — 8. Anno 1918: « La scuola di diritto civile nell'ora presente ».

1. « Giurista coscienzioso, probo, equilibrato » è la frettolosa dipintura che Francesco Ferrara senior offre per la figura di Vittorio Polacco nel suo sciatto e arruffato sguardo a « un secolo di vita del diritto civile » in Italia ⁽¹⁾. Disegno riduttivo, tendente a sottolineare l'aurea mediocrità d'un personaggio e tale da non invogliare a compiere il sacrificio di rileggerselo; se si aggiunge poi che di Polacco i testi che hanno più circolato e che han trovato l'onore di maggiori citazioni fra i civilisti italiani sono stati e sono i suoi « corsi » universitarii sulle obbligazioni e le successioni, esperimenti didattici esemplari per lucidità e chiarezza ma asciutti e sistematizzanti come si addice a tentativi di approccio degli studenti verso aspetti del diritto positivo, può sembrare ancor più singolare l'interesse di uno storico del diritto verso il giureconsulto patavino ⁽²⁾.

⁽¹⁾ F. FERRARA, *Un secolo di vita del diritto civile (1839-1939)*, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1954, p. 283.

⁽²⁾ Patavino a più di un titolo: perché a Padova nacque il 10 maggio 1859; perché nell'Università di Padova studiò e si formò come giurista; perché lì, come ordinario di Diritto civile, si svolse e si consumò nell'arco di ben trenta anni — dal 1881 al 1918 — la più gran parte della sua operosità scientifica e didattica. Dal '18 al '26, anno della sua morte, insegnò invece le « Istituzioni di diritto civile » e il « Diritto civile » presso la Facoltà giuridica romana. Per la ricostruzione dell'apporto di Polacco al pensiero civilistico italiano fra Ottocento e Novecento, il contributo più utile è quello offerto da un suo allievo romano che sarà suo successore nella stessa cattedra romana e uno dei

Diverse circostanze si sono, al contrario, assommate in me e mi hanno indirizzato a lui: il primo stimolo lo potevo trovare nel ricordo lontano del mio Maestro universitario di Filosofia del diritto, Alessandro Levi, che nel suo « corso » aveva spesso menzionato in maniera invitante un saggio polacchiano nascosto sotto un titolo obiettivamente invitante: « Le cabale del mondo legale » ⁽³⁾; più da vicino premevano due incontri di studio con lui: quando, ricostruendo le vicende di un notevole foglio giuridico ereticale di fine secolo, « La scienza del diritto privato », lo avevo colto con qualche sorpresa inserito fra i collaboratori ordinarii ⁽⁴⁾; quando avevo sostato con un pò di attenzione su una sua garbata ma fermissima polemica col Simoncelli ⁽⁵⁾.

Questi incontri sembravano smentire la scialbezza del giudizio di Ferrara e avvalorare invece i sollecitanti accenni di Levi, segnalavano talvolta atteggiamenti che potevano liminalmente anche apparire contraddittorii ma sempre una complessità di impianto e di motivazioni culturali meritevole di essere indagata. Per questo l'invito è stato raccolto, e il lungo itinerario riflessivo di Polacco è stato seguito in tutta la sua durata. Un itinerario — anticipiamo pure la principale delle conclusioni — dominato da una indubbia sensibilità culturale e politica e insieme da un sentimento profondo della tradizione giuridica e delle sue forze; perciò complesso — si diceva

protagonisti del Diritto civile in Italia nel secondo dopoguerra: F. SANTORO PASSARELLI, *Il diritto civile nell'ora presente e le idee di Vittorio Polacco*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, N.S., VIII (1933). Utile anche — ma soprattutto per la abbondante bibliografia polacchiana riportata in calce — il ricordo di A. ASCOLI, *Vittorio Polacco*, in *Rivista di diritto civile*, XVIII (1926).

⁽³⁾ *Le cabale del mondo legale* è il testo del discorso letto in una adunanza dell'Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti il 24 maggio 1908, pubblicato dapprima negli « Atti » di quel Consesso, poi ristampato in V. POLACCO, *Opere minori* — Parte I — *Problemi di legislazione*, Modena, Università degli Studi, 1928, p. 41 ss. (da dove, per comodità del lettore, citerò). Traccia della considerazione di Alessandro Levi per questo testo polacchiano è anche nella sua *Teoria generale del diritto*, Padova, Cedam, 1950, pp. 195 e 204.

⁽⁴⁾ P. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* » - *Una Rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893/1896*, Milano, Giuffrè, 1988.

⁽⁵⁾ Nel saggio intitolato: *Interpretazione ed esegesi - Anno 1890 - Polacco versus Simoncelli*, destinato agli « Studi in memoria di Giovanni Tarello » e che vede la luce anche in *Rivista di diritto civile*, XXXV (1989).

un rigo sopra —, perciò complicato e non privo di annodazioni — si potrebbe aggiungere ora; ma con un pregio che m'è sembrato il primo emergente dalla paziente lettura: la sua specularità, cioè la sua capacità di mostrar chiari, senza infingimenti o mascherature, sulla pelle del giurista spettatore e attore di tante e non piccole vicende, i segni di quelle vicende. Storicità autentica d'un personaggio che riflette nel suo itinerario personale di ricerca quello denso e accidentato della scienza civilistica in Italia dalle prime compiute riflessioni *post-Codicem* degli anni Ottanta alle prime riflessioni cariche di futuro subito dopo la catastrofe della guerra mondiale.

In coerenza con una simile premessa il saggio, dopo aver tentato di individuare alcune costanti della riflessione polacchiana, terra dietro — passo a passo — al suo continuo divenire cercando di coglierne i momenti più incisivi dalle esperienze della giovinezza alla riposata voce della estrema maturità.

2. Polacco non è un personaggio semplice, unilineare, in cui la disarmante coerenza permette allo storico di fare i conti con una realtà sempre immobile, magari di qualità altissima ma facilmente interpretabile e incasellabile. In lui si giustappongono e si sovrappongono costantemente ispirazioni e motivi diversi in grazia d'una complessa sensibilità, che rende complesso il messaggio e — quel che più vale — disponibile a modificarsi. Il primo passo verso la comprensione sarà di attardarsi su questa sensibilità per dargli un contenuto. Essendo di fronte a un dato caratteriale del Polacco uomo di cultura e giurista, si è così in grado di fissare alcune costanti del suo pensiero che ne orientano fermamente il divenire: gioco vario e composito di movimenti e di aperture mai disgiunti da profonde resistenze.

a) Intanto, un punto fermo: al nostro civilista si farebbe un gran torto se lo si cogliesse come un giurista chiuso, rinserrato nelle sue tecniche e beato soltanto di conoscere i meandri della legislazione positiva mercé i proprii strumenti esegetici. Il perenne tratto distintivo di Polacco è, al contrario, la sua disponibilità. Sensibilità, quindi, ha il primo contenuto di apertura a quanto sta dietro il diritto; quindi, innanzi tutto, apertura alla dimensione culturale del diritto. Per lui, se v'è un'immagine deteriore di giurista da tentar di rimuovere con tutte le forze, anche se purtroppo tanto dannosa-

mente calata nella coscienza comune, è quella del formalista nei due aspetti parimenti negativi del causidico ingarbugliante e del puro loico. Combattendo, in un saggio coraggioso del '94, le estenuanti divisioni della colpa proprie della tradizione scolastica in *latissima*, *lata* e *levis*, egli dichiarava infatti programmaticamente di combattere, prima di una soluzione tecnica specifica, un generale atteggiamento patologico — o comunque sforzato — del giurista rappresentato da « le sottigliezze dei casisti e la rigidità dei sistematici » (6).

Impressiva dovette essere su di lui la lezione del suo maestro patavino Luigi Bellavite, un pensatore solitario e appartato che ebbe un ruolo di grossa rilevanza per il rinnovamento degli studi civilistici dopo gli anni Sessanta (7); giurista universalmente dimenticato ma non dimenticabile, e basterebbe — per rendersene conto — vincere la ripugnanza che suscitano i suoi tipograficamente squallidi fascicoli didattici umiliati sotto intitolazioni riduttive esaltanti la loro esclusiva destinazione studentesca (8), basterebbe arrivare ai contenuti e si apprezzerebbe allora pienamente la solidità delle costruzioni apprese dalla familiarità coi tedeschi (9) e, insieme, l'attrezzatura autenticamente filosofica palesata anche da una non equivoca terminologia (10). Dal Bellavite, romanista e civilista (11), traduttore del *Geist* jherin-

(6) *La culpa in concreto nel vigente diritto civile italiano*, in *Atti e Memorie della R. Accademia di Scienze Lettere ed Arti in Padova*, X (1984), princ.

(7) Il Bellavite, nato a Verona nel 1821, è dal 1861 titolare della cattedra di Diritto civile nella Facoltà giuridica patavina dopo avervi ricoperto quella di Diritto romano. Si spengerà a Padova nel 1885.

(8) Ci riferiamo alla preziosa *Riproduzione delle note già litografate di Diritto civile soltanto per l'indirizzo dei giovani studenti*, Padova, Sacchetto, 1873, e alle *Note illustrative e critiche al Codice civile del Regno*, Padova, Sacchetto, 1875.

(9) Uno dei meriti storici di Bellavite nell'itinerario della civilistica italiana è la sua opera pionieristica nell'avvertire un preciso disagio per l'andazzo passivamente esegetico e nel reclamare una dimensione costruttiva nel lavoro del giuscivilista. Decisivo fu l'influsso dei maestri tedeschi, che egli contribuì non poco a far circolare — fra i primi — in Italia come necessario supporto del rinnovamento metodologico del giurista.

(10) Per un esempio di ispirazione prettamente filosofica e di uso disinvolto di linguaggio e concetti specificamente filosofici, vedi quanto si è fatto notare a suo tempo, sul terreno dei diritti reali, in P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, V/VI (1976/77).

(11) Ricorda Polacco, nella sua biografia intellettuale di Bellavite, che dal 1879,

ghiano e postillatore del *System* savigniano ⁽¹²⁾, Polacco apprese una dignità che non lo lascerà mai: che il diritto è sì regola e sistema, ma affonda al di sotto delle sue tecniche in « concetti razionali » che solo una osservazione filosofica e strumenti di riflessione filosofica possono fissare e chiarire ⁽¹³⁾; che esso è, nei suoi punti nodali, « il riflesso dei problemi eterni d'alta filosofia a cui non potrà mai sottrarsi una disciplina morale come la nostra » ⁽¹⁴⁾. Egli sa benissimo di non essere professionalmente un filosofo come invece — beati loro — sono i suoi colleghi civilisti Gabba e Filomusi-Guelfi ⁽¹⁵⁾; sa di essere soltanto un giurista con il suo strumentario limitato; ma questa coscienza non gli impedisce, anche se all'insegna della più sincera umiltà ⁽¹⁶⁾, di guar-

anno in cui accanto alla cattedra di Diritto civile egli ebbe anche l'incarico di Pandette, « da allora le lezioni dell'una e dell'altra scienza si fusero talmente da non poterle il più delle volte distinguere, tant'era il corredo di sapienza romana onde il Maestro illustrava le disposizioni del diritto vigente, tanto frequente il raffronto con le disposizioni del diritto vigente nell'espone i dettati della romana sapienza » (V. POLACCO, *Luigi Bellavite, ora in Opere minori — Parte II — Tendenze scientifiche e didattiche della scuola italiana di diritto civile dopo il 1850* — Fasc. I, Modena, Università degli Studi, 1929, p. 47 (è la commemorazione tenuta a Padova nell'85 e pubblicata nel vol. XXV dello « Archivio giuridico »).

⁽¹²⁾ Con vari saggi, ma soprattutto con la *Succinta esposizione della dottrina di Savigny sul diritto internazionale privato e sulla non retroattività della legge*, in *Giornale per le scienze politico-legali*, I (1850), « ond'egli diede per il primo veste italiana ad una parte del *Sistema* del Savigny, mediante un'esposizione succinta delle teorie di quel sommo intorno ai conflitti delle leggi nello spazio e nel tempo » (POLACCO, *Luigi Bellavite*, p. 44).

⁽¹³⁾ V. POLACCO, *Francesco Filomusi-Guelfi* (1923), ora in *Opere minori — Parte II — Tendenze scientifiche e didattiche della scuola italiana di diritto civile dopo il 1850* — Fasc. II, Modena, Università degli Studi, 1929, p. 63.

⁽¹⁴⁾ *Le cabale del mondo legale*, pp. 63-64, dove la disputa sulla nozione di persona giuridica viene ricondotta a « l'antico e pur sempre vivo dissidio fra nominalismo e realismo », dove il problema giuridico del caso fortuito trova lume nella nozione filosofica di caso, dove i problemi novissimi suscitati anche nella pratica da quella realtà affatto nuova che è l'elettricità attingono chiarimenti dalle riflessioni filosofiche su concetti fondamentali come cosa, materia, energia, forza. La filosofia è veramente, agli occhi di Polacco, « scienza delle scienze » (*ibidem*, p. 65).

⁽¹⁵⁾ Sia Gabba che Filomusi insegnano per lunghi anni, come titolari, rispettivamente a Pisa e a Roma, anche la Filosofia del diritto.

⁽¹⁶⁾ Si leggano le parole di scusa che egli, *inter vere philosophantes minimus*, rivolge ai *vere philosophantes* nella sua prolusione romana del '18 (cfr. *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, in *Opere minori — Parte II — Fasc. II, cit.*, p. 10). Ma si constati pure

dare e saccheggiare in un terreno situato più in là del diritto. E quando, quasi alla fine del suo lungo itinerario di vita, avrà il compito di pronunciare la commemorazione di Filomusi, suo predecessore sulla cattedra romana, personalità da lui tanto distante, il discorso diventa elogio incondizionato proprio nel profilo della duplice dimensione filomusiana di civilista e di filosofo del diritto⁽¹⁷⁾, per la conseguente capacità del giurista abruzzese di aver potuto e saputo cogliere meglio di altri con felicità di sguardo le fondazioni al di là delle forme.

Fondazioni però non soltanto teoretiche ma assommantisi ne « le fonti razionali e la genesi storica »⁽¹⁸⁾; fondazioni che sono radici, che non allignano in un cielo vuoto e lontano, ma sul terreno concreto della storia dove le intelaiature speculative divengono realtà vitale: « è così veramente che noi sfuggiremo alla taccia di un vaporoso e sterile vaniloquio, perché, tenendoci costantemente in contatto con la storia, ai principii guarderemo non con l'astrazione di quel filosofo antico che, tutto assorto nella contemplazione dei cieli, precipitò nel fossato, ma con l'occhio acuto del navigante che regola dietro le stelle il suo corso »⁽¹⁹⁾. Storia vuole dire soprattutto rifiuto di un presente senza radici⁽²⁰⁾ e individuazione di radici del presente⁽²¹⁾, quella storia di radicazioni giuridiche complesse —

come, per capire a fondo Filomusi-Guelfi di cui redige un esemplare ricordo, egli maneggi disinvolatamente i messaggi filosofici di Hegel e di Vico, degli hegeliani napoletani, di Augusto Vera, di Bertrando Spaventa (*Francesco Filomusi-Guelfi*, pp. 51-62).

⁽¹⁷⁾ *Francesco Filomusi-Guelfi*, p. 61. Si veda anche il preciso riferimento al Filomusi civilista-filosofo (e al benefico scambio di apporti tra filosofia del diritto e diritto civile coltivati dallo stesso personaggio).

⁽¹⁸⁾ *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile* (1884), ora in *Opere minori* — Parte II — Fasc. I, cit., p. 5.

⁽¹⁹⁾ *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, p. 7.

⁽²⁰⁾ Per Polacco, che è estremamente sensibile al fascino di suggestioni nazionalistiche, la storia ha anche una precisa funzione in questa specifica direzione, giacché « ogni richiamo alla indagine storica delle patrie istituzioni giuridiche segna pur sempre un passo notevole nello sviluppo della coscienza nazionale » (*Commemorazione di Antonio Pertile*, in *Atti del R. Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti*, t. LV (1896/97), p. 671).

⁽²¹⁾ E si respinge l'idea che la storia indispensabile al civilista possa essere « una galleria di pezzi archeologici, sia pure preziosi, anziché una raccolta di materiali, utili alla costruzione del moderno edificio scientifico » (*Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, p. 12).

romantiche, germaniche, canoniche — cui l'avevano abituato maestri amati e ammirati come il Pertile e lo Schupfer (22), ma significa in primo luogo richiamarsi al diritto romano. Le sottili persuasioni del « romanista » Bellavite e quelle ancor più sottili dei grandi pandettisti che ha studiato con amore e conosce alla perfezione condizionano il pluralismo culturale di Polacco; non v'è dubbio che egli rispetta ed apprezza la ricchezza del passato nella sua complessità, ma non v'è ugualmente dubbio che il messaggio « classico » subisce una assolutizzazione; e tra la ridda delle forze storiche relative si profila il modello (23); e quando gli capita fra mano il primo *Entwurf* di un Codice civile del *Reich*, la prima tentazione è di vedere quanto di « romano » sia rimasto nelle bozze dei 2164 paragrafi, e il sentimento conclusivo è di compiacimento nel constatarne un in-flusso prevalente (24).

La scienza giuridica di Polacco è, dunque, certamente qualcosa di ben distante da un'entità fumosa od eterea, anzi radicatissima; solo che è munita, per così dire, di doppie radici: verso il basso, ed è il territorio né sopprimibile né riducibile della storia; verso l'alto, ed è il cielo assoluto ma concretissimo dei supremi principii morali. Dietro Unger (25) non esita a vedere nella prediletta « parte

(22) Lo confesserà nella sua *Commemorazione di Antonio Pertile*: « io non so concepire lo storico del diritto, in specie del nostro, che non sia ad un tempo buon canonista (p. 679); « la conoscenza del diritto germanico è oggi di fatto necessaria per la illustrazione del diritto vigente » (p. 678).

(23) « non può addirittura non essere romanistico il sistema » (*Il diritto romano nel progetto di Codice Civile germanico* (1889), ora in *Opere minori* — Parte I, cit., p. 11) (il corsivo nella citazione è nostro). E, dietro il Kuntze, ripete volentieri che l'obbligazione « è una creazione propria del genio romano » (*ibidem*, p. 15), una volta per tutte.

(24) Nel saggio citato alla nota precedente. Dove emerge tuttavia una padronanza perfetta anche degli istituti della tradizione germanica e germanistica (come, per esempio, quando parla (p. 18) dei concetti di *Besitz* e di *Inhabung* tenuti rigorosamente distinti nel progetto) e dove, accanto a qualche incompienza per le soluzioni del pianeta giuridico germanico (vedi un cenno eloquente a p. 9 sulla indistinzione fra azioni personali e reali, e a p. 26 sulla « nebulosità » degli schemi giuridici della *Genossenschaft* e della *gesammte Hand*), sono elencate una minuziosa serie di critiche ad atti di ossequio verso la tradizione romanistica non più giustificabili alla fine del secolo XIX (soprattutto pp. 19-20 e 24).

(25) Il grande giureconsulto austriaco è con Jhering uno dei mentori più seguiti da Polacco, e il monumentale « System des oesterreichischen Privatrechts » rappresenta un breviario da mettere accanto agli « Jahrbücher für die Dogmatik » e al « Geist ».

generale », nell'indispensabile reticolato fondante di « principî e nozioni fondamentali » e di « teorie generali », niente più che « l'atmosfera spirituale, nella quale si agitano gli istituti giuridici » (26). E il respiro culturale, che è un carattere perenne dell'approccio polacchiano al diritto, diventa un'apertura che si apre e sfocia a un più alto livello.

b) Una seconda costante può e deve essere individuata e definita: l'idea — ripetuta con parossistica fedeltà dalla prima prelezione del giovane venticinquenne (27) a quello che sembra essere stato l'ultimo ampio intervento in Senato (28) — che nell'ordine giuridico, accanto al diritto mutevole della nostra vita quotidiana, sussistono « principî di un ordine elevatissimo » (29), « taluni assoluti principî così del diritto come della morale » (30), « qualche cosa di eterno nel diritto » (31), un insieme cioè di « idealità » (32) che funge da fisso e stabile punto orientatore di riferimento.

(26) *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, p. 5.

(27) È la già citata *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, del 1884.

(28) È l'elevato discorso *Per la libertà di coscienza e la tutela delle minoranze religiose* pronunciato nella tornata del 7 febbraio 1925 nella discussione del bilancio della istruzione pubblica per l'esercizio 1924/25, Roma, tip. del Senato, 1925.

(29) *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, p. 16.

(30) « sin dal principio della mia qualsiasi vita scientifica affermai recisa fede in taluni assoluti principî così del Diritto come della Morale, che sussisterebbero, io diceva, anche se mai non fossero stati avvertiti e praticati dall'uomo, simili a certe forze della natura esisite ognora ed operanti ancor prima che l'uomo giungesse a scovirle, non mutevoli ma sempre uguali a se stesse, anche se ne variarono, col variare dei luoghi e dei tempi, la comprensione e l'apprezzamento. Rimasto fedele dopo tanti anni a cotali principî... » (*La « Filosofia del diritto » di Vincenzo Lilla*, in *Atti e Memorie della R. Accademia di Scienze Lettere ed Arti in Padova*, anno CCCLXII, N.S. XIX (1902-03), p. 226).

(31) Sia consentito, anche questa volta, riportare per esteso l'eloquente testo polacchiano: « l'animo si allietta per la sicura affermazione di una idea madre, l'idea di Diritto e di Giustizia, che torna così a rivelarsi nella sua universalità. Ed io particolarmente me ne compiaccio, che sempre ad essa ho guardato come a faro inestinguibile nel procelloso mare della vita, ribellandomi con tutte le mie forze ad una certa corrente pseudo-realistica, che dalle mutevoli vicende delle istituzioni giuridiche nel corso dei secoli e dal continuo variare dell'assetto sociale conclude alla negazione di qualche cosa di eterno nel Diritto, tutto riducendovi a serie di fenomeni contingenti » (*La scuola di diritto civile nell'ora presente*, p. 8).

(32) Vedi, per esempio, le monotone ripetizioni della *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, pp. 16-17.

In proposito, Polacco, per temperamento — come si vedrà — incline alla cautela e alla mediazione, non teme le affermazioni icastiche e gli atteggiamenti coraggiosi. E coraggio ci voleva, in una cultura dominata da un variegatissimo ma deciso positivismo, a respingere fin dai primi anni Ottanta la diffusissima febbre « darwinistica »⁽³³⁾ dove l'unico assoluto pareva essere il materialistico condizionamento ai fenomeni biologici, a proclamare la propria « adesione alla scuola spiritualista »⁽³⁴⁾ e ad autoqualificarsi uno spiritualista impenitente⁽³⁵⁾, a non esitare a richiamarsi con provocatoria franchezza al diritto naturale e al giusnaturalismo in un momento in cui tali richiami formavano ben spesso, nello scientismo imperante fra Ottocento e Novecento, oggetto di facile ironia⁽³⁶⁾. Ma v'è di più: questo diritto naturale, che, se assunto nella diffusa accezione della tradizione postilluministica, avrebbe potuto costituire una accettabile risposta alle inquietudini filosofiche sempre restando su un piano di analisi razionale, questo diritto naturale è invece assai più simile a quello della tradizione cristiana nel momento in cui si differenzia profondamente da « quella concezione atomistica, che, prendendo le mosse dall'individuo configurato a priori come tipo immutabile, costruiva la mitologia... dello stato di natura e del contratto sociale »⁽³⁷⁾.

La dimensione religiosa è in Polacco fortissima⁽³⁸⁾, ed è per-

⁽³³⁾ *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, pp. 13-15.

⁽³⁴⁾ *Contro il divorzio* — Lezione tenuta il 2 maggio 1892 nella R. Università di Padova, Padova Drucker, 1892, p. 12.

⁽³⁵⁾ « Sono spiritualista troppo impenitente... » (*Per la libertà di coscienza e la tutela delle minoranze religiose* (1925), p. 4 (dell'estratto).

⁽³⁶⁾ « Se a tale altezza non giungono le leggi dello Stato, un'altra legge vi giunge, e quella che vi giunge si terrà sempre al disopra di loro » (*Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile* (1884), p. 17; *La scuola di diritto civile nell'ora presente* (1918), p. 9).

⁽³⁷⁾ *Commemorazione di Antonio Pertile*, pp. 683-84 (dove è rimarchevole la ripetuta citazione di Igino Petrone e di Icilio Vanni come punti di riferimento speculativo per Polacco, due personaggi esponenti una rimeditazione in chiave storicistica — rispettivamente — dell'idealismo e del positivismo). Un pari pensiero egli ribadisce più tardi nella commemorazione del « filosofo » Filomusi-Guelfi, riferendosi al « vietato concetto del Diritto naturale desunto da un fantastico originario stato di natura e culminante nel più atomistico degli individualismi e nel contrattualismo assunto a base della Società e dello Stato (*Francesco Filomusi-Guelfi*, p. 55).

⁽³⁸⁾ Le citazioni dovrebbero essere numerosissime. Esempio, questa, contenuta

tanto uno dei più penetranti strumenti di comprensione della sua complessa personalità, che non tralascia mai di esserne intrisa: si pensi alla ripetuta ⁽³⁹⁾ battaglia contro il divorzio (che non è certo il solo giurista a combattere, ma che più degli altri combatte su questo piano); si pensi alle sue attente e minuziose biografie intellettuali di giuristi da quelle risalenti dei suoi maestri Bellavite e Pertile e del filosofo Vincenzo Lilla a quelle più tarde di Giacomo Venezian, di Carlo Francesco Gabba, di Francesco Filomusi-Guelfi, dove sempre sorprende lo spazio financo eccessivo concesso alla adesione fideistica del commemorato e la minuzia con cui si segue nella vita la ricerca religiosa sottolineandola come virtù somma « nell'odierna fungaia di frolle coscienze » ⁽⁴⁰⁾; si pensi al rispetto che lui, israelita, per sua fortuna assai distaccato dall'idea pernicioso del popolo eletto, ha portato per manifestazioni anche pesantemente confessionistiche della presenza cattolica nelle scuole italiane ⁽⁴¹⁾, o alla sua ripugnanza per l'anticlericalismo diffuso ⁽⁴²⁾, o alle sue riserve circa la ferma adesione di Gabba al principio della precedenza obbligatoria del matrimonio civile rispetto a quello religioso ⁽⁴³⁾.

ne *La funzione sociale della legislazione civile* (1885), ora in *Opere minori*, Parte II — Fasc. I, cit., p. 30: « Una cosa sola io riconosco ed è che ai ben pensanti incombe di tenerlo desto questo principio religioso, che nella grande generalità esiste pure, in onta alle clamorose negazioni della nuova scuola, e nel quale io ravviso, meglio che nelle leggi, la più salda àncora di sicurezza contro l'uragano che ne minaccia ».

⁽³⁹⁾ Il libello *Contro il divorzio*, edito da Drucker nel 1892, ebbe una seconda edizione nel 1902 (che è stata, di recente, nel 1970, ristampata anastaticamente, con una premessa di Alberto Trabucchi, dalla Cedam di Padova).

⁽⁴⁰⁾ La frase è tratta dalla *Commemorazione di Antonio Pertile*, p. 687. Per Bellavite, cfr. *Luigi Bellavite*, pp. 58-60; per Vincenzo Lilla, cfr. *La « Filosofia del diritto » di Vincenzo Lilla*, p. 226; per Venezian, cfr. *Giacomo Venezian*, in *Opere minori* Parte II — Fasc. II, cit., soprattutto p. 41; per Filomusi, cfr. *Francesco Filomusi-Guelfi*, pp. 56-57.

⁽⁴¹⁾ Di fronte al progetto del Ministro Pietro Fedele che consentiva una dominanza cattolica nella scuola, in un coraggioso discorso in Senato, dichiarava il suo « alto rispetto » per questa soluzione pur così unilaterale e coartante del problema dell'educazione religiosa nelle scuole di Stato, e ne traeva occasione per esprimere il fondato timore di contraccolpi antireligiosi, cogliendo il fatto « come un esempio in più di quel fenomeno per cui il pendolo, spinto a forza verso un dato estremo, non appena lasciato libero, non si arresta al centro ma corre subito all'estremo opposto » (*Per la libertà di coscienza e la tutela delle minoranze religiose*, p. 5, dell'estratto).

⁽⁴²⁾ Per un esempio, cfr. *Le cabale del mondo legale*, p. 54.

⁽⁴³⁾ Nell'ambito di un problema allora dibattutissimo e spesso venato da umori

Spirito religiosissimo ma laicissimo, deve probabilmente a questo suo connaturato atteggiamento l'esigenza puntigliosa di separare il sacro dal profano, la percezione di un nucleo inattaccabile in mezzo e accanto a un universo storico in movimento, ma anche la diversità e l'autonomia dei piani su cui si ponevano (fatta salva l'influenza orientatrice del primo in zone rilevanti e delicate del secondo), coscienza lucida di un assoluto che diventa però subito rispetto (e attenzione) verso il relativo, traducendosi la forte consapevolezza del primo in altrettanto forte consapevolezza del secondo. Per di più, ripugnanza a maneggiare il mondo dei soggetti di diritto come un museo statuario di individui astratti o, se vogliamo, di semplici modelli puri: che è il mondo destoricizzato della finzione scenica illuministica.

c) Questo vale a spiegare la complessità di Polacco e a introdurci su un'altra costante meritevole di essere sottolineata ma che, liminalmente e apparentemente, può sembrare un segno di contraddizione: sensibilità per il mutamento e, strettamente connessa, sensibilità per il sociale.

Non è segno di contraddizione, perché il soggetto di cui il civilista patavino si occupa non è l'uomo illuministico, microcosmo isolato, essenzialmente individuo, agente in un paesaggio preistorico. Il suo uomo ha addosso carne ed ossa ed è ben a fondo calato nel tempo e nello spazio; è pertanto carico di storia come di vizi e di virtù, e — quel che più conta — è ben inserito nel sociale. L'esame cronologico delle più significative testimonianze di Polacco con il suo inevitabile sguardo comparativo avrà tra breve il compito di dare efficacemente corpo e voce a un tale rilievo, ma conviene ora anticiparlo nel rapido inventario che si sta redigendo, giacché siamo qui di fronte ad una delle più espressive e caratteriali costanti della sua opera.

Il sentimento della mutazione è una croce e un'ancora di salvataggio che non lo abbandoneranno mai: da quando, ventiseienne, nella sua prima prelezione da docente autonomo fuori del familiare ambiente patavino ⁽⁴⁴⁾, esordiva esclamando: « diamo un'occhiata alla storia » e proseguiva con una presa di coscienza

aggrissimi in un senso o in un altro. Per il riferimento a Gabba, cfr. *Carlo Francesco Gabba*, p. 26.

⁽⁴⁴⁾ Quando inaugura il suo insegnamento presso l'Università di Camerino (cfr. più sotto).

storicistica che è, al tempo stesso, la fissazione d'una regola metodica: « l'età nostra, età di transizione e non altro » (45); a quando, sul finire del primo decennio di questo secolo, contemplando i nuovi assetamenti sociali ed economici e la proliferazione delle leggi speciali, denunciava senza sfumature « le cabale del mondo legale » e insisteva sull'esigenza della armonizzazione tra regola giuridica e rinnovate condizioni della società (46); a quando, a guerra appena terminata, scansa la scelta di riposati e riposanti temi dommatici per la sua prolusione romana, e preferisce interrogarsi pubblicamente su un presente così gremito di insicurezze ma anche di futuri sviluppi nella consapevolezza morale prima ancora che intellettuale che nemmeno « l'insegnante di quella tra le discipline giuridiche che ha titoli di nobiltà antichi e vanta da secoli il nome di ragion civile, si sente più sicuro degli altri di non vederne scosse le fondamenta ed i cardini dalla marea che tutto incalza e travolge » (47).

Accanto e immediatamente dietro al sentimento della mutazione, e assolutamente conseguenti, la necessità dell'adeguamento e il rischio di non conseguirlo, l'uno e l'altra percepiti a un preciso livello etico più che politico, nel cuore del *Beruf* del giurista; e, soprattutto, un negativo da evitare a ogni costo, quello che nel secondo dopoguerra un altro non dimenticabile civilista sensibilissimo al mutamento, Georges Ripert, avrebbe chiamato il vero e scandaloso « *déclin du droit* » (48). Affiora perennemente la dialettica fra due contrarii, l'uno e l'altro da schivare accuratamente: ciò che, nell'84, è la contrapposizione fra « il pericoloso fascino » di « certe costruzioni giuridiche, speciose... cresimate da inveterato consenso della scuola e del *fôro* » e « l'andazzo... di tutto sottoporre a disamina per riscuotere con vantata novità di vedute quanto la scienza ci ha fin qui tramandato » (49), diventa, nel 1908, l'opposizione fra « le creazioni arbitrarie e i detriti storici » (50), ambedue

(45) *La funzione sociale della legislazione civile*, pp. 21 e 22.

(46) *Le cabale del mondo legale*, p. 42.

(47) *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, p. 1

(48) G. RIPERT, *Le déclin du droit-Etudes sur la législation contemporaine*, Paris, Pichon, 1949.

(49) *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, p. 10.

(50) *Le cabale del mondo legale*, p. 46.

« elementi perturbatori » ⁽⁵¹⁾ — anche se di segno contrario — proprio perché compromettono la storicità del giuridico, ambedue antistorici anche se, da un lato, si corre con troppa fretta e, dall'altro, con troppa pigrizia non si vuol compiere un passo innanzi. Terminologie diverse per esprimere l'identica convinzione che il diritto è dimensione della vita, per ribadire la « sua vera essenza, non già di artificioso meccanismo, ma di organismo animato » ⁽⁵²⁾.

È ovvio che, inscindibilmente connesso a questa realtà vitale di cui si coglie la storicità trascurando le infatuazioni biologistiche, emerge un fascio di contrassegni storici taluni fisiologici e talaltri patologici. Gli individui-modello e modelli di individuo, calati dai loro stalli illuministici, sono anche sorpresi come donne e uomini, malati e minorenni, ricchi e poveri, padroni e lavoratori, carichi cioè dei loro attributi positivi e negativi di vita quotidiana. È comprensibile, allora, che « l'età di transizione » riveli ed esalti al giurista che la guarda con occhi esigenti il problema della « questione sociale » ⁽⁵³⁾, e che l'urgenza d'un siffatto enorme problema un altro ne generi, immediato, per l'ordine giuridico, e cioè la coerenza al divenire in movimento, e cioè il complicarsi della generica e semplicissima regola codificata (costruita a misura dell'individuo-modello) in un sistema costellatorio di fonti legislative con una proliferazione crescente di leggi speciali integranti e lentamente svuotanti l'effettività della norma-madre unitaria; Polacco è infatti uno dei civilisti italiani che, malgrado la sua estraneità al positivismo socialeggiante della frangia più estrema dei neoterici, più sente l'assillo d'una versione giuridica della « questione sociale » e delle nuove leggi speciali.

Se lo si contempla, lui che ha in uggia tutti i positivismi sociologismi e darwinismi imperversanti, sedere fra i costanti « collaboratori ordinari » dell'unico foglio veramente progettuale dei civilisti eretici che è « La scienza del diritto privato » ⁽⁵⁴⁾; se egli

⁽⁵¹⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽⁵²⁾ *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, p. 10.

⁽⁵³⁾ « la questione sociale oggidì ci si impone, grave, poderosa, impreteribile » (*La funzione sociale della legislazione civile*, p. 22). Ma è questo tutto il tema della prelezione camerte.

⁽⁵⁴⁾ È la — da noi già citata *Rivista fiorentina di Tortori e D'Aguanno*, vitale dal

dedica (e vedremo in quale direzione) la sua prima prelezione autonoma a « la funzione sociale della legislazione civile »⁽⁵⁵⁾; se è il primo civilista italiano a elevare una ferma, motivata, organica deplorazione su « l'ibrida unione della locazione di cose con quella cosiddetta di opere sotto il comune concetto di locazione in genere », giacché « non è chi non vegga quanto sia repugnante all'umana dignità il pareggiare il profitto che si ritrae dall'attività di un uomo al godimento che possiamo fare di un oggetto »⁽⁵⁶⁾; se è il primo civilista italiano a combattere e a demolire come sottigliezza giuridica tralatizia ma socialmente e culturalmente immotivata la tripartizione dalla colpa in lata, lieve e lievissima⁽⁵⁷⁾; se dimostra attenzione, disponibilità e un relativo coraggio sul tema della estensione alle donne della capacità di fungere da arbitri in base alla legge speciale sui probiviri del 1893⁽⁵⁸⁾ e sulla estensione della obbligazione alimentare per gli inabili al lavoro⁽⁵⁹⁾, tutto ciò non desta sorpresa dopo quanto s'è detto. Esigenze filosofiche, consapevolezze storicistiche, certezze etico-religiose, sensibilità sociali possono essere espressioni non antinomiche d'uno stesso personaggio, certamente complesso e dalla figura certamente assai sfaccettata; pur con tutte le sue sfaccettature, l'unità del personaggio è ricomponibile.

d) Chi avesse letto, prima di queste pagine, le recenti affermazioni — da me fatte in occasione di due precedenti e recenti esperienze di studio intorno al civilista patavino — di un Polacco che nutre in sé plagi tenaci della cultura giusnaturalista⁽⁶⁰⁾ e che mostra « una fondazione di pensiero rigidamente legalista e codici-

1893 al 1896, manifesto d'una civilistica che, guardando con soggezione alla scienza madre sociologica ecletticamente intesa in chiave storicistica e naturalistica insieme, vuol costruire il « codice privato sociale ». Per maggiori riferimenti, si veda GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., *passim*.

⁽⁵⁵⁾ È la prelezione camerte dell'85, già tante volte citata.

⁽⁵⁶⁾ V. POLACCO, *Appunti sulle locazioni (in ispecie sui Cap. I, II, III del Tit. IX Lib. III del Cod. civ. del Regno)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, IV (1887), p. 409.

⁽⁵⁷⁾ *La culpa in concreto nel vigente diritto civile italiano*, cit.

⁽⁵⁸⁾ *La nuova legge sui probi-viri con particolare riguardo alla capacità giuridica della donna e dei minorenni*, in *Monitore dei tribunali*, XXXIV (1893), p. 721.

⁽⁵⁹⁾ V. POLACCO, *Gli inabili al lavoro e l'obbligazione alimentare fra congiunti*, in *La scienza del diritto privato*, I (1893), p. 167.

⁽⁶⁰⁾ GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit. p. 42, cit., p. 42.

stica » (61), sarebbe legittimato a pensare o a una sua schizofrenia o a un mio brusco mutamento d'opinione; e non sarebbe veritiera né l'una né l'altra ipotesi.

Una prima necessaria precisazione è che, mentre nel presente contributo l'attenzione è sulla vicenda polacchiana nella sua interezza, i due precedenti mettevano a fuoco soltanto segmenti ridotti di quel lungo itinerario scientifico; senza contare che, di quei segmenti l'uno — concernente soprattutto le prime prelezioni — conteneva una polemica serrata contro il darwinismo giuridico alla Vadalà-Papale e contro la spasmodica idea di « codice privato sociale » (62), il secondo — concernente un episodio specifico e limitato — appuntava polemicamente i suoi strali contro certe disinvolute affermazioni del Simoncelli in tema di interpretazione della legge (63).

Nei tempi lunghi e nel complesso di una ricca consecuzione dei materiali le puntualizzazioni polemiche e le precisazioni rigide ad esse conseguenti si diluiscono, e il personaggio e il suo messaggio si misurano piuttosto sull'ampiezza dell'arco, dove procedono arricchimenti e inserimenti culturali, ripensamenti e accettazione di fatti nuovi. Nell'ampiezza a tutto campo dell'arco le affermazioni legalistiche e filocodicistiche restano, ma perdono di virulenza e di absolutezza, appaiono quello che sono: punto d'una linea, ma soprattutto si giustificano entro la cornice di un ulteriore atteggiamento caratteriale di Polacco, talmente caratteriale da poter essere assunto a costante del suo pensiero.

Si potrà continuare a parlare di complessità, si potrà dire che questa complessità è segnata sul piano sincronico anche da incoerenze, ma qui ci si dovrà arrestare. Più sopra abbiám parlato di relativo coraggio, e la frase sarà porsa al lettore un po' sibillina, ma si deve riprenderla qui, per avere una chiave fondamentale di comprensione. Certamente, Polacco è lo spiritualista convinto, il

(61) Così scrivevo, or non è molto, nel saggio destinato ad analizzare i termini di una vivace polemica con Vincenzo Simoncelli. Cfr. *Interpretazione ed esegesi (Anno 1890 - Polacco versus Simoncelli)*, cit.

(62) Per chi volesse saperne di più, cfr. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., p. 15 ss.

(63) GROSSI, *Interpretazione ed esegesi*, cit.

giurista dotato di non comune sensibilità culturale e sociale; certamente queste doti sono presenti sin dall'inizio, anche se diventano assai più rilevanti con la pienezza della maturità sì che l'itinerario del giurista è da vedersi ascensionale anziché piatto; certamente, in grazia di queste doti è in grado di scorgere spessori che l'esegeta non coglie e portare avanti anche intuizioni coraggiose (si pensi alla sua riflessione sul genere contrattuale *locatio-conductio*), ma sempre questo coraggio sarà mitigato in lui dalla virtù (vizio?) della prudenza.

«Nec timide nec temere» scriverà chiudendo la significativa prelezione romana del '18 ⁽⁶⁴⁾ e proponendoci una insegna che avremmo potuto utilizzare proficuamente per intitolare questo saggio, se non ci avesse trattenuto la desolante constatazione di un mondo in cui nemmeno i preti cattolici conoscono più l'abbecedario latino. Meno preziosamente ma con pari efficacia il significato della insegna è espresso da quel «coraggio della moderazione», che campeggia nel nostro titolo e che appartiene al frasario della stessa prelezione romana ⁽⁶⁵⁾. Un coraggio relativo, sempre condito dalla prudenza, un coraggio che il naturale sentimento di equilibrio fa sovente apparire allo stesso giurista come temerarietà; e un filo continuo lega la «temperanza di vedute» di cui parla nella prelezione camerte dell'85 ⁽⁶⁶⁾ al buonsenso invocato nella prelezione del '18 ⁽⁶⁷⁾. È il buon senso a cementare il suo legalismo e a portarlo ad avvertire il nuovo verbo giusliberistico, perché è il buon senso ad avvertirlo che si stava toccando e incrinando la colonna portante non solo dell'edificio tecnico-giuridico ma dello stesso edificio costituzionale; e per Polacco *oportet ut scandala non eveniant*.

Il segreto di Polacco è qui, è qui la sua cifra: presentimenti, intuizioni, percezioni, disponibilità ma sempre frenati dal fastidio per gli eccessi, per le novazioni brusche, per le operazioni di rottura. Se è forse eccessivo parlar di plagio, come ci è capitato di fare, v'è in lui un peso rilevante della tradizione, e un convivere singolare di appetiti e resistenze, nonché una sua perenne tensione a mediare.

⁽⁶⁴⁾ *La scuola di diritto civile nell'età presente*, p. 18.

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem*, p. 11.

⁽⁶⁶⁾ *La funzione sociale della legislazione civile*, p. 29.

⁽⁶⁷⁾ *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, p. 18.

Più evidente nel primo Polacco, quello degli anni Ottanta e Novanta su cui si erano incentrate le nostre precedenti indagini, una diagnosi siffatta deve continuare anche per il civilista che accompagna le trasformazioni del nuovo secolo con uno sguardo disponibile e sensibile, che abbandona certe dommatiche, che rivede con probità intellettuale a tutta prova il proprio bagaglio consolidato. Sempre la sua divisa sarà un coraggio moderato, quando non è addirittura, nella rissa incomposta delle novità grossolane, il coraggio della moderazione.

3. Nel giro di due soli mesi, tra fine '84 e inizio '85 Polacco pronuncia ben due prelezioni, ma situate su piani diversi e con scopi profondamente diversi; questo giustifica anche la varietà di messaggio che dalla stessa voce proviene in un pressoché identico momento.

La « Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile » letta nella Università di Padova il 26 novembre 1884 ⁽⁶⁸⁾ si identifica soprattutto nella esposizione di un programma didattico, anche se sembra doveroso aggiungere che, in un docente autenticamente universitario come Vittorio Polacco, l'insegnante non è mai separabile dallo scienziato che dà vitalità e inconfondibilità alla lezione. Il problema è quello di dare un volto alle « Istituzioni di diritto civile », una disciplina oggi felicemente presente in ogni piano di studi di Facoltà giuridica ma, in quel tempo, ancora infrequente anche se da molti auspicata quale necessaria integrazione del « Diritto civile ».

Tre anni prima se ne era occupato, sulle pagine dell'« Archivio giuridico », il romanista Brini con una proposta assai elaborata e originale ⁽⁶⁹⁾, ed è rispetto a questa che il progetto polacchiano vuole esplicitamente confrontarsi ⁽⁷⁰⁾ e anche differenziarsi. L'esigenza prima di un simile corso istituzionale autonomo risiede nella insoddisfazione verso il diffuso esperimento di « istituzioni di diritto romano comparato col diritto civile patrio » di cui Filippo Serafini

⁽⁶⁸⁾ Padova, tip. del Seminario, 1885 (ora in *Opere minori* — P. II, Fasc. I, cit.).

⁽⁶⁹⁾ G. BRINI, *Saggio d'istituzioni del diritto civile italiano — Introduzione e programma*, in *Archivio giuridico*, XXVI (1881).

⁽⁷⁰⁾ Al Brini espressamente si richiama a p. 9.

aveva dato già nel '58, con la prima edizione del suo « manuale », un modello fortunatissimo. Culturalmente significative le ragioni del rifiuto da parte del Nostro: percezione della antistoricità dell'accostamento di « due anelli isolati » e delle possibili conseguenze « funeste » nella psicologia d'un giovane discente che rischia di persuadersi della intima artificiosità dell'ordine giuridico ⁽⁷¹⁾; percezione della incapacità di poter trovare « nel diritto del Lazio » tutte le linee e tutti i principii necessari alla costruzione di un diritto autenticamente moderno (e si fa l'esempio del diritto internazionale privato, del diritto delle persone, del regime della pubblicità), affermazione così riduttiva da destar sorpresa se constatata su una bocca bellavitianamente apologetica del diritto romano ⁽⁷²⁾.

Tutto dovrà essere all'insegna del buonsenso, di quella virtù somma per Polacco che è la moderazione: né eccessiva « smania del nuovo » ⁽⁷³⁾, né ripetizione inconsapevole di nozioni caduche ⁽⁷⁴⁾; ricorso alla storia degli istituti ma senza « peccare per eccesso » ⁽⁷⁵⁾; volontà di « trasportare il diritto in mezzo alla vita, sì che balzi fuori nella sua vera essenza, non già di artificioso meccanismo ma di organismo animato » ⁽⁷⁶⁾, però fermamente resistendo « alle seduzioni dell'equità » per un verso ⁽⁷⁷⁾, alle partigianerie e ai dommatismi della « scuola positivista » per l'altro ⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷¹⁾ A proposito di « questo sistema comparativo » non esita a confessare che « la nuda contrapposizione di questi due anelli isolati ingenererà nelle menti giovanili la funesta opinione che gli istituti giuridici, anziché modificarsi per un necessario processo evolutivo e sotto l'influenza di coefficienti vari nello spazio e nel tempo, siano puramente frutto dell'umano capriccio, che li può modellare quando in una forma e quando in un'altra senza ragione opposta. Invece così le Istituzioni di diritto civile, collocandosi a fianco a quelle di Diritto romano ed alla Storia del diritto, vengono ad integrare la catena e permettono a quei due insegnamenti di restare ciascuno nell'orbita che più particolarmente gli è propria » (*Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, p. 4).

⁽⁷²⁾ « ... ne rimarrebbero fuori quei molteplici istituti, i quali nel diritto del Lazio o non hanno affatto, od hanno troppo fiavole e remoto un riscontro » (*ibidem*, p. 4).

⁽⁷³⁾ *Ibidem*, p. 11.

⁽⁷⁴⁾ *Ibidem*, p. 10.

⁽⁷⁵⁾ « peccare per eccesso, considerando lo studio storico e il diritto romano in specie non come strumento, ma come fine a se stesso » (*ibidem*, p. 12).

⁽⁷⁶⁾ *Ibidem*, p. 6.

⁽⁷⁷⁾ *Ibidem*, p. 6-7.

⁽⁷⁸⁾ *Ibidem*, p. 13 ss.

Questi sono i momenti fondanti della prelezione, i perni orientatori del didatta e del suo « corso », sui quali — enunciazioni programmatiche — egli sente il bisogno di parlar chiaro. Polacco liquida spicciativamente (e con qualche inconsapevolezza per la sua reale portata affrancatrice) la dialettica allora vivissima fra « sistema » ed « esegesi » (79) e respinge anche come rischioso il progetto di Brini tendente a costruire una architettura al di là delle partizioni del Codice civile (80). Con alle spalle gli autorevoli insegnamenti di Muratori e di Scialoja (81), fermissimo è il richiamo alla stretta legalità (82) fino al punto da non concepire una esposizione che non sia pedissequa del Codice stesso (83).

Il suo non è certamente un diritto di pure forme, privo di radici, giacché lo spiritualista Polacco reclama che l'ordine giuridico si agganci e si fondi con un ordine superiore. La polemica durissima con i « positivisti » — una polemica volutamente urlata e sottolineata come più non si potrebbe (84) — è contro il loro immanentismo, è per il recupero del giuridico a una vita intesa in tutta la complessità delle sue dimensioni, da quella puramente biologica a quella etico-religiosa. E la certezza di fondo è che il nucleo ispiratore

(79) « mi è sempre apparsa tanto oziosa la disputa sulla preferenza da darsi al metodo sistematico od all'esegetico, quanto lo sarebbe il ricercare se valga più nella scienza l'analisi ovvero la sintesi » (*ibidem*, p. 9).

(80) Almeno in un « corso » istituzionale « il seguire, così com'è, il Codice parmi preferibile a qualunque fra i tanti riferimenti razionalmente escogitabili ed escogitati in fatto » (*ibidem*, p. 9 ma anche p. 8). È importante « il conoscere il Codice, anche nella sua struttura esteriore, per poco non dissì nella sua topografia » (p. 10).

(81) Il Muratori, ovviamente, del *pamphlet* « Dei difetti della giurisprudenza » e lo Scialoja della prolusione camerte (1880) « Del diritto positivo e dell'equità »; vedili citati a p. 7.

(82) Quanto al sistema, « ciò ch'esso domanda non è altro che il rispetto alla legge » (p. 7); il « corso » consisterà dunque « nell'affacciare il testo legislativo... nell'imperativa sua rigidezza » (p. 8); giacché « l'ideale degli ideali in uno Stato retto a liberi ordinamenti è e sarà sempre la stretta, spassionata applicazione della legge » (p. 18).

(83) Cfr. le citazioni di nota 80.

(84) « a questa scuola io non accordo, valga per nulla, il mio voto », perché « dove non possiamo seguirvi... è nella vostra pretesa, aprioristica, e quindi contraddizione essa stessa di quel metodo di cui vorreste essere zelanti e non siete che malaccorti paladini, la pretesa cioè che quest'esame dei fatti ci conduca poi alle vostre preconette negazioni » (*ibidem*, pp. 14 e 15).

di ogni manifestazione giuridica non sta racchiuso nell'ordine positivo ⁽⁸⁵⁾.

Ma non si creda che sia questa la strada per far breccia nella legalità e posto all'equità. Al contrario, l'interpretazione e l'applicazione della legge restano rigorosamente « commesse alla mente e non al cuore » ⁽⁸⁶⁾, restano atti di pura conoscenza e non di volontà, e l'accordo con Scialoja è totale quando questi propone come regola costituzionale del diritto moderno l'inversione dei termini e del concetto contenuti nell'antico brocardo secondo cui *ius legislatori, aequitas iudici magis convenit* ⁽⁸⁷⁾. L'equità, che è il regno delle idealità in conflitto con la norma scritta, che è lo straripamento della giustizia nel recinto chiuso dello *strictum ius*, è auspicata e benvenuta purché sia strumento nelle mani del produttore e non dell'interprete-applicatore. E questo, anche se equità può significare permeazione di quei valori religiosi tanto cari al nostro civilista.

L'adesione convinta alla costituzione legalitaria dello Stato moderno di diritto rende Polacco convintissimo di questa suprema e doverosa rinuncia, senza una perplessità: « questa idealità, che con tutta l'anima io invoco a salvezza di non ancora travolti principi, che vagheggio provvida Egeria per chi è chiamato a dettare le leggi, con altrettanta forza io respingo, se pretenda ispirare e dirigere l'interpretazione della legge che già esiste » ⁽⁸⁸⁾. E non esita a condannare certe decisioni giurisprudenziali che, pur affermando idealità a lui care sui temi delicatissimi del prossenetico matrimoniale e della missione propria e specifica della donna, incarnavano ai suoi occhi un eccesso di poteri e uno strappo alla loro rigida ripartizione fra le potestà dello Stato ⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁵⁾ Si vedano le ampie considerazioni svolte nelle pp. 13-18.

⁽⁸⁶⁾ *Ibidem*, pp. 6-7.

⁽⁸⁷⁾ *Ibidem*, p. 7.

⁽⁸⁸⁾ *Ibidem*, pp. 17-18.

⁽⁸⁹⁾ Così in tema di prossenetico, a proposito di un giudicato della Cassazione torinese: « sublime è, per esempio, il concetto che la santità del matrimonio rifugga dall'opera di mercenarie mediazioni, e tale ch'io vorrei vederlo dal legislatore solennemente affermato: ma dirò che esorbitarono dal loro ufficio, e si son fatti legislatori quei giudici che hanno negata all'appoggio di siffatte considerazioni l'efficacia del promesso prossenetico matrimoniale » (*ibidem*, p. 18). Ribadendo, di rincalzo, nella nota: « Ragioni così il legislatore e non il giudice, sancisca egli il divieto, come lo si leggeva al §. 879 del Codice

Accanto a questo atteggiamento, che lo vede perfettamente allineato ai massimi campioni della scuola esegetica ⁽⁹⁰⁾, la sensibilità culturale e sociale di Polacco affiora invece in maniera limpidissima quando scende a delineare i contenuti sostanziali del « corso » imperniatesi su « taluni concetti fondamentali » ⁽⁹¹⁾. Fra questi si deve registrare la sottolineatura marcata dal Nostro de « il concetto dell'individualità umana di fronte al diritto, il concetto di stato civile, il concetto dei diritti civili e politici » ⁽⁹²⁾ ma soprattutto « la determinazione della natura e funzione giuridica del danaro, ch'è infine il punto a cui mettono capo, sotto qualunque aspetto configurate, tutte le relazioni di diritto patrimoniale » ⁽⁹³⁾. Il civilista, attento all'evolversi della dimensione economica della società moderna, distoglie lo sguardo dal fondo rustico, o, comunque, dal bene immobile, espressione tipica della ricchezza di ieri, per incentrarlo su quella ricchezza mobiliare che è ormai il vero sangue della sempre meno stagnante circolazione economica. Significativa la dichiarata utilizzazione di un classico della letteratura giuridica moderna sulla moneta, il saggio pionieristico di Gustav Hartmann ⁽⁹⁴⁾ « Ueber den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden » ⁽⁹⁵⁾, saggio valorizzato appieno sia nella ricca analisi storica sia nella coraggiosa costruzione

austriaco, e noi saremo interamente con lui ». Così in tema di possibilità per la donna di esercizio della avvocatura, sempre a proposito di una sentenza della Cassazione di Torino: « se potrei applaudire per questo al legislatore, che con opportuni divieti riconducesse la donna alla sua più propria missione, non saprei sottoscrivere invece, per quanto emanata dal più autorevole consesso, a quella recente sentenza, che, senza poter invocare un solo testo preciso di legge, si arbitrava sbarrarle la via all'esercizio di un titolo che la legge stessa le aveva consentito di assumere » (*ibidem*, p. 18).

⁽⁹⁰⁾ Per esempio, al Laurent, che aveva recentemente ribadito su una Rivista giuridica italiana la sua posizione rigorista avverso le idee sostenute da un pratico di ingegno non grosso ma di spirito un po' grosso, il Lozzi.

⁽⁹¹⁾ *Ibidem*, p. 7.

⁽⁹²⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽⁹³⁾ *Ibidem*, p. 8.

⁽⁹⁴⁾ Gustav Hartmann (1835-1894), dal 1864 professore ordinario a Basel, poi a Freiburg i.Br., Göttingen e Tübingen, ha analizzato i temi principali e più ardui del diritto delle obbligazioni e delle successioni *mortis causa*, incarnando, con le sue altissime capacità di teorizzazione unite a una vigile attenzione verso la realtà economica e verso l'esperienza del common-law, l'immagine vitale di una Pandettistica tesa a costruire un diritto adeguato alla società tedesca del maturo secolo XIX.

⁽⁹⁵⁾ Braunschweig, Leibroch, 1868.

dogmatica dalle successive ricerche del nostro Ascarelli ⁽⁹⁶⁾, in cui si condensava l'altissima capacità della Pandettistica a tener dietro e a corrispondere pienamente alle esigenze di un mondo percorso e diretto oramai da regole capitalistiche.

4. Decisamente su un altro piano si pone la prelezione che Polacco pronuncia il 22 gennaio 1885 per inaugurare il suo « corso » di « Diritto romano e Codice civile » nella Università di Camerino. Lo sguardo spazia ben oltre i problemi espositivi di un singolo segmento didattico per divenire momento di riflessione che impegna un'intera comunità universitaria di giuristi ⁽⁹⁷⁾.

La scelta del tema è coraggiosa, perché affronta direttamente il problema spinoso del rapporto fra il disincarnato sistema civilistico e le incarnatissime forze sociali ed economiche emergenti, il modo di corrispondere (o di resistere) da parte del Codice civile alla non più eludibile questione sociale, e, ancora più nello sfondo ma stringente, il nodo dell'assetto delle fonti civilistiche, della dialettica tra Codice e leggi civili speciali. È una scelta che denota coraggio, o almeno un vivo senso di responsabilità professionale, perché Polacco non appartiene al manipolo di giuristi piazzaioli disposti a inneggiare alle conquiste del quarto stato pur di conseguire un facile applauso.

È piuttosto la sua sensibilità per i segni dei tempi a muoverlo, e, insieme, l'attenzione per tutto quanto sta al di là del diritto, delle sue forme e delle sue regole; è la coscienza del ruolo del giurista e della sua chiamata a ordinare e definire l'incompostezza dei fermenti sociali.

Polacco certamente non appartiene « a quelle menti piccine o

⁽⁹⁶⁾ T. ASCARELLI, *La moneta — Considerazioni di diritto privato*, Padova, Cedam, 1928; *Studi giuridici sulla moneta*, Milano, Giuffrè, 1952; nonché *Obbligazioni pecuniarie*, Bologna, Zanichelli, 1959.

⁽⁹⁷⁾ Camerino, tip. Savini, 1885 (poi in *Opere minori*, P. II, Fasc. I cit.). Nella avvertenza, che si trova premessa alla stampa originaria camerte dell'85 ma che malauguratamente non è riprodotta (cosa che troppo spesso avviene nelle ristampe di frettolosi editori) nella raccolta delle « Opere minori » da cui pur citiamo per comodità del lettore, nella « avvertenza » il Polacco, anche se in esordio dichiara di considerare questa prelezione « quasi appendice ad altra di uguale natura ed origine, in cui esposi gli articoli principali del mio *credo* scientifico », viene lui stesso a confessare la sostanziale diversità di piano quando, poco più sotto, precisa che in essa è delineato « il mio modo di concepire quelle discipline morali, a cui è consacrata la povertà dei miei studi ».

retrive, che o non lo avvertono questo problema dei tempi nostri, o pensano che sia male il portarlo alla piena luce del giorno e che si possa soffocare tacendo» (98), come lui dice con schiettezza, in esordio, proprio con riferimento alla questione sociale. Di fronte a chi tace per pigrizia o per miopia, di fronte a chi — già da qualche tempo — cede volentieri all'andazzo sociologizzante, e cavalca di buon grado senza freni la tigre delle riforme, la prelezione camerte è null'altro che l'adempimento d'un dovere, l'assunzione pubblica d'una precisa responsabilità.

Il giurista non nasconde il suo volto complesso: la sua educazione liberale e le sue convinzioni liberali (99), che si mescolano e si armonizzano con un forte spirito religioso e con un altrettanto forte sentimento della mutazione (100). Egli è cosciente, in positivo e in negativo, che qualcosa si deve fare, da un lato perché è la richiesta effettiva d'una società in crescita, dall'altro perché è l'unico mezzo per togliere armi alle incitazioni più eversive. La prelezione corre proprio su questo filo doppio: da un lato, si invocano (ed è apertura significativa) quelle « Lettere meridionali » di Pasquale Villari, che sono la prima consapevole denuncia da parte di un intellettuale di aberrazioni sociali che la propaganda di regime celava accuratamente sotto i trionfalismi delle conquiste politiche (101); dall'altro, si afferra l'occasione per rifiutare senza appello l'organicismo dei Cimbali, dei Cogliolo, dei Vadalà-Papale (102) che, soffocando l'individuo nella costrizione d'una società concepita come un tutto-

(98) *La funzione sociale della legislazione civile*, p. 22.

(99) Affermazioni schiettamente liberali possono reperirsi *ibidem*, pp. 23-24 e 30-31.

(100) Già abbiamo fatto esplicite citazioni. Cfr. *ibidem*, p. 30 per emersioni di smaccato afflato religioso, e p. 22 per percezioni precise del mutamento in atto.

(101) Vedi la citazione di Villari, *ibidem*, p. 22. Le « Lettere meridionali » di Pasquale Villari, pubblicate nel 1875 e poi ristampate con altri scritti nel '78 a Firenze, restano nella letteratura meridionalistica italiana il primo limpido tentativo di scrollarsi di dosso pesanti luoghi comuni.

(102) Il discorso, anche se sempre misurato com'è nello stile del Nostro, ha punte di asprezza, che fanno il paio con quelle rivolte due decenni dopo contro il giusliberismo. Si legga l'esplicito riferimento a Pietro Cogliolo, che appena quattro anni prima — nel 1881 — aveva salito lo stesso stallo di Polacco per recitare una prolusione entusiasticamente « darwinistica » (*ibidem*, p. 25), o a Vadalà-Papale e a Enrico Cimbali (pp. 28-29).

organico, esaltava troppo e pericolosamente la dimensione sociale (103).

Occorre correggere il vecchio individualismo di conio illuministico, sia perché è antistorico, sia perché è moralmente discutibile; occorre elaborare una proposta che sappia di concretezza e che venga a incarnare un progetto giuridico credibile. Da qui la scelta, encomiabile, per la franchezza; l'esorcismo del silenzio, infatti, vecchia arma spuntata e ignobile della classe dirigente italiana, non giova più. Giova demitizzare, interrogarsi, proporre; ovviamente, evitando — perché sterili e insensati — i salti nel buio e le iconoclastie. All'osservatore acuto della realtà giuridica e sociale non sfuggiva la « concatenazione del giure privato coi fenomeni dell'ordine pubblico » (104), né sfuggiva che sarebbe stato contrario al suo prediletto buonsenso continuare a pretendere uno Stato indifferente (105). Lo Stato non poteva non giocare un ruolo nel momento in cui lo si riconosceva ben volentieri come unico depositario della produzione giuridica; ed infatti allo Stato si doveva domandare dei misurati interventi di indole legislativa. Per il solido legalismo polacchiano la legge speciale è l'insostituibile strumento di adeguazione dell'ordinamento nella transizione verso un nuovo modello economico, perché è l'autentico strumento ordinante, il più immune dalle passioni contingenti e dai particolarismi, che più rispecchia in sé anche quando ha da regolare un oggetto speciale quel privilegio sommo della ragion civile che è l'astrattezza.

Si può pensare, allora, a una legislazione speciale capillare e invadente da intendersi come pròdromo di un futuro « codice privato sociale » esautorante il vecchio codice civile pisanelliano? È questa la strada che tentano di percorrere Enrico Cimbali e i suoi seguaci, ma non è la strada di Polacco. « La portata dell'elemento industriale » non va enfatizzata (106); di leggi speciali c'è bisogno, ma

(103) « questa socialità... minaccerà di riassorbire il cittadino nello Stato... restringendo, sino a interamente sopprimerlo, il campo della libertà individuale, massima conquista del mondo moderno » (*ibidem*, pp. 30-31).

(104) *Ibidem*, p. 24.

(105) « vedremo... quanto sconvenga il ridurre lo Stato ad una funzione puramente negativa (*ibidem*, p. 31).

(106) *Loc. ult. cit.*

di interventi limitati che integrano senza intaccare il nucleo solidissimo della codificazione civile ⁽¹⁰⁷⁾; che resta, e che deve restare nella sua natura squisitamente formale ed astratta, impermeabile al mutamento perché disegnata su modelli di individuo e su modelli di comportamento. Tener dietro al mutamento e soddisfarvi sarà compito di atti normativi carichi di materiale transitorio e per loro natura provvisorii ⁽¹⁰⁸⁾. Al Codice civile è riservato l'ufficio di rappresentare non solo l'unità civilistica ma la stabilità civilistica, la radicazione su cui si possono via via innestare — rimanendogli esterne — propaggini speculari ai bisogni emergenti. L'esempio del *Landrecht* prussiano, riempito soprattutto nella sua terza parte di contenuti troppo fattuali, è deterrente: quella zavorrazione ha causato la sua condanna alla caducità ⁽¹⁰⁹⁾.

Il rimedio, dunque, è da vedersi in poche leggi esterne al Codice, che attutiscano gli attriti fra regola astratta e fatti sociali nuovi. Si aggiunga: che non costituiscano una violenza per l'assetto sociale, una troppo vistosa forzatura per le strutture « naturali » della società, né tanto meno un capovolgimento ⁽¹¹⁰⁾; che servano anzi a dirigere la transizione e anche a frenarla. Ecco una frase confessoria: « il punto capitale adunque non consiste nell'escludere ogni ingerenza della legislazione civile, ma nel dirigerla in modo ch'essa secondi la natura » ⁽¹¹¹⁾. Qui sul solidarista prevale l'uomo dell'ordine borghese che è portato a identificare con la *natura* della società le conquiste storiche della borghesia, qui si dimostra continuo il filo rosso che lega Polacco ai grandi mentori dell'illuminismo giuridico settecentesco. La percezione del mutamento si mescola

⁽¹⁰⁷⁾ « resti pertanto il Codice nella sua essenza qual è, e i pochi provvedimenti di legislazione industriale sociale, per avventura necessari, vi si accolgano intorno sotto forma di leggi singole, quasi pianeti intorno al sole » (*loc. ult. cit.*).

⁽¹⁰⁸⁾ « lungi da noi tuttavia l'accusa di volere immobilizzato il diritto, mentr'è in un continuo *divenire* la società ch'esso governa » (*loc. ult. cit.*).

⁽¹⁰⁹⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽¹¹⁰⁾ « Non saranno dunque ardite riforme, con istituti nuovi di pianta, non leggi eccezionali che applichino in favore di una od altra classe sociale norme contrarie all'universa giustizia, od introducano un'ingerenza coattiva dello Stato in materie abbandonate sin qui alle libere contrattazioni degli individui » (*La funzione sociale della legislazione civile*, p. 34.

⁽¹¹¹⁾ *Ibidem*, p. 32.

con la sua coscienza giusnaturalistica, e la legislazione speciale appare — anche e soprattutto — come una ministra di lenticchie per il quarto stato e l'occhiuto espediente per gestire e governare intieramente e ordinatamente la situazione.

Una smentita, dunque, all'immagine del Polacco spiritualista e storicista, ma anche questo è fino a un certo punto veritiero. Se si scende ai contenuti di questa legislazione sociale, il discorso — come sempre nel nostro civilista — si complica, le fonti di ispirazione si intrecciano e il messaggio segnala quell'incoerenza progettuale che è tipica di chi sta seduto in mezzo a un quadrivio con disponibilità ad incontri che giungano da parti diverse. Nella indicazione proposta di un'area « civilistica » dove la legislazione speciale potrebbe — provvidamente perché *naturalmente* — incidere, il discorso si fa per più aspetti interessante. Presupposto che i Codici, la grande codificazione civilistica del secolo XIX, sono il frutto e il documento di una duplice operazione affrancatoria, degli individui e dei beni, liberati i primi dai soffocamenti di chiusure cetuali e di corpi intermedi, liberati i secondi da condizionanti stratificazioni storiche di oneri reali ⁽¹¹²⁾, di questi due territori del giuridico redenti, su uno — i beni e la proprietà individuale — non sono pensabili interventi se non irrisorii « salvo che si voglia infrangere la libertà per fare unicamente del socialismo » ⁽¹¹³⁾, affermazione dove appare intatta e pesante l'eredità d'un pensiero che ha legato indissolubilmente libertà e proprietà individuale facendo di quest'ultima una nozione prima di tutto etica.

Resta il territorio dei soggetti, e qui lo spiritualismo-solidarismo di Polacco consente l'ingresso di leggi speciali e la complicazione dello scarno, essenziale paesaggio giuridico del Codice. Sulla scena di questo due sono i protagonisti installati, l'individuo e lo Stato, mentre le persone giuridiche restano relegate senza incidenza nel

⁽¹¹²⁾ « I Codici moderni, specie a partire dalla Rivoluzione francese, si può dire abbiano avuta da compiere sovra ogni altra una duplice missione: liberare le persone e liberare i beni da vincoli ed oneri avuti in retaggio dalle età precedenti e condannati da nuovi criteri non meno morali che giuridici, di ordine politico non meno che di pubblica economia » (*ibidem*, pp. 37-38).

⁽¹¹³⁾ La proprietà individuale è ben all'interno di quei « nuovi criteri non meno morali che giuridici » di cui Polacco parla nel testo citato alla nota precedente. Il passo citato ora nel testo è a p. 38.

disegno nomenclativo dell'art. 2 del Libro primo: è facile constatare che perdura nel Codice, anche se meno assolutizzato, il vecchio sfavore rivoluzionario-napoleonico verso gli enti collettivi. Con Polacco lo sfavore, anche se non si muta in entusiasmo ⁽¹¹⁴⁾, viene accantonato.

Un ammaestramento di Renan — proprio lui, quello della « vita di Gesù » ⁽¹¹⁵⁾, l'insegnamento di Bellavite che aveva tanto insistito sulle persone collettive del diritto romano « come modello di legislazione civile » ⁽¹¹⁶⁾, una sincera istanza solidaristica, la contemplazione di un fenomeno cooperazionistico in crescita cospicua ⁽¹¹⁷⁾, stanno alla base dell'elogio polacchiano « sui vantaggi della cooperazione », dell'invito per « la riunione intorno a centri d'interesse comune, la formazione di corpi durevoli » ⁽¹¹⁸⁾. La legislazione speciale dovrà concretarsi in « provvedimenti atti a favorire quell'associazione, estranea e tuttavia non antagonista né ribelle allo Stato » ⁽¹¹⁹⁾, dovrà « rinsanguare istituti e corpi sociali che già esistono e che possiedono al massimo grado l'attitudine a fungere da insormontabile diga contro l'imperversare di prave passioni, ma ad

⁽¹¹⁴⁾ Si tratta soltanto di « far buon viso » come confessa a p. 34.

⁽¹¹⁵⁾ Leggendo — lui sempre avido di opere religiose — di Ernesto Renan il volume circolantissimo *Les Apôtres*, Paris, Levy, 1866, rimane colpito da questa frase preveggenze (p. 384); « L'Association en dehors de l'Etat, sans détruire l'Etat, est la question capitale de l'avenir ». Egli non ha esitazioni a sottolineare la fonte del suo pensiero, anche se di fonte singolarissima si tratta essendo Renan soltanto un felicissimo scrittore di cose storico-religiose.

⁽¹¹⁶⁾ Nel saggio *Delle persone collettive volontarie secondo il diritto romano dei tempi classici*, in *Atti del R. Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti*, S. I, IV (1879), poi Verona, Drucker e Tedeschi, 1881, che Polacco cita esplicitamente e con grande evidenza (p. 33).

⁽¹¹⁷⁾ Di cui si faceva portatore in Italia Luigi Luzzatti, un personaggio che Polacco ha sempre collocato fra i suoi mentori (vedi la significativa affermazione de *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, p. 2, nota I). Proprio in quel 1885 che è l'anno della prelezione camerte, il teorico delle istituzioni cooperative, l'economista Ugo Rabbeno, diffonde in Italia, con i risultati di un suo viaggio in Inghilterra, il verbo cooperazionistico (Cfr. U. RABBENO, *La cooperazione in Inghilterra*, Milano, 1885). Sul Rabbeno e sul movimento cooperativo nell'Italia di quegli anni cfr. R. ZANGHERI, *Nascita e primi sviluppi*, in R. ZANGHERI, G. GALASSO, V. CASTRONOVO, *Storia del movimento cooperativo in Italia - 1886/1986*, Torino, Einaudi, 1987.

⁽¹¹⁸⁾ *La funzione sociale della legislazione civile*, p. 33.

⁽¹¹⁹⁾ È la parafrasi della affermazione di Renan riferita alla nota 115.

agire in pari tempo quale valvola di sicurezza per lo sfogo di bisogni e di aspirazioni legittime » ⁽¹²⁰⁾.

Abbiamo, di proposito, voluto indulgere nella trascrizione di passi polacchiani per acquistarne in chiarezza. Non v'è dubbio che il paesaggio giuridico di Polacco si complica come avviene in tutte le proposte solidaristiche; il risultato — una popolazione di soggetti collettivi che vengono ad aggiungersi ai soggetti fisici — è lo stesso che domina « la nuova fase del diritto civile » di quel Cimbali e di quei neoterici sociologizzanti verso cui il patavino nutre più di un sospetto ⁽¹²¹⁾. Solo che qui il solidarismo si condisce di una visione accentuatamente mediatrice, forse anche di un calcolo furbastro: i vecchi corpi intermedi, che nell'85 odorano ancora in modo repellente di antico regime, sono riesumati per essere, in parte, avviliti a valvole di sfogo o addirittura a mali minori. Sentimento solidaristico e sentimento di autotutela, dimensione conoscitiva e dimensione ideologica, si mescolano. Per il buon conoscitore di tutto quanto bolle nella pentola italiana di quegli anni la pagina di Polacco èvoca con precisione le dispute contemporanee e prossime-future in tema di proprietà collettiva, le ammirevoli costruzioni legislative in seno al Parlamento italiano di Giovanni Zucconi, prima, e di Tommaso Tittoni, poi, dove il problema schiettamente avvertito di una ritrovata giustizia per le comunità espropriate e di un più corretto angolo d'osservazione metodologico si confonde con l'urgenza di inventare una « valvola di sicurezza » — la proprietà collettiva, appunto, riesumata da una remota urna preromana — che valga a dare sfogo al quarto stato e a salvare l'ordine esistente da tante parti minacciato ⁽¹²²⁾.

Correndo su questo filo doppio ma intimamente intrecciato il panorama del mondo del lavoro si popola di « Società di mutuo

⁽¹²⁰⁾ *Ibidem*, p. 34.

⁽¹²¹⁾ Com'è noto, « la nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali » è la intitolazione del libro-manifesto che il giovane civilista siciliano Enrico Cimbali pubblica alla fine dell'84, un libro che è la espressione più matura e più alta della civilistica « ereticale » in Italia.

⁽¹²²⁾ Sulle vicende della « proprietà collettiva » in seno al Parlamento italiano non ci resta che rinviare a una nostra precedente ricerca: « *Un altro modo di possedere* » — *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 326 ss.

soccorso », di « libere coalizioni operaie » (123), di « casse cooperative raffaisiane » (124), mentre la famiglia, rafforzata, riacquista il suo carattere di autentica società intermedia (125). Accanto alla architettura generale del Codice, norma fondamentale dotata in grazia della sua purezza di una irripetibile capacità ordinante, possono ben collocarsi specifici atti legislativi, specifici non solo perché pensati come atti isolati anziché una sorta di sistema alternativo, ma specifici in primo luogo per la specialità degli oggetti che si propongono, perché integrano l'ordinamento positivo senza incrinarne le ossature teoretiche.

È l'atteggiamento di fondo che spiega la piena accettazione del progetto di legge che attribuisce la personalità giuridica alle società di mutuo soccorso e il rifiuto di quello concernente la responsabilità dei padroni per gli infortuni del lavoro « in quanto contravvenga ai canoni generali del diritto civile e giudiziario con l'invertire l'onere della prova » (126). Una costellazione di pianeti — per riprendere l'immagine usata da Polacco — che rispettano la centralità di una stella fissa con tutto il suo bagaglio di principi, concetti, schemi ordinanti, profondamente pensati ed eretti in sistema; e uno spazio ben definito — l'unico — assegnato alla loro azione: « la massima funzione sociale odierna della legislazione civile consiste nel dare impulso e forza all'associazione privata » (127).

La proprietà invece resta terreno interdetto, resta il santo dei

(123) *La funzione sociale della legislazione civile*, p. 34.

(124) Cooperative rurali di credito note — dal nome del fondatore Friedrich Wilhelm Raiffaisen (1818-1888) — come *Raiffaisenvereine*, diffuse in Germania e trapiantate in Italia da Leone Wollemborg, concittadino di Polacco e suo amico (p. 37). Il Nostro è bene informato sul movimento cooperativo, che aveva nel Veneto un terreno d'elezione, come è informato della più recente libellistica solidaristica (cita l'opuscolo di Domenico BERTI, *Le classi lavoratrici e il Parlamento*, Roma, Voghera, 1885).

(125) Qui c'è uno slancio intieramente sincero di Polacco, che è un accanito antidivorzista; infatti « rafforzare la famiglia significa resistere alla tendenza dissolvitrice di chi vorrebbe il matrimonio ridotto in tutti gli effetti suoi alla stregua dei semplici contratti », oltre che « ricostruire sopra solide basi la patria potestà troppo oggidi esautorata... accrescere nella successione testamentaria il numero dei legittimari... provvedere alla stabilità del focolare domestico, impedendone lo smembramento ad ogni nuova successione » (*ibidem*, pp. 35-36).

(126) *Ibidem*, p. 34.

(127) *Ibidem*, p. 37.

santi della ragion civile, ed è giusto — in forza della sua intima valenza costituzionale — che sia il Codice sua norma esclusiva, una norma che i clamori delle piazze, le passioni degli uomini, gli opportunismi delle parti politiche e dei governi lasciano indenne. Polacco, attentissimo alla fucina legislativa, è certamente a conoscenza di quel che accade nell'aula di Montecitorio sulla dialettica fra proprietà individuale e proprietà collettiva nel momento in cui redige la prelezione, ma si guarda bene dal farvi cenno. Le finalità di Zucconi sono, in fondo, le sue, ma non arrivano ad essere così assorbenti da poter penetrare nel sacrario estremo. La rigidità della sua coscienza borghese vince sullo storicismo dell'uomo di buon-senso disposto a mediare su tutto, su quasi tutto. La conquista della liberazione della proprietà non è una conquista storicamente relativa, ma ultima e definitiva: « se, assicurata la libertà civile agli individui, rimane ancora il compito di agevolarne l'associazione, alla proprietà invece resa libera non resta altro ufficio da chiedere alla legislazione civile, la quale non potrebbe infatti che nuovamente asservirla »⁽¹²⁸⁾.

Così si chiude la prelezione lasciandoci un bilancio complesso da analizzare, mostrandoci una confluenza di motivi che rende ricco ma non nitido il messaggio. Su un punto anche il lettore più esigente non può però non dirsi d'accordo: essa è lo specchio delle sensibilità e delle chiusure, delle disponibilità e dei timori del giurista italiano che faccia della intelligenza e del buonsenso le armi da usare e l'armatura con cui proteggersi. Il guaio è che il buonsenso può rivelarsi anche un intralcio alla intelligenza.

5. Questo complesso di disponibilità e timori, di aperture e resistenze continua a contrassegnare il filo della riflessione polacchiana anche negli anni successivi. Si accentuano però le disponibilità e le aperture; e il ricco movimento di fatti e di idee, che rende assai vivo il paesaggio sociogiuridico dell'ultimo decennio del secolo in Italia, ha la sua eco fedele nel pensiero di Polacco, un personaggio che possiede la giovanile virtù di essere spettatore curioso della vita e pertanto il pregio raro di ri-pensare.

Già nell'87 cominciano ad apparire i suoi « Appunti sulle

⁽¹²⁸⁾ *Ibidem*, p. 38.

locazioni », in cui, come sappiamo, si avvia una analisi del *genus* contrattuale *locatio-conductio* che vuol essere senza mezzi termini tentativo di liberarsi dei vecchi schemi romani e di fornire strumenti tecnici adeguati ad ordinare la nuova realtà dei rapporti di lavoro e a cominciare ad affrancarli da condizionamenti tradizionali ⁽¹²⁹⁾.

Ma, nell'89, un accuratissimo e dottissimo esame del primo *Entwurf* del Codice imperiale germanico lo porta a ripetere il suo entusiasmo per il Codice ⁽¹³⁰⁾, per un Codice come regola formale e astratta ⁽¹³¹⁾, per un Codice che sarà — ancora a fine Ottocento, anche in area tedesca — « monumento eretto al genio giuridico romano » ⁽¹³²⁾.

È del '90, poi, una sua vivace polemica con Vincenzo Simoncelli, di cui abbiamo distesamente parlato in altra sede e che riafferriamo qui per il significato che ha nell'itinerario polacchiano ⁽¹³³⁾: il Nostro, che è disponibilissimo a rivedere il tessuto tecnico-giuridico di un singolo contratto onde crearvi un varco per i fatti sociali novissimi (vedi il problema locazione-contratto di lavoro); che è disponibilissimo a registrare all'interno dell'ordinamento giuridico isolati interventi di legislazione sociale (vedi, fra poco, la sua calda accoglienza della legge sui probiviri), si irrigidisce immediatamente quando vede messe in discussione le fondazioni teoriche di quello, quando non di integrazioni, aggiornamenti, valvole di respirazione verso l'esterno si tratta ma di incrinature che pregiudicano la stabilità dell'edificio. A Simoncelli, che, canonizzando il principio della « potenziale elasticità della legge » e ingigantendo la funzione dell'interprete-applicatore ⁽¹³⁴⁾, compromette la rigidità del principio di legalità e provoca scompiglio sul geloso terreno del sistema delle fonti, Polacco replica duramente richia-

⁽¹²⁹⁾ Basti rinviare ai cenni, che abbiamo dato più sopra.

⁽¹³⁰⁾ *Il diritto romano nel progetto di Codice Civile germanico*, cit., p. 3.

⁽¹³¹⁾ « io temo che questo grand'astro della socialità si trovi ancora circonfusa da troppe nebbie, perché possa rendere almeno distinti i contorni delle cose... né quindi si presti ancora a lasciarsi inquadrare nelle linee precise d'un codice, quale criterio direttivo fondamentale » (*ibidem*, p. 25).

⁽¹³²⁾ *Ibidem*, p. 27.

⁽¹³³⁾ Vedine più sopra la citazione precisa.

⁽¹³⁴⁾ *Sull'interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali — Cenni critici a proposito di uno scritto del prof. V. Simoncelli*, cit. p. 813.

mando il collega a quello che è « veramente ufficio nostro di civilisti, presentare un'esposizione sistematica del diritto vigente », e a una lettura più umile dell'art. 3 delle preleggi « che pone fra i criteri ermeneutici l'indagine della *intenzione del legislatore* »⁽¹³⁵⁾; gli sottolinea cioè — della sua ipotesi e proposta — « il lato pericoloso, perché trascendente l'ufficio dell'interprete »⁽¹³⁶⁾. Di fronte a tanto eversive enunciazioni, lui, così aperto alla dimensione filosofica del diritto e — diciamolo pure — così distante da un esegeta, non ha esitazione nel contrapporre un « corso esclusivamente filosofico sul diritto civile »⁽¹³⁷⁾ dove le idee simoncelliane possono ben trovare ospitalità a un « corso » strettamente civilistico dove quelle stesse idee sono inammissibili perché aberranti.

Tre anni dopo, nel 1893, la legge sui probiviri, proprio perché intervento specifico e delimitato, ci mostra un Polacco seguire « con amore i progressi della cosiddetta legislazione sociale » e vederla « come uno dei passi più notevoli in questa nuova via aperta al genio giuridico nazionale »⁽¹³⁸⁾. Secondo la legge 15 giugno 1893, n. 295 possono essere istituiti, nei luoghi dove esistono imprese industriali, dei collegi di probiviri per la conciliazione delle controversie fra imprenditori e operai in relazione all'esercizio delle stesse imprese e in dipendenza dei rapporti di operaio o apprendista, nonché per la definizione in via giudiziaria di controversie di analogo contenuto purché non eccedenti il valore di Lire duecento. Polacco non soltanto non ha alcuna diffidenza verso l'inserimento di un corpo tanto estraneo nell'organismo del diritto positivo italiano, ma vi plaude preconizzando nella empiricissima giurisprudenza dei collegi probivirali una sorta di laboratorio sperimentale dove si elaborerà « il materiale prezioso per una buona legge sui ... contratti di lavoro e di tirocinio »⁽¹³⁹⁾, una legge che dovrebbe scaturire non come alata Minerva dalla testa di Giove ma dalla lezione delle cose, dall'esperienza quotidiana, dalla prassi. Per definire la posizione

⁽¹³⁵⁾ *Ibidem*, p. 814.

⁽¹³⁶⁾ *Ibidem*, p. 813.

⁽¹³⁷⁾ *Ibidem*, p. 814.

⁽¹³⁸⁾ *La nuova legge sui probiviri con particolare riguardo alla capacità giuridica delle donne e dei minori*, cit., p. 721.

⁽¹³⁹⁾ *Loc. ult. cit.*

polacchiana non è privo di interesse rilevare due opposte conclusioni a cui il Nostro perviene, su due innovazioni qualificanti, nel suo commento al testo legislativo: il plauso incondizionato per la affermata capacità della donna di fungere da arbitro e il rifiuto incondizionato della regola sancita nell'art. 34 secondo cui « il minore che abbia compiuto i 15 anni è considerato come maggiorenne per tutte le controversie relative alle locazione d'opera da lui contratte e contemplate nella presente legge ». Mentre il plauso trae origine dalla sincera disponibilità verso innovazioni che rispettino l'evolversi della coscienza sociale senza mettere in pericolo le strutture del regime positivo, il rifiuto nasce dalla constatata negazione che si viene ad affermare di uno dei principii razionali dell'ordinamento, essendo « la prima volta che una persona incapace di stipulare da sé e per sé un contratto è proclamata tuttavia capace a stare da sé e per sé in giudizio a trattarvi controversie relative al contratto medesimo » e costituendo pertanto « una vera anomalia quella che si contiene nell'art. 34 » ⁽¹⁴⁰⁾. Non è la paura del nuovo a portarlo al rifiuto, è la paura di creare inconsapevolmente delle breccie che compromettano la stabilità dell'intero edificio.

Non può essere taciuto, lungo l'itinerario polacchiano, il grosso saggio sulla colpa, che è del '94. La condanna delle sottili distinzioni elaborate da un passato remoto, lo sguardo attento al passo innanzi rappresentato dal Codice civile unitario e ai passi da compiere ancora nella futura revisione del Codice stesso, si motivano tutti in « una larghezza di vedute che ci allontani sempre più dalle indagini metafisiche e dal pericolo di ricadere nelle vecchie cabale, per accostarci un po' meglio alla realtà della vita » ⁽¹⁴¹⁾. Il sentimento della necessaria storicità delle forme giuridiche è persistente; ed è persistente il timore di quelle metafisiche che al giurista ben piantato nel positivo ma anche ben consapevole della metafisica autentica appaiono come *cabale*; ed è da sottolineare la comparizione di un termine carissimo a Polacco e peculiare al suo vocabolario, su cui non si potrà non tornare.

Non può essere taciuto, infine, nella piena maturazione della riflessione polacchiana, all'incirca nei primi anni del secolo, l'emer-

⁽¹⁴⁰⁾ *La nuova legge sui probiviri*, cit., pp. 726-27.

⁽¹⁴¹⁾ *La culpa in concreto nel vigente diritto civile italiano*, cit., p. 30.

gere di una condanna severa « della morta gora dell'esegesi »⁽¹⁴²⁾, di qualche accenno di revisione sul tema dei rapporti fra socialismo solidarista e legislazione fino ad arrivare a una considerazione benevola del già aborrito « Codice privato sociale »⁽¹⁴³⁾; e prende campo un atteggiamento di insofferenza rispetto a una legislazione speciale divenuta ormai strumento abusato e — quel ch'è peggio — negativamente subdolo quando consente surrettiziamente l'ingresso nell'ordinamento positivo di principii dall'indubbio valore dirompente⁽¹⁴⁴⁾.

6. Al fondo di questo itinerario riflessivo si colloca un saggio che non merita di essere confuso nel fascio dei molti altri, perché rappresenta una sosta nello svolgimento del pensiero di Vittorio Polacco, sosta senza velami e artifici, che si propone al tempo stesso quale bilancio e progetto, situata com'è in una sorta di spartiacque fra passato e futuro, fra le certezze incrinata del diritto di ieri e le speranze e i timori che segnano il diritto di domani. Sosta in cui il pensoso viandante si arresta per contemplare a ritroso il cammino fatto attraverso un accidentato terreno e per trovare le forze a

⁽¹⁴²⁾ In una commemorazione di Emanuele Gianturco, del 1907, il merito che egli rivendica allo stesso Gianturco e alla civilistica neoterica italiana degli anni Ottanta è proprio quello di avere contribuito « a trar fuori il Diritto civile dalla morta gora della esegesi » (*In memoria di Emanuele Gianturco*, ora in *Opere minori*, Parte II, Fasc. I, cit., p. 62).

⁽¹⁴³⁾ « pur non accogliendo il verbo socialista — confessa in un saggio del 1903 — non si può disconoscere com'esso abbia giovato e giovi quale potente propulsore nella gran macchina sociale e particolarmente nella legislazione, per far sì che si attuino umanitarie riforme. (*La « Filosofia del diritto » di Vincenzo Lilla*, cit., p. 226). Nella commemorazione di Gianturco all'Istituto Veneto, che è di quattro anni dopo, il civilista napoletano è qualificato « così felice nel saper piegare alle esigenze sociali il rigore del diritto civile ». E più sotto, riferendosi alla famosa prolusione gianturchiana del '91 su « l'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale », esce in queste frasi, che la consueta sincerità di Polacco ci impedisce di cogliere come ipocrite dichiarazioni apologetiche: « che severa condanna di un diritto contrattuale affatto individualistico, che sacrifica al dottrinarismo la realtà palpitante e dolorosa! Come ardente l'anelito a trasformare (sono sue parole) in Codici di diritto privato sociale i Codici di mero diritto privato! ». (*In memoria di Emanuele Gianturco*, p. 64).

⁽¹⁴⁴⁾ È il lamento che egli eleva nella nota su *Il progetto di legge sull'emigrazione e l'art. 11 1° comma, n. 3 del Codice civile*, in *Atti del R. Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti*, a.a. 1900/1901, t. LX-P. II.

procedere oltre in un terreno che sente con qualche disagio nuovo e insicuro.

È questo il messaggio inespresso del discorso che il 24 maggio 1908 Polacco pronuncia nell'adunanza solenne dell'Istituto Veneto, dandogli un titolo che vuol essere il primo segnale del suo ripensare, del suo interrogarsi in un momento percepito con precisione come autentico crocevia storico per il giurista liberale intimamente plagiato dalle mitologie dell'assolutismo giuridico: « le cabale del mondo legale ».

Ma che c'è di tanto nuovo per il giurista in quel 1908, che potrebbe sembrarci appartenere ancora, in Italia, « agli ultimi momenti della vecchia storia » — solida, quieta, immutabile — come nota Capograssi in una celebre pagina dedicata a descrivere i suoi anni universitarii ⁽¹⁴⁵⁾? Per tentare di capirlo partiamo pure dal titolo. Di cabale Polacco ha parlato recentemente più di una volta (lo abbiamo or ora visto) con riferimento al mondo del diritto e ha, con questo termine intrinsecamente spregiativo, inteso bollare le sottigliezze talmudiche, gli scolasticismi, gli artificiosi equilibrismi, le prefabbricate oscurità di un ceto di giuristi (soprattutto di dottori) negativamente valutato perché còlto ad arruffare le carte e le regole del gioco e mantener così l'esclusività del potere. È importante sottolineare che ora, nel 1908, il termine cabale viene riferito anche alla legge e al legislatore; anche queste due entità venerate ed intoccabili vengono coinvolte sul banco degli accusati ed analizzate con spregiudicata disinvoltura. C'è un mutamento palese nella psicologia del l'autore, e ci sono — dietro — fatti rilevanti che premono sulla coscienza di chi, come Polacco, fa della attenzione e disponibilità al divenire delle cose una divisa metodologica (sofferta, magari, ma sentita).

Si impone una prima constatazione: nel 1908 il sistema legislativo civilistico è sempre più dominato da una malattia inguaribile, la profluvie di leggi speciali, che stanno sostanzialmente espropriando il Codice con integrazioni e novazioni, alterando e confondendo il sistema; la stella fissa — per riprendere ancora una volta l'immagine

⁽¹⁴⁵⁾ G. CAPOGRASSI, *Il problema di V.E. Orlando*, ora in *Opere*, V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 359 (« correvano gli anni dodici e tredici. Stavamo agli ultimi momenti della vecchia storia »).

polacchiana dell'85 — è soffocata da una sempre più soffocante stratificazione di minuscoli ma non innocui pianeti. Quanto appariva, ventitré anni prima, come una conseguenza inevitabile della « transizione » e anche come un provvido rimedio, è diventato un andazzo patologico.

Si impone anche una seconda constatazione: la data del discorso non è casuale. Il 1908 è infatti un anno di coincidenze significative. Raffaele Majetti, un colto e battagliero giudice del Tribunale di Campobasso ⁽¹⁴⁶⁾, quello stesso che nel 1901 aveva tradotto la raccolta di sentenze del « bon juge Magnaud » ⁽¹⁴⁷⁾, traduce in

⁽¹⁴⁶⁾ Raffaele MAJETTI (Napoli 1860-Roma 1930), laureato in Giurisprudenza all'Università di Napoli, magistrato dall'86, dopo aver peregrinato in diversi uffici pretorili, è nominato giudice al Tribunale di Campobasso dal 1900; trasferito a Roma nel novembre del 1907, fu quasi subito Presidente della sezione minorile del Tribunale, occupandosi poi fino alla morte dei problemi della delinquenza minorile e della assistenza ai minori. Dopo essersi assai legato, per affinità culturali e professionali, al suo collega francese Paul Magnaud (delle cui sentenze si fa traduttore e annotatore: cfr. la nota seguente; e di cui scrive in termini entusiastici: cfr. R. MAJETTI, *Le phénomène Magnaud*, in *Revue socialiste* del 15 giugno 1903), intesse vincoli con Joseph Kohler e soprattutto con Hermann Kantorowicz, dei quali sarà traduttore e divulgatore (cfr. G. KOHLER, *Il diritto penale cinese-Contributo alla storia universale del diritto penale*, Campobasso, tip. Degaglia e Nebbia, 1907; per la traduzione di Kantorowicz cfr. alla nota 149). Di Majetti è interessante: *L'opera di Enrico Cimbali nella riforma del diritto privato* — Discorso tenuto il 30 giugno 1912 al « Circolo giuridico » di Roma nel XXV anniversario della sua morte, Torino, Utet, 1912. Su di lui esiste un volume del figlio, Michele MAJETTI, *La delinquenza dei minorenni ed « il buon giudice italiano » - Vita - Scritti - Opere - Lineamenti di pedagogia emendativa*, Roma, tip. della Camera dei Dep., 1932, non molto ricco di dati biografici e invece pesantemente agiografico.

⁽¹⁴⁷⁾ *Le sentenze del presidente Magnaud riunite e commentate da E. Leyret*, trad. da R. Majetti, S. Maria Capua Vetere, Cavolta, 1901 (un'altra traduzione — assai ridotta e con funzione divulgativa nell'ambito di una propaganda chiaramente socialista — appare in questo stesso anno: P. MAGNAUD, *Il « buon giudice » e il diritto alla vita: sentenze e scritti*, trad. di Garzia-Cassola, Firenze, Nerbini, 1901). Paul Magnaud (1848-1926), il « Président Magnaud », il « bon juge Magnaud », Presidente del Tribunale di Chateau-Thierry dal 1887 al 1906, data della sua elezione a deputato, è il magistrato che più incarna — a fine Ottocento — la figura del giudice d'equità, dell'interprete disinvolto della legge per supreme ragioni equitative. Le sue sentenze ebbero l'onore di essere subito raccolte in delle sorta di breviarii come accadeva un tempo per alcuni insigni Presidenti di Parlamenti francesi dell'antico regime: P. MAGNAUD, *Les Jugements du Président Magnaud*, Réunis et commentés par H. Leyret, Paris, Stock, 1900 (dove la traduzione del Majetti); H. LEYRET, *Les Nouveaux Jugements du*

italiano il programma più maturo e più lucido del giusliberismo, « *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* », pubblicato appena due anni prima dallo storico tedesco del diritto Hermann Kantorowicz⁽¹⁴⁸⁾, traduce e munisce di una ampia introduzione che è un palese tentativo di propagandare e diffondere il nuovo verbo anche in Italia⁽¹⁴⁹⁾. Sempre nello stesso anno, già un misurato richiamo condito di disponibilità ma soprattutto di gravi perplessità, prima ancora che uscisse la traduzione di Majetti, l'aveva lanciato, il 14 gennaio, nella prolusione con la quale saliva la cattedra palermitana di Diritto civile, Leonardo Coviello, scegliendo di parlare « *De' moderni metodi d'interpretazione della legge* » e dedicandosi interamente a discutere dei nuovi movimenti affiorati in Francia, in Germania e in Austria⁽¹⁵⁰⁾ Coviello dava corpo alle perplessità riferendosi espressamente e dettagliatamente al volume di François Géný del '99⁽¹⁵¹⁾, « un'opera veramente ponderosa, che sollevò gran rumore anche altrove »⁽¹⁵²⁾, e al sostanziale assenso di Saleil-

Président Magnaud, Paris, Schleicher, 1903. Per una interpretazione meno banalizzante dell'opera giudiziale di Paul Magnaud, cfr. R. WEYL-M. PICARD WEYL, *Socialisme et justice dans la France de 1895: le « bon juge Magnaud »*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4 (1974/75) — *Il « socialismo giuridico » — Ipotesi e lecture*, p. 367 ss.

⁽¹⁴⁸⁾ Com'è notissimo, sotto lo pseudonimo di Gneo Flavio: GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Winter, 1906.

⁽¹⁴⁹⁾ H.U. KANTOROWICZ (GNAEUS FLAVIUS), *La lotta per la scienza del diritto*, Milano, Sandron, 1908; la prefazione è datata: agosto 1907 (recentissimamente, per iniziativa intelligente di Pietro Rescigno, il volume curato dal Majetti è stato opportunamente ristampato (Bologna, Forni, 1988) e munito di una attenta e documentata introduzione alla lettura da parte di Federico Roselli). Il 15 febbraio 1908 lo stesso Majetti tiene una seguita conferenza presso il « Circolo giuridico » di Roma su « Il diritto libero ed un moderno Gneo Flavio » (cfr. M. MAJETTI, *La delinquenza minorile ed « il buon giudice italiano »*, cit., p. 40).

⁽¹⁵⁰⁾ Vedila pubblicata in *La Corte d'Appello*, IV (1908), p. I ss. Coviello, che fa espresso riferimento al libello di Kantorowicz, annota che « durante la stampa del presente discorso è stata pubblicata la traduzione italiana a cura di R. Majetti » (p. 2, nota 3). Leonardo Coviello (1869-1939) insegnò Diritto civile nelle Università di Messina e di Palermo, indi dal 1919 in quella di Napoli.

⁽¹⁵¹⁾ E cioè alla prima edizione del classico *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif-Essai critique*, Paris, Chevalier-Marescq, 1899 (ne uscirà una seconda edizione nel 1919).

⁽¹⁵²⁾ L. COVIELLO, *De' moderni metodi d'interpretazione della legge*, cit., p. 2.

les ⁽¹⁵³⁾, allo « importante opuscolo » ⁽¹⁵⁴⁾ di Ehrlich ⁽¹⁵⁵⁾, « alla sintesi ed al programma radicale della nuova scuola » contenuti nel libello di Kantorowicz ⁽¹⁵⁶⁾, alle buone accoglienze — se non addirittura entusiastiche — date in Italia dal Vadalà-Papale ⁽¹⁵⁷⁾ e da Matteo Galdi ⁽¹⁵⁸⁾.

Il 1908, è, insomma, il momento in cui non si può non uscire allo scoperto da parte di un personaggio — come Polacco — sensibilissimo al problema delle fonti e informatissimo della pubblicistica giuridica a livello europeo: la traduzione di Majetti e la prolusione covielliana vengono probabilmente a convalidare ⁽¹⁵⁹⁾ una determinazione già presa, giacché « il tema è ... di tale attualità, che di continuo compaiono nuovi scritti sull'argomento » ⁽¹⁶⁰⁾. Il discorso all'Istituto Veneto ha il pregio, rispetto — per esempio —

⁽¹⁵³⁾ Anche se con qualche riserva, ma con la ferma coscienza che « ce livre de Génésy est avant tout une oeuvre de franchise ». Di Raymond Saleilles, cfr. il *préface* alla prima edizione di *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (da cui è tratta la citazione) e la relazione *Méthode historique et codification*, in *Atti del Congresso Internazionale di Scienze Storiche* (Roma, 1-9 aprile 1903) — vol. IX, Roma, tip. Accad. dei Lincei, 1904, p. 3 ss. (relazione citata dallo stesso Coviello).

⁽¹⁵⁴⁾ L. COVIELLO, *Loc. ult. cit.*

⁽¹⁵⁵⁾ E. EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1903 rist. (insieme a *Soziologie und Jurisprudenz*, Czernowitz, 1906), Aalen, Scientia, 1973).

⁽¹⁵⁶⁾ L. COVIELLO, *Loc. ult. cit.*

⁽¹⁵⁷⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *Dei metodi d'interpretazione giuridica per il novello indirizzo degli studi di diritto privato*, in *Atti del V Congresso Nazionale Giuridico-forense*, Palermo, tip. Borravechia, 1903 — vol. I, p. 107. Su questa singolare figura di filosofo del diritto-civilista, tanto immerso nelle dispute culturali che investono — dagli anni Ottanta — la scienza giuridica italiana, cfr. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., passim.

⁽¹⁵⁸⁾ Di Matteo Galdi, un modesto civilista di scuola napoletana, che, come libero docente, ha tenuto per tanti anni dei corsi di Diritto civile nell'Ateneo di Napoli, conosciuto soprattutto per molte opere a carattere tecnico-pratico diffusissime nel fóro, Coviello cita la prolusione al corso pareggiato di Diritto civile letta a Napoli il 15 novembre 1906 (*La riforma della legislazione del diritto privato e la scuola del diritto libero*, in *Rivista giuridica e sociale* III (1906), p. 481 ss., e autonomamente: Napoli, tip. Priore, 1906) e il successivo saggio *La scuola del diritto libero*, in *Rivista giuridica e sociale*, IV (1907), p. 145 ss., e autonomamente: Napoli, tip. Priore, 1907.

⁽¹⁵⁹⁾ Polacco stesso ha cura di informare circa la prolusione di Coviello: « pervenutami quando io mi disponeva a leggere il presente discorso » (*Le cabale del mondo legale*, p. 59, nota 4).

⁽¹⁶⁰⁾ *Le cabale del mondo legale*, p. 57, nota 3.

al testo di Coviello, di non esaminare isolatamente le proposizioni del giusliberismo per aderirvi o per combatterle, ma di osservarle come il segno di una crisi che investe l'intero ordinamento giuridico nel suo più intimo meccanismo di produzione e di adeguamento, e pertanto con uno sguardo che, per esser più vasto, si munisce di un grado più elevato di problematizzazione e di comprensione. Crisi della legiferazione come strumento normale — se non essenziale — di produzione giuridica e crisi dei criterii ermeneutici tradizionali alla cultura dello Stato borghese di diritto sono posti in strettissimo contatto, quasi in posizione di interdipendenza, e il respiro del civilista è piuttosto quello di una autointerrogazione senza riserve alla luce di tanti e sconcertanti fatti anziché una scelta tramutantesi subito in una condanna o in una apologia.

La diagnosi sul sistema legislativo civilistico è impietosa: è caduta « la illusione di un diritto semplice »⁽¹⁶¹⁾, « la legislazione si è fatta pletorica »⁽¹⁶²⁾, « un arruffo di norme »⁽¹⁶³⁾ che « specie in questi ultimi tempi, sono state progettate discusse e formulate » in un « modo affrettato, incoerente e irrazionale »⁽¹⁶⁴⁾, e, per di più, « il malvezzo, purtroppo frequente, di far penetrare di sbieco in leggi di portata apparentemente secondaria e locale emendamenti ed aggiunte che hanno ripercussione in ampie zone del diritto », « quelle cosiddette leggine, che si votano a vapore quando la canicola infuria »⁽¹⁶⁵⁾. « Ben vengano le leggi speciali » « ma dove effettivamente lo esigano i rapporti di vita reale »⁽¹⁶⁶⁾, e soprattutto senza far sorgere « un sistema così tumultuario di innovazioni e di rabberciature »⁽¹⁶⁷⁾. Il florilegio polacchiano, volutamente abbondante, segnala lo sgomento del civilista ma anche la sua ferma rinuncia a

⁽¹⁶¹⁾ *Ibidem*, p. 42.

⁽¹⁶²⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽¹⁶³⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽¹⁶⁴⁾ *Le cabale del mondo legale*, p. 50. Le aggettivazioni, « il crescendo di epiteti », sono presi di sana pianta dal saggio di un collega patavino di Polacco, l'amministrativista Federico Cammeo che dal 1905 insegnava nella Facoltà giuridica di Padova la « Procedura civile ». Il saggio, cui Polacco fa espresso riferimento (cfr. nota 3), è: *L'interpretazione autentica*, in *Giurisprudenza italiana* LIX (1907).

⁽¹⁶⁵⁾ *Ibidem*, p. 51.

⁽¹⁶⁶⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽¹⁶⁷⁾ *Loc. ult. cit.*

ogni edulcorazione, a ogni occultamento. Il legislatore ha tradito la fiducia degli operatori, e questo va detto senza complimenti; il lettore illuminato della natura delle cose e l'interprete oggettivo della pubblica felicità viene trascinato giù dal suo trono illuministico per essere valutato e giudicato.

È rilevante che ciò non avvenga « per accademica idolatria di un classicismo architettonico, non per un ideale di euritmia », non per motivazioni « estetiche »⁽¹⁶⁸⁾, bensì per due ragioni assai più sostanziali e sostanziose riducibili a quelle « creazioni arbitrarie » e a quei « detriti storici » cui abbbiam fatto cenno parlando più sopra delle costanti del pensiero polacchiano⁽¹⁶⁹⁾: le prime portano a uno snaturamento della *regula iuris*⁽¹⁷⁰⁾, a una sua eccessiva particolareizzazione, a una sua riduzione a « cabala » negativa; i secondi a una morte per inanizione, almeno sul piano dell'effettività, della stessa *regula*. Con una universale conseguenza pesantissima a livello di psicologia collettiva, pesantissima anche su quella dimensione postilluministica che è una delle venature non smentibili dell'animo di Polacco: « la legge guardata in generale non più con affetto ma con sospetto », « generalmente scemato, come il principio di autorità, così il rispetto della legge »⁽¹⁷¹⁾.

È scritto — quest'ultimo rilievo — in esordio del saggio, ed è il primo e il più grave dei torti che il giurista contesta al potere legislativo dello Stato liberale, perché è il crollo del consenso, è la frattura fra Stato e società civile che si viene a produrre in modo forse irreparabile. E affiora lo spettro del *déclin du droit*, un costo troppo grosso. L'inventario dei « detriti storici » investe in pieno anche il prediletto « Codice civile » tutto imperniato su una enfattizzazione stantia della proprietà fondiaria e su una miope indifferenza verso la crescente e invadente ricchezza mobiliare⁽¹⁷²⁾; il

⁽¹⁶⁸⁾ È Polacco stesso a parlare di « esteti del diritto », fra i quali non si ascrive (*loc. ult. cit.*).

⁽¹⁶⁹⁾ *Le cabale del mondo legale*, p. 46.

⁽¹⁷⁰⁾ « il capriccio, o l'inesperienza o la fretta portano sovente il legislatore a denaturare la *regula iuris* » (*ibidem*, p. 47).

⁽¹⁷¹⁾ *Ibidem*, p. 42.

⁽¹⁷²⁾ « a ritroso dei tempi, in tanto fiorire ed espandersi della ricchezza mobiliare, il Codice civile persiste a circondare di cure particolari e persino ingombranti la proprietà fondiaria » (*ibidem*, p. 47). È notevole il plauso per le proposte che, in seno alla

civilista maturo, che, ai suoi verd'anni, nell'ormai lontano 1884, aveva collocato la natura e funzione giuridica del danaro al centro del suo « corso » istituzionale ⁽¹⁷³⁾, vi si ribella.

Quindi, non più « feticismo della legge », perché sarebbe ormai inammissibile. Forse « feticismo per la dottrina giuridica e per la libertà del giudice, soverchianti, se occorre, la legge scritta » ⁽¹⁷⁴⁾, come nel 1908 si conclama da molte parti quale nuovo verbo della scienza nova? Polacco, intellettualmente sempre curioso, conosce assai bene quel verbo, e lo provano le molte citazioni di Kantorowicz, di Bülow, di Wurzel, di Bozi, di Zitelmann che costellano le note ⁽¹⁷⁵⁾. È una familiarità vecchia con questo filone di pensiero fin dal tempo in cui polemizzava con Simoncelli e dimostrava di aver letto attentamente le pagine di Kohler, un antesignano del giusliberismo, e di averle ammirate pur nella registrazione di un cospicuo dissenso di fondo ⁽¹⁷⁶⁾. Ma non ci si attenda oggi una palingenesi, una inversione di rotta. Oggi, 1908, c'è uno scoppio e una diffusione della nuova corrente a tal punto che sarebbe sterile e dannoso ignorarla; tanto più che questa diffusione è concomitante alla sempre più diffusa coscienza degli arbitrii e delle incapacità del legislatore. Oggi si può e si deve analizzare con disponibilità, tentare una comprensione, partendo dal presup-

discussione parlamentare sui patti agrari, « un deputato assai colto di parte estrema », il socialista Leonida Bissolati, fa in tema di enfiteusi, di demanii comunali, di diritto corporativo, proposte esorbitanti i vecchi schemi della tradizione romanistico-civilistica. Dice Polacco: « se proprio non ci sia verso di allogare bisogni che incalzano entro il casellario tradizionale, non si arresti il legislatore per questo, ma proceda animoso nella costruzione di schemi giuridici nuovi » (*ibidem*, p. 48). Frase che il Nostro, nell'85, non avrebbe pronunciato.

⁽¹⁷³⁾ Cfr. più sopra, a p. 89.

⁽¹⁷⁴⁾ *Le cabale del mondo legale*, p. 43.

⁽¹⁷⁵⁾ Su questi personaggi, sulle loro affinità e diversità basti rinviare a L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, opera utile e per molti versi chiarificatrice ma che tuttavia si palesa assai carente, da un punto di vista rigorosamente storico-giuridico, nell'analisi della genesi e dell'articolazione del complesso movimento giusliberista in Europa (un condizionamento scaturisce anche dall'aver ristretto lo sguardo alla situazione tedesca, anche se è indubbio che è lì la fioritura più ampia e matura di posizioni giusliberistiche).

⁽¹⁷⁶⁾ « il Kohler, il quale sviluppò questo principio, che può dirsi della potenziale elasticità della legge, con una diffusione ed una precisione, per quanto so io, insuperate » (*Sulla interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali*, cit., p. 813).

posto del crollo di due illusioni, quella di poter risolvere tutto per legge quasi che l'opera del legislatore avesse qualcosa di taumaturgico, quella di poter ridurre l'incredibilmente complicato ordine giuridico della società moderna « in poche formule, generali e duttili, pur rimanendo sobrie e precise » (177).

Il saggio polacchiano del '908 è l'esame di coscienza di un uomo dotato di straordinaria probità intellettuale e quindi anche di straordinaria sincerità, che parla e scrive nel momento in cui quel crollo ha creato un vuoto psicologico e, insieme, un cumulo di incertezze, e, insieme, l'esigenza di imboccare strade nuove. La diffidenza del vecchio giurista venato di illuministica legolatria verso « questa cosiddetta scuola libera del diritto » (178) permane, solo che ora non la si respinge in blocco come uno scandalo o la si condanna come una eresia; si tenta di capirla magari per esorcizzarla almeno nelle sue manifestazioni estreme e nei suoi pericolosi entusiasmi critici, quelli per esempio del buon giudice Majetti troppo innamorato del « Président Magnaud » e dei suoi giudicati d'equità (179).

La proposta che ne esce è all'insegna della mediazione, com'è nello stile di Polacco. Certamente, nel lettore ammirato di Montesquieu, di Diderot, di Muratori, nell'oppositore accanito delle vecchie cabale della *interpretatio prudentium*, le soluzioni giusliberistiche non riescono a far breccia nella iconoclastia del loro genuino messaggio; anacronistica è l'evocazione del pretore romano e insoddisfacente l'affidamento a un giudice che è troppo condizionato dal particolare e che corre costantemente il rischio di non riuscire a immettere quel particolare nel tessuto generale dell'ordinamento. Anche per la realizzazione degli stessi ideali solidaristici portati innanzi dal movimento inadeguata si presenta l'opera del giudice, mentre riforme « sancite per legge, avrebbero una efficacia universale » (180). L'osservatorio di Polacco, che è ben collocato al di dentro dello Stato borghese di diritto, non gli consente l'elementare rilievo auto-critico che egli stava commettendo una imperdonabile idealizzazione e che la legge, di cui si vantava l'universalità, era pur

(177) *Le cabale del mondo legale*, p. 65.

(178) *Ibidem*, p. 58.

(179) Vedi (*loc. ult. cit.*) il preciso riferimento a certe affermazioni del Majetti.

(180) *Le cabale del mondo legale*, p. 59.

sempre l'espressione del potere e della classe detentrica di esso, come mostravano la storia giuridica recentissima — quella che lo stesso Polacco aveva vissuto con partecipazione — e le sue conquiste sociali tutte estorte, tutte combattute, tutte concesse a malincuore. Il discorrere sempre per modelli e su modelli, che è il tipico atteggiamento della ragione giuridica borghese, continua a comprimere le aperture storicistiche del patavino e a condizionare l'approccio col verbo giusliberistico.

In quel 1908, che vede il dilagare di questo anche in Italia e vede lo stesso giurista costretto a redigere il mesto inventario delle miserie del legislatore italiano, la proposta mediatrice di Polacco è di lasciare intatto il sistema moderno delle fonti inteso come baluardo e conquista dell'età ultima ma di sforzarlo quel tanto che basta senza infrangerlo per consentire l'apertura di qualche finestra sull'esterno. In altre parole si trattava di consentire un minimo di pluralismo ma solo entro la legge o, per utilizzare la frase famosa di Jhering a proposito del diritto romano, di andare oltre la legge ma per il solo tramite della legge.

Le direzioni sono due: utilizzare più spregiudicatamente « quei canoni generali di ermeneutica che stanno, *lex legum*, sul vestibolo del Codice civile » e puntare di più sulle clausole generali, su quegli « organi che vorrei dire respiratori » che sono « nel corpo delle patrie leggi » (181). In tutti e due i casi concedendo uno spazio assai più ampio e una funzione decisamente attiva al giudice.

Relegata in nota — e questo è significativo perché attesta il pudore, quasi il rossore, con cui il giurista tocca certi tasti e parla di certe cose — ecco una affermazione oltremodo rilevante: « essi [Polacco nel testo ha parlato appunto dei canoni ermeneutici delle preleggi] in verità non mi sembra si oppongano allo sviluppo di quei germi che in un dato testo di legge stanno racchiusi e sbocciano, per così dire, al contatto e in rispondenza a circostanze e bisogni nuovi della vita reale. *L'intenzione* del legislatore si ha a credere infatti che investe anche tali circostanze e bisogni ch'egli per verità non poté avere immediatamente sott'occhio, sempreché si tratti appunto non di deviazione da quel testo di legge, ma di progressiva sua esplica-

(181) *Ibidem*, p. 60.

zione: proprio come nel seme del generante sta non solo il figlio immediato, ma tutta la successiva discendenza » (182).

Qui rispetto alle credenze degli anni Ottanta si è fatto un grosso passo innanzi o — se si preferisce — si è modificato sensibilmente la dirittura della linea di discorso. Al di là della salvaguardia « che si tratti appunto non di deviazione da quel testo di legge » (un modo ipocrita di salvarsi l'anima, e che sia ipocrita lo dimostra l'esempio efficace del generante e della catena successiva dei generati), la nozione che vi si offre della intenzione del legislatore *ex art. 3 disp. prel.* è più vicina a quella kohleriana della potenziale elasticità della legge (già respinta nella polemica del '90 con Simoncelli) che non a quella rigorista dallo stesso Polacco propugnata nella stessa polemica.

Lì la conclusione, pur con qualche inefficace ammissione (183), poggiava sulla impossibilità per il cultore del diritto positivo italiano di « porre da un canto le idee filosofiche, siano pure antiquate, ch'ebbe il nomoteta » (184), qui, a proposito del patrimonio di idee del legislatore, più che di quello presente nel *dies legis* e inserito nella legge, si parla — con linguaggio che ricorda proprio il lessico tipico di Kohler — di « progressiva sua esplicazione », di una legge che è un contenitore aperto e disponibile a riempirsi di fatti nuovi, a subire i fatti nuovi; ed assume rilevanza, come nella concezione kohleriana, la vita della legge nello spazio e nel tempo, come assume rilevanza la catena ininterrotta delle generazioni rispetto al seme del primo generante, ad esso legate da un vincolo sempre più tenue man mano che ci si distanzia dall'atto iniziale della generazione prima. L'immagifico Polacco, così proclive a colorire di buona retorica la sua pagina tecnica, si confessa nel confezionamento della immagine: il disegno dice ciò che non dicono le parole, o lo dice più efficacemente.

Sono, queste, significative ammissioni di un non giusliberista che ha assorbito non poco, forse più inconsciamente che consciamente, da quanto circola nell'aria dei primi anni del Novecento. Lo

(182) *Ibidem*, p. 60, nota I.

(183) *Sull'interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali*, p. 814, col. prima, in principio, dove, con frase più permissiva, sembra che « si adatti pure la legge, fino al punto in cui il testo lo consenta, ai nuovi bisogni e alla corrente nuova di idee »; frase smentita subito dopo.

(184) *Ibidem*, p. 814, col. prima, in calce.

schermo della legge resta, ed è schermo necessario anche se non più impenetrabile; la legge appare qui più come un filtro ordinante che come una fonte esclusiva. Analoga conclusione si deve trarre dall'altra direzione segnalata da Polacco, quella delle cosiddette « clausole generali » che costituiscono « nel corpo delle patrie leggi degli organi che vorrei dire respiratori perché gli consentono di alimentarsi di sempre nuovo ossigeno, sì che si adattano con sufficiente elasticità e rapidità di ricambio al variare dell'atmosfera che lo circonda »⁽¹⁸⁵⁾; ossia i riferimenti al buon costume, all'ordine pubblico, alla buona fede, e via dicendo. Finestre aperte sul divenire sociale e strumenti adeguati in mano al magistrato per « sviluppare » il diritto vigente senza « calpestarlo »⁽¹⁸⁶⁾.

Due sono per Polacco, giurista aggiornato che vuol vivere con sintonia il proprio tempo, gli spettri da rimuovere: il risecchimento di forme legislative sempre più separate dalla realtà; il grossolano calpestio della legge scritta, come è accaduto per taluno di quei singolarissimi organi giurisdicenti che sono, in Italia, dopo la legge del '93, i collegi probivirali⁽¹⁸⁷⁾. Una via mediana da percorrere può essere rappresentata da quegli inserimenti di dati morali, sociali, di mero costume che il legislatore stesso provvede a compiere; Polacco cita l'art. 1124 Cod. civ.⁽¹⁸⁸⁾, ma pensa anche — lui, conoscitore provetto del BGB sin dai tempi del primo *Entwurf* — ai « königliche Paragraphen » 157 e 242 sulla buona fede⁽¹⁸⁹⁾.

Notabile il linguaggio polacchiano: « organi respiratori ». Il giurista non cita una fonte precisa, ma questa è chiaramente indivi-

⁽¹⁸⁵⁾ *Le cabale del mondo legale*, p. 60.

⁽¹⁸⁶⁾ Il contrappunto dei due verbi è usato precisamente da Polacco (*ibidem*, p. 61, nota I).

⁽¹⁸⁷⁾ Talvolta « i nostri collegi probivirali esercitarono un ufficio pretorio nel senso romano, calpestando e non semplicemente sviluppando norme di diritto vigente, il che è sempre male » (*loc. ult. cit.*).

⁽¹⁸⁸⁾ « precetto del Codice che, nella deficiente disciplina del contratto di lavoro, fu come il germe di tutta una lussureggiante fioritura di massime ad opera dei probiviri, il precetto cioè che debbano i contratti eseguirsi di buona fede ed obblighino, oltre a quanto vi è espresso, alle conseguenze che ne derivano secondo l'uso e l'equità » (*ibidem*, pp. 60-61).

⁽¹⁸⁹⁾ Cfr. sul punto D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1970, passim ma soprattutto p. 195 ss.

duabile in quei *Ventilbegriffe* che sono un termine tipico coniato da un giusliberista conosciuto assai bene ed utilizzato da Polacco, il giurista austriaco Karl Georg Wurzel ⁽¹⁹⁰⁾ e che diventano un topos circolante in tutta la letteratura del movimento; un linguaggio che è larvato tributo alla « cosiddetta scuola libera del diritto ». Anche il concreto risultato è avvicinamento ad essa, giacché è proprio per il tramite di siffatti organi respiratorii che si consegue « una sufficiente latitudine per un'azione del magistrato socialmente benefica » ⁽¹⁹¹⁾.

Tutto deve però passare attraverso il filtro della legge per essere accettabile; si potrà anche concepire un giudice munito di una determinata sfera di libertà e non soltanto come soggetto sillogizzante; si potrà anche arrivare alla amara e psicologicamente assai costosa diagnosi che gli attuali rigorosissimi freni legalistici alla sua azione possano e debbano essere rivisti, e possano e debbano essere rivisti e mutati i tradizionali canoni ermeneutici « dato che quelli in vigore rivelino la loro impotenza » ⁽¹⁹²⁾, ma tutto dovrà essere instaurato mediante la legge « sí che nulla vi possa il capriccio dei singoli » e non si cada nell'anarchia « sperduti senza guida nel pulviscolo dei casi singoli » ⁽¹⁹³⁾.

La legge, ovviamente, non perde il carattere di insostituibile strumento ordinante, l'unico in grado di garantire una « guida » che superi il particolare grazie alla sua capacità di percepire i valori universali della società, ma è già molto che si ipotizzi una possibile impotenza della imperante dommatica ermeneutica e si offra dello stato presente del sistema delle fonti un quadro affatto demistificato, forse addirittura impietoso. Agli occhi di Polacco, il « bon juge Magnaud », così immerso nella dimensione episodica dell'equità e della giustizia spicciola, resta un nemico da combattere, ma un animo nuovo sembra leggere diversamente l'art. 3 delle preleggi,

⁽¹⁹⁰⁾ K.G. WURZEL, *Das juristische Denken. Studie*, Wien, Perles, 1904 (Oesterreich. Zentralblätte für die juristische Praxis, XII Jahrg.) pp. 83-93 (una seconda edizione dell'opera è stampata a Vienna venti anni dopo). Secondo la testimonianza retrospettiva di Hermann Kantorowicz, Wurzel è da ascrivere — insieme a Ehrlich e a Steinbach — tra i fondatori austriaci del movimento già nel 1902 (cfr. H. KANTOROWICZ, *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*, Mannheim, Bensheimer, 1925, p. 4).

⁽¹⁹¹⁾ *Le cabale del mondo legale*, p. 61.

⁽¹⁹²⁾ *Ibidem*, p. 62.

⁽¹⁹³⁾ *Loc. ult. cit.*

mentre occhi rinnovati cercano aperture in un sistema legislativo ora avvertito come troppo angusto e chiuso.

I segni dei tempi gremiscono il discorso di Polacco e ne fanno un saggio indimenticabile, anche se troppo dimenticato, nel paesaggio fortunatamente non sterile della riflessione civilistica italiana del primo Novecento; un saggio non dimenticabile perché inquieto, tormentato, venato di perplessità, collocato sul terreno labile della mutazione. *Inquietum est cor nostrum*: la confessione di Agostino si addice a questo giurista di cinquant'anni, certamente non apostata ma certamente segnato dalla insoddisfazione, che prende lo spunto da un discorso *extra moenia* (in una generica sede accademica, l'Istituto veneto, e con un pubblico prevalente di non giuristi) per inseguire con sincerità il filo dei suoi pensieri e redigere una sorta di pubblica confessione; che, come tutte le confessioni, parte da un accurato esame di coscienza. Sotto questo profilo, le « cabale » di Polacco fanno spicco non soltanto sugli incontrollati entusiasmi dei neofiti giusliberisti ⁽¹⁹⁴⁾ ma anche sulla sorda impermeabilità di Francesco Ferrara, che è pure una delle figure più complesse e più significative della civilistica all'inizio del secolo ⁽¹⁹⁵⁾.

7. I decreti-legge del Governo italiano in data 3 gennaio 1909 in conseguenza del terremoto calabro-siculo non lasciano indifferente Polacco sempre così attento e preoccupato per la normazione speciale ed eccezionale dello Stato e per il suo attrito col sistema codificato, e gli offrono di proseguire e confermare analisi e proposte avanzate l'anno prima ⁽¹⁹⁶⁾.

Un dato saliente viene sottolineato e accolto con aperto favore, ed è la espressa concessione al giudice di ampii spazi equitativi ⁽¹⁹⁷⁾. Il

⁽¹⁹⁴⁾ Come Raffaele Majetti, e basta a convincercene la sua prefazione alla traduzione italiana del manifesto di Kantorowicz (cfr. *supra*, p. 104).

⁽¹⁹⁵⁾ Il riferimento è soprattutto al saggio su *Potere del legislatore e funzione del giudice*, che Ferrara pubblica nel 1911 sulla neo-nata « Rivista di diritto civile e che è tutto una requisitoria contro « l'insano movimento » giusliberistico (vedilo ora in F. FERRARA, *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1954; la frase surriportata si legge a p. 11).

⁽¹⁹⁶⁾ *Di alcune deviazioni dal diritto comune conseguite al terremoto calabro-siculo*, in *Rivista di diritto civile*, I (1909).

⁽¹⁹⁷⁾ « la prima cosa che favorevolmente colpisce chi consideri attentamente i decreti in esame è il richiamo all'equità che vi si legge frequente » (*ibidem*, p. 339).

lettore ne rimarrà sorpreso e penserà a una impreveduta conversione al già rifiutato verbo magnaudiano; ma non è così; anzi, qui si calca ancor più la mano contro il crescente giusliberismo⁽¹⁹⁸⁾. Polacco non è entusiasta del giudice d'equità; è entusiasta invece che al giudice l'equità sia data dal legislatore e mediante una legge dello Stato. Il suo stato d'animo non è dissimile da quello che sorreggeva l'articolato discorso su « le cabale »: percezione d'una necessità di aperture e, quindi, di una corrispondenza maggiore fra sistema normativo e società in movimento, percezione anche dell'esigenza di un relativo pluralismo che valga a integrare l'insufficiente monocrazia della legge, quindi anche percezione di un ruolo maggiore da attribuirsi al momento applicativo. A una non transigibile condizione, tuttavia: che queste finestre sui fatti fosse il legislatore ad aprirle, che ciò avvenisse entro il quadro di riferimento fornito dalla legislazione positiva. In tal caso, si può anche sforzare il concetto dell'art. 3 o i richiami del Codice civile alla buona fede, perché in tal caso continua a esser salvo il principio « costituzionale » del primato della legge.

Sotto questo profilo, i decreti-leggi del 1909 sono benvenuti perché intesi come conferma d'una ipotesi scientifica⁽¹⁹⁹⁾. Il giudice può anche esser fornito di poteri d'equità, ma non perché ciò consegua alla sua natura, per un carattere interno alla sua funzione, bensì per una attribuzione che gli piove addosso dall'esterno e dall'alto, come esige una retta applicazione del principio costituzionale della divisione dei poteri. Urla Polacco rivolto ai giusliberisti: « se vero fosse che il giudice ha già di per sé la facoltà di temperare il diritto vigente adattandolo alla varietà delle circostanze coi dettami della equità, più che mai si sarebbe dovuto sottintendere un simile potere nel caso attuale... e invece tanto poco si ravvisò connaturale al suo ufficio una tal facoltà, che si credette dovergliela espressamente attribuire con ripetute statuizioni »⁽²⁰⁰⁾.

⁽¹⁹⁸⁾ « esiste e sempre più tende a rafforzarsi una corrente detta del *Diritto libero* che tale facoltà [di temperare il diritto vigente] reputa sempre tacitamente compresa fra gli attributi dei giurisdicenti. Pericolosa tendenza, per quanto ammantata di umanitarismo, contro la quale insieme con altri ho cercato anch'io, non è molto, di reagire con tutte le mie forze » [cita il saggio su « le cabale »] (*ibidem*, p. 341).

⁽¹⁹⁹⁾ « ecco ora questi decreti-legge venire in nostro aiuto... » (*ibidem*, p. 341).

⁽²⁰⁰⁾ *Loc. ult. cit.*

Il plagio illuministico riemerge in tutta la sua virulenza e non permette a Polacco di rendersi conto della incredibile ingenuità del discorso proprio sul piano logico, sul quale appare come autentica petizione di principio. Il legislatore non poteva che presupporre il principio costituzionale, il diritto positivo già esistente, l'ideologia giuridica imperante, ribadire l'idea di un giudice *servus legis*, concedere i poteri d'equità come circostanza eccezionale senza nessuna implicazione per le regole del sistema, tanto più che il legislatore era la voce che esprimeva quella « costituzione », quel diritto positivo, quella ideologia.

Al di là di questi rilievi, il saggio del '909 è notevole perché ribadisce la scelta per la legge ma anche per gli « organi respiratorii » di essa, il timore per una separatezza che può cambiarsi tosto in risecchimento. Atteggiamento costante di Polacco, che negli anni successivi — per vicende personali del giurista e per vicende dell'intera società italiana che su lui si ripercuotono — tenderà ad acuirsi. Il 26 gennaio 1910 il Nostro è nominato Senatore del Regno, ed ha inizio per lui non una sonnacchiosa presenza sui seggi di Palazzo Madama ma una attività intensissima nel procedimento di legiferazione con interventi e relazioni su molti disegni di legge ⁽²⁰¹⁾, con risultati di profonda incisività per temi relevantissimi come la cittadinanza, o il nuovo ordinamento del notariato ⁽²⁰²⁾. Come « legislatore » il giurista Polacco si trova, per così dire, a cavalcioni fra diritto positivo e mondo dei fatti, o — se si vuole, per riprendere un'immagine già usata — affacciato alla finestra che prospetta sui fatti, a uno di quegli « organi respiratorii » di cui lui ha parlato dietro Wurzel. Posizione ideale per intensificare una dialettica interiore che è stata sempre vivissima. E poi, la guerra, la vicenda nazionale della guerra che investe il paese, che impone una legislazione eccezionale sotto l'urgenza di tanti fatti nuovi. Leggi occasionali ma assai incarnate, grevi di fattualità e di idealità, che costituivano un cumulo allarmante di smagliature, incrinature, integrazioni, e anche smentite delle regole del Codice; che lo

⁽²⁰¹⁾ Per convincersene, basta dare una scorsa alla bibliografia polacchiana riportata in calce alla commemorazione tenuta da ASCOLI e menzionata alla nota 2, dove sono segnalati i suoi discorsi e le sue Relazioni in Senato.

⁽²⁰²⁾ Il riferimento è alle leggi 13 giugno 1912, n. 555 e 16 febbraio 1913, n. 89.

smentivano soprattutto come legge formale ed astratta progettata per sempre.

La prima guerra mondiale è, sotto il profilo dei molti provvedimenti provvisori ed eccezionali, un evento che solca e modifica la continuità della storia giuridica, che marca un prima e un dopo quali paesaggi qualitativamente e non solo cronologicamente diversi per il giurista. Polacco, il senatore Polacco, ne è investito in pieno; direi di più: si lascia investire. Talora il suo sempre latente nazionalismo lo fa troppo remissivo a una retorica bassa e insopportabile, ma, se si riesce a sfrondare la testimonianza da questi orpelli aduggianti, la consapevolezza della transizione, di qualcosa di profondo che sta maturando per il divenire del diritto italiano, è il sentimento prezioso che affiora con maggiore vivacità. Fra i vari temi di cui il « senatore » si occupa, uno ci sembra da sottolineare, e per la sua intrinseca rilevanza, e per la sua idoneità a rivelarci lo stato d'animo del civilista: il problema del risarcimento dei danni di guerra; è ad esso, d'altra parte, che Polacco profonde attenzione ripetutamente ⁽²⁰³⁾.

Siamo nella prima metà del 1918; la guerra volge al termine, ed è già tempo di bilanci e di progetti. « Redentrica di secolari ingiustizie, questa guerra, che non ha l'eguale nella storia, è il crogiuolo ardente in cui tanta parte del pubblico e del privato diritto si riplasma e si rinnova » ⁽²⁰⁴⁾.

Si mondi idealmente la frase dal vieto linguaggio stentoreo, e ne resterà la sostanza solida di un giurista che non si straccia le vesti di fronte all'euritmia calpestata del Codice ma che prende atto speranzoso e curioso delle vistose innovazioni cogliendole non come scandalose ferite bensì come anticipazione di futuro. Il salvataggio di sempre — la coscienza della transizione — è anche qui presente e

⁽²⁰³⁾ Innanzi tutto, con la Relazione presentata al Presidente del Consiglio dei Ministri l'11 febbraio 1918 *Sul risarcimento dei danni di guerra* e che pubblica sulla *Rivista di diritto civile*, X (1918); poi, con la conferenza detta al Circolo giuridico di Roma, il 26 maggio 1918, *Risarcimento dei danni di guerra*, in *Bollettino del Circolo giuridico di Roma*, VI (1918); infine con *Schema di un disegno di legge sul risarcimento dei danni di guerra* (redatto in collaborazione con Francesco Carnelutti) riprodotto in *Rivista del diritto commerciale*, XVI (1918) — P.I., p. 346.

⁽²⁰⁴⁾ *Risarcimento dei danni di guerra*, cit., p. 4 (estr.).

salvante, solo che il macro-evento della guerra e della pioggia di decreti delegati la rende immediata come non mai ⁽²⁰⁵⁾.

È singolare il richiamo insistente alla « coscienza giuridica » come « coscienza popolare » — in una accezione che molto ha di populista e molto poco di romantico — e l'intendimento della improvvisa alluvione di novità legislative come una registrazione a livello formale della non resistibile evoluzione di quella ⁽²⁰⁶⁾. E la coscienza popolare è il tramite sicuro per l'ingresso nel mondo del diritto di idealità e principii di natura squisitamente morale. L'eccezionalità del momento, vissuto con una caldissima partecipazione dal nazionalista Polacco, consente qualche smagliatura populistica — tutto sommato assai stonata — in una linea di approccio con la dimensione socio politica che è costantemente di distacco e di rifiuto di umoralità, ma consente anche allo spiritualista di sempre di vedervi il « crogiuolo » — ripetiamo pure la sua immagine di prima — in cui si rompono vecchie chiusure, si superano vecchie « cabale » e si ha un rapido processo di osmosi fra giuridico e metagiuridico, altrimenti lentissimo fra mille invincibili resistenze.

La guerra — « questa guerra, che non ha l'eguale nella storia » — come momento liberatorio dai troppi misoneismi che popolano il pianeta del diritto, perché permette, nell'allentarsi della consueta vigilanza del potere politico, l'inserimento di forze morali estranee all'ordine attuale ma anticipatrici di un ordine futuro. Qui c'è accordo pieno anche con Gény: la pressione dello « elemento ideale » « come coefficiente di creazione e sviluppo del diritto positivo di un popolo » ⁽²⁰⁷⁾, mentre « vengono così acquistando via via cittadinanza nel

⁽²⁰⁵⁾ Lo storico del pensiero civilistico novecentesco sa bene che questo non è un privilegio del solo Polacco. Basti pensare alle riflessioni di Pietro Cogliolo, Roberto De Ruggiero, Francesco Ferrara, Filippo Vassalli; ad Alfredo Ascoli, che tiene banco proprio su questo tema con apposita rubrica sulla « Rivista di diritto civile » (per la « rubrica » di Ascoli e, in genere, per un esame di quanto avviene nel laboratorio della « civile » negli anni '15-20, cfr. ora G. FURGIUELE, *La « Rivista di diritto civile » dal 1909 al 1931*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVI (1987), p. 577 ss.), e a Gino Segré, che scrive ripetutamente nella « Rivista del diritto commerciale » « su alcuni provvedimenti in materia di diritto privato emessi in occasione della guerra ».

⁽²⁰⁶⁾ *Risarcimento dei danni di guerra*, pp. 3-4-5.

⁽²⁰⁷⁾ *Ibidem*, p. 9, dove si cita, con piena adesione, pagine della più recente sistemazione di Gény « Science et technique en droit privé positif », che è del 1915.

vero e proprio dominio giuridico istituti e principi che non l'avevano in passato »⁽²⁰⁸⁾.

Un siffatto discorso introduttivo è per Polacco preparatorio di un più specifico discorso, che, calando nel tessuto del diritto positivo, coglie un certo ideale morale che diventa istituto giuridico, un patrimonio della coscienza morale che lo diventa anche della coscienza giuridica, e giustifica lo zelo del giurista-legislatore ad agevolargli l'ingresso nell'ordinamento statale come legge positiva. Nel 1918, il problema eticamente e giuridicamente più grave che il civilista ha di fronte è quello del risarcimento per i danni arrecati dalla guerra, risolto fino a ieri in una visione che privilegiava la maestà dello Stato rispetto alle situazioni dei privati; da ultimo, era stato così in un Regio Decreto del 1913 conseguente alla guerra coloniale di Libia⁽²⁰⁹⁾. « Ma è tale... il rivolgimento che un siffatto cataclisma mondiale ha già apportato e più apporterà... nei tradizionali concetti giuridici, che... non sarà da stupirsi, che, a distanza di soli cinque anni, la legislazione nostra muterà diametralmente indirizzo »⁽²¹⁰⁾. E lo muterà per l'opera congiuntamente scientifica e parlamentare del senatore Polacco: oggi, stante il grado raggiunto dalla comune coscienza etico-politica, il giurista ha il dovere professionale di parlare ormai di « autolimitazioni dello Stato moderno inconcepibili un tempo », di ammettere « autoobbligazioni », « obbligazioni che lo Stato giuridicamente contrae verso i cittadini » pur in rapporto a suoi legittimi atti di imperio quali quelli connessi alla guerra⁽²¹¹⁾, con la conseguenza novissima che alla pretesa del privato non può che esser dato « il carattere di diritto a risarcimento, non di semplice assistenza o soccorso »⁽²¹²⁾. E questo è un grosso passo innanzi verso una costruzione dello Stato di diritto meno turlupinatoria di quella compiuta dietro le oleografiche facciate post-risorgimentali.

Resta il problema squisitamente tecnico dello sforzo dottrinale

⁽²⁰⁸⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽²⁰⁹⁾ È il Regio Decreto 13 maggio 1913, n. 441 relativo ai danni di guerra in Tripolitania e in Cirenaica (su cui POLACCO, *Risarcimento dei danni di guerra*, pp. 10-11.

⁽²¹⁰⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽²¹¹⁾ *Ibidem*, p. 9.

⁽²¹²⁾ *Ibidem*, p. 10.

« per incasellare in uno od altro dei vecchi schemi il diritto in questione »⁽²¹³⁾, sforzo encomiabile e segno indubbio che il principio circola nella pubblica coscienza e chiede una definizione, anche una definizione legislativa⁽²¹⁴⁾. Questa « impaziente catalogazione giuridica »⁽²¹⁵⁾, se è sempre professionalmente un fatto positivo che testimonia l'entusiasmo e l'attenzione dei giuristi, può però tramutarsi, se troppo impaziente e non sorretta da una coscienza precisa della transizione, in una operazione culturalmente improvvida e vanificante. Qui il civilista ha bisogno di coraggio, del coraggio di scrollarsi di dosso i luoghi comuni e un insano patriottismo di disciplina. Guai se egli tenta di risolvere il problema soltanto con gli strumenti della sua specifica tradizione e del suo laboratorio esclusivo, perché rischia di ripetere forme senza vita, geometrie inadeguate a descrivere nuove figure. E Polacco non esita a respingere l'ipotesi di chi propone lo schema della *negotiorum gestio* « a cui nella sistematica così di frequente si ricorre come all'asilo dei trovatelli »⁽²¹⁶⁾, di chi « pesca nell'armamentario civilistico la figura ormai frusta del quasi contratto »⁽²¹⁷⁾ compromessa ai suoi occhi soprattutto dalla riesumazione fattane in seno al detestatissimo « solidarismo giuridico »⁽²¹⁸⁾. Quando, invece,

⁽²¹³⁾ *Ibidem*, p. 12.

⁽²¹⁴⁾ « quando i giuristi si affannano a trovare la nicchia meglio adatta ad accogliere un fenomeno nuovo, segno è ch'esso batte in modo prepotente alle porte dell'edificio legislativo » (loc. ult. cit.).

⁽²¹⁵⁾ *Ibidem*, p. 13.

⁽²¹⁶⁾ *Ibidem*, p. 12.

⁽²¹⁷⁾ *Ibidem*, p. 13.

⁽²¹⁸⁾ Detestatissimo soprattutto in ragione della sua ipocrisia: è ipocrita perché è soltanto un mantello perbenistico per coprire istanze socialistiche (« il socialismo cosiddetto giuridico — aveva detto ne *Le cabale del mondo legale*, p. 66 — e quel solidarismo che ne è, si può dire, il fratello germano »); è ipocrita per quel suo metodo artificioso di operare una revisione dell'ordine giuridico esistente continuando a usare — magari stravolgendoli — i vecchi arnesi dello strumentario civilistico quasi per non intimorire troppo i benpensanti (ne *Le cabale del mondo legale*, pp. 66-67, egli soggiungeva dopo il discorso ora riportato: « o non sono anzi anche più artificiosi gli sforzi loro, o per plasmare la società nello stampo del quasi contratto o per ridurre la lotta di classe al tipo civilistico di due opposte ragioni di credito, più artificiosi, io dico, che non fossero quelli di Bartolo e dei suoi per inquadrare nel Digesto i dibattiti fra la potestà laica e la pontificia? »). Lo stesso malcelato atteggiamento ironico del 1918 è già il sale

l'unica scelta sensata è la constatazione della impotenza delle categorie civilistiche a inquadrare senza costrizioni la materia dell'indennizzo per danni di guerra, della natura eminentemente pubblicistica del rapporto e, quindi, della doverosa « classazione » — dietro l'insegnamento del suo amico Cammeo — « fra i diritti subiettivi civici compatibili con atti legittimi dello Stato » ⁽²¹⁹⁾. Coraggioso realismo d'un civilista, che è lettore attento dei segni dei tempi.

8. Tutto l'itinerario seguito con attenzione fino ad ora ha il suo culmine e la sua conclusione nella prolusione con cui Vittorio Polacco, il 17 dicembre 1918, prende possesso di quella che, allora, sembrava essere una definitiva mèta accademica, la cattedra romana di Diritto civile. I motivi, gli sviluppi, gli intrecci di una vicenda scientifica singolare, che abbiám cercato di disegnare tentandone una effettiva comprensione, sono ricomposti in questo documento scritto nella estrema maturità del Maestro, quando la burrasca della guerra è ormai passata e sembra giunto il tempo di un bilancio consuntivo e preventivo non effimero e non fallace.

La tragedia della guerra ha liberato forze che l'ordine tradizionale manteneva sopite e represses, ma ha generato insicurezza scuotendo l'edificio da capo a piedi; il sentimento della transizione rapida e violenta porta Polacco a riaffermare, al di sopra della mutazione quotidiana, l'esigenza di punti fermi orientativi, quel « diritto naturale sociale e progressivo » il cui contenuto egli non precisa, che vuol essere un continuo inserimento di valori nella storia e, come tale, differenziarsi nettamente dalle inservibili favole del giusnaturalismo settecentesco ⁽²²⁰⁾ Anche in quest'ultima solenne lezione accademica, è il contrappunto di sempre fra eterno e varia-

del saggio di dieci anni prima. Qui, a conclusione, scriveva: « Non discuto... noto solamente ed ammiro. Noto questi tentativi di ritorno al vetusto arsenale giuridico, per trarne strumenti di redenzione, quelle armi istesse che malediceansi poc'anzi come asservite agli oppressori. Ammiro questa eterna giovinezza della scienza del diritto, dalla cui tecnica, mirabilmente flessibile, si invoca la formula, che fughi lo spettro di sanguinose ruine, che ridoni salute all'umanità sitibonda di giustizia e di pace » (*loc. ult. cit.*). Pagina dove convivono un cumulo di comprensioni e incomprendimenti, ma felicissima per un fine sentimento di sottile ironia che la pervade.

⁽²¹⁹⁾ Densa e significativa tutta la pagina 13.

⁽²²⁰⁾ *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, pp. 5-8.

bile, ideale e storia, a dominare la scienza. E, sempre, la riaffermazione di una visione né formalistica né riduttiva dell'ordine giuridico. Le recenti esperienze, soprattutto quella sociopolitica della guerra e quella culturale del giusliberismo, complicando il vecchio paesaggio delle fonti volutamente scarno ed essenziale, rendono più complessa la coscienza del giurista, inseriscono perplessità nelle sue scelte.

Se non è più condivisibile l'idea della *onnipotenza* della legge e la visione ingenua (o ideologicamente guidata) del legislatore tau-maturgo; se è respingibile perché disfattista l'idea opposta della *impotenza* della legge ⁽²²¹⁾; è suadente e conquistante invece la concezione mediana di una legge non compatta e non chiusa, dotata di molte aperture verso l'esterno, verso il mondo dei fatti; e ritorna con compiacimento l'immagine wurzeliana — felicemente adoperata ne « le cabale » — « di quegli organi respiratori che già la legislazione vigente possiede (ebbi altra volta a notarlo) per poter vivere e conservarsi pur salendo ad altezze ove l'aria si fa sempre più ossigenata e frizzante » ⁽²²²⁾.

Ma qui vi è qualcosa di più rispetto al saggio di dieci anni prima. Non si tratta soltanto di guardare con favore alle clausole in bianco della buona fede e del buon costume, ma di « incoraggiare il legislatore ad aprire ancora qualche altro di siffatti spiragli attraverso i quali passino la luce e il calore necessari eventualmente allo sviluppo di germi economici nuovi » ⁽²²³⁾. Il monopolio del legislatore rischia di provocare una separazione isterilente fra società civile e sistema normativo, mentre il giudice, immerso nel particolare, se risente tutti i condizionamenti del particolare, gli è anche così vicino e partecipa da rendersene fedelissimo. Il giudice, ieri aborrito perché dominabile dalle passioni e coinquinato nelle risse delle parti, subisce una indubbia rivalutazione ed è chiamato a cogestire la produzione dell'ordinamento in una visione che dà finalmente un ruolo attivo al momento della applicazione.

Polacco non si nasconde dietro inutili foglie di fico, è totalmente disinibito da ciò che è avvenuto in questi primi anni del Novecento

⁽²²¹⁾ *Ibidem*, p. 11.

⁽²²²⁾ *Ibidem*, p. 13.

⁽²²³⁾ Vedi le esplicite affermazioni alle pp. 13 e 14.

così gremiti di fermenti. Se il giusliberismo resta un'eresia e se i giudici alla Magnaud restano per i suoi occhi una perversione⁽²²⁴⁾, la visione del sistema positivo privatistico, che propone, è profondamente innovata. Egli supera infatti il discorso sulle clausole generali e arriva a chiedere apertamente « poche e sobrie leggi di diritto privato, che concedano esse stesse al giudice libertà di movimento entro l'orbita di taluni veramente capitali principi e senza ingombro di eccessiva casistica »⁽²²⁵⁾. Più che un sistema legale fornito di adeguate aperture, la legislazione civile appare, in questa estrema versione, ridotta al rango di un nucleo essenziale di leggi-quadro nella cui cornice il giudice spazia dotato di un autentico potere discrezionale⁽²²⁶⁾.

Se il giusliberismo è un'eresia e se eretico è il giudice Magnaud, eretica è anche questa conclusione almeno rispetto alle dommatiche costituzionali che governavano e comprimevano il diritto privato. È che non è più tempo di dommatiche. È che la guerra del 1915-18 ha eroso certezze e valori prima assoluti, ha reso discutibile e disponibile quanto sembrava appartenere a un sacrario più che a un laboratorio sociale. Innanzi tutto il principio di rigorosa divisione dei poteri progressivamente sostituito dall'idea della reciproca loro « permeabilità... per una specie di fenomeno capillare »⁽²²⁷⁾. E il giurista è lì a constatare senza molti rimpianti che « quella ripartizione rimane sì tra le massime guarentigie costituzionali, ma più non si ha la pretesa di poter separare con un taglio netto l'un potere dall'altro »⁽²²⁸⁾, e a contemplare la legislazione speciale recentissima tutta dedicata a istituire commissioni giudicanti in materie privatistiche secondo i dettami dell'equità.

In questo momento pare a Polacco di assistere a un fenomeno di

⁽²²⁴⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽²²⁵⁾ Polacco precisa che egli si riferisce al diritto privato in senso stretto, cioè al campo dei rapporti fra privati. Nel territorio delicatissimo dei rapporti fra Stato e privati una minuziosa legislazione appare invece maggiormente garantistica. Nell'ambito della prima ipotesi — ribadisce il Nostro — « non si tratta di tutelare i singoli contro il temuto soverchiar dello Stato, ma di allargare la potestà del giudice che siede fra i singoli posti in perfetta parità a lui dinanzi » (*La scuola di diritto civile nell'ora presente*, p. 15).

⁽²²⁶⁾ *Ibidem*, p. 14.

⁽²²⁷⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽²²⁸⁾ *Ibidem*, p. 13.

attenuazione (se non di abbattimento) di tante confinzioni tradizionali: anche lo steccato che separava il diritto pubblico e il privato cede a una osmosi continua; invece delle due *positiones iuris* ulpianee individualisticamente pensate fino ad allora come due linee che corrono parallele e non si toccano, è la loro « parentela... sempre più stretta », è « la mutualità dei servizi fra loro » che viene sottolineata e stimolata (229). Lo stillicidio di leggi speciali, l'analisi dissacrante del giusliberismo, l'alluvione della normativa eccezionale di guerra hanno infranto molti idoli e hanno scoperto il volto segreto di parecchie « verità » della vecchia cultura giuridica; ha, in modo particolare, affrancato il giurista più aperto, ne ha mutato la psicologia. È ciò che è avvenuto in Polacco e che la prolusione romana dichiara: ci si inoltra con disinvoltura in territori prima interdetti, si maneggiano idee e soluzioni prima proibite ai benpensanti, si guarda alle innovazioni anche eversive introdotte dalle leggi di guerra non inorridendo di fronte alla tunica della tradizione giuridica ora stracciata e vilipesa, ma contemplando in essa, con curiosità e soddisfazione insieme, i semi lanciati nel futuro.

Questo approccio psicologico mi sembra significativo; che è quello di colui che assiste felicemente a un evento fausto di nascita e non luttuoso di morte. Dei due aspetti di questo momento bifronte di transizione, un passato che si esaurisce e un futuro che si va concependo, è il secondo che prevale e qualifica il momento e lo contrassegna con l'auspicio di istituti nuovi di zecca (230), con lo sguardo attento e ammirato rivolto al Diritto commerciale che in grazia della « snellezza dei suoi saldi garretti » è l'avanguardia del diritto privato (231).

(229) *Loc. ult. cit.*

(230) « i provvedimenti eccezionali... molti fra essi... sopravviveranno alla guerra perché hanno saputo finalmente attuare principi indarno invocati » (*ibidem*, p. 16). Con un fermo auspicio di rinnovamento: « è tempo finalmente che cessi quel sacro terrore ad affrontare certe questioni e riforme di vitale interesse economico sociale, per cui troppo spesso vedemmo in passato trascinarsi, cadere e riprendersi di sessione in sessione o da una ad altra legislatura importantissimi disegni di legge »; e un riferimento, a mo' d'esempio: quello dei ripetuti disegni di legge sui cosiddetti « beni di famiglia » (*loc. ult. cit.*).

(231) Il « vero bersagliere del diritto privato », come lo chiama Polacco nel suo sempre coloritissimo linguaggio (*ibidem*, p. 17). Avanguardia del diritto privato sotto più

La prolusione polacchiana è documento che si proietta per l'innanzi, coraggiosamente, documento non sguaiato, non iconoclasta, non demagogico, com'è nello stile del personaggio, ma coraggioso, venato da qualcosa di più di quel « coraggio della moderazione » che è frase leggibile nel suo seno e che da esso abbiamo trasportata e inscritta nel nostro saggio. Il sistema delle fonti ne esce riveduto, reso più complesso; il legalismo si riduce — con la proposta di una base di leggi-cornice — a una garanzia di uniformità e di un minimo di certezza per l'ordinamento positivo tollerando accanto, come produttive, forze capaci di rispettare la varietà e plasticità della transizione orecchiando le voci del « particolare ». La astrattezza civilistica si condensa in un nucleo intorno a cui e su cui è un brulicare di creature che non nascondono il loro carico di storicità, per le quali si reclama come privilegio quello di esaltare e tutelare la storicità.

di un profilo: da un lato, nel portare avanti una visione nuova e più adeguata ai tempi dei rapporti fra capitale e lavoro nella organizzazione imprenditoriale (è significativa la citazione freschissima del saggio pubblicato sulla « Rivista del diritto commerciale », proprio in quello stesso anno 1918, da Cesare Vivante su « La partecipazione dei lavoratori agli utili delle società per azioni »); da un altro, nel portare avanti una visione maggiormente cosmopolitica dell'ordine giuridico perseguendo la costruzione di un diritto uniforme delle obbligazioni.

ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO NEL SECOLO XIX (*)

L'anno passato l'abbiamo trascorso interamente a celebrare il bicentenario del 1789, e siamo ancora assorditi dalle ricorrenti, martellanti concioni che, a Parigi come in tutta Europa, da destra come da sinistra, si son dedicate a rinnovare vecchi e un po' logori altarini apologetici. I giuristi, dal loro punto di vista, non hanno ovviamente mancato di sottolineare la estrema rilevanza di un fatto capitale per la storia del diritto: quel modo di intendere e risolvere il problema delle fonti, che di lì a poco sarebbe sbocciato nella grande Codificazione generale. E si è tornati a sottolineare, come da due secoli si va facendo, il grosso valore storico di una sistemazione unitaria profondamente pensata, cioè munita di salde fondazioni ideologiche e di una ammirevole sapienza tecnica, limpida nei principii enunciati e nella scrittura, assolutamente certa.

È un atteggiamento, oggi, che a più di duecento anni da Muratori e da Beccaria, si sarebbe auspicato, nello stesso tempo, più complesso e più critico. Nessun dubbio che la Codificazione segni intensamente la storia del diritto continentale e vi incida rompendone a fondo e irrimediabilmente la continuità, e nessun dubbio che non sono seriamente smentibili gli aspetti positivi su cui giustamente si insiste. Oggi, tuttavia, dopo una tanto lunga convivenza con la Codificazione come fonte normale di regole giuridiche, lo storico del diritto — che voglia tener dietro totalmente al suo impegno professionale — non può esimersi dal coglierla e dall'interpretarla per ciò

(*) Testo in italiano del discorso tenuto il 17 gennaio 1991, in occasione della cerimonia di conferimento del titolo di *doctor honoris causa* da parte della Università Autonoma di Barcellona. Il testo in castigliano è edito, con la *Pauli Grossi laudatio* di Carlos Petit e con il *Curriculum vitae de Paolo Grossi* dalla UNIVERSITAT AUTÓNOMA DE BARCELONA, *Doctor honoris causa Paolo Grossi*, Bellaterra 1991, pp. 32.

che soprattutto all'inizio fu e poi continuò costantemente ad essere: una enorme operazione di politica del diritto; anzi, la più colossale operazione di politica del diritto nell'intero arco della storia giuridica occidentale.

Essa costituì infatti il sigillo definitivo per un risultato macroscopico, valutabile, in positivo, come la consolidazione di un rigioso monopolio e, in negativo, di un brutale esproprio.

Alla classe borghese va riconosciuto il merito non piccolo di aver capito — per prima, compiutamente — il valore politico del diritto, di aver capito il grosso valore coesivo che il diritto è in grado di svolgere per il potere politico; da qui, una attenzione inusitata per la dimensione giuridica, una vigilanza inusitata per la produzione giuridica. Inusitata perché sostanzialmente nuova rispetto alla vecchia psicologia del potere e al vecchio modello del suo esercizio. Il Principe di antico regime, anche se dal Cinquecento in poi ci si mostrò sempre più come legislatore, non ha mai la pretesa di monopolizzare il territorio del giuridico, che gli appare uno spazio troppo vasto, percorso da zone che egli non sente rilevanti per la cosa pubblica. Egli legifera sempre di più, perché questo esige la sempre più intensa circolazione giuridica, ma — non smentendo una certa continuità ereditaria col Principe medievale — crede profondamente che, accanto alla volontà sovrana, debbano concorrere alla produzione dell'ordinamento fonti parallele, più congeniali a disciplinare convenientemente quelle zone irrilevanti di cui si è or ora parlato.

Per tutto l'antico regime, anche se sempre più affievolendosi, è un sostanziale pluralismo che domina il paesaggio giuridico e ogni realtà statuale è, come esperienza giuridica, una realtà autenticamente pluriordinamentale. Questo avviene soprattutto per il diritto privato e soprattutto per quel nucleo più genuinamente privatistico che è costituito dal diritto civile. Il diritto privato era allora, per usare una formula fortunata su cui torneremo, in buona parte, il diritto dei privati, cioè un diritto prodotto dai privati ⁽¹⁾, cioè da autorità non investite di pubblici poteri, una realtà proveniente dal basso, di matrice consuetudinaria, che trovava la sua definizione giuridica nella « interpretatio » di dottori, giudici e, perché no?,

(1) Il riferimento è al titolo di un significativo saggio del filosofo italiano del diritto WIDAR CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), Milano, Giuffrè, 1963.

anche notai. Questo diritto aveva due caratteri salienti: provenendo di là dallo Stato, si proponeva come autenticamente « privato », voce abbastanza schietta della società nella sua esperienza giuridica quotidiana; in grazia della sua matrice consuetudinaria e di una definizione giuridica plastica e mobile com'è quella attuata da dottrina e giurisprudenza, questo diritto manteneva una sua preziosa osmosi col mondo dei fatti, ne traeva un vitale ricambio continuo, impedendo una troppo rigida confinazione tra « factum » e « ius », tra il giuridicamente rilevante e l'irrilevante.

La Codificazione segnò, per la storia giuridica, e per la prima volta, una brusca inversione di marcia. Il detentore del potere politico dimostrò una psicologia profondamente mutata verso il diritto: ne capì la rilevanza, se ne arrogò la produzione, ne fece un rigidissimo monopolio. L'esperienza giuridica che, per quanto attecchiva al diritto privato, era effettivamente pluriordinamentale all'interno della stessa esperienza statutale, si trovò a coincidere forzatamente con lo Stato stesso e ne restò compressa, anchilosata. Le fonti, che ieri avevano concorso pluralisticamente alla formazione del diritto privato, si videro drasticamente eliminate o costrette a vivacchiare all'ombra della norma autoritaria del Principe; di esse rimase un simulacro ipocrita di pluralità, che era soltanto formale perché ordinata in rigidissimo assetto gerarchico.

L'età della borghesia al potere, l'età del liberalismo economico, coincide per il mondo del diritto con il più bieco degli assolutismi; e il vecchio diritto, che aveva incarnato — come si diceva, per sottolinearne la extrastatualità — la ragion civile, costretto nelle maglie di una intelligente ma coartante Codificazione, da diritto dei privati fu ridotto a quella porzione del diritto pubblico avente ad oggetto i rapporti privati. I privati, attori e protagonisti, erano stati vittima di quello che sopra abbiám chiamato un brutale esproprio. È questa la prima conseguenza che lo storico ha il dovere di segnare come negativa: la sfera del giuridico si rattrappiva nella sfera del legale, mentre l'extralegale subiva la condanna drastica dell'irrilevanza; il giurista, da interprete — con una « interpretatio », si badi, che nel mondo del diritto comune era mediazione fra il troppo vecchio diritto giustiniano e i fatti novissimi —, si ritrovava immiserito al rango di esegeta con una funzione meramente passiva. La produzione del diritto costituiva una circostanza che non lo riguar-

dava: l'ordinamento si impoveriva privo delle energie speculative dei Maestri e della carica esperienziale dei giudici, e si impoveriva il ceto dei giuristi devitalizzato nella sua capacità costruttiva.

C'è di più: il diritto, ormai diritto legale, correva il rischio di una separazione dalla società in forza della mancanza di valvole respiratorie se non quelle troppo filtranti e selettive della norma legale.

C'è di più: il diritto, perduta la vecchia dimensione pluralistica, vedeva attenuata la sua relativa autonomia che era stata il grande privilegio del diritto privato dell'età di mezzo, si legava al detentore del potere e alla classe che l'aveva conquistato, rischiando di diventare la voce, di identificarsi con la sua voce.

La Codificazione fu anche questo, e lo storico ha il dovere elementare di rilevarlo. Il peggio doveva però accadere sul piano culturale: tutta questa grossa operazione di politica del diritto, che abbiamo chiamato assolutismo giuridico, un'operazione di potere e storicamente relativa, grazie alle potenzialità giusnaturalistiche di cui fu caricata, da soluzione contingente che era e propria a un determinato gioco di forze storiche, fu proiettata nel paradiso dei modelli assoluti diventando la migliore soluzione possibile per l'oggi e per il domani. Proseguiva e anzi si intensificava, trasformandosi ormai in organizzazione giuridica positiva e operativa, quel complesso di a-priori messo a punto dalla riflessione illuministica: il Principe interprete della natura delle cose sociali e garante della felicità pubblica; la legge come fonte di qualità superiore, perché l'unica capace di assicurare nella sua generalità ed astrattezza una rigorosa imparzialità e un rigoroso rispetto degli interessi generali di una comunità. Ogni altra soluzione del problema delle fonti — per esempio, quella assai più complessa e anche più complicata del pluralismo giuridico dell'antico regime medievale e postmedievale — manicheisticamente disprezzata e condannata senza appello, perché inadatta a ordinare giuridicamente in modo adeguato una società moderna. Si propose come conforme a natura ciò che era soltanto lo strumento intelligente e lucido per il mantenimento del potere faticosamente conquistato.

Il peggio è che, come tale, fu inteso. La propaganda fu così suadente da mettere in atto uno dei plagi più vistosi della storia giuridica: il giurista, fosse esso dottore o pratico, prima vittima dell'operazione politica perché sottoposto a un esproprio quasi totale, ne sembrò convinto, accettò le catene d'una passività com-

pleta e si dimostrò pago di elaborare, a richiesta, gli strumenti ortopedici atti a raddrizzare e a corroborare tecnicamente le malefatte del legislatore.

La vittima accolse il ruolo modesto impóstole dal persecutore e assenti di collaborare in perfetto subordine. Il vecchio interprete non si ribellò per l'asservimento e accettò senza batter ciglio di trasformarsi in esegeta. E la scienza giuridica ottocentesca dei paesi a diritto codificato assunse, in prevalenza, una dimensione esegetica.

Recentemente è stato tessuto da un brillante civilista francese Jean Philippe Remy, un forte e appassionato « *éloge de l'exégèse* » (2). Con l'intento dichiarato di darne un'immagine diversa da quella che dopo Bonnacase (3) sembra a Remy esser divenuta un luogo comune, mi pare che si venga a offrirne una visione affatto capovolta ma oleografica e artificiosa perché elusiva delle scelte culturali di fondo di questi giuristi.

Noi, che abbbiam letto sempre con profitto le loro limpide pagine, non avremmo difficoltà a sottoscrivere l'elogio, purché, tuttavia, restassero ben chiare tre acquisizioni ferme: che questa prolifica coorte è e resta sempre contrassegnata — unitariamente, anche se non di scuola unitaria si può parlare —, da Delvincourt a Laurent in Francia, da Precerutti a Francesco Saverio Bianchi in Italia, da una psicologia abdicativa, e perciò riduttiva del fenomeno giuridico, giacché il diritto è per essi sempre al di là, anzi, al di sopra, è una proiezione autoritaria la cui produzione rimane confidata intieramente nelle mani di chi detiene il potere politico e rispetto alla quale dottrina e giurisprudenza sono destinatarii passivi (peggio: sono dei terzi!); che questa coorte, dimostrando una assoluta insensibilità per il problema epistemologico della scienza giuridica, ha fatto correre al diritto il rischio più grosso, e cioè quello di veder messa in dubbio la sua stessa scientificità nel momento in cui il giurista, come operatore teorico, veniva a contrassegnarsi di una pesante eteronomia e ne restava pago; che questa coorte ha peccato

(2) P. REMY, *Eloge de l'exégèse* (1982), ora in *Droits-Revue française de théorie juridique*, I (1985).

(3) J. BONNACASE, *L'Ecole de l'exégèse en droit civil-Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après les professions de foi de ses plus illustres représentants*, Paris, Boccard, 1924².

almeno di pigrizia intellettuale, dominata com'è da una psicologia non-attiva e ha offerto una visione elementare e semplicistica, cioè sostanzialmente aproblematica, dell'universo giuridico, precludendosi in tal modo ogni percezione del movimento e del mutamento.

Probantissimo esempio principe: per il giurista di sempre, il problema centrale e fondamentale, che dà vita al suo discorso scientifico e lo qualifica sul piano epistemologico, è quello sulle fonti, ma, da parte dell'esegeta, sulle fonti non si dice nulla o troppo poco, perché non c'è più nulla da discutere trattandosi di un problema già completamente risolto in altra e superiore sede. È purtuttavia questo il problema che fa grande Savigny, che fa grande la rivisitazione germanistica di Georg Beseler e di Otto von Gierke in una Germania che gode il privilegio d'essere ancora un laboratorio sperimentale apertissimo; è il problema tuttavia che fa grande, a fine secolo, François Gény, professore di diritto civile in terra francese, che tiene ogni giorno aperto sulla sua cattedra il 'Code' napoleonico. Senza frontiere, tutto il più vivo di questo complesso Ottocento è discussione sulle fonti: si apre con quel discorso vivo e pungente che è la polemica fra Thibaut e Savigny in tema di Codificazione, si chiude con quella meditata e vivissima riflessione sulle fonti che è « *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* » apparso in prima edizione proprio nel 1899 (4).

Certamente, l'assolutismo giuridico uscì vincente anche nella psicologia del giurista per quel plagio sottile che, al ritmo delle strofe della « *Marseillaise* », era calato profondamente nelle coscienze; certamente, la mitologia della legge si mutò troppo spesso — nell'animo del giurista — in acritica legolatria e non a torto di fronte a un osservatore superficiale la scienza giuridica ottocentesca si identifica mentalmente in un atteggiamento esegetico, ma il filo di consapevolezza attiva e critica, che la Codificazione aveva sepolto, non si era rotto nemmeno nelle terre dei Codici vittoriosi, nè tardò a riaffiorare appena che grossi mutamenti sociali, economici, tecnologici, sposandosi a più mature acquisizioni culturali e metodologiche, incisero a fondo il volto del paesaggio continentale europeo; il che avvenne negli ultimi due decenni del secolo.

(4) Paris, Chevalier-Marescq, 1899.

Nella inevitabile complicazione dei rapporti sociali, economici e giuridici che ne derivò, il castello di carte assolutistico apparve crudamente per quello che, in buona parte, era stato, e cioè una intelligente ed abilissima finzione: uno scenario essenziale composto di due soli protagonisti, lo Stato e l'individuo; questo Stato concepito come la struttura più semplice pensabile, e perciò monolitica; l'ordinamento risolto nella legge e nella legge di tutte madre, il Codice; il Codice civile, a sua volta, fondato su un unico pilastro portante — la proprietà individuale — e articolato in maniera assai semplice col fine prevalente di realizzare la tutela e la libera, spedita circolazione della proprietà mercè il contratto, il testamento e il principio di rigorosa responsabilità contrattuale. Tutta questa costruzione armoniosa e semplice nelle sue linee quasi gaiane si scontrò con un mondo di fatti in grosso subbuglio, ed apparve come una sorta di arcadia giuridica che si manifestava impari a ordinare realtà intimamente nuove. Rispetto alla bella favola illuministica costruita su dei modelli che apparivano sempre più statuarii, si riscoprì la complessità del giuridico e si intuì che soltanto la riscoperta della complessità avrebbe fornito al giurista, fosse egli maestro o giudice, la possibilità d'una rinnovata cittadinanza.

Gli ultimi due decenni del secolo debbono essere interpretati proprio come la presa d'atto della sempre maggiore complicazione dell'universo economico-sociale, con la conseguente riscoperta della complessità del giuridico e la ancor più netta conseguenza della inadeguatezza della fonte monocratica — la legge — a esprimere e ordinare una società tanto complessa. Nello sfondo, poi, lo spettro di una disgiunzione fra società in rapida crescita e diritto legale.

È il senso più puntuale da darsi, a nostro avviso, a quel sonoro squillo di tromba (assai più sonoro dell'ambiguo Bülow di « Gesetz und Richteramt »⁽⁵⁾ e assai più « positivo » delle vecchie (1872) proposte filosofeggianti di Adickes sulle « Rechtsquellen »⁽⁶⁾ che il tedesco Joseph Kohler lanciò nel 1886 dalla Rivista viennese di Grünhut

(5) O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885 (Neudr.: Aalen, Scientia, 1972).

(6) F. ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht*, Kassel/Göttingen, Wigand, 1972.

col saggio corposo e sostanzioso « Ueber die Interpretation von Gesetzen » (7). Lo si banalizza se lo si condanna e lo si esalta come il manifesto del potere creativo della giurisprudenza (cui si intitolerà un suo saggio dell'anno dopo) e il pródromo del giusliberismo; lo si coglie nel suo messaggio più significativo, se vi si scorge l'indizio dell'insoddisfazione per un diritto puramente legale e il tentativo di segnare al territorio formalmente giuridico confini sempre più larghi: è questo il senso della contrapposizione fra volontà del legislatore e volontà della legge, intesa quest'ultima « im teleologischen Sinne als organisches Zweckbestreben mit allen seinen unmittelbaren und mittelbaren rechtlichen Folgen, die möglicherweise weit ausserhalb seines Gesichtskreises liegen » (8); è questo il senso del principio — che vivifica tutto il saggio — della potenziale elasticità della legge, con il necessario spostamento di attenzione dalla legge (come monade chiusa nel momento della sua formazione autoritaria) alla vita della legge nello spazio e nel tempo, cioè alla sua applicazione.

Se Kohler aveva buon gioco a urlare la sua verità nel clima libero di una terra germanica resa fertile dalla ammirevole riflessione pluri-decennale di pandettisti e germanisti e dove si era già avviato il dibattito, dialetticamente marcato, per il futuro BGB, un'identica tensione vediamo però serpeggiare anche in Francia, dove si era realizzata e tuttora vige la Codificazione madre e maestra di tutte le altre, e anche la più robusta e coerente nelle sue strutture robustamente pensate: sarà Edouard Lambert, sarà Raymond Saleilles, sarà soprattutto François Géný.

L'opera di Géný, che abbiamo già ricordato, « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif », appartiene al ristretto nòvero delle testimonianze capitali del pensiero giuridico moderno. Scritta a epilogo d'un secolo fertilissimo e tormentatissimo per la storia della riflessione sulle fonti, è il compendio del disagio e delle insoddisfazioni accumulatisi nel libero spirito d'uno scienziato di gran rango di fronte alle chiusure e al conseguente clima asfittico creato dall'assolutismo giuridico. Ci sia consentita una breve sosta su uno dei momenti maggiormente liberatorii della storia della scienza giuridica europea.

(7) In *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, XIII (1886).

(8) *Über die Interpretation von Gesetzen*, cit. p. 2-3.

Si noti: lo scrittore è un civilista di professione, non un filosofo, ed è un civilista che vuol mantenersi entro il preciso recinto del più stretto diritto positivo, anche se è un tecnico che parla prevalentemente e con provvedutezza grande di metodo. Si noti: chi scrive, è un personaggio di lingua e di cultura francesi, ma vivente in quella terra lorenese, che, a fine Ottocento, è più che mai terra di scontro e d'incontro con la coinè germanica.

Tutti i due grossi volumi sono infatti un minuzioso « examen de conscience ». A un anno dallo scoccare del nuovo secolo il giurista si rifiuta di danzare il ballo Excelsior e preferisce guardarsi dentro e interrogarsi; come tutti gli esami di coscienza che vogliono esser fruttuosi, è diagnosi impietosa del passato e del presente, ma è anche progetto di rifondazione e, come tale, è anche un discorso sul metodo, grazie al quale la rifondazione può essere possibile. Tutto all'insegna di una sostanziale disinvoltura di sguardo, che ogni cosa vuol discutere dopo averla estratta dai sacrarii un tempo accuratamente costruiti.

Non si può disconoscere il valore altamente affrancatorio dell'opera di Géný, e colse nel segno l'aguzzo talento di Saleilles, quando, nella *préface* alla prima edizione, parlò senza mezzi termini di una « oeuvre de franchise », dove franchezza significa sì parlar chiaro ma anche liberarsi di equivoci e fraintendimenti tralatizii. Nessuna iconoclastia — è un giurista positivo che parla con tutta la sua caratteriale pacatezza —, piuttosto un esame franco, spassionato, demitizzante, che fruga dovunque senza rispettare né idoli artificiali né spazi una volta proibiti. È con questo atteggiamento effettivamente libero che si esamina contro luce il primo e il più venerato di questi idoli, cioè la legge, la legge positiva scritta, e non si esita a constatare che essa rappresenta soltanto « la révélation imparfaite » ⁽⁹⁾ di quell'enorme continente sommerso (e che resta sommerso) che è il diritto, « ne peut être tenue pour autre chose, qu'une information, très limitée, du droit » ⁽¹⁰⁾. E la dialettica « droit-loi écrite » è lì a costituire la nervatura ora riposta ora scoperta ma sempre costante dell'intera opera, una nervatura che rappresenta di questa la interiore tensione.

Due consapevolezza salvanti percorrono la riflessione di Géný: che il territorio del diritto è enorme rispetto a quello della legge, e

⁽⁹⁾ *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, cit., Introduction, § 3.

⁽¹⁰⁾ *Méthode d'interprétation*, cit., § 183.

che questa è impotente a rappresentarlo (di lì a qualche anno, grazie alla breccia salutare da lui aperta, la « impuissance de la loi » avrà l'onore di un titolo interamente riservatogli nel libello di un intelligente « praticien » francese) ⁽¹¹⁾; che il mutamento socio-economico corre a galoppo nello scorcio del secolo XIX e che è proprio di fronte a questa corsa che si rivela « la législation proprement dite, manifestement impuissante à suivre d'un pas égal et sûr l'évolution incessante des nécessités juridiques » ⁽¹²⁾. Come per tanti giuristi coi piedi ben piantati a terra, la coscienza del mutamento sociale è la vera ancora di salvezza, giacché sarà proprio il mutamento a rivelare l'inadeguatezza del diritto legale.

È forse giunto il momento per sbarazzarsi della ingombrante impalcatura codicistica? Il realismo di questo singolare giurista sa di non potersi consentire il lusso spropositato di incrinature del sistema positivo, sa di dover sempre fare i conti con l'*état social*, cioè con quel complesso di idee, fatti, forze che costituivano la Francia del 1899 e che non avrebbero permesso troppe demolizioni. Il Codice va rispettato anche se viene dichiaratamente sentito come « un fait accompli », e anche per l'opera del legislatore va portato rispetto. Fortunatamente per il giurista, due circostanze si congiungono a suo favore, e sono il mutamento che non si arresta e il sonno frequente del legislatore. Accanto alla legge scritta, vecchia e sempre più invecchiata, c'è lo spazio dell'esperienza quotidiana, del diritto vivo: quello è il regno della libertà del giurista, dove egli potrà senza intermediarii e senza condizionamenti interrogare « la nature des choses, la nature des choses positives », com'egli precisa quasi per superare la vaghezza che lo stesso termine e concetto aveva avuto nelle pagine di Adickes. Gény si rende conto della inevitabile imprecisione del riferimento ed ha l'onestà di annotare la sferzante qualificazione di Windscheid: « verschieener Ausdruck » ⁽¹³⁾, ma ne vede la fecondità nell'essere sempre e comunque un riferimento ontologico, fuori delle finzioni ed artifici del diritto legale, fuori

⁽¹¹⁾ J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, Flammarion, 1908 (Libro che appare nella « Bibliothèque de philosophie scientifique »).

⁽¹²⁾ *Méthode d'interprétation*, cit. § 3.

⁽¹³⁾ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1. B., § 23, Anmerkung 1a, Frankfurt a. M., Rütten u. Loening, 1906⁹.

delle imbalsamazioni del Codice, dove finalmente l'interprete, vero interprete e non più soltanto esegeta, unicamente forte del suo metodo scientifico, può affermare libertà e responsabilità insieme, l'una e l'altra necessarie per costruire il diritto del futuro.

Anche a Gény ciò che ripugna del diritto ufficiale e della scienza giuridica ufficiale, ben impersonata qualche anno prima dal corifeo dei commentatori François Laurent, è il suo semplicismo. Se qualcosa va recuperato, è la complessità del giuridico, il suo estendersi fuori dello Stato e della legge. Sarà da questo recupero che conseguirà l'ingigantimento del giurista-interprete, perché sarà lui il soggetto privilegiato chiamato a colloquiare con la natura positiva delle cose e a garantire il perfetto adeguamento ai nuovi bisogni.

Anche nell'area italiana la civilistica più sensibile segnala l'insoddisfazione per le chiusure dell'ordine giuridico positivo e l'esigenza di rivedere un vecchio armamentario concettuale, che è divenuto pesantemente dommatico. Vi accenniamo volentieri, perché si tratta di testimonianze poco note fuori d'Italia ma meritevoli, al contrario, di essere conosciute.

Nella prolusione romana di Enrico Cimbali⁽¹⁴⁾, che è del 1881, quale conseguenza di aver concepito il legislatore « organo immediato della coscienza popolare »⁽¹⁵⁾, appare netta una idea-forza: « è mestieri allora che la legge stessa subisca l'influenza e l'azione dell'ambiente modificato e di quelle medesime cangiate circostanze che, per virtù del suo ufficio, vien chiamata a regolare »⁽¹⁶⁾; con la conclusione che non vi può non essere « una evoluzione progressiva della legge »⁽¹⁷⁾ e che non può non accrescersi « l'ufficio dell'interprete, che è lo strumento e il ministro della sua vita e della sua azione in continuo divenire »⁽¹⁸⁾.

(14) ENRICO CIMBALI (1855-1887) fu professore di Diritto civile nella Università di Messina.

(15) *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni* (1881), ora in: E.C., *Studi di dottrina e giurisprudenza civile*, Lanciano, Carabba, 1889, p. 14.

(16) *Ibidem*, p. 31.

(17) *Ibidem*, p. 32.

(18) *Ibidem*, p. 32.

Nella prolusione pisana di Carlo Francesco Gabba ⁽¹⁹⁾, che è del 1887, da una ferma constatazione della generale ascientificità delle moderne Codificazioni e da un ovvio sentimento di specifica diffidenza per il Codice come fonte del diritto civile discende l'impegno ad « animare e interpretare il Codice civile, e il diritto civile italiano in generale, coll'opera della scienza » ⁽²⁰⁾ costruendo « un sistema, che risponda in pari tempo alla realtà delle cose e alla ragione » ⁽²¹⁾, considerando « non solo le applicazioni e conseguenze pratiche avvertite già dal legislatore, ma quelle eziandio, o almeno le più importanti di quelle, che il legislatore non prevede e non contemplò, e che pure hanno importanza nella realtà del vivere sociale ».

Nella prolusione camerte di Vincenzo Simoncelli ⁽²²⁾, che è del 1889, in un solco genuinamente kohleriano, la legge prende la forma di una realtà assai plastica nelle mani dell'interprete, il quale è chiamato — còmpito impegnativo e attivo, che lo rende protagonista — « a completare la legge, a scoprire quel ch'è latente in essa, o meglio, quel che in essa si rattrova in potenza » ⁽²³⁾.

Nel 1893, infine, Cesare Vivante ⁽²⁴⁾, il fondatore del diritto commerciale italiano moderno come scienza, nel primo volume del suo « Trattato di diritto commerciale », mentre invita « a scoprire la voce del diritto che viene su dalle cose » ⁽²⁵⁾, non si pèrita a inserire la « natura dei fatti » tra le fonti formali di diritto ⁽²⁶⁾.

Semi sparsi, che indicano però una seminazione diffusa. Siamo, insomma, di fronte a una coinè veramente europea. Le intuizioni e le proposte, che rileviamo in Kohler, in Bülow, in Ehrlich, in

⁽¹⁹⁾ CARLO FRANCESCO GABBA (1835-1920) fu per lunghi anni professore di Filosofia del diritto, Diritto civile e Diritto internazionale nella Università di Pisa.

⁽²⁰⁾ C. F. GABBA, *Prolusione al corso di diritto civile* — Anno Accademico 1887/88, in: *Archivio giuridico*, XXXIX (1987), p. 536.

⁽²¹⁾ *Ibidem*, p. 536.

⁽²²⁾ VINCENZO SIMONCELLI (1860-1917) fu professore di Diritto civile e Diritto processuale civile nelle Università di Camerino, Pavia e Roma.

⁽²³⁾ V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, ora in: V.S., *Scritti giuridici*, I, Roma, Soc. Ed. Foro Italiano, 1938, p. 424.

⁽²⁴⁾ CESARE VIVANTE (1885-1944) fu professore di Diritto commerciale, dapprima nelle Università di Parma e Bologna infine nella Università di Roma.

⁽²⁵⁾ *Trattato di diritto commerciale*, I, Torino, Bocca, 1893, Introduzione p. VIII.

⁽²⁶⁾ *Trattato di diritto commerciale*, cit., I, cap. I — Le fonti, 9 « Natura dei fatti » (p. 64).

Stampe, in Gény circolano per tutta l'Europa continentale e arrivano intatte anche nella provincia italiana, dove l'assolutismo giuridico domina incontrastato. Se si fa attenzione alla data della prolusione romana di Cimbali, il 1881, proprio i manifesti di Kohler, Bülow, Ehrlich, Stampe, Gény sono rispetto ad essa dei futuribili. Non intendiamo con questo vantare sterili e fallaci primogeniture, giacché Cimbali ha un timbro di voce assolutamente singolare, che rifiuta indebite mescolanze; vogliam piuttosto dire che il nuovo, prima ancora che negli uomini, è nelle cose, dove occhi intelligenti possono leggerlo per trarne istruttive riflessioni e legittime conseguenze.

Dagli anni Ottanta, in tutta Europa è « La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali », per usare il titolo del maturo volume programmatico dello stesso Cimbali, risalente al 1884 ⁽²⁷⁾. Intorno ai civilisti di tutta Europa è un paesaggio sociale ed economico che muta e che si complica: sugli anni Ottanta il mondo semplice di ieri è ormai divenuto il mondo complesso di oggi. E solo i ciechi e i sordi possono non prenderne atto.

Si complica il mondo dei soggetti e quello dei beni. Affiora la condanna non retorica della astrattezza dei modelli della civiltà borghese e delle sue conquiste pseudo-libertarie, ed emergono alla superficie sociale e giuridica soggetti concreti — imprenditori, operai, donne e fanciulli lavoratori — che la « nuova fase » considera e valorizza. Si comincia, poi, a prendere atto di un pullulare sempre più fitto di comunità intermedie e si profila un conseguente spostamento su di esse dell'asse di gravità di tutto l'ordinamento socio-giuridico. La ripugnanza illuministica per le persone giuridiche, che l'illuminismo aveva consegnato intatta alla Codificazione francese e che la Codificazione unitaria italiana del 1865 aveva superato non senza fatica, si vanifica di fronte alla contemplazione di una popolazione nuova di soggetti non-fisici, di associazioni e corpi morali, destinata a moltiplicarsi e a occupare i gangli nodali della circolazione economica e giuridica, la quale non si potrà risolvere più in un monolito statuale ma piuttosto in una complessa organizzazione pluralistica. Si aggiunga l'arricchimento nell'inventario dei beni: non

(27) Ora in: E.C., *Opere complete*, I, Torino, Utet, 1895.

più soltanto la terra e la proprietà immobiliare ma soprattutto quella mobiliare, e non più i soli beni materiali ma altresì quelli immateriali, con una dilatazione del credito e l'uso sempre più frequente dei titoli di credito e della moneta fiduciaria; si aggiunge l'esigenza di statuti differenziati per taluni beni con la conseguenza di regole differenziate di disciplina e di tutela.

L'impotenza della legge — non soltanto del Codice generale unitario del 1865 ma anche di quelle leggi speciali che il legislatore italiano ha cominciato a produrre in numero sempre più largo — lascia le pagine teoriche dei giuristi ed appare come una circostanza effettiva, effettiva e negativa, nella vita sociale del paese. Il vecchio monopolio e il vecchio esproprio operati dall'assolutismo giuridico si rivelano inadeguati a ordinare una realtà sempre più straripante perché sempre più complessa. Riemerge l'idea di coinvolgere a livello di fonti dottrina e giurisprudenza proprio nella loro veste di *interpretatio*, cioè di osservazione disponibile d'un paesaggio socio-economico che cambia e di sua traduzione in termini di costruzione giuridica. Il rischio, di cui si ha coscienza nella civilistica italiana più vigile di fine secolo, è il divario insanabile fra paese reale e paese legale, con la conseguenza rovinosa di una irrecuperabile perdita di credibilità del diritto come strumento ordinante. L'universo giuridico vivente, quello che si produce nella società spontaneamente giorno dopo giorno, deve avere — pena una crisi profonda delle coscienze — una coerente corrispondenza nel diritto ufficiale. Dirà Gény in un passo memorabile della « Méthode »: « avant tout, le droit positif doit rester chose vivante. Or, vivre, c'est se mouvoir et se transformer. Pour le droit c'est plus encore: c'est lutter, en vue d'une parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale » (28).

È un canone metodico, che possiamo attribuire legittimamente anche alle correnti innovatrici di quel felice momento della nostra civilistica e in nome del quale vengono discusse e anche incrinata molte delle vecchie dommatiche dell'assolutismo giuridico. Sarà tuttavia questo a vincere in Italia, a fine Ottocento, presso la maggioranza silenziosa dei giuristi, e la vicenda della scienza giuri-

(28) *Méthode d'interprétation*, cit. § 185.

dica italiana del Novecento, addirittura fino a ieri, nel suo perenne tormento, nella sua perenne ricerca di nuove strade nel territorio proibito delle fonti lo sta a segnalare. Ancor oggi che l'odierna carta costituzionale consentirebbe scelte coraggiose per recuperare l'esperienza giuridica in tutta la sua complessità anche extrastatuale, l'assolutismo giuridico dimostra di esser calato nell'animo del giurista e di avere operato un plagio profondo. Il diritto privato italiano è ben lungi dall'essere quel diritto dei privati, come un autentico pluralismo giuridico pretenderebbe.

RIPENSARE GÉNY

1. Gény nel divenire del pensiero giuridico moderno. — 2. L'assillo della scientificità: una palinogenesi metodologica per il civilista. — 3. Complessità del sociale e complessità del giuridico: insufficienza espressiva della legge scritta. — 4. La rivincita dei fatti: oltre lo schermo delle fonti. — 5. Dalla « *interprétation des sources* » alla « *interprétation du droit* ». — 6. La legge scritta nella coralità delle fonti: una operazione riduttiva. — 7. Produzione e interpretazione del diritto: il ruolo del giurista-interprete nella visione pluralistica dell'ordine giuridico. — 8. Il ruolo del giurista-interprete e la rinnovazione dell'ordinamento: il conio di nuovi strumenti giuridici. — 9. Ripensare Gény.

1. A François Gény e alla sua opera scientifica è dedicato il volume XX dei « Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », che sta per essere stampato. Per la scelta di un simile oggetto quale tema di un intiero volume monografico sono io e io soltanto il responsabile. Il Consiglio di Redazione aderì prontamente, ma la prima idea e la prima proposta furono mie. Questo dico non per farmene titolo di merito, sibbene per assumermene pienamente la responsabilità; questo dico, perché — ancor oggi e, forse, soprattutto oggi — su Gény sospetti, equivoci e diffidenze si intrecciano a gelidi silenzi, come ho potuto constatare nella non facile, anzi faticosa, organizzazione del lavoro collettivo.

Una siffatta constatazione è stata per me doppiamente sconsonante: perché costituisce il segno che l'opera del grande giurista di Nancy, o non è stata letta, o è stata letta distrattamente, o è stata fraintesa, o, infine — circostanza, ohimè, più probabile — è stata culturalmente rifiutata e quindi prontamente rimossa; perché — tirando una elementare conseguenza da tutte le congetture avanzate — è il segno di un perdurare pervicace nell'atteggiamento dell'odierno giurista di convinzioni ultime ispirate al più rigoroso e rigido positivismo giuridico.

Licenziando, nell'ottobre del 1924, la quarta ed ultima parte della sua seconda massiccia fatica, « *Science et technique en droit*

privé positif », Gény non riusciva a contenere una espressione di rammarico: « je sens beaucoup de résistance se maintenir à l'état latent » ⁽¹⁾, prendendo atto di un atteggiamento sostanziale che durava ormai da venticinque anni, dalla data di apparizione della *Méthode* ⁽²⁾, e che faceva spicco rispetto alle frequenti adesioni formali e alle frequentissime citazioni ⁽³⁾.

Quell'atteggiamento, che il giovane professore di « Code civil » a Dijon ⁽⁴⁾ e il maturo « doyen » della Facoltà giuridica di Nancy ⁽⁵⁾ sperimentarono nella sua persistenza, è duro a morire; il giurista — almeno quello continentale — ancor oggi, malgrado le adesioni immancabili alle dottrine istituzionalistiche e l'elogio di Santi Romano recitato a fior di bocca ⁽⁶⁾, è e resta nel fondo dell'animo suo statalista e legalista, adagiato nella nicchia comoda e tranquillizzante (ma soprattutto congeniale) della esegesi. Per lui — non soltanto per il giurista operante cento anni fa, ma altresì per quello dei nostri giorni — Gény è un personaggio scomodo, e il suo messaggio rappresenta la turbativa di un ordine giuridico sedimentato da due

⁽¹⁾ *Science et technique en droit privé positif* - Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique - IV. Paris, 1924. p. V (d'ora in avanti sarà citato sempre come: *Science et technique*).

⁽²⁾ La prima delle due grandi opere di analisi critica e di ricostruzione sistematica di Gény è appunto: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Paris, 1899, la cui seconda edizione apparirà - con il testo immutato ma con cospicue integrazioni - presso la Librairie Générale de Droit et de jurisprudence. in due volumi, nel 1919 (d'ora in avanti sarà citato sempre come: *Méthode*).

⁽³⁾ Aggiungerei oggi anche: malgrado le solenni onoranze a lui rese, in vita, poco dopo la sua *retraite*, su iniziativa di Edouard Lambert (si veda il *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, s.d.), e, non molto dopo la sua morte, in occasione del centenario della nascita (cfr. *Le centenaire du Doyen François Gény*. Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962, Paris, 1963).

⁽⁴⁾ Gény fu nominato professore di *Code civil* a Dijon nel 1892 e vi resterà fino al 1901.

⁽⁵⁾ Gény fu eletto *doyen* nel 1919, e confermato nella carica nel 1922. Era pertanto Decano della Facoltà quando scriveva la frase trascritta nel testo.

⁽⁶⁾ Cioè, per intenderci, del geniale scrittore di teoria generale del diritto col suo libello « L'ordinamento giuridico » (1917), non già del giuspubblicista, sistematore insigne del diritto pubblico positivo italiano, che appare spesso smentire nelle costruzioni positive le proprie riflessioni felicemente e arditamente avanzate su un piano filosofico-giuridico.

secoli, l'incrinatura di inveterate certezze e la perdita della *tranquillitas* che da quell'ordine discendeva con semplicità.

Gény ha preso di petto, nel 1899 così come oggi, il teorico e l'operatore giurista, lo ha scosso dalla sua sonnolenza, gli ha caricato addosso una pesante croce di oneri e di responsabilità, lo ha perciò provocato e infastidito togliendolo dal cantuccio d'ombra in cui si era volentieri rannicchiato, ma gli ha ridato anche il senso del proprio ruolo e la consapevolezza della propria naturale libertà, della libertà della propria azione intellettuale.

Il giurista — dottrinario e pratico, che fosse o che sia — plagiato nel suo intimo da una sottile propaganda bicentenaria, e perciò statalista e legalista convinto, ne restò (e ne resta) sgomento; forse, lettore distratto e frettoloso di quell'ammasso troppo fitto di pagine e di citazioni dottissime che è « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif », non lo ha compreso nella autenticità del suo messaggio, e, fuorviato da quella locuzione « libre recherche scientifique » tanto ripetuta e ribadita e tanto equivoca se la si sottrae alla trama rigorosa del pensiero di Gény, ne ha percepito la sola valenza provocatoria, erosiva delle « conquiste » del diritto borghese, e perciò sostanzialmente ripugnante.

Certo, profondamente certo che intorno al civilista lorenese si sono accumulati grossolani fraintendimenti generatori di atteggiamenti apologetici od ostili (gli uni e gli altri culturalmente improduttivi); convinto invece del ruolo insinuante e complesso che egli ha giocato nella storia del pensiero giuridico moderno, profondamente convinto che Gény sia — tra Ottocento e Novecento — motivo di affrancazione da condizionamenti e pregiudizi, nonché di recupero in complessità e ricchezza per l'universo giuridico; in grazia di questa certezza e convinzione ho ritenuto opportuno riproporre la persona e l'opera gényana come oggetto d'un intero « Quaderno » monografico.

La sollecitazione prevalente era storico-giuridica: occorreva ripensare Gény nel suo tempo, soprattutto nello spartiacque fra i due secoli, nel divenire della scienza giuridica da lui segnato a tal punto da caratterizzare col crinale della propria riflessione un prima e un dopo quali territori storici diversamente contraddistinti.

Forse però l'invito a ripensare Gény non aveva e non ha quale destinatario esclusivo lo storico del diritto; com'è nel programma e

nella consuetudine dei « Quaderni fiorentini », l'apostrofe può convenientemente rivolgersi anche al teorico del diritto e, più in generale, all'odierno cultore del diritto positivo, in particolare al privatista: ed è per questo che son lieto di pubblicare anche nella « Rivista di diritto civile », con qualche opportuna modificazione formale, il testo delle mie pagine introduttive. Sono convinto che Gény parla ancora per il privatista un messaggio di straordinaria vitalità e freschezza. Infatti, se il pubblicista — in forza dei suoi legami più intensi con il « politico » e con il « sociale », in forza delle sue fonti storicamente assai più plastiche — si è affrancato da vecchie e viete mitologie ed ha aggiornato efficacemente i proprii canoni metodici, il giusprivatista — con alle spalle quel fatto totalizzante che è, sul piano delle fonti, la codificazione — si mostra ancora vincolato a certi modelli passati di giurista, impregnato di certi miti e devoto di certi culti, insomma tanto sottilmente plagiato da far fatica a scollarsi di dosso il peso d'una educazione e quindi d'una caratterizzazione affatto inadeguata al suo ruolo odierno. Offrire anche a lui una occasione di ripensare Gény è dare un contributo a quel rinnovamento psicologico, che, pur in progresso negli ultimi decenni, vede tuttavia in atto resistenze più o meno latenti.

Ma perché, per l'appunto, Gény? Che cosa ha di tanto singolare la sua pagina per poterla rileggere con profitto a quasi cento anni di distanza? Perché l'impietosa usura del tempo non l'ha condannata tra le cianfrusaglie del rigattiere?

Cercherò di dare una risposta plausibile nel corso di queste pagine introduttive, ma voglio sin d'ora anticipare che il « segreto » di Gény sta nel non essere mai un descrittore: le sue pagine non costituiscono mai un dagherrotipo del proprio tempo destinato ad ingiallire rapidamente. Il proprio tempo è sempre per lui non un frammento isolato, ma il punto di una linea, che ha radici lontane ma che prosegue sicura in un avvenire ugualmente lontano. Gény si muove sempre e soltanto sul piano dei grandi problemi che toccano l'essenza del lavoro del giurista, del grande dibattito di idee sull'assetto costitutivo del diritto moderno. Questo « vigoureux remueur d'idées » (7), con un messaggio fatto di insoddisfazioni per il vecchio

(7) Come lo chiama Edouard Lambert nella sua « préface » (p. XXI) al *Recueil*

e di presentimenti del nuovo, più che chiudere il secolo diciannovesimo, apre il secolo ventesimo, collocandosi arditamente fra le consolidazioni moderne del diritto (ma già vecchiotte e anchilosanti) e le prime linee di un suo sviluppo postmoderno.

Insomma, il filo culturale lanciato nel 1899 corre continuo, senza cesure, fino a noi. Gény mi sembra appena alle nostre spalle, in grado di dare suggerimenti che possiamo intendere distintamente e raccogliere per il presente e per il futuro. « C'est aussi indiquer une direction d'avenir »⁽⁸⁾: quanto, a distanza di trenta anni dalla pubblicazione della *Méthode*, il civilista Eugène Gaudemet poteva scrivere con la tranquilla coscienza di chi, guardando il passato svolgersi del filo lo vedeva proiettarsi con sicurezza nel futuro, credo che possiamo oggi ripetere noi malgrado il molto maggior tempo trascorso.

2. Gény ha avuto una lunga, anzi lunghissima esistenza, morendo quasi centenario nel dicembre del 1959, ma non si può dire che sia stato autore di molte opere; al contrario, più di ogni altro, egli può essere qualificato *homo unius libri*. Il *liber*, il libro suo per eccellenza, è l'ampia riflessione su « *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* », che pubblica in prima edizione, non ancora quarantenne, nel 1899: in precedenza, aveva scritto poco di rilevante in campo romanistico e civilistico⁽⁹⁾; successivamente, tutto quello che scriverà sarà sviluppo e applicazione del nodo robusto di idee contenute in questo volume, anche l'ampia monografia civilistica sulle lettere missive⁽¹⁰⁾, anche l'altra grossa fatica

d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, precedentemente citato.

⁽⁸⁾ « Il y a quelque trente ans que ces deux noms [e cioè di Saleilles e di Gény] devinrent le mot d'ordre et le mot de ralliement des jeunes civilistes qui menaient alors en France le bon combat pour la méthode. Mais c'est aussi indiquer une direction d'avenir » (E. GAUDEMET, *L'oeuvre de Saleilles et l'oeuvre de Gény en méthodologie juridique et en philosophie du droit*, in *Recueil d'études sur les sources du droit*, cit. III p.5).

⁽⁹⁾ Le cose di maggiore interesse sono in realtà due anticipazioni della futura *Méthode*, che egli pubblica nella sede appartata di una Rivista borgognona. Cfr. *Essai critique sur la méthode d'interprétation juridique en vue d'une orientation nouvelle des études de droit privé* in *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*. VII (1897), e *Essai critique sur la méthode d'interprétation juridique*, *ibidem*. VIII (1898).

⁽¹⁰⁾ *Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal*

« Science et technique en droit privé positif » la cui pubblicazione in quattro parti lo impegna addirittura per dieci anni ⁽¹¹⁾.

Personaggio d'un sol libro, perché personaggio dalla straordinaria compattezza e coerenza. Gény vive infatti il privilegio di avere ordito e definito un proprio progetto scientifico e culturale fin dagli anni della giovinezza, di averlo costruito con profonde radici nella propria coscienza morale, e di avervi perciò mantenuto saldamente fedeltà per tutto il lungo itinerario successivo. Chi legge lo Gény dopo la *Méthode* non solo vi scopre relativamente di nuovo, ma può restare infastidito da una ripetizione quasi ossessiva di approcci metodici e di idee fondanti: e questo fino agli « Ultima verba » stancamente dettati da un vecchio novantenne ⁽¹²⁾. Ecco perché non è scorretto identificare in quel libro una vita di ricerca e a questo riferirci per misurare sia l'originalità storica di Gény, sia la incisività del suo messaggio anche per l'odierna scienza giuridica.

La *Méthode* appare — lo sappiamo — nel 1899, e dobbiamo veramente collocarla nello spartiacque fra i due secoli: raccoglie infatti i germi di novità che la riflessione giuridica francese aveva fatto emergere nell'ultimo decennio, ma li sviluppa e li sistema in un ampio disegno organico dando loro un volto, una dignità, una forza culturale tanto intensi da poter fungere da breviario per il giurista del Novecento; anche se non lo tocca alcun sentimento di disprezzo per il passato, Gény guarda però al futuro e pretende di costruirlo su basi più solide.

I problemi che lo dominano e lo tormentano sono la scientificità

français, Paris, Sirey, 1911. Come puntualmente informa Gény nello « avant propos », il fine dell'opera consiste nel « tenter ... l'application serrée, minutieuse, sincèrement objective, d'une méthode critique d'investigation du droit positif, dont les principaux traits, déjà doctrinalement esquissés, demandaient, sans plus tarder, à prendre corps dans une "exemplification" concrète de quelque étendue » (p V).

⁽¹¹⁾ La « Introduction » e la prima parte (« Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution ») sono licenziate dall'autore nel '13, la seconda parte (« Elaboration scientifique du droit positif-L'irréductible droit naturel) nel '15, la terza (« Elaboration technique du droit positif ») nel '21, la *quarta* (« Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif - Le conflit du droit naturel et de la loi positive ») nel 1924.

⁽¹²⁾ *Ultima verba*, Paris, 1951 (il libello, tradotto in italiano da G. Ambrosetti, prefato da F. Battaglia, è stato pubblicato dalla Editrice Studium, Roma, 1956).

del diritto (soprattutto del diritto privato) e, quindi, ben al centro delle attenzioni, la ricerca di un metodo che salvaguardi interamente quella scientificità; poi, consequenziali e compenetrati ai primi, il problema delle fonti del diritto privato e della vita delle fonti nel tempo e nello spazio, cioè della loro applicazione/interpretazione.

Gény non è né il primo né il solo, nella Francia di fine Ottocento, ad esservi attento. Dal 1890, Raymond Saleilles, giurista sensibilissimo, avvia, per il tramite di un convinto storicismo, un nuovo modo di concepire e valutare le fonti legislative e il rapporto dell'interprete con queste; saranno interventi provocati dal gran travaglio codificatorio tedesco ⁽¹³⁾, saranno interventi dichiaratamente metodologici ⁽¹⁴⁾, saranno più spesso interventi sul delicato tessuto costruttivo di istituti difficilmente inseribili negli schemi della tradizione civilistica ⁽¹⁵⁾. Accanto, è tutto un pullulare di insoddisfazioni e di tentativi di ricerca da parte di intelligenti *homines novi*, di cui sono efficace testimonianza per tutto il corso dell'ultimo decennio del secolo parecchie significative tesi dottorali ⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ Ci riferiamo, in particolare, a: *Etude sur la théorie générale des obligations d'après le projet de Code civil allemand* e *Etude sur les sources de l'obligation dans le projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XVIII (1888-89), poi confluiti in: *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, Paris, 1890; *Etude sur la théorie générale des obligations dans la seconde rédaction du projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XXIV (1894-95); *Note sur l'art. 54 du Code civil allemand relatif aux associations dépourvues de la personnalité*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XXXVIII (1898-99); *Les associations dans le nouveau droit allemand*, in *Le droit d'association*. Etudes, notes et rapports, Paris, 1899.

⁽¹⁴⁾ In particolare: *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XIX (1890, 1°) e *Fondement et développement du droit*, ibidem, XXII (1891, 2°).

⁽¹⁵⁾ In particolare: *De la cession de dettes*, in *Annales de droit commercial*, IV (1890); compte rendu de PAUL RENCKER, *De la non responsabilité conventionnelle*, in *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, IV (1894); *Le Homestead aux Etats-Unis. Constitution d'un patrimoine de famille insaisissable*, in *Bulletin de la Société des Amis de l'Université de Dijon*, III, I (1895); *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, in *Annales de droit commercial*, IX (1895) e XI (1897); *Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie de la responsabilité délictuelle*, Paris, Rousseau, 1897; *Le risque professionnel dans le Code civil*, in *La Réforme sociale*, XXXV (1898, 1°); *Un nouveau livre sur la cession de dettes*, in *Annales de droit commercial*, XIII (1899).

⁽¹⁶⁾ Accosto qui qualche titolo di opere prime e non prime, ma comunque di

Decennio, insomma, fertile ⁽¹⁷⁾ per la civilistica francese, fertile di potenzialità future, che troverà il suo compimento in alcuni straordinari eventi che lo storico ha il dovere di sottolineare: il primo congresso internazionale di diritto comparato del 1900, voluto e promosso in prima persona da Saleilles e che rappresenta non soltanto il primo serio tentativo di dar fondazioni metodologiche salde alla nuova scienza comparatistica, ma altresì di costituirla come salvataggio culturale per lo studioso di un diritto positivo nazionale (fosse pure quello francese) dandogli aperture e respiro rispetto a un chiuso e limitato sistema normativo ⁽¹⁸⁾; la creazione, nel 1902, della *Revue trimestrielle de droit civil*, frutto della collaborazione culturale fra un civilista storicista come Saleilles e uno storico del diritto intimamente giurista ⁽¹⁹⁾, eccellente cultore anche del diritto posi-

giovani autori (per la più gran parte dottorandi), opere che toccano temi allora incandescenti e, per lo più, in profonda revisione: E. LAMBERT, *Du contrat en faveur de tiers* (1893); E. LEVY, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière* (1896); L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées* (1897); H. LANGLOIS, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence en droit français* (1897); E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier* (1898). Scriverà il civilista montepessulanese Joseph Charmont, prendendo buona nota, nel 1902, sul primo fascicolo della « *Revue trimestrielle de droit civil* » di due tesi di dottorato in tema di abuso del diritto (tema allora vivissimo; nello stesso anno Georges Ripert avrebbe redatto la sua tesi sui rapporti di vicinato): « On ne devrait pas avoir besoin de dire que, pour suivre le mouvement des idées juridiques, il faut s'intéresser aux thèses de doctorat » (J.C. *L'abus du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, I (1902), p. 113). Andrebbero tuttavia qui ricordate anche alcune personalità più mature (per esempio Charles Bufnoir, di cui vedi il complesso profilo, venato anche da riserve, tracciato dallo stesso Génv nel rendiconto critico della raccolta postuma di scritti: *Propriété et contrat*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XLIX (1900), p.108 ss.) E potrà essere utile un raffronto col profilo, assai più encomiastico che ne tracciò il genero di Bufnoir, Raymond SALEILLES, *Monsieur C. Bufnoir*, in *Archivio giuridico*, LX (1898), p. 534 ss.

⁽¹⁷⁾ Génv stesso, nello « *avertissement* » scritto nel 1919 per la seconda edizione della *Méthode* (p.III), contemplando con sguardo quasi storiografico il grande dibattito dei suoi anni giovanili, parla di « un mouvement d'envergure aussi vaste et qui devra trouver quelque jour son historien ».

⁽¹⁸⁾ Saleilles vi gioca un ruolo relevantissimo: è suo il *rapport présenté à la commission d'organisation sur l'utilité, le but et le programme du Congrès*, che, prima ancora di essere pubblicato negli « atti » congressuali, fu stampato e può comodamente leggersi in *Bulletin de la Société de Législation comparée*, XXIX (1899-1900); è sua la relazione di base su *Conception et objet de la science du droit comparé*, *ibidem*.

⁽¹⁹⁾ Questa precisazione potrà parere a qualcuno del tutto pleonastica, e giusta-

tivo, come Adhémar Esmein⁽²⁰⁾, Rivista che, sia nell'articolo programmatico di Esmein⁽²¹⁾, sia in altri interventi di diversi maestri del diritto⁽²²⁾, dimostrava sin dai primi fascicoli di non essere un innocuo contenitore di saggetti e di sentenze ma di voler perseguire il progetto di arricchire il mestiere e l'istrumentario tecnico del giurista con tutte le acquisizioni metodologiche emerse e via via consolidate nel corso di un quindicennio; il centenario del *Code civil*, culminante nelle celebrazioni parigine dell'ottobre 1904 e nei due sostanziosi volumi che tutti conosciamo⁽²³⁾, ma che, al di sopra dei trionfalismi e dei patriottismi, più che erigere un altarino apologetico al Codice, si risolve anche in un elogio di quanto in quei cento

mente, non potendo essere lo storico del diritto altro che un giurista, il quale - per adempiere egregiamente il proprio mestiere - ha da utilizzare gli strumenti specifici della conoscenza giuridica rivolti a comprendere i più svariati tessuti storici. Non è pleonastica, se si pensa alla situazione attuale della storiografia giuridica in Italia, dove aumentano sempre più in maniera sconcertante gli storici del diritto privi di una adeguata preparazione giuridica. È invece assolutamente pleonastica per la Francia di allora, quando non erano infrequenti gli esempi di storici del diritto, che si proponevano provetti cultori anche della teoria generale del diritto e di specifiche branche del diritto positivo francese (vengono subito alla mente i nomi del nostro Esmein, di Ernest Glasson, di Edmond Meynial), e quando essi altro statuto intellettuale non pretendevano che di appartenere alla scienza giuridica intesa unitariamente e professata con una viva percezione di questa unità.

⁽²⁰⁾ Adhémar Esmein (1848-1913) fu anche un apprezzatissimo cultore del diritto costituzionale e autore di un « manuale » assai fortunato.

⁽²¹⁾ È il saggio: *La jurisprudence et la doctrine*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, I (1902). p. 5 ss. Il suo valore programmatico viene esaltato dalla circostanza che, mancando completamente un programma autonomo, questo primo saggio di apertura, redatto dal suo direttore-fondatore, veniva implicitamente ad assumere un siffatto significato.

⁽²²⁾ Soprattutto il saggio-recensione di R. SALEILLES, *Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, *ibidem*, p. 80 ss., dove sono discusse opere di Stammler, di Duguit, di L. von Savigny e la *Méthode* di Gény quali contributi al divenire della scienza giuridica europea tra Ottocento e Novecento; e poi quello di un singolare civilista « giusnaturalista » JOSEPH CHARMONT su *L'abus du droit*, *ibidem*, p. 113 ss. (saggio che ho più sopra ricordato) e quello di E. MEYNIAL, *La déclaration de volonté*, *ibidem*, p. 545 ss. (a proposito di un rilevante contributo teorico di Saleilles sullo stesso tema uscito proprio l'anno prima). In una simile direzione non può essere taciuto il saggio-recensione dello stesso Gény, *Une théorie nouvelle sur les rapports juridiques issus du contrat de travail*, p. 332 ss., cui farò riferimento anche in seguito.

⁽²³⁾ *Le Code civil - 1804/1904 - Livre du centenaire*, Paris 1904.

anni si era fatto dopo il Codice e malgrado il Codice, e quindi in un elogio di una giurisprudenza francese assai più sensibile del legislatore ai problemi del mutamento sociale ed economico ⁽²⁴⁾.

In questo clima si inserisce la *Méthode* di Gény, e di questo clima essa è espressione, ma non è opera che possa essere mescolata fra le tante. Ad essa debbono ascriversi due straordinari meriti: è grazie al messaggio robusto contenuto nelle sue pagine che lo sparso dibattito fatto di note, cenni, percezioni, atteggiamenti singoli non viene soltanto organicamente sistemato, ma sottoposto a una essenziale palingenesi spingendolo a un livello ben più alto e trasformandolo in un autentico discorso sul metodo, un discorso che reinventa per il secolo a venire la « scienza nova » del diritto riconducendo l'augusta disciplina di Ulpiano e di Bartolo — ormai ridotta ad esegesi — negli argini filosoficamente rigorosi ma liberi ed aperti d'una indiscutibile scientificità; è grazie ad essa, al suo costituirsi come un indispensabile punto fermo per ogni possibile discussione, che il dibattito acquista vivacità, intensificandosi in quantità e qualità e garantendo alla scienza giuridica francese durante i primi decenni del Novecento uno dei momenti più felici della sua storia.

Non, dunque, un contributo fra i tanti, ma un'opera che segna un prima e un poi, segna uno spartiacque e vi si colloca. Questo fu inteso limpidamente anche dai giovani giuristi francesi, che avevano subito letto Gény con entusiasmo; dirà puntualmente Marcel Mor-net, autore di una tesi parigina di dottorato che avrà onore di larghe citazioni nella seconda edizione della *Méthode*, nel '19: « ce livre lui-même qui fut un couronnement, semble devoir être maintenant un point de départ » ⁽²⁵⁾.

Ed è vero. Il civilista lorenese aveva redatto un manifesto, un manifesto di ben seicento pagine ⁽²⁶⁾, ma un manifesto. È proprio la

⁽²⁴⁾ Significativo anche l'atteggiamento della giurisprudenza, che sembra quasi festeggiare il centenario del proprio lavoro interpretativo. Emblematico il discorso pronunciato il 29 ottobre 1904 alla Sorbona, proprio in occasione del centenario, dal Primo Presidente della Corte di Cassazione ALEXIS BALLOT-BEAUPRÉ, in *Le centenaire du Code civil*, Paris. Imprimerie nationale, 1904, p. 27 ss. Dello stesso si veda anche il *Discours d'installation à la Cour de Cassation*, pubblicato in *Le droit*, 17 ottobre 1900.

⁽²⁵⁾ M. MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile - 1804/1904*, Paris, 1904, p. 4.

⁽²⁶⁾ Così nella prima edizione del 1899, nella quale era ristretto a un solo volume.

psicologia dello scrivente, che si compenetra a tutta l'opera sua e da essa in ogni riga traspare, a rendere la *Méthode* un fatto letterario unico: è, innanzi tutto, « un sérieux examen de conscience »⁽²⁷⁾ compiuto da un giurista, che allo scadere di un secolo coincidente con quasi cento anni di vita giuridica francese sotto l'impero d'una codificazione generale ritiene di interrogarsi per porsi finalmente, con la più aperta franchezza, domande essenziali sul rapporto fra esperienza giuridica e sistema delle fonti, sulla interpretazione quale garanzia di vitalità per ogni ordinamento e quindi anche quale aggancio necessario fra quella esperienza e quel sistema, sulla propria identità di giurista.

Gény è sorretto da una duplice coscienza.

Che a chi, come lui, si accinge a un compito tanto delicato e impegnativo, occorre un non facile lavacro interiore, occorrono per l'osservazione occhi mondi, che abbiano saputo sbarazzarsi dei plagi e delle suadenze che il passato inevitabilmente insinua per resistere al nuovo; se si vuol fare un concreto passo innanzi, deve infatti trattarsi di una « enquête intime, franche, exempte de tout préjugé comme de tout parti pris »⁽²⁸⁾; vergine di pregiudizii, Gény sa di poter far conto solo sui « vierges de préjugés »⁽²⁹⁾ per non restare impantanato in uno sterile misoneismo e consentire ai risultati del suo esame di diventar canone accettato della comunità dei giuristi.

Che gli occhi non han da essere soltanto mondi ma anche culturalmente provveduti; non servono occhi miopi, che non vedono perché non ne hanno la capacità. Alla coscienza della propria sincera disponibilità interiore si assomma quella della propria validità e delle proprie personali e singolari possibilità. Anche senza sgradevoli espressioni manifeste, che avrebbero costituito una pesante caduta di stile, le pagine della *Méthode* (e poi di *Science et technique*) sono tutte impregnate d'un siffatto preciso sentimento, ma v'è una circostanza in cui Gény ritiene di doverlo manifestare con icasticità. Nel 1910 il « Collège libre des sciences sociales »

(27) *Méthode*, Introduction, n. 3: « il nous faut faire un sérieux examen de conscience » (il corsivo è di Gény).

(28) *Méthode*. Introduction, n. 3.

(29) L'affermazione è in *Science et technique*, n. 9.

organizza un corso di lezioni su « Les méthodes juridiques », oggi a noi conservato in un assai eloquente volume che le raccoglie. Accanto a Gény, che è l'unico docente di una Facoltà provinciale, parlano Larnaude, Berthélemy, Tissier, Truchy, Thaller, Pillet, Garçon, tutti professori della Facoltà giuridica parigina. L'esordio del nostro è quasi all'insegna della sfida: dopo le scuse « d'avoir à garder une position décidément personnelle » e di « assumer toute la responsabilité de mon indépendance », ecco la assai netta conclusione: « Mais surtout, je m'estime autorisé à penser que la seule raison, qui puisse expliquer ma présence à cette place, soit qu'on ait voulu m'offrir bienveillamment l'occasion d'exposer, devant un public curieux de ces questions, et dans une Maison ouverte à toutes les audaces de l'esprit, à quel stade j'en suis personnellement arrivé dans la précision de la Méthode juridique. Vous me permettez donc de vous présenter librement et sincèrement le mouvement de ma pensée propre, tel qu'il s'est développé le long du monument édifié par les jurisconsultes philosophes de l'époque contemporaine et en présence des matériaux accumulés par toutes les forces créatrices de notre droit positif » (30).

È un testo dal valore squisitamente confessorio e su cui conviene indugiare un poco: quanto, nel 1899, il giovane giurista lorenese preferiva far scaturire implicitamente dal contesto d'una pagina o affidare alla indiretta mediazione di accenni, rilievi, giudizi, qui il maturo civilista, già forte del successo ottenuto e in procinto di pubblicare l'anno di poi il documento applicativo delle sue premesse metodiche e cioè il volume intorno alle lettere missive, non ha proprio peli sulla lingua e tiene a dichiarare espressamente la volontà di non essere mescolato e confuso con gli altri giuristi in un pubblico palcoscenico dove — per l'appunto — l'attenzione verteva direttamente, senza il filtro della interpretazione che poteva servire ad attutirne la valenza filosofica sotto un mantello tecnico, sul metodo giuridico, sul metodo giuridico e basta. Il tono è polemico, e polemica è la solitudine in cui egli vuole arroccarsi. È evidente il

(30) *Les procédés d'élaboration du droit civil. In Les méthodes juridiques* — Leçons faites au Collège libre des Sciences Sociales en 1910 par Mm. F. Larnaude, H. Berthélemy, A. Tissier, H. Truchv, E. Thaller, Pillet, E. Garçon, F. Gény, préface de Paul Deschanel, Paris, 1911, pp. 174-75.

compiacimento di chi si volge indietro e contempla soddisfatto l'opera sua ⁽³¹⁾: opera personalissima, indipendente, di chi ha presentito la direzione storica e ha tentato di segnalarla tenendo dietro a un senso di consapevole responsabilità, ma anche con una di quelle mirabili « *audaces de l'esprit* » non infrequenti nella storia della umana avventura.

« *Le moment est venu* » aveva scritto Gény nella introduzione alla *Méthode* ⁽³²⁾, proponendosi come lettore attento dei segni e come investito d'un compito tra il profetico e il missionario. Ora, 1910, dodici anni dopo, dovendo parlar con franchezza di metodo, constata apertamente la giustezza della direzione e tiene a marcare la separazione del suo indagare da quello della massa indistinta dei giuristi.

La sua audacia interiore, il suo coraggio intellettuale, la sua responsabilità culturale miravano e mirano, in sempre ulteriori conquiste, a un grande disegno: « *la précision de la méthode juridique* ». La sua « *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* » era il primo punto d'una linea tutta da disegnare, e cioè il tentativo di scrivere — per la seconda volta in terra di Francia — nel campo più circoscritto della scienza giuridica ma con le generali consapevolezze filosofiche che, sole, potevano garantirne la scientificità, un vero e proprio « *discours de la méthode* », un « *discours de la méthode* » per quel singolare personaggio operante tra arte e scienza, che è il giurista di sempre, troppo spesso sonnolento, troppo spesso indifferente, troppo spesso involuto in una insensata astrattezza senza metafisica.

L'esame di coscienza di Gény è dunque la sua ricerca della verità; come ogni esame di coscienza, da avventura intellettuale diventa anche una avventura morale, e non può non avere una forte tensione verso la « riforma ». È proprio come itinerario culturale e

⁽³¹⁾ Questo compiacimento è nettamente segnato nello « *avertissement* » con cui Gény ristampa, nel 1919, la *Méthode*, aggiornandola di folte note ma lasciandola invariata nel testo, che viene riprodotto nella stesura avuta nel '99: « *je n'ai pas pensé qu'il y eût de modifier les bases essentielles du livre* », giacché « *les conclusions négatives qui formaient le but capital de l'oeuvre poursuivie, demeurent, à mon avis, inébranlées* » (p. VI-VII). È per le conclusioni « positive » che Gény è insoddisfatto, come dichiara in *Science et technique*, Introd. p. 10, e anche nello stesso « *avertissement* » alla ristampa ora citata della *Méthode* (cfr. p. VII).

⁽³²⁾ *Méthode*. Introduction, n. 5.

morale insieme che Gény tiene a separarlo dagli esercizi logici dello stuolo degli esegeti, insistendo sulla caratterizzazione autenticamente personale.

Ma il discorso retrospettivo del '10 ha un ulteriore valore confessorio: non è soltanto — quell'itinerario di ricerca e di riforma — il frutto di un personaggio che vi si è dedicato con la totalità delle sue forze interiori — conoscenza, intuizione, azione morale —, ma è il frutto dell'umiltà con cui questo personaggio solitario e consapevole si è chinato a leggere i giureconsulti-filosofi e a imparare da loro, si è impegnato a osservare e valorizzare *tutte* le forze creatrici del diritto positivo francese.

Qui, in questa *retractatio* fatta alle soglie dei cinquanta anni, con alle spalle l'edificio della *Méthode* consegnato alla critica mondiale e ormai riposato in una sua nicchia definita, in grado di offrire già le primizie dello sviluppo riflessivo — innanzi tutto, la distinzione poi ricevutissima fra *donné* e *construit* ⁽³³⁾ — che era in procinto di

(33) Come lo stesso Gény tiene ad avvertire nella « note de l'auteur » premessa alla prima stampa del primo volume di *Science et technique*. « les idées essentielles, qui sont à la base des études, dont le présent cahier commence la publication, ont été annoncées dans une leçon faite, en 1910, au Collège libre des sciences sociales ». Per il riferimento alla distinzione fra *donné* e *construit*, cfr. *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., pp. 181-182.

È soltanto per il lettore eventualmente digiuno e al solo scopo di far chiarezza che trascrivo qui le parole stesse usate da Gény nella predetta *leçon*: il *donné* è « ce que révèle la « nature sociale », interprétée d'après ses conditions propres ou sous les inspirations d'un idéal supérieur; pour aboutir à des directions de conduite, dont le fondement sera d'autant plus solide qu'il contiendra moins d'artificiel ou d'arbitraire»; il *construit* consiste invece, « en partant des données naturelles une fois acquises », nel « mettre celles-ci en valeur, c'est-à-dire les transformer ou les assouplir de façon à les adapter à la pratique, pour laquelle elles sont destinées ». Il *donné* è natura, il *construit* è artificio. Il primo è oggetto di *science*, il secondo di *technique*. « La notion de technique juridique représente tout ce qu'il y a d'artificiel ou ce qui est oeuvre propre de la volonté humaine dans la constitution du droit positif, et l'élaboration technique du droit consiste à donner aux éléments, fournis par la nature des choses, une forme, des contours, des manières d'être, qui les modifient, d'une façon toujours un peu factice et conventionnelle, en vue de les adapter à la vie » (p. 189). Infatti, « nécessaire et suffisante à la fois, pour donner au système du droit positif son fondement et ses cadres, la science, même largement entendue, reste, à elle seule, impuissante à fournir les pièces essentielles de son fonctionnement pratique » (p. 188). Queste idee, già percepite e puntualizzate con sicurezza nel 1910, saranno ripetute qualche anno dopo in *Science et technique*, n. 33 ss.

avviare a sistemazione nel primo prossimo volume di *Science et technique*, qui Gény ci porge sinteticamente i motivi e gli elementi costitutivi per comprendere appieno la sua ricerca: egli è un giurista, un giurista senza velleitarismi, un giurista che non vuole indossare altra pelle se non la sua propria, il cui campo d'azione — verità ripetuta infinite volte — è pertanto il puro diritto positivo, addirittura il diritto privato positivo; un giurista che deve misurarsi con tutto il *droit*, che, infrangendo i semplicismi di chi si contenta di forme e di artifici, deve avere una percezione più puntuale della complessità di forze che lo compongono; un giurista che, per far questo, non può non irrobustire il suo sguardo con un indilazionabile arricchimento culturale e soprattutto filosofico.

3. V'è una espressione, felice nella sua inusualità, che mi pare possa esser presa come conveniente punto di partenza per la comprensione del messaggio gényano; è contenuta in uno dei testi più indicativi del nostro, il discorso del 1900 su « la notion de droit positif à la veille du XX^e siècle », dove si parla della « sincérité naturelle de la vie juridique »⁽³⁴⁾

« Sincero », « franco » sono aggettivi che appartengono al lessico abituale di Gény, ma sempre attribuiti a se stesso o alle qualità di un'osservazione o di un giudizio. Il singolare, nella locuzione trascritta, è che si parla di una sincerità naturale della vita giuridica, dove la forzata trasposizione di un carattere squisitamente umano a segno distintivo di una realtà non sensibile come il diritto è l'efficace strumento retorico per sottolineare la convinzione elementare e fondante di Gény che il diritto è espressione della vita e che la manifestazione giuridica — lungi dall'essere forzatura o artificio — è di essa una dimensione connaturale e perciò congeniale e perciò particolarmente espressiva; il diritto, se è diritto e non violenza legale, non può non essere specchio sincero, cioè particolarmente fedele, della natura dell'uomo come animale sociale e della natura più intima della società.

Gény ripeterà giù tardi⁽³⁵⁾ molto volentieri, aderendovi, la

⁽³⁴⁾ *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle* - Discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de l'Université de Dijon le 8 novembre 1900, Dijon, 1900, p. 21.

⁽³⁵⁾ Nel 1919, nella seconda edizione della *Méthode*, nel primo dei saggi aggiunti

formula in cui felicemente si assomma la conclusione di un brillante libello scaturito nel solco fertile del movimento innovatore: « le droit ne domine pas la société, il l'exprime »⁽³⁶⁾; dove è segnato il nesso inscindibile fra diritto e natura delle cose sociali, ed anche la imprescindibile socialità del diritto.

Per il giurista di fine secolo qui si scrive la dignità prima della propria scienza, ma qui comincia anche per chi guardi attento la società nella sua globalità insoddisfazioni e preoccupazioni. Il sociale è colto da Gény, così come doveva apparire a un osservatore non superficiale, allo scorcio dell'Ottocento, nella sua complessità e nella sua mutevolezza; una realtà strabocchevole percorsa e complicata da relazioni sempre maggiormente proliferanti, una realtà — per giunta — che conquiste tecnologiche, nuove frontiere economiche, incisive lotte sociali immettevano in un divenire incessante. Gény lo percepisce con puntualità e ne resta affascinato; e per questa realtà il frequente manierismo del suo linguaggio ha le massime indulgenze. Il discorso del 1900 ne reca tracce evidenti, talora stilisticamente assai grevi (« la complexité infinie et la mouvance incessante de la vie sociale », « l'inépuisable richesse et la prestigieuse variété de la vie sociale »)⁽³⁷⁾, ma sono le tracce schiette di un sentimento che è particolarmente intenso.

Con una aggiunta ulteriore; il sociale di Gény è ancora più complicato e più ricco, perché non è confinato e risolto nella mera immanenza, anzi è un sociale aperto verso l'alto, sempre sorretto da una precisa coscienza del metafisico ed orientato a una dimensione metafisica; l'idea di una giustizia superiore come polo di tensione per l'umana giustizia e per tutto l'universo giuridico si presuppone alla intiera opera di Gény, con un crescendo riscontrabile nel procedere della riflessione. Dio — che Gény talvolta nomina espressamente, come fa (con grande coraggio, considerati i tempi di positivismo e scientismo dominanti) nella introduzione alla *Méthode*⁽³⁸⁾ — è, al

in calce al secondo volume, che si intitola: *Le combat doctrinal pour la méthode juridique en France et en Belgique depuis 1899* (cr. n. 189).

⁽³⁶⁾ J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908, p. 336.

⁽³⁷⁾ *La notion de droit positif à la veille du XX siècle*, cit., rispettivamente p. 17 e p. 21.

⁽³⁸⁾ *Méthode*. Introduction, n. 3.

pari del coro nella antica tragedia greca, un vero e proprio personaggio ideale; ma senza dubbio spiritualmente protagonista.

E tutto — il religioso, il morale, il sociale, il giuridico — confina e anche si immedesima nel mistero. Nessun giurista, al pari di Gény, ha infatti, con tanta insistenza, parlato esplicitamente di « mistero », tanto meno fra i suoi contemporanei cui doveva massimamente ripugnare il riferimento a una dimensione così abdicativa per l'umana ragione; e invece si parla nelle sue pagine dei « mystères de la nature morale » ⁽³⁹⁾, del « mystère du monde moral » ⁽⁴⁰⁾, della giustizia come « idéal mystérieux » ⁽⁴¹⁾ per arrivare imperturbato a discorrere del « mystère du monde » ⁽⁴²⁾ e del « grand mystère du droit » ⁽⁴³⁾.

È proprio da questa coscienza della complessità del reale, di tutto il reale — sia esso morale, fisico, sociale —, è proprio dalla consapevolezza delle rapidissime trasformazioni cui il mutamento sottopone la società moderna, che al giurista convinto della « sincerità » espressiva del diritto rispetto al sottofondo sociale ma operante in un paese retto da un rigido sistema codificato, cominciano ad affiorare dubbii e preoccupazioni, incrinature profonde nelle certezze più profonde d'uno scienziato, quelle metodiche.

Nel 1899 Gény non può smentire che qualcosa di positivo finalmente fermenta nel gregge dei giuristi e non manca di registrare compiaciuto nomi ed opere, ma constata anche che si tratta solo di semi sparsi, di intuizioni pròvvide, ma poche e non raccolte ⁽⁴⁴⁾. Il pericolo che incombe è invece di una rilevante gravità: il distacco sempre più acuto, fino a diventare una rottura insanabile, fra assetto sociale complicato e mobilissimo e un diritto ridotto a cortecchia

⁽³⁹⁾ *La notion de droit en France. Son état présent. Son avenir - Essai de ralliement autour d'un programme homogène d'études de philosophie du droit*, in *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, a. 1931, p. 15.

⁽⁴⁰⁾ *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit., p. 26.

⁽⁴¹⁾ *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 196.

⁽⁴²⁾ *Ibidem*, p. 185.

⁽⁴³⁾ *Science et technique*. Introduction, n. 3, *in fine*.

⁽⁴⁴⁾ Nella *Méthode* (Introduction, n. 4) egli cita a un posto d'onore Labbé e Saleilles, ma non può fare a meno di soggiungere: « je crains seulement que ce mouvement n'ait pas encore pénétré assez avant dans la masse des jurisconsultes, qu'il ne reste jusqu'ici, malgré tout, que le fait d'une très faible minorité ».

secca e separata, forma inutile perché inadatta a rivestire la realtà sottostante ⁽⁴⁵⁾.

L'osservazione del giuridico, del giuridico positivo come appare in terra di Francia a un civilista di fine Ottocento, si muta in una pesante invettiva. I mali profondi sono soprattutto due, e sono letali nella loro stretta combinazione: un sistema politico che intende monopolizzare la produzione del giuridico e ridurre il sistema giuridico a un insieme di leggi; una psicologia diffusissima persino nel ceto dei giuristi — impastata insieme di pigrizia e di incapacità — che ha fatto accettare l'estromissione dal ruolo creativo del diritto e ha fatto ritenere naturale che comunità antiche produttrici di consuetudini, giudici, scienziati del diritto siano paghi d'esser soltanto destinatarii o passivi applicatori di norme da altri costituite.

Gény conosce benissimo le radici storiche di quel parossismo legalistico e sa perfettamente che un siffatto assolutismo giuridico è soltanto un frutto storico, un frutto che, nel momento in cui lo si toglieva dal grembo di una vicenda relativa e lo si proponeva naturale e durevole al di là del tempo e dello spazio, diventava velenoso e perverso per l'ordine giuridico ⁽⁴⁶⁾. Quel che bisognava combattere senza risparmi di colpi non era la legge in quanto tale, strumento indispensabile e adeguato per ordinare i difficili meccanismi di una società moderna, bensì la sua mitizzazione, la credenza inconsapevole in un legislatore taumaturgo ⁽⁴⁷⁾, quasi che egli potesse, nell'istante di promulgazione dell'atto normativo, prevedere tutti i possibili sviluppi e ricomprendere in formule definite tutte le possibili situazioni e relazioni dell'organizzazione giuridica ⁽⁴⁸⁾.

La seconda dignità metodologica da affermare — dopo quella

⁽⁴⁵⁾ È il tema che trova la trattazione più icastica da parte di Gény nel discorso del 1900 su *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit., *passim*.

⁽⁴⁶⁾ Per una lucida storicizzazione dei postulati giusnaturalistici del legalismo ottocentesco e per una altrettanto lucida coscienza della destoricizzazione cui viene sottoposto questo legalismo durante i secc. XVIII e XIX fino a farlo diventare il traguardo ultimo e definitivo d'un ordine giuridico progredito, cfr. *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit., p. 14 ss.

⁽⁴⁷⁾ «Cette foi aveugle en la puissance des formules légales» (*Les procédés d'élaboration du droit civil* cit. p. 176).

⁽⁴⁸⁾ «Abusant de la délégation du peuple, se tenant pour chargé de sceller d'un coup le contrat social, le législateur a cru parfois pouvoir fixer en un instant tout

di un diritto sorpreso come espressione e non coercizione del sociale — è la impossibilità di una coincidenza fra legale e giuridico. Solo « ce fétichisme de la loi écrite et codifiée »⁽⁴⁹⁾ — che è superstizione⁽⁵⁰⁾, che è illusione⁽⁵¹⁾, che è unicamente « un mirage vulgaire »⁽⁵²⁾ — ha potuto avvalorare una conclusione contraria, ma è conclusione fideistica, antiscientifica, smentita dalla osservazione della realtà. A rettamente esaminarlo, dopo essersi ben mondati gli occhi da plagi deformanti, il sistema legislativo rivela la sua impotenza a ordinare i fatti⁽⁵³⁾, mentre la legge appare come una rivelazione assai parziale⁽⁵⁴⁾ — e, per giunta, « révélation imparfaite »⁽⁵⁵⁾ — del vasto territorio del diritto, quasi un continente sommerso di cui le formule legislative sono in grado di segnalare unicamente una cuspide affiorante. A fine Ottocento, sul piano del diritto ufficiale, domina ancora una visione estremamente ridotta e riduttiva⁽⁵⁶⁾ del grande fenomeno giuridico, incapace di esprimerlo nella sua vivacità e globalità e incapace quindi di porre in essere quella combinazione armonica che fissa nel diritto un cemento congeniale all'edificio sociale⁽⁵⁷⁾.

Ma ad un male si sovrappone un altro male: credendo indiscutibile un siffatto sistema chiuso e ritenendolo intangibile, gli interpreti-applicatori si sono volentieri legati da se stessi le mani e si son sentiti legittimati unicamente a esercizi logici tra i varii frammenti componenti il sistema⁽⁵⁸⁾. A una visione riduttiva dell'ordi-

l'ensemble de l'organisation juridique » (*La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit. p. 5).

⁽⁴⁹⁾ *Méthode*, n. 35. in principio. La stessa espressione è ripetuta in: *Les procédés d'élaboration du droit civil*. cit. p. 175.

⁽⁵⁰⁾ *Méthode*, n. 189.

⁽⁵¹⁾ *Science et technique*, p. 1. n. 11.

⁽⁵²⁾ *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit. p. 5.

⁽⁵³⁾ « La législation proprement dite, manifestement impuissante à suivre d'un pas égal et sûr l'évolution incessante des nécessités juridiques » (*Méthode*, Introduction, n. 3).

⁽⁵⁴⁾ « La loi écrite... ne peut être tenue pour autre chose, qu'une information, très limitée du droit » (*Méthode*, n. 183, in principio).

⁽⁵⁵⁾ *Méthode*, Introduction. n. 3.

⁽⁵⁶⁾ Terminologia che appartiene al lessico caratteristico di Gény.

⁽⁵⁷⁾ « L'insuffisance irrémédiable de la loi écrite à fournir à l'interprète toutes les solutions requises par la pratique » (*Méthode*, n. 84).

⁽⁵⁸⁾ « Malgré tout pourtant, on restait rivé à ce postulat, d'un droit reposant tout

namento giuridico ha corrisposto pertanto una concezione altrettanto riduttiva del compito del giurista interprete, necessariamente confinato al rango passivo di esegeta, utente meccanico di elementari procedimenti di logica formale.

Tutto questo non può che impedire al diritto di svolgere il suo ruolo sociale e al giurista di corrispondere al proprio statuto metodologico. Il diritto è condannato a sclerotizzarsi, il giurista a compiere una attività intellettuale di nessun rilievo scientifico. Gény condanna senza appello due semplicismi, l'uno consequenziale all'altro: a livello filosofico, il semplicismo giusnaturalista di credere nelle capacità illimitate di una intelligenza puramente razionale, che riesce a leggere la natura eterna delle cose e a fissarne le regole in formule dalla universale validità; a livello giuridico, il semplicismo di identificare nel legislatore il lettore-interprete-codificatore delle regole di natura e di affidargli il potere esclusivo di produrre le norme.

I guai del diritto moderno, dopo cento anni di esperienza codificata, si annidano nella coscienza che sorregge questi due semplicismi; che si affermano come semplicismi proprio di fronte alla infinita complessità del reale. Il richiamo alla complessità, che solo un atteggiamento culturalmente presuntuoso e insieme una pervicace operazione di accentrazione del potere riuscivano a ignorare, è il salvataggio culturale di Gény. Il civilista, attento alla prassi e alla sua genesi spontanea nella vita quotidiana del diritto, constata una infinità di figure nuove, che i complicati traffici moderni coniano per loro conto senza beneplaciti sovrani e che non possono trovare rispondenza nei modelli classici ma troppo statuarii offerti dal *code civil* ⁽⁵⁹⁾; e si avvede che occorre liberare il diritto privato da tutta una condizionante mitologia civilistica; soprattutto occorre riacquistare una disponibilità psicologica perduta per recuperare al giuridico quanto i dogmi legalistici avevano relegato nel limbo dell'irrelevanza o, peggio ancora, nell'inferno dell'illiceità.

entier sur la loi écrite et soumis à une stricte logique, qui paralysait les efforts les plus décidés » (*Méthode*, n. 188); « la plupart [des jurisconsultes] pratiquent délibérément une sorte de procédure mécanique d'interprétation et d'adaptation des préceptes juridiques, aux visées courtes, aux tendances étroites ». (*Science et technique*, Introduction, n. 3, in principio).

⁽⁵⁹⁾ Ne sarà trattato ampiamente più avanti.

Il peccato originale è principalmente di errata impostazione filosofica, e Gény vi si indugia volentieri con lo scialo straricco di uno straripante frasario barocco: « Partis du dogme, aveuglément accepté, de la souveraineté de l'intelligence et de l'omnipotence de la raison, nous avons tellement ratiociné, subtilisé, épilougué sur les hommes et sur les choses, que, découvrant chaque jour pour de nouveaux enchevêtrements, des variétés et des complications infinies, au milieu d'un flux incessant de réalités contingentes, nous en sommes arrivés à nous sentir de plus en plus envahis et abordés par la vie, submergés sous son exubérante richesse, écrasés de son incommensurable puissance, incapables finalement de la dominer pour en saisir toutes les relations, voire même pour en démêler les lignes principales » (60).

L'ammissione di una vita indominabile dalle sole facoltà razionali chiede una spiegazione ulteriore, ed affiora precisa quella che sarà un'idea-forza e una costante del pensiero di Gény: la vita è dominata anche da forze irrazionali e può esser pertanto compresa e ordinata unicamente tenendo conto anche di queste. Nel discorso digionese del 1900, poco dopo la diagnosi contenuta nel testo precedentemente citato, ecco la indicazione lucida di un cammino nuovo da percorrere, disegnata nel momento in cui si tesse l'elogio del « romantisme du droit » della Scuola Storica e della sua validità più duratura: « c'est qu'... il entrevoit la richesse et la complexité de la vie, qu'il sent profondément l'impuissance de la raison subjective à embrasser d'avance la totalité des rapports à régir, et que, constatant l'insuffisance du verbe autoritaire pour leur imposer l'ordre nécessaire, il fait appel à des forces plus obscures mais plus souples, en vue d'assurer la pleine mission du droit » (61).

Il motivo di fondo ritorna insistente: ricchezza della vita giuridica, povertà delle formule legali che hanno preteso di regimarla secondo un progetto unicamente razionale; richiamo pressante ad altre forze, che pur non facendo capo alla dimensione razionale e, anzi, proprio per questo, sono in grado di garantire un approccio più realistico con le « grand mystère du droit ».

(60) *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit., p. 12.

(61) *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit., p. 20.

4. Sono carenze che, senza dubbio, si manifestano nel tessuto stesso della vita quotidiana del diritto, nella costruzione degli istituti e degli assetti tecnici dell'ordine giuridico, ma che si originano innanzi: nascono infatti da scaturigini prime di indole filosofica, che si traducono immediatamente in una falsata e falsante epistemologia giuridica, trascinando necessariamente con sé la solidità, l'armonia, l'idoneità dell'intero edificio.

Se il giurista Géný ha precisa coscienza che « le moment est venu »⁽⁶²⁾ per assumere una posizione attiva; se il risultato non può non essere « un horizon plus ouvert... dans le champ de l'interprétation »⁽⁶³⁾, la strada non può invece che cominciare da molto più in alto e da molto più lontano: « j'entends donc chercher les bases d'une réforme d'après le point de vue méthodologique »⁽⁶⁴⁾; aggiungendo prontamente: « une méthode ... dont il appartient à la science seule de définir les procédés et de fixer les lois »⁽⁶⁵⁾.

Il problema è e resta, insomma, sostanzialmente epistemologico: risolto quel primo nodo, tutto diventerà più semplice. È in una siffatta indefettibile consapevolezza che si legittima il respiro filosofico, l'intelaiatura filosofica di tutta l'opera gényana. Non velleitarismo, non ostentazione, ma una elementare necessità di salvataggio culturale.

Sia ben chiaro, infatti, che il giurista non intende vestire panni che non gli si addicono; il giurista è e resta giurista senza nessuna presuntuosa metamorfosi. Egli ripete fino alla noia che il suo terreno è quello del « *pur droit positif, domaine du praticien, du magistrat, du jurisconsulte, de tous ceux qui ont a dégager les solutions juridiques* »⁽⁶⁶⁾, ma che non può non occuparsi anche di presupposti filosofici, giacché è proprio da premesse filosofiche errate che son venute ai giuristi e alla scienza giuridica tante nefaste conseguenze.

Egli si accosterà ai temi più propriamente filosofici con la massima umiltà, e con umiltà si sentirà tributario delle mature

⁽⁶²⁾ *Méthode*, Introduction, n. 5.

⁽⁶³⁾ *Méthode*, Introduction, n. 4.

⁽⁶⁴⁾ *Méthode*, Introduction, n. 5.

⁽⁶⁵⁾ *Méthode*, Introduction, n. 3, in fine.

⁽⁶⁶⁾ *Méthode*, Introduction, n. 6, in principio. Il corsivo è di Géný, la sottolineatura è, dunque, sua.

riflessioni che intorno a lui hanno costruito una antropologia più soddisfacente. Se il diritto vuol essere anche una scienza secondo una tradizione antica ed egregia, è questo un attingimento improcrastinabile. Proprio sotto il profilo della scientificità, gli esercizi logici dei giuristi sopra dei testi autoritativi appaiono assolutamente manchevoli, sia per l'insufficienza delle costruzioni puramente logiche a fornire alla ricerca scientifica delle fondazioni obbiettive ⁽⁶⁷⁾, sia per la separatezza di quei testi normativi dalla vita reale che essi pur dovrebbero ordinare e regolare ⁽⁶⁸⁾, sia per la giusta ripugnanza che non si può non nutrire verso una riflessione dipendente da testi indiscutibili e risolventesi piuttosto in una dommatica ⁽⁶⁹⁾.

Il fondato — e da Gény condiviso — timore è che tocchi al diritto ciò che è toccato in sorte alla teologia, l'espunzione dal novero delle scienze ⁽⁷⁰⁾. Per il nostro è giunto il momento di invocare il soccorso di quei *nouveaux philosophes*, dai quali è stato massicciamente conquistato.

Si è parlato ⁽⁷¹⁾ — e non a torto — dell'eclittismo filosofico di Gény, nelle cui pagine S. Tommaso e Suarez, dando la mano al

⁽⁶⁷⁾ « Le système des conceptions abstraites et des constructions purement logiques apparaît impuissant à fournir à la recherche scientifique autre chose qu'un instrument de découverte, sans valeur objective, qui peut suggérer les solutions, mais incapable, à lui seul, d'en démontrer le bien fondé, ni d'en éprouver le mérite intrinsèque et la vérité durable » (*Méthode*, n. 82).

⁽⁶⁸⁾ « Ce que je veux surtout relever, c'est la fâcheuse réaction, de cette fondamentale discordance entre le Droit positif et la vie soumise à son empire, sur le rôle social et scientifique de la jurisprudence à notre époque » (*La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit., p. 10).

⁽⁶⁹⁾ « La conception actuelle de la science ... exclurait incontestablement de son domaine une discipline, purement autoritative, qui, dominée par des textes infrangibles, s'attacherait seulement à en reconnaître le contenu » (*Méthode*, n. 186).

⁽⁷⁰⁾ « Aux yeux des philosophes et des sociologues, le Droit ne compte guère plus que comme une discipline simplement autoritative, que volontiers on évincerait du champ de la science, ainsi qu'on a prétendu déjà en bannir la Théologie » (*La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit. p. 11).

⁽⁷¹⁾ Da Felice Battaglia, in un saggio ormai remoto, ma che ha avuto il merito di richiamare l'attenzione del pubblico italiano e soprattutto dei filosofi del diritto sull'importante *tournant* rappresentato dalla riflessione giuridica francese fra Ottocento e Novecento. Cfr. F. BATTAGLIA, *L'interpretazione giuridica nella moderna letteratura francese*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IX (1929), p. 185 ss. (sull'eclittismo filosofico di G., p. 200).

padre Cathrein, si accompagnano a scienziati-filosofi come Poincaré e Duhem⁽⁷²⁾, a pragmatisti⁽⁷³⁾, e ancora a Boutroux, Bergson, Ollé-Laprune, Blondel. La compagnia è sicuramente all'insegna della eterogeneità, ma è anche doveroso segnalare che saranno questi ultimi i determinanti per l'atteggiamento e le scelte del civilista di Nancy. Sentitissimo è da lui il messaggio che proveniva da Ollé-Laprune e soprattutto dal suo allievo Maurice Blondel, che nel volume *L'action* scrive il manifesto ammirato dello spiritualismo francese di fine secolo⁽⁷⁴⁾. Gény vi si riconosce; si riconosce in questo messaggio che vuol ridare al soggetto il senso della sua complessità e della sua globalità, valorizzarne — accanto alla capacità razionale parossisticamente sottolineata da giusnaturalismo e scientismo⁽⁷⁵⁾ — forze più oscure ma non meno vive come l'intuizione, il sentimento, la fede⁽⁷⁶⁾, forze che appartengono alla co-

(72) Fisso sempre com'è a guardare « les bases mêmes de l'organisation positive », egli stesso riconosce qua e là nel suo sistema affioramenti di « un certain positivisme », un positivismo che gli sembra tuttavia sufficientemente mitridatizzato dal punto di partenza della propria indagine ancorato a principii superiori di giustizia (*Methodes*, n. 164). Sullo stretto positivismo di certa tradizione francese Gény è stato sempre prodigo di critica severa, pesantissima; si veda quanto egli ne dice, parlando a proposito di un giurista, che pur stima sommamente e di cui per certi versi si riconosce debitore, Léon Duguit: « une philosophie aussi courte, aussi superficielle, aussi simpliste, et, ajoutons-le, aussi largement dépassée que le positivisme agnostique, auquel se rattache délibérément L. Duguit » (*Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, XXI (1922), p. 780. Il saggio, per la sua importanza programmatica, sarà aggiunto dall'autore, quale primo studio complementare, alla quarta parte di « Science et technique » che appare nel 1924).

(73) Vedine una traccia significativa in: *Des droits sur les lettres missives*, cit., avant-propos. pp. X-XI, dove si fa riferimento al volume di JAMES, *Le pragmatisme*, tradotto in francese da Le Brun e preceduto da una corposa introduzione di Bergson.

(74) « L'action. Essai d'une critique de la vie et d'une science de la pratique » esce a Parigi nel 1893.

(75) Gény è tra quelli che rilevano con soddisfazione « comme signe caractéristique de ce processus de la conscience sociale au XIX^e siècle, qu'il a consisté surtout à passer d'un rationalisme outré, et tout gonflé de ses prétentions, à une extrême défiance de la raison humaine » (*La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit. p. 14).

(76) Occorre rifarsi a « ce qu'on a appelé la "philosophie nouvelle", qui reconnaît dans le monde un mouvement incessant, que non seulement la raison peut découvrir, mais que doivent ausculter à fond l'intuition et le sentiment, mettant en oeuvre toutes nos puissances de connaître et d'agir » (*Science et technique*, IV, Conclusions générales.

scienza morale del soggetto e che reclamano rispetto non solo per la dimensione conoscitiva, ma anche per quella dell'azione (77).

Sarà soltanto la combinazione e l'accordo fra tutte queste forze che consentirà di penetrare, al di là dello schermo dei testi normativi e delle semplici forme, la vita del diritto nella sua essenza: « *rechercher les bases scientifiques du droit positif, c'est, à mon sens, employer toutes nos puissances, intellectuelles et morales, à ausculter le mystère du monde* » (78). La frase appartiene alla lezione tenuta al « Collège libre des sciences sociales » sui processi di elaborazione del diritto civile, un testo, per il profilo che qui si tocca, assai illuminante; redatta e pronunciata nel 1910, a mezza strada fra la pubblicazione della *Méthode* e la definizione di *Science et technique*, ci mostra uno Gény al colmo del suo tentativo di sviluppo e integrazione del primo volume, tutto proteso a costruire e legittimare culturalmente quella distinzione fra *donné* e *construit*, fra scienza e tecnica del diritto, che, avanzata con precisione nella stessa lezione parigina, avrà la compiuta sistemazione nel secondo *opus magnum* gényano.

È proprio nella tensione a chiarire la nozione di *donné*, una nozione ontologica, che, più che nella *Méthode*, l'autore si dichiara pienamente: « *suivant moi, le donné de l'ordre juridique naturel exige, pour être pleinement pénétré, d'autres moyens que ceux de la procédure strictement scientifique, et nécessite, à tout le moins, un appel aux forces obscures de la conscience morale* » (79). In *Science et technique* ribadirà che gli *éléments donnés* « *se révèlent par toutes les forces de la connaissance y comprises l'intuition et la croyance* » (80).

Non dovrebbe esser difficile, per chi guarda con occhio filosoficamente provveduto e severo le costruzioni filosofiche di Gény, riscontrarvi ambiguità, oscurità e anche ingenuità. Chi vi guarda con gli occhi dello storico del pensiero giuridico non può non rilevare che tutta questa discutibile apparecchiatura filosofica ha almeno il merito di aprire alla scienza giuridica un orizzonte straordinaria-

n. 302. 11). Un riferimento preciso a « une philosophie nouvelle » è in: *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 186.

(77) *Science et technique*, n. 24.

(78) *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 185.

(79) *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 183.

(80) *Science et technique*. Conclusions générales, n. 301.

mente ampio e, nel tempo stesso, un affrancamento da vecchi e vietati servaggi. La sfiducia nei procedimenti meramente razionali, le aperture intuizionistiche, la percezione della globalità del soggetto e della vita divengono — a livello di teoria giuridica — l'insoddisfazione per la legge come quintessenza della razionalità e per l'interprete come esegeta. I *donnés*, la *nature des choses*, lo stesso *irréductible droit naturel* gényano ⁽⁸¹⁾ rappresentano la realtà ontica del diritto, che leggi e formule legali non riusciranno mai a contenere e con cui l'interprete — lo voglia o non lo voglia la tirannia dei vari legislatori positivi — dovrà sempre inevitabilmente fare i conti; rappresentano la rivincita dei fatti e della vita sulle forme artificiali e prefabbricate ⁽⁸²⁾ e la garanzia per una sfera di libertà dell'interprete; costituiscono « la réaction des réalités concrètes de la vie contre la rigidité des abstractions et des formules » ⁽⁸³⁾.

Ci sono due testi, l'uno della *Méthode*, l'altro di *Science et technique*, che ribattono la stessa conclusione e che, dato il loro carattere di piccole sillogi conclusive del pensiero di Gény, mi sembrano illuminanti proprio per quanto si sta ora dicendo: « Si les principes de justice, immanents à notre morale, et révélés par la raison ou la conscience, constituent la première assise, indispensable et ferme, de toute recherche scientifique, dans la sphère du droit positif, ils n'en sont pas moins ... insuffisants, pour suggérer à l'interprète les solutions immédiates, qu'il lui faut découvrir, afin de suppléer aux lacunes des sources formelles ... Parti de la région des principes absolus, c'est dans le domaine des contingences qu'il réalise son activité propre ... et il faut qu'il y rencontre une direction de détail ... Ici intervient donc, comme matière d'investigation, à la

⁽⁸¹⁾ È noto come un simile aggettivo unito alla locuzione « droit naturel » faccia parte del linguaggio tipico — e di poi acquisito — di Gény: « cette notion irréductible du droit naturel » (cfr. per un esempio: *Les procédés d'élaboration du droit civil*. cit., p. 185); ha l'onore di diventare il sotto-titolo della « seconde partie » di *Science et technique*. « Elaboration scientifique du droit positif (l'irréductible droit naturel) ».

⁽⁸²⁾ « Les faits ne devaient pas tarder à détruire cette belle confiance en la vertu des formules légales » (*La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit. p. 15). Negli anni Venti questa dialettica « fatti-formule legali », mobilità dei fatti-immobilità e astrazione delle formule legali (soprattutto codicistiche) diventerà, com'è noto, il titolo di un fortunato e assai interessante libriccino di G. MORIN, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, 1920.

⁽⁸³⁾ *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit., p. 17.

fois riche et féconde, cette *nature des choses positive*, qui, accessible aux seuls procédés scientifiques, va élargir singulièrement l'horizon du jurisconsulte, et le faire nécessairement sortir du champ, un peu étroit, de l'interprétation des sources, pour proposer, à son étude, le terrain inépuisable des réalités vivantes » (84).

E ancora: « l'effort principal des jurisconsultes au XIX^e siècle visait à faire rendre aux modes d'expression du droit positif — notamment et parfois même exclusivement, au plus formel d'entre ces modes, la loi écrite, prise comme manifestation d'une volonté contraignante —, tout ce que l'on pouvait en tirer. Cet effort parvenu au terme extrême de ses résultats possibles, il fallait bien, pour poursuivre le progrès nécessaire, chercher, derrière l'enveloppe formelle du texte légal, la réalité dont celui-ci n'était que le symbole, et soit accepter de la loi écrite une notion plus objective et plus vivante, soit admettre, à côté d'elle, des sources moins formelles et plus plastiques, la coutume, la jurisprudence, soit même s'adresser plus haut encore et chercher à pénétrer l'essence propre de la vérité juridique ... à laquelle nous ramène inéluctablement une aspiration instinctive vers le but suprême du droit » (85).

Grazie all'intuizione fertile, che riguadagna tutto quanto sta accanto e dietro la legge scritta e che finzioni suadentissime nonché strategie abilissime di potere avevano soffocato e celato, un duplice recupero — per così dire — si realizza, quello della vita al diritto e quello del diritto alla vita. Il diritto cessa di proporsi come la semplice ombra del « legale », e una dialettica nuova si affaccia, quella fra *droit* e *loi*, nozione e realtà — la prima — infinitamente più larga e più ricca della seconda.

La desacralizzazione della legge rompe necessariamente la sua monocrazia e, in una nuova visione pluralistica, si propongono come fonti fatti prima relegati nell'esilio dell'irrelevanza. Ora, questi fatti possono pretendere di erigersi a fonti — e questo è del massimo rilievo — non grazie al filtro operato da una volontà dispotica costitutiva della loro giuridicità ma per loro stessa virtù, per una loro intrinseca normatività che è tale perché già affermatasi a livello del morale, dell'economico, del sociale.

(84) *Méthode*, n. 164, in principio.

(85) *Science et technique*, n. 8.

Se l'esegeta poteva assomigliare a un prigioniero rinchiuso in un carcere senza finestre, il nuovo interprete — veramente interprete e non più soltanto esegeta — non sarà soltanto l'intermediario fra un testo normativo e i suoi destinatari, ma fra il diritto — conosciuto e intuito in tutta la sua latitudine — e i suoi utenti. Egli avrà un contatto immediato con i fatti mediante « une recherche que nous sentons aux prises avec toute la richesse et toute la complexité de la vie »⁽⁸⁶⁾.

La teoria moderna delle fonti è sostanzialmente modificata: nel diritto nato dalla Rivoluzione le fonti incarnano il diritto, e una fonte — la legge scritta — le assorbe o le condiziona tutte riducendo sostanzialmente la pluralità ad unicità. Nel nuovo diritto, che Gény vuol contribuire a creare, la fonte formale non è più lo schermo impenetrabile d'un tempo, costitutivo della giuridicità e assommante in sé la giuridicità, ma viene ad assumere la natura di mero simbolo d'una realtà che essa non contribuisce a creare ma unicamente a segnalare.

È la relativizzazione della vecchia mitologia delle fonti colorata fino a ieri di un acceso assolutismo; è la riduzione delle fonti formali a un rango strumentale; come tali, subordinate alla realtà complessa e mutevole che esse sono chiamate ad esprimere⁽⁸⁷⁾.

E Gény, che non è certo un giusliberista e che tiene a mantenere un ruolo non minimo a legge e legislatore, non va oltre l'ammissione che « l'injonction légale est un merveilleux instrument de sécurité des relations juridiques » e che va considerata semplicemente « plutôt comme expédient pratique et pièce capitale de l'ordre »⁽⁸⁸⁾.

Al fondo di questa riflessione innovativa e affrancatrice resta al giurista un vistosissimo risultato a livello di teoria dell'interpretazione: come precisa Gény in una frase felicissima per la sua scarsezza e sinteticità, « ce qui n'était primitivement guère plus qu'une *interprétation des sources* tend à se muer en *interprétation du droit lui-même* »⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁶⁾ *Methode* n. 164.

⁽⁸⁷⁾ « Il est clair pourtant, que, n'étant que des modes *contingents* d'expression d'une réalité *permanente*, les sources doivent rester subordonnées à cette réalité même » (*Science et technique* n. 12, in fine).

⁽⁸⁸⁾ *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit., p. 21.

⁽⁸⁹⁾ *Science et technique*, n. 8.

5. Non è una brillante formuletta; piuttosto, una conquista; ed in essa sta, a mio avviso, il maggior merito storico di Gény, quello che rende durevole, intatto fino ad oggi il suo insegnamento.

Egli era partito dalla insoddisfazione amara di sorprendere una legge a torto idolatrata come una panacea, e invece troppo spesso distaccata dai fatti perché ormai incapace a comprenderli e a regolarli; accanto, in un cantuccio, una scienza giuridica prevalentemente sclerotizzata perché frustrata nelle sue possibilità creative; una giurisprudenza, che aveva potuto corrispondere al mutamento soltanto funamboleggiando sul filo di tensione d'una difficile situazione psicologica, quella di chi finge di rispettare formalmente il testo normativo e sostanzialmente lo viola. Un diritto privato francese, insomma, del tutto inadeguato al suo ruolo ordinativo d'una società in perenne profonda trasformazione.

Dall'insoddisfazione era nata l'esigenza della ricerca di strade nuove, la rimeditazione del problema « costituzionale » delle fonti e della interpretazione alla luce del ripudio di quel razionalismo spicciolo che aveva ingenerato tanti inganni. Una filosofia nuova — eclettica, se si vuole — aveva permesso di valorizzare atteggiamenti e dimensioni prima trascurati e spregiati; la vita globale del diritto, e il diritto come aspetto vitale d'una civiltà intiera, erano stati i due recuperi essenziali. La dignità maggiore era stata scritta con caratteri marcati al centro della pagina di Gény: « avant tout, le droit positif doit rester chose vivante. Or, vivre, c'est se mouvoir et se transformer. Pour le droit s'est plus encore: c'est lutter, en vue d'une parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale » ⁽⁹⁰⁾.

Il diritto, o è dimensione della vita, ad essa aderente, o non è; o è la sua rivoltante maschera scimmiesca, la sua controfigura aberrante. Il « diritto » astratto e sclerotico degli ultimi stanchi epigoni della scuola esegetica — Gény se la prende soprattutto con François Laurent ⁽⁹¹⁾ — è una sorta di non-diritto, che poteva soltanto ignorare o frenare il mutamento, non ordinarlo. Da qui, l'esigenza

⁽⁹⁰⁾ *Méthode*, n. 185, in principio.

⁽⁹¹⁾ In più passi della *Méthode* (per un esempio, cfr. n. 10) e di *Science et technique* (per un esempio, cfr. n. 8).

d'uno spostamento capitale nella osservazione e nella attenzione: dalla fonte, che è sempre un momento epifanico e, in quanto tale, del tutto formale, ai fatti retrostanti; dalla fonte al nesso autentico tra fonte, fatti retrostanti, comunità di utenti, nesso che è costituito dalla interpretazione.

La grande novità, originalità, conquista di Gény è di esser riuscito, già col volume del 1899 che chiudeva un secolo sordo e mortificante (almeno in Francia) per il fenomeno interpretativo, a operare una sua cospicua rivalutazione ponendo l'interpretazione al centro dell'ordine giuridico e, di conseguenza, a spostare su di essa l'attenzione dello scienziato. Ora, interessa assai meno il momento politico della produzione che quello sociale della vita del diritto nel tempo e nello spazio. Ovviamente, l'interpretazione non era più vincolata al nesso mortificante con le « sources », che ne metteva — fra l'altro — in dubbio la scientificità, ma con l'intero territorio del « droit ».

La felice formula di Gény: dalla « interprétation des sources » alla « interprétation du droit », che potrebbe sembrare un motto di spirito, è il segno di una rivoluzione copernicana che, a fine Ottocento, si sta attuando nell'ambito della scienza giuridica; è la realizzazione puntuale di una epistemologia giuridica più agguerrita perché più culturalmente provveduta.

La domanda assillante, con cui si apre la *Méthode*: « avons nous su interpréter, non seulement la loi, mais le droit immanent, dont la loi n'est, après tout, que la révélation imparfaite? »⁽⁹²⁾, è solo apparentemente retorica, ma è un interrogativo che, prima di investire la coscienza scientifica, tocca la coscienza morale e sociale del cittadino Gény. La risposta sarà, nel '99, costituita dalle seicento pagine del volume in prima edizione e si strutturerà in una trama ampia e articolata giustificante — alla fine — un interprete munito di grande libertà in forza dell'esigenza primaria di corrispondere alle istanze della vita⁽⁹³⁾: di fronte all'evidenza di una « insuffisance irrémédiable de la loi » si dovrà favorire « un large essor à l'activité individuelle de l'interprète », giacché egli « devra scruter lui-même les exigences de

⁽⁹²⁾ *Méthode*, n. 3.

⁽⁹³⁾ « La vie n'attend pas ... l'interprète doit répondre à ses instances » (*Méthode*, n. 185).

la nature des choses et les conditions de la vie, toutes les fois qu'il ne sera point bridé par une injonction impérieuse »; una interpretazione giuridica quale « maîtresse nécessaire de ses décisions, n'étant assujettie que par le but même de sa mission » (94).

Non solo; ma, partendo da premesse filosofiche tanto peculiari e facendo proprio un angolo d'osservazione pressoché rovesciato, la stessa equità, il mostro orrendo delle favole legalistiche di sempre, non suscita più quella ripugnanza o, ad andar bene, quella diffidenza, che sono conclamate da tutti i sani giuristi della ortodossia ufficiale. In Gény la barriera di pregiudizi si dimostra abbastanza insensata: dal momento che per lui « le sentiment de l'équité ... n'est qu'un diminutif de ce diagnostic de la conscience; ou, si l'on veut, c'est l'oeuvre d'une sorte de subconscience morale », non si vede come sia possibile rifiutargli quella autorità che viene riconosciuta alla « conscience » ammettendola come « succédané » della ragione (95).

6. Ma, allora, questo universo giuridico disegnato da Gény non appare forse come il regno dell'arbitrario soggettivo, dove il nuovo spazio per l'interpretazione toglie certezza e saldezza a tutto, e dove impera confusione e disordine (96)? Si è lasciato Gény impressionare dai giudicati d'equità del « bon juge Magnaud », che aveva fatto del Tribunale di Chateau-Thierry una sorta di curia d'equità (97)? Si è lasciato conquistare dai primi prodromi del

(94) Gli ultimi testi ora citati possono tutti reperirsi in *Méthode*, n. 84.

(95) *Méthode*, n. 163, dove pure sono formulate anche molteplici riserve.

(96) Gény ha ben presenti, nella seconda edizione della *Méthode*, le obiezioni formulate contro i risultati della sua ricerca; egli, lucidamente, le riconduce a una, fondamentale, apparentemente distruggente: « cette objection ... consiste à représenter l'élaboration indépendante du droit, comme devant aboutir fatalement à l'incertitude et l'instabilité des solutions positives, portant à une sorte d'anarchie juridique, abolissant tout frein dans les jugements, ruinant toute sécurité dans les affaires » (*Méthode*, seconda edizione, Epilogue, chap. II, n. 196, in principio). Le stesse obiezioni egli aveva avuto già ben presenti nella lezione su *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit. p. 178, che, risalendo al 1910, permetteva a Gény di tener conto di undici anni di riflessioni critiche avverso la *Méthode*.

(97) È evidente il riferimento a Paul Magnaud (1848-1926), che fu Presidente del Tribunale di Chateau-Thierry dal 1887 al 1906 e che è il magistrato che più incarna - — a fine Ottocento — la figura del giudice d'equità, dell'interprete disinvoltato della legge per supreme ragioni equitative. Le sue sentenze ebbero l'onore di essere subito raccolte

giusliberismo? Si è, tutt'al meno, lasciato conquistare dal principio dello « assouplissement des textes », elasticizzazione dei dettati legislativi, prospettato con convinzione dal suo amico e mentore Raymond Saleilles ⁽⁹⁸⁾?

Assolutamente no. Verso il *phénomène Magnaud* Gény non ha alcun movimento simpatetico, anche se lo ritiene non irrilevante e ne affronta il tema come oggetto specifico di una delle appendici alla seconda edizione della *Méthode* ⁽⁹⁹⁾: per lui si tratta di « une passade de jurisprudence » ⁽¹⁰⁰⁾ e, più volte nel corso del suo lavoro, parla di « une façon d'impressionisme dans l'application du droit » ⁽¹⁰¹⁾, di « sentences purement 'impressionistes' » ⁽¹⁰²⁾, di « impressionisme judiciaire » e di « jurisprudence de pur sentiment » ⁽¹⁰³⁾. Giudizio severo, che viene ad essere intensificato nella sua severità dallo « esprit de basse politique », che il rigoroso civilista di Nancy ritiene di rilevare nei giudicati magnauidiani, e dall'attitudine dell'estensore a « se poser en politicien démagogue » ⁽¹⁰⁴⁾.

Per l'avventura giusliberista Gény nutre grande rispetto, la sua lettura dei giusliberisti è una delle più scrupolose che si possa reperire in giuristi contemporanei non appartenenti al movimento e, senza

e proposte come dei brevii al « nuovo » giurista francese (cfr. *Les jugements du Président Magnaud*, réunis et commentés par H. Leyret, Paris, 1900; H. LEYRET, *Les nouveaux jugements du président Magnaud*, Paris, 1903). Per una messa a punto su di lui si veda R. WEIL-M. PICARD WEYL, *Socialisme et justice dans la France de 1895: le « bon juge Magnaud »*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4 (1974-75). Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, p. 367 ss.

⁽⁹⁸⁾ Saleilles comincia a prospettare questa idea in due saggi di prevalente indole metodologica già nel 1890-91, continuando poi a martellare in nuovi contributi durante tutto l'ultimo decennio del secolo. I saggi — da me già citati (cfr. più sopra, alla nota 14) — sono: *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit* (1890) e *Fondement et développement du droit* (1891). Sull'itinerario di Saleilles mi propongo di tornare in un saggio specifico, che sarà pubblicato negli « Studi in onore di Luigi Mengoni ».

⁽⁹⁹⁾ Une passade de jurisprudence: le « phénomène Magnaud » (*Méthode*, seconda edizione, chap. second, n. 196 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Com'è scritto, spregiativamente, nella intitolazione del « pezzo » dedicato a Magnaud.

⁽¹⁰¹⁾ Nella prima edizione della *Méthode*, n. 86, in fine.

⁽¹⁰²⁾ *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 178.

⁽¹⁰³⁾ *Méthode*, seconda edizione, Epilogue, chap. second, n. 200, in fine.

⁽¹⁰⁴⁾ Une passade de jurisprudence: le « phénomène Magnaud », n. 197.

dubbio, la quarta appendice — che egli vi dedica nella seconda edizione della *Méthode* — è addirittura un minuzioso attentissimo trattato storico-giuridico che ripercorre e ricostruisce esaustivamente le tappe del movimento ⁽¹⁰⁵⁾. Ma la puntualizzazione delle debolezze è impietosa, e severa è la critica sulla carenza di quelle che sembrano a Gény le basi indispensabili per edificare solidamente una teoria positiva del metodo giuridico ⁽¹⁰⁶⁾. Secondo lui altre sono le strade da percorrere per giungere a un siffatto risultato; le sue, per l'appunto, si diversificano assai da quelle del movimento.

Di Saleilles Gény è grande amico ed estimatore; la sua familiarità con lui data almeno dall'inizio della comune colleganza nella Facoltà giuridica di Dijon nel 1892; con lui condivide i grandi assilli metodici, il grande impegno teoretico sul problema delle fonti giuridiche, la curiosità su quanto di nuovo comincia ad apparire sul palcoscenico scientifico e legislativo europeo (con lui egli visita a Bern, nel 1896, Eugen Huber; come lui, non manca di rivolgere costante attenzione ai vani *Entwürfe* tedeschi verso il Codice); aggiungo che è proprio Saleilles a dettare una caldissima e motivatissima « préface » per la prima edizione della *Méthode* ed è proprio Gény a voler dedicare l'opera della maturità, *Science et technique*, « à la mémoire illustre et chérie de Raymond Saleilles » scomparso appena l'anno prima ⁽¹⁰⁷⁾. Ma le strade, che essi battono, sono notevolmente diverse; si può senza difficoltà ammettere che li abbia legati un comune punto di partenza, e cioè l'insoddisfazione della accettata, indiscussa teoria delle fonti e della interpretazione, e l'esigenza di rompere una sonnolenta immobilità; si può ancora senza difficoltà ammettere che ci fu tra i due studiosi sintonia culturale e stima sincera, come provano i positivi giudizi che si sono in più riprese scambiati reciprocamente sulle rispettive opere ⁽¹⁰⁸⁾. Ma gli strumenti

⁽¹⁰⁵⁾ Le mouvement du « freies Recht » (libre droit) dans les pays austro-allemands (*Méthode*, seconda edizione, chap. quatrième, n. 205 ss.).

⁽¹⁰⁶⁾ Le mouvement du « freies Recht », n. 222.

⁽¹⁰⁷⁾ La prima parte di *Science et technique* è licenziata dall'autore il 15 ottobre 1913. Si noti, subito dopo la dedica, rivolta a Saleilles, l'apostrofe ammirata che Dante rivolge a Virgilio nella *Commedia*: « Tu duca, tu signore, e tu maestro ».

⁽¹⁰⁸⁾ Citiamone uno di Gény, tratto dalla rivisitazione che egli fa di tutte le correnti innovatrici in Francia e in Belgio, in appendice alla seconda edizione della *Méthode*, « la doctrine méthodologique de Saleilles se présente à nous comme la synthèse, la plus

tecnici e culturali posti in essere, e i cammini intrapresi, per realizzare il rinnovamento sono profondamente diversi, perché diversa è la sottostante concezione delle fonti. È lo stesso Gény a misurar la distanza che lo stacca, quando non manca di constatare che — rispetto al suo — « le système de l'assouplissement des textes [cioè l'espédiente sa-leillesiano] est beaucoup plus osé » (109).

Ma qual'è dunque, questo *système* di Gény? Poiché più sopra abbiamo separatamente parlato di aspetti singoli della sua teorica e, poiché nella ideale ricomposizione che il lettore potrebbe farne per suo conto, non è improbabile che si ingenerino equivoci e si dia esca ad ambiguità, raccogliamo qui in sintesi ed esplicitiamo il senso conclusivo del messaggio gényano.

Limitandoci, come si è fatto finora, alla sua dottrina delle fonti, che è la più incisiva storicamente e ancora oggi leggibile con profitto, ridotta all'osso, la si può esprimere non indebitamente in queste poche scarse locuzioni: rispetto e diffidenza insieme verso la legge scritta, con una decisa tensione a ridurne significato e portata; visione intensamente pluralistica delle fonti; coinvolgimento della interpretazione nella produzione del diritto e sua individuazione come una delle molte fonti.

Gény è un legalista: si tratta di affermazione che il lettore non trangugnerà di buon grado, trovandola sconcertante e in palese incoerenza con tutto quanto s'è detto e ripetuto circa la battaglia del Nostro contro il legalismo ottocentesco. Concordo sulla paradossalità apparente di tale affermazione, ma sostengo che è in perfetta armonia con l'itinerario svolto nelle pagine precedenti. Gény detesta il parossismo legalitario ottocentesco, il « fétichisme de la loi écrite et codifiée », cui imputa conseguenze perverse per il diritto come ordine sociale e come scienza; egli è arciconvinto che la legge non esaurisce il diritto, che è

fortement expressive. de toutes les aspirations contemporaines, en matière de création et de développement juridiques » (*Méthode*, seconda edizione, Epilogue - chap. premier - Le combat doctrinal pour la méthode juridique en France et en Belgique depuis 1899, n. 194). In una sua ampia e meditata rivisitazione « des idées générales de Saleilles sur le droit, sa méthode et ses sources », Gény ammette di buon grado che « c'est toujours à elles que je suis revenu, quand j'ai voulu rafraîchir ma pensée » (cfr. *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode dans l'oeuvre de Raymond Saleilles*, in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, 1914, p. 13).

(109) Le combat doctrinal pour la méthode, cit., n. 190.

anzi assolutamente insufficiente a rappresentarlo, che il territorio extralegale costituisce la parte più vitale dell'ordinamento in continua espansione; è però anche convinto che la legge non può non essere *una delle* fonti e che in una società moderna è la fonte prima, indispensabile per garantire stabilità e certezza a un groviglio spesso assai sedimentato e confuso di rapporti. Gény — che è un realista e che non vuol disegnare il progetto giuridico per la felice isola di Utopia — sa anche di dover fare i conti con un'ideologia e con un regime — peraltro ben allignati nella civiltà francese — che tendevano a identificare nella legge il diritto ponendo quella al sommo di una gerarchia ferrea, devitalizzante perché monopolizzante.

Da questo complesso di certezze scaturisce la soluzione gényana, che è di rispetto e di diffidenza insieme per lo strumento legislativo e che si traduce in una operazione fortemente riduttiva, in un pesante ridimensionamento della legge come fonte.

La diffidenza verso la legge e l'uggia dello scienziato verso il parossismo legalistico avevano indotto molti pensatori a far violenza alla nozione tradizionale di legge e a sacrificare pesantemente il suo carattere normativo. Gény li conosce — lui sempre diligente in una larghissima informazione a carattere veramente europeo — per averli studiati e meditati, e sa benissimo che Bülow, Kohler, Stampe, Saleilles, Cimbali, Gabba, Simoncelli tendono a ridurre la legge a un vaso vuoto che la vita giuridica successiva alla promulgazione si premura di riempire dei contenuti più varii, e si parla di interpretazione teleologica di essa, di una sua elasticità e disponibilità ad appropriarsi di futuribili, essendo diventata nella loro mente nulla più che una *Vorbereitung* una *Anweisung* come scrive Bülow ⁽¹¹⁰⁾.

Siamo già, con queste manifestazioni che occupano l'ultimo ventennio del secolo, nei molti e varii rivoli che confluiranno poi nel fiume tumultuoso della *Freirechtslehre*. A costoro Gény non si accoda; glielo vieta il suo sincero sentimento di rispetto per la legge, e glielo vieta anche la sua probità intellettuale, pure se programmaticamente si sente schierato con queste giovani energie che vogliono rompere in qualche modo le mura soffocanti della vecchia cittadella.

⁽¹¹⁰⁾ O. BÜLOW *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885 (Neudr.: Aalen, Scientia, 1972), p. 45.

La sua strada è un'altra, più limpida, meno ipocrita, ma forse non meno efficace. L'operazione consta di due distinte puntualizzazioni, dalla cui combinazione scaturirà la soluzione.

Prima puntualizzazione: non stiamo troppo a disquisire e a sottilizzare — sembra dire Géný —; « la loi n'est pas autre chose qu'une volonté »⁽¹¹¹⁾, e al testo che la racchiude non si può far dire altro se non quello che il legislatore volle nel momento della sua emanazione. Anzi, si deve far dire alla legge solo ciò che risulta essere chiaramente l'intento del legislatore. La legge non può e non deve proferire altro. Si propone — direi — una interpretazione restrittiva del testo normativo.

Seconda puntualizzazione: è palese, è indiscutibile nella sua evidenza che la legge è incapace, a causa della sua insufficienza, ad esprimere la totalità della vita giuridica.

Conclusione: la legge va rispettata per ciò che espressamente volle⁽¹¹²⁾; per ciò che non volle e non prevede, per ciò che volle e prevede in modo incerto o vago o comunque opinabile e controversabile, non può non esserci spazio per altre fonti. La monocrazia della legge deve cedere a un effettivo pluralismo mediante un sostanzioso *élargissement*⁽¹¹³⁾ delle fonti stesse. Sarà il vasto e aperto spazio per

⁽¹¹¹⁾ *Méthode*, n. 98, in principio.

⁽¹¹²⁾ Ed è ovvio che a questa *loi écrite* così riduttivamente intesa deve essere affidato un ruolo superiore alle altre fonti, anche a quelle che Géný considera *sources formelles*, e cioè la *coutume* e la *tradition* (*Méthode*, n. 91). Questo cordone ombelicale con la tradizione esegetica — questo che ho chiamato più sopra « legalismo » di Géný — resta in tutta la sua opera ed è il segno del realismo del giurista di Nancy, che non vuol combattere nessuna donchisciottesca e inefficace battaglia e preferisce prendere atto dell'insuperabile stato delle cose nella Francia di fine Ottocento.

⁽¹¹³⁾ *Elargir*, *élargissement* appartengono al frasario tipico di Géný, ripetuto infinite volte.

⁽¹¹⁴⁾ La consuetudine ha, com'è noto, un posto privilegiato nel sistema delle fonti di Géný. Proprio da questo nasce una delle pagine più profondamente sofferte del Nostro, quella in cui egli si pone il problema della consuetudine « formellement opposée à la loi écrite » (*Méthode*, n. 129), e che è solcata da esitazioni e oscillazioni, promananti tutte da non poche perplessità di fondo. La pagina, infatti, comincia con una confessione: « on ne s'étonnera pas, je pense, de mes hésitations à l'endroit de sa solution. Celle-ci ... me paraît infiniment délicates à proposer » Ma ecco una prima soluzione: una simile consuetudine è da respingere, ma non si tratta di problema risolvibile alla stregua di principii puramente razionali, « la pure logique ne saurait décider une question, qui

la consuetudine ⁽¹¹⁴⁾, per la giurisprudenza pratica ⁽¹¹⁵⁾, per la libera ricerca scientifica ⁽¹¹⁶⁾.

L'imperativo legislativo non è esorcizzato con più o meno larvate interpretazioni evolutive ⁽¹¹⁷⁾; è piuttosto, nell'animo di Gény — se mi si passa l'espressione — ridotto in un cantuccio, privato di ogni efficacia espansiva. Il suo puntiglio rigoroso nella ricerca della *voluntas legis* è sorretto da questo preciso intendimento, che è l'opposto — sia chiaro — di quello d'un formalista-legalista. È, del resto, quanto egli confessa abbastanza apertamente nella conclusione finale della *Méthode*: « sans contester, ici, au moins à titre d'expédient indispensable, la face impérative absolue de la loi écrite, je crois avoir montré, que la considération exacte de sa nature conduit nécessairement à assigner une portée limitée à ses décisions. Et, en donnant à celles-ci toute l'amplitude qu'elles comportent, on

relève, avant tout, de considérations historiques et sociales, eminentement variables ». In teoria, legge e consuetudine, in quanto ambe fonti formali di diritto, sono su uno stesso piano; è soltanto « dans notre état de civilisation » — e, quindi « d'un point de vue politique » — che la legge è regola suprema. Tuttavia, ecco affiorare un ripensamento, che rende assai più complessa e sfaccettata la soluzione stessa: « toutes les fois que l'état social aura subi des modifications, rendant incompatible avec lui et véritablement surannée une disposition légale, non formellement abrogée, on pourra, en se fondant sur la défaillance, de fait, de ses conditions, écarter ce texte comme inapplicable: ce qui ouvrira place, soit à une coutume supplétive, soit à la liberté de l'interprétation scientifique ».

⁽¹¹⁵⁾ Respingendo sbrigativamente le invocazioni al principio costituzionale della divisione dei poteri, che impedisce l'affidamento al potere giudiziario di funzioni legislative. Per due buoni motivi: innanzi tutto, perché « cette division ... ne peut être érigée en dogme absolu »: secondariamente, perché non è « legiferare » esercitare dei poteri che sono creativi di diritto unicamente nel caso concreto sottoposto alla decisione del giudice (*Méthode*, n. 85).

⁽¹¹⁶⁾ Ricerca che non avrà nulla a che fare, né con l'arbitrio della volontà individuale, né con la fantasia del ricercatore. Questi sarà vincolato da condizionanti (e rassicuranti nella loro datità) elementi obiettivi: la natura delle cose, la concretezza dei rapporti sociali bisognosi di essere giuridicamente regolati (*Méthode*, n. 183).

⁽¹¹⁷⁾ A meno che il testo legale non faccia riferimento a « une notion mobile et fugace de sa nature telle que la notion d'ordre public, par exemple ». A meno che una legge presupponga determinati rapporti sociali e determinate circostanze economiche quali condizioni della stessa disposizione normativa, e che quei rapporti e quelle circostanze vengano a sparire o si trasformino radicalmente. In questo caso « la prescription qui leur était subordonnée, se modifiera, par là même, et cessera de s'imposer à l'interprète, telle qu'elle était primitivement formulée » (*Méthode*, n. 99).

constate, sans peine, que, provenant d'une intelligence et d'une volonté humaines essentiellement bornées dans leurs visées, elles laissent, à coté d'elles, un grand nombre de points non prévus, auxquels d'autres organes sociaux devront pourvoir » ⁽¹¹⁸⁾. Si calca la mano sulla *umanità* della legge scritta, sul suo essere frutto della volontà e dello sguardo, ohimè quanto limitato, d'un uomo e d'un gruppo di uomini. Pacatamente, serenamente, senza iconoclasmi che non gli sono affatto congeniali, Géný porta innanzi una demitizzazione abbastanza radicale, anche se incruenta, della legge come fonte di diritto.

Un esempio manifesto di questo atteggiamento riduttivo è dimostrato dalla lettura che il Nostro compie dell'arcinoto — e famigerato per certi filoni di pensiero — articolo 4 del *Code Napoléon*. Vi si insegna, com'è risaputo, che il giudice non può rifiutarsi di giudicare « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi »; vi si può implicitamente leggere che il sistema legislativo offerto dal Codice non ha lacune e che spetta al giudice di reperire mediante procedimenti logici elementari principii e norme vevoli a regolare la fattispecie concreta a lui sottoposta.

Ecco invece la disinvolta lettura che ne dà Géný: « en lui ordonnant de juger dans tous les cas (art. 4 C. civ. franç.), elle [cioè la *loi*] n'a pu prétendre l'assujettir à ses propres défaillances, mais, au contraire, lui conférer à défaut de toute direction formelle, un pouvoir de décision propre » ⁽¹¹⁹⁾. L'art. 4, sancendo il dovere del giudice di giudicare, potrebbe esser colto come la conseguenza di un sottostante postulato assolutistico: quello della necessaria completezza del sistema legislativo codificato. Géný prende atto del dovere tanto limpidamente espresso e lo coglie — secondo i suoi principii ermeneutici — come un imperativo inderogabile proprio perché indiscutibilmente preciso nella volontà che esprime. Egli però vi presuppone un postulato dal contenuto perfettamente capovolto ed opposto: la necessaria incompletezza del sistema legislativo codificato; con la conseguenza che sarà il giudice a non soffrir di lacune e

⁽¹¹⁸⁾ *Méthode*, n. 183.

⁽¹¹⁹⁾ *Méthode*, n. 81-bis.

non già la legge ⁽¹²⁰⁾, con la conseguenza per lui di un larghissimo spazio.

Quello che poteva essere la pietra angolare d'una concezione assolutistica del diritto e delle sue fonti, interpretato riduttivamente attenendosi soltanto al suo contenuto volitivo espresso, diventa il fondamento della elevazione della giurisprudenza a livello di fonte.

7. Dalla visione sentitamente pluralistica del problema delle fonti di diritto scaturisce, come si è già segnalato, una conseguenza rilevantissima a livello di sistematica giuridica e, più in genere, di teoria del diritto: è quanto lo stesso Gény puntualizza come « une inclination décidée à rapprocher dans leur essence fondamentale, l'interprétation du droit positif et sa constitution législative » ⁽¹²¹⁾.

Ed è una conseguenza ovvia. Era l'impostazione tradizionale del sistema delle fonti a separare rigidamente « comme par une cloison étanche, deux domaines de l'activité juridique: la législation d'une part, l'interprétation ou l'application du droit de l'autre » ⁽¹²²⁾. La legislazione si legava strettamente alla sovranità e ne era l'espressione primaria; per questo, malgrado gli ammantamenti pseudo-democratici dello Stato borghese, restava funzione gelosa ed esclusiva, né partecipata né partecipabile, anzi, il più possibile formalizzata secondo previsioni di stretta indole costituzionale. Come tale, la legge si poneva a un diverso e superiore livello rispetto alla consuetudine e alla interpretazione giudiziaria e scientifica; la diversità era qualitativa, anzi di essenza costitutiva. Le due attività — legislativa e interpretativa — erano incomunicabili, erano non analogizzabili, perché appartenevano a universi opposti e con opposte funzioni, attiva e creativa la prima, passiva e meramente applicativa la seconda; con il puntiglioso impegno del potere politico e — quel che è peggio — anche della maggioranza inconsapevole dei giuristi — impegno che Gény si trova davanti, intatto, nel 1899 — a

⁽¹²⁰⁾ « S'il n'y a pas de lacunes pour celui qui dit le droit aux parties, il y a incontestablement des lacunes dans la loi écrite » (*Méthode*, n. 81-bis).

⁽¹²¹⁾ *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 177. *Rapprocher* è un altro termine, che Gény predilige e che ben può far parte del suo lessico particolare e tipizzante.

⁽¹²²⁾ *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 175.

rinsaldare questo steccato divisorio che l'ideologia ottantanovarda — assai dura a morire soprattutto in terra francese — ostentava come il santo dei santi delle conquiste rivoluzionarie.

Per gli *homines novi* — primo fra tutti Gény — l'atteggiamento non può non essere sensibilmente differente. La rottura della monocrazia legislativa, l'estensione nel novero delle fonti, il coinvolgimento della interpretazione alla creazione del diritto attenua — anche se non seppellisce — i vecchi steccati. Ed è la dignità scritta chiaramente, programmaticamente, in esordio di *Science et technique*: « c'est ainsi que, de plus en plus, s'estompe et se dégrade la distinction entre *doctrine, jurisprudence, législation*, qui reste indispensable à la mise en oeuvre pratique du droit, mais où l'on voudrait à tort voir l'établissement de cloisons étanches séparant des domaines impénétrables l'un à l'autre » (123)

Un siffatto coinvolgimento pretende tuttavia profonde mutazioni nel giurista, nel suo mestiere, nel suo metodo. Lasciata l'inerzia della passività, sarà assai più interprete che esegeta, non saranno soltanto i procedimenti logici ad essergli necessari, ma indispensabili gli diventeranno sentimento, intuizione e *croyance*; però, egli dovrà soprattutto esser cosciente del proprio ruolo.

L'asservimento della interpretazione alla legge e la riduzione del giurista a esegeta avevano operato una sorta di devitalizzazione: il suo ruolo, confinato in porzioni modestissime, non gli lasciava che una ben limitata libertà di azione intellettuale e non provocava in lui l'emersione di una autocoscienza grazie alla quale riflettere sul proprio lavoro, sulla propria autonomia, sulla propria collocazione nel contesto socio-politico. Ora che al giurista viene messa a disposizione una *libre recherche scientifique*, mediante cui attingere la natura delle cose in una amplissima varietà di gradazioni ascendenti fino ai supremi principii di giustizia e discendenti fino alla *nature des choses positive*; ora « il importe, par-dessus tout, que le jurisconsulte se penètre de plus en plus de sa mission propre » (124). A lui infatti, stante il sonno costante o i ritardi altrettanto costanti del legislatore, va il compito non lieve dell'armonizzazione fra vita sociale e ordine

(123) *Science et technique*, n. 8, in fine.

(124) *Méthode*, n. 169, in principio.

giuridico o — se vogliamo — con espressione più altisonante, fra diritto e storia.

Nel progetto di Gény — che è lucidissimo — v'è per la scienza uno spazio enorme; ed è lo spazio ricavato grazie a una interpretazione rigorosa e rigorista della legge, facendogli dire solo ciò che è sicuro il legislatore volle inserire ed evitando quel duplice trabocchetto costituito dalla necessità suprema di ritenere tutto previsto, in atto o in potenza, e perciò deducibile coi soli strumenti risibili della estensione e della analogia. Il trabocchetto è duplice, perché il legislatore stesso ne resta defraudato e la giurisprudenza non può non uscire psicologicamente mortificata da una sorta di procedimento ermeneutico simulante, che sancisce formalmente la sua non-autonomia anche se, nel tempo stesso, surrettiziamente, la costringe ad appropriarsi *de facto* di una necessaria libertà d'azione di fronte agli eventi mutati e alle concrete fattispecie nuove di zecca.

Il pensiero di Gény si enuncia con straordinaria limpidezza alla fine della *Méthode*: « Pour dire ici toute ma pensée, je suis convaincu que le progrès juridique s'opérera, plus large et plus sûr, par une méthode d'investigation sincère, qui, reconnaissant ouvertement les lacunes de la loi écrite, cherchera à y pourvoir, au moyen de procédés scientifiques indépendants, scrutant, en toute franchise, la nature objective des choses et cherchant notamment à produire l'équilibre des intérêts, que par le faux-fuyant d'une interprétation forcée des textes légaux » (125).

Scartata l'ipotesi della onniveggenza del legislatore e scartati perché insopportabili anche su di un piano etico gli inevitabili sotterfugi — *faux-fuyants*, come egli ha la franchezza di dire — che non possono non derivarne, è realistica l'ipotesi delle lacune nel diritto positivo attuale, una ipotesi che un sereno pluralismo, in particolare il sereno pluralismo giuridico del nostro civilista, non rende affatto drammatica. Saranno altre fonti a concorrere con la legge nel compito di esprimere l'ordinamento giuridico in tutta la sua ricchezza. Saranno principalmente gli scienziati-giuristi ad essere chiamati in prima persona.

Gény sembra aggiungere, rivolgendosi a loro: « estote parati ».

(125) *Méthode*, n. 174, in principio.

Al nuovo ruolo ci si preparerà, infatti, innanzi tutto con un completo ribaltamento della vecchia psicologia peculiare al giurista d'un regime codificato, con la rinnovata coscienza d'una inabdicabile titolarità di funzione ⁽¹²⁶⁾, che spetta al ceto dei giuristi in quanto tale; in secondo luogo, con occhi più agguerriti, che non sappiano soltanto sceverare i meccanismi interni della legge scritta e del suo sistema positivo, ma — resi sempre più avvezzi ad abbandonare la semi-oscurità della prigione esegetica, sempre più avvezzi alla luminosità di un approccio diretto coi fatti, messi ormai a fuoco per il nuovo ruolo — che siano in grado di percepire, individuare, fissare la natura positiva delle cose per poi consolidarla in altrettante regole positive.

8. Il momento, all'intorno — anno di grazia 1899 —, è, come si è detto, di straordinaria fertilità, e lo scienziato-giurista è chiamato a decifrare un assai complicato paesaggio socio-economico che viepiù si complica, dove sempre nuove conquiste tecnologiche, sempre nuove articolazioni della organizzazione economica e anche un sempre più stratificato assetto sociale esigono nuovi istituti giuridici, da non imbalsamare in qualche vecchio schema romanistico, ma da tradurre in strutture giuridiche rispettose della loro intrinseca novità fattuale.

È folto l'inventario — puntigliosamente redatto da Géný — di schemi sociali, che reclamano non di essere rivestiti dei panni goffi di figure aliene ma già definite nel solco della tradizione giuridica, bensì di essere giuridicamente *inventati* da una libera ricerca scientifica, libera sì nella creazione giuridica, ma assolutamente vincolata dalle richieste oggettive provenienti dalla natura delle cose ⁽¹²⁷⁾. Ne isoliamo due, storicamente significativissimi: l'abuso del diritto e la responsabilità civile.

L'abuso del diritto è un tema e problema assai vivo nella cultura giuridica francese di fine secolo ⁽¹²⁸⁾, sia per la presenza di parecchi

⁽¹²⁶⁾ « Quand il en aura la conscience profonde, il trouvera, dans le sentiment même de son rôle, et dans la claire vue de son objectif, la ligne de direction, qui maintiendra et assurera sa marche » (*Méthode*, n. 169, in principio).

⁽¹²⁷⁾ *Méthode*, n. 170 ss.

⁽¹²⁸⁾ Tra una letteratura, negli ultimi novanta anni, smisurata sull'abuso del diritto,

giudicati in cui si era finalmente avvertita l'esigenza di limitare l'esercizio della sfera di libertà dei singoli in nome di una visione più complessa, più solidaristica di quell'esercizio⁽¹²⁹⁾ sia perché il Codice imperiale tedesco nella sua redazione definitiva del 1896 ne recava espressa menzione nel § 226. Di lì a poco avrebbe formato oggetto specifico di tesi dottorali⁽¹³⁰⁾, e se ne sarebbero occupati civilisti assai sensibili come Charmont⁽¹³¹⁾, Saleilles⁽¹³²⁾, Josserand⁽¹³³⁾. Proprio perché l'abuso del diritto rappresenta la coagulazione a livello giuridico-formale di istanze precise nascenti sul terreno etico-sociale e tende a proporre una valutazione più complessa della tradizionale nozione di diritto soggettivo⁽¹³⁴⁾, non poteva non dargli grosso rilievo Gény. Il quale, constatando « un silence presque complet »⁽¹³⁵⁾ nella legislazione francese, vi vede lo spazio vuoto congeniale per l'opera della *libre recherche scientifique*. Infatti, poiché, « on ne découvrira la mesure, juste et vraie, des droits individuels, qu'en scrutant leur but économique et social, et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils contraignent »⁽¹³⁶⁾, soltanto una riflessione scientifica dallo sguardo provveduto e del tutto liberata da pregiudizi, impegnando tutte le sue

cito soltanto il contributo di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, XI, 1965, perché l'autore, con la consueta finezza di sguardo e con la consueta attenzione culturale, fa anche il punto sulle lontane radici tardo-ottocentesche del problema.

⁽¹²⁹⁾ Sono diligentemente citati in *Méthode*, n. 173.

⁽¹³⁰⁾ Ne sono, per l'appunto, esempi probanti: J. BOSC, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil* (Thèse Montpellier, 1900-1901) ed E. PORCHEROT, *De l'abus du droit* (Thèse Dijon, 1901-1902), le due pubblicazioni, di cui il saggio di Charmont citato alla nota successiva si pone come discussione critica.

⁽¹³¹⁾ J. CHARMONT, *L'abus du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*. I (1902), p. 113 ss.

⁽¹³²⁾ R. SALEILLES, *De l'abus de droit* (Rapport présenté à la première sous-commission de la Commission de revision du Code civil), in *Bulletin de la Société d'études législatives*, IV (1905), p. 325 ss.

⁽¹³³⁾ L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, 1905.

⁽¹³⁴⁾ Gény cita, anche a questo proposito, il suo prediletto Otto von Gierke, che propone, come visione strettamente germanistica, quella secondo cui « tout droit implique un devoir, et contient, en lui-même, une limite morale » (*Méthode*, n. 173, in nota).

⁽¹³⁵⁾ *Méthode*, n. 173, in fine.

⁽¹³⁶⁾ *Méthode*, n. 173, in fine.

forze intellettuali e cioè ragione sentimento e *croyance*, potrà sciogliere il nodo intricato.

Ancor più puntuale il tema della responsabilità civile in grazia della sua perfetta specularità dell'intero ordinamento-giuridico e delle forze storiche che dall'esterno premono su quello ⁽¹³⁷⁾. Qui il dibattito non soffre la vaghezza che è inevitabile in temi sfuggenti come l'abuso del diritto; qui, in Francia, a fine Ottocento, malgrado qualche raro intervento legislativo ⁽¹³⁸⁾, si fa ancora i conti con l'art. 1382 del *Code Napoléon*, che sembra arrestarsi alla configurazione di una responsabilità per colpa e che sembra sordissimo alla richiesta di nuove e diverse figure di responsabilità civile secondo le esigenze reali d'una società evoluta e soprattutto d'una organizzazione e tutela del lavoro prima assolutamente sconosciute. Sul dettato condizionante di questo articolo e degli articoli seguenti si cimenta la dottrina civilistica in difficili esercizi ermeneutici, tutti tendenti ad evitare il laccio testuale: v'è chi allarga il campo della responsabilità contrattuale e chi estende le presunzioni di colpa, ma sempre con risultati claudicanti e discutibili ⁽¹³⁹⁾; con maggior piglio, derivante da una coscienza forte del ruolo della scienza giuridica, Raymond Saleilles ne fa — dal 1894 — un modello applicatorio della sua dottrina dello « assouplissement des textes » ⁽¹⁴⁰⁾, arrivando a « scoprire » nel codice stesso il principio del rischio professionale e la concezione d'una responsabilità oggettiva ⁽¹⁴¹⁾; sulla scia di Saleilles, anche se con diversità di strumenti, Jossierand consolida la costruzione, nei medesimi anni, di una « responsabilité du fait des choses

⁽¹³⁷⁾ Sono, a proposito, pienamente da condividere le notazioni di C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Rivista critica del diritto privato*, VII (1989), p. 539.

⁽¹³⁸⁾ Li cita Gény (*Méthode*, n. 174, in principio).

⁽¹³⁹⁾ Vedi il quadro fatto da JOSSEIRAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, cit., p. 11 ss.

⁽¹⁴⁰⁾ Già nella amplissima recensione alla tesi dottorale di PAUL RENCKER, *De la non-responsabilité conventionnelle*, pubblicata in *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*. IV (1894), p. 647 ss.; e poi nel libello su *Les accidents de travail et la responsabilité civile (Essai d'une théorie de la responsabilité delictuelle)*, Paris, 1897; e nella relazione su *Le risque professionnel dans le Code civil*, in *La Réforme sociale*, XXXV (1898, 1°).

⁽¹⁴¹⁾ Emblematica, soprattutto, una pagina di: *Les accidents du travail*. cit., p. 147.

inanimées » (142). A Gény questa disinvoltura sulle formule legali ripugna non poco, perché si traduce — malgrado la finzione ipocrita — in una violenza operata sulla *mens legis*; a lui sembra molto più semplice la strada maestra di chi, rilevando la lacuna della legge, chiama a colmarla la riflessione scientifica: « Je dirai donc, qu'à mon sentiment, le système se présenterait comme plus facile à défendre, au point de vue d'une saine méthode, aussi bien que plus souple en ses conclusions, si l'on déclarait franchement, que le Code civil, n'ayant prévu, dans les art. 1382 et sq., que la *responsabilité des fautes*, ces textes n'ont rien à faire en présence d'une pure *question de risques*; qu'il s'agit ici de savoir, comment répartir un dommage fortuit entre deux ou plusieurs personnes, auxquelles les circonstances les imposent; et que, tant que la loi reste muette à cet égard, l'interprète a le devoir de régler la question, au mieux des exigences de la justice et de l'utilité » (143).

Anche dopo l'avventura della *Méthode* sarà questa la linea diritta del civilista di Nancy.

Eccolo, nello stesso 1899, alle prese con la robusta tesi dottorale del suo vecchio studente digionese, Eugène Gaudemet in tema di cessione dei debiti (144). Egli plaude al tentativo di Gaudemet, che, constatata la insufficienza delle logore teoriche della delegazione e della « stipulation pour autrui » risalenti ai diritti romano e *coutumier*, è incline ad accogliere nel diritto positivo francese la costruzione della *Schuldübernahme* consacrata legislativamente nel Codice imperiale tedesco del 1896; e ribatte: « si audacieuses qu'en parais-

(142) Nel volume cit. alla nota 139, che risale al 1897. Può essere interessante leggere la nota di E. BOUVIER, *L'évolution de l'idée de responsabilité - Deux livres récents*, in *Revue critique de législation et jurisprudence*, XLVIII (1898), p. 176 ss., a proposito del volume di Josserand e di uno di E. TARBOURIECH, *La responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*, Paris, 1896. Anche se di profilo più generale, può essere meritevole di lettura la riflessione pressoché coeva di E. LEVY, *Responsabilité et contrat*, in *Revue critique de législation et jurisprudence*, XLVIII (1899), p. 361 ss., rilevante per l'approccio metodologico al problema, per la coscienza del travaglio in corso, per la convinzione nella competenza costruttiva del giurista.

(143) *Méthode*, n. 174.

(144) E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Paris, 1898. Il saggio-recensione di Gény è: *Une théorie française du transport de dettes d'après un livre récent*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XLVIII (1899), p. 450 ss.

sent les conclusions, elles ne seront combattues de front que par ceux qui, imbus du fétichisme légal, n'admettent de création juridique qu'à l'abri d'un texte de loi écrite et sur la base d'une institution formellement reconnue in jure condito » (145). Ma respinge le incertezze e le limitazioni con cui il timoroso dottorando aveva accompagnato l'inserimento nell'ordinamento francese di un istituto di nuovo conio niente affatto previsto dal Codice; e il motivo è uno e fondamentale: riconoscimento sereno, obbiettivo delle lacune effettivamente esistenti nella legge, affidamento alla *libre investigation scientifique* del compito grave di colmarle (146).

Eccolo alle prese, nel 1902, con quel banco di sperimentazione che è il contratto di lavoro: di fronte a insensati sforzi architettonici, con i quali esso « devait rentrer, coûte que coûte, dans l'un des types de contrats organisés par notre loi civile », si affaccia lo sgomento di GénY, fondato su un elementare buonsenso, per elaborazioni macchinose e infruttuose, « alors que rien n'empêchait et que tout semblait recommander, au contraire, de lui composer une construction sui generis, répondant, avant tout, à son but économique, d'après les nécessités sociales de la vie et les mobiles psychologiques des intéressés » (147).

Eccolo, al termine del suo *cursus honorum* accademico, per risolvere un problema arduo relativo alle « associations déclarées et non reconnues d'utilité publique », costruire un *droit réel d'affectation* (148) utilizzando schemi noti e praticati nella scienza del diritto

(145) *Une théorie française du transport de dettes*, cit., p. 456.

(146) *Une théorie française du transport de dettes*, cit., p. 460.

(147) Vedi il saggio-recensione su: *Une théorie nouvelle sur les rapports juridiques issus du contrat de travail*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, I (1902), p. 333 ss., a proposito di un volume di Emile Chatelain intitolato « De la nature du contrat entre ouvrier et entrepreneur. Etude critique de droit économique » (la citazione fatta nel testo è alla p. 337).

(148) Cfr. *Les apports en immeubles aux associations déclarées et non reconnues d'utilité publique: étude de droit civil et fiscal*, in *Rev. trim. dr. civ.* XXIX (1930). Sulla qualificazione della situazione giuridica come *affectation*, cfr. p. 669 ss.; si veda, a p. 677, sul contributo delle soluzioni pubblicistiche (« nous trouvons une analogie ... dans les affectations de biens, que consentent parfois l'Etat, les départements ou les Communes à d'autres personnes morales, représentant tel service public déterminé, pour la mise en oeuvre de ce service public et en conformité de son but »). Si accorse della rilevanza — anche sul piano metodologico — di questo saggio di GénY l'ingegno vivo di Georges

amministrativo con un ardito trapianto nel seno dello scontroso diritto civile (149).

9. Gény è un universo di motivi e di dimensioni, che affiorano e si sedimentano in seno a un'opera estremamente complessa, ed è comprensibile che l'osservatore — a seconda della sua preparazione e predilezione — ne possa isolare taluno valorizzandolo maggiormente; in genere — e non a caso, proprio per la continua immersione che vi si fa dell'essere del diritto nel dover essere di una giustizia superiore — è stato il filosofo ad occuparsene, ed è la dimensione filosofico-giuridica e anche sociologico-giuridica che viene sottolineata e studiata (150).

L'angolo di osservazione da cui muovono le pagine precedenti è invece altro, ed è quello peculiare allo storico del diritto e, più specificamente, allo storico del pensiero giuridico moderno, una realtà — per dirla col lessico e con l'ideario di Gény — in cui ha gran parte non solo la *science*, ma altresì la *technique*, e che va guardata

Renard, che ne volle trattare proprio nella raccolta di studi in onore del Nostro (cfr. G. RENARD, *L'aide du droit administratif pour l'élaboration scientifique du droit privé*, in *Recueil d'études sur les sources du droit*. cit. t. III). Sulla opportunità, da parte del civilista, di ampliare lo sguardo fino alla fertile, disinvolta, innovatrice giurisprudenza amministrativa c'era stata, da tempo, in Francia qualche sicura indicazione da parte di civilisti sensibili che avevano respirato a pieni polmoni il clima ossigenato dalla *Méthode*; basti citare il frequentemente menzionato J. CHARMONT, *Les analogies de la jurisprudence administrative et de la jurisprudence civile*, in *Rev. trim. dr. civ.* V (1906).

(149) Vorrei chiudere con una semplice notazione. È — questa di Gény — una linea d'azione intellettuale che continua nella scuola civilistica di Nancy. Pierre Voirin, che nella sua tesi del '22 sulla *imprévision* (P.V. *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, Nancy, 1922) cerca di trasportare nel campo del diritto civile una nozione già allignata nel diritto pubblico e che vi fa suoi schemi metodologici tipicamente gényani, adopererà questi stessi schemi per liberare il *bail à ferme* — quello che, in Italia, si chiamerebbe oggi l'affitto di fondo rustico — da una innaturale inquadratura civilistica e avviare la costruzione di una figura giuridica autonoma finalmente affrancata, capace di soddisfare pienamente gli scopi economici e sociali (cfr. l'assai interessante saggio di Voirin, interessante anche per contemplare la messa in opera nel tessuto di un istituto concreto della vita privata delle cautele metodologiche gényane: *La jouissance d'une exploitation envisagée comme critère du bail à ferme et comme principe de son autonomie*, in *Rev. trim. dr. civ.*, XXIX (1930), soprattutto pp. 292-93 nonché le conclusioni di p. 334).

(150) È da segnalare, sotto questo profilo, il volume recentissimo di A. TANZI, *François Gény tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Torino, 1990.

pertanto con un occhiale complesso mirante non già a scomporre e isolare, bensì a comporre e ordinare in un quadro rispettoso delle diversità di apporti nella complessità dell'insieme.

Forse, se non mi fa troppo velo la mia unilaterale convinzione, è l'angolatura obbiettivamente più congeniale al personaggio Gény, personaggio complicato dal ricco convivere in lui di consapevolezze e sensibilità assai differenti, ma essenzialmente giurista, nel fondo null'altro che un giurista insoddisfatto dei semplicismi circolanti e alla ricerca della sua vera identità; ricerca che ha senza dubbio bisogno di veicoli filosofici per camminare diritta e spedita, ma che non deflette mai dal fine prefissato di far riscoprire al giurista in quanto tale una dimensione autenticamente scientifica, ponendolo — più libero — al centro del *droit* e fuori dalla gabbia obbligata della legge scritta méssagli addosso dall'assolutismo giuridico trionfante.

È qui che sta la grandezza storica di Gény, e stanno qui i molti e validi motivi per ripensarlo. Vi sono delle acquisizioni, che ebbero cento anni fa un efficace valore provocatorio, ma che meritano di essere rammemorate anche oggi. Soprattutto una: la coscienza della complessità del giuridico, che un sistema legislativo — anche il più affinato — non sarà mai in grado di esprimere, coscienza d'una ricchezza — sociale, prima ancora che tecnica — che rischia di essere dilapidata, se si continua a guardare al diritto con occhi malati e viziati di formalismo e legalismo. Il richiamo continuo, insistente — prolisso, se si vuole — a cogliere in una coraltà di fonti l'espressione genuina del sottostante ordinamento, è una istanza a non appagarsi di forme e di dettati imperativi autoritari e ad attingere la *sincerité* della vita giuridica. Di questa vita le fonti sono soltanto una epifania, simboli ma spesso astratti, specchi ma troppo spesso deformanti. A limitare ad esse la propria attenzione, si corre il rischio di acquisire una immagine grottesca, perfino ripugnante, facendo il più gran torto a una dimensione altamente espressiva del sociale come quella giuridica.

Recupero, dunque, recupero ostinato: di fonti, di una pluralità non fittizia di fonti; più ancora, di un diritto, che sta dietro e sotto, latente, non manifesto, non vistoso ma non per questo mancante del crisma intrinseco della giuridicità. Gény, secondo cui il diritto è innanzi tutto norma, che non è perciò un istituzionalista *ante*

litteram, che — tutto sommato — ha relativa comprensione per le conclusioni del suo amico e collega Georges Renard —, questo Gény ha saputo, per primo in un regime codificato, erigere una costruzione compiuta nella quale, rispettando una sua fondazione legislativa ma riducendola a una sorta di solo pilastro fra i molti, garantendo in tal modo la continuità con la tradizione post-rivoluzionaria e tranquillizzando parimente il misoneismo dei giuristi ufficiali, si realizzasse però anche il salvataggio del diritto quale *chose vivante*: costruzione dove potessero svolgere un ruolo protagonista legge e consuetudine, giurisprudenza e dottrina.

Non è solo un salvataggio, è una affrancazione: forze prima represses o mutilate vengono liberate per tener dietro al mutamento sociale. E l'asse dell'ordinamento si sposta: dal momento autoritativo della produzione della norma al momento *vitale*, esperienziale, della applicazione cioè della recezione e compenetrazione della norma nell'organismo sociale; con il conseguente recupero della interpretazione a un livello propulsivo; e i confini tra il giuridico-formale e il giuridico-sostanziale si attenuano, mentre l'ordinamento — ora sì pluralisticamente inteso — vive una capitale palingenesi.

Qualcuno leggendo le pagine precedenti, si sarà meravigliato che proprio uno storico del diritto abbia dato una immagine compatta di Gény invece di seguirlo passo passo nel suo lungo itinerario. Come ho motivato più sopra, Gény, la sua avventura scientifica, la sua ricerca culturale, coincidono con un libro e con un'idea-madre. Certamente, la vita come continua riflessione porta ricchezza e novità, e nessuno — tanto meno uno storico — potrebbe disconoscerlo, ma nell'esempio di Gény — che è esperienza culturale vissuta in straordinaria simbiosi con l'esperienza etica — tutto appare come sviluppo di un nodo già sciolto con la prima grossa indagine della gioventù: il filo si svolge in una straordinaria unitarietà. L'isola Gény resta un'isola compatta nella sua perfetta insularità; che è insularità molteplice, speculativa principalmente ma che trova una corroborazione non secondaria in un linguaggio manieristico, fioritissimo, originale e originario, che stacca anche stilisticamente il civilista di Nancy dal gregge di una comunità di giuristi malscriventi o, comunque, sciattissimi, o, comunque, incolori.

Qui — in premessa a questo « Quaderno », dove non era tanto in questione la minuta ricostruzione della biografia gényana, quanto

l'identificazione d'un messaggio culturale nel solco del pensiero giuridico moderno e contemporaneo — si imponeva di offrire l'unitarietà di un volto nei suoi essenziali tratti unitari.

Mi auguro che l'odierno giurista italiano ed europeo, dopo aver sfogliato il « Quaderno » rilegga e rimediti Gény e, sfrondando il folto strato di sedimenti storici irrimediabilmente datato, sappia far suo un messaggio pluralistico di grosso rilievo culturale; soprattutto l'odierno civilista italiano, che si porta addosso senza lamentarsene, quasi senza accorgersene, il fardello culturalmente troppo oneroso dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al Codice civile vigente (un articolo che, nella sua formulazione innovativa rispetto all'art. 3 del Codice del 1865, mi verrebbe voglia — questo sì — di qualificare come « fascista » per la carica autoritaria, assolutistica ⁽¹⁵¹⁾ di cui è portatore); che fa troppo poco per utilizzare appieno il principio costituzionale della sovranità popolare e costruire un diritto privato che sia finalmente il diritto dei privati ⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁵¹⁾ Una puntualizzazione concreta — cioè offerta alla luce di un tessuto concreto di istituti della vita giuridica — di questa enunciazione teorica, che potrebbe apparir vaga e fumosa rimanendo enunciazione generale, la si può reperire in un mio recente saggio: *Assolutismo giuridico e proprietà collettive* (vedilo nella redazione definitiva in *Rivista di diritto agrario*, e riprodotto nella raccolta: *Il dominio e le cose - percezioni medievali e moderne dei diritti reali*. Milano, 1992, p. 695 ss.). Per le premesse metodologiche, cfr. anche: *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli « Atti » di un Convegno milanese e alla ricerca di segni)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. XVII (1988).

⁽¹⁵²⁾ Per chiarir sino in fondo al lettore non-italiano quanto scrivo, il riferimento è a quell'aggiunta limitativa, vincolante, « dello Stato », che segue — nel testo dell'art. 12 — la dizione « principi generali dell'ordinamento giuridico »; aggiunta che è ignota all'art. 3 del Codice civile unitario italiano del 1865 (« ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principi generali di diritto »), e che è altamente espressiva d'una ideologia giuridica autoritaria e statolatrica.

ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO (*)

Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles

1. Un chiarimento preliminare. — 2. Alla ricerca della identità di un civilista singolarissimo — 3. L'insoddisfazione per la « grammatica » degli esegeti: recupero scientifico del « droit civil ». — 4. Per il diritto come « science du dehors ». — 5. E per una rinnovata concezione della legge: dallo « esprit de norme juridique » allo « esprit de discipline juridique ». — 6. E per una demitizzazione del *Code civil*. — 7. « La formation progressive de la vérité juridique »: per una rinnovata visione del modulo interpretativo. — 8. Costruzioni applicative: a) « de la cession de dettes »; b) « de la conception juridique de la copropriété afférente à la commandite »; c) « le risque professionnel dans le Code civil ».

1. Questo saggio non è un frutto solitario, ma si innesta consapevolmente in una successione non occasionale (anzi, perfettamente progettata) di scritti, taluno dei quali è già apparso (e di questi costituisce una indispensabile integrazione), molti dei quali — già delineati nella mente dell'autore — attendono però ancora una loro materiale redazione (e di questi costituisce, in qualche modo, anticipazione e prefigurazione). Tutti, tasselli di una stessa unitaria orditura tesa a disegnare organicamente i molti e rilevanti tentativi che, fra Ottocento e Novecento, si sono susseguiti per incrinare quella visione totalizzante del diritto privato, pseudo-giustificata in un complesso di apriori, con radici ideologico-politiche intensissime, e perciò sorretta da una mitologia altrettanto intensa, che io vo chiamando da qualche tempo assolutismo giuridico quasi per sottolineare l'antinomia di una soffocante proposta legolatrice in bocca a chi si faceva propugnatore del più aperto liberalismo a livello di organizzazione economica (1).

(*) Questo saggio è dedicato a Luigi Mengoni.

(1) A chi volesse chiarire questa nozione di assolutismo giuridico, non potendo qui ripetermi dopo esserci tornato sopra diverse volte, rivolgo l'invito a leggere le precisazioni contenute soprattutto negli scritti citati alle note 4 e 5.

Se l'avvio a queste ricerche può cogliersi in alcune pagine metodologiche dell'88 a proposito di un coraggioso incontro milanese sul problema delle fonti ⁽²⁾, il discorso si è consolidato maggiormente sul piano storico-giuridico in una nota dell'89 su una polemica fra due civilisti italiani, Vittorio Polacco e Vincenzo Simoncelli ⁽³⁾, nella lezione dottorale tenuta a Barcellona nel '91 su « Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX » ⁽⁴⁾, nel saggio su « Assolutismo giuridico e proprietà collettive » ⁽⁵⁾; infine, nel 1992, nell'ampio ripensamento della riflessione di Gény sulle « sources du droit » e sulla « méthode d'interprétation » pubblicato quale premessa al volume dei « Quaderni fiorentini » dedicato al grande giurista lorenese ⁽⁶⁾.

Fu proprio nella attenta rilettura complessiva dell'opera gényana che un nome emergeva ripetuto infinite volte: quello di Raymond Saleilles; e infinite volte si faceva da Gény riferimento alla di lui riflessione come a un momento rilevante, anzi decisivo, per una rinnovata presa di coscienza da parte della civilistica francese dei fondamentali problemi metodologici di una moderna scienza del diritto privato, addirittura delle condizioni e delle garanzie per una sua perfetta scientificità. Gény, con la sua consueta probità intellettuale, citava molti nomi di giuristi francesi che cominciavano ad avvertire l'esigenza di tracciare nuovi sentieri di ricerca, ma l'interlocutore primo e vero restava sempre il suo vecchio collega digio-

⁽²⁾ *Epicidio per l'assolutismo giuridico (dietro gli « Atti » di un Convegno milanese e alla ricerca di segni)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII, 1988.

⁽³⁾ *Interpretazione ed esegesi (Anno 1890 — Polacco versus Simoncelli)*, in *Rivista di diritto civile*, XXXV, 1989, I, poi anche in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, I, Milano, 1990.

⁽⁴⁾ Bellaterra, Universitat Autònoma de Barcelona, 1991 (il testo, nella sua originaria versione italiana, può leggersi in *Rivista di storia del diritto italiano*, LXIV, 1991; in inglese, con un succinto apparato di note, in *Italian Studies in Law — A Review of Legal Problems*, II, Dordrecht, 1993; in tedesco, sempre col medesimo apparato di note, in *Tübinger Universitätsreden-Reihe der juristischen Fakultät*, B.3, Tübingen, 1992, e in *Rättshistoriska Studier*, Stockholm, 1993).

⁽⁵⁾ Apparso in *Quaderni fiorentini*, XIX, 1990 e, in versione riveduta e definitiva, in *Rivista di diritto agrario*, LXX, 1991, e ora anche nella raccolta: P. GROSSI, *Il dominio e le cose — Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, p. 695 ss.

⁽⁶⁾ *Ripensare Gény*, in *Quaderni fiorentini*, XX, 1991, p. 1 ss., e, in una versione definitiva, in *Rivista di diritto civile*, XXXVIII, 1992, p. 303 ss.

nese, alle cui idee sollecitanti sentiva di doversi ricondurre anche se per esprimere alcuni precisi dissensi. Egli non ha timore di confessare con umiltà: « c'est toujours à elles que je suis revenu quand j'ai voulu rafraîchir ma pensée » (7); e, quando, da storico del pensiero giuridico francese fra i due secoli, ne ricostruirà più tardi le trame complesse, misurando con accuratezza i singoli apporti non potrà non ammettere che « la doctrine méthodologique de Saleilles se présente à nous comme la synthèse la plus fortement expressive de toutes les aspirations contemporaines en matière de création et de développement juridiques » (8).

Rimasi colpito da quel richiamo alla forte « espressività » dell'opera saleillesiana; espressività suona infatti storicità di un personaggio e di una riflessione, indica convintamente l'intensa specularità di quello e di questa. Si aggiunga che Gény tesseva l'elogio di Saleilles senza mai nascondere, ma dichiarando apertamente, i suoi dissensi: se identica era la diagnosi del male da estirpare o da esorcizzare, diverse erano infatti le valutazioni sugli strumenti da porre in opera e su alcune conclusioni, per esempio su quella disinvolta teorizzazione dello « assouplissement des textes » (9), cioè della plasticità naturale dei testi normativi nelle mani dell'interprete-applicatore, che pareva stare al centro dell'intero messaggio di Saleilles. E ciò avvalorava e accreditava di fronte ai miei occhi quell'elogio.

Da qui la curiosità di studiare l'opera del civilista borgognone, nella esigenza di dargli una identità non fittizia in quell'officina fertile e affollata che fu la Francia dell'ultimo decennio dell'Ottocento. Forse, la curiosità rappresentava soltanto un tentativo di saperne di più; all'inizio, non tendeva a tradursi in una ricerca autonoma, in un isolamento del Nostro dalla costellazione dei contemporanei e nella redazione di un saggio autonomo. Fu il contatto con gli scritti di un intero arco di vita a suggerire e quasi a pretendere una scelta siffatta.

(7) F. GÉNY, *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode dans l'oeuvre de Raymond Saleilles*, in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, 1914, p. 13.

(8) F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1919, seconda edizione, Epilogue, chap. premier. *Le combat doctrinal pour la méthode juridique en France et en Belgique depuis 1899*, n. 184.

(9) GÉNY *loc. ult. cit.*, n. 190.

Il Saleilles noto a tutti è il colto divulgatore dei progetti del Codice civile germanico, il civilista che sistema temi ardui come il possesso, l'obbligazione, la dichiarazione di volontà, le persone giuridiche, ma v'è un Saleilles più ipogeo, i cui segni sono disseminati in mille rivoli spesso di difficile accesso: accanto alle grandi e note Riviste giuridiche, sono Riviste provinciali care all'Autore perché da lui stesso fondate (come la digionese « *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur* »); Riviste di elevato stampo pedagogico ma generiche, che consentono al Docente universitario di entrare in colloquio immediato con Docenti anche non-giuristi su problemi pressanti dell'insegnamento (come la « *Revue internationale de l'enseignement* »); « *Bulletins* » e « *Cahiers* » facenti capo ad associazioni e circoli privati e perciò difficilmente circolanti oltre una ristretta cerchia di adepti ⁽¹⁰⁾. E si badi: non si tratta di un Saleilles minore. Al contrario, è lì che egli usa discutere dei problemi di metodo strettamente connessi a quelli dell'insegnamento, è lì che ama parlare delle sue concezioni di fondo assai più che all'interno delle grandi costruzioni dogmatiche.

Certamente è un Saleilles poco o punto noto al di là di un conchiuso nóvero di specialisti francesi, ma meritevole di essere riscoperto e studiato: diversamente da Gény, che ha sentito il bisogno (e, diciamo pure, ha avuto la consapevolezza morale e la forza speculativa) di misurarsi quasi subito in una grande avventura di precisazione epistemologica e che ha affidato ad essa non soltanto la sua nitida immagine di studioso ma la sua stessa fama e il suo stesso prestigio, diversamente da Gény Saleilles, se si cimenta in opere di grosso respiro, è per lavorare sul tessuto di istituti o per complesse ricostruzioni esegetiche. Una silloge delle sue conclusioni metodologiche, così come Gény la mette a punto nel '99 nella sua « *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* », assolutamente non è mai stata scritta (e nemmeno avviata, e nemmeno pensata).

E non c'è da dire che Saleilles non ami parlar di metodo: dal 1890 al 1911, a pochi mesi dalla sua morte prematura, egli non fa che tornare ripetutamente, sparsamente, monotonamente, sugli stessi argomenti, che sente urgere sulla sua coscienza, dapprima e innanzi

⁽¹⁰⁾ Tanto per fare qualche esempio, il « *Bulletin de la Société des amis de l'Université de Dijon* », la « *Revue Montalembert* », il « *Bulletin de la Conférence Bufnoir* », i « *Cahiers* » della « *Union pour la vérité* », e così via.

tutto, di cittadino di una Francia in rapido mutamento, poi anche di giurista, e, in particolare di cultore del diritto privato. Appena che ne ha il destro, nelle sedi più svariate, eccolo a parlar di metodo dell'insegnamento giuridico, di assetto presente e futuro delle Facoltà giuridiche, di fonti del diritto, di interpretazione della legge, di ruolo del legislatore, del giudice, del dottrinario; sempre portatore di un disagio profondo e sentito, sempre sulla strada impervia della conquista d'una correttezza metodologica e conseguentemente d'una autentica scientificità.

Diversamente da Gény, scrittore che si dichiara apertamente — con una franchezza estrema — al proprio lettore in due grandi costruzioni unitarie intese e redatte come due limpidi — discutibili forse ma limpidissimi — breviarii scientifici, l'itinerario di Saleilles — puntellato in venticinque anni di scavo ininterrotto da decine e decine di interventi occasionali e parziali — deve essere seguito passo passo e non può che essere ricostruito con fatica per saggiarne il reale contenuto di pensiero, la intima unitarietà e gli eventuali processi evolutivi.

È quanto si tenterà di fare nelle pagine che seguono. Non ci si aspetti un compiuto « discours de la méthode » come è nell'*opus gényano*. Però — questo sì — una testimonianza meritevole di essere riconsiderata almeno per due motivi: per la sua forte espressività, come direbbe Gény, per essere lo specchio fedele, forse il più fedele, di quell'affiorare di insoddisfazioni che arrivano ad incrinare le certezze dell'assolutismo giuridico in Francia; per il suo valore storico di prima espressione compiuta e prima manifestazione aperta — in Francia — di un disagio, espressione e manifestazione che, lasciando il vago dei malesseri sottili, divengono anche proposta e indicazione di sentieri nuovi da battere.

2. Anche se per un giurista autentico come Saleilles ogni ulteriore sezionamento professionale suona mortificatore e riduttivo ⁽¹¹⁾, non credo che gli calzi male addosso la qualifica di civilista; e non solo perché egli fu prevalentemente titolare di una cattedra di

(11) Uno dei suoi meriti — e lo vedremo — è non solo l'attenzione per l'imponente cammino della scienza giuspubblicistica in Francia fra Ottocento e Novecento, ma particolarmente il tentativo di trasfondere nella riflessione giusprivatistica canoni meto-

«Droit civil», ma soprattutto perché alla scienza civilistica volle dare il proprio contributo di impegno intellettuale.

Qualifichiamolo, dunque, pure come civilista, ma aggiungiamo subito che si tratta di un civilista singolarissimo; e non tanto perché coltivò con competenza molte branche dell'universo giuridico⁽¹²⁾, circostanza non infrequente in un momento in cui l'unità della scienza del diritto era felicemente una realtà osservata piuttosto che un ideale retorico⁽¹³⁾, quanto perché si assunse assai presto — e mantenne sempre — il deciso ruolo di coscienza critica della civilistica francese portando avanti la demitizzazione delle pretese conquiste di una tradizione secolare, a cominciare da un esame disincantato di quel monumento indiscusso dello spirito giuridico francese costituito dal venerabile e venerato *Code Napoléon*.

È lecita una domanda: perché tanta singolarità? Donde deriva al personaggio tanta acutezza di sguardo e la capacità di tanta disinvoltura? Saleilles, in quest'opera di rinnovamento, si pone con profonda umiltà nella scia di Charles Bufnoir⁽¹⁴⁾, semplice prosecutore di un'operazione già tutta promossa e avviata. Forse, il grande demitizzatore si è lasciato andare a una mitizzazione eccessiva del personaggio Bufnoir cedendo ai lacci sentimentali presenti in lui come vecchio allievo e come genero devoto. Bufnoir dovette avere dei grossi meriti come docente efficacissimo e a lui si debbono due grossi passi avanti: l'apertura del civilista a una dimensione comparatistica e il contributo senza dubbio primario alla riforma degli studi in seno alle Facoltà giuridiche francesi, che si realizzerà nel 1895. Ma non ebbe il ruolo che la devozione di Saleilles ha voluto attribuirgli; se non altro, perché Bufnoir scrisse assai poco, e quel poco è assai frammentario senza alcun progetto unificante a sorreggerlo. Certamente, come risulta dalla tradizione orale raccolta dagli allievi⁽¹⁵⁾, non andò molto più in là di

dici e linee di pensiero che avevano — secondo Saleilles — portato a risultati fecondi all'interno di quella.

(12) Contributi non episodici egli dette nel diritto romano, nella storia del diritto, nel diritto penale.

(13) Basti pensare al suo unico, collega e sodale in molte iniziative Adhémar Esmein, cultore — a pari titolo — della storia del diritto e del diritto costituzionale.

(14) Charles Bufnoir (1832-1898) fu per più di trenta anni e fino alla morte, professore di Diritto civile nella Facoltà giuridica dell'Università parigina.

(15) Il grosso volume di scritti raccolti dopo la sua morte sotto il titolo: *Propriété*

una visione sistematica degli istituti tralasciando l'ordine discutibilissimo del legislatore per un ordine più sostanziale, più razionale⁽¹⁶⁾. Passi innanzi, senza dubbio, rispetto ai formalismi esegetici e all'ossequio quasi culturale verso il *Code civil*, ma senza dubbio non quel rinnovamento di approccio con Codice, legge, interpretazione-applicazione, che postula una profonda conversione interiore; la conversione che constatiamo invece nella singolare riflessione saleillesiana.

E torniamo al punto di partenza, a questa singolarità e alle sue radici. Due sono, a mio avviso, le dimensioni che vanno sottolineate e valorizzate per questo tentativo di comprensione, una di indole culturale, l'altra con radici nel profondo della personalità, tutta spirituale, religiosa, ma destinata a straripare, invadere e connotare anche l'uomo di cultura. Intendo riferirmi alla circostanza che Saleilles è un civilista che proviene dal ventre della storia del diritto, un civilista che è anche storico del diritto; che v'è in lui una sentita tenace adesione alla fede cattolica.

In Saleilles la familiarità con l'analisi storico-giuridica non è, come per la più gran parte dei giuristi francesi a lui contemporanei, episodica. Egli infatti inizia la sua carriera accademica insegnando lungamente « Histoire du droit » a Grénoble e a Dijon⁽¹⁷⁾; storico-giuridici sono i suoi primi lavori scientifici⁽¹⁸⁾; il primissimo « De la possession des meubles en droit romain », che costituisce parte della sua tesi dottorale del 1883⁽¹⁹⁾, lo mette in contatto con la grande

et contrat — *Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, Paris, 1900, non è altro che la ricostruzione delle lezioni tenute da Bufnoir presso la Facoltà giuridica parigina.

⁽¹⁶⁾ È questo, nella sostanza, depurato degli inevitabili toni encomiastici, il giudizio di Guillouard nella introduzione al precitato volume collettaneo *Propriété et contrat*.

⁽¹⁷⁾ Cfr. E. GAUDEMET, *Raymond Saleilles-1855/1912*, in *Revue bourguignonne de l'Université de Dijon*, XXII, 1912, pp. 174-177. Questo ampio necrologio — redatto da un antico allievo digionese, che nel 1912 è professore di Diritto civile nella Facoltà giuridica di Dijon — costituisce, allo stato attuale, il miglior contributo alla biografia intellettuale del Nostro. Devono, inoltre, esser tenuti presenti i saggi raccolti nel volume collettaneo: *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, cit., pubblicato poco dopo la sua morte.

⁽¹⁸⁾ *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, XII, 1888 e XIII, 1889; *Du rôle des scabins et des notables dans les tribunaux carolingiens*, in *Revue historique*, XL, 1899, 20.

⁽¹⁹⁾ Paris, 1883.

lezione metodologica che il secondo Jhering cominciava a mettere a punto proprio in tema di possesso e da cui resterà conquistato per sempre; continuerà costantemente a dedicarsi a ricerche storico-giuridiche ed è tale l'ultimo corposo contributo pubblicato prima della morte (20).

L'esercizio della storia e del mestiere di storico hanno in lui sicuramente avvalorato il primato della vita vissuta, acuito il discrimine insanabile fra vita e artificio, la naturale ripugnanza per ogni artificio, che non è mai forza produttrice di storia e può solo porsi per essa quale forza costringente e condizionante. L'esercizio della storia del diritto ha valso sicuramente a sottolineargli la convinzione del diritto come ordinamento del sociale, espressione naturale del sociale e pertanto necessariamente connotato di socialità e storicità, un diritto colto più come esperienza che come forma e norma (21).

L'esercizio dell'analisi storico-giuridica doveva infine esaltare al suo spirito d'osservazione la storicità del presente, il divenire rapido di quell'ultimo quarto di secolo, in cui il maturo giurista Saleilles si trovava a vivere e di cui non poteva non essere attentissimo spettatore. Un divenire che gli appariva storia ed evoluzione insieme, con tutto quel vertiginoso progresso tecnologico in corsa verso il futuro.

Più complesso è il discorso sulla sua matrice religiosa, che è viva

(20) *L'organisation juridique des premières communautés chrétiennes*, in *Mélanges P.F. Girard*, Paris, 1912.

(21) Nella comunicazione su « Le risque professionnel dans le Code civil », che è tenuta nella assemblea della « Société d'économie sociale » del 14 febbraio 1898 e cioè dinnanzi a un pubblico fatto prevalentemente da non-giuristi, egli sente il bisogno di giustificare una certa sua visione delle fonti del diritto e certe sue conclusioni eterodosse, presentandosi come un civilista proveniente dalla storiografia giuridica e che a questa provenienza mai smentita imputava la sua più intima caratterizzazione culturale: « je suis d'une école qui tend de plus en plus à accorder beaucoup à la jurisprudence et à attendre beaucoup d'elle, beaucoup plus que de la loi. Vous avouerais-je que j'ai commencé ma carrière juridique par l'histoire, et c'est par l'histoire que je suis arrivé au droit. Ce n'est pas impunément que j'ai vu à Rome, dans cette grande école de fabrication juridique que l'on nous cite à modèle, le droit se faire par l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence; et devenir stationnaire le jour où la méthode statutaire... vint remplacer les procédés de germination progressive, tels qu'ils se réalisaient sous la poussée des faits et la cristallisation de la science » (*Le risque professionnel dans le Code civil*, in *La Réforme sociale*, XXXV, 1°, 1898, p. 637).

e caratterizzante ma che emerge sempre indirettamente almeno nel giurista e nella pagina giuridica. Anche qui il tratto distintivo con Gény si fa forte: ambedue cattolici sinceri, ambedue sicuri nel chiedere a un dover-essere il compito di confortare e orientare il povero essere della vita giuridica; solo che, mentre Gény lo conclama, ha bisogno di parlar di Dio, è tutto proiettato senza perplessità verso una dimensione metafisica, verso un assoluto ⁽²²⁾, in Saleilles c'è un maggior pudore e c'è insieme una maggior diffidenza verso ogni assolutizzazione. La sua è, in fondo, sotto il profilo religioso, una esperienza personale assai più tormentata.

Ha fatto lo storico, non l'erudito, non il filologo, e si è intriso di storicismo. Lo storicismo è diventato in lui un modo d'approccio relativizzante, addirittura un metodo, è quella « *méthode historique* » di cui parlerà tante volte nel corso dei suoi lavori e che non lascerà indenne nemmeno la sfera delle credenze. Ecco un esempio significativo: nello stesso anno 1903 il cattolico Saleilles e il giurista Saleilles scrivono due contributi che, pur ponendosi su piani diversi — l'uno su quello della esegesi vetero-testamentaria, l'altro su quello della esegesi della regola giuridica codificata —, si mostrano in perfetto armonico contrappunto e testimoniano, nella loro impressionante simultaneità, la profonda unità del personaggio e delle sue scelte metodiche. Ci riferiamo a « *La méthode historique et la Bible* » ⁽²³⁾ e a « *Méthode historique et codification* » ⁽²⁴⁾, dove il motivo di fondo è sempre e soltanto il rifiuto della immobilizzazione di un testo, sia pure il testo sacro, la necessità di renderlo vivo nel contatto con la vita che prosegue, nella disponibilità ad arricchirsi in quel contatto e a trasformarsi.

Sono gli anni infocati del modernismo, un atteggiamento culturale e spirituale insieme che conquista il giurista borgognone. Proprio nel bel mezzo della Relazione al Congresso di scienze storiche,

⁽²²⁾ Mi sia consentito di rinviare ad alcune mie recenti precisazioni. Cfr. GROSSI, *Ripensare Gény*, cit., p. 315 ss.

⁽²³⁾ *La méthode historique et la Bible. Etude à propos d'un livre récent* (P.M.J. LAGRANGE, *La méthode historique, surtout à propos de l'ancien Testament*, Paris, Lecoffre, 1903), Genève, 1903.

⁽²⁴⁾ *Méthode historique et codification*, in *Atti del Congresso Internazionale di Scienze Storiche, Roma, 1-9 aprile 1903, IX*, Roma, 1904.

una Relazione storico-giuridica, Saleilles conclama l'onnivalenza del suo storicismo coinvolgendo senza perifrasi, accanto alla assolutezza delle dommatiche giuridiche, anche quella delle dommatiche religiose: « à une époque où les dogmes eux mêmes évoluent, et où cette transformation organique de tous les produits de la pensée humaine est admise même dans le domaine de l'orthodoxie religieuse pour la partie au moins formelle des entités métaphysiques qui en constituent le credo, à plus forte raison doit-il y avoir une évolution des concepts d'équité et de justice » (25). Di lì a poco seguiranno le laboriose traduzioni in francese di testi apologetici del cardinale Newman (26), il mentore acclamato dei modernisti, e lo studio intorno a « Il santo », il romanzo del suo amico Fogazzaro appena tradotto in francese (27) e così intimamente pervaso da venature novatrici (28).

L'adesione modernista serve a placare la possibile antinomia tra fede e orientazione storicistica e indica quanto sia calato a fondo nella sua struttura intellettuale il metodo storicistico (29). Convinto

(25) *Loc. ult. cit.*, p. 9. Non era, in fondo, dissimile il discorso che Saleilles aveva fatto l'anno prima nel suo saggio programmatico *Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, pubblicato nel primo fascicolo della *Revue trimestrielle de droit civil*, I, 1902, p. 98): « il n'ya qu'en matière religieuse... que l'on peut parler de dogme et d'immutabilité, au moins en ce qui concerne le fond et l'essence du dogme et en mettant à part les explications théologiques qu'on en puisse donner, lesquelles évoluent comme tout le reste ».

(26) Di Newman Saleilles traduce, nel 1905 « La foi et la raison », nel 1906 « Le Chretien ».

(27) *Il Santo (Etude sur le roman d'A. Fogazzaro, Il Santo)*, in *La quinzaine*, nn. dell'1 e 15 febbraio 1906 (lo stesso giornale su cui era uscito, il 15 aprile precedente, il famoso articolo del matematico Edouard Le Roy così incisivo nella storia della riflessione modernistica).

(28) Sulla sua attenzione per i problemi anche squisitamente religiosi, scritturistici, ecclesiologici del modernismo, si veda *Bulletin de la Semaine*, N. del 27 gennaio 1904.

(29) Quando, nel 1907 — l'anno della *Pascendi* — egli rievocherà i suoi studi universitari di diritto facendo salvi solo i nomi di Labbé, di Bufnoir e di Paul Gide, parlando di Gide e del suo insegnamento innovatore del diritto romano inteso non come astrazione geometrica ma come diritto vivo della società antica con ammaestramenti duraturi anche per il giurista ottocentesco, tiene a sottolineare « quelle impressione de modernisme intense produisaient les leçons d'un maître tel que Paul Gide, quels horizons elles nous ouvraient sur l'actualité même la plus récente » (*Lettre à M.P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, in *Union pour la Verité — Correspondance*

storicismo e convinto cattolicesimo (sia pure nella versione novatrice) possono convivere nello stesso uomo di cultura e fornire la chiave per una più soddisfacente comprensione anche del giurista. Affrettiamoci a scendere su questo piano e a vederli operanti proprio a livello della cultura giuridica di Saleilles, addirittura delle sue scelte metodologiche e tecniche.

Educazione storicistica ed educazione cattolica convergono intanto su un nodo fondamentale: il rifiuto — direi di più: la ripugnanza — per le basi speculative del moderno diritto borghese, la condanna per i postulati giusnaturalistici così come si erano venuti delineando nella filosofia e nella politologia sei-settecentesche⁽³⁰⁾: un diritto naturale individuato come realtà assoluta, immobile, eterna, perché individuato nella sua pre-storicità ed a-storicità; una astrazione, una finzione, perché disegnato su un preteso stato di natura originario, che esiste soltanto come modello pensato, inguaribilmente libresco.

Pensato e libresco, pura astrazione esso stesso perché modello teorico, il soggetto di diritto naturale, individuo-microcosmo preesistente a ogni organizzazione sociale e colmo di pretese verso il sociale per la conservazione e tutela delle sue prerogative sovrane⁽³¹⁾. Bisogna convenire che storicismo e cattolicesimo, acuendo certe naturali ripugnanze culturali, consentono a Saleilles una messa a fuoco tanto lucida quanto spietata: questa modellistica astratta, questa che a uno sprovvisto osservatore potrebbe sembrare un innocuo gioco d'ombre, è un'operazione che parte da precise scelte ideologiche e vuol

mensuelle — *Cahier annexe formant post-scriptum à la troisième série des «Libres Entretiens»*: *Sur la réforme des institutions judiciaires*, Paris, 1907, p. 12).

⁽³⁰⁾ Questa critica è particolarmente sviluppata in: *Fondement et développement du droit* — *Quelques vues émises à propos d'un livre récent*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XIII, 1891, p. 42 ss.; *Préface* a F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, prima edizione, Paris, Chevalier-Marescq, 1899, p. XXIII (questa nostra citazione è tuttavia fatta sulla ristampa della seconda edizione: Paris, 1954); *Conception et objet de la science du droit comparé* (Rapport présenté au Congrès international de droit comparé), in *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, XXIX, 1900, p. 397; *Ecole historique et droit naturel* cit., p. 96 ss.; *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XLIV, 1902, 2°, p. 319 ss.; *Le Code civil et la méthode historique*, in *Le Code civil - 1804/1904 — Livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 107 ss.

⁽³¹⁾ « le droit social était un dérivé du droit individuel, celui-ci était antérieur et supérieur aux droits de la collectivité » (*Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 108).

porsi a giustificazione di un preciso assetto sociale ed economico. Le ombre sull'apparente schermo bianco sono, al contrario, individui economicamente ben pasciuti, che intendono difendere ad ogni costo la propria posizione di privilegio nella società. Nella innocua arcadia del giusnaturalismo moderno si radica e si fonda l'assetto individualistico del diritto borghese.

Dirà, in una delle sue prime riflessioni metodologiche risalente al 1891 ⁽³²⁾: « la thèse rationaliste... a abouti tout droit... à la doctrine du *Contrat social*; et c'était forcé: une individualité abstraite, isolée dans sa liberté native, ne peut subir l'obligation de vivre en société que de son libre consentement; l'état social devient forcément l'état secondaire de l'humanité et sa légitimité ne peut résulter que d'une adhésion volontaire de chacun au pacte social » ⁽³³⁾. E, parlando undici anni dopo, nel 1902, al Congresso della « Société d'économie sociale » dedicato al ruolo sociale della gioventù, dove affronta il problema dei metodi formalistici nell'insegnamento universitario del diritto, eccolo ancor più rincarare la dose: « Vous sentez bien, en effet, que, quoi qu'on en dise, cette méthode prétendue classique, ou plutôt cette absence de méthode, n'est pas autre chose que l'application dans le domaine du droit individuel de la pure et néfaste théorie du *Contrat social*, telle que Rousseau l'a proposée chez nous. A la base, l'idée d'un droit individuel absolu, l'individu s'identifiant avec l'idée de souveraineté, et n'ayant à obéir qu'au pacte consenti en son nom par la majorité, de telle sorte que, la loi n'ayant à obliger que dans la mesure du consentement donné de part et d'autre, c'est cette recherche de la volonté légale, puis qu'elle n'est autre qu'une volonté contractuelle, qui domine toute l'interprétation législative. Qu'importent à coté de cela les résultats de la loi au point de vue moral, économique et social? .Qu'avons-nous à nous en occuper? Une seule chose importe: c'est de savoir ce qu'ont entendu sacrifier de leur droit subjectif absolu ces petites souverainetés individuelles

⁽³²⁾ *Fondement et développement du droit*, cit. Come capita quasi sempre a un temperamento pragmatico e concreto quale Saleilles, la riflessione metodologica è sollecitata da qualche lettura incisiva. In questo caso, il saggio è provocato dalla apparizione del volume di Charles Beudant su « Le droit individuel et l'Etat » (Paris, Rousseau, 1891).

⁽³³⁾ *Fondement et développement du droit*, cit., p. 43.

dont l'ensemble constitue la nation. Et après cela vient le déluge, s'il le faut! La souveraineté individuelle est sauve, le pacte social est respecté » (34).

Riprenderemo fra breve alcuni di questi temi; qui si deve per ora prendere atto di una duplice condanna: senza dubbio quella delle astrazioni che, in quanto tali, non possono non trasformarsi immediatamente in assolutizzazioni; ma anche quella di quanto sta dietro, ipocritamente, all'operazione astrattiva, e cioè la costruzione della società in chiave esasperamente individualistica. Lo storicismo culturale di Saleilles trova un alleato nel suo solidarismo cristiano, cui è profondamente ripugnante la contemplazione di un mondo egoistico costellato soltanto da isole sovrane, un mondo esteticamente perfetto nella sua compiuta armoniosità; lo storico e il solidarista sanno che il collettivo è una delle grosse forze della storia, che all'interno di questo collettivo — parte non minima di esso — sta un drappello sterminato di creature innominate — miserabili, malati, sfruttati — certamente assai dissimili dagli individui sovrani della logora favola giusnaturalista, ma esistenti, sofferenti, meritevoli di attenzione, meritevoli di essere riportati alla luce del sole anche a costo di turbare la serenità della favola (35).

Da qui anche l'attacco alla pretesa neutralità di un simile operare per modelli, alla pretesa neutralità di un metodo che reclama la sua purezza soltanto perché non si contamina con le fattualità grossolane — economiche e sociali — della storia quotidiana, alla pretesa neutralità di un Codice civile che ama proporsi

(34) *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 319.

(35) Mette conto di rileggere una pagina della commemorazione che egli scrisse dello storico del diritto Edouard Beaudoin: « L'histoire est une oeuvre d'art incomparable, l'oeuvre d'art par excellence: car elle est faite, non seulement de tout ce qu'il y a de beauté dans les vies individuelles, mais de tout ce qu'il y a de poésie idéale et de grandeur impersonnelle dans la vie collective de l'humanité. Y-a-t-il sensation d'art qui puisse égaler cette plasticité de résultats sociaux, tels qu'ils ressortent de ce qu'il y a eu de pensées, de sensations, de souffrances, de joies et d'efforts chez chacun des pauvres petits êtres inconnus et oubliés qui ont vécu et qui, sans le savoir et sans le vouloir, ont travaillé, souffert et pensé pour d'autres, pour les autres » (*Edouard Beaudoin Professeur à la Faculté de Droit de Grenoble*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XL, 1900, p. 316).

come il sistema dei diritti naturali reclamati per ogni uomo, per una collettività di giuridicamente uguali ⁽³⁶⁾. Saleilles taccia di finzione ipocrita lo stucchevole sistema giuridico giusnaturalistico e ne segnala, al contrario, il carattere di struttura oppressiva di classe: « on avait organisé... le Code de la bourgeoisie » ⁽³⁷⁾.

L'analisi è divenuta anche classista ⁽³⁸⁾, e denuncia che allo storicismo cristiano si giustappongono orecchiamenti e suggestioni che provengono da altre fonti ispiratrici, segno d'un eclettismo che domina all'incirca tutti gli intellettuali europei operanti a cavaliere fra i due secoli, che certamente non lascia immuni i giuristi ⁽³⁹⁾, che è particolarmente evidente in Raymond Saleilles. Insieme allo storicismo metodologico, che ben si poteva armonizzare con un cattolicesimo di stampo modernista, ecco affiancarsi seduzioni evoluzionistiche e socialistiche ⁽⁴⁰⁾ per il tramite di quel gran calderone che fu in tutta Europa il cosiddetto « socialismo giuridico » ⁽⁴¹⁾. Saleilles, sem-

⁽³⁶⁾ *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 319. Ecco quanto si dice espressamente del metodo sillogistico e formalistico — e della sua pretesa purezza — in voga nelle Facoltà giuridiche francesi degli anni Ottanta: « tout ce que j'ai voulu essayer d'établir; c'est que la neutralité des méthodes n'existait pas, dans l'enseignement du droit pas plus qu'ailleurs, et que, quoi qu'on fasse, du moment que l'on fait de la science sociale, on fait de l'éducation intellectuelle, on part d'une conception initiale de la vie, exprimée ou latente et on en déduit des applications concordantes en matière juridique » (p. 320).

⁽³⁷⁾ *Le Code civil et la méthode historique*, cit. p. 115. Al posto dei puntini segnati nel nostro testo Saleilles scrive: « sans le savoir et sans le vouloir », quasi per attenuare la diagnosi registrando quello che è un risultato oggettivo più che un programma voluto.

⁽³⁸⁾ Un accenno alle richieste de « les classes ouvrières » e alla esigenza di un « Code du travail », che accompagni un *Code civil* concretatosi soltanto in un « Code de la propriété », è a p. 116 (*op. ult. cit.*).

⁽³⁹⁾ Cfr. quanto abbiamo rilevato recentissimamente a proposito di Gény (GROSSI, *Ripensare Gény*, cit., p. 320).

⁽⁴⁰⁾ È doveroso però precisare immediatamente questo accenno troppo generico: socialistiche nel senso che si dirà subito dopo, cioè nel senso del cosiddetto socialismo giuridico, concretantesi quasi sempre in un moderato individualismo temperato vieppiù da istanze solidaristiche. Al socialismo rivoluzionario e statalista il Nostro è accanitamente ostile come all'individualismo egoistico di marca giusnaturalistica.

⁽⁴¹⁾ Per un accenno esplicito al « socialismo giuridico » e anche al « femminismo giuridico » (segno della curiosità di Saleilles per tutto il gran ribollimento che gli ferve intorno), cfr. la *Allocution* introduttiva al volume organizzato per sua iniziativa: *Les méthodes juridiques* — Leçons faites au Collège libre de Sciences sociales en 1910 par

pre intellettualmente curioso, sempre disponibile a ricevere con umiltà dalle fonti più disparate, sempre puntigliosamente attento a quanto si scrive fuori di Francia e in lingue diverse dal francese, ha il merito di giovare di una tastiera straordinariamente ampia, anche se questo merito in uno spirito sofferente di qualche fragilità speculativa può significare incapacità di arginare, ordinare, vagliare. Per fare un esempio che riguarda casa nostra, è ammirevole la curiosità che egli dimostra per quanto si scrive in Italia a fine secolo ed è indubbia la forte suggestione che ha su di lui tutta la civilistica neoterica italiana dopo gli anni Ottanta e la « nuova fase » del diritto civile, per far nostro il titolo di un celebre libro di Enrico Cimbali ⁽⁴²⁾.

Con gli occhi ormai liberi dai vecchi plagi tenaci grazie al suo liberante pluralismo culturale Saleilles può proseguire con piglio sicuro una smantellante opera di demitizzazione di tante pretese conquiste. Tutto viene rimesso in discussione: l'*égalité*, l'uguaglianza giuridica — scritta a lettere d'oro, ieri sugli stendardi della Rivoluzione, oggi 1904 in ogni aula giudiziaria francese — mostra di essere nella concretezza della vita sociale una sùbdola turlupinatura per il cittadino più debole allo stesso modo che lo fu apertamente, nell'antico regime, il sistema della disuguaglianza cetuale ⁽⁴³⁾; la divisione dei poteri, nella rigida trasfigurazione dommatica di traguardo ultimo e indiscutibile d'una società democratica, comincia a essere esaminata con un assoluto disincanto e con più di una perplessità, mentre si cerca di coinvolgere sempre più il potere giudiziale — quale potere applicatore della legge positiva — nella vita della norma per la sua effettiva adeguazione ai bisogni della collettività; e il tema dell'equità — dell'equità giudiziaria — non è più il tema

Mm. Bertélemy, Garçon, Larnaude, Pillet, Tissier, Thaller, Truchy, Gény, Paris, 1911, p. XXIII.

⁽⁴²⁾ « suivant une formule chère aux Italiens, nous pouvons, à l'aube du siècle qui commence, saluer les nouveaux horizons du droit civil » (*Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 114). Saleilles — che pur conosce bene Cimbali — si riferisce qui al volume di Camillo Cavagnari *Nuovi orizzonti del diritto civile in rapporto colle istituzioni pupillari — Saggio di critica e riforma legislativa*, che egli espressamente cita insieme a lavori di Gianturco, di Giuseppe Salvioli, di Vivante. La sua conoscenza della civilistica neoterica italiana, anche la più ereticale, è eccellente.

⁽⁴³⁾ « l'égalité de droit, dans la réalité, fait autant de victimes, si ce n'est plus, que jadis le régime du privilège » (*Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 117).

vietato, intoccabile, della tradizione illuministica, ma, in vista della edificazione di una nozione più comprensiva — meno talmudica — di legalità, diventa il problema dei limiti a un arbitrio puramente soggettivo del giudice e di un incanalamento oggettivo del suo diritto-dovere di valutazione dei fatti ⁽⁴⁴⁾; il tema ugualmente proibito (e quasi scabroso nella mistica rivoluzionaria e postrivoluzionaria) delle persone giuridiche non solo non è più oggetto di diffidenza, ma è ritenuto uno dei nuclei nodali della organizzazione moderna della società ⁽⁴⁵⁾, tanto che si arriva ad auspicare anche un futuro *Code de l'association* accanto al baluardo degli individui e dei diritti individuali ⁽⁴⁶⁾ (e che sia tema nodale per il Nostro lo dimostra la fedeltà, con cui per tutta la sua vita di studioso vi resta applicato, indagando soprattutto il problema delle fondazioni in vista di una revisione generale del *Code civil* ⁽⁴⁷⁾ e dedicandovi poco prima della morte quella che deve considerarsi la sua fatica di ricercatore quantitativamente e qualitativamente più grossa) ⁽⁴⁸⁾.

Si ha anche la percezione chiara che tutta la « rivoluzionaria » operazione giusnaturalista nel suo esasperato individualismo, nella sua tensione a semplificare al massimo la struttura del sociale facendo piazza pulita di ogni società intermedia e riducendo tutto a un gioco combinato di due poli opposti — microcosmo e macrocosmo, individuo e Stato —, viene a ingigantire e a rafforzare lo Stato fino a farne un soggetto ingombrante, tutelatore e garante di diritti e patrimonii individuali ma senza dubbio sempre più ingombrante ⁽⁴⁹⁾; e questo al cattolicissimo Saleilles, cui sorride in mente un articolato paesaggio corporativo, non è affatto congeniale.

⁽⁴⁴⁾ Tema che costituirà uno dei nuclei focali del saggio nel suo svolgersi; per ora basti una citazione eloquente: *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 104.

⁽⁴⁵⁾ *Le Code civil et la méthode historique*. cit., p. 125.

⁽⁴⁶⁾ *Op. ult. cit.*, p. 116.

⁽⁴⁷⁾ Di cui è traccia particolarissima nel *Rapport préliminaire sur le projet relatif aux fondations*, che si può leggere in *Bulletin de la Société d'études législatives*, VII, 1908, p. 357 ss. (ma su cui vedi anche altri numerosi interventi, ibidem, V, 1906, p. 467 ss, VI, 1907, p. 237 ss, VII, 1908, p. 188 ss., VIII, 1909, *passim* e specialmente p. 161 ss.).

⁽⁴⁸⁾ *De la personnalité juridique — Histoire et théories — vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris, 1910.

⁽⁴⁹⁾ « c'est précisément la doctrine de l'individualisme, poussé à l'excès, qui tend à fortifier l'idée absorbante de l'Etat, puisque, devenu rétif aux efforts qu'exige

Sempre di fronte al suo pluralismo culturale istituti considerati feccia nefasta dell'immondezzaio della storia ridivengono oggetto di comprensione, come l'abborrito feudo⁽⁵⁰⁾. E si ha una attenzione tutta nuova e fresca e sgombra di pregiudizi per istituti che arrivavano a proporre, in Francia ma da esperienze estranee, modelli di impedimenti alla libera circolazione dei beni per il loro svincolo dalla libera disponibilità di un individuo fisico e per il loro vincolo a una unità familiare, come lo *Homestead* di stampo anglosassone, una sorta di « patrimoine de famille insaisissable »⁽⁵¹⁾, che appare al solidarista Saleilles non il mostro da respingere⁽⁵²⁾ in forza di inderogabili calchi « quiritarii »⁽⁵³⁾, sibbene il nuovo espediente da sperimentare in seno al diritto francese per garantire saldezza al *foyer* domestico e garanzia di promozione per una piccola proprietà rurale⁽⁵⁴⁾.

Ho parlato più sopra di pluralismo culturale saleillesiano, e credo che si debba insistervi ma anche chiarire sino in fondo che cosa si intenda. Si badi: pluralismo culturale non vale eclettismo culturale; pluralismo culturale è qualcosa di più della solita mescolanza di storicismo, evolucionismo, sociologismo che è un po' il consueto vestito d'arlecchino dei giuristi più sensibili di fine Ottocento, ansiosi di rinnovamento e incredibilmente recettizii.

In Saleilles lo scenario culturale si complica e si pluralizza sostanzialmente: nello sfondo c'è sempre l'abborrito Rousseau e il suo

l'association spontanée, l'individu s'en remet forcément à l'association politique du soin de tout faire dans la société » (*Fondement et développement du droit*, cit., p. 42).

⁽⁵⁰⁾ Si veda, nell'ambito di un assai interessante articolo-conferenza su *Le Homestead aux Etats-Unis (Constitution d'un patrimoine de famille insaisissable)*, Dijon, 1895, la eloquente nota 43 di p.31.

⁽⁵¹⁾ *Le Homestead aux Etats-Unis*, cit.

⁽⁵²⁾ È interessante notare che questo istituto dello *Homestead* ha anche in Italia una effimera stagione di successo nel clima di acceso solidarismo che domina le correnti neoteriche di fine secolo (cfr. P. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* » — *Una Rivista-progetto nella Firenze di fine secolo*, Milano, 1988, p. 130).

⁽⁵³⁾ « le Homestead a en effet une formule juridique, et une formule qui repugne peut-être à nos esprits formés à l'idée de la propriété Romaine, avec toute la carrure et toute la précision qui la caractérise » (*Le Homestead aux Etats-Unis*, cit., p. 9); « une formule » che tuttavia Saleilles stima scorretto « juger... d'après nos conceptions Romano-Françaises » (nota 18, pp. 28-29).

⁽⁵⁴⁾ La conferenza di Saleilles si chiude insistendo « sur le respect de la famille et sur l'inviolabilité du foyer domestique » (*Ibidem*, p. 22).

Contrat social indebitamente ipostatizzato a campione del giusnaturalismo individualistico settecentesco, e, al di sopra, l'adesione incondizionata a Jhering e a Stammler e le adesioni più o meno condizionate a Savigny, a Spencer, a Fouillée, riproponendo una ricetta di miscela culturale che non è certo nuova ⁽⁵⁵⁾. Il nuovo si staglia netto quando compaiono ripetutamente citati con rispetto i filosofi alternativi alle ufficialità culturali trionfanti per tutto il secolo, quei Joseph de Maistre e Louis de Bonald ⁽⁵⁶⁾, considerati appena ieri sprezzantemente i campioni di un passatismo nostalgico indegno di considerazione ⁽⁵⁷⁾.

Del resto, torniamo un momento al discorso da cui si è preso le mosse per tentar di comprendere appieno la cifra culturale di Saleilles, torniamo al tema del diritto naturale: il rifiuto è nettissimo per il diritto naturale del giusnaturalismo settecentesco, per tutto quel che sta a significare, per le sue opzioni accesamente individualistiche, per il suo proporsi nella sua assoluta astrazione e astratta assolutezza. È soltanto un siffatto diritto naturale astorico e antistorico che Saleilles rifiuta; ma ha bisogno — non fosse altro per le proprie convinzioni religiose — di saldare l'essere del diritto a un dover-essere, e ha bisogno dell'idea di un diritto naturale come supporto fondante della costruzione.

Non è forse l'esilio cui Savigny condanna il diritto naturale uno dei motivi (anche se certamente non il solo) per cui Saleilles prende una grossa distanza dai metodi e dagli strumenti conoscitivi del laboratorio intellettuale della Scuola Storica ⁽⁵⁸⁾? In « *Ecole historique*

⁽⁵⁵⁾ Per alcuni esempi di questa miscela, cfr. *Fondement et développement du droit*, 1891, cit., pp. 42-43; o *Ecole historique et droit naturel*, 1902, cit., *passim*; o *Le Code civil et la méthode historique*, 1904, cit., *passim*.

⁽⁵⁶⁾ Vedi, per alcune precise citazioni: *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, 1902, cit., p. 326; *Le Code civil et la méthode historique*, 1904, cit., p. 109.

⁽⁵⁷⁾ Dovrebbero, poi, essere segnate anche influenze bergsoniane e blondeliane, anche se infinitamente più tenui che non in Gény. Una affermazione squisitamente blondeliana è in: *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 324.

⁽⁵⁸⁾ Sugli *axiomes* di Savigny, cfr. la critica serrata condotta in: *Ecole historique et droit naturel*, cit., *passim* ma soprattutto p. 83 ss. Sulla necessità di un ancoraggio a un ideale di giustizia, ecco una pagina chiarificatrice: « *L'école historique aurait donc*

et droit naturel » (1902) egli aderisce entusiasticamente alla proposta, che Rudolf Stammler aveva formulato qualche anno prima, nell'ambito della sua critica al materialismo storico ⁽⁵⁹⁾, di « ein Naturrecht mit wechselndem Inhalt » ⁽⁶⁰⁾, « un droit naturel à contenu variable » ⁽⁶¹⁾, che appare a Saleilles « un droit naturel rajeuni et transformé » ⁽⁶²⁾, perfettamente in grado — dinanzi ai suoi occhi storicistici — di corrispondere ai bisogni della società e della cultura tardooctocentesche ⁽⁶³⁾; un *droit naturel* assolutamente svincolato dagli apriorismi razionalistici e sempre più identificantesi in un complesso di regole all'insegna della spontaneità e della storicità, segnalate dal basso e non dall'alto grazie all'ausilio prezioso di sempre più vaste rilevazioni comparatistiche, « ce droit commun universel reposant sur la marche comparative du droit dans l'ensemble de son évolution chez tous les peuples civilisés » ⁽⁶⁴⁾; un diritto naturale — se mai — nel

échoué pour avoir voulu éliminer de son domaine toute idée de droit naturel. Elle a refusé de croire à cette loi sociologique, d'après laquelle, si ce sont les intérêts qui mènent le monde, les hommes ont un intérêt d'ordre sentimental peut-être, mais qui n'est pas moins indestructible, à mettre la satisfaction de leurs besoins économiques d'accord avec un idéal de raison et de justice. Tout système économique s'organise, socialement parlant, autour d'une idée de justice. De sorte que, pour aider à l'évolution du système, il ne suffit pas de constater les intérêts qui deviennent prépondérants, encore faut-il en faire un système organique dans lequel l'idée de justice trouve sa place, et au-dessus duquel plane l'idéal d'une harmonie sociale, à la fois plus stable et plus douce. Il n'y a pas de système politique qui n'ait pris pour mot d'ordre une idée de raison et de justice; et c'est par là qu'ils' ont triomphé. Le système égalitaire de la Révolution française en est une illustration frappante et celui du socialisme un exemple bien autrement menaçant encore » (*ibidem*, p. 96).

⁽⁵⁹⁾ R. STAMMLER, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 1986.

⁽⁶⁰⁾ È precisamente il titolo del § 33.

⁽⁶¹⁾ Come traduce Saleilles (*Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 97).

⁽⁶²⁾ Loc. ult. cit. « Il s'agirait de prendre comme mesure d'appréciation du droit existant le postulat d'un droit idéal, non plus absolu, mais essentiellement relatif », *ibidem*, p. 101.

⁽⁶³⁾ « ce qui ne change pas, c'est le fait qu'il y a une justice à réaliser ici-bas, c'est le sentiment que nous devons à tous le respect de leur droit dans la mesure de la justice sociale et de l'ordre social. Mais quelle sera cette mesure; quelle sera cette justice; quel sera cet ordre social? Nul ne peut le dire *a priori*. Toutes ces questions dépendent des faits sociaux avec lesquels le droit entre en contact; ces faits changent, évoluent et se transforment » (*Ecole historique et droit naturel*, cit., pp. 98-99).

⁽⁶⁴⁾ Come scrive nel 1891 recensendo con entusiasmo un libro a lui congenialis-

filone di quel diritto naturale secondario — contraddistinto appunto da una ineliminabile storicità — che nel vecchio sistema di San Tommaso e della Scolastica medievale e postmedievale era servito per far mettere i piedi a terra allo *ius naturae*, e che appariva tutto teso a conciliare natura e storia.

3. Dal 1890, data di pubblicazione del suo primo corposo scritto di indole metodologica ⁽⁶⁵⁾, al 1911, data del suo ultimo della stessa indole (non molto prima della morte) ⁽⁶⁶⁾, Saleilles non fa che parlar di metodo, insistentemente, a più riprese, mettendo a fuoco i proprii interventi soprattutto sui temi dell'interpretazione del diritto e dell'insegnamento giuridico, così intimamente connessi e reciprocamente coinvolti da supreme valutazioni fondanti.

Se il problema epistemologico è vivissimo nel giurista Saleilles, egli vi corrisponderà — già lo si è rilevato — in un approccio del tutto diverso da quello di Géný: rifuggendo dalla costruzione di una sorta di « discours de la méthode juridique » (che è la scelta del grande civilista lorenese) e preferendo interventi isolati, spesso occasionati dalla uscita di un libro o dalla presenza a un convegno, sempre all'insegna di una sostanziale umiltà anche se sempre espres-

simo di Angelo Sraffa (*Contribution à l'étude des méthodes juridiques — A propos d'un livre de M.A. SRAFFA, La liquidazione delle società commerciali*, in *Annales de droit commercial*, V, 2 e p. 1891, p. 222). Si legga (*loc. ult. cit.*) questo testo altamente significativo per identificare senza equivoci il « giusnaturalismo » di Saleilles: « ce serait... le droit naturel descendu de sa sphère immuable et abstraite pour prendre corps dans un droit vivant nè du conflit des intérêts eux-mêmes, et de la selection naturelle des faits sociaux; dégagé sans doute de tout système *a priori* mais d'autant plus rapproché de l'idée de justice par la force même de la doctrine et de la science juridiques, dont la mission est précisément de ramener à l'harmonie et par suite aux exigences de la justice sociale tous les phénomènes juridiques spontanés ».

⁽⁶⁵⁾ *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XIX (janvier-juin 1890).

⁽⁶⁶⁾ *Droit civil et droit comparé*, in *Revue internationale de l'enseignement*, LXI, 1911, che è formato dal testo unificato di due lezioni introduttive al corso di diritto civile comparato presso la Facoltà giuridica parigina per l'anno accademico 1910-11. Per verità, l'ultimo testo a contenuto metodologico di Saleilles dovrebbe esser considerato la *Allocution à la séance de clôture de la Conférence Bufnoir le 1er juin 1911*, in *Bulletin de la Conférence Bufnoir*, a. 1910-11, p. 31 ss., la quale tuttavia — come discorso di circostanza — è ripetitiva di conclusioni precedenti.

sione decisa d'un progetto culturale che lo scienziato ha ben chiaro nella propria testa.

Nello sfondo c'è sempre una stessa preoccupazione, insinuante, sollecitante: che il diritto abbia perduto, o almeno stia inesorabilmente perdendo, la sua scientificità; e l'abbia perduta (o la stia perdendo) a motivo di una nozione di diritto assolutamente *fausse*, causata da un falso e falsante approccio metodico, che si porta dietro una falsa impostazione del problema interpretativo e dello stesso insegnamento giuridico. Insomma, una catena inesorabile di storture all'insegna di un vizio epistemologico primo.

Saleilles è almeno su un punto abbondantemente autobiografico: nella descrizione del disastro culturale degli studi giuridici in Francia fino agli anni Ottanta e sul disastroso contatto di lui, giovane e problematico studente del primo corso di Giurisprudenza, con la didattica giuridica allora imperante.

All'apparenza, si trattava di un beato clima sonnacchioso percorso da certezze indiscusse, dove tutto sembrava condannato alla immobilità per essere stati i grandi problemi — quelli fondanti dell'ordine giuridico — già risolti tutti e per sempre da sapienti e lungimiranti trisavoli. Dirà, nel 1910, parlando di metodo nella allocuzione introduttiva a un corso da lui promosso su « *les méthodes juridiques* »: « *il y a un quart de siècle, on en parlait à peine. Cela paraissait, en effet, si simple! Pour appliquer une loi, il n'y avait qu'à la lire. Et si elle présentait quelques lacunes ou quelques points douteux, avec un peu de grammaire et de logique, il était si facile de tout expliquer. Heureux furent les juges qui vécurent jusque vers le dernier quart du XIX^e siècle! Ils pouvaient remplir leurs fonctions sans trop de troubles de conscience. Je n'en dirai pas autant de leurs successeurs* » (67).

L'ironia è penetrante: essendo riusciti quei trisavoli a impossessarsi del « segreto » del diritto, l'ordine giuridico era all'insegna della semplicità; principii semplici, soluzioni semplici, norme semplici, compiti semplici per ogni operatore del diritto, che può assolverli con piena soddisfazione. Agli occhi severi di Saleilles — del Saleilles del 1910 ma identicamente per quello del 1890 —, non

(67) *Allocution*, in *Les méthodes juridiques*, cit., p. XVI.

di semplicità si trattava ma di semplicismo; di un semplicismo che ignorava la realtà per inconsapevolezza, o — peggio ancora, ma cosa più probabile — si ostinava deliberatamente, per prevenzione ideologica, ad ignorarla.

Il disagio affiora precisamente nell'anno Novanta, perché Saleilles, fresco di una grossa esperienza di studio sulla teoria generale e sulle fonti dell'obbligazione nel primo progetto per il nuovo Codice imperiale germanico ⁽⁶⁸⁾, è assalito da un incubo: conoscitore perfetto e ammiratore di quel grande monumento scientifico che è lo *heutiges römisches Recht* della Germania tardosettecentesca e ottocentesca, teme il carattere costrittivo della codificazione per la libertà della scienza giuridica ⁽⁶⁹⁾. Non ha sul Codice i pregiudizi di Savigny, ma non può fare a meno di constatare quanto un malinteso significato della codificazione possa costare alla scienza giuridica e al diritto stesso nel loro ruolo naturale: « le droit, comme toute oeuvre de l'esprit humain, vit de liberté; là où l'on arrête son expansion, il s'identifie avec la routine, il cesse d'être une science pour devenir un art plus ou moins subtil » ⁽⁷⁰⁾.

È il quadro — per lui desolante — della Francia degli anni Ottanta, su cui indulgono le sue reminiscenze autobiografiche: un

⁽⁶⁸⁾ *Etude sur la théorie générale des obligations d'après le projet de Code civil allemand*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XVIII, 1888-89, e *Etude sur les sources de l'obligation dans le projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne*, *ibidem*.

⁽⁶⁹⁾ *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., p. 490. L'allarme sarà ancora più grave sette anni dopo, quando ormai l'itinerario codificatorio è in Germania già compiuto. Saleilles, che ha effettuato un ampio studio — in prevalenza storico-giuridico — sulla natura delle società in accomandita e che, in forza della stessa analisi storica, propugna una visione più complessa che non quella risolvendosi in una affermazione o negazione della personalità giuridica, è costretto tuttavia ad ammettere: « Cette évolution a été arrêtée subitement par la conception simpliste des juristes et le mode d'interprétation qui est né de la codification. C'est ce mode d'interprétation contre lequel il faut enfin protester; car s'il continue à se maintenir, c'en est fait du progrès juridique. Le moment est d'autant plus grave que ce procédé de codification se généralise et qu'aujourd'hui l'Allemagne elle-même vient d'accepter le moule très rigide et très compact d'une codification monumentale qui semble vouloir fixer ses limites au progrès de l'évolution doctrinale: " jusque là et pas plus loin! " » (*Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, terza puntata, in *Annales de droit commercial*, XI, 1897, p. 47).

⁽⁷⁰⁾ *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., p. 490.

diritto che ha cessato « d'être une science pour devenir oeuvre d'interprétation servile » (71), gravando su di esso « le Code civil sous sa forme hiératique intangible » (72), « le moule sacrosaint du Code civil » (73); un diritto che non ha altra fonte che la legge, che è tutto contenuto nei testi della legge e il cui universo in quelli trova le proprie invalicabili colonne d'Ercole (74). Il vecchio studente Saleilles ricorda « l'impression de sécheresse que donnait la vieille méthode exégétique, celle qui traitait de haut ce qu'elle appelait les fantaisies prétorienne de la jurisprudence » (75), nonché la ripugnanza dei giovani fino a ieri immersi nei Licei in cattivanti approcci storici, filosofici, letterari e, all'improvviso, costretti « dans le dédale de nos textes et de leur explication littérale » (76), con un piano di studi che seguiva passivamente l'ordine del Codice (77), con la sequela dei testi che — presi uno a uno e quasi isolati — non riuscivano a offrire nemmeno la percezione del sistema (78).

Dominava la volontà perversa — che diventava autofrustrante e autolesiva da parte dei giuristi che se ne facevano portatori — che tutto era stato pensato e progettato altrove, che tutto sarebbe — comunque —, nel presente e nel futuro, pensato e progettato altrove

(71) *De la cession de dettes*, in *Annales de droit commercial*, IV, 2e partie, 1890, p. 39. È significativo che una simile affermazione sia fatta da Saleilles all'interno del suo tentativo di una costruzione innovatrice della cessione del debito sulla scorta della dottrina « straniera » di Unger e malgrado il testo del *Code civil*. Ma si veda più avanti una analisi più dettagliata e probante. Si veda anche: *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., p. 493.

(72) *Un livre d'introduction générale à l'étude du droit civil*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XXXIV, 1897, 20, p. 525.

(73) *Monsieur C. Bufnoir professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris*, in *Archivio giuridico*, LX, 1898, p. 543.

(74) *Monsieur C. Bufnoir*, cit., p. 536. Idea riaffermata *in extremis* nella *Allocution à la séance de clôture de la conférence Bufnoir le 1er juin 1911*, cit., p. 44.

(75) *Lettre à M.P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, cit., p. 14 (ma si veda anche p. 4, dove lo stesso termine « sécheresse » è ripetuto allo stesso proposito).

(76) *Un livre d'introduction générale à l'étude du droit civil*, cit., p. 523.

(77) *Lettre à M.P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, cit., p. 6.

(78) « tout ce que nous comprenions, c'est qu'on nous expliquait le Code civil texte par texte, l'un après l'autre; et quelque méthode qu'y sût mettre le professeur, cela nous laissait toujours au debut l'impression d'un enchaînement de dispositions sans coordination, sans rayonnement d'ensemble. L'esprit, dès ce premier debut, était faussé: nous restions convaincus que chaque texte se suffisait à lui même » (*ibidem* p. 526).

e che pertanto non c'erano da fare che esercizi di logica elementare e di grammatica ⁽⁷⁹⁾ con il sussidio di una adeguata conoscenza degli strumenti tecnici ⁽⁸⁰⁾. Si indulgeva a una concezione basso-professionale del diritto, arte nel suo significato più ridotto di competenza perfetta nel mestiere dell'artigiano-giurista, e soprattutto si pretendeva che di una arte sui testi si trattasse, quasi che i testi fossero il filtro obbligato, l'unico legittimo, verso la realtà sociale ed economica ⁽⁸¹⁾.

Quando, nel 1902, il giurista Saleilles va a parlare *extra moenia*, e cioè a un Congresso di economisti, in modo problematico, sul tema dei metodi di insegnamento del diritto, crede bene di dover esordire presupponendo lo stupore di economisti e sociologi: « Comment! Le droit civil, dont tout l'objet est d'interpréter des textes et dont toute la mission est de former des avoués, des notaires, des avocats ou des juges, le droit civil aurait la prétention de soulever des problèmes sociaux, de troubler les consciences, d'inquiéter les esprits! » ⁽⁸²⁾.

Una pseudo-scienza; ecco in che cosa, all'ombra del Codice, potere politico e un ceto impotente e servo di giuristi hanno trasformato il diritto: « quelque chose de bien inférieur et de bien mesquin, science de pratique pure et de procureurs, matière à chicane » ⁽⁸³⁾, un insieme di regole per causidici privo di rilievo

⁽⁷⁹⁾ L'interprete-applicatore — è lo stesso Saleilles a fornirci la qualificazione — di fronte al testo legale « n'avait qu'une fonction de grammairien » (*De la déclaration de volonté — Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (Art. 116 à 144)*, Paris, 1901, p. 290).

⁽⁸⁰⁾ « je m'imaginai qu'un peu de logique devait suffire à tout » giacché il principio che si inculcava nella testa del discente era che « le texte suffit à tout » e che il lavoro dell'interprete si faceva « en brodant sur les textes d'analogie en analogie, ou de syllogisme en syllogisme » (*Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., *passim*, ma soprattutto, pp. 317 e 321).

⁽⁸¹⁾ Saleilles ricorda: « on nous disait jadis: Voilà ce qu'a fait le Préteur; c'est admirable! Mais, avant tout, quand vous serez magistrats, gardez-vous bien d'en faire autant. Ce serait abominable! ». Capovolgendo il motto di San Paolo, egli sembra paradossalmente trovare la dignità metodologica idonea a condensare il principio che regolava allora gli studii giuridici: « La lettre vous suffit; car c'est l'esprit qui tue » (*La réforme de la licence en droit*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XLVII, 1904, 1°, pp. 322-23).

⁽⁸²⁾ *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*,

⁽⁸³⁾ *Droit civil et droit comparé*, cit., p. 8.

sociale perché troppo spesso dal sociale avulso e distante. Saleilles denuncia non soltanto il costo della a-socialità, ma conclama — ed è più grave — che quel costo ne implica un altro ancor più pesante, ed è la a-scientificità: se il diritto ha per sua vocazione essenziale di ordinare i fatti sociali, non potrà esso non consistere in una conoscenza immediata, non mediata, di questi fatti; solo in tal modo adempie adeguatamente alla sua funzione e si propone come scienza. Altrimenti, è turlupinatura, è tradimento.

Concepire l'universo giuridico come un mosaico impenetrabile di testi è una scelta di comodo, per il potere politico senza dubbio che non ha nei giuristi degli interlocutori fastidiosi, ma pure per i giuristi cui basta una logica da quattro soldi e un minimo di capacità sillogistica per rendersene interpreti ⁽⁸⁴⁾; ma si tratta di un castello di carte fragile e inaffidante come organizzazione del sociale, inaccettabile comè discorso scientifico. Le astrazioni dalla complessità della vita sociale possono pure approdare a delle armoniose geometrie, ma sono i disegni dei cristalli di un caleidoscopio più che un ordinamento coerente del sociale.

Saleilles, che è immerso — dal 1890 pienamente — in questo sociale, che si dedica con tutto il proprio impegno morale e la propria cultura di giurista a inventare nuovi schemi ordinanti secondo le esigenze di una società in profonda e rapida trasformazione (si pensi ai suoi contributi ⁽⁸⁵⁾ in tema di cessione del debito e, poi, su quello ancora più arduo della responsabilità oggettiva, che ha nello sfondo il problema socialmente indilazionabile degli incidenti sul lavoro), è convinto che bisogna imboccare una strada nuova ⁽⁸⁶⁾,

⁽⁸⁴⁾ Scriverà con acre ironia nel 1902, schernendo le pseudo-sicurezze e i semplicismi di ieri: « un texte, les travaux préparatoires du texte, un bon syllogisme destiné à adapter le texte à l'espèce, et tout le mécanisme des procédés d'investigation juridique était prêt à fonctionner; il n'en fallait pas plus » (*Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 319).

⁽⁸⁵⁾ Su cui sorvolo rapidamente ora, perché ne sarà trattato diffusamente in seguito.

⁽⁸⁶⁾ Si veda la consapevole, amplissima recensione alla tesi di PAUL RENKER, *De la non-responsabilité conventionnelle* (1893), in *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, IV, 1894, soprattutto a p. 655, dove egli, proprio perché sta parlando degli incidenti sul lavoro, protesta: « le droit dans certaines conceptions, ne voit guère que l'homme abstrait, il raisonne sur des principes comme la géométrie; c'est là une méthode

che bisogna ridisegnare la nozione di diritto e quella di interpretazione, e — perché no? — il ruolo del giurista.

È una strada in salita, irta di difficoltà, dove si potrà procedere soltanto « par voie de tâtonnements »⁽⁸⁷⁾, e pertanto costellata di incertezze⁽⁸⁸⁾ che faranno sempre più spicco rispetto alle assolute, riposanti pseudo-certezze del mondo giuridico di ieri, ma su cui si deve cominciare a camminare quanto prima possibile. È una urgenza che egli sente già nel 1891, e che ripeterà poi continuamente⁽⁸⁹⁾: « ce qui importe le plus aujourd'huy... c'est de remuer des idées, de soulever des problèmes, de sortir enfin du terre à terre où nous a laissés trop longtemps le but soi-disant professionnel de notre enseignement »⁽⁹⁰⁾.

Per far questo, per sollevarsi dalla bassa corte in cui scienza giuridica e giuristi si trovano impantanati, non resta che una conversione profonda nella coscienza dei giuristi e un recupero di scientificità per il diritto, lasciando la tranquilla zona d'ombra graziosamente concessa e le illecebre di un sapere tecnico interamente votato all'esercizio di un mestiere. Bisogna avere il coraggio di rompere il bozzolo dei testi perché condizionante e deformante, certamente un territorio non turbato da correnti esterne, forse asettico, ma indubbiamente asfittico e indubbiamente smentito da una società in corsa, che non può che allontanarsi velocemente, sempre più, da questo suo specchio immobile riflettente tutt'al meno una immagine di quasi cento anni prima.

Censore severo del corso di studi universitarii da lui stesso

qui aujourd'huy devient bien insuffisante, pour ne pas dire plus. Le droit ne peut plus faire abstraction de la vie ».

⁽⁸⁷⁾ È nella esemplare « préface » dettata nel 1899 per la prima edizione dell'*opus magnum* di Gény che Saleilles, guardandosi alle spalle e ricostruendo il cammino percorso da alcuni *homines novi*, parla di « une route encore incertaine, où nous étions quelques-uns, moi tout le premier, à procéder par voie de tâtonnements et à chercher en quelque sorte la direction à suivre » (*Préface*, cit., p. XIII).

⁽⁸⁸⁾ Vedi il quadro non ottimistico delle nuove leve, che egli fa commemorando il civilista Léon Mouchet (1845-1893), un civilista immerso ancora in pieno spirito geometrico, cui Saleilles era legato da umana simpatia (*M.L. Mouchet, Professeur de Droit civil à la Faculté de Droit de Dijon* in *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Etranger*, XVII, 1893, pp 776-77).

⁽⁸⁹⁾ Per un esempio: *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, cit., p. 47.

⁽⁹⁰⁾ *Fondement et développement du droit*, cit., p. 40.

seguito, Saleilles ricorda che l'unica ventata d'aria fresca — anno 1875 ⁽⁹¹⁾ — in mezzo a un *droit moderne* concepito quale « droit rigide à application mathématique » ⁽⁹²⁾ era rappresentata soltanto dal diritto romano, che nel suo aspetto di *droit progressif* — il diritto del Pretore, in continuo divenire — insinuava nel discente l'idea del contatto tra forme giuridiche e assetto sociale: « heureusement, nous avons le droit romain! Le droit romain, comme l'a si bien dit M. Durckheim, c'était la sociologie de l'époque » ⁽⁹³⁾. E, recensendo, nel 1897, nella consueta palestra didattico-scientifica della « Revue internationale de l'enseignement », la prima edizione testé apparsa della « Introduction à l'étude du droit civil » di Henry Capitant ⁽⁹⁴⁾, e salutandola con entusiasmo come il primo serio e solidamente costruito contributo ⁽⁹⁵⁾ a rompere una visione formalistica dell'insegnamento, sempre sul filo di un garbato retrosguardo autobiografico, confessa che per liberarsi dell'immagine deformata del diritto che accumulavano nell'animo del discente gli anni per la *Licence*, occorreva arrivare al clima più ossigenato del *Doctorat* quando finalmente esso appare « une science de premier ordre, la plus haute des sciences sociales, celle qui les résume toutes » ⁽⁹⁶⁾.

Intima, essenziale socialità del diritto! È questa suprema (ed elementare) consapevolezza epistemologica a esigere la rottura del bozzolo testuale come involucro senza aperture, ed è questo il merito che, con l'eccessiva benevolenza del discepolo e del genero, egli attribuisce, nella storia della scienza giuridica francese di fine secolo, a Charles Bufnoir: d'aver abbandonato la servile annotazione del *Code civil* secondo il suo spesso ascientifico piano e d'aver cominciato a costruire un *droit civil*, certamente *avec les textes*, ineliminabile fondazione normativa, « mais *au dessus des textes et par delà les textes* » ⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹¹⁾ È la data che segna nella sua *retractatio* della *Lettre à M.P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, cit., p. 4.

⁽⁹²⁾ *Ibidem*, pp. 8-9.

⁽⁹³⁾ *Ibidem*, p. 7.

⁽⁹⁴⁾ Paris, 1896.

⁽⁹⁵⁾ Di qualità diversa dai pur lodevoli tentativi precedenti di un Courcelle-Seneuil e di un Vareilles-Sommières.

⁽⁹⁶⁾ *Un livre d'introduction générale à l'étude du droit civil*, cit., pp. 523-24.

⁽⁹⁷⁾ *Monsieur C. Bufnoir*, cit., p. 538.

Insomma, al di là dei testi per rendersi conto dei fatti, dei fatti che mutano; nel 1902, in un momento in cui molto è cambiato e molto sta cambiando per la scienza civilistica francese, parlando a degli economisti e quasi per rassicurarli, Saleilles tiene a precisare: « nous avons la prétention, sous les textes, de voir les faits », e ribadisce subito, come per tranquillizzare scienziati avvezzi a fare i conti con la realtà empirica: « je dis les faits et non les idées — et cela même est déjà toute une révélation »⁽⁹⁸⁾, sottolineando che non intendeva ripetere vecchi errori illuministici e che non si trattava di lasciare il positivo dei testi (che erano almeno frutto d'un legislatore storico) per inseguire « des idées d'idéologues »⁽⁹⁹⁾, principii aprioristici da cui far discendere in modo indimostrato e indimostrabile — secondo il vecchio vizio giusnaturalistico — inaccettabili regole di vita, ma soltanto per osservare i fatti.

Rotto l'involucro, allargato lo sguardo del giurista fino al territorio dei fatti (che diviene, anzi, territorio privilegiato di conoscenza), si impone una rifondazione epistemologica: se per una sequela di testi la logica può offrire un adeguato strumento di conoscenza, un siffatto strumento si rivela del tutto inadeguato per la conoscenza dei fatti, per un approccio correttamente scientifico verso di essi. Con i fatti, con la loro complessità, con la loro possibile irrazionalità, serve soltanto l'osservazione, un metodo d'osservazione e una scienza d'osservazione⁽¹⁰⁰⁾; il recupero della fattualità del diritto reclama un mutamento e un arricchimento nello strumentario epi-

⁽⁹⁸⁾ *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 314.

⁽⁹⁹⁾ Lo dice immediatamente prima nel *loc. ult. cit.*

⁽¹⁰⁰⁾ Questa linea di pensiero è sviluppata soprattutto negli anni che vanno dal 1890 al 1902. Mi sembrano tappe principali di questo sviluppo: *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, 1890; *Fondement et développement du droit*, 1891; *Monsieur C. Bufnoir*, 1898; *Des rapports à établir entre les Facultés des Lettres et les Facultés de Droit*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XXXIX, 1°, 1900; *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, 1902; *Ecole historique et droit naturel*, 1902. Sono invece dei semplici corollari (anche se assai appariscenti per il grande pubblico, essendo stati pronunciati in assise internazionali di indubbio prestigio) i noti discorsi tenuti in occasione del Congresso internazionale di scienze storiche e del Congresso per il centenario del Codice Napoleone, e cioè, rispettivamente, *Méthode historique et codification*, 1903 e *Le Code civil et la méthode historique*, 1904.

stemologico del giurista; la logica continuerà ad essergli preziosa ma indispensabili gli saranno le scienze di osservazione, e cioè l'economia politica e la storia ⁽¹⁰¹⁾, soprattutto quest'ultima « qui est l'instrument d'observation sociale par excellence » ⁽¹⁰²⁾, che, come forma privilegiata di conoscenza delle realtà concrete, si identifica in un metodo — *la méthode historique* — che è il solo a individuarle, comprenderle, valorizzarle pienamente.

Nel 1900, dopo che da un decennio Saleilles ne parla a voce spiegata e dopo tanti interventi e tante adesioni che hanno modificato a fondo il panorama della giuristica francese, il Nostro non manca di guardar soddisfatto a ritroso, soddisfatto del cammino compiuto ma soprattutto della palingenesi scientifica, della recuperata scientificità: « Le droit était envisagé surtout au point de vue de l'interprétation de textes positifs les méthodes d'observation étaient un peu partout reléguées au second plan... Le droit... a pris une conscience plus nette, et de sa valeur scientifique et de sa fonction sociale » ⁽¹⁰³⁾

« Storia », « metodo storico »: si dirà che lo storicista Saleilles realizza i suoi ideali storicistici. Non v'ha dubbio che di storicismo si tratta anche se peculiare, e lo dimostrerà il prosieguo del lavoro, ma conviene che ci si attardi un momento per darvi un contenuto culturale più concreto e per fugare facili equivoci, riprendendo — del resto — alcune precisazioni fatte nel precedente capitolo.

Il lettore avveduto si sarà reso conto che la « storia » di cui parla Saleilles appartiene al laboratorio delle scienze sperimentali, è scienza d'osservazione per individuare e collocare i fatti sociali; è

⁽¹⁰¹⁾ Non si accenna qui a quello che è pure uno dei cavalli di battaglia di Saleilles, e cioè il diritto comparato, il metodo comparatistico nelle mani del giurista, semplicemente perché, nella stessa visione saleillesiana, non è che un aspetto della più generale « *méthode historique* ». Quante volte Saleilles ricorda la frase brocardica di suo suocero, Charles Bufnoir, uno dei primi assertori del diritto comparato in Francia come esigenza scientifica del giurista e uno dei fondatori della « *Société de législation comparée* », secondo cui « le droit comparé était de l'histoire en marche » (*Lettre à M.P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, cit., p. 23), « c'est de l'histoire qui se réalise » (*Conception et objet de la science du droit comparé*, cit., p.395), « la science du droit comparé, c'est de l'histoire réduite à un point dans le temps » (*Contribution à l'étude des méthodes juridiques — A propos d'un livre de M.A. Sraffa*, cit., p. 219).

⁽¹⁰²⁾ *Conception et objet de la science du droit comparé* cit., p. 386.

⁽¹⁰³⁾ *Des rapports à établir entre les Facultés des Lettres et les Facultés de Droit*, cit., p. 241.

pertanto gremita di positività, come dimostra il perfetto allineamento con l'economia. Il culto del positivo, così diffuso a fine Ottocento, intride il non-positivista Saleilles, e fa della sua « storia » un surrogato della sociologia, in un discorso che è tanto chiaro e netto da diventare impudico agli occhi di uno storico autenticamente storicista: « l'histoire, pour de futures juristes, ne doit pas être étudiée en elle-même, mais en fonction du but de méthodologie qu'elle doit remplir, comme une haute leçon de sociologie juridique »⁽¹⁰⁴⁾; discorso di cui Saleilles è tanto convinto da aver l'impudicizia di ripetere addirittura a un Convegno internazionale di scienze storiche, in esordio alla propria Relazione⁽¹⁰⁵⁾. E questo è un primo dato da segnare per trovar la cifra congrua a misurare questo complicato storicismo.

Ma v'è di più: il modello di giurista, per Saleilles, non dovrebbe limitarsi all'osservazione dei fatti ma verificarli continuamente con l'idea di giustizia, « observation des faits combinés avec l'idée de justice »⁽¹⁰⁶⁾; il problema non è mai soltanto di *savoir*, ma anche di *croire*, cioè di innestare il dato della conoscenza in un mondo di valori⁽¹⁰⁷⁾ da cui quel dato possa trar vigoria e fondazione. Riaffiora quella dimensione della *croissance*, che giocherà un ruolo determinante nel pensiero di Gény⁽¹⁰⁸⁾.

Ancora: il giurista di Saleilles non dovrebbe essere unicamente munito « du sens historique » ma altresì « de l'instinct du progrès juridique »⁽¹⁰⁹⁾. *La méthode historique*, che il Nostro si picca di mettergli in mano come strumento essenziale di conoscenza e di

⁽¹⁰⁴⁾ *Lettre à M.P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, cit., p. 12.

⁽¹⁰⁵⁾ *Méthode historique et codification*, cit., p. 3: « Le droit, comme toutes les sciences sociales, trouve dans l'histoire la vérification des lois qui en dominent le développement ».

⁽¹⁰⁶⁾ *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., p. 496.

⁽¹⁰⁷⁾ Anche a proposito dell'insegnamento giuridico, fin dal '91, Saleilles, non mancava di ribadire: « la jeune génération, qui fréquente nos amphithéâtres, est avide de savoir, mais plus avide encore de croire, parce que croire c'est agir; et ce serait manquer à notre mission sociale que d'ébranler la foi qui lui reste dans l'idée de justice » (*Fondement et développement du droit*, cit., p. 41).

⁽¹⁰⁸⁾ Rinvio a quanto ne ho scritto in: *Ripensare Gény*, cit., p. 17.

⁽¹⁰⁹⁾ *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., p. 498.

azione, « est une méthode d'évolution et de progrès »⁽¹¹⁰⁾, è « la méthode scientifique par excellence » che « s'en tient aux faits et aux réalités... les classe et en déduit les lois générales, qu'ils comportent. Appliquée au droit, elle n'a d'autre objectif que de mettre le droit en conformité avec la vie »⁽¹¹¹⁾; è « une méthode de vie organique ou d'évolution historique »⁽¹¹²⁾, come disinvoltamente afferma conciliando insieme un sostantivo (évolution) e un aggettivo (historique) che, a rigore, mal si accompagnano insieme.

Si può ben constatare quanto Saleilles sia figlio del proprio tempo e si lasci impressionare completamente dalla pluralità di forze che percorrono e vivificano e rendono complesso e sfaccettatissimo il panorama culturale di fine secolo in Francia e in Europa. Storicista sì, perché lo domina la convinzione antirazionalistica che il diritto non è un paradiso di apriori da cui regole e istituti possono essere costruiti per via deduttiva, ma è una realtà in continuo adattamento; ma anche giusnaturalista, sia pure di stampo stammleriano, con una aspirazione profonda verso un mondo di valori; ma anche ampiamente permeato dalle diffusissime dottrine evoluzionistiche, pur se in lui spogliate di certi loro ottusi determinismi⁽¹¹³⁾.

E si può ben capire perché, partendo da questo storicismo così composito e così inquinato da dimensioni spurie, lo storicismo savignyano gli appaia cosa povera e respingibile. Affinché il suo lettore non cada in equivoci per lui nefasti, precisa e conclama che la sua *méthode historique* ha assai poco a che vedere con la *école historique*⁽¹¹⁴⁾, ed apre contro il savignismo una polemica assai

⁽¹¹⁰⁾ *Méthode historique et codification*, cit. p. 11.

⁽¹¹¹⁾ *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 99.

⁽¹¹²⁾ *Préface* a F. GENY. *Méthode*, cit., p. XIX.

⁽¹¹³⁾ Egli è il primo ad attenuare l'apparente rigidità del discorso quando parla di « leggi sociologiche ed economiche », e a prendere culturalmente le distanze dagli eccessi deterministici di tanti sociologi evoluzionisti, da quello che Saleilles non ha esitazione di qualificare come un « procédé provisoire » d'una scienza nascente, la *naveté* che inevitabilmente paga « toute science qui débute » (*Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 322).

⁽¹¹⁴⁾ Premette nella sua Relazione alle manifestazioni per il centenario del Codice, dove appunto tratta della *méthode historique* applicata al *Code civil*: « si l'on veut se rendre un compte exact de la question, il importe de distinguer nettement l'école historique de la méthode historique » (*Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 99).

dura ⁽¹¹⁵⁾: questo, a parte il troppo totale rifiuto sopra accennato di ogni diritto naturale, partendo da una intuizione acuta e fertile — e cioè la naturale storicità del diritto e la sua naturale insuscettibilità a essere immobilizzato in astratte costruzioni di principii immutabili —, ha pur tradito le sue premesse arrivando al risultato di una immobilizzazione diversa nei contenuti ma pari nelle conseguenze. Savigny infatti seppelliva il diritto sotto una coltre di arcaismi e di filologismi ⁽¹¹⁶⁾, andando romanticamente alla ricerca di remoti assetti consuetudinarii locali assolutamente inutilizzabili per la costruzione di un diritto presente perché atomizzati nella più piatta empiria e affossati nella archeologia d'un popolo ⁽¹¹⁷⁾: « le peuple rêvait de progrès sociaux et on lui proposait de faire de la philologie! » ⁽¹¹⁸⁾.

In Saleilles, in cui restano decisive influenze giusnaturalistiche ed evolucionistiche, storicità significa invece adattamento, adattamento progressiva. Il campione e il modello è Jhering ⁽¹¹⁹⁾, che si fa studioso anche del diritto romano primitivo per carpirne lo spirito e proiettarlo nel presente, per « retrouver les lois d'évolution et, si l'on peut dire, la loi sociologique, et en faire application au droit moderne » ⁽¹²⁰⁾; accanto a Jhering le sue simpatie vanno ai pandettisti sette-ottocenteschi, falsatori e deformati dell'antico diritto romano ma creatori possenti — nel quadro delle vecchie linee

⁽¹¹⁵⁾ I cui manifesti massimi sono da vedere in: *Ecole historique et droit naturel*, 1902; *Méthode historique et codification*, 1903; *Le Code civil et la méthode historique*, 1904.

⁽¹¹⁶⁾ « au lieu de se faire progressiste, il se faisait archaïque; au lieu de aller de l'avant, il ramenait le droit en arrière » (*Méthode historique et codification*, cit., p. 11).

⁽¹¹⁷⁾ Per Saleilles è inaccettabile la prevenzione della Scuola Storica per legge e legislatore, e il suo affidamento in una fonte — la consuetudine — che egli sente totalmente inadeguata per i bisogni della società moderna; da qui la condanna de « l'esprit d'immobilisation, d'attachement au passé, et de retour presque mystique aux vieilles curiosités coutumières du droit, qui a caractérisé les principaux représentants de l'école initiale » (*Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 93). Cfr. anche *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 105.

⁽¹¹⁸⁾ *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 99.

⁽¹¹⁹⁾ Saleilles ne tesse l'elogio a ogni piè sospinto. Si legga questo, senza riserve, pronunciato proprio nella Relazione del 1903 al Convegno internazionale di scienze storiche: « ce génie d'une envergure si puissante, dans lequel se résumera tout le progrès juridique du XIXe siècle » (*Méthode historique et codification*, cit., p. 11).

⁽¹²⁰⁾ *Ibidem*, p. 12.

architetoniche giustiniane — di un diritto veramente moderno ⁽¹²¹⁾, o ai giureconsulti a lui carissimi dello *ancien droit coutumier* — i Dumoulin, i Loisel, i Bourjon — che arrivano alla creazione del « *droit commun de la France* » ⁽¹²²⁾ perché muniti di *sens historique* e di *instinct du progrès juridique* ⁽¹²³⁾, due virtù che Saleilles vorrebbe veder congiunte in ogni giurista.

4. Il primo saggio saleillesiano non occasionalmente dedicato a problemi di metodo connessi a un ripensamento profondo delle architetture dell'ordine giuridico risale — per quanto mi è dato sapere — al 1890 ⁽¹²⁴⁾. Persiste da più di ottanta anni la vigenza in Francia della più grande codificazione del diritto privato che un moderno legislatore avesse mai progettato, e persiste nella sua esclusività così come la volle — malgrado certe aperture dei giuristi compilatori ⁽¹²⁵⁾ — Napoleone e così come dipoi la accettarono scienziati e giudici (anche se questi ultimi, larvatamente, si eran dati da fare nel tentativo di sforzarne il tessuto compatto).

È l'ora grave e indilazionabile — lo dirà espressamente Saleilles ⁽¹²⁶⁾ —, in cui un personaggio culturalmente e socialmente

⁽¹²¹⁾ « le seul droit romain qui fût en harmonie avec l'état social moderne, était le droit romain déformé, rajeuni, faussé et dénaturé, si l'on veut, des pandectistes modernes, les seuls qui eussent fait de l'évolution historique sans le savoir, alors que les historiens de l'école de Savigny ne faisaient, au fond, que de la réaction historique » (*Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 93).

⁽¹²²⁾ È un apprezzamento positivo che ricorre. Enunciazioni limpide sono in: *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., p. 498; rec. a EUGEN HUBER, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes*, in *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Etranger*, XVIII, 1894, p. 765, dove si paragona il tentativo di Huber (di delinearne un diritto privato svizzero costruendolo al di sopra delle diversità cantonali) a quello dei giuristi francesi del Cinquecento, del Seicento, del Settecento « qui ont créé le droit commun de la France coutumière »; *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, cit., p. 45, dove si fa un nostalgico riferimento a « notre vieux droit coutumier dans sa belle époque ».

⁽¹²³⁾ *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., p. 498.

⁽¹²⁴⁾ È il saggio — già più volte citato —: *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*.

⁽¹²⁵⁾ Aperture che Saleilles non mancherà di rilevare, sottolineare e valorizzare, come si dirà in prosieguito. Cfr. *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 100 ss.

⁽¹²⁶⁾ Ancora — e con enfasi — nella Relazione al Congresso internazionale di

responsabile deve darsi carico di operare una elementare verifica fra divenire socio-economico e legge vecchia, anzi vecchissima (« nos Codes sont si vieux! ») ⁽¹²⁷⁾, e porsi alcune domande, elementari pur esse anche se imbarazzanti e impietose.

Si badi che in Saleilles — ed è questo un altro dei tratti che lo distanzia da Gény — l'esigenza di rinnovamento metodologico non emerge come problema teorico, anche se subito dopo in una visione teoretica dovrà ovviamente fondarsi; nasce invece sul terreno pratico, nasce dal basso, dalla contemplazione che il civilista fa della esperienza quotidiana e delle emergenti invenzioni giuridiche che servono ad ordinarla convenientemente. V'è nel Nostro una convergenza di osservazione provocata dalla sua complessa struttura culturale: l'educazione di storico, di storico del diritto, gli dà vivissimo il sentimento del divenire delle forme giuridiche e il gusto di verificare quelle forme nell'incontro-scontro col mutamento sostanziale sottostante; l'educazione di civilista lo porta a diffidare di uno sguardo troppo fisso nel cielo alto dei concetti e a preferire il tessuto degli strumenti della vita giuridica, quegli istituti che nei loro assetti tecnici rivelano con dovizia a occhi attenti e competenti anche tutto ciò che sta dietro e al di sotto.

Nell'ultimo scorcio degli anni Ottanta e nei primissimi anni Novanta lo sguardo di Saleilles — già lo sappiamo — si appunta su alcuni nodi concreti, che segnalano con precisione il distacco separante i bisogni dell'esperienza dagli schemi immobili del Codice: la cessione del debito ⁽¹²⁸⁾ e la responsabilità civile ⁽¹²⁹⁾; per entrambi appariva chiara la inadeguatezza del dettato legislativo, per entrambi

scienze storiche del 1903, nel momento cioè della rimeditazione in vista del centenario: « cette heure est grave, avant tout, car il s'agit de savoir comment la codification va pouvoir continuer à remplir sa fonction sociale sans devenir un obstacle au progrès social » (*Méthode historique et codification*, cit., p. 14).

⁽¹²⁷⁾ È una esclamazione che gli sfugge quasi di bocca, proprio pronunciando il discorso introduttivo al ciclo di conferenze da lui promosso sui problemi metodologici della scienza giuridica (anno 1910). Cfr. *Allocution*, in *Les méthodes juridiques*, cit., p. XVI.

⁽¹²⁸⁾ Come è testimoniato dalla recensione a J. UNGER, *Schulduebernahme* (Wien, Holder, 1889), che appare nel *Bulletin de la société de législation comparée*, XIX, 1889-90, p. 150, e dall'ampio saggio: *De la cession de dettes*, apparso in *Annales de droit commercial*, IV, 2e p., 1890.

⁽¹²⁹⁾ Come è testimoniato dalla recensione — che è però un vero saggio autonomo in tema di responsabilità civile, ricco di intuizioni e di idee nuove — a PAUL RENKER, *De*

si imponeva di trovar nuove soluzioni anche malgrado quel dettato, al di là di quel dettato.

La sintonia fra prime riflessioni intieramente metodologiche e insoddisfazioni del civilista lettore attento del divenire giuridico francese è significativa: la necessità di rifondazione della scienza giuridica, del mestiere di giurista, della sua interpretazione non fa capolino a vuoto e a freddo, ma si inserisce in una vicenda di studio sofferta in prima persona da un indagatore che non lascia per un solo istante il terreno sicuro della vita quotidiana. È da questo terreno, dalla incomposta esperienza che il diritto è chiamato a ordinare, che si reclmano nuovi canoni metodologici in mano al giureconsulto, che si reclama — secondo Saleilles — un giureconsulto finalmente agguerrito da un « metodo storico » inteso quale « méthode d'adaptation historique » ⁽¹³⁰⁾, garanzia che la regola giuridica scritta nei *textes* non si rinsecchirà mai e non correrà mai il rischio massimo di essere costrizione e violenza del sociale.

Già nel primo contributo metodologico l'idea dominante è l'insofferenza per lo strumento legislativo come regola soltanto autoritativa piovente dall'alto nella vita di una comunità e caratterizzata da generalità e da rigidità; in quanto tale, impotente a esprimere le diversità, le sfumature, il progresso continuo della pratica delle istituzioni; e affiora l'esigenza di un « régime plus souple et plus élastique » ⁽¹³¹⁾. Si inaugura così un vocabolario, che diventerà tipico di Saleilles e che, ripetuto con monotonia infinite volte, connoterà inequivocabilmente il suo messaggio di giurista: *souple, souplesse, assouplir, s'assouplir, assouplissement* ⁽¹³²⁾, termini

la non responsabilité conventionnelle, cit. Come già sappiamo, sullo stesso tema Saleilles tornerà spesso in seguito.

⁽¹³⁰⁾ Così lo qualifica in: *Méthode historique et codification*, cit., p. 18.

⁽¹³¹⁾ « Elle est impérative, et elle est générale: étant impérative, elle met fin, quelquefois trop vite, aux expériences que la libre initiative pouvait susciter; étant générale, elle interdit la diversité des usages, elle établit une règle unique là où un régime plus souple et plus élastique aurait peut-être mieux convenu... elle est impuissante à fonctionner avec cette régularité d'évolution » (*Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., p. 490).

⁽¹³²⁾ Per chi volesse verificare la ripetitività di un tal lessico (accanto a molti altri termini denunciati la medesima nozione di elasticità), cfr. *Contribution à l'étude des méthodes juridiques - A propos d'un livre de M.A. Sraffa*, cit., p. 227; *Le risque*

tutti esprimenti una medesima istanza storicistica, ossia la naturale coerenza tra diritto e realtà sociale.

Per il cultore del positivo, per il personaggio innamorato della osservazione diretta dei fatti e sensibile al divenire e al progresso, la legge si rivela strumento impotente ma anche inadatto. Impotente, perché il testo legislativo è sempre un'ossatura inerte, spesso morta, immobile e immobilizzante ⁽¹³³⁾, cui non potrà che sfuggire la complessità che — al contrario — è il tratto peculiarissimo del sociale ⁽¹³⁴⁾. Forzatura del sociale e suo irrigidimento in una chiave fissa e statutaria di lettura ⁽¹³⁵⁾, esso si pone come artificio ⁽¹³⁶⁾, che ben spesso poco ha a che vedere con la complessità e la ricchezza straboccanti della vita ⁽¹³⁷⁾. Modello prefabbricato (quante volte viene segnalato il pericolo di *moules* troppo stretti!), non potrà che costringere la varietà dei fatti nella sua griglia senza avere per essi alcun rispetto ⁽¹³⁸⁾. Il lettore paziente e umilissimo di tanta lettera-

professionnel dans le Code civil, cit., p. 638; *Monsieur C. Bufnoir*, cit., p. 538; *Préface a F. GÉNY, Méthode*, cit., pp. XX e XXIV; *Conception et objet de la science du droit comparé*, cit., p. 403; *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 323; *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, 1904, p. 99; *Allocution*, in *Les méthodes juridiques*, cit., pp. XIX-XX. Potremo arrestare qui una collezione di riferimenti testuali, capacissima di allungarsi oltre misura; ne aggiungiamo solo uno, che è emblematico per la sua ripetitività ossessiva e per la sua collocazione al termine della vicenda umana di Saleilles: *Allocution à la séance de clôture de la Conférence Bufnoir le 1er juin 1911*, cit., *passim*.

⁽¹³³⁾ « il s'agit d'institutions exposées d'après les textes qui les régissent, c'est à dire d'après l'ossature inerte qui leur sert de charpente, et non d'après leur fonctionnement pratique et la façon dont elles agissent et dont elles vivent » (*Conception et objet de la science du droit comparé*, cit., p. 383). Sul « principe d'immobilisation de la norme juridique », cfr. *ibidem*, p. 403.

⁽¹³⁴⁾ Una pagina, tutta ispirata alla complessità del sociale che la legge inevitabilmente tradisce, è nel ricordo che Saleilles fa di uno storico del diritto (cfr. *Edouard Beaudoin*, cit., p. 315).

⁽¹³⁵⁾ Pagine significative: *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, cit., p. 45; *Préface a F. GÉNY, Méthode*, cit., *passim*; *Le Code civil et la méthode historique*, cit., *passim*.

⁽¹³⁶⁾ « ce qu'il y a toujours d'artificiel dans une législation purement positive » (*Monsieur C. Bufnoir*, cit., p. 538).

⁽¹³⁷⁾ Studiando un istituto concreto, è facile reclamare il vincolo profondo tra diritto e vita (cfr. recensione a P. RENKER, cit., p. 655).

⁽¹³⁸⁾ Saranno istituti della vita pratica poco o punto incasellabili nei tipi offerti dal

tura giuridica tedesca, che, più che delle architetture ardite dei pandettisti, si era deliziato del colorito messaggio organicista di Otto von Gierke e dei germanisti, coglie la cessazione di ogni vincolo organico, simbiotico, tra fonte di diritto e comunità di utenti, lo coglie come un momento grave di negatività⁽¹³⁹⁾, e ne ha diffidenza.

Ripugna di risolvere nella legge il diritto privato, che è storicamente e logicamente diritto autenticamente prestatuale e prelegislativo⁽¹⁴⁰⁾; si ha coscienza che il diritto legale è in perenne ritardo sul divenire e che ben di rado esso può veramente fungere da strumento di progresso giuridico⁽¹⁴¹⁾. Il più gran torto compiuto nel solco della eredità giusnaturalistica è stato di ritenere il giurista un puro loico e di confinare i suoi compiti nella sterilità di esercizi di logica ermeneutica, di logica sui testi, mentre « pour être de bons jurisconsultes, il ne suffit plus d'être logiques, il faut avoir une logique qui s'assouplisse aux faits; c'est à dire une technique juridique qui emprunte aux faits ses postulats supérieurs »⁽¹⁴²⁾.

Il vero *esprit juridique* non consiste nell'abilità combinatoria e sistematoria di un mosaico di testi; è piuttosto « un esprit d'opportunité historique », o meglio « un esprit de conscience historique », che avrà per riferimento non il sistema inerte dei testi ma « la conscience morale du peuple », ossia « la couche profonde au sein de laquelle les idées de justice se formulent en principes de droit »⁽¹⁴³⁾; il vero *esprit juridique* è innanzi tutto percezione e ordinamento della mutazione sociale. Il richiamo ai grandi giuristi romani dell'età classica e postclassica è d'obbligo, e non varrebbe nemmeno la pena di se-

moule codicistico, come le società in accomandita, a rivelarlo pienamente a Saleilles (*Etudes sur l'histoire des sociétés en commandite*, cit., .45): « il ne faut pas, comme chez nous, que ce soient les nécessités sociales qui se plient à la rigidité d'un seul moule juridique »).

⁽¹³⁹⁾ Richiami frequentissimi. Esempi: rec. a P. RENKER, cit., p. 655; *Préface* a F. GÉNY, *Méthode*, cit., p. XIX. Lo preoccupa soprattutto « le divorce... entre le droit abstrait et les couches profondes où s'élabore le droit vivant », come dice nella riassuntiva *Allocution à la séance de clôture de la conférence Bufnoir le 1er juin 1911*, cit., p. 39.

⁽¹⁴⁰⁾ *Contribution à l'étude des méthodes juridiques — A propos d'un livre de M.A. Sraffa*, cit., p. 222.

⁽¹⁴¹⁾ *Le risque professionnel dans le Code civil*, cit., p. 638.

⁽¹⁴²⁾ *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 323.

⁽¹⁴³⁾ *Ibidem*, pp. 324-25.

gnarlo; lo si segna per sottolineare un punto: Saleilles addita a modelli di condotta dei giuristi che agivano in un ambiente profondamente diverso sotto il profilo delle fonti del diritto, eludendo e rimuovendo la circostanza pesante della presenza di una codificazione generale per il povero civilista francese dell'Ottocento ⁽¹⁴⁴⁾.

Ma è chiaro il motivo di fondo: bisognerà avere il coraggio di « rompre avec le moule sacrosaint du Code civil » ⁽¹⁴⁵⁾. Metodo storico vuol dire « méthode externe et non plus interne » ⁽¹⁴⁶⁾ teso a costruire il diritto come « une science de faits, une science du dehors, qui, comme toutes les sciences, puise dans la nature des choses » ⁽¹⁴⁷⁾. I fatti sociali recupereranno il loro ruolo di protagonisti, la loro osservazione sarà il naturale compito d'ogni giurista, e sarà evitato il rischio della sordità della regola giuridica al mutamento. L'essenziale è non rinchiudersi nella prigione dei testi, l'essenziale è andare « au-delà ». Nel '99, prefando Génys, Saleilles può con soddisfazione ammettere: « il sera difficile désormais que cet « au-delà » ne devienne pas le mot d'ordre de tous les juristes » ⁽¹⁴⁸⁾.

Ma questo *dehors*, cui il diritto civile è così prepotentemente vocato, in che cosa consiste? Senza dubbio — già lo sappiamo —, i fatti, i fatti economici e sociali, rilevati senza alcuna prevenzione formali-

⁽¹⁴⁴⁾ A parte il passo citato alla nota precedente, aggiungiamo questo testo significativo tratto da una pagina dedicata — nel 1899 — al tema per Saleilles intrigante della cessione del debito: « le droit romain a une haute valeur historique, mais il a encore une plus haute valeur progressive, parce qu'il nous offre l'exemple d'une évolution constante et qu'il nous invite à le suivre, au lieu de rester figés dans nos formules et dans nos textes » (*Un nouveau livre sur la cession de dettes*, in *Annales de droit commercial*, XIII, 1899, p. 92). Come se, nel '99, in Francia non fosse vigente il *Code civil!*

⁽¹⁴⁵⁾ *Monsieur C. Bufnoir*, cit., p. 543.

⁽¹⁴⁶⁾ « à la méthode syllogistique et dogmatique, qui tirait de la codification une vie toute factice et toute irréaliste, arrêtée dans son développement, et comme définitivement achevée dès que la construction d'ensemble fût complète, on a essayé de substituer une méthode de vie organique, ou d'évolution historique, *méthode externe et non plus interne* comme la première; dont le propre fut de vivifier les codes au lieu de la substance qu'ils empruntaient à leur propre fonds, *par l'afflux de tous les éléments de vie successive qui leur venaient du dehors*. Loin de se replier sur eux-mêmes, ils s'ouvraient au monde extérieur... » (*Préface*, a F. GÉNY, *Méthode*, cit., p. XIX). I corsivi sono miei e valgono a sottolineare l'istanza dominante di apertura verso i fatti esterni, verso il *dehors*.

⁽¹⁴⁷⁾ *Ibidem*, p. XXV.

⁽¹⁴⁸⁾ *Loc. ult. cit.*

stica, così come le due tipiche scienze d'osservazione — l'economia e la storia — individuano e valorizzano, mentre, nello stesso territorio del giuridico, l'invito al *dehors* diventa rifiuto di antiche chiusure, rinnegazione di pretese purezze, superamento di orgogliosi isolamenti. Il civilista non potrà non fare i conti con il diritto comparato e con la riflessione teorica (ma soprattutto giurisprudenziale) che si sviluppa nell'alveo tipicamente amministrativistico.

Il diritto comparato — norme legislative, analisi dottrinali e prassi forense — è per il civilista francese un salvataggio e una verifica. Proprio perché si misura nei larghi spazii, in un panorama in cui si comparano i singoli sistemi nazionali, mette il giurista nel contatto sicuro con un consenso generale che va ben oltre i possibili artifici di una legislazione nazionale, di semplici occasioni di potere e pretesti politici, e gli offre la capacità di discriminare la regola fittizia (o l'espedito meramente potestativo) da quella che riposa sulla natura delle cose. L'allargamento dello sguardo oltre i proprii confini statuali — anche se questo Stato è la *Republique française* — si impone come condizione per garantire scientificità e oggettività al discorso giuridico ⁽¹⁴⁹⁾.

Un pari salvataggio è offerto dalla dottrina e dalla prassi del diritto amministrativo. Senza l'ombrello protettivo ma anche impeditivo del Codice e del suo inchiodamento sistematico, avendo da fare i conti unicamente con dispersi atti legislativi, dottrina e ancor più giurisprudenza amministrative hanno costruito con una sensibilità assoluta verso il mutamento sociale, in un processo di adattamento costante; « à travers cette construction, à la fois très ferme et très souple, solide et cependant mouvante comme tout ce qui confine à l'évolution des mœurs, à travers cette construction, dis-je, passe un souffle de liberté et de haute équité, auquel nous rendons tous le plus parfait hommage » ⁽¹⁵⁰⁾.

⁽¹⁴⁹⁾ Bastino due sole citazioni: il saggio-recensione del 1891 intorno al volume di Sraffa sulla liquidazione delle società commerciali, dove il problema viene impostato con lucidità (cfr. *Contribution à l'étude des méthodes juridiques — A propos d'un livre de M.A. Sraffa*, cit., soprattutto pp. 220-224); la Relazione su *Conception et objet de la science du droit comparé*, cit., tenuta al Congresso internazionale di diritto comparato del 1900, dove Saleilles sintetizza le intuizioni comparatistiche presenti in quasi tutti i suoi saggi.

⁽¹⁵⁰⁾ *Allocution*, in *Les méthodes juridiques*, cit., p. XVIII.

Ferme e souple, solide eppur mouvante: sono le qualità che destano l'ammirazione di Saleilles. Il diritto che, per propria intima natura, porta sempre in sé la contraddizione che gli deriva dall'essere vestimento del sociale e, al tempo stesso, registrazione di valori, che tende perciò al sistema ma che non può non essere espressione del divenire storico, sembra quasi trovare — agli occhi del maturo civilista ⁽¹⁵¹⁾ — una sua dimensione composta ed armonica proprio nell'opera dei giudici del *Conseil d'Etat*, disponibili, coscienti del proprio ruolo creativo, immuni da plagi e da servaggi. Con uno stile autenticamente *prétorien* essi hanno operato il miracolo di costruire uno *ius* sulle sparse e disarmoniche *leges* esistenti: « dans un domaine où nous n'avions que des lois, des *leges*, ils ont créé un droit véritable, un *jus*, au sens le plus complet du mot » ⁽¹⁵²⁾. Dove — se non m'inganno — *jus* sta per la romana *ars boni et aequi*, ordine sostanziale d'una civiltà radicato nella natura storicamente variabile e perciò intrinsecamente giusto, e *leges* sta per un qualcosa di qualitativamente più basso e più grezzo, norme autoritative che si proiettano sulla società correndo troppo spesso il rischio di non esprimerla. Ai giudici amministrativi francesi il merito di aver fatto saltare di piano quelle norme trasformandole in ordine giuridico.

Un esempio, insomma, da imitare da parte degli assai più condizionati civilisti, che son chiamati da Saleilles ⁽¹⁵³⁾ ad abbandonare il chiuso delle loro officine per guardare quanto è avvenuto e sta avvenendo nei fertili laboratori giuspubblicistici. Se ieri il diritto civile ha senza dubbio elargito al diritto pubblico « ses habitudes de construction dottrinale », e cioè la robustezza dell'armamentario tecnico del giurista, oggi il secondo può comunicare al primo « un peu de sa souplesse et de son indépendance » ⁽¹⁵⁴⁾.

5. Un dubbio si insinua legittimamente: ma tutto questo *élar-*

⁽¹⁵¹⁾ I testi, che qui si chiosano, risalgono al 1910. È il caso di notare che si tratta di un atteggiamento costante di Saleilles (per un esempio risalente a quasi quindici anni prima, cfr. *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, cit., p. 48).

⁽¹⁵²⁾ *Allocution*, cit., p. XIX.

⁽¹⁵³⁾ E non soltanto da lui; basterebbe pensare a civilisti come Gény e Charmont (cfr. GROSSI, *Ripensare Gény*, cit., p. 338, nota 148).

⁽¹⁵⁴⁾ *Allocution*, cit., p. XX.

gissement nella concezione del diritto e nell'azione intellettuale del giurista, tutta questa apertura verso il *dehors* che sta al di là delle ristrette norme codificate (o, comunque, legislative), non è smentito — e, pertanto, reso inutile e vano — da una nozione di legge, universalmente accolta, come dichiarazione di volontà del legislatore, rigidissima nella sua lettera e nel suo spirito, tale da non dare che un minimo spazio all'interprete-applicatore e tale soprattutto da non lasciarsi impressionare da nessuno — anche se capitale — evento successivo, intangibile nella sua struttura di espressione immodificabile d'una volontà superiore, immodificabile se non da un potere di pari intensità che emani un atto di pari qualità normativa?

Secondo Saleilles questa è certamente la nozione vulgata di legge positiva, quella che circola in dottrina e giurisprudenza e che è ricevuta senza batter ciglio dall'uomo della strada, che è fatta circolare ad arte dal potere politico, ma è soltanto il messaggio della ideologia imperante, è la voce dell'assolutismo giuridico che ne ha fatto uno dei capisaldi della sua strutturazione dell'universo del diritto, forse il maggiore, il più portante. Siamo, ohimè, di fronte a « une formule hiératique » ⁽¹⁵⁵⁾ della legge, o addirittura a « la superstition de la loi » ⁽¹⁵⁶⁾. È insomma una nozione legata a certi presupposti ideologici e a una certa visione del mondo giuridico, storicamente datatissima e su cui si deve avere il coraggio di dissentire, riproponendo — in positivo — una nozione che recuperi la nozione oggettiva di legge positiva.

È il primo grande tema di fondo di tutta la riflessione saleillesiana: rifiutare una nozione soggettiva e volontaristica in favore di una più suadente e coerente nozione oggettiva e organicistico-finalistica.

Parole grosse e forse gravi di oscurità, ma che Saleilles è in grado subito di chiarire. I testi che ci sembrano più nitidi e sonori appartengono a due impegnativi momenti riflessivi sul BGB ormai vigente in Germania, ma non fanno che esprimere con particolare

⁽¹⁵⁵⁾ *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 329.

⁽¹⁵⁶⁾ *Conception et objet de la science du droit comparé*, cit., p. 403.

vigoria ed apertamente un insegnamento che è costante nell'itinerario del Nostro.

Ecco la precisa presa di posizione scritta in uno dei libri più cari a Saleilles, dedicato alla costruzione del concetto di atto giuridico sulla scorta dei §§ 116-144 del BGB: « La loi est un instrument de réglementation sociale; elle doit s'interpréter de la façon la plus conforme au bon fonctionnement du mécanisme créé par le législateur. Et comme la matière sociale est une matière organique, en voie de transformations constantes, la réglementation qui s'y applique doit suivre l'évolution progressive du milieu pour lequel elle est faite. L'adaptation de la loi se moule en quelque sorte à la plasticité des éléments auxquels elle s'applique; de sorte qu'elle devient, elle-même, un organisme qui se développe et qui porte ses fruits, précisément par l'interprétation incessamment progressive qui en est faite » ⁽¹⁵⁷⁾; ribadendo poco dopo: « elle constitue un organisme permanent, qui, comme tout organisme, progresse et se transforme » ⁽¹⁵⁸⁾.

Tre anni dopo (1904), nella « Introduction à l'étude du droit civil allemand », la stessa visione è ripetuta e arricchita: « elle [la loi] n'a pas pour objet seulement la satisfaction des besoins du moment, ceux qui lui ont donné naissance, mais la satisfaction des besoins permanents de la collectivité, en tant qu'ils se relient à l'objet qu'elle a prévu et réglé. Elle doit donc être assez souple et flexible... [Le juge]... doit, en premier lieu, la mettre à la même de remplir son but initial et, par suite, en demander la révélation aux nécessités sociales qui ont donné naissance à la loi elle-même; lui permettre, en second lieu, de satisfaire à son but ultérieur, qui est de subvenir aux exigences de l'avenir; et, enfin, de lui garder son rôle de directrice générale de la vie juridique de la collectivité... Ce triple rôle, qui est un rôle social et non individuel, ne peut être rempli qu'en envisageant l'unité de la loi sous un double rapport, celui de l'ensemble du système juridique, et celui de la vie sociale collective. Aucune loi n'est un tout par elle-même. Elle se rattache à un système d'ensemble, qui constitue le mécanisme juridique..., mais ce mécanisme juridique, pris dans son unité, n'est lui-même, qu'un mode d'orga-

⁽¹⁵⁷⁾ *De la déclaration de volonté*, cit., p. 214.

⁽¹⁵⁸⁾ *Ibidem*, p. 216.

nisation de la vie sociale..., qui, sous le couvert du droit, devient... un organisme complet et vivant » (159).

Dalla lettura discendono agevoli alcune notazioni. La prima, solo apparentemente terminologica, concerne lo scialo sovrabbondante di vocaboli come « organico » e « organismo »: visione organica della legge, legame organico fra legge e organismo sociale, la legge essa stessa come organismo. È lo strumento terminologico, concettuale, culturale (si vedano i nomi di Josef Kohler, Otto von Gierke, Eugen Huber ben messi in evidenza nella prefazione a « La déclaration de volonté »), che ha alcuni scopi precisi: sottrarre la legge dalla nicchia del momento di emanazione, smentire l'idea che essa consista in una dichiarazione di volontà e coglierne un determinante profilo obiettivo (160); puntare jheringianamente sulla nozione di scopo della legge, operazione che serviva a proiettarla ben al di fuori di una pretesa volontà del legislatore e a misurarne la validità non già nella mente di un mitico soggetto, ma nel campo vivo della realtà esterna da regolare (161); sottolineare che la legge — quale organismo permanente — non ha più nessi (se non tenui) con l'originario promulgatore, ma ne ha di continui con la comunità in divenire che la ricolma via via di valori e contenuti nuovi; spostare tutta l'attenzione dell'ordinamento dalla emanazione del provvedimento alla sua vita nel tempo e nello spazio, ossia alla sua applicazione, con un coinvolgimento di altre forze presenti nella società a livello di fonti di diritto (162); spostare, conseguentemente, il perno fondante dell'ordinamento da un testo immobilizzato, sacralizzato,

(159) *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, cit., pp. 99-100.

(160) Non vale la pena di esemplificare. Tutta l'opera saleillesiana è contro questo dogma-mito della legge come atto di volontà.

(161) Scriverà più tardi, 1907: « ce qu'il faut avoir constamment en vue, c'est beaucoup moins le texte que le but social, le but pratique de la loi... c'est ce but que le juge doit atteindre en adaptant non pas la solution pratique à la rigidité du texte, mais le texte lui-même au but supérieur qu'en attend la société » (*Lettre à M.P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, cit., pp. 17-18).

(162) « dans cet organisme juridique qui constitue la loi d'un pays, vont venir s'intercaler et se fondre tous les éléments de la vie juridique spontanée du peuple pour lequel la loi est faite: coutumes, nécessités de la vie économique, conceptions morales, modifications des rapports sociaux » (*Introduction à l'étude du droit civil allemand*, cit., p. 100).

mitizzato (e perciò collocato fuori del tempo e dello spazio) alla interpretazione del testo, intesa — ovviamente — quest'ultima come intermediazione fra testo e fatti successivi in cui il testo via via si trova immerso.

Saleilles ridicolizza il « législateur idéal et phantastique », che, nella oleografica raffigurazione della dottrina tradizionale, è « une sorte de personnalité imaginaire, mythique et permanente ⁽¹⁶³⁾, e si rifà a una legge che, rotto ogni cordone ombelicale col suo produttore, è « une entité nouvelle » ⁽¹⁶⁴⁾; che « comme un organisme vivant qui se développe sous la pression des faits... a très peu de valeur par elle-même, mais qui en a une très considérable par l'usage que nous saurons en faire » ⁽¹⁶⁵⁾.

L'attenzione non è più per un testo e per un preteso *Urwi-le* ⁽¹⁶⁶⁾, bensì per il reticolato di nessi di cui quel testo è occasione tutte le volte che la comunità lo accoglie e lo rivive. Il carattere della rigidità, che era stato costruito come essenziale per l'atto legislativo nella vecchia concezione, cede necessariamente il passo a quello della *souplesse*, che è l'unico ad assicurare una effettiva disponibilità ai fatti esterni. E il vecchio modello costrittivo, che sembrava quasi imprimere esso solo ai fatti il marchio della giuridicità, diventa una realtà assai plastica che ai fatti si modella e da questi è modellata.

L'importante è deporre il vecchio paraocchi normativistico per uno sguardo assai più comprensivo, l'importante è — secondo una felice formula saleillesiana — « substituer à l'esprit de norme juridique l'esprit de discipline juridique ⁽¹⁶⁷⁾, finirla di condensare il proprio sguardo sulla norma come isolata manifestazione d'una volontà suprema remota e in sé conchiusa, e spostarlo invece alle.

⁽¹⁶³⁾ *Preface* a F. GÉNY, *Méthode*, cit., pp. XV e XVI.

⁽¹⁶⁴⁾ *Ibidem*, p. XVI.

⁽¹⁶⁵⁾ *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 329.

⁽¹⁶⁶⁾ Saleilles insiste sulla absurdità di pretendere che l'interprete odierno « indovini » il significato del testo normativo a lui lontano secondo le intenzioni del legislatore di allora: « bien comprendre la loi comme on l'aurait comprise il y a un siècle, en reculant d'un monde, ce qui ne serait pas seulement ridicule, mais matériellement impossible » (*Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 322).

⁽¹⁶⁷⁾ *Conception et objet de la science du droit comparé*, cit., pp. 403-404.

reazioni fra norma e vita sociale, al contesto in cui la norma convive coi fatti, anzi col progresso dei fatti, e da norma separata diventa disciplina, cioè regola immedesimata col sociale, ordinamento, di esso aspetto insopprimibile perché espressione della sua stessa natura.

La legge di Saleilles è allora il vaso vuoto disegnato da Adickes, Bülow, Kohler e ancor più elasticizzato nelle conclusioni della *Freirechtslehre*? Che vi siano con questa sintonie e simpatie non è dubbio; basterebbe la rispettosissima citazione della « Freie Rechtsfindung » di Ehrlich, appena pubblicata e subito letta con avidità ⁽¹⁶⁸⁾, che sta in calce a uno dei passi sopra riportati ⁽¹⁶⁹⁾, o l'attenzione che dimostrerà in seguito per l'opera di Ernst Fuchs ⁽¹⁷⁰⁾. Che, in realtà, tutto possa far pensare legittimamente a una conclusione di stampo gius-liberistico, anche questo è indubbio. Ma non è così.

Come Gény, anche Saleilles resta in qualche modo un « legalista », però con qualche incoerenza, con qualche incertezza, con un fondo di sostanziale aporia rispetto alla soluzione netta e limpida del civilista lorenese. Il discorso di Gény è infatti nettissimo: la legge esprime poco della ricchezza dell'universo giuridico, è fonte insufficiente e impotente proprio perché è uno specifico atto di volontà del soggetto-legislatore; come tale deve essere interpretato, individuando soltanto ciò che è il dichiarato oggetto della sua volizione; il suo messaggio normativo è unicamente ciò che essa espressamente e sicuramente volle; è pertanto solo di fronte a un messaggio oscuro, equivoco, lacunoso che si apre la possibilità di un libero concorso di altre fonti, prima fra tutte la consuetudine, non ultima la libera ricerca scientifica.

Assai più « rivoluzionario » nelle premesse è il discorso del civilista borgognone: la legge non è un atto di volontà, è una realtà organica alla società che è chiamata a ordinare; ha pertanto una vita autonoma — come entità distinta — adattandosi al sociale con una naturale *souplesse*. L'interpretazione è quindi assai poco ricostru-

⁽¹⁶⁸⁾ EUGEN EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1903.

⁽¹⁶⁹⁾ *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, cit., p. 98.

⁽¹⁷⁰⁾ *Droit civil et droit comparé*, 1911, cit., p. 10.

zione d'una volontà originaria ed è assai più coscienza di questo adattamento, di questo *assouplissement*. Legittima è dunque la conclusione, che traiamo — *exempli causa* — da una pagina della *Déclaration de volonté* e che concretizza bene tutto il rilievo che una simile concezione dà al giudice e che è continuamente ribadito da Saleilles: « Le juge, loin d'être l'instrument passif que l'on prétend, est le régulateur de la vie sociale, dans ses rapports avec la loi » (171).

Siamo forse di fronte a una « Theorie der richterlichen Rechtsfindung », come farà più tardi Ehrlich (172)? Assolutamente no. Ecco una franca, sintetica scrittura di Saleilles tratta da un suo testo programmatico del 1903: « Tout le monde proclame aujourd'hui que le principal élément du droit d'un pays, c'est sa jurisprudence. On peut discuter et se demander si la jurisprudence constitue une source autonome à coté de la loi; je ne le crois pas. Mais ce qui est certain, c'est que ce qui constitue, à un moment donné, le droit d'un pays, ce n'est pas la loi abstraite, c'est la loi dans l'interprétation vivante que lui donne la jurisprudence » (173).

Saleilles, come Géný, diffida della legge come mezzo di effettivo ordinamento del sociale, e coglie piuttosto in essa elementi di impotenza e di violenza insieme verso il mutamento profondo della Francia di fine secolo; come Géný, avverte il bisogno di certezza (174); come Géný, teme l'eccessivo arbitrio del giudice sfociante in soggettivismo (175) ed ha, come il maestro di Nancy, sempre di fronte come male da evitare l'avventurismo del Presidente del Tribunale di Chateau-Thierry e di tutti i *bons juges Magnaud* di questo mondo (176). Solo che, mentre Géný ha l'ancoraggio fermo di

(171) *De la déclaration de volonté*, cit., p. 214.

(172) E. EHRLICH, *Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes. Vier Stücke aus dem in Vorbereitung begriffenen Werke: Theorie der richterlichen Rechtsfindung*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 67, 1917.

(173) *Méthode historique et codification*, cit., p. 17.

(174) Testo esemplare: *Méthode historique et codification*, cit., p. 4 (« le besoin juridique le plus urgent de notre époque est celui de la certitude juridique »).

(175) *Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 105.

(176) Enunciazione chiara in *Droit civil et droit comparé*, cit., p. 10: « N'allez pas vous méprendre sur cette formule ... A la prendre telle quelle, vous pourriez croire que c'est la thèse du "bon juge" que je prétendrais soutenir, du "juge-roi", comme on a dit quelquefois. Rassurez-vous, car c'est plutôt un système tout contraire que je vous

un atto legislativo, ridotto possibilmente al minimo ma ricostruito come volizione suprema e indiscutibile del legislatore, e, proprio perché con questo ancoraggio, può permettersi di aprire a un sostanziale pluralismo ⁽¹⁷⁷⁾ di fonti per tutto il grande territorio lasciato intatto da quella volizione ⁽¹⁷⁸⁾, Saleilles si ritrova privo di ancoraggi.

Il suo sentimento di certezza e il suo rifiuto di arbitrii giudiziari non trovano alcun appagamento nella visione « organica » della legge, nella demolizione — puntigliosamente fatta — di questa come dichiarazione di volontà e, quindi, della interpretazione come ricerca di una volontà, nel continuo richiamo all'adattamento e allo sforzamento dei testi, nella pressante relativizzazione del loro contenuto. Il rimedio e la soluzione, per Saleilles, sono quelli indicati nel discorso del 1903: un ordinamento che punti su fonti extra-legali, soprattutto sulla giurisprudenza, per garantire una disciplina adeguata, ordinante e non coartante, ma un ordinamento in cui il giudice — che pure è considerato indispensabile strumento di adeguamento e condizione di vitalità — faccia sempre capo alla legge. Insomma: la legge applicata da una giurisprudenza, che la rivive per proprio conto a seconda delle diverse esigenze ma che la assume come non eliminabile momento di validità per il proprio agire. I fatti nuovi inseriti nel *cadre* della legge vecchia.

È questa un'idea ricorrente in Saleilles, ed è ricorrente una correlativa terminologia — *cadre, cadrer, encadrement, encadrer* —, che diventa parte del suo lessico tipico e inconfondibile. Quello che abbiamo più sopra notato per *souple, souplesse, assouplissement* — come caratteri peculiari della *lot* — si deve ripetere qui per l'esigenza riferita ai *faits sociaux*. La legge deve adattarsi, ma i fatti dovranno sempre essere *inquadrati* nella cornice legittimamente offerta dalla legge.

enseignerai, aussi éloigné que possible du subjectivisme purement individuel». Cfr. anche *Lettre à M.P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, cit., p. 48 (« les à coups de subjectivisme et d'arbitraire d'un ou de plusieurs "bons-juges" »).

⁽¹⁷⁷⁾ Nel pur altamente laudativo rendiconto critico, che egli fa della *Méthode* di Gény nel primo fascicolo della sua « Revue trimestrielle de droit civil ». Saleilles ammette: « je crois qu'il va un peu plus loin que je n'irai moi-même » (*Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 90).

⁽¹⁷⁸⁾ GROSSI, *Ripensare Gény*, cit., p. 326 ss.

Una pagina di grosso rilievo è offerta dalla densissima *préface* redatta nel '99 per la *Méthode* di Géný, che costringe il Nostro più allo scoperto che altrove per la necessità di segnare il confine che lo separa dal lorenese, di registrare consensi e dissensi. Identiche le premesse: « nul ne prétend plus que le droit soit une création du législateur » ⁽¹⁷⁹⁾; « le domaine impératif de la loi est très restreint » ⁽¹⁸⁰⁾. Pertanto, esigenza di *vivifier les codes* grazie a una *méthode externe* « par l'afflux de tous les éléments de vie successive qui leur venaient du dehors » ⁽¹⁸¹⁾. Tuttavia, se « loin de se replier sur eux-mêmes, ils s'ouvraient au monde extérieur », essi codici lo facevano « non pour se laisser envahir ou dominer par lui [*l'afflux* di cui sopra], mais pour s'y adapter et le dominer, l'encadrer dans leur propre discipline, et traduire en monnaie juridique, ayant la frappe qui leur est propre, toutes les relations nouvelles issues du développement de la vie » ⁽¹⁸²⁾.

Se mi è consentito abbondare un po' in citazioni, ecco precisazioni preziose offerte dall'Autore: « dans cette méthode d'évolution historique... on continue encore à poser en principe que tout se ramène à la loi écrite, considérée non pas comme la seule source vivante du droit, mais comme le seul cadre scientifique et juridique qui lui serve en quelque sorte de passeport devant les tribunaux » ⁽¹⁸³⁾; « pour obtenir la valeur d'un droit objectif qui s'impose, il faut que ces créations puissent se rattacher à la loi, qu'elles rentrent dans son cadre, qu'elles se mettent en harmonie avec l'ensemble de la construction juridique prise dans son intégrité, qu'elles se vivifient à cette source supérieure » ⁽¹⁸⁴⁾.

Si propone, in definitiva, una *jurisprudence* « non plus chargée de s'asservir à un texte mort, mais seul pouvoir effectif qui ait pour fonction de développer un texte incessamment vivant. C'est à elle de ramener au texte les germinations spontanées que lui offre la pratique des affaires, et en même temps de plier le texte aux

⁽¹⁷⁹⁾ *Préface*, cit., p. XX.

⁽¹⁸⁰⁾ *Préface*, cit., p. XXI.

⁽¹⁸¹⁾ *Préface*, cit., p. XIX.

⁽¹⁸²⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽¹⁸³⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽¹⁸⁴⁾ *Préface*, cit., p. XX.

nécessités nouvelles qui la sollicitent, d'en assouplir la formule, d'en dégager les principes inconnus et de fondre le tout dans une harmonie d'ensemble, dont la logique crée la certitude pour les intérêts privés, en même temps qu'elle défie l'arbitraire, qui est la menace incessante de toute méthode subjective »⁽¹⁸⁵⁾.

Il lettore può constatare che l'abbondanza delle citazioni è giustificata dalle illuminanti precisazioni offerte da Saleilles: è evidente che egli ha timore di un totale affidamento al giudice come vorrebbero i giusliberisti, e non ritiene sufficiente il solo aggancio oggettivo con il diritto naturale. Ne vien fuori una proposta mediana: « à l'objectivité résultant du texte, base éminemment précieuse de certitude juridique, il faut joindre désormais l'objectivité résultant des réalités économiques et sociales »⁽¹⁸⁶⁾; una proposta mediana, nella quale *textes* e *faits sociaux* sono visti quasi in posizione di interscambio, ma nel contesto della quale l'autore rischia di incorrere in una sostanziale aporia: l'inquadramento dei fatti nuovi nei testi vecchi, anche se semplice aggancio di legittimità, potrebbe costituire un elemento frenante, una violenza, insomma anche una smentita a quella tanto conclamata visione organica e a quell'adattamento della legge al divenire progrediente, che è il fine che si vorrebbe ad ogni costo raggiungere. A meno che tutto non si riduca ad una finzione, a un aggancio puramente formale.

È un nodo irrisolto, che connota di aporeticità tutta la costruzione di Saleilles, che lo stesso Gény gli rinfaccia; il Nostro registra la critica ma sostanzialmente non vi risponde⁽¹⁸⁷⁾, ritenendosi pago dal constatare che in ambe le soluzioni — la sua e la gényana — il risultato di rottura del formalismo legalistico e di arricchimento pluralistico dell'ordine giuridico era lo stesso. Tutto sommato, egli si pone in un itinerario di continuità con quella sensibile giurisprudenza francese che per tutto il secolo aveva creato diritto dissimulando l'aspetto creativo sotto un mantello ipocrita di esegesi fedele e di esercizio passivo di meri arnesi logici. Saleilles questo solo ammette infatti di rimproverargli: di aver gabellato come deduzioni esegetiche tutte le grandi

⁽¹⁸⁵⁾ *Loc. ult cit.*

⁽¹⁸⁶⁾ *Méthode historique et codification* cit., p. 19.

⁽¹⁸⁷⁾ *Préface*, cit., p. XXI, dove la critica di Gény è segnalata con esemplare franchezza.

costruzioni in tema di dote mobiliare, di assicurazioni sulla vita, di mandato domestico della donna maritata, di responsabilità civile, di ricerca della paternità, e via dicendo ⁽¹⁸⁸⁾.

Il nostro discorso deve ora completarsi facendo cenno agli strumenti posti in essere da Saleilles per realizzare, accanto a una visione nuova della legge come fonte, l'operazione riduttiva del suo raggio d'azione e della sua incisività sociale; il che servirà non poco a illuminare l'operazione complessiva del Nostro.

La nuova legge, non più volontaristicamente falsata, è disponibile al progresso sociale ed economico, perché il suo contenuto autenticamente normativo è — per sua stessa natura — assai modesto. Non più la fonte pressoché sacrale di ieri, ma nemmeno l'atto supremo di individuazione e consolidazione della pubblica felicità con un contenuto ampio, progettuale, il più possibile totalizzante.

La nuova legge non fornisce principii, teoriche, definizioni, formule, progetti, ma soltanto soluzioni, alcune soluzioni: « la loi ne connaît que des solutions, elle n'impose pas de doctrines juridiques » ⁽¹⁸⁹⁾. E prende forma quella contrapposizione tra *solutions* e *conceptions* — le prime consentite al legislatore, le seconde a lui fermamente vietate — che assume il carattere di costante del pensiero di Saleilles; già affiorante nell'incontro e nella consonanza intellettuale con le rivendicazioni creative di Unger sul terreno della *Schulduebernahme* ⁽¹⁹⁰⁾, si vede riaffermata nella prima autonoma riflessione metodologica ⁽¹⁹¹⁾, senza sosta ripetuta ⁽¹⁹²⁾, fino ad

⁽¹⁸⁸⁾ *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 323: « il y a longtemps que le juge, sans oser le dire, se laissait impressionner par les lois inéluctables des nécessités économiques... Seulement, il dissimulait cette orientation extérieure aux textes sous le couvert d'une logique plus ou moins formelle, appliquée aux textes ».

⁽¹⁸⁹⁾ *Un livre d'introduction générale à l'étude du droit civil*, cit., p. 527.

⁽¹⁹⁰⁾ Rec. a UNGER, *Schulduebernahme*, 1890, cit., p. 151.

⁽¹⁹¹⁾ *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, 1890, cit., pp. 491-92.

⁽¹⁹²⁾ *De la cession de dettes*, 1890, cit., p. 27; *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, 1897, cit., pp. 47-48; *Un livre d'introduction générale à l'étude du droit civil*, 1897, cit., p. 527; *Les accidents de travail et la responsabilité civile (Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle)*, Paris, 1897, p. 47; *Un nouveau livre sur la cession de dettes*, 1899, cit., p. 92; *Ecole historique et droit naturel*, 1902, cit., p. 109.

arrivare intatta in seno agli ultimi saggi (193). Le *conceptions* non competono al legislatore, perché sono intimamente legate al processo sociale e perché affidargliele avrebbe lo stesso significato di una pesante opera di immobilizzazione con la conseguenza di un ristagno innaturale: « la conception du droit est livrée à la jurisprudence, à la doctrine, à l'évolution historique » (194), « l'essence de toute construction juridique, puisqu'elle est l'oeuvre de la doctrine et non de la loi, est d'être incessamment en marche, incessamment mobile et progressive » (195). Sarà soprattutto la giurisprudenza a intuire le esigenze costruttive in quel perenne laboratorio sperimentale di casi pratici che ha di fronte, e sarà la scienza a comporre dipoi le segnalate esigenze in architetture teoriche che, senza porre argini al variare dei tempi, non ne subiscano in maniera eccessiva l'usura. È l'impostazione grazie alla quale Saleilles ritiene di poter costruire una formulazione nuova della cessione del debito, una concezione nuovissima di rischio professionale e di responsabilità oggettiva, una peculiare natura giuridica per le società in accomandita.

Già da questa operazione riduttiva, che assegna alla legge compiti e contenuti ben delimitati, appare la precarietà sostanziale dello *encadrement*, che il giudice è tenuto ad operare. I fatti sociali nuovi un inquadramento effettivo nei vecchi testi potrebbero averlo se si trattasse di ordinarli in quella cornice tutta intellettuale, e perciò plasticissima, che sono dottrine e costruzioni teoriche, ma se il punto di riferimento e di misura sono soltanto le *solutions* intese come il vero contenuto normativo d'una legge, l'inquadramento si propone piuttosto come conflitto e si risolve o in una devitalizzazione del fatto che cede dinnanzi alla soluzione normativa contraria, o in una sorta di benedizione formale da parte della norma col risultato di un inquadramento puramente nominale e fittizio e della devitalizzazione del dettato normativo.

Ma v'è di più. Saleilles, consapevole del possibile conflitto, spinge ancor più innanzi l'operazione riduttiva: se da quanto si è ora detto, legge, come dato cogente, non è mai una concezione giuridica, la quale non può non essere legata al divenire della

(193) *Droit civil et droit comparé*, cit., p. 22.

(194) *Un nouveau livre, sur la cession de dettes*, cit., p. 92.

(195) *Droit civil et droit comparé*, cit., p. 22.

coscienza scientifica e, ove il legislatore ne proponga una, questa non avrà certo carattere vincolante per gli interpreti di cento anni dopo; se legge, come dato cogente, è solo una certa soluzione concreta a un certo specifico problema giuridico, tuttavia non ogni soluzione vincolerà l'interprete. E Saleilles non si riferisce davvero a soluzioni implicanti qualche dubbio od oscurità, di fronte alle quali era facile rivendicare la libertà dell'interprete-applicatore. Il riferimento è invece alle soluzioni legislative specifiche e non equivoche, tra le quali si opera una fondamentale distinzione.

O esse hanno una loro non defettibile imperatività per essere connesse a problemi di ordine pubblico e di interesse generale, caso nel quale l'adagio sulla *durities* della legge non può che essere senza eccezioni confermato e l'interprete-applicatore del 1904 non ha che da chinare la testa di fronte alla norma decrepita di cento anni prima. O, se la connessione con l'ordine pubblico non sussiste, la loro è una imperatività assai relativa, essendo giocoforza ritenere delle semplici « *présomptions* » operate dal legislatore, il quale, constatando la frequenza — per esempio — d'un certo uso, lo ha sussunto nella norma presumendo che ciò fosse accetto ai privati; presunzione che viene a cadere cento anni dopo, se l'interprete-applicatore constata circolante e accettato un uso diverso o contrario ⁽¹⁹⁶⁾.

Dice Saleilles a proposito delle scelte del Codice in tema di società commerciali: « Il y a donc avant tout dans toute oeuvre de codification une sorte de départ à établir... entre ce qui est d'autorité publique... où la volonté de la loi reste intangible, et ce qui est du domaine de la liberté, et par conséquent simple constatation d'usage, et en matière de droite privé c'est la partie de beaucoup la plus considérable. Sur ce terrain, la solution légale n'indique qu'une préférence au cas de doute, afin d'écartier l'incertitude et l'arbitraire, elle ne constitue pas un dogme qui s'impose. Elle n'est que la consécration d'idées, d'usages ou de doctrines, représentant l'opinion courante à une époque donnée; l'état économique d'un pays à un moment déterminé, idées usages ou

⁽¹⁹⁶⁾ La teorica di Saleilles è già perfettamente espressa nel primo saggio metodologico del 1890 (cfr. *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., pp. 490-91); viene subito applicata a un istituto specifico nel contributo, dello stesso anno, sulla cessione del debito (*De la cession de dettes*, cit., pp. 40-41).

formules économiques destinés à se modifier au cours de l'évolution des faits » (197).

Quindi: imperative non sono mai le concezioni, ma soltanto le empiriche soluzioni di una legge; e, tra queste, solo le soluzioni legate all'ordine pubblico o all'interesse generale. Resta una tranquillizzante conclusione da trarre per portare a termine la drastica operazione riduttiva, e Saleilles non manca di sottolinearla: « les solutions directes, voulues par le législateur, et qui s'imposent, tant qu'elles n'ont pas été modifiées par le procédé légal, constituent la part la plus infime du domaine juridique ».

Nel campo del diritto privato l'esistenza di una *solution* connessa all'ordine pubblico o all'interesse generale « constitue l'exception »; « la grande majorité » può esser tranquillamente confinata nell'ambito delle presunzioni (198). Il Nostro lo puntualizza quasi con sollievo, facendo l'esempio del « domaine des conventions », cuore e fulcro dell'intero diritto privato, in cui v'è un solo principio imperativo, ed è « celui de la liberté des conventions ». Al di sotto dell'ombrello protettivo di un siffatto principio « costituzionale » le soluzioni legali in tema di obbligazioni non sono che semplici *présomptions de volonté*, che attendono possibili smentite dalla prova contraria rappresentata da nuovi usi (199).

Saleilles gioca al ribasso riducendo a ben minima cosa la imperatività cogente d'una norma legislativa: « le domaine impératif de la loi est très restreint » (200); viene a mente quel delizioso racconto di Colette in cui al protagonista, da un grande cappotto di lana rovinato dalle tarme, a forza di tagliare, non resta in mano che un minuscolo nettapenne.

L'opera di Saleilles sul piano delle fonti resta aporeticamente l'opera di un personaggio, che crede nel diritto extralegale e vuole ad ogni costo ridotto il ruolo della legge nell'economia dell'universo giuridico, lo vuole molto più di Gény, perché — al fondo — è più sfiduciato di Gény nel legislatore e nelle sue volontà; che ha il

(197) *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, cit., p. 48.

(198) *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., p. 491.

(199) *Loc. ult. cit.*

(200) *Préface* a F. GÉNY, *Méthode*, cit., p. XXI.

coraggio di operare una decisa relativizzazione e una altrettanto decisa pluralizzazione di forze produttrici, ma che non se la sente di portare questo atto di coraggio alle debite conseguenze. Pagando, come si è visto, il costo di qualche incoerenza, di qualche incertezza, di qualche ambiguità; di far apparire a qualche lettore severo i suoi recuperi legalistici come l'omaggio formalistico a un feticcio e quindi un atto di sostanziale ipocrisia.

Un giudizio così severo peccerebbe di ingiustizia: più che di ipocrisia, si può parlare — come sopra si è fatto — di un nodo irrisolto, di un nodo che nasce nel tormento sincero dell'autore conteso fra due esigenze di pari intensità: scongiurare il pericolo dell'incertezza e dell'arbitrio atomistico consequenziale ad un totale *Richterrecht*; garantire la perfetta espressività del diritto rispetto alle cogiantissime forze storiche.

Salleilles aveva voluto edificare una nuova legalità, che potesse superare quel « mépris de la légalité » che egli riscontrava così frequente tra i suoi studenti dei corsi di « diritto civile » ⁽²⁰¹⁾, che aveva

(201) Ecco lo sfogo — e confessione insieme — che egli grida forte, utilizzando un consesso di non-giuristi, il XXI° Congresso della « Société d'économie sociale » dedicato, nel 1902, al ruolo sociale della gioventù: « Aussi, espérons-nous un peu, par cette conception nouvelle que nous faisons ainsi de la loi, inspirer à la génération qui vient un sentiment qui n'a que trop manqué à la nôtre, celui de la légalité. Et il lui a manqué parce qu'on lui a trop dit que la loi n'était pas autre chose que la volonté du législateur à l'état de permanence impérative, ce qui se traduisait uniquement par ces mots: la loi est l'oeuvre d'un parti politique, de droite ou de gauche, peu importe, indifférente à la justice et à l'équité; qui même, si c'est une oeuvre politique, n'a rien à voir avec la justice et l'équité. Et la génération à qui l'on avait eu l'imprudence de tenir pareil langage, croyait suivre son instinct de justice, en érigeant en système, ou quelquefois en snobisme, le mépris de la légalité. On se croyait en droit de dire de la loi qu'au lieu d'un traité de paix entre les partis elle était un instrument d'oppression politique que les vaincus ou prétendus tels avaient toujours le droit de contester ou de dédaigner. Connaissez-vous formule d'anarchie sociale ou politique plus dangereuse et plus néfaste? Un peuple qui n'a pas le sens de la légalité ne peut avoir celui de la liberté et encore moins celui de la vie publique. Nous avons payé cher ce qui a fait défaut à notre éducation juridique. Nous savons aujourd'hui que la loi ne peut être une oeuvre de parti, qu'elle peut être en soi bonne ou mauvaise, mais que cela n'importe guère; car nous ne voyons plus en elle la volonté d'un homme ou d'une majorité d'hommes; mais un instrument d'ordre social, l'instrument positif qui nous est mis en mains, si nous savons nous en servir, pour réaliser, l'ordre d'abord, la justice et le progrès ensuite (*Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 329).

la più generale conseguenza — e nefasta — di un « esprit juridique en baisse » e si traduceva infine in « une désaffection à l'endroit du droit civil » (202). Era convinto che tutto nascesse da un parossismo legalistico e da quella visione volontaristica, che mostrava nelle sue nudità l'atto legislativo come atto di politica spicciola, di destra o di sinistra, di questo o di quel partito, ma, in ogni modo, sottratto al contesto sociale di cui doveva essere l'espressione fedele.

Saleilles aveva voluto immergere anche la legge in quel contesto, recuperarla alla storicità, e il discorso gli aveva preso la mano. Ed ecco, subito accanto, l'esigenza dello *encadrement*, con tutto il suo messaggio di aporia, quasi di stonatura. L'essenziale è coglierne da parte nostra le motivazioni squisitamente etiche; l'aporia nasce infatti dal mescolarsi di una sentita dimensione etica con quella culturale. Da questo angolo visuale, l'aporia merita il nostro rispetto, anche se il lettore esigente avverte l'insoddisfazione di una costruzione teorica non intieramente riuscita: è infatti un tentativo che esprime con grande sincerità la sensibilità e le ansie di un civilista francese di fine Ottocento, che vive il suo tempo con occhi straordinariamente aperti.

6. È ovvio che una visione così riduttiva (anche se con qualche ambiguità) della legge, e soprattutto il determinatissimo intendimento di coglierla non come atto di volontà ma come realtà organica coinvolta nella comunità dei destinatari e disponibile a mutare di fronte alle loro esigenze mutate, comporti una sua sostanziale desacralizzazione e demitizzazione. Sarà interessante proseguire ancora — sia pur brevemente — il discorso per verificare un simile processo demitizzatore rispetto alla legge più mitizzata, più apologizzata per tutto un secolo, quel *Code civil* che aveva rafforzato il suo mito nel momento in cui la generalità dei Codici statuali successivi lo aveva assunto quale modello indiscusso, ben spesso — più che imitato — addirittura tradotto nelle rispettive lingue nazionali.

Nell'analisi di Saleilles il Codice non ha sorte differente da ogni atto legislativo. Non si tratta di « un texte hiératique et immobilisé »

(202) È l'esordio accorato al suo corso parigino di diritto civile comparato, anno accademico 1910-11 (cfr. *Droit civil et droit comparé*, cit., pp. 5 e 6).

ma di « un instrument de progrès »⁽²⁰³⁾. Non un punto d'arrivo ma un punto di partenza⁽²⁰⁴⁾, che stimola l'evoluzione naturale del diritto di un popolo anziché arrestarla⁽²⁰⁵⁾, com'è nella falsante visione che Savigny ebbe di ogni esperienza codificatrice.

Il Codice, se rettamente inteso, non deve apparire, come han troppo spesso insegnato i primi esegeti ottocenteschi, quale realtà compatta e in sé completa. Al contrario, l'essenza di un Codice è di essere « un régulateur du pouvoir judiciaire »⁽²⁰⁶⁾, ossia un collettore di non molte regole, cioè di non molte soluzioni concrete, da offrire come punti fermi alla giurisprudenza per i mille diversissimi casi pratici sottoposti alla sua valutazione e decisione, punti fermi che, lasciando libertà al giudice, consentano la certezza del *cadre*, di cui si parlava nel capitolo precedente.

E Saleilles invoca volentieri *ad adiuvandum* quei passi del *Discours préliminaire* dove i compilatori del *Code civil* — questi grandi mentori della moderna scienza giuridica francese — davano per scontato di non aver fatto opera completa e rinviavano, con umiltà ma anche con convinzione, a consuetudini continuate, a opinioni comuni di dottori, a insegnamenti costanti della giurisprudenza come a preziose fonti integrative⁽²⁰⁷⁾. Saleilles fa di più: riesuma dall'oblio quell'articolo del *Livre préliminaire* — disegnato dai compilatori ma restato lettera morta —, in cui si dichiarava che il giudice, nelle materie civili, in assenza d'una legge precisa, è « un ministre d'équité »⁽²⁰⁸⁾.

Si noti: tutto questo, in quella Relazione « Le Code civil et la méthode historique », che rappresenta il suo contributo ai festeggiamenti centenari del 1904. È un saggio singolarissimo: se v'è un

⁽²⁰³⁾ *Lettre à M.P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, cit., p. 10.

⁽²⁰⁴⁾ *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, cit., p. 47. La convinzione d'un Codice come *point d'arrivée* « c'est ce qu'il ne faut pas et ce qu'il faut empêcher à tout prix » (*loc. ult. cit.*).

⁽²⁰⁵⁾ « un Code n'est pas un monument immobilisé, qui arrête la marche du droit, c'est, au contraire, un mécanisme destiné à susciter partout la vie et à faire fructifier tous les éléments de vie qui se font jour. C'est un instrument d'évolution et non d'immobilisation » (*Introduction à l'étude du droit civil allemand*, cit., p. 101).

⁽²⁰⁶⁾ *Lettre à M.P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, cit., p. 10.

⁽²⁰⁷⁾ *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 100.

⁽²⁰⁸⁾ *Ibidem*, p. 101.

elogio sincero, più che per il Codice, è per i giudici francesi che sono riusciti faticosamente a garantire l'adeguamento giuridico durante il secolo malgrado la presenza d'una legge tanto vecchia, sempre più vecchia; se v'è un elogio sincero per il Codice, è di esser composto di « formules si vagues et si imprécises » (209), d'essere « un texte aux mailles très lâches, aux formules très souples et, quoi qu'on en ait dit, aussi peu précises et aussi peu scientifiques que possible » (210); tanto da consentire ad « organes prêts au fonctionnement de la vie juridique » come « notaires », « hommes d'affaires », « avoués », « barreau », « magistrature » di diventare « les pièces maîtresses du système ».

Strano elogio demolitorio, dove si esaltano i difetti per sottolineare e porre in evidenza l'emergere e il consolidarsi quali fonti del diritto di altri organi e altre forze. Nella sostanza, una dissacrazione impietosa della maestà del *Code civil*; dissacrazione che è accentuata e non attenuata dal disegno che se ne offre come di una sorta di vaso di Pandora, che tutto ricomprende e da cui tutto fuoriesce, anche gli istituti più lontani dalla più ardita preveggenza dei redattori.

7. Da tutto quanto si è detto non può che scaturire — in perfetta coerenza — una certa e ben contrassegnata teoria della interpretazione, corollario obbligato di una certa e ben contrassegnata concezione del diritto e della legge. Il discorso, del tutto consequenziale, può pertanto permettersi d'essere rapido, limitandosi a fissare alcuni punti particolarmente espressivi.

La dottrina ermeneutica di Saleilles è tutta racchiusa in questa elementare ma suprema dignità: la verità giuridica non è una entità consegnata e fissata nella immobilità dei testi normativi; al contrario, è essa una verità progressiva che ogni giorno diviene, muta, progredisce. La esprime splendidamente il Nostro nel ricordo commemorativo dello storico del diritto Edouard Beaudoin: « Ceux qui interprètent le droit, pris dans son évolution actuelle, concourent en

(209) *Ibidem*, p. 102.

(210) *Ibidem*, p. 106.

quelque sorte à la formation incessamment progressive de la vérité juridique: il s'agit d'une vérité qui se crée tous les jours » (211).

Si tratta di un'operazione di spossamento: il legislatore non è più l'unico detentore della verità giuridica, ma viene costretto a dividerla anche con altri personaggi, e cioè gli applicatori della legge. Con due conseguenze rilevatissime: si sfuma, o almeno non ha più le nettezze segnate nella dottrina ufficiale, il discrimine fra legislatore e interprete; il momento interpretativo/applicativo perde la sua passività, diventa momento coinvolto nella creazione del diritto e vede ingigantita la sua funzione e anche il suo prestigio.

Il momento interpretativo-applicativo infatti non si riduce più alla mera conoscenza della legge. La conoscenza della legge e della sua logica interna è soltanto un elemento che va dialetticamente messo in contatto e frizione con i fatti sociali progredienti, che furono ignoti al legislatore e che unicamente l'applicatore è in grado di apprezzare. L'attività intellettuale dell'applicatore va perciò ben oltre il ruolo del « grammatico », e si prospetta invece come un insieme combinato di conoscenza, volontà, intuizione, giacché è unicamente dalla loro combinazione che si realizzerà il miracolo della creazione continua del diritto. Il salto abissale, che nella tradizione rigorosamente esegetica separava legislatore e interprete, se non si colma, almeno si sfuma e si attenua, nel momento in cui quest'ultimo viene sottratto alla prigione dei testi e messo in contatto diretto coi fatti, erigendolo ad apprezzatore dei fatti (212).

Occorre pertanto che i presupposti, le basi, i limiti della « méthode d'interprétation juridique » — in una parola, la sua concezione e il suo spazio — mutino (213), serbando visibile traccia

(211) *Edouard Beaudoin*, cit., pp. 318-19.

(212) « Vous me direz, sans doute, que je confonds ici la compétence exigée du législateur avec celle réclamée du jurisconsulte. Pour faire une loi, il faut pouvoir en apprécier par avant tous les résultats économiques et sociaux; pour l'appliquer il suffit, dit-on, de la bien connaître. Mais c'est précisément cette distinction que nous n'admettons plus » (*Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 318).

(213) È una istanza che affiora subito (cfr. *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., pp. 490-91). E viene formulata in maniera icastica appena che il contatto con liberi approcci comparatistici di studio rende evidente

della rivoluzione che ha investito la riflessione scientifica sul diritto. Improntata alla più generale « méthode historique » e perciò solo in minima parte conoscenza del testo, l'interpretazione è prevalentemente « adaptation évolutive du texte », consiste in « une méthode d'adaptation » (214). Infatti, il diritto — come puntualizza Saleilles in una pagina che ho sopra già commentato — non è la legge da sola, e nemmeno la giurisprudenza da sola, ma « la loi dans l'interprétation vivante qui lui donne la jurisprudence » (215).

È ovvio il ruolo centrale — « rôle considérable » (216) — che quest'ultima assume al centro dell'ordine giuridico, ed è altrettanto ovvio che si ipotizzi per essa un « très large pouvoir d'interprétation » (217), una « très large initiative » (218). Il diritto di Saleilles è per buona parte diritto giudiziale, giacché è soltanto da una giurisprudenza libera e vigile sulle mutazioni, consapevole « des coutumes et des usages qui se créent, des idées qui évoluent, des besoins qui sollicitent une solution de justice » (219), che ci si aspetta — e dipende — l'ordine giuridico come armonia sostanziale e non pura forma o violenza legale. In questa ottica, è singolare e forzatissima la prospettazione di un *Code civil* come di un sistema legale fatto più di vuoti che di pieni, tutto vocato e teso a farsi realizzare capillarmente da una giurisprudenza « souple et hardie » integratrice e modificatrice (220).

Si dirà: e la dottrina? Fin qui non se ne è parlato, se non di sfuggita. C'è spazio nella visione di Saleilles per la interpretazione dottrinale?

l'incapacità della vecchia metodologia a ordinare efficacemente le realtà economiche nuovissime (cfr. *Contribution à l'étude des méthodes juridiques — A propos d'un livre de M.A. Sraffa*, cit., p. 220).

(214) *Méthode historique et codification*, cit., pp. 14-15.

(215) *Ibidem*, p. 17. Eloquenti le pagine della *Allocution à la séance de clôture de la Conférence Bufnoir le 1er juin 1911*, cit., *passim*.

(216) *Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 84; *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 100.

(217) *Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 101.

(218) *Conception et objet de la science du droit comparé*, cit., p. 404.

(219) *Allocution*, in *Les méthodes juridiques*, cit., p. XXII.

(220) « le Code civil français a été rédigé et formulé de telle sorte qu'il ne pouvait fonctionner qu'à l'aide d'une jurisprudence souple et hardie, susceptible de combler les lacunes du texte et d'en adapter les dispositions à toutes les nécessités successives qui pourraient se faire jour » (*Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 104).

Senza dubbio sì, e gli si farebbe torto se ci si arrestasse a una affermazione troppo netta sul ruolo dei giudici; la quale è e resta valida, perché è al momento giudiziale che si guarda come effettiva promozione dell'ordinamento, ma deve esser resa più completa e anche più « nuancée », per usare una terminologia saleillesiana.

Dal 1890 al 1911 — prendo come punti di riferimento il primo saggio metodologico e le lezioni su « Droit civil et droit comparé » — Saleilles ha fatto un costante riferimento anche alla scienza giuridica ⁽²²¹⁾ affidandogli il compito, a essa peculiare, di fissazione di principii, di costruzioni giuridiche teoricamente elaborate che fungano da « ossature juridique » ⁽²²²⁾ per le intuizioni e soluzioni specifiche, concrete, individue, dei tribunali; l'ha costantemente esortata a fungere da sollecitatrice, con un richiamo preciso a mettersi alla testa del movimento rinnovatore, a costituirne l'avanguardia, richiamo che troviamo significativamente ripetuto nel primo e nell'ultimo saggio ⁽²²³⁾.

Se la sua preferenza va alla interpretazione giudiziale, se egli assume questa come motore dell'ordinamento in marcia, è per una diffidenza legittima provocata in lui dalla funzione moderatrice e conservatrice assunta fino agli anni Novanta dalla stragrande maggioranza della civilistica francese, quella che riconosceva in François Laurent il proprio corifeo. Di questa pseudo-scienza, che si prefigge compiti tanto frustranti, che si preclude ogni contributo per la

⁽²²¹⁾ *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., p. 496 e p. 498; *Droit civil et droit comparé*, cit., p. 22 ss. La costanza di un simile atteggiamento è documentata anche nella *Lettre de M. Saleilles* al Presidente della « Société d'études législatives » sulla revisione del Codice civile, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, IV, 1905, p. 78 (« nul plus que moi n'a jamais réclamé plus large liberté d'allure en faveur de l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle »). In quello che può considerarsi quasi il suo testamento metodologico, e cioè il discorso pronunziato alla seduta della Conferenza Bufnoir il 10 giugno 1911, egli ribadisce: « La doctrine est plus que jamais indispensable, une doctrine souple et nuancée, mais une doctrine enfin qui échappe à l'empirisme des espèces. C'est la seule garantie contre l'arbitraire des entraînements irréflechis » (*Allocution*, cit., p. 35).

⁽²²²⁾ È espressione dello stesso Saleilles (cfr. *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, cit., p. 49).

⁽²²³⁾ E sempre facendo riferimento ai soliti esempi/modelli dei giuristi romani e di quelli del vecchio *droit coutumier*. Cfr., *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., p. 498; *Droit civil et droit comparé*, cit., p. 23.

« évolution » del diritto, Saleilles ha timore, e preferisce affidarsi a una giurisprudenza che ha visto invece operare con coraggio, forse con non bastevole coraggio secondo lui che avrebbe desiderato maggiore ardimento, ma alla quale pur si doveva tutto quel nuovo di cui s'era arricchita l'esperienza francese durante il secolo.

La sua riflessione storico-giuridica del 1897 sulla natura delle società in accomandita si conclude con uno sfogo senza reticenze, che consente di veder chiaro nei reali intendimenti dell'autore: « l'heure presse et le moment est urgent. Ce n'est pas la jurisprudence que j'accuse: elle a su faire son oeuvre, timidement peut-être; elle a été hardie et osée, pas assez à mon gré; peu importe, elle va de l'avant. Mais c'est l'antagonisme entre la doctrine et la jurisprudence qu'il faut enfin faire cesser; la doctrine jusqu'ici s'est donné la mission d'un modérateur. Aujourd'hui ce que nous demandons pour elle, c'est un rôle d'avant-garde » (224).

Dopo questi chiarimenti sul ruolo che dottrina e giurisprudenza han da svolgere nel nuovo modulo interpretativo, si può senza indugio esaminare la definizione che di questo è lo stesso Saleilles — evidentemente ben sicuro di sé — a fornire: « L'interprétation pourra se définir la science positive de l'application de la loi, conformément à son but initial, en vue de son adaptation aux nécessités du présent, et sous la garantie d'une orientation générale des relations collectives de l'avenir, mais à la double condition de l'envisager dans ses rapports avec l'unité du système juridique et dans ses rapports avec l'ensemble de la vie sociale du pays » (225).

Una definizione, che non ci sorprende davvero e che già tutte le precedenti notazioni sul concetto di legge lasciavano presagire; una definizione che esprime bene la complessità del sistema di rapporti — escogitato da Saleilles — fra legge, interprete, fatti sociali, e cioè la concatenazione garantistica fra un testo ineliminabile, il *cadre*, e l'azione libera dell'applicatore, il quale si appoggia formalmente al testo quale *base e point de départ* (226), ma può smentirlo se le esigenze effettive lo domandano e a condizione che l'invenzione

(224) *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, cit., p. 49.

(225) *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, cit., p. 100.

(226) *Loc. ult. cit.*

nuova si inserisca nell'unità del sistema giuridico e nella vita sociale complessiva della nazione francese.

Si riproducono qui — e non può non essere altrimenti — le vaghezze, le fumosità, le incoerenze segnalate a proposito della nozione di legge: « nous admettons encore la *dura lex sed lex*, car la loi est la loi. Mais là où la loi est muette ou indécise, et surtout là où, à la place de la loi écrite, il faut substituer le *jus* de la doctrine et des tribunaux, nous dénions la qualité de droit à tout *summum jus* qui risquerait d'être une *summa iniuria* » (227). Ancora: « respect absolu de la loi, tant que le juge, seul arbitre de l'évolution légale, n'aura pas incliné le texte dont il est, non pas le gardien farouche, mais l'interprète intelligent, dans le sens des postulats nouveaux d'équité et de justice » (228).

Si ripetono quelle affermazioni combinate — che già conosciamo — di rispetto della legge e di rispetto dell'equità, che proprio nella loro combinazione e nella loro palese disarmonicità rivelano una sottostante, profonda, insuperata antinomia.

Il risultato è che la legalità saleillesiana si prospetta come sempre più formale cedendo alle esigenze dell'adattamento: che l'interprete debba avere per scopo finale il raggiungimento della soluzione *giusta* passando « par voie de technique et de construction juridique fondée sur l'ensemble des textes dont il dispose » (229), rischia d'apparire un discorso di sostanziale ipocrisia nella richiesta ai *textes* di fungere comunque da copertura formale d'un'operazione politica del giudice. E la teoria saleillesiana dell'interpretazione — al pari della sua teoria organica della legge, della quale è filiazione —, tesa com'è a conciliare l'inconciliabile, a salvare una parvenza di legalità senza operare costrizioni al progresso sociale, proprio nella sua ambiguità, nelle sue soluzioni insoddisfacenti, diventa speculare di una sincera e tormentata vicenda intellettuale contesa tra forze e valori in contrasto.

Dietro le soluzioni coraggiose si profilano spettri sgradevoli: dietro l'equità giudiziale, l'arbitrio incontrollato del giudice; dietro la elasticizzazione della legge ai fatti, l'anarchia giuridica. E a ogni

(227) *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 324.

(228) *Ibidem*, p. 325.

(229) *Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 102.

più sospinto riaffiorano i valori della legalità e della certezza a turbare l'animo di chi pur aveva imboccato con convinzione la strada del nuovo ⁽²³⁰⁾. Forse, con una accentuazione nel Saleilles della estrema maturità. Se nel '97, immerso pienamente nelle nuove invenzioni giuridiche in tema di incidenti sul lavoro, non aveva esitato a condannare le vecchie logiche in nome del conseguimento dell'equità (e respingendo la viltà della « peur de l'arbitraire » ⁽²³¹⁾, già nel 1907 la lettera a Paul Desjardins si conclude in una percezione più complessa del problema e nel disegno — appena delineato — del progetto « de concilier l'idée d'une sorte de droit coutumier judiciaire avec le maintien de la suprématie légale » ⁽²³²⁾; tre anni dopo, le lezioni parigine di diritto civile comparato, senza smentire le idee in lui consolidate, sono percorse dall'incubo di un « double danger, péril d'arbitraire et péril d'incertitude juridique » ⁽²³³⁾, con una intensificazione — mai prima di allora così vistosa — del ruolo

⁽²³⁰⁾ *Ibidem*, p. 102 ss.

⁽²³¹⁾ Proprio riferendosi al giudice dell'antico regime munito di poteri assai larghi ma nel tempo stesso efficacemente inseriti in un capillare sistema di garanzie e di limiti, egli esclama: « Pouvoir arbitraire du juge, a-t-on dit, supprimons tout cela! Et en effet on l'a supprimé, mais l'arbitraire subsiste, parce qu'il ne peut pas ne pas subsister; mais il subsiste, moins les règles qui le dominaient et l'empêchaient précisément d'être l'arbitraire pour devenir l'équité. Par peur de l'arbitraire nous supprimons l'équité; et nous appelons cela, je ne dis pas en droit moderne, mais en droit napoléonien, de la simplification, de la logique et de la justice » (*Les accidents de travail et la responsabilité civile*, cit., p. 39).

⁽²³²⁾ Mette conto di trascrivere il testo conclusivo della *lettre*: « Or, nous ne voulons, à aucun prix, de l'anarchie judiciaire... nous voulons que nos juges, comme jadis à Rome et aujourd'hui encore en Angleterre, soient soustraits à la servitude légale, pour devenir des agents du progrès social dans l'application du droit. Seulement, il faut, pour cela, créer des méthodes d'interprétation qui échappent à l'arbitraire et qui assurent le règne de la loi, tout en faisant la part de l'évolution progressive du droit. Il s'agit de concilier l'idée d'une sorte de droit coutumier judiciaire, avec le maintien de la suprématie légale; et ceci ne se fait pas par les à-coups de subjectivisme et d'arbitraire d'un ou plusieurs "bons juges". Il y faut une élaboration scientifique très sûre et très longue, une éducation pratique très traditionnelle, et une psychologie très pénétrante » (*Lettre à M.P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, cit., p. 48). Testo complesso, dove è notabile lo spazio fatto alla scienza e dove non si può non sottolineare il richiamo a « une éducation pratique très traditionnelle ».

⁽²³³⁾ *Droit civil et droit comparé*, cit., p. 19. Ma cfr. anche il testo della *Allocution* citata alla nota 219.

oggettivo della scienza e delle sue costruzioni sistematiche quali argini al possibile soggettivismo del giudice.

Nel 1911 si è ormai tutta consumata l'esperienza sconcertante di Paul Magnaud, ed Hermann Kantorowicz ha già fatto echeggiare per tutta Europa il suo acceso manifesto giusliberistico. Ai suoi studenti parigini Saleilles, consapevole di possibili fraintendimenti nelle sue tesi di fondo in tema di legge e di interpretazione della legge, tiene a dare un messaggio di segno diverso: « vous pourriez croire que c'est la thèse du « bon juge » que je prétendrais soutenir... Rassurez-vous, car c'est plutôt un système tout contraire que je vous enseignerai, aussi éloigné que possible du subjectivisme purement individuel » (234). Gli esiti assolutamente giusliberistici di quelle nuove visioni, di cui egli si era fatto tra i primi portatori, se non conducono a ripensamenti sostanziali, fanno emergere l'esigenza di qualche freno consistente.

8. Saleilles non era un metodologo, era — lo si sa — un civilista, ossia un giurista avvezzo a verificare e misurare il suo sapere nel tessuto di assetti organizzativi concreti del sociale. I suoi principii metodici non restano mai campati in aria, ma tendono a tradursi in scelte positive e trovano il loro puntello necessario negli istituti che ordinano la vita quotidiana del diritto. Sia per tener dietro all'atteggiamento proprio di Saleilles, sia per offrire qualche verifica corposa delle proposte generali di cui s'è discusso finora, si scenderà brevemente, nelle poche pagine che seguono, su un terreno operativo, constatando alcune peculiari e significative applicazioni del metodo saleillesiano.

La scelta si è appuntata sui tre istituti, che, più di altri, mi sono parsi un autentico terreno sperimentale per il civilista borgognone:

a) Saleilles entra in contatto con il problema di una possibile successione a titolo particolare nel debito grazie ai suoi primi studi sulla teoria generale delle obbligazioni nel primo *Entwurf* di Codice civile germanico (235) e alla lettura della *brochure*

(234) *Ibidem*, p. 10. Anche nella chiusura, ricordata alla nota 232, della « Lettre à M. Desjardins » campeggia chiaro il riferimento al *bon juge Magnaud*.

(235) *Etude sur la théorie générale des obligations d'après le projet de Code civil allemand*, 1889, cit.

del grande giurista austriaco Josef Unger sulla « *Schulduebernahme* »⁽²³⁶⁾, *brochure* che egli prontamente segnala al pubblico francese⁽²³⁷⁾.

I tedeschi avevano dato una soluzione positiva al problema, partendo da una concezione della obbligazione come perfettamente svincolata dalla personalità del debitore: l'obbligazione, nella sua essenza giuridica, è un valore economico oggettivo, ed è legittima l'idea di una mobilitazione della qualità di debitore senza che il relativo diritto ne esca modificato. Più difficile era stata per Unger la soluzione del problema, giacché il Codice austriaco del 1811, ancora vigente nel 1889, non conoscendo altro espediente tecnico per far passare un debito in capo a un altro soggetto se non la novazione, è visibilmente ispirato alla concezione romana affermando il carattere essenzialmente personale di obbligazione e alla conseguente incredibilità del rapporto obbligatorio nel suo profilo passivo; se Unger arriva ad ammettere una cessione del debito anche durante la vigenza dell'ABGB, è perché ritiene fermamente che una concezione — quella romana di obbligazione —, anche se fatta propria da un testo di legge, non ha alcun carattere normativo e non vincola i futuri destinatari della norma, essendo l'insieme delle concezioni-costruzioni una realtà squisitamente scientifica, cioè affidata alla scienza e non al legislatore, e sottoposta a una continua revisione.

Saleilles, con il suo *Code civil* ispirato saldamente, sul punto, dalla tradizione romanistica, sta nella stessa posizione di Unger e ne approva incondizionatamente la conclusione. Trova, anzi, nella soluzione affermativa anche per l'ordinamento francese, un tipico terreno di verifica per la sua impostazione teorica a livello di fonti.

Che cos'è — si domanda — questa costruzione tecnica dei tedeschi? È il frutto tutto soggettivo della inventiva di Delbrück⁽²³⁸⁾ e di altri giuristi? « Non; c'est le développement d'une idée; un principe est posé, toute la question est de l'admettre: acceptez-vous

(236) J. UNGER, *Schulduebernahme*, Wien, 1889.

(237) Nella recensione, già più volte citata, che pubblica sul *Bulletin de la Société de législation comparée*, XIX, 1889-90, p. 150.

(238) Saleilles fa gran conto dell'opera di BERTHOLD DELBRÜCK, *Die Uebernahme fremden Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte*, Berlin, 1853.

que l'obligation ait une réalité juridique objective, en dehors de la personne du débiteur? » (239).

Nella visione riduttiva della portata del Codice, che è propria di Saleilles, l'ammissione del nuovo principio è rimessa alla libera volontà delle parti, giacché non è nei poteri del legislatore di creare teoriche e proporre concezioni scientifiche che inchiodino il futuro; sempre, ovviamente, che non si tocchi la sfera riservata dell'ordine pubblico e che le soluzioni — che il nuovo principio comporta — non si pongano come esclusive impedendo alle parti di adottare principii e soluzioni ammessi dal Codice (240). « Le code Civil, s'en tenant aux idées anciennes, a présumé que la personne du débiteur avait été prise en considération pour l'exécution même de l'obligation; mais ce n'est qu'une présomption et on ne peut en conclure que les parties doivent forcément la subir et qu'elles n'aient pas le droit de la rejeter » (241);

b) al termine di una lunga ricerca sulle società in accomandita — per buona parte storico-giuridica — Saleilles arriva alla conclusione, perfettamente in accordo con la sua valutazione riduttiva della codificazione francese, che il *Code civil* e il *Code de commerce* hanno inteso rinviare alla tradizione giuridica dell'*ancien droit* per quanto concerne la natura giuridica di quegli istituti e soprattutto il rapporto fra società e patrimonio sociale (242).

Nella secolare prassi consuetudinaria, accanto a strutture societarie che costituivano delle vere e proprie persone giuridiche — « personnes fictives » — si collocavano anche assetti sociali dove la piattaforma patrimoniale — organizzata come comproprietà — respingeva l'idea atomistica del condominio romano arrivando a strutturarsi in patrimonio separato indisponibile dai socii, che realizzava l'unità aziendale e fungeva da garanzia per i crediti sociali; ed emerge alle pagine di Saleilles il disegno della proprietà a mani riunite, antico ed esiliato strumento della prassi europea medievale, quale schema congeniale anche a parecchie singolari figure associative commerciali.

(239) *De la cession de dettes*, cit., p. 26.

(240) *Ibidem*, p. 41.

(241) *Ibidem*, p. 43.

(242) *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, cit., p. 45.

Quel che qui preme non è l'ipotesi saleillesiana presa di per sé, bensì quale pretesto « de revendiquer pour le droit moderne, sous l'empire même du Code civil et au nom en quelque sorte du Code civil lui-même, la conception de patrimoines de ce genre »⁽²⁴³⁾, di rivendicare per le parti la libertà di estendere simili modelli organizzativi del reale anche al di là del terreno specificamente societario: « pour en décider autrement il faudrait introduire ici une idée nouvelle, celle d'un principe de droit public, et considérer qu'il était d'ordre public de ne pas créer de nouvelles formes de la propriété en dehors de celles admises par la loi; autant dire que la propriété est de pure création légale et qu'elle ne peut exister que conformément au moule légal; et voilà certes qui ne ferait que trop beau jeu aux socialistes! Qui oserait prétendre que ce fût la doctrine du Code civil? »⁽²⁴⁴⁾.

Il *moule légal* va minimizzato, la sua *étroitesse* allargata, in modo che la vita sociale possa liberamente dare il suo contributo e ossigenare l'universo giuridico. Per l'interprete di un Codice civile — dice conclusivamente Saleilles con una punta d'ironia — « il ne faut pas seulement se cantonner dans le droit privé... Pour interpréter un Code de droit civil, il faut surtout faire du droit public et de l'économie politique »⁽²⁴⁵⁾. Conoscere, insomma, bene i limiti intangibili d'ordine pubblico e la realtà economica con le sue esigenze. Al di là di quei limiti ristretti la creazione perenne dell'ordinamento deve avvenire senza restrizioni, assumendo modelli giuridici anche al di là della cultura ufficiale, in altri, diversi, forse opposti, filoni culturali verso cui la disinvoltura intellettuale di Saleilles non ha prevenzioni. La *Gesammte Hand*, che a Saleilles raccomandava con voce suadente il suo prediletto Gierke, poteva e doveva essere recuperata dall'esilio, al quale la cultura individualistica trionfante l'aveva condannata;

c) intorno agli enormi problemi che sullo schema giuridico della responsabilità civile viene inevitabilmente a proiettare l'organizzazione della moderna società industriale, Saleilles, come abbiamo sopra visto, torna più volte con curiosità e attenzione. Lo attrae

⁽²⁴³⁾ *Ibidem*, p. 46.

⁽²⁴⁴⁾ *Ibidem*, p. 47.

⁽²⁴⁵⁾ *Ibidem*, p. 48.

soprattutto il problema, etico prima ancora che giuridico, della responsabilità per gli incidenti sul lavoro, cui dedica nel '97 una *brochure* giustamente famosa negli annali della scienza giuridica francese ⁽²⁴⁶⁾, e l'anno dipoi una interessantissima conferenza ⁽²⁴⁷⁾, interessante perché — pronunciata *extra moenia* — è redatta da un Saleilles straordinariamente franco e confessorio ⁽²⁴⁸⁾.

La soluzione saleillesiana è nota, ma ripetiamola per nostro uso, mettendola in rapporto con tutto l'ideario del nostro civilista in tema di fonti e di interpretazione del diritto così come l'abbiamo disegnato nei precedenti capitoli: di fronte a un fenomeno sociologicamente nuovo quale quello della macchina e dei suoi ingranaggi che dominano l'uomo più che esserne dominati, occorre superare « les formules traditionnelles » accolte nell'art. 1382 del *Code civil* e che parlano soltanto di una responsabilità per colpa ⁽²⁴⁹⁾. Seguendo talune intuizioni giurisprudenziali, senza affidarsi alla vana attesa di interventi legislativi, i quali o non verranno o verranno — comunque — troppo rigidi e forzosi ⁽²⁵⁰⁾, occorre costruire una obbligazione legale derivante dal solo fatto dell'incidente ⁽²⁵¹⁾.

L'art. 1384 — « un de ceux que l'Europe nous envie » ⁽²⁵²⁾ — serve alla bisogna; parlando espressamente di responsabilità « par le

⁽²⁴⁶⁾ *Les accidents de travail et la responsabilité civile (Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle)*, cit.

⁽²⁴⁷⁾ *Le risque professionnel dans le Code civil*, cit.

⁽²⁴⁸⁾ È infatti pronunciata in seno alla « Société d'économie sociale ». Saleilles, convinto e compiaciuto del suo operato, si sente autorizzato a una particolare franchezza dalla qualità dei suoi uditori, in prevalenza non-giuristi e tali da non scandalizzarsi per le sue proposizioni ereticali: « comme idée juridique, j'ai bien peur d'avoir commis une bien grosse hérésie... mais vous n'êtes pas les gardiens du Code civil » (*Le Risque professionnel*, cit., p. 635).

⁽²⁴⁹⁾ *Le risque professionnel*, cit., p. 636.

⁽²⁵⁰⁾ Saleilles trova modo di ribadire più volte la propria sfiducia nello strumento legislativo (cfr. *ibidem*, pp. 637, 638 e 643) e di vedere invece un mezzo immediato ed efficace di progresso giuridico nella interpretazione giudiziale: « je suis loin de dire que cela doive suffire à tout: mais je tiens que, comme principe, c'est excellent » (*ibidem*, p. 637).

⁽²⁵¹⁾ *Ibidem*, pp. 640-41.

⁽²⁵²⁾ E Saleilles sembra sottintendere: per la sua laconicità, per la sua vaghezza, per la sua disponibilità ad essere elasticizzato. Son questi i pregi che il Nostro ha sempre proclamato per l'intero Codice Napoleone.

fait des choses que l'on a sous sa garde », si presta a essere interpretato organicamente secondo i canoni saleillesiani, a essere cioè immerso nel divenire dei fatti sociali progredienti e ad avere un contenuto storicamente adeguato mediante quegli *élargissements* e *assouplissements*, che sono la grande arma dell'interprete nuovo. Se ne ricava, insomma, grazie a una conveniente elasticizzazione della nozione di *garde*, una « responsabilité du fait des choses » basata non sul principio della colpa ma su quello del rischio, del rischio d'impresa, del rischio professionale, che per il tramite di questo testo di legge così pronò ed elastico (o, almeno, inteso come tale) viene a trovar cittadinanza sparuta nel sistema del Codice.

Nella conferenza del '98 Saleilles, che parla a degli economisti e a dei sociologi, si spinge oltre, anche se — come egli stesso ammette — « en hérétique impénitent » ⁽²⁵³⁾: cogliendo nell'art. 1384 il testo che fissa la portata e le condizioni di applicazione dell'art. 1382, egli ne ottiene il principio generale che « la responsabilité de tout fait positif qui causait dommage à quelqu'un, en vertu de l'article 1382, était une responsabilité purement objective, fondée sur l'idée de risque et indépendante de toute faute prouvée et établie » ⁽²⁵⁴⁾. Il delitto civile viene a caratterizzarsi « uniquement par sa matérialité », « par son côté objectif » ⁽²⁵⁵⁾. Saleilles, consapevole che il rischio professionale « c'est le risque de la vie moderne » ⁽²⁵⁶⁾, gli ha voluto dar cittadinanza nell'ordine giuridico francese. Di più: nel *cadre* del sistema legislativo codificato. Ha voluto farlo, costi quello che costi, tenendo dietro alle istanze etiche e culturali della sua *méthode historique*.

⁽²⁵³⁾ *Ibidem*, p. 644.

⁽²⁵⁴⁾ *Ibidem*, pp. 644 e 645.

⁽²⁵⁵⁾ *Ibidem*, p. 645.

⁽²⁵⁶⁾ *Ibidem*, p. 646.

SCIENZA GIURIDICA E LEGISLAZIONE NELLA ESPERIENZA ATTUALE DEL DIRITTO (*)

I. L'esilio della scienza giuridica moderna. — II. La statualità del diritto moderno e i suoi molteplici costi. — III. Extrastatualità del diritto privato, scienza giuridica e fondazione di un diritto comune europeo.

I. Io credo che, da parte della civiltà moderna, sia stato commesso verso la scienza giuridica il maggior torto possibile: quello dell'esilio. Una scienza giuridica relegata in un cantuccio, fuori dei grandi movimenti sociali, fuori del grande dibattito culturale. In una certa misura la responsabilità è degli stessi giuristi che, eredi di una più che bimillenaria raffinatissima analisi scientifica, han pensato, discorso, scritto in un linguaggio tecnico di rara esotericità, validissimo come comunicazione interna fra esperti ma strumento isolante nell'ambito della comunità generale a causa della sua pressoché totale incomprendimento da parte dell'uomo della strada.

Nonostante questa responsabilità nostra, il nodo è però più profondo, e investe la concezione del diritto e dei rapporti fra questo e il potere politico così come si è venuta maturando e consolidando rimanendo intatta fin quasi alle nostre spalle. A chiarire i viluppi di questo nodo è dedicata la odierna breve lezione inaugurale, all'inizio della quale mi sento in dovere di esordire con una dichiarazione tranquillizzante: mi sforzerò di deporre il vizio professionale dei giuristi or ora ricordato, rivestendo, almeno per un momento, i panni più dimessi ma più suadenti dell'uomo comune e adoperando il linguaggio comune; il che farà piacere al nostro Rettore, che è un illustre fisico, e alla più gran parte dei miei uditori.

(*) Prolusione letta il 14 dicembre 1996, nell'Auditorium del Palazzo dei Congressi di Firenze, per l'inaugurazione dell'anno accademico 1996-97 dell'Ateneo fiorentino.

II. Le radici della annodazione in cui il diritto si è trovato costretto hanno una identificazione certa; e stanno in quella svolta che la storia giuridica dell'Europa continentale ha vissuto alla fine del Settecento e che è consistita in un profondo snaturamento della dimensione giuridica: il diritto è diventato quello che prima non era, è diventato legge, si è immedesimato in un complesso di leggi, cioè in un complesso di regole imperative provenienti dai detentori del potere politico.

È la concezione che abbiamo ancora incisa sulla nostra pelle e che tardiamo a scrollarci di dosso. Si domandi al più sopra invocato uomo della strada, che ha i piedi ben poggiati a terra e nelle cui vene circola un sanissimo buonsenso, che cos'è per lui il diritto; non esiterà a rispondere che si tratta di una realtà che egli sente estranea e misteriosa, troppo spesso irritante perché gli piove da lontano e dall'alto, che egli subisce senza condividere accettare perfino capire, e che tende a incarnare nelle figure, per lui sgradevoli, del burocrate e del funzionario di polizia.

Gli storici conoscono bene le ragioni di quella svolta settecentesca: la borghesia, arrivata al potere, percepisce con lucidità l'enorme valore *stricto sensu* politico del diritto, tende a monopolizzarlo e conia la costruzione della legge come espressione della volontà generale e pertanto superiore ad ogni altra manifestazione giuridica. Il diritto, tutto il diritto, anche quello destinato a regolare i rapporti tra privati nella vita quotidiana, veniva collocato nelle mani del legislatore; mentre nell'esperienza medievale ma anche per tutto l'antico regime era stato una realtà complessa che emergeva in una infinita pluralità di usi e che maestri giudici notai si incaricavano di ordinare, in quell'estremo crinale del moderno diveniva qualcosa di molto più semplice: sublimato e immobilizzato — almeno coi suoi istituti fondamentali — in un diritto naturale dalla straordinaria fissità metastorica, era affidato al legislatore, il solo personaggio capace di leggere la natura delle cose e tradurla in regole da osservare. Il diritto per eccellenza si concretava sempre in una legge e in leggi si esprimeva. Conseguentemente, l'interpretazione, ogni interpretazione, intesa come appendice estranea e falsante, veniva quasi respinta fuori del diritto e della sua individuazione, prendendo forma esasperata quel contrasto — anzi, quella opposizione — fra diritto e interpretazione, fra legislatore e interprete, che sarà, di poi,

una pseudo-verità corrente e accettata. Cominciava per la scienza giuridica l'esilio nell'umbratile cantuccio cui si accennava all'inizio.

E un solco di profonda discontinuità contrassegna il divenire della storia continentale europea, un solco che separa nettamente e funge quasi da nitido cippo confinario fra il moderno del diritto e la civiltà giuridica premoderna che aveva avuto nell'epoca medievale l'espressione più genuina: prima, il diritto consisteva in un grande ordine, ordine di cose, ordine di cose naturali e sociali, un tessuto dell'intera società civile che soprattutto la scienza era chiamata a leggere e a sistemare; ora, si raggrinziva in una serie di comandi autoritarii, perdeva la sua spiccata socialità per assumere un aperto colorito politico e inglobarsi entro la dimensione del politico.

Le conseguenze — lo si comprende — sono state enormi: al vecchio diritto, forse alluvionale ed incerto ma contrassegnato da tutto il pluralismo della società, se ne sostituiva uno rigoroso e certo ma rigidamente monista, cioè esprime la sola voce dei detentori del potere. Quel che è peggio, si immiseriva in un legame perverso che non lo lascerà più, quello con il potere. E non a torto, anche da chi non si sente di sottoscrivere professioni di fede marxista, si parla di diritto « borghese », perché si è verificato un vincolo strettissimo fra una classe ormai dominante, gli interessi di questa classe, la costruzione del diritto.

L'età del più marcato liberalismo economico è per noi giuristi l'età del più marcato assolutismo giuridico. Il potere pretende di monopolizzare ogni sfera del giuridico, e non soltanto quelle più connesse con l'organizzazione statale e con l'apparato di coazione: anche nel territorio delle relazioni fra privati — prima rimesso alla spontaneità degli usi e della prassi — si estende la sua attenzione vigile, e ne sono testimonianza quei Codici civili che cominciano a costellare numerosissimi tutto il secolo XIX ⁽¹⁾ e che denunciano un duplice atteggiamento: tutto il diritto è ritenuto prezioso cemento dello Stato; pertanto, meritevole di un occhiuto controllo.

Controllo: questo termine mi è venuto spontaneo, ma esprime

⁽¹⁾ Ad eccezione dell'area germanica, dove — come sa ogni giurista — per vicende specifiche, un grande Codice, il « Bürgerliches Gesetzbuch », entrerà in vigore solo alla fine del secolo e dove, per tutto l'Ottocento, abbiamo lo sviluppo di una vigorosa scienza giuridica con risultati benefici ancora oggi rilevabili.

bene e sintetizza felicemente il nuovo rapporto fra dimensione politica e dimensione giuridica: il pluralismo effervescente della società diventa diritto soltanto per il tramite di un unico canale di scorrimento, i cui argini altissimi e impenetrabili sono puntigliosamente costruiti dallo Stato.

I costi di tutta questa grandiosa operazione, che impegna la civiltà moderna dell'Europa continentale, sono molteplici: a fronte di questo monopolio, a fronte di un diritto dal carattere così spiccatamente legislativo, si riduceva a una porzione irrisoria lo spazio riservato ad altre forze; la stessa scienza giuridica veniva sostanzialmente espropriata del meccanismo creativo e ridotta ad un ruolo ancillare, mentre il giudice, l'applicatore per eccellenza, il traduttore della generale regola legislativa a regola della controversia particolare e specifica, veniva rivestito dei panni strettissimi di voce della legge, servo della legge.

Il principio di legalità, formalisticamente inteso, assurgeva a cardine fondamentale dell'assetto costitutivo dello Stato, mentre il problema della interpretazione e applicazione del diritto veniva a contrarsi nella spasmodica ricerca di quanto il legislatore avesse voluto nel momento di produzione della norma; e la propaganda borghese non mancava di darsi un gran da fare per instaurare una atmosfera di diffidenza — direi di più: di sospetto — verso il giudice, interprete operativo, e lo scienziato, interprete dottrinale, con una sostanziale indifferenza per la applicazione della legge, cioè per la sua vita nel tempo e nello spazio in seno alla società.

L'esigenza di un controllo tenace sulla dimensione giuridica si concretava nell'esigenza di mantenere a ogni costo un rigido monopolio. Ciò che è peggio, si perdeva di vista il carattere essenziale e connaturale al diritto, di essere soprattutto ordinamento, di costituirsi a ordine della incandescenza del sociale, e, in questo invasamento per un sistema chiuso di norme generali e astratte, troppo spesso non si conseguiva il risultato fisiologico di una perfetta aderenza tra forme ordinanti e realtà ordinata, troppo spesso si arrivava al risultato aberrante e scandaloso di una veste giuridica inadeguata per il sottostante corpo sociale ed economico in continua crescita e sottoposto a vistosi mutamenti: il diritto perdeva il suo contatto con il sociale e si rivelava incapace di seguire registrare rivestire il mutamento sociale. Quante volte, ohimè, nei due secoli che ci stanno alle spalle, rispetto a una

società in divenire convulso, rispetto a una società che diventava sempre più complessa socialmente economicamente tecnologicamente, abbiám dovuto verificare le sordità e le chiusure di un diritto legale inelastico separato dal corpo storicamente vivo che pur era chiamato a ordinare, mentre fonti più duttili e disponibili come scienziati, giudici, notai erano estromessi dal meccanismo produttivo! Non dimentichiamo infatti, che la legge — proprio perché rafforzata nella sua natura di fonte di qualità superiore — era sottoposta a una serie assai articolata di vincoli che la sottraevano alle esigenze della immediatezza e della rapidità; era (ed è) legge solo l'atto normativo posto in essere da organi supremi ed esclusivi, con un procedimento ben definito nella sua voluta articolatezza.

Diciamolo pure senza reticenze: il legalismo moderno ha troppo spesso provocato lo scollamento tra sociale e giuridico, ha attenuato la capacità critica del ceto dei giuristi (spesso ben lieti, nella pochezza del loro ingegno, di appiattirsi all'ombra dominante ma anche protettiva della legge), ha contribuito non poco al diffondersi di due atteggiamenti negativi: il positivismo e il formalismo, precisando subito che, mentre è chiaro ad ognuno il significato di questo come un castello di forme senza riscontro nella realtà effettiva ⁽²⁾, con il primo equivoco termine i giuristi intendono l'appagamento nella legge come atto d'una autorità legittima prescindendo dai suoi contenuti, prescindendo dalla sua giustizia.

Il discorso scivola per suo conto su un altro punto relevantissimo su cui conviene soffermarsi: il diritto — abbiám detto — è ordine. Aggiungiamo: è un ordinamento osservato, obbedito, giacché è nella osservanza la cifra segreta e misteriosa del giuridico. Aggiungiamo ancora: è un ordinamento osservato e obbedito perché la comunità vi ravvisa un valore, un valore da conservare e garantire. In altre parole, il diritto — fisiologicamente — non è la norma che il tiranno impone violentemente sui sudditi o la iniqua imposizione fiscale cui uno Stato esoso costringe i cittadini. Tutto ciò esiste, ma è la sua immagine scimmiesca, deformata, mentre, al contrario, nella sua dimensione fisiologica, esso si sostanzia in una realtà radicale, che alligna cioè nelle

(2) Formalismo, cioè, come esasperazione patologica di quella tendenza formalizzante, che è fisiologicamente propria della scienza giuridica (cfr. A.E. CAMMARATA, voce *Formalismo giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano 1968).

radici d'una civiltà, che non si situa mai nell'effimero, nel quotidiano ma che si origina dagli strati profondi d'una società, si lega ai valori di questa e, in forza di un siffatto legame, viene osservato.

Ebbene, positivismo giuridico e formalismo giuridico hanno significato, di frequente, una divaricazione tra diritto e giustizia, tra ordine giuridico ufficiale e complesso di valori ricevuti nel corpo sociale. E il diritto si è stravolto, si è allontanato dalla coscienza collettiva legittimando la ripugnanza dell'uomo della strada. Ma un siffatto risultato sta a rappresentare una deformazione patologica: si è venuto sostanzialmente a negare la elementare verità che è la società a individuare il diritto, si è fatto violenza a questo meccanismo creativo alterandolo artificiosamente e impoverendolo. La fisiologia del giuridico è altra cosa: è nulla più che un modo d'esprimersi della nostra vita, che intesse tutti o quasi i nostri atti senza che ce ne accorgiamo, come non ci accorgiamo dell'aria che si respira e in cui si è costantemente immersi.

L'inventario dei costi dello strettissimo legame fra diritto e Stato instauratosi nel pianeta moderno deve purtroppo continuare ed aggravarsi. Lo Stato moderno si propone, virulento, come rottura del vecchio universalismo politico medievale; entità politica a vocazione onnicomprensiva, non può che dividere il tessuto continentale in tante sovranità isolate e isolanti. Il diritto che vi si lega ne segue ovviamente la sorte. L'antica unità giuridica europea si fraziona irrimediabilmente in tanti segmenti nazionali proiezioni di altrettante concrezioni statuali, e non soltanto sul terreno del diritto pubblico ma altresì di quella ragion civile che è chiamata a regolare comportamenti collegati quasi sempre a un costume generale; e resta soltanto nella memoria dello storico quella civiltà giuridica effettivamente europea che sollecitava e viveva una fitta e feconda circolazione di docenti e studenti da Bologna a Montpellier a Salamanca a Oxford, tutti espressione di una medesima cultura giuridica, portatori tutti di un ideale comune e accomunante, e perciò cittadini dell'intera realtà sovranazionale europea.

Un'ultima notazione: costretto in un siffatto canale di scorrimento, il diritto moderno non ha potuto fare a meno di riflettere le miserie e le impotenze dello Stato legislatore. Tutto il processo nasce da una ben programmata mitizzazione illuministica del Principe e da una conseguente mitizzazione della legge come unica fonte in grado

di rappresentare la volontà generale. Ma lo Stato moderno e contemporaneo si è troppo spesso distaccato da quel modello di Principe settecentesco, lettore del gran libro della natura e di esso interprete affidante; lo Stato è anche l'incarnazione squallida in questo o in quel regime, regime talora totalitario, arrogante, tanto peggio se portatore d'una sua eticità capovolta (una testimonianza ripugnante l'abbiamo avuta proprio in casa nostra con le leggi razziali del 1938, esecrando modello di iniquità, ma leggi, leggi dello Stato italiano).

E quando si parla di miserie dello Stato e della legislazione, il bilancio negativo, accanto agli orrori delle esperienze totalitarie, deve anche segnalare le impotenze dello Stato democratico: sul diritto sclerotizzato in una dimensione legislativa non possono infatti non riversarsi le miserie di un legislatore in tante circostanze inetto e impotente. Quante volte la nostra storia parlamentare, anche la più recente, è fatta di occasioni mancate; quante volte le esigenze affioranti per una norma pronta ed appropriata sono state frustrate dal desolante spettacolo di una partitocrazia rissosa e inconsapevole che, o non riesce a esprimere la norma condannando la società a un vuoto intollerabile, o esprime faticosamente una norma contrattata con impudicizia nei fondachi dei vari partiti, inadatta al suo ruolo e soprattutto avulsa da quello scopo del bene comune cui il buon San Tommaso subordinava ogni *lex*. Di questa impotenza, di queste contrattazioni degne dei banchi di un mercato sappiamo qualcosa — anzi, molto — noi universitarii in perenne attesa di una culturalmente provveduta normativa sull'Università e perennemente delusi.

III. Se v'è tra i miei uditori qualche giurista e soprattutto qualcuno appartenente alla numerosa schiera dei giuristi masochisticamente legolàtrici, eccepirebbe immediatamente che il paesaggio da me descritto ha una coloritura marcatamente unilaterale e, per giunta, a tinte troppo fosche; che oggi il paesaggio si va modificando.

Risponderei di concordare con quest'ultima constatazione e risponderei anche di aver volutamente operato la scelta di un discorso dalle tonalità icastiche. Credo infatti che qualcosa stia mutando, ma troppo lentamente e che la causa di questa lentezza stia nelle rêmores e nei condizionamenti derivanti dalla svolta che la storia del diritto ha avuto nei tempi incisivi situati appena dietro di noi.

Questi duecento anni — o giù di lì — sono stati anni di

propaganda sottile che si è insinuata perfino nell'animo degli stessi giuristi operando un pesantissimo plagio: la più gran parte di essi — cioè degli espropriati, degli esiliati, cioè delle vittime della svolta del diritto borghese — è infatti ancor oggi convintamente statalista. La riflessione teorica della *iurisprudencia* ha percorso durante tutto il Novecento sentieri decisamente affrancatorii; e proprio in Italia sono rilevabili con soddisfazione, addirittura dal secondo decennio di questo secolo, testimonianze, cioè personaggi e opere, dal significato profondamente liberante. È lecito domandarsi quanto quelle ardite riflessioni teoriche abbiano inciso su un costume, su una psicologia collettiva che mi sembra perduri profondamente segnata dalle scelte che chiamerei — tanto per intenderci — post-illuministiche: legame necessario fra diritto e Stato; identificazione nel legislatore della fonte di produzione del diritto; identificazione di questo in una dimensione imperativa, autoritativa.

Ma allora: un diritto senza Stato? Un diritto extralegislativo? Io ho recentissimamente ⁽³⁾ parlato proprio in questi termini per cogliere il senso della esperienza giuridica medievale, ma non mi sentirei di ripeterli per l'oggi se non con un valore scopertamente provocatorio. È infatti indiscutibile che, in una società complessa come la nostra, lo Stato quale macroentità centralizzante e la legge come regola autoritaria e generale non possano non essere due protagonisti nella produzione del diritto. Quel che tuttavia mi sembra essenziale è liberarsi di vecchie mitologie ed emanciparsi da una modellistica che si rivela oggi troppo costrittiva. Precisamente oggi, infatti, il monopolio che lo Stato ha compiuto ieri del giuridico si rivela insopportabile, ed è proprio oggi che si impone di imboccare la strada di un deciso pluralismo. Per tre motivi soprattutto.

Perché un legame troppo stretto, quasi di simbiosi, con il politico, in nome di quella primazia del politico che ha visto negli ultimi decenni troppi acritici invasati, immiserisce il diritto ridotto a creatura ancillare. Se v'è invece qualcosa da riscoprire, è il nesso immediato e diretto con la società in tutta la sua complessità. Il

⁽³⁾ Mi riferisco al saggio: *Ein Recht ohne Staat-Der Autonomiebegriff als Grundlage der mittelalterlichen Rechtsverfassung*, in corso di pubblicazione nella « Festschrift für Roman Schnur » promossa e organizzata dalla « Hochschule für Verwaltungswissenschaften » di Speyer.

diritto, se non vuol essere tradito nella sua più intima natura, ha da essere ordinamento, ordinamento del sociale, e di questo — dei suoi interessi, delle sue esigenze, della sua vita, insomma — specchio fedele. Un diritto nelle mani del solo legislatore — spesso astratto e distratto, quando non impotente o tendenzioso — corre il rischio effettivo di separarsi dalla esperienza comune e dai suoi valori circolanti, riducendosi a cortecchia riecchita. La legge, al di là degli ingigantimenti cui l'ha sottoposta il positivismo giuridico, deve ritrovare la funzione ad essa propria; che non è di esaurire in sé la giuridicità ma di fornire alcune direttive fondamentali.

Perché un legame troppo stretto con il politico rischia di particularizzare il giuridico come realtà condizionata a questo o quello esperimento statale, e pertanto immerso nelle divisioni proprie del politico, nei suoi nativi e difficilmente superabili particolarismi.

Perché un diritto di marca legislativa rischia di allontanarsi da quel grande pianeta giuridico dell'Europa insulare — in pratica, l'Inghilterra, ma altresì tutte le enormi aree extraeuropee caratterizzate dalla cultura giuridica inglese —, quel pianeta che i comparatisti individuano come *common law* e in cui, per radicazioni e itinerari specifici, il diritto — cosa da giuristi — si è contrassegnato come realtà prevalentemente extrastatale.

Oggi, per il giurista è un momento forte, perché momento di costruzione, ma non già di edifici particolari; oggi è momento di riscoperta e, conseguentemente, di costruzione di grandi dimensioni comuni. Universalismo giuridico che non è reclamato soltanto da istanze di indole etica, ma da esigenze ben concrete e carnali degli stessi traffici economici. Non è tempo di spazi angusti né di risse tra miserabili statualità compiaciute d'una sovranità ben spesso affermatasi artificiosamente.

Se a livello strettamente politico il superamento di questo deplorable atomismo è tuttora arduo e difficile, può essere proprio la dimensione giuridica quella in cui più speditamente procedere alla congiunzione di fratture e alla riorditura di un tessuto comune. Mi riferisco, com'è ovvio, non tanto a quei terreni giuridici intensamente legati alla costituzione politica e all'apparato statale, quanto a quel diritto della vita quotidiana generato e maturato *hominum causa*, fondato su certe costanti della esperienza di tutti, veste non di questo o quel cittadino, di questo o quel suddito, ma elementare

regola organizzativa di un generico animale sociale e pertanto disegnable al di sopra di particolarismi territoriali e di steccati politici.

Oggi, il recupero da compiere è per un diritto che attinga più in là dello Stato, che abbia ovviamente manifestazioni collegate al politico, ma che possa liberarsi anche della sua stretta condizionante per ritrovare certi preziosi momenti di universalità; preziosi non soltanto per i giuristi (il che sarebbe troppo poco), ma preziosi per l'intero consorzio umano alla ricerca di sempre maggiori momenti comuni.

Su di un piano strettamente endogiuridico, senza insulse e antistoriche crociate contro legge e legislatore, occorre però recuperare da parte dei giuristi una maggior coscienza del loro ruolo nella società. Malgrado il coraggio di tante proposizioni teoriche, resta tuttavia nella maggioranza silenziosa di essi, calata profondamente nel loro animo, quella pseudo-verità che duecento anni di propaganda borghese ha lentamente ma capillarmente instillato: la creazione esclusivamente legislativa del diritto e, di conseguenza, la estromissione dei giuristi — maestri, giudici, avvocati, notai — dal meccanismo di produzione. Ciò può essere avvilente ma anche comodo per un operatore che ha dato prova di eccessiva pigrizia accettando di buon grado il non-ruolo che l'assolutismo giuridico borghese gli assegnava. Oggi, tuttavia, è in un terreno concreto d'azione e non in uno spazio vuoto che deve collocarsi lo *iurisprudens*. E lo deve fare senza ingenui rivoluzionamenti ma pretendendo soltanto che ci si liberi da certe dommatiche; direi di più: da certi apriori che d'ominano ancora incontrastati come se fossero la percezione d'una verità eterna mentre sono l'espedito storico d'una intelligentissima classe al potere.

Al di là e al di sopra dei molti, troppi legislatori particolari è soprattutto alla scienza giuridica che viene storicamente assegnato un ruolo attivo e propulsivo; e poiché il diritto è scienza vocata a immergersi nell'esperienza e ordinarla, quando io parlo di scienza mi riferisco non soltanto a un quadro universitario di ricercatori puri ma altresì a giudici, avvocati, notai nella loro preziosa veste di interpreti-applicatori. Oggi — nell'indubbio disordine giuridico che ci sta intorno e che è, per buona parte (io ne sono convinto) originato da quei nodi storici che si è cercato di mettere a fuoco — oggi è alla scienza, alla sua innata tensione ordinativa, che spetta un ruolo primario.

Non è — questo — il disegno chimerico di un povero storico

del diritto avulso dalla realtà del suo tempo; è, al contrario, la percezione sicura di chi, avvezzo a seguire itinerarii e processi, supera la atomistica posizione dei singoli punti che compongono la lunga linea storica, ne coglie le radici ma anche la sua naturale proiezione verso il futuro. Orbene, la linea corre oggi in una direzione ben precisata, e lo stanno a dimostrare due grandi progetti, progetti — allo stesso tempo — di scienza e di prassi, tesi alla enucleazione dei « principles of european contract law » (4) e degli « Unidroit principles of international commercial contracts » (5), il primo realizzatosi nel 1990, il secondo nel 1994.

Quel che preme sottolineare è che si tratta di iniziative che vedono protagonista la scienza giuridica: di fronte al desolante spettacolo delle incapacità di azione dei vari Stati, nella più aperta diffidenza verso lo strumento « legge » perchè rigido, lento e soggetto a mille appesantimenti burocratici, consci della difficoltà insita nello strumento « convenzione internazionale », sollecitati dalla esigenza dei traffici economici a un diritto uniforme, convinti che bisognasse usare concetti semplici e un linguaggio comprensibile in Europa come in Giappone, a New York come a Pechino, alcuni fra i maggiori cultori mondiali del diritto civile e commerciale han dato vita a un comune banco di lavoro per mettere a disposizione degli operatori economici strumenti efficaci a ordinare una realtà sempre più complessa, mutevolissima, pullulante di nuove figure giuridiche generate nel vivo della pratica degli affari.

Ne è scaturito non solo un bagaglio prezioso di idee, ma — quel che più conta — un agile strumentario operativo già provvidamente usato dagli operatori commerciali nella loro autonomia privata e nei sempre più frequenti ricorsi a collegi arbitrali. Né è senza significato che il promotore massimo di questi sforzi scientifici, il danese Ole Lando, sia uno dei protagonisti di questa giustizia dei privati come prestigioso e ricercato arbitro internazionale.

(4) Cfr. *The Principles of European Contract Law*, ed. O. LANDO - H. BEALE, Dordrecht, 1995.

(5) Cfr. Michael Joachim BONELL, *Un « Codice » Internazionale del Diritto dei Contratti - I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, Milano, 1995 (con il testo dei « Principi Unidroit » nella versione inglese, francese, italiana, spagnola tedesca, araba, cinese, russa).

È chiaro che con queste iniziative siamo al di là degli Stati, al di là delle leggi. La scienza ha lasciato il suo cantuccio umbratile; ha dovuto lasciarlo. E ha riassunto il suo ruolo ordinante. Di fronte alle assenze o agli ostacoli dei singoli legislatori ha fatto opera di supplenza e, come in altri momenti fecondi della storia giuridica occidentale, ha preso, sollecita, una duplice coscienza: della direzione verso cui corre la dinamica del diritto; della propria insostituibilità come guida orientatrice. La sua duttilità, la sua capacità a costruire schemi ordinativi a carattere universale, la sua naturale vocazione a superare confini angusti, ne fanno oggi una forza viva nella edificazione di quel diritto uniforme che è un attuale bisogno improcrastinabile (6).

Calando in un più modesto orizzonte nazionale nostro, è pur doveroso rilevare che, se v'è un polmone aperto sulla esperienza, un tramite sensibile tra diritto ufficiale e « diritto vivente », questo è rappresentato nella odierna situazione italiana dalla Corte Costituzionale, una realtà dal volto squisitamente scientifico dove maestri universitari, magistrati, avvocati giudicano della congruità delle leggi al dettato costituzionale e consentono altresì l'adeguamento del « vigente » al « vivente » (7).

L'importante è che la scienza prenda sempre più consapevolezza del proprio ruolo attivo, conseguendo l'affrancazione interiore che ancora manca o è malcerta. L'importante è però anche che da parte del potere legislativo si metta prontamente mano a una revisione di quel sacrario intoccabile costituito dalla materia delle « fonti del diritto », per usare il linguaggio ancora in uso tra i giuristi. E il monismo, che tutt'oggi ci domina, dovrà diventar pluralismo, dando piena effettualità a quella sovranità popolare che campeggia solenne ma abbastanza vuota nell'articolo primo della nostra Costituzione.

(6) È l'indicazione emersa in recentissimi momenti collegiali di riflessione scientifica in Italia e in tutta Europa, e di cui rende conto G. GANDOLFI, *L'unificazione del diritto dei contratti in Europa: mediante o senza la legge?* in « Rivista di diritto civile », 1993.

(7) È interessante precisare che l'espressione « diritto vivente » appartiene al lessico specifico della Corte. Sul significato di questo ricorrente richiamo, cfr. A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e « diritto vivente » - Genesi, uso, implicazioni* Milano, 1994, nonché, da ultimo, la voce stessa di uno dei protagonisti all'interno della Corte nell'ultimo novennio, il civilista L. MENGONI, *Il « diritto vivente » come categoria ermeneutica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica - Saggi*, Milano, 1996.

UN DIRITTO SENZA STATO
(La nozione di autonomia come fondamento
della costituzione giuridica medievale)

I. La costituzione giuridica medievale e gli 'occhiali' dell'odierno storico del diritto. — II. Storicità intensa di 'Stato' e 'sovranità' quali schemi ordinanti dell'universo giuridico moderno. — III. Società, diritto, potere politico: tipicità dell'universo giuridico medievale. — IV. La nozione di autonomia quale appropriato schema ordinante per la comprensione della costituzione giuridica medievale.

I. Lo storico del diritto, che voglia adempiere pienamente al suo ruolo e non voglia — tradendolo — limitarsi a fare il contabile dei dati offerti dal passato, deve — di questi — operare una adeguata comprensione. Il che esige in lui la armonica combinazione di due atteggiamenti solo apparentemente confliggenti: rispetto per il loro messaggio peculiare ma anche appropriazione di essi per costituirli patrimonio del proprio presente spirituale.

È inutile che oggi si insista su una elementare verità metodologica: lo storico, uomo di oggi, non può che leggere il passato con i suoi occhi e adoperando occhiali convenienti alla sua vista; fuor di metafora, non può che utilizzare i proprii canoni metodologici e quell'insieme di categorie ordinanti che — interpretando, concettualizzando, sistemandolo — gli permettono (e solo attraverso una siffatta strada) di cogliere la peculiarità del messaggio storico. Infatti, sottratto alle miserie e alle contingenze dei fatti particolari, quel messaggio gli può parlare un linguaggio familiare, può essere limpidamente inteso ⁽¹⁾.

Tutto ciò è sacrosanto, ma ad una condizione: che lo storico non intenda proiettare indiscriminatamente le proprie categorie ordinanti costringendo in tal modo la realtà del passato entro armature

⁽¹⁾ Esempio e magistrale la lezione di Emilio BETTI già perfettamente definita nella notissima prolusione milanese del 1927 *Diritto romano e dogmatica odierna* (1928), ora in E. BETTI, *Diritto metodo ermeneutica*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 59 ss.

che la sacrificano e la soffocano, precludendo per ciò stesso una effettiva comprensione. Lo storico ha il dovere di usare quelle categorie, ma ciò deve avvenire nel rispetto del messaggio che proviene dal materiale storico. L'operazione da compiere è, insomma, una verifica fra contenuti storici e schemi teorici. Soltanto così questi possono validamente ordinare quelli.

Purtroppo, non è invece sempre così: spesso, infatti, ci si imbatte in ricostruzioni del diritto storico che si sono trasformate in rischiose falsazioni unicamente perché il ricostruttore non ha operato la verifica essenziale or ora accennata e perché ha preteso di proiettare all'indietro — senza vagli e senza cautele — le nozioni a lui maggiormente familiari. Le conseguenze più pesanti, i fraintendimenti più crassi sussistono quando lo storico ha a che fare con esperienze separate dall'oggi da un profondo fossato di discontinuità; per esempio, con l'esperienza giuridica medievale, pianeta giuridico connotato da fondazioni e peculiarità originarie e originali, e perciò tale da non sempre sopportare facili trapianti.

Di fronte alla costituzione giuridica medievale ⁽²⁾ l'odierno storico del diritto ha il compito — come scrivevamo recentemente in un lavoro di sintesi complessiva ⁽³⁾ — di sottoporsi a un autentico lavacro di purificazione interiore, pena il fraintendimento storico e un risultato interpretativo dannoso, dannoso perché artificioso e falsante.

Qui si vuole appunto ribadire e, nel tempo stesso, analizzare con maggiore attenzione sul piano teorico quanto diffusamente sostenuto in quel lavoro, e cioè la inutilizzabilità di nozioni e schemi ordinanti quali 'Stato' e 'sovranità'. E, al contrario, la sostanziale congenialità della nozione di 'autonomia' per mettere a fuoco la costituzione giuridica medievale. Se ci si permette anche in questa sede di ribadirlo, è unicamente perché la incautela nell'uso storiografico di 'Stato' e 'sovranità' applicati al medio evo è frequente e quasi pacifica.

Siamo lieti che il saggio sia dedicato ad onorare Roman Schnur ⁽⁴⁾. Tra i molti meriti del notevole storico e giuspubblicista di

(2) 'Costituzione' nel senso della schmittiana e brunneriana *Verfassung*: precisazione forse pleonastica, ma che vuole evitare fraintendimenti.

(3) *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1995.

(4) In lingua tedesca e in una redazione assai più ridotta, il saggio sarà infatti pubblicato anche nella 'Festschrift für Roman Schnur' promossa dalla 'Hochschule für

Tübingen è da sottolineare quello di aver promosso e curato, nel '65, la traduzione in lingua tedesca dei contributi più rilevanti di Maurice Hauriou sulla teoria dell'istituzione ⁽⁵⁾ e, nel '75, addirittura de 'L'ordinamento giuridico' di Santi Romano ⁽⁶⁾, ossia dei più significativi 'classici' di una dottrina giuridica tendente a scindere logicamente e storicamente diritto e Stato, a sottrarre il diritto dall'abbraccio opprimente dello Stato.

II. Quando si parla di inutilizzabilità dello Stato, non ci si riferisce al solo involucro terminologico, il quale — come ognuno sa — ha avuto una travagliata e discontinua storia semantica arrivando soltanto di recente ad assumere il significato che oggi gli viene comunemente assegnato ⁽⁷⁾.

Ci si riferisce invece a una determinata presenza politico-giuridica, a un determinato soggetto politico; non certamente a una qualsiasi presenza o a un qualsivoglia soggetto, come si fa da parte di chi usa del termine e del concetto per individuare ogni ente esercitante una supremazia politica in una certa proiezione territoriale, col che ci si immerge soltanto in un pantano di equivoci da cui è difficile liberarsi ⁽⁸⁾.

Verwaltungswissenschaften' di Speyer. Proprio nel momento di consegnare questo contributo al nostro editore per la stampa mi giunge notizia dalla cortesia dei Familiari che Roman Schnur, dopo lunga malattia, è deceduto il 5 agosto di quest'anno 1996. Alla sua memoria va ora riverente il mio pensiero.

⁽⁵⁾ V. M. HAURIOU, *Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze*. Mit einer Einleitung und Bibliographie hrsg. v. Roman Schnur, Berlin, Duncker u. Humblot, 1965. Sempre a cura dello stesso Schnur si veda anche la raccolta: *Institution und Recht*, Darmstadt, Wiss. Buchgesells., 1968.

⁽⁶⁾ Santi ROMANO, *Die Rechtsordnung*. Mit einem Vorwort, biographischen und bibliographischen Notizen hrsg. v. Roman Schnur, Berlin, Duncker u. Humblot, 1975. Fu soprattutto in seguito a questa traduzione che si ebbe in Germania una considerevole fioritura di opere ispirate al pluralismo giuridico. L'acuta percezione culturale di Schnur gli fa auspicare di poter tradurre in tedesco anche « ein anderes bedeutsames rechtstheoretisches Werk Santi Romanos, sein letztes Buch, nämlich 'Frammenti di un dizionario giuridico' ». Che Schnur avesse visto giusto lo dimostrano le nostre notazioni di p. 289. Non mi sembra che, a tutt'oggi, questo auspicio abbia avuto un seguito.

⁽⁷⁾ G. MIGLIO, *Genesis e trasformazioni del termine-concetto 'Stato'* (1981), ora in *Le regolarità della politica*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 802.

⁽⁸⁾ L'esempio più palese ma anche più segnato da inconsapevolezza metodologica

Il problema infatti è che 'Stato' ha avuto ed ha nella nostra coscienza un significato preciso, è diventato — per tutta l'età moderna e sino ad oggi — lo schema ordinante di una precisa realtà storico-politica, è diventato una categoria storica dall'intenso valore interpretativo, si è caricato di una storicità intensissima, una storicità che la stessa discontinuità terminologica sposandosi con la discontinuità di significato e di contenuto accentuava in modo fortissimo.

Quando qui pertanto si parla della inutilizzabilità del termine/concetto Stato per ordinare il complesso paesaggio politico-giuridico del medioevo, il riferimento immediato ed esclusivo è — e non può non essere — alla nozione così come si è venuta definendo e sedimentando nella nostra attuale coscienza, l'unica che noi possiamo proiettare all'indietro misurando con essa le realtà del passato, l'unica che possa fungere per noi da corretto momento comparativo. La comparazione si fa, in tal modo, limpidissima, si evitano le fumosità e i fraintendimenti connessi a pericolosi genericismi e la dialettica passato-presente si propone con dei contorni nettissimi.

Stato è, pertanto, per noi uno schema ordinante specifico e inequivoco nei suoi contenuti politico-giuridici: una realtà rigorosamente unitaria, dove unità vuol dire, sul piano materiale, effettività di potere su un territorio garantita da un apparato centripeto di organizzazione e coazione, e, sul piano psicologico, una volontà totalitaria che tende ad assorbire e a far sua ogni manifestazione almeno intersoggettiva che in quel territorio si realizzi. Un macrocosmo unitario che tende a porsi come struttura globale munita d'una volontà onnicomprensiva. Stato è cioè un soggetto politico forte, è l'incarnazione storica di un potere politico perfettamente compiuto.

Se così è, Stato è nozione che ha una sua precisa nicchia storica, dalla quale non può essere distaccato se non con rischiosa disinvoltura. Infatti il terreno temporale proprio a questo soggetto è senza dubbio il moderno, del quale è il frutto forse più vistoso e corposo, e anche il più espressivo. Non si tratta di riaffermare un luogo comune, ma una verità storica: è unicamente nel moderno che si ha un sempre crescente proliferare di soggetti politici che si propongono — per effettività di potere ma soprattutto per psicologia di

è quello del libro di H. MITTEIS, *Der Staat des hohen Mittelalters*, Weimar, Böhlau, 1940 (con parecchie edizioni successive).

potere — come autentici Stati, di Stati che sono sempre più Stati, fino ad arrivare a quella creatura tardo-settecentesca che per il giurista è lo Stato creatore e produttore del giuridico perché interessatissimo ad ogni manifestazione del giuridico, Stato legislatore perché consapevole della rilevanza politica del giuridico e pertanto controllore e monopolizzatore di esso ⁽⁹⁾.

Lo Stato è un soggetto politico ingombrante, perché è un burattinaio che vuol manovrare da solo tutti i fili del sociale. La sua dimensione peculiare, la sovranità, in quanto « puissance absolüe et perpetuelle d'une République » ⁽¹⁰⁾, ne accentua la solitudine e lo caratterizza come una monade che trova in sé le ragioni della propria esistenza, della propria indipendenza, della propria capacità e legittimazione a dominare la società operante nella sua sfera territoriale.

Il proporsi del 'moderno' come una comunità di Stati e dello Stato come protagonista storico del 'moderno' portano a due conseguenze rilevantissime, che, appena or ora accennate, il giurista ha il dovere di sottolineare.

⁽⁹⁾ E Bodin, teorico della nuova *République*, intriso di modernità, nell'acutezza della sua diagnosi politico-giuridica, ne ha pronta percezione: « le point principal de la maïesté souveraine et puissance absolüe gist principalement à donner loy aux subjects en general sans leur consentement » (J. BODIN, *Les six livres de la République*, Aalen, Scientia, 1977 (rist. anast.), p. 142. La testimonianza di Bodin è, a nostro avviso, già pienamente collocabile in seno al 'moderno', anche se in essa sono perfettamente coglibili tracce di atteggiamenti medievali ancora presenti nella Francia di fine Cinquecento. Sulla complessità del messaggio bodiniano si è insistito — e forse eccessivamente — già in rilevanti incunaboli della riflessione giuspubblicistica novecentesca, come nel classico saggio di Heller del 1927: H. HELLER, *La sovranità-Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale*, ora in H.H., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, a cura di P. Pasquino, Milano, Giuffrè, 1987, soprattutto p. 70 ss. Eloquentemente è però la ferma collocazione di Bodin agli esordii del 'moderno' nel primo tentativo di revisione (e quasi di rifiuto) del concetto tradizionale, il saggio di Kelsen del 1920, dopo il quale si può ben dire, come esattamente còlse Merkl, che la storia dell'idea di sovranità, anche se una dal punto di vista terminologico, viene a sdoppiarsi drasticamente da un punto di vista semantico (si veda H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale-Contributo per una dottrina pura del diritto*, a cura di A. Carrino, Milano, Giuffrè, 1989, con una còlta e consapevole introduzione di Carrino, p. 6 ss.; dello stesso Carrino si veda ora anche: *L'ordine delle norme-Politica e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, E.S.I., 1990² cap. terzo, nonché la introduzione a: *Kelsen e il problema della sovranità*, Napoli, E.S.I., 1990).

⁽¹⁰⁾ BODIN, *Les six livres de la République*, p. 122.

La prima è che lo Stato crea il diritto o conferisce ad altri enti la legittimazione a produrlo; ne ha, insomma, il monopolio o tende ad averlo. *Prima del diritto c'è lo Stato*; questi si presuppone — storicamente e logicamente — ad ogni manifestazione giuridica, perché ad esso solo spetta di qualificare una regola come giuridica; il diritto è un prodotto che viene interamente generato dal ventre dello Stato. Il quale non tollera compresenze nella sfera territoriale nella quale afferma la sua sovranità, ossia si rinchiude in una sorta di bozzolo compatto, inattaccabile, indivisibile; fuori di questo bozzolo, all'esterno, vi sono soltanto situazioni di irrilevanza e di illiceità. Non sono tollerabili altri ordinamenti giuridici primari: una società cavalleresca, una comunità sportiva, una comunità religiosa, che intendano produrre diritto nel proprio ambito e secondo il proprio livello di azione sono — di fronte allo Stato — collocabili sullo stesso piano di una società criminosa, e il risultato è identico: l'irrilevanza. Siamo cioè senza rimedio nel campo del non-diritto ⁽¹¹⁾.

La seconda conseguenza è il legame fortissimo, quasi un vincolo di necessità, fra diritto e potere politico. Il diritto, tutto il diritto, è espressione e voce del potere; sotto questo profilo il diritto si particolarizza, perché resta profondamente segnato dalle forze particolari e specifiche di cui il potere è portatore: il diritto dei Codici ottocenteschi può tranquillamente essere qualificato come diritto 'borghese' anche da chi è lontano da professioni di fede marxista per la circostanza elementare che è creato da una classe che ha finalmente conquistato il potere — e quindi da uno Stato che gli serve da supporto politico — ed è edificato a sua immagine, a tutela dei suoi interessi, a garanzia di controllo da parte sua della vita sociale ed economica. Sotto questo profilo, il diritto dei codici moderni non è diritto autenticamente privato ma diritto pubblico chiamato a regolare i rapporti fra privati, realtà insomma ben diversa da quel diritto dei privati ⁽¹²⁾ dove è la società civile che spontaneamente, dal basso, dalle pieghe stesse della esperienza quotidiana, individua e conia rapporti

⁽¹¹⁾ Ovviamente, nel caso della società criminosa v'è, in più, la sanzione della illiceità.

⁽¹²⁾ È implicito il riferimento a un celebre saggio di teoria del diritto: W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), Milano, Giuffrè, 1963.

e istituti giuridici e dove sono i privati stessi la primaria fonte produttiva.

Insomma, il diritto è una proiezione dello Stato, una sua dimensione, e si ritiene una conquista di civiltà giuridica il rigoroso principio della territorialità: un unico Stato per un unico territorio, un unico diritto per quel territorio (fatte salve — evidentemente — le regole eccezionali previste dal diritto internazionale privato).

E per la ipotesi di lacune nella legislazione positiva, se ancora qualche Codice ottocentesco fa riferimento al diritto naturale (come il, per tanti versi, ancipite 'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch' austriaco del 1811) o ai « principii generali di diritto » (come il nostro Codice unitario del 1865) ⁽¹³⁾, il vigente Codice civile italiano ribadisce che l'estrema istanza consiste pur sempre in un ricorso ai « principî generali dell'ordinamento giuridico dello Stato » (art. 12 delle 'Disposizioni sulla legge in generale'), chiusura perfetta di un cerchio che non si allontana dal terreno del diritto positivo ufficiale ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ All'art. 3, con dizione generica che permette interpretazioni varie e anche dispute intense. Come è noto, una di queste — forse la più ampia e vivace — è quella cui dette avvio il filosofo italiano del diritto Giorgio Del Vecchio nella sua prolusione romana del 1920, interpretando la dizione come riferimenti ai principii della 'ragione giuridica naturale' (G. DEL VECCHIO, *Sui principî generali del diritto* (1921), ora in *Studi sul diritto*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1958, soprattutto p. 254 ss.). Il problema della identificazione dei principii generali del diritto ha ricevuto anche recentemente molta attenzione da parte di giuristi, teorici generali e filosofi del diritto, e ha costituito, per esempio, tema del XV° convegno nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica nel 1985. L'ultima riflessione collettiva (con risultati, per vero, deludenti) è quella promossa dalla Accademia dei Lincei nel 1991 e i cui 'atti' formano il vol. 96 degli 'Atti dei Convegni Lincei': *I principii generali del diritto* (Roma, 27-29 maggio 1991), Roma, Accad. Naz. dei Lincei, 1992.

⁽¹⁴⁾ Questo fu puntualmente avvertito dai giuristi italiani radunati a Pisa, nel maggio del 1940, per discutere il proposito manifestato dall'allora guardasigilli Dino Grandi di portare all'approvazione del Gran Consiglio i principii generali dell'ordinamento giuridico fascista. Preciso è il giudizio che l'art. 12 rappresenta, rispetto al vecchio art. 3 del Cod. 1865, « un giro di vite » (come ebbe a dire nella sua relazione decisamente critica un convinto gentiliano quale Giuseppe MAGGIORE, *Sui principii generali del diritto*, in *Studi sui principii generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, Pacini-Mariotti, 1943, p. 83), rappresenta il superamento e seppellimento delle dispute di appena venti anni prima in seguito alla prolusione romana di Del Vecchio (cfr. W. CESARINI SFORZA, *Verso la carta del diritto*, *ibidem*, p. 97; C. MORTATI, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principii generali di diritto*, *ibidem*, p. 115; V. CRISAFULLI, *Per la*

E sarebbe in-pertinente se taluno precisasse che è questa una norma che risente palesemente del regime autoritario presente in Italia al momento della redazione del Codice. Quella norma è lì intatta a più di cinquanta anni dalla promulgazione del Codice, dopo cinquanta anni di esistenza di una democrazia parlamentare in Italia. E mi verrebbe voglia di dire: intatta e indiscussa ⁽¹⁵⁾ almeno da parte della

determinazione del concetto dei principî generali del diritto, ibidem, p. 179; G. GROSSO, *Principî generali dell'ordinamento giuridico o dichiarazione politica?*, *ibidem*, p. 347). Superamento e seppellimento constatati quasi con sollievo dalla generalità, fatto salvo l'atteggiamento critico del Maggiore nella sua complessa e significativa relazione.

⁽¹⁵⁾ Significativa la preoccupazione espressa durante l'itinerario di formazione dell'art. 12 da parte di chi aveva sostenuto, nell'impero del Codice del 1865, una interpretazione giusnaturalistica della dizione dell'art. 3. È il caso di Giorgio Del Vecchio, il filosofo del diritto menzionato nella nota 13, che, prendendo atto nel 1936 della angusta formulazione proposta nel Progetto definitivo del nuovo Codice civile secondo cui non si parlava più di « principî generali di diritto » bensì di « principî generali del diritto vigente », redige una severa nota critica e la pubblica non su Rivista specialistica ma sul più diffuso giornale quotidiano romano (G. DEL VECCHIO, *Riforma del Codice civile e principî generali del diritto*, in *La Tribuna*, 3 e 8 dicembre 1936, ora in *Studi sul diritto*, cit., p. 271).

Elusivi invece i più rilevanti testi giuridici italiani in tema di interpretazione pubblicati negli ultimi cinquanta anni. Mentre Betti si limita con indifferenza a notare che, nell'art. 12, si tratta di « formola...non felice che peggiora la prima, ma non ne differisce sostanzialmente » (E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)* (1949), Milano, Giuffrè, 1971², p. 308), Gorla, nel suo ingiustificatamente famoso e omniscio saggio sui precedenti storici dell'art. 12, si limita a precisare che la nuova dizione ha lo scopo di « essere più chiari » (G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 Disposizioni preliminari del Codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale)*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam, 1973, p. 1897); Quadri ne nota di sfuggita la carica 'ideologica' senza trarne alcuna conseguenza (R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale, art. 10-15*), in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1974, p.; Tarello non va più in là del rilievo innocuo che l'art. 12 contiene « una importante modificazione lessicale » (G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 294; lo stesso Giuliani — che pur offre un quadro sfaccettato dei vari atteggiamenti giurisprudenziali in rapporto ai principii della Costituzione — si arresta alla constatazione che « il legislatore del codice civile vigente ha inteso accentuare il carattere normativo » (A. GIULIANI, *L'applicazione della legge*, Rimini, Maggioli, 1983, p. 71). Sintomatico anche che, nella 'voce' sui principii di diritto scritta nel 1966 per il 'Novissimo Digesto Italiano', Bobbio non sappia far di meglio che rilevare in modo disarmante « l'insolito e poco perspicua espressione dell'art. 12 » (citando, peraltro, in maniera monca e falsante un frammento della relazione del Guardasigilli al Re) (vedi ora la 'voce' ripubblicata in N. BOBBIO, *Contributi a un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 257), mentre Guastini, nella sua riflessione recentissima sul mede-

maggioranza silenziosa dei cultori del diritto positivo. Infatti — quel che è più grave — quella norma non disturba affatto il generico civilista italiano, che tante volte si è stracciato le vesti di fronte ad altre prescrizioni a contenuto ‘fascista’ situate nel Codice rilevandone la disarmonia con il sistema dei valori costituzionali e pretendendone la eliminazione o modificazione ⁽¹⁶⁾. Questa norma è perfettamente congeniale al suo pervicace positivismo giuridico, che le provvedute riflessioni ermeneutiche del maturo Novecento hanno lasciato sostanzialmente indifferente ⁽¹⁷⁾; congenialissima al suo statalismo di

simo tema nel Digesto Quarto, prendendo atto che « la formula dell’art. 12, 2° co. disp. prel. c.c. si riferisce ai principi di diritto positivo e ad essi soltanto », conclude tranquillamente che « il giudice...non è autorizzato a colmare le lacune facendo ricorso...a principi di giustizia non positivizzati nella legislazione vigente » (R. GUASTINI, *Principi di diritto in Digesto IV*, Torino, Utet, 1995, p. 347, che ripete affermazioni fatte già in: *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 458).

⁽¹⁶⁾ Il disagio emerge invece nei costituzionalisti, la cui attenzione è ovviamente incentrata sulle novità della carta costituzionale (se ne veda un quadro riassuntivo in L. PALADIN, *Costituzione, preleggi e Codice civile*, in *Il Codice civile - Convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro Passarelli* (Roma, 15-16 dicembre 1992), Roma, Accad. Naz. dei Lincei, 1994) e nei comparatisti, culturalmente assai più liberi (cfr. P. G. MONATERI, *Interpretare la legge (I problemi dei civilisti e le analisi del diritto comparato)*, in *Rivista di diritto civile*, XXXII (1987), p. I, e, recentissimamente, E. GRANDE, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un’antinomia?*, in *Politica del diritto*, XXVII, n. 3, settembre 1996). È però doveroso menzionare anche minoritarie riflessioni civilistiche che si segnalano per la sensibilità al problema (e non da ieri; cfr. U. BRECCIA, *Problema costituzionale e sistema privatistico*, in *Rivista critica del diritto privato*, II (1984); P. PERLINGIERI, *L’interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell’art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell’esegesi*, in *Rassegna di diritto civile*, VI (1985); M. BARCELLONA, *L’interpretazione del diritto come autoriproduzione del sistema giuridico*, in *Rivista critica del diritto privato*, IX (1991); appena di ieri è da segnalare l’inusitato approccio che si può trovare nelle lezioni di L. BIGLIAZZI GERI, *L’interpretazione - Appunti delle lezioni di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1994, *passim* ma soprattutto la lez. X) anche se la costante non sembra modificarsi (un esempio ultimo mi appare il saggio — peraltro informatissimo su tutto il dibattito ermeneutico — di F. DENOZZA, *La struttura dell’interpretazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XLIX (1995).

⁽¹⁷⁾ Malgrado lo scialo nelle citazioni di Esser, il civilista italiano è sordo ai risultati dell’analisi ermeneutica (cfr. G. ZACCARIA, *Questioni di interpretazione*, Padova, Cedam, 1996, soprattutto il cap. IV della parte seconda: ‘La libertà dell’interprete: creazione e vincolo nella prassi giuridica’); generica affermazione che fortunatamente soffre di significative eccezioni (è doveroso ricordare almeno il nome di Luigi Mengoni).

giurista ben collocato nel moderno ⁽¹⁸⁾, che nutre in sé la inattaccabile convinzione che Stato e ordinamento giuridico non possono che coincidere, sono un benefico e salutare tutt'uno ⁽¹⁹⁾.

III. Un diverso — anzi, direi, opposto — paesaggio giuridico è quello che invece ci offre l'esperienza medievale.

Qui il potere politico si contrassegna per una sua intrinseca incompiutezza, è e resta per tutta la durata del medioevo un potere incompiuto, intendendo con questa qualificazione un potere non totalizzante, non onnicomprensivo. Non ha rilievo che, a tratti, questo potere riesca ad avere il massimo di effettività e un notevole grado di coazione configurandosi addirittura in tirannide, perché si

⁽¹⁸⁾ Anche in personaggi di notevole spessore culturale il pervicace statalismo, radicatissimo nel conscio e nel subconscio, può costituire affievolimento di ogni vigilanza critica. Uno degli esempi più ripugnanti è quello offerto da un grand'uomo, Francesco Ferrara senior, nella sua sguaiata prolusione napoletana, dove, contemplando il divenire del diritto nel corso del secolo, non esita a scrivere: « questa evoluzione fa sì che si renda sempre più intima la cooperazione e compenetrazione tra ordinamento giuridico e potere dei governanti »; e ancora: « il diritto così è strettamente connesso con la politica, quindi subisce le finalità e tendenze dello Stato » (F. FERRARA, *Rinnovamento del diritto civile secondo i postulati fascisti (1940)*, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1954, p. 124). In queste frasi il dato più allarmante non è tanto il contingente ossequio servile al regime imperante, quanto la palese coincidenza fra totalitarismo fascista e convinzioni statalistiche, coincidenza che non consente al colto civilista di percepire la gravità delle conseguenze d'uno sposalizio tanto stretto fra diritto e Stato, fra diritto e quello Stato. Queste posizioni statalistiche dei giuristi italiani non appartengono soltanto al remoto passato in cui si situa Ferrara senior. È unicamente in questa chiave che va interpretata la resistenza e l'ostilità della maggioranza verso quella nozione di 'diritto vivente', affiorante da sempre nella giurisprudenza della nostra Corte Costituzionale con il significato di contrapposizione a un diritto *vigente* del diritto così come risulta nella effettività dei rapporti sociali (per misurare le reazioni della nostra *scientia iuris* verso la nozione di 'diritto vivente' è istruttiva la lettura di A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e 'diritto vivente' - Genesi, uso, implicazioni*, Milano, Giuffrè, 1994, soprattutto la 'Introduzione'; è di questi giorni la riproposizione di un saggio di Mengoni sull'argomento, che mi permetto di raccomandare al lettore: L. MENGONI, *Il 'diritto vivente' come categoria ermeneutica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica - Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996).

⁽¹⁹⁾ Viene naturale alla nostra mente un accostamento: da parte dei cultori italiani del diritto positivo si è citato spesso i saggi di Esser alla stessa stregua di come si è spesso citato il libello di Santi Romano sulla pluralità degli ordinamenti giuridici. Buon segno? Lo sarebbe senza dubbio, se non vedessimo cadere in un assoluto vuoto queste citazioni, che galleggiano quasi sempre senza radici nelle pagine della maggioranza dei giuristi.

tratta sempre di carenza o ambiguità di progetto politico, si tratta comunque di un potere che non ha certamente fra i suoi scopi un programma di controllo dell'intero 'sociale' (20).

Lo dimostra la sua sostanziale indifferenza per il giuridico: il principe medievale limita infatti i propri interessi a quelle zone del diritto immediatamente coinvolte nell'esercizio del governo, a quanto oggi ci verrebbe di chiamare diritto 'costituzionale', 'amministrativo' e anche 'penale', lasciando per lo più ad altre forze l'onere di produrre le regole organizzative della vita quotidiana, che affiorano e si definiscono e si sistemano attraverso una complessa cooperazione tra fatti spontanei consuetudinari, *interpretatio* di *doctores* e di *judices*. Lo dimostra anche la singolare circostanza che il principe medievale identifica la sua funzione di supremo reggitore più nel render giustizia che nel legiferare. Quel principe è assai più il gran giustiziere del suo popolo che un legislatore.

Lo Stato è un futuribile, perché nessun potere politico arriva a connotarsi di statualità: anche nel regno di Francia, che è sicuramente il laboratorio politico-giuridico secolare in cui si delinea lentamente e prende sempre più corpo un soggetto autenticamente statale, il processo ha una fase embrionale nel secolo XIII con una occhiuta attenzione della Monarchia al fenomeno consuetudinario, ma prendendo avvio più deciso soltanto in quel secolo XIV che è tempo di crisi per la ideologia politica medievale.

Manca il grande burattinaio, ed irrisoria è la manifestazione legislativa del diritto. Il potere non ha la presunzione di crearlo ma lascia a scienziati e operatori pratici (giudici e notai) il compito grave di estrarlo e definirlo da una profonda piattaforma consuetudinaria.

E qui sta il punto caratterizzante: il diritto nel mondo medievale appartiene al profondo della società. È realtà di radici, è un ordine che ha una sua vita a un livello diverso dalla rissosa e confusa superficie socio-politica ed ha ovviamente poco a vedere con essa. Il diritto, proprio per questa sua dimensione radicale, non si confonde con gli enti politici che passano e mutano convulsamente. A fronte della instabilità e fluidità del 'politico', rappresenta la stabilità e la

(20) Per uno sviluppo su questo tema e per una adeguata documentazione si veda la nostra sopracitata sintesi *L'ordine giuridico medievale*, cit.

saldezza del 'sociale'. Ed è diffusa la coscienza che sta in esso il salvataggio, l'ancoraggio forte di una società superficialmente in-composta e disordinata.

Al contrario di quanto abbiamo rilevato per il mondo moderno, il diritto si presuppone logicamente e storicamente ai soggetti politici. *Prima c'era il diritto*: primato ontologico e primato storico. Grazie a questo primato il diritto si origina (e continua di poi a vivere) con una sua autonomia forte dal politico, restando abbastanza intatto dall'abbraccio particolarizzante del potere. È ovvio che, per la sua carnalità, cioè per servire a uomini e misurarsi su uomini in carne ed ossa, non sarà certamente mai scritto sulle nuvole e non galleggerà rarefatto al di sopra del paesaggio storico, ma sarà sempre una grande pluralità di forze — economiche, sociali, culturali, spirituali — a promuoverlo sorreggerlo connotarlo. Ed è pertanto l'opposto del diritto moderno: non è voce del potere, né in esso si identifica e si particolarizza.

Per questo, concorrerà a produrlo una ampia pluralità di fonti, quasi a voler convalidare che il nesso è fra diritto e società, che il diritto esprime l'interesse della società che è chiamato a ordinare. Per questo, quelle fonti non sono connesse da un rapporto gerarchico e tra esse ha un ruolo assolutamente secondario la legge come volontà dell'investito del potere. È una invenzione tutta moderna la qualità superiore della legge e la sua collocazione in una posizione dominante e protagonista (21).

IV. Dopo queste considerazioni, guardare al diritto medievale con occhiali indiscriminatamente moderni non può che essere pesantemente falsante.

Se è vero quanto abbiamo rilevato, e cioè che il diritto medievale non è l'ombra di questo o quell'ente politico ma è realtà radicale connessa in vincolo strettissimo con la costituzione più intima dell'intera società rappresentandone l'ordine riposto, continuare a cogliere la dimensione giuridica, com'è nel mondo moderno, in rapporto esclusivo con lo Stato e la sua sovranità ha lo stesso

(21) Fondata su quella apodittica presunzione di identità fra legge e volontà generale, che è affermata e dichiarata con forza dalla Rivoluzione fin dai suoi primi incunaboli (cfr. art. 6 della *Déclaration* del 1789).

significato di voler misurare dei corpi con delle unità di misura incapaci di farlo. L'operazione è indebita e il risultato è aberrante.

L'abitudine mentale del giurista moderno, plagiato a fondo da due secoli buoni di propaganda illuministica, tende a individuare un solo diritto per un solo Stato; visione monistica, per la quale alla solitudine dell'unico produttore fa da necessario contrappunto la solitudine dell'unico ordinamento giuridico. Il che è perfettamente coerente e consequenziale anche se drammaticamente riduttivo della ricchezza dell'esperienza giuridica.

Lo scardinamento medievale del diritto dal potere politico e il legame del diritto a tutta la complessità del 'sociale' portano invece a un immancabile pluralismo giuridico; amplissimo pluralismo, per la comprensione del quale una coscienza statualistica e l'impiego di modelli statualistici non possono che porsi grossolanamente deformati. Il lavacro necessario cui lo storico del diritto deve sottoporsi è la deposizione senza rimpianti e senza residui della abitudine mentale ora accennata, assumendo invece come ipotesi fondamentale una società che può esprimere in uno stesso territorio sottoposto a una stessa entità politica più ordinamenti giuridici.

Siamo consapevoli di non dire cose nuove. Ogni storico del diritto sa che questa operazione interpretativa è già stata compiuta, e da parecchio tempo, da Francesco Calasso ⁽²²⁾, il quale non ebbe esitazione nel trapiantare sul terreno dell'esperienza medievale il suggestivo disegno, che il gius-pubblicista italiano Santi Romano aveva proposto sin dal 1918, di una pluralità di ordinamenti giuridici ⁽²³⁾. Calasso, sul calco di Romano, poteva per l'appunto intitolare il suo volume più mirato « Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale » ⁽²⁴⁾, facendo della costruzione romaniana lo schema interpretativo di tutta la giuridicità medievale.

Fu segno indubbio di acuta sensibilità culturale e fu un assai me-

⁽²²⁾ Soltanto per il lettore non-italiano diamo qui alcuni minimi cenni biografici: nacque a Lecce nel 1904, insegnò lungamente la 'Storia del diritto italiano' nelle Università di Firenze e di Roma; si spense prematuramente nel 1965. A lui si deve un autentico rinnovamento nella metodologia e nel programma degli studi storico-giuridici in Italia.

⁽²³⁾ *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946².

⁽²⁴⁾ Milano, Giuffrè, 1949.

ritorio irrobustimento per l'analisi storico-giuridica. Ma fu anche un esperimento imperfetto; imperfetto perché Calasso, pur essendo propugnatore di una intuizione fertilissima, non fu in grado di portarla alle sue naturali conseguenze. E quando dico 'non fu in grado', intendo riferirmi a un complesso di condizionamenti inerenti alla sua mentalità di moderno da cui Calasso non seppe né poté liberarsi.

Il lavacro interiore, per riprendere una espressione precedente, è stato in lui superficiale e non ha provocato quella completa revisione di atteggiamento mentale che sarebbe stata liberatoria, liberatoria innanzi tutto per il materiale storico-giuridico medievale non pienamente storicizzato da una costrittiva messa a fuoco moderna. Calasso continua infatti a parlare di Stato e di sovranità all'interno di un discorso che pur poggia sulla idea centrale di una pluralità di ordinamenti giuridici. E ciò è palesemente antinomico.

Egli non ha capito che ammettere una pluralità di ordinamenti giuridici significa necessariamente ammettere realtà giuridiche colte — ciascuna — all'interno di una complessa rete di relazioni, rete che altrettanto necessariamente condiziona e relativizza la posizione di ciascuna realtà; perché si tratta — necessariamente — di realtà che convivono in uno stesso territorio, e, convivendo, si limitano a vicenda, o che possono armonicamente convivere giacché ciascuna attiene a una dimensione particolare della giuridicità: la comunità internazionale, la comunità religiosa, la comunità politica, la comunità professionale, e così via.

Questo è il quadro della complessa realtà giuridica medievale: sulla piattaforma di una società pullulante di tante società vitali, un quadro di interrelazioni e di autolimitazioni. Se così è, una nozione appare inservibile: quella di sovranità. E la ragione è chiarissima: sovranità è, come abbiamo segnato più sopra, una nozione totalitaria, assolutistica, isolante; sovranità è un assoluto che ben può convenire a quell'assoluto che è lo Stato, ma che certamente non si addice a un ordinamento giuridico sorpreso accanto ad altri, al centro di un folto tessuto ordinamentale; sovranità è nozione che serba in sé un determinante contenuto 'esclusivo', che non si addice a una mentalità giuridica come quella medievale cui è sostanzialmente estraneo il ragionare in termini di esclusività.

Il passo da compiere è uno solo: sgombrare la nostra strada da macigni ostruenti come Stato e sovranità, perché totalmente incapaci

di ordinare la realtà giuridica medievale. Questo Calasso non si è sentito di fare, ma ha condannato così il suo elevato e innovativo approccio nelle secche d'una irreparabile antinomia.

Forse Calasso avrebbe dovuto dare maggiore attenzione alle (pur da lui formalmente conosciute) riflessioni dell'ultimo Romano, che venivano a precisare e integrare i rilievi sintetici contenuti nelle pagine de 'L'ordinamento giuridico'. Ci riferiamo specificamente a quei « Frammenti di un dizionario giuridico » che risalgono al '46 e in cui il grande giurista sottolinea con vigore la nozione di 'autonomia', nozione squisitamente polisèmica ma che, intesa nel senso di autonomia istituzionale, appare, soggettivamente, come « la potestà di darsi un ordinamento giuridico », e, oggettivamente, « come il carattere proprio di un ordinamento giuridico che individui o enti si costituiscono da sé » (25).

L'analisi romaniana è preziosa perché si pone deliberatamente su un piano libero e arioso di teoria generale e non cade negli immiserimenti cui talvolta la costringe il gius-pubblicista, che usa spesso parlar di autonomia ma sempre cogliendola all'interno della potestà totale dello Stato. Non diremmo che l'analisi romaniana sia soddisfacente, anzi essa ci appare venata di alcune aporie e non riesce a far completa chiarezza sui molti significati e piani in cui la nozione può situarsi, ma ha il merito grande di individuare nella autonomia il meccanismo strutturale e funzionale di una pluralità di ordinamenti giuridici. Se arricchiamo e anche correggiamo quell'analisi con le successive riflessioni svolte, nella dottrina italiana, da un pubblicista colto e acuto qual'è Massimo Severo Giannini (26), troviamo a nostra disposizione uno strumento teorico che, se inteso come autonomia istituzionale (27), è confacentissimo a ordinare (e a

(25) *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 14. Elusiva è invece la voce *Autonomia a) Premessa storica* che Calasso redige per la *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, Giuffrè, 1959.

(26) M. S. GIANNINI, *Autonomia (saggio sui concetti di autonomia)*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Giuffrè, 1952. Dello stesso autore si veda anche la voce *Autonomia b) Teoria generale e diritto pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, Giuffrè, 1959. Il primo saggio gianniniano è rilevante anche per una definitiva chiarificazione — in seno alla complessiva e complessa nozione generale di autonomia — tra il profilo della autonomia normativa e quello della autonomia istituzionale.

(27) GIANNINI, *Autonomia*, cit., soprattutto pp. 208-09.

consentire una più adeguata comprensione de) la costituzione giuridica medievale.

Ne emerge un distacco marcato, quasi una opposizione logica, tra autonomia e sovranità. Questa isola il soggetto che ne è titolare — individuo o ente — nella sua assoluta solitudine; è una posizione che prescinde da ogni contributo proveniente dall'esterno, intensificando al massimo la separazione del soggetto sovrano da tutto il resto; la sovranità — come nozione all'insegna della esclusività — è un cemento che chiude il soggetto in un involucro di rara compattezza e inattaccabilità costituendolo come un universo a sé stante.

Autonomia, al contrario, è tipicamente una posizione di relazione⁽²⁸⁾; se può essere bastevole dire che un soggetto è sovrano, non è affatto bastevole dire che un soggetto è autonomo, ma bisogna aggiungere e precisare da chi e verso chi. Autonomia significa sempre rapporto, relazione con: in quanto indipendenza relativa, non può non riguardare un soggetto in stretto collegamento con altri, un soggetto che grazie a questo collegamento limita la sfera indipendente di altri o da altri si fa limitare. La relatività e la elasticità sono il carattere essenziale dell'autonomia così come la assolutezza e la esclusività sono quelli della sovranità.

È una chiave di lettura giuridica della costituzione medievale, che appare subito illuminante; e che, per di più, permette di comporre armonicamente un nodo di rapporti che, osservato con occhiali inadatti, sembra irrimediabilmente gordiano. La costituzione medievale non è articolata in un arcipelago di sovranità ma in un tessuto di autonomie. Una sola sovranità v'è, e formidabile nella sua assolutezza, ma piove dall'alto su di essa, ed è quella d'Iddio. Al di sotto, il mondo giuridico medievale è e resta un mondo di autonomie.

È questo l'unico modo per ordinare situazioni complesse altrimenti pressoché indecifrabili: la convivenza — in uno stesso territorio — di diritto comune e diritti particolari; l'intrecciarsi continuo fra diritto imperiale, canonico, statutario, feudale, mercantile, che soltanto il relativismo e l'elasticità della nozione di autonomia

⁽²⁸⁾ Si vedano su questo punto le riflessioni lucide e consapevoli che svolge A. ROMANO, voce *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Digesto-quarta edizione-Discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1987, vol. II, una voce a prevalente contenuto pubblicistico ma con incisive note chiarificatrici di teoria generale (soprattutto pp. 32-33).

permette di capire quale compresenza e covigenza di più ordinamenti, di più autonomie che elasticamente si comprimono in una dialettica perenne fra universale e particolare, fra generale e speciale, che non dà mai luogo a rotture e a frazionamenti. Quel tessuto socio-giuridico medievale, che, di primo acchito, sembra un groviglio inestricabile, può ricevere luce definitiva in una ottica pluriodinamentale quale interazione di soggetti autonomi non sovrani.

Ed emerge decisa la conclusione che è segnata nel titolo del saggio: un diritto senza Stato ⁽²⁹⁾, un diritto che si aggancia immediatamente al sociale e lo esprime nella sua interezza. E v'è — forse come non mai — una compenetrazione fra giuridico e sociale. Il diritto è l'ossatura riposta della società, la sua fondazione, la sua saldezza. Ripetiamolo pure: il suo salvataggio.

Mi sia consentito di chiudere queste riflessioni sottolineando al lettore un parallelismo illuminante tra quanto avviene in un *territorio* e quanto avviene in un *patrimonio*. Il mondo moderno ha soluzioni assolutistiche ed esclusivistiche: un solo Stato e un solo ordinamento giuridico per un solo territorio; un solo soggetto proprietario e una sola proprietà unitaria per un solo patrimonio ⁽³⁰⁾. Il mondo medievale, anche a livello patrimoniale, compie scelte esattamente opposte: come il diritto in un territorio è intuito e risolto quale pluralità di ordinamenti conviventi, così, con un parallelismo esemplare e coerente, su uno stesso bene sono pensabili più proprietà, ciascuna delle quali non ha certo il contenuto assolutistico della futura proprietà borghese ma uno specifico contenuto di autonomia, contenuto relativo e relativizzante com'è proprio di questa nozione. Quando Bartolo individua nel *perfecte disponere* il contenuto di ogni proprietà, si riferisce con tutta evidenza a una autonomia di poteri sul bene, l'unica posizione che

⁽²⁹⁾ Anni fa (1985) fu, all'incirca, questo il titolo di un libro di Laurent Cohen-Tanugi, che ebbe qualche circolazione e l'onore di parecchie citazioni: L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'Etat-Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, P.U.F., 1985. Come mostra bene il sottotitolo, il tema di Cohen-Tanugi si muoveva tocquevillianamente in una comparazione fra due assetti politico-giuridici, quello francese e quello statunitense. L'orizzonte non ha nulla a che vedere con il nostro.

⁽³⁰⁾ Il che non è affatto smentito, anzi avvalorato, dalla costruzione rigorosamente individualistica che, sulla scia della tradizione romanistica, si fa del condominio nella cultura giuridica moderna.

permette di concepire più proprietà armonicamente operanti sul bene ⁽³¹⁾. Il *perfecte disponere* di Bartolo richiama immediatamente il folto intrecciarsi medievale di *societates iuridice perfectae*. Ed è sempre la stessa nozione — cioè autonomia, *perfectio* — a sorreggere tutta la vita e la costruzione del sociale e del giuridico.

È sempre la stessa incapacità e — direi di più — ripugnanza ad assolutizzare. La tensione del moderno a isolare, individualizzare, assolutizzare — sia essa la realtà individua che è lo Stato, rottura e divisione irreparabile della universale *tunica inconsutilis* ⁽³²⁾; sia essa la realtà individua del singolo soggetto — lascia alle sue spalle una visione schiettamente pluralistica, in cui ciò che più conta sembra essere il rapporto, il legame che unisce e limita realtà diverse.

Proseguendo nel parallelismo or ora impostato, è nel moderno che allignano le posizioni isolanti e assolutizzanti della sovranità e del diritto soggettivo, in un perfetto contrappunto fra soggetto politico e soggetto privato, due soggetti ormai solitarii, liberati dalla umiliazione di quel tessuto di rapporti che la mentalità medievale non aveva esitato a filare intorno ad essi.

⁽³¹⁾ Per la interpretazione della definizione bartoliana di *dominium* cfr. P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, Cedam, 1968.

⁽³²⁾ L'espressione — come ben sa ogni medievista — campeggia al centro di quell'estremo manifesto della teocrazia papale che è la bolla *Unam sanctam*, del 1302, del pontefice Bonifacio VIII, (inserita — e comodamente leggibile — nel *Corpus iuris canonici*, ed. Aem. Friedberg, rist. anast. Graz, Akad. Druck, 1959, pars secunda, *Extravagantes communes*, I, VIII, I). È palese la derivazione scritturistica.

IL DISAGIO DI UN 'LEGISLATORE' (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)

“Richiamare il diritto ai giuristi”

(F. VASSALLI, *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*)

1. Per rileggere Vassalli sotto un profilo culturale. — 2. Un 'legislatore' suo malgrado. — 3. L'avvio di un itinerario: « Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato » (1919), ossia il diritto privato come diritto dei privati. — 4. Lo svolgimento di un itinerario; e una epifania significativa: « Arte e vita nel diritto civile » (1931). — 5. Il Codice civile tra ragionevolezza e transizione. La diagnosi serena di un 'codificatore'. — 6. « Esame di coscienza di un giurista europeo » (1951): legislazione e scienza giuridica verso un diritto uniforme.

1. Di studiar più da vicino e più a fondo il messaggio scientifico di Filippo Vassalli mi venne voglia fin da quando — tanti anni fa — mi imbattei nel suo saggio sulla 'Estrastatualità del diritto civile' ⁽¹⁾, saggio che, sotto l'insegna di una intitolazione così singolare, appariva portatore di un pensiero singolare e solitario. Singolarità e solitudine che assumevano una ancor più viva intensità se si collocava quella scrittura nel grembo del suo tempo di redazione, un anno 1951 ancora riecheggiante delle scelte giuridiche del fascismo e del nazionalsocialismo e pervaso da un rispetto quasi mistico della ritrovata legalità che ogni sano giurista democratico riteneva doveroso ostentare.

Quel saggio ebbe lettori più o meno distratti nella civilistica italiana, sottolineato soltanto da chi tentava, in assoluto isolamento, la strada difficile e contestata della costruzione di un nuovo diritto civile su basi rigorosamente pluriordinamentali ⁽²⁾.

⁽¹⁾ *Estrastatualità del diritto civile*, ora in *Studi giuridici*, vol. III, tomo II, Milano, Giuffrè, 1960, p. 574 (il saggio era apparso originariamente, nel 1951, negli 'Studi in onore di Antonio Cicu').

⁽²⁾ Il riferimento è alla ricerca, rimasta incompiuta, di Salvatore ROMANO, tra i cui

Poi, mille impegni e differenti cammini di ricerca seppellirono il mio primitivo desiderio, anche se non lo cancellarono mai: è riaffiorato in occasione dei miei ricorrenti scavi sui rapporti fra assolutismo giuridico e diritto privato moderno, è riaffiorato soprattutto l'anno passato quando, chiamato dall'Istituto Universitario Europeo a disegnare una sintesi storica del diritto civile italiano, ritenni di far posto proprio a Filippo Vassalli nel quadro della scienza giuridica italiana degli anni Venti e Trenta ⁽³⁾.

Se ho però ripreso in mano vecchi appunti, rifatto nuove letture e dato avvio concreto alla stesura di queste pagine, lo debbo a due felici esperienze di studio — l'una recente, l'altra recentissima — dedicate a Vassalli da un cólto e sensibile civilista nostro, Giovanni Battista Ferri ⁽⁴⁾. L'interesse specifico di Ferri era per il grande 'legislatore', il 'codificatore' del diritto privato italiano, tema rilevantissimo e su cui c'era (e c'è) ancora molto da scavare e da chiarire; il mio interesse per Vassalli era (ed è) invece di indole più culturale e restava (e resta) legato alla mia lettura giovanile e a quel saggio del '51 dal titolo tanto provocante. Non mi mancava che collegarvi altre letture già fatte dallo stesso angolo d'osservazione, altre aggiungervene, e ricomporre insieme i vari frammenti esaminando se ne scaturiva un itinerario coerente ed organico.

È quanto mi propongo in questa breve riflessione: cogliere il messaggio di Vassalli, cioè di colui che è universalmente considerato come il più 'autore' fra gli 'autori' — mi si passi l'espressione — del Codice civile italiano vigente, sul terreno delicato del sistema delle fonti e quindi della produzione e interpretazione del diritto, pórlò in dialettica con le certezze dominanti e circolanti dell'assolutismo giuridico, del pan-statalismo e del pan-legalismo così cari al sensato e mediocre giurista anche del maturo Novecento.

molti apporti si veda particolarmente: *Ordinamenti giuridici privati* (1955), ora in *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1980, tomo primo, p. 449 ss., saggio destinato a onorare proprio la memoria di Filippo Vassalli e nel quale il § 5 è dedicato alla riflessione vassalliana (p. 460).

⁽³⁾ La conferenza fu tenuta il 6 maggio 1996; il testo sarà prossimamente pubblicato a cura dello stesso Istituto Universitario Europeo.

⁽⁴⁾ Giovanni B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, Cedam, 1990, e *Filippo Vassalli e la defascistizzazione del codice civile*, in *Diritto privato*, II (1996), p. 593.

E mi propongo di dar risposta a una domanda essenziale: Vassalli — lui, il 'legislatore' per eccellenza — si riposò beato sulle comode convinzioni dell'assolutismo giuridico, che collocano il giurista all'ombra protettiva e costringitiva della legge? Fu, per lui, il saggio sulla 'Estrastatalità del diritto civile' un episodio isolato o piuttosto il momento più appariscente di una riflessione unitaria? Pur nella modestia del suo intento, il presente saggio può essere un contributo non secondario alla biografia intellettuale d'una delle più significative presenze nella scienza giuridica italiana di questo secolo.

2. Bene ha fatto Ferri a puntare il suo sguardo sul realizzatore del Codice ed è giusto che, nella comune coscienza dei giuristi italiani, il nome e l'opera di Vassalli siano legati alla faticosa, relevantissima elaborazione di una nuova codificazione civile. Se infatti il Nostro non ha mancato di prender parte attivamente alle più disparate dimensioni dell'esperienza giuridica, pratica e teoretica, legislativa e scientifica, giudiziaria e forense ⁽⁵⁾, è tuttavia doveroso constatare che la parte più consistente di tutta la sua operosità è quella del tecnico di gran rango chiamato ufficialmente al difficile mestiere di confezionare norme che siano — per l'appunto — tecnicamente adeguate.

Presentando, nel 1939, due volumi di proprii scritti scientifici da lui stesso raccolti e curati, egli ammetterà con tono di confessione e quasi di scusa: « Del mio lavoro... non poco, attraverso la più che ventennale quotidiana collaborazione di progetti, di relazioni, di discussioni, è trasferito negli ordinamenti giuridici apprestati per le occorrenze del dopoguerra e per memorabili eventi della patria, quali la sistemazione legislativa delle nuove provincie e più tardi l'esecuzione del concordato con la Santa Sede, o si fissa nei testi più solenni della codificazione » ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Confesserà, con una considerazione retrospettiva, quasi al termine della sua vita, che egli « ebbe la singolare ventura in una vita, tutta spesa in attività legali, di coltivare il diritto come storico e come pratico, di essere a volta a volta insegnante, avvocato, giudice di Corti costituzionali e compilatore di Codici e di leggi speciali » (*Esame di coscienza di un giurista europeo* (1951), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. III, t. II, p. 766.

⁽⁶⁾ Vedi ora il testo riprodotto in *Studi giuridici*, cit., vol. I, p. IX.

Ho detto che il tono è quasi di scusa; forse, è qualcosa di più: è di rammarico. Il rammarico dello studioso innamorato del proprio sapere, che si è visto limitata dai troppi e gravosi impegni la sua curiosità intellettuale, la sua capacità di colloquio con il lettore. È certo che il volto più appariscente di Vassalli è quello del 'legislatore', del 'codificatore', ma è altrettanto certo che non si tratta di un volto soddisfatto. Anzi, è vero proprio il contrario, ed egli non ha affatto il pudore di nasconderselo.

Nella sua prolusione romana del '30 è franchissimo accennando al sistema della codificazione: « Chi vi parla non ne è entusiasta. Rende omaggio alle esigenze pratiche a cui il codice corrisponde, ma avverte il disagio della costrizione della legge civile in un codice » (7). E parecchi anni dopo, passata e definita la gran fatica della redazione del Codice, in un saggio di felice contrappunto tra situazione europea continentale e mondo di *common law*, non ha esitazione a svelare il suo atteggiamento più riposto: « è una ironia del caso se proprio a me, che non sono affatto un entusiasta del sistema delle codificazioni ufficiali... è toccato di collaborare per venticinque anni ai codici e di scrivere per buoni due terzi il codice civile » (8).

Immediatamente prima aveva confessato che un sistema di diritto non legale gli sembrava valere quanto quello legale; immediatamente dopo, concluderà la sua riflessione con un tocco di scetticismo sulla funzione del Codice (9). Insomma, un ben strano 'legislatore', che dedica la sua vita a costruire leggi, ma che sente scomoda la seggiola su cui il solo senso di dovere lo ha fatto sedere.

E il sentimento che emerge palesemente è di disagio: parola che ho ritenuto di inserire nella stessa intitolazione di queste pagine, ma che è sulla bocca dello stesso Vassalli pronunciata nel testo sopra-trascritto. Disagio passeggero? Traccia fuggevole di un momento di fatica e di scoramento? Proprio annotando l'ultimo testo sopra segnato egli tiene a puntualizzare che si tratta di un suo atteggiamento costante, e rinvia il lettore — in questa pagina del '46

(7) *Arte e vita nel diritto civile*, ora in *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 400.

(8) *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra* (1946), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. III, t. II, p. 576.

(9) « È che poi io non riguardo il codice gran che di più — per tante materie — che un mediocre trattato o una silloge di massime » (*loc. ult. cit.*).

— a precedenti eloquentissime affermazioni del '27, del '30, del '42 ⁽¹⁰⁾.

In mezzo a uno stuolo di giuristi (spesso inconsapevolmente) legolatrici, in mezzo a un generale entusiasmo (di stampo decisamente post-illuministico) per lo strumento taumaturgico del Codice, ecco profilarsi l'esperienza appartata e peculiare di un civilista il cui itinerario soffre di una profonda antinomia fra convinzioni intime e manifestazioni professionali.

Lui, il 'legislatore', è culturalmente convinto del rischio tutto moderno di ridurre il diritto a un sistema, pur suadente, pur perfettissimo, di regole autoritarie generali astratte e avverte preciso « il disagio della costrizione della legge civile in un codice ».

Lui, che nasce storico del diritto ⁽¹¹⁾, che dalla storia ha appreso il pericolo dei facili entusiasmi ed ha appreso a temperarli; cui la storia ha insegnato l'inadeguatezza delle costruzioni geometriche a ordinare la complessità e mobilità della vita giuridica, lui è dominato da una ferma istanza di relativizzazione e di demitizzazione di quanto i moderni han fissato come ultimo e assoluto approdo sul piano delle fonti ⁽¹²⁾. Lui, nel fondo del cui animo sta la consapevolezza dello storico, trova ripugnante e immiserente ridurre il diritto a legge ⁽¹³⁾, a leggi.

La coscienza dello storico è sempre coscienza della complessità

⁽¹⁰⁾ « Le stesse cose io ho lungamente insegnato e avevo detto in più occasioni pubblicamente, così commemorando Chironi nel 1927 e nella prolusione alla Università di Roma del 1930 e nel discorso sul nuovo codice civile del 1942 » (*loc. ult. cit.*).

⁽¹¹⁾ Vassalli si inizia agli studi giuridici nella Università di Siena sotto la guida del romanista Luigi Moriani, e proseguirà questo filone di studi in Roma con quello che riterrà il suo vero maestro, Vittorio Scialoja (dal quale, come dichiarerà nella sua prolusione romana — cfr. *Arte e vita nel diritto civile*, cit. p. 395 —, « dell'arte del diritto ebbi rivelati i raffinamenti più squisiti »); all'inizio della sua carriera insegnerà discipline romanistiche prima di passare al diritto civile positivo, che non lascerà più.

⁽¹²⁾ Se mai, si può aggiungere un rilievo: in Vassalli, che nasce romanista, è talvolta coglibile una ipervalutazione e una idealizzazione del diritto romano, che — del resto — sono le tentazioni irrisolvibili di ogni romanista. Storicista per il diritto moderno, forse Vassalli lo è un pò meno per il diritto antico. Segno di contraddizione di un personaggio, che — tuttavia — avverte schiettamente la storicità della dimensione giuridica.

⁽¹³⁾ È appena il caso di precisare che, quando Vassalli parla di 'legge civile' nel testo richiamato alla nota 7, 'legge' è termine inteso in un significato assai ampio che lo rende sinonimico di 'diritto', com'è assai spesso nella tradizione del diritto comune.

e della relatività: nel filtro di quella coscienza la legge appare soltanto uno dei molti vestimenti del giuridico, non il solo e forse non il primo; ed emerge la dialettica relativizzante legge/diritto: la legge è diritto ma non è il diritto, cioè non si identifica con esso perché è incapace ad esprimerlo compiutamente.

A chiusura di uno dei suoi ultimi scritti metodologici Vassalli scriverà: « Il problema di oggi è riportare per quanto è possibile il giurista alle leggi. In fondo è l'aspirazione di riportare le leggi al diritto » (14). Nella occasione solennissima della inaugurazione del Congresso internazionale di diritto privato (a questo era destinato lo scritto), avendo tra le mani un tema dalla elevata valenza politica, questo epilogo così fermo e reciso ha un carattere indubbiamente programmatico: rivalutazione del giurista-scienziato, suo rinnovato coinvolgimento nella produzione del diritto in nome di quella complessità del giuridico di cui unicamente lo scienziato può essere percettore e traduttore. La legge non può essere affidata ai professionisti della politica stazionanti occasionalmente nelle aule parlamentari, ma al ceto dei tecnici. Ciò varrà anche a sottrarre la legge dalle sabbie mobili del 'quotidiano' e dell'episodico' per recuperarla al mondo ben più vasto e complesso del diritto.

La dialettica legge/diritto, che si origina nella consapevolezza della non-coincidenza fra l'una e l'altro, è estremamente risalente ed è anche estremamente vivificante perché è il cordone ombelicale tra forme giuridiche ed esperienza. È stata soffocata, se non cancellata, nell'emisfero moderno in nome della esasperazione (ideologicamente ben fondata) della dimensione legislativa, ma è stata la grande valvola respiratoria del diritto comune medievale e post-medievale. In quell'espressivo incunabolo del moderno che è la 'Republique' di Bodin essa è ancora intensamente segnata (15). Bodin, disegnatore innovativo a fine Cinquecento delle linee teoriche del già virulento Stato francese, come giurista, come pratico del diritto, sembra

(14) *La missione del giurista nella elaborazione delle leggi* (1950), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. III, t. II, p. 751.

(15) JEAN BODIN, *Les six livres de la Republique*, Aalen, Scientia, 1977 (reimpr. ed. Paris, 1583), p. 155: « il y a bien difference entre le droit et la loy: l'un n'emporte rien que l'equité, la loy emporte commandement: car la loy n'est autre chose que le commandement du souverain, usant de sa puissance ».

invece a cavalcioni tra due mondi, ed è probabilmente dalla prassi giuridica parigina — ancora intrisa di passato, ancora dominata dal ceto dei giuristi e non ancora condizionata dai grossi interventi legislativi del Principe — che prende consistenza la dialettica legge/diritto, quasi la contrapposizione fra legge e diritto: il diritto, un universo che pesca nel profondo della società, la legge che attinge dalla volontà e dall'autorità del solo Principe.

È la dialettica ed è la convinzione, che troviamo vivace nel discorso inaugurale di Vassalli, questo storico del diritto che ha indossato sapientemente le vesti del civilista ma che non ha mai inteso smentire le sue radici. Ed è anche la dialettica che colloca il Nostro in una posizione critica rispetto all'assolutismo giuridico imperante.

Fra i civilisti italiani il 'legislatore' Vassalli è forse il più sensibile, il più coraggioso nel percorrere e ampliare i sentieri nuovi che si cominciavano a tracciare su statalismo e legalismo all'interno della scienza giuridica peninsulare dopo il grande scossone della prima guerra mondiale.

Il sasso lanciato con forza da Santi Romano, nel 1918, nel bel mezzo della piccionaia dei giuristi, e che lo stesso Romano aveva mancato di raccogliere per le sue costruzioni pubblicistiche, stava tuttavia dando i primi frutti nelle coscienze più sensibili: il diritto ricominciava ad essere agganciato, più addietro delle cristallizzazioni politiche, nel cuore del sociale, e ne son traccia sicura i fermenti che lo storico riscontra nitidi nel ventennio corrente fra le due guerre mondiali.

È la temperie culturale dalla quale scaturirà il richiamo insistente di Capograssi alla esperienza giuridica e alla scienza quale interprete primaria e più accreditabile dell'esperienza ⁽¹⁶⁾; nella quale, pur nel seno dello Stato totalitario, giuristi ufficiali del regime come Sergio Panunzio disegnano, nella complessità del nuovo ordine corporativo, un certo qual pluralismo fra Stato, gruppi sociali, unità produttive, sindacati, e mettono a punto la nozione di 'partito-

⁽¹⁶⁾ Si fa torto al lettore avveduto ricordando, nel 1932, la riflessione capograssiana di avvio: « Studi sull'esperienza giuridica », e, nel 1937, la manifestazione compiuta del suo pensiero: « Il problema della scienza del diritto » (ora, ambe, in *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. II).

istituzione' come fatto costituente pre-statuale⁽¹⁷⁾; e i nuovi giuspubblicisti quali Costantino Mortati fondano il nuovo Stato su una nozione di 'costituzione in senso materiale', che, rappresentando il momento embrionale di prima differenziazione dello Stato dalla società, implica un risoluto aggancio col sociale e immerge la dimensione statale nel complesso di forze circolanti già in una dimensione pre-statuale⁽¹⁸⁾.

È la temperie culturale in cui Cesarini Sforza, giurista ben adentro alla nuova visione corporativa dell'ordine sociale, porta avanti l'ipotesi teorica di Romano misurandola sul terreno degli ordinamenti privati⁽¹⁹⁾, in cui i civilisti Finzi e Pugliatti — deponendo il soggetto dal trono elevatogli dalla tradizione romanistica — avviano la costruzione dei diritti reali partendo dal mondo dei fatti e valorizzando le cose e i loro statuti differenziati⁽²⁰⁾, in cui il commercialista Ascarelli ingrandisce di parecchio l'orizzonte dell'universo giuridico ricomprendendovi senza esitazione la dimensione dell'effettività⁽²¹⁾.

È in questo ventennio serpeggiante di fermenti critici e di ripensamenti demitizzanti, non esclusivamente italiani ma europei⁽²²⁾, che si colloca la voce di Filippo Vassalli, voce — si diceva più sopra — coraggiosa perché aggredisce il problema della produzione del diritto

⁽¹⁷⁾ Sono le tesi sviluppate soprattutto in: S. PANUNZIO, *Il diritto sindacale e corporativo*, Perugia, La Nuova Italia, 1930, e *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'unità dello Stato*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*, Modena, Soc. Tip. Modenese, 1931, vol. II (pubblicato anche in veste autonoma col titolo variato: *Stato e diritto. L'unità dello Stato e la pluralità degli ordinamenti giuridici*).

⁽¹⁸⁾ Basti qui rinviare alle convincenti pagine di M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicista italiana (Dallo Stato liberale al regime fascista, ed oltre)*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 154 ss. (ma soprattutto pp. 159-62).

⁽¹⁹⁾ WIDAR CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), Milano, Giuffrè, 1963.

⁽²⁰⁾ Per un maggior chiarimento basti qui rinviare alle precisazioni da me fatte in: *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico* (1985), ora in *Il dominio e le cose-Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 604-5.

⁽²¹⁾ Sia consentito di rinviare a una mia indagine in corso di pubblicazione: *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare oggi la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, in *Diritto privato*, III (1997), nonché in 'Studi in onore di Pietro Rescigno'.

⁽²²⁾ Per la Germania weimariana e nazionalsocialista lo abbiamo rilevato nel nostro ricordo del Wieacker civilista: *Un grande giurista del nostro tempo: Franz Wieacker*, in *Rivista di diritto civile*, XLI (1995), parte prima, p. 487 ss.

privato con straordinaria franchezza e alle sue fondazioni prime; i suoi ripetuti interventi costituiscono un invito — rivolto ai civilisti — a guardare finalmente contro-luce un paesaggio cui il loro sguardo si era troppo supinamente assuefatto.

Modesta finalità di questo saggio è di ripercorre l'itinerario vassalliano sulla scorta di alcune sue tappe essenziali: i termini estremi di esso possono esser fissati nella prolusione genovese del '19 trattante « Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato » e nel già citato contributo del 1951 contenente lo « Esame di coscienza d'un giurista europeo ».

3. Quando Vassalli legge, il 22 novembre 1918, la sua prolusione al corso di 'Istituzioni di diritto civile' nella Università di Genova, col proposito specifico di discutere 'Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato' (23), egli è già pienamente coinvolto nella Commissione Reale per il dopoguerra, in quella sezione che aveva il compito tecnicamente delicatissimo della 'Revisione della legislazione emanata durante la guerra in forza dei poteri straordinari'.

È — com'è ben noto — un complesso legislativo emanato soprattutto dal Governo durante il periodo bellico e fornito di un carattere spiccatamente eccezionale, che aveva già raccolto, quando la prolusione viene redatta, in ragione dei suoi contenuti innovativi e addirittura eversivi, l'attenzione di alcuni sensibili giuristi italiani (24). La riflessione vassalliana è rilevante non soltanto a dimostrazione nel Nostro di una pari sensibilità, ma anche alla luce delle nostre specifiche finalità, perché testimonia la presenza sicura di un ben definito atteggiamento metodologico e di un nucleo ben definito di pensiero nel giovane studioso poco più che trentenne (25).

Chiamo a esaminare più da vicino queste significanti presenze.

Innanzitutto, un atteggiamento decisamente storicistico, strumento consueto di approccio per ogni storico del diritto degno di

(23) Vedila ora in *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 337 ss.

(24) Apposita rubrica tiene stabilmente sul tema-problema delle « questioni relative alla guerra » Alfredo Ascoli sulla 'Rivista di diritto civile'. Lo stesso fa Gino Segrè sulla 'Rivista del diritto commerciale'.

(25) Solamente per il lettore non-italiano si segnala che Filippo Vassalli era nato a Roma nel 1885. Si spengerà, sempre a Roma, nel 1955.

questo nome, ma strumento singolare e inusuale in chi — come Vassalli — nasca quale romanista e particolarmente si educi in quei primi anni del secolo quando la formidabile impronta pandettistica reclamava, in genere, nel romanista il maneggio di schemi categoriali assolutamente dommatici collocando in una sorta di limbo metastorico il suo sapere e costituendolo valido sempre e dovunque ⁽²⁶⁾.

‘Comprensione’ è invece il nitido vocabolo di segno storicistico che affiora al lessico vassalliano ⁽²⁷⁾, e, conseguentemente, la tensione a non isolare il fenomeno studiato, bensì a collocarlo nel proprio tempo al centro di una rete ampia di forze e di rapporti. In questa luce il corpo legislativo bellico, che a un occhio superficiale può colpire unicamente per la sua eccezionalità, appare invece essere il frutto maturo d’una stagione storica che la guerra ha reso manifesto o ha, magari, affrettato; che, comunque, non può essere liquidato come un episodio (sia pure di grosse proporzioni), ma interpretato come specchio fedele dei tempi: « la verità è che lo stato di guerra ha portato in essere, o talora solo a maturazione, tutto un sistema di politica economica (a questo io mi fermo più insistentemente nei nessi col diritto privato), che e studiosi e politici avevano disegnato e propugnato indipendentemente da ogni stato di guerra » ⁽²⁸⁾.

Lo storicismo consente a Vassalli di veder più chiaro, e di inserire lucidamente il fenomeno indagato nel suo reale contesto, espressione di quel contesto. È un atteggiamento intellettuale costante in Vassalli, e lo ritroveremo intatto quando — negli anni Trenta —, studiando il nuovo diritto di proprietà così come si veniva configurando nella fascista ‘Carta del lavoro’, lo coglieva anche « come sintesi concettuale di acquisizioni già in atto » ⁽²⁹⁾; o quando, negli anni Quaranta, ammoniva che tante conclusioni e scelte dell’ordinamento corporativo altro non erano che un portato del

⁽²⁶⁾ Storicista e alieno dalle pure dommatizzazioni pandettistiche il nostro Vassalli, ma con qualche — forse inconscia — indulgenza verso il diritto romano classico e giustiniano come valore culturale e tecnico (cfr. quanto abbiamo rilevato più sopra, alla nota 12).

⁽²⁷⁾ *Della legislazione di guerra*, cit., p. 340.

⁽²⁸⁾ *Della legislazione di guerra*, cit., p. 339.

⁽²⁹⁾ *Il diritto di proprietà* (1932-33), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 416.

proprio tempo di cui occasionalmente era stato veicolo efficace il regime autoritario ⁽³⁰⁾.

E per la seconda volta non possiamo non raffrontare e avvicinare la posizione di Vassalli con quella di un altro grande storico del diritto e, insieme, civilista, il tedesco Franz Wieacker, il cui apparente filonazismo nel corso del decennio nazionalsocialista si riduceva alla precisa coscienza della storicità di certe conclusioni e scelte, espressioni del proprio momento storico prima ancora che emblemi di questo o quel regime politico, di questa o quella ideologia politica ⁽³¹⁾. Testimonianze, insomma, l'italiana e la germanica, di una scienza giuridica (e in Italia si dovrebbe almeno aggiungere quella del 'fascista' Mortati) che vuol soprattutto dar voce a istanze della società e della cultura contemporanee rivestendole di adeguate apparecchiature tecniche.

La legislazione italiana di guerra rappresenta, in questo angolo di osservazione vassalliano, l'emersione di una cospicua crisi del diritto privato, crisi di quel nodo solidissimo di valori che si era mantenuto pressoché inalterato dal disegno classico dei romani allo scossone incisivo di fine Ottocento: « una crisi nel diritto privato. Forse la più grande crisi del diritto privato » ⁽³²⁾. E che consiste in una attenzione tutta nuova, sommamente rischiosa, del potere politico per la grande zona franca dei rapporti fra privati: attenzione, protezione, ma anche invadenza e, con essa, l'intorbidarsi delle limpide acque civilistiche per l'inevitabile inquinamento con una politicità troppo spicciola, troppo legata al quotidiano e alle sue repentine variazioni. Se « vocazione delle norme di diritto privato è essenzialmente di realizzare certe esigenze di giustizia nei rapporti che si svolgono liberamente fra gli uomini » ⁽³³⁾, l'intervento dello Stato — sia esso con finalità puramente protettive — non può che inquinare e snaturare.

È la natura stessa delle regole civilistiche che quell'intervento mette in discussione, soprattutto quando il legislatore, lasciato il ruolo di codificatore, e cioè di raccoglitore in una cornice generale di contenuti già elaborati dalla cultura e dalla prassi giuridiche, si fa

⁽³⁰⁾ Un esempio eloquente è in: *Motivi e caratteri della codificazione civile* (1942-47), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 6147.

⁽³¹⁾ GROSSI, *Un grande giurista del nostro tempo: Franz Wieacker*, cit., p. 498 ss..

⁽³²⁾ *Della legislazione di guerra*, cit., p. 341.

⁽³³⁾ *Della legislazione di guerra*, cit., p. 344.

produttore di norme specifiche, e cioè portatore di contenuti dei quali esso solo, a livello politico, è l'arbitro.

E spunta netta la grande verità cara al romanista Vassalli, la estrastatualità, la naturale estrastatualità del diritto civile: « il diritto privato, quale ereditammo dai romani è indipendente dall'organizzazione statuale »⁽³⁴⁾.

Elaborato giorno dopo giorno nei rapporti e traffici della vita ordinaria all'insegna del buon senso e di quel minimo etico di cui l'uomo comune è il naturale portatore, il diritto privato è il frutto di una sedimentazione lentissima e di un lentissimo ma organico assorbimento da parte della società; con due protagonisti a livello tecnico-giuridico: un privato, il giureconsulto, e un magistrato, il pretore, che non impone una regola sua ma che si limita a *ius dicere*, « a dichiarare ciò ch'è diritto nei singoli rapporti in contestazione »; giureconsulto e pretore, l'uno e l'altro « voce del buono e dell'equo »⁽³⁵⁾.

Una prima conclusione è immediata: « la legge, il diritto cioè dettato dallo Stato, ha uno sviluppo limitato, nell'orbita di codesti rapporti »⁽³⁶⁾, perché vincola e rattrappisce una fioritura spontanea di regole nascenti liberamente dalle mille combinazioni della vita quotidiana.

In questa ottica antistatalistica e antilegalistica vengono collocate sullo stesso piano, testimoni ambedue di un interventismo negativo dei pubblici poteri, sia la legislazione emanata in seno alla prima guerra mondiale, sia « la così detta legislazione sociale ». Non saranno i contenuti diversi a imporre una valutazione diversa: deprecabile è il modo di produzione della regola civilistica, la quale — per sua intima natura — aborrisce dalla imposizione autoritaria sia pure attuata per finalità protettive di categorie sociali più deboli. La legislazione sociale è anch'essa sintomo allarmante della dilagante crisi moderna che involge e travolge il diritto privato.

⁽³⁴⁾ *Della legislazione di guerra*, cit., p. 361.

⁽³⁵⁾ Vale la pena di riportare l'intero contesto discorsivo di Vassalli: « il mirabile monumento del diritto privato è costruito prevalentemente per opera di giureconsulti, cioè di privati — sacerdoti dell'idea di giustizia, come essi stessi si sentono e si proclamano — e del pretore, cioè del magistrato che deve *ius dicere*, dichiarare ciò ch'è diritto nei singoli rapporti in contestazione, che ha dunque una funzione ben diversa dalla legislativa, anch'egli voce del buono e dell'equo » (*Della legislazione di guerra*; cit., pp. 344-45).

⁽³⁶⁾ *Della legislazione di guerra*, cit., p. 345.

La critica vassalliana alla legislazione di guerra ha la stessa fondazione della sua critica al generale panlegalismo e della sua diffidenza sulla stessa codificazione come strumento appropriato e congeniale. Non ha una matrice ideologica ma culturale. In altre parole, Vassalli non appartiene di certo al nòvero crescente di quei giuristi che reclamavano maggiore attenzione per la dimensione sociale del soggetto civilistico; al contrario, egli appartiene con sicurezza a quelle correnti individualistiche che avevano creduto nella legge e nel Codice come strumenti supremi di tutela d'un assetto individualistico della società, e alla legge e al codice ne avevano affidato la realizzazione e la consolidazione. Il moto critico di Vassalli non tocca queste certezze saldamente ancorate al più puro liberalismo classico; ha piuttosto radici culturali originate in lui dall'esser nato romanista e dall'esser restato nel fondo del suo animo un indagatore innamorato dell'universo romano dove i privati avevano eretto un monumento ammirevole di diritto civile all'insegna del *bonum et aequum*.

Immediata è anche una seconda conclusione: « la legge col suo generale precetto semplifica e unifica i fenomeni; pone una definizione, una formula, una regola dove la vita pulsa e prorompe, dove gli interessi cozzano o cospirano, dove la realtà suscita ogni giorno fatti nuovi »⁽³⁷⁾. La norma legislativa fa violenza perché non tien conto della complessità e mobilità dell'universo giuridico, che è realtà vitale in continue formazione e trasformazione.

La legge semplifica e immobilizza con una operazione che sa di innaturalità. Il vecchio diritto civile affidato alle opinioni duttili di maestri e di giudici, opinioni capaci di cambiare prontamente perché non irrigidite in cristallizzazioni e procedimenti, sembra dar maggiori garanzie di seguire e ordinare l'esperienza giuridica con le sue regole già scritte nel costume e nella prassi, che non abbisognano di strumenti di costrizione ma di categorie tecniche a sostegno.

È la strada più che bimillennaria per la quale il diritto privato si è conservato intatto quale diritto dei privati.

4. Il complesso di certezze segnato con tanta fermezza nella prolusione genovese non è legato né all'oggetto specifico in quella

(37) *Della legislazione di guerra*, cit., p. 359.

dibattuto né allo specifico momento di un dopoguerra greve di coinvolgimenti per il giurista. È piuttosto un nodo di convinzioni di cui è traccia precisa in affioramenti che emergono lungo il filo continuo della riflessione vassalliana.

Così, nel '23, invitato da Giangastone Bolla a leggere una 'memoria' di fronte alla fiorentina Accademia dei Georgofili, in un ambiente popolato soprattutto da agronomi e da esponenti della più sveglia imprenditoria agraria toscana, tiene a riaffermare che « cessa il diritto civile dove alle determinazioni dei singoli si sostituiscono determinazioni di pubblici uffici » e che « diritto civile e diritto sociale son termini contraddittori »⁽³⁸⁾; né son queste delle frasi ad effetto per strappare un facile applauso al pubblico di proprietari terrieri, ma il ribadimento di una visione individualistica del diritto civile e, insieme, della identificazione di questo nel territorio franco governato dalla autonomia dei privati.

Così, nel '27, commemorando a Torino Gian Pietro Chironi per tanti anni maestro di diritto civile e suo predecessore in quell'Ate-neo, prende occasione per richiamare i cultori del diritto privato positivo a una verità ovvia ma troppo spesso dimenticata nella assolutizzazione che quei cultori fanno dell'oggetto dei proprii studii: « il diritto vigente, il diritto codificato non essere che una contingenza nello sviluppo storico »⁽³⁹⁾. E prosegue la solita relativizzazione e demitizzazione del Codice: non la tappa ultima di una inarrestabile evoluzione, né la conquista definitiva di un progresso senza ritorno, bensì solamente una vicenda, e vicenda modesta perché legata a situazioni contingenti dell'età moderna; mentre il civilista, che non può essere mortificato « a volgare chiosatore », ha un ben definito ruolo culturale, e deve essere anche storico del diritto e comparatista giacché soltanto storia e comparazione gli daranno la coscienza del relativo e restituiranno complessa — com'è nella realtà — una vicenda normativa che corre troppo il rischio di restare semplificata e, tutto sommato, incompresa⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ *Le riforme del Codice civile in relazione alla proprietà fondiaria* (1923), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 320.

⁽³⁹⁾ *Giampietro Chironi* (1927-28), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 371.

⁽⁴⁰⁾ La frase riportata nel testo così si completa: « Quindi non si dà interpretazione senza storia: e la storia del diritto è storia del pensiero, sicché il civilista, *se non si*

Ma è nella già citata ⁽⁴¹⁾ prolusione romana del 1930, « Arte e vita nel diritto civile », che gli affioramenti si mutano in un ripensamento organico pari per qualità e intensità a quello della prolusione di dodici anni prima e da cui abbbiam preso le mosse. Segno che il filo di pensiero intriso di insoddisfazione, di disagio, di critica scoperta alle placide e indiscusse certezze dell'assolutismo giuridico continua il suo corso e sta assumendo i contorni di una autentica posizione dello spirito.

L'attacco all'assolutismo giuridico non si limita alla offensiva indiretta e quasi strisciante che si arresta a deporre il Codice dall'altare post-illuministico, a relativizzarlo, a demitizzarlo ⁽⁴²⁾, ma si spinge a minare le fondazioni più riposte di quello, ovvero la sistemazione rigidissima che aveva compiuto della pluralità di fonti, a manifestare una palese insofferenza verso la soluzione unica che aveva dato al problema della produzione del diritto e verso la soppressione di ogni effettivo pluralismo in nome del monopolio incontestabile del legislatore.

Vassalli porta, infatti, il suo dito accusatore, più che sul Codice — che può essere espediente utile se non necessario in una società complessa —, sulla mentalità con cui esso fu accompagnato, sulla ideologia assolutistica con cui fu inserito nella vita giuridica francese e italiana ⁽⁴³⁾ e alla quale sempre fu dipoi accompagnato.

mortifichi a volgare chiosatore [il corsivo è mio], è certo un filosofo. È storia del pensiero anche la comparazione: aspetti d'altri diritti che influiscono e son mutuamente influenzati per rapporti più o meno profondi, i quali spiegano il presente o promuovono l'innovazione. Strumenti delicatissimi entrambi, la storia e la comparazione: sono rapporti d'idee che si pongono nel tempo o nello spazio e le idee sono entità delicate a maneggiarsi » (*loc. ult. cit.*).

⁽⁴¹⁾ Cfr. più sopra, alla nota 7.

⁽⁴²⁾ Offensiva che c'è e che è ripetuta senza incertezze: la codificazione è « uno strumento pratico e moderno di organizzazione della legge, nulla più » (*Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 401). Non la si elevi, pertanto, a traguardo ultimo di un itinerario che ha in essa il suo perfetto compimento.

⁽⁴³⁾ « Quello che certamente va respinto nella codificazione civile è il concetto che si accompagnò primamente con essa, il concetto che ebbero gli uomini del 1789 e gli autori del codice Napoleone, e che informò la scuola dei grandi esegeti francesi dell'ottocento » (*Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 401). Si potrà forse dire che Vassalli fa qui torto, con questo generico giudizio, ad alcuni compilatori del *code civil* (per esempio al Portalis), ma non si può non rilevare la sostanziale esattezza della diagnosi.

Da un punto di vista culturale, cioè del divenire della cultura giuridica moderna, i nemici da battere sono individuati con sicura percezione e puntigliosamente elencati: la statualità del diritto privato, cioè il riconoscimento tutto nuovo e stravolgente dello Stato come fonte pressoché esclusiva anche del diritto privato⁽⁴⁴⁾ e il dogma conseguente della « onnipotenza giuridica del legislatore »⁽⁴⁵⁾; la identificazione del lavoro interpretativo nella sola e semplice ricerca di quella che fu, all'inizio, la intenzione del legislatore, costringendo l'interprete in una sorta di vicolo obbligato fiancheggiato da muraglie impenetrabili che impediscono ogni contatto del suo itinerario col mondo esterno, e con un solo pertugio al suo cominciamento estremo riconosciuto nel momento di promulgazione della norma⁽⁴⁶⁾; « il culto del testo della legge »⁽⁴⁷⁾, ciò che, nella commemorazione già menzionata di Chironi, lui aveva efficacemente chiamato come la mortificazione dell'interprete « a volgare chiosatore »⁽⁴⁸⁾.

Accanto alla insoddisfazione e alla severa requisitoria vi sono però nel testo del '30 motivi precisi di speranza: e Vassalli li registra con lo stesso puntiglio con cui ha elencato e condannato i difetti. La sua vivacità culturale e la sua sensibilità 'politica' gli fanno percepire due movimenti in atto, sia pure a livello embrionale.

Una tensione sempre più marcata verso un diritto uniforme, con tentativi concreti che cominciano a superare una frammentazione giuridica rispecchiante con troppa pedissequa fedeltà la frammentazione politica in Stati e sovranità diverse (Vassalli non porta esemplificazioni, ma vi si può cogliere un implicito riferimento al progetto italo-francese di un Codice delle obbligazioni e dei contratti redatto appena qualche anno prima). È un motivo che consta-

⁽⁴⁴⁾ « Il diritto viene posto del tutto nelle mani dello Stato » (*Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 401).

⁽⁴⁵⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽⁴⁶⁾ « La ricerca della intenzione del legislatore, la quale va compiuta dal giurista al di là del testo, e nella quale intenzione si identifica il diritto positivo » (*loc. ult. cit.*).

⁽⁴⁷⁾ « Il culto del testo della legge (il diritto positivo dev'essere la preoccupazione esclusiva del giurista), e il diritto positivo s'identifica tutto intero con la legge » (*loc. ult. cit.*).

⁽⁴⁸⁾ Cfr. più sopra, alla nota 40.

teremo ricorrente e che il Nostro svilupperà assai consapevolmente nel secondo dopoguerra ⁽⁴⁹⁾.

« La lotta per metodi più liberi d'interpretazione » che ha « rotto il chiuso in cui le codificazioni avevan sembrato rinserrare il diritto », e il civilista che « torna oggi a rivedere orizzonti non meno vasti di quelli che ebbe a dominare quando il diritto romano fu legge comune d'Europa e mediante esso si conseguì come un'universalità della scienza giuridica » ⁽⁵⁰⁾.

Malgrado il riferimento, in lui sempre insistente, al diritto romano, che potrebbe sembrare passatista ⁽⁵¹⁾, Vassalli si dimostra pienamente uomo del suo tempo — e consapevole degli indirizzi scientifici a lui contemporanei e dell'itinerario che il diritto sta vivendo in quel decennio cominciato proprio nell'anno della prolusione romana — quando si fa latore di una posizione equilibratamente antilegalistica, reclama « un senso nuovo e sicuro dei rapporti fra la legge e le altre manifestazioni del pensiero giuridico » ⁽⁵²⁾, e, di conseguenza, un rinnovato ruolo attivo per il ceto dei giuristi ⁽⁵³⁾.

Il Nostro, che è eccellente conoscitore della storia comparata delle codificazioni, sa bene che il buono e il duraturo riscontrabile in queste è dovuto all'opera infaticabile e provveduta di tecnici di alto rango presenti nelle commissioni redattrici (siano essi Portalis o von Zeiller, Windscheid o Otto von Gierke, Huber o Pisanelli); ed è

⁽⁴⁹⁾ *Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 404.

⁽⁵⁰⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽⁵¹⁾ E che attiene a quel processo idealizzatorio del diritto romano, che Vassalli serba sempre nell'animo suo. Da un punto di vista rigorosamente storico-giuridico, si potrebbe fare un ulteriore rilievo: che il diritto comune medievale e post-medievale è soltanto formalmente diritto romano, *ius romanum medii aevi*, ma sostanzialmente creazione tutta originale della *res publica christiana*, nella quale l'augusto monumento del diritto classico e giustiniano è chiamato a costruire una sintesi nuova in cui viene completamente trasfuso.

⁽⁵²⁾ « Questo moto che si svolge nel mondo contemporaneo... e ch'è il prorompere della vita e la ricerca di una disciplina più adeguata ci dà un senso nuovo e sicuro dei rapporti fra la legge e le altre manifestazioni del pensiero giuridico » (*Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 404).

⁽⁵³⁾ La frase riportata nella nota precedente si conclude infatti così: « donde ai giuristi deriva responsabilità più grande e rinnovato orgoglio, quasi di *legum conditores* » (dove — se c'è qualcosa da perdonare a Vassalli — è uno svolazzo retorico assai poco sopportabile).

questo già un ruolo attivo e insostituibile che non si può non riconoscere alla scienza ⁽⁵⁴⁾. Ma v'è un ruolo ulteriore, di piena autonomia in ordine alla produzione del diritto, che va rivendicato. È quanto sembra affiorare in quegli anni Trenta così fertili di novità per la storia del diritto europeo.

5. Poi, comincia per Vassalli la grande fatica della codificazione civile. Per vero, essa era da tempo cominciata, da quando — in esecuzione della legge 30 dicembre 1923, n. 2814 — il Nostro era stato chiamato a far parte della commissione di esperti incaricata di « arrecare opportuni emendamenti al codice civile », ma è senza dubbio nel corso del decennio Trenta-Quaranta che il lavoro aumenta di mole e la fatica si fa sempre più pesante quale diretta conseguenza di un ruolo personale sempre più impegnativo ⁽⁵⁵⁾.

Sappiamo già che Vassalli non fu conquistato e intimamente trasformato da questa sua funzione preminente. È però singolare e significativo che sia lui stesso a dichiararcelo in un saggio di grosso rilievo che funge quasi da postilla e da ammaestramento conclusivo da parte non di un qualsivoglia giurista geloso di competenze a lui non affidate ma di un 'legislatore' investito in pieno della produzione della norma.

Il riferimento è, manifestamente, a « Motivi e caratteri della codificazione civile » ⁽⁵⁶⁾, un saggio che per il ricostruttore della biografia intellettuale di Vassalli ha un ulteriore e non minimo pregio: quello di avere una prima redazione e pubblicazione nel 1942 quale informazione per un pubblico generico e una seconda nel 1947 — più sviluppata e tecnicamente più provveduta — riservata alla lettura di addetti ai lavori. Se si fa una — sia pur rapida — collazione fra il testo del '42 e quello del '47, un risultato emerge: la sostanza dei due testi, malgrado alcune variazioni formali, la documentazione di ampie note e la integrazione di rilievi tecnico-giuridici richieste dalla diversità di destinatarii, è pressoché intatta ⁽⁵⁷⁾. Il Codice è frutto genuino del

⁽⁵⁴⁾ *Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 405.

⁽⁵⁵⁾ È infatti nel corso del decennio, dal '31 al '37, che vedono via via la luce i progetti — accompagnati dalle relative relazioni — ai varii libri del futuro Codice.

⁽⁵⁶⁾ Ora in *Studi giuridici*, cit., vol. III, t. II, p. 605.

⁽⁵⁷⁾ È Vassalli stesso ad annotare così, ripubblicando il saggio nella gloriosa e

proprio tempo, né la fine del regime fascista e la nascita in Italia di una democrazia parlamentare separano in due monconi un siffatto volgere di anni, né l'opera del codificatore è stata quella di rappresentante del partito autoritario in seno alla Commissione redattrice.

Vassalli sente l'operato suo e della Commissione come una lettura — e traduzione in regole normative — di un insieme di istanze presenti nella società di metà Novecento e che presenti non erano a metà del secolo precedente; e questo spiega e giustifica perché un discorso redatto prima della caduta del fascismo può vedere la sua sostanza non modificata dopo quella caduta.

La posizione di Vassalli è manifestata in modo esplicito da un esempio eloquentissimo che egli stesso offre abbastanza appartato in una nota. Testimonianza chiara della lettura dei segni dei tempi è per il Nostro la nuova sistemazione del diritto patrimoniale, per una valutazione analitica della quale egli rimanda a un saggio di indole scientifica appositamente dedicato da un altro membro della Commissione elaboratrice, il romanista e civilista Emilio Betti⁽⁵⁸⁾, con questa illuminante postilla che incarna un severissimo giudizio sulla ricostruzione bettiana delle motivazioni della riforma codicistica in tema di patrimonio: « dove [cioè nel saggio bettiano] sia lecito rim-

appena ri-nata 'Rivista italiana per le scienze giuridiche' (vol. I, fasc. I, anno 1947, p. 76 ss.): « Questo discorso, il qual fu pronunciato nel maggio 1942 all'indomani della entrata in vigore del codice — il solo di carattere generale in quella occasione — fu pubblicato in parte nella *Nuova Antologia* del 1° giugno (vol. 77, fasc. 1685, pag. 159 segg.). Pubblicandolo oggi con le parti più tecniche allora eliminate e con l'aggiunta di alcune note, ritiene l'autore di offrire agli studiosi argomento per riprendere l'esame di problemi di politica legislativa e di tecnica giuridica de' quali ogni legge non è che una più o meno provvisoria soluzione » (cfr. *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 634, nota 1).

Alla mia rapida collazione dei due testi l'unica novità sostanziale è proprio la riflessione che Vassalli fa nel '47 (p. 614) e che non poteva, ovviamente, fare nel '42 sul carattere non contingente, cioè non fascista, della costruzione codificatoria.

(58) « Una rappresentazione efficace e di ampio respiro delle esigenze di politica legislativa che si proponevano alla riforma del diritto patrimoniale, e che in parte si attuarono, in parte si smarrirono per compromessi o si corruperro per insufficienze di tecnica, fu data dal BETTI già durante i lavori (*Per la riforma del c.c. in materia patrimoniale-fasi di elaborazione e mèta da raggiungere-Nota all'Istituto Lombardo di scienze e lettere, Rendiconti Lettere*, vol. LXXIV, 2, 1940-41, pag. 301 segg.) » (*Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 622, nota 2).

piangere il frequente riferimento di codeste esigenze alla dottrina del fascismo, davvero inesplicabile in uomo sì dotto, a cui non poteva sfuggire come si trattasse di motivi diffusi nella coscienza del tempo e discussi o attuati in tutti i paesi di corrispondente cultura »⁽⁵⁹⁾.

L'atteggiamento storicistico — che è sempre fatto di rilevamenti, inserimenti, collegamenti e che, in genere, porta a segnare diversificazioni — qui segna invece larghi terreni comuni, ma serve anche ad evitare facili qualificazioni di 'fasciste' a scelte dalla riposata valenza tecnico-giuridica. Ritorna un atteggiamento consueto a Vassalli e che già abbiamo riscontrato in lui nella valutazione della legislazione eccezionale durante il primo conflitto mondiale: inserire il fenomeno contingente italiano in un contesto più ampio grazie ai due strumenti interpretativi essenziali della comparazione orizzontale e verticale, giacché è soltanto da un siffatto inserimento che si eviteranno quei rischi perenni in « un osservatore superficiale o politicamente prevenuto » che consistono nell'appiattare ciò che è diverso ma anche — e non meno culturalmente pericoloso — isolare e frammentare ciò che è comune⁽⁶⁰⁾.

Certamente, nel Codice, accanto a una sapiente e duratura intelaiatura tecnica che non teme la transizione di regime politico, vi sono — e indiscutibili — delle scorie storiche contingenti e pertanto caduche. Tutto ciò è senza dubbio connesso alla invadenza del regime autoritario, ma soprattutto a quell'idea tutta propria della coinè moderna e che il fascismo ha trovato già preconfezionata nel cuore più geloso delle cosiddette democrazie parlamentari: lo statalismo⁽⁶¹⁾, cioè il collegamento del diritto, di tutto il diritto, allo Stato; anche di quel diritto privato che di ciò è particolarmente insofferente, perché « la legge civile rivela un atteggiamento meno prossimo al comando che al ragionamento »⁽⁶²⁾.

Ritorna una costante della posizione intellettuale del giurista Vassalli: il diritto civile non può che essere immiserito e anche tradito se concepito come legge e inchiodato in leggi, giacché nulla ha a che

⁽⁵⁹⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽⁶⁰⁾ Una pagina esplicita in: *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 614.

⁽⁶¹⁾ Rilevanti le ultime pagine del saggio e, soprattutto, le ultime righe: *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., pp. 632-34.

⁽⁶²⁾ *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 608.

vedere con la dimensione autoritaria d'una sovranità, attinge agli strati più profondi della società, si fonda sulla ragionevolezza e sul buon senso, lo si può dedurre — Vassalli direbbe: col 'ragionamento' — dalla osservazione dei rapporti sociali dove si esprime quotidianamente e naturalmente, senza forzature di pubblici poteri.

E ritorna la requisitoria contro il grossolano artificio della civiltà moderna di aver voluto rinchiudere il diritto nella prigione della legge, contro la 'mistica' — propria al secolarismo moderno — della legge e del Codice ⁽⁶³⁾.

E rispunta una istanza riduttiva: la più gran parte del diritto civile, checché voglia e pretenda il legislatore, resta fuori del Codice, e forse è quella socialmente più rilevante perché è quella che i privati osservano di buon grado e a cui si adeguano nei loro privati regolamenti, tanto che le norme codificate arrivano ad essere semplici « norme complementari » ⁽⁶⁴⁾.

E riaffiora l'urgenza di fugare l'idea perniciosa di un Codice come approdo estremo di un itinerario progressivo: mentre è solo il punto di una linea, vicenda di un divenire, « un punto di partenza » ⁽⁶⁵⁾ più che un punto d'arrivo.

Una visione, tutta questa, in cui, accanto al testo e più che nel testo conta la vita della norma nel tempo e nello spazio, e più che della ossessiva ma storicamente artificiosa 'intenzione del legislatore'

⁽⁶³⁾ « Tale che potrebbe dirsi una mistica ci abbia lasciato in eredità l'ottocento nel campo delle leggi, quella del codice civile » (*Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 608).

⁽⁶⁴⁾ « Né... è dal codice civile che si può desumere la visione integrale di un dato ordinamento. Il codice civile, come sanno lo storico e il sociologo, difficilmente dà l'immagine esatta dell'ordinamento della società politica nella quale vige: più spesso rappresenta un mondo ch'è stato o un mondo com'è prospettato o desiderato. Lo studioso dell'aspetto politico deve considerare le norme del codice nel quadro di tutte le norme, spesso assai più importanti nella vita, che sono al di fuori di esso e dentro le quali o subordinatamente alle quali le norme del codice devono trovare la loro applicazione. Le norme del codice, malgrado il prestigio della presentazione, sono più spesso — e soprattutto quelle che hanno attinenza con l'attività economica — delle norme complementari » (*Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 623). Inespressa ma precisa è qui la dialettica validità-effettività, che sottostà a tutto il passo vassalliano.

⁽⁶⁵⁾ *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 631.

conta la applicazione che ne compie l'interprete e le riflessioni che sopra vi esercita la scienza.

Aggiungiamo una ulteriore considerazione. All'incirca coevo della seconda redazione del saggio sul Codice è un discorso, tenuto e pubblicato nel 1946, e in cui Vassalli dà conto dell'esperienza di un soggiorno in Inghilterra, organizzato dal British Council, con fertili possibilità di incontro con colleghi delle Università di Londra, Oxford, Cambridge (66).

Si trattò soprattutto dell'incontro con un pianeta giuridico alieno, il *common law*, con le sue certezze originarie, i suoi valori radicati, il suo itinerario storico appartato, le sue soluzioni inconfondibili; e ne scaturì l'opportunità di comparare nel vivo esperienze che, lungo il solco dell'età moderna, avevano vissuto in maniera diametralmente opposta il rapporto fra diritto e Stato, fra dimensione autoritaria e dimensione sociale dell'ordine giuridico.

L'occasione è pertanto buona per convalidare alcune convinzioni: il divario e quasi il contrasto fra diritto e legge, fra un diritto che è savignianamente dimensione dello spirito popolare e che ha la stessa natura della lingua e del costume, e una legge che troppo spesso sa di tirannide, che è spesso frutto dell'opera inconsapevole di governi « assai più atti a produr *gride* che a dar soddisfazioni ai bisogni del popolo » (67).

E spuntano qua e là notazioni dal carattere preziosamente confessorio. Dell'uomo di cultura palesemente infastidito dalla propaganda ufficiale cui ha dato abilmente vita il diritto borghese e dalla retorica con cui quella propaganda ha coperto qualcuna « delle più grosse turlupnature dei tempi moderni » (68). Del docente di diritto

(66) *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra*, cit.

(67) *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra*, cit., p. 575.

(68) « Una delle più grosse turlupnature dei tempi moderni » sono stati i pretesi « progressi del diritto amministrativo »; infatti, col passaggio dai principati assoluti ai regimi di democrazia parlamentare — venuti a cadere i freni sostanziali al potere arbitrario radicati nel costume e generalmente rispettati — « la cosiddetta fase dello Stato di diritto (*Rechtsstaat*), rappresentata come il trionfo del diritto nei confronti dello Stato e l'assoggettamento della pubblica amministrazione alla legge, ha distrutto tutto ciò: a dei limiti effettivi, con la proclamazione della 'sovranità della legge', ha sostituito dei limiti meramente formali e fittizi, aprendo l'adito ai più incontenibili arbitrî: tanto più quando la legge, collocata nell'empireo dai teorici di quel diritto pubblico, è poi digradata a docile stru-

civile positivo nell'Ateneo di Roma, palesemente infastidito dai molti italici giuristi pronti a stracciarsi le vesti per il carattere fascista del Codice (però solo dopo la caduta del regime) ⁽⁶⁹⁾, che non aveva saputo far di meglio — in un anno accademico difficile quale il 1944 — che proporre ai suoi studenti (e trovarvi rifugio) l'*Istituta civile* ⁽⁷⁰⁾ del cardinal De Luca, esposizione sintetica del tardo diritto privato comune e il Codice svizzero delle obbligazioni, ossia uno dei Codici scientificamente più aperti e disponibili ⁽⁷¹⁾.

Commenta Vassalli questo suo esperimento didattico così inusuale in un insegnante di diritto positivo: « È una specie di massaggio turco praticato sulle mentalità anchilosate da oltre mezzo secolo di positivismo e nazionalismo giuridico » ⁽⁷²⁾. Frase che ci permette di avere la misura esatta dell'atteggiamento del Nostro e di non fraintenderlo. Agli occhi di Vassalli è proprio l'assolutismo giuridico moderno ad apparire come veste troppo costrittiva per le necessarie mobilità, libertà, e autonomia dell'ordine giuridico. Per questo corpo vivo il risultato è stato una dannosa anchilosi, cioè una forzatura e — conseguentemente — anche una stortura. Sul banco degli accusati sono due deformazioni tipiche del giurista moderno e ignote non solo al giurista di diritto comune ma altresì a quello — pratico o teorico che fosse — di *common law*: positivismo giuridico e nazionalismo giuridico.

mento di qualsiasi sedicente governo » (*Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra*, cit., p. 571, nota 2). Passatismo di un Vassalli antistorico *laudator temporis acti* di fronte alle conquiste dello Stato di diritto? Io direi piuttosto la manifestazione franca dell'uggia del colto giurista di fronte a taluni luoghi comuni della propaganda borghese e a talune suadenti edificazioni formali che sono, nella sostanza, o turlupinazioni dei socialmente più deboli, o semplici artifici teorici culturalmente insoddisfacenti (per esempio, come dice lo stesso Vassalli, la legge « collocata nell'empireo dai teorici »).

⁽⁶⁹⁾ E ai quali il Nostro ricorda come talune regole, bollate quali fasciste, fossero in realtà già presenti nel *corpus* giustiniano, o, più addietro ancora, nell'Editto del Pretore, o, addirittura, nelle XII Tavole.

⁽⁷⁰⁾ Vassalli si riferisce alla 'Istituta civile divisa in quattro libri', un'opera del grande giureconsulto lucano Giambattista De Luca, pubblicata postuma a Pesaro nel 1733 (Vassalli usa l'edizione di Colonia di dieci anni dopo).

⁽⁷¹⁾ « Nel 1944, in tempo di vacanza di governi, io portai nella mia scuola di diritto civile l'*Istituta civile* del cardinale De Luca...e il Codice svizzero delle obbligazioni... » (*Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra*, cit., p. 576, nota 1).

⁽⁷²⁾ *Loc. ult. cit.*

6. Quest'ultimo accenno ci consente di passare pianamente al momento conclusivo dell'itinerario vassalliano puntellato da un nucleo di saggi — dal forte contenuto progettuale — in cui la tastiera tematica dello scienziato si apre e si arricchisce e, accanto al consueto rifiuto di un diritto meramente statuale e legale, strettamente connesse a questo rifiuto, si accompagnano l'esigenza e l'urgenza di cominciare a edificare senza ulteriori indugi un diritto sovranazionale almeno nel campo del diritto privato.

Sono tre saggi già da noi menzionati, che vedon la luce in brevissimo torno di tempo, all'inizio degli anni Cinquanta, e che costituiscono occasioni prontamente afferrate di parlare a un pubblico assai più vasto dei soliti venticinque lettori delle Riviste giuridiche italiane: il primo dei tre, « La missione del giurista nella elaborazione delle leggi », è il testo della relazione letta in Campidoglio l'8 luglio 1950 per la inaugurazione del Congresso internazionale di diritto privato; il secondo, « Estrastatualità del diritto civile », è l'oggetto di una conferenza tenuta il 1 ottobre 1951 nella Università di Córdoba in Argentina; il terzo, « Esame di coscienza di un giurista europeo », è parimente il testo di una conferenza tenuta il 6 settembre 1951 nella Università di Buenos Aires e dipoi ripetuta in altri Atenei sudamericani. Occasioni prontamente afferrate per urlare la propria verità al di fuori del sonnolento e intellettualmente pigro pollaio italiano.

La prima verità è uno dei più sentiti elogi della scienza giuridica che mai siano stati scritti da mano di giurista. Vassalli è innamorato della propria scienza ma è anche convinto che il suo ruolo sia quello di esprimere, meglio e più di ogni altra fonte, la natura intima del diritto, coglibile in tutta la sua autenticità particolarmente nella dimensione privatistica: se il diritto privato è soprattutto ragionevolezza e ragione, questo è allora soprattutto affare, mestiere, competenza dei giuristi più che dei legislatori, perché « della ragione, ch'è il pensiero sollecitato sugli oggetti dell'umano interesse, sono cultori i giuristi » ⁽⁷³⁾.

La divisa della politica del diritto del maturo Novecento è pertanto « richiamare il diritto ai giuristi » ⁽⁷⁴⁾, « il problema di oggi

⁽⁷³⁾ *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*, cit., p. 751.

⁽⁷⁴⁾ *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*, cit., p. 750.

[anno 1950] è riportare per quanto è possibile il giurista alle leggi. In fondo, è l'aspirazione di riportare le leggi al diritto » (75).

La storia giuridica appare a Vassalli dominata da un protagonista, lo scienziato, intendendo con questo vocabolo ingannevolmente aulico sia il teorico costruttore di categorie universali, sia l'avvocato e il giudice 'inventori' di soluzioni per il caso che hanno di fronte.

Protagonista sempre; e sempre *conditor*, sia in un diritto a produzione libera — quali *ius commune* e *common law* — dove egli anche formalmente *condit ius* grazie alla sua interpretazione/applicazione, sia in ordinamenti a dimensione sempre più legislativa — quale quello francese dove il *Code civil* è più figlio di Domat, Pothier e Portalis che dello stesso Napoleone (76). Il meglio e il duraturo nei tempi lunghi della storia giuridica ha una matrice scientifica, e ciò in grazia dell'essere il diritto privato una struttura ragionevole e dell'essere lo scienziato un portatore di ragionevolezza.

Se la civiltà moderna ha assunto una coloritura sempre più marcatamente legislativa con un grossolano tentativo di esproprio della funzione tipica della scienza e, quindi, del ceto dei giuristi, se questa opzione per la legge non si può e forse non si deve cancellare in una società tanto complessa e tanto bisognosa di orditure generali e autorevoli, il rimedio più consistente è dare largo spazio ai giuristi nella elaborazione delle leggi; ed è, del resto, facile constatare che « il grande, incessante lavoro del codificare, per tutto il mondo, è un impegno dei giuristi » (77). Sarà una operazione provvida, perché servirà, come lo stesso Vassalli ha precisato e come abbiamo riprodotto più sopra, a « riportare le leggi al diritto ». Frase icastica, che denuncia tutta la sfiducia del Nostro nel legislatore e nella legge e, insieme, la consapevolezza che troppo spesso — nello svolgersi dell'emisfero moderno — molte leggi sono state ben distanti dall'essere diritto, dall'incarnare diritto.

Si ha qui un perfetto capovolgimento delle posizioni illuministiche, e penso per l'Italia alle formulazioni classiche di un Muratori

(75) *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*, cit., p. 751.

(76) Per questo, Vassalli menziona indifferentemente « il diritto romano, il diritto comune del continente europeo, il diritto francese, la *common law* inglese » (*loc. ult. cit.*).

(77) *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*, cit., p. 738.

e di un Beccaria: in esse il rifiuto del giudice, e la scelta del legislatore come fonte di diritto si motivava e giustificava nell'essere il primo coinvolto sino in fondo nelle passioni del caso concreto e in quelle e con quelle irrimediabilmente compromesso, nell'essere il secondo non mescolato e inquinato nelle meschinità del particolare e pertanto in una collocazione superiore che ne garantiva razionalità e serenità. È questo il disegno teorico che gli illuministi amano offrire proponendo una strada che rompe con le vecchie scelte del diritto comune; disegno teorico cui non si potrà negare di essere raffinatamente pensato e suadentemente proposto in rapporto alla caoticità del tardo diritto comune ma di cui non si potrà non rilevare la assoluta astrattezza e, conseguentemente, la artificiosità.

In Vassalli, che scrive duecento anni dopo Muratori e Beccaria e che ha potuto verificare il progressivo svilimento della funzione legislativa troppo spesso in mano a politicanti da strapazzo e troppo spesso strumento delle cupidigie e delle transazioni dei partiti e delle fazioni, è vero esattamente il contrario, e il panorama appare capovolto: « ché non tutti saran disposti a chiamar diritto quella *pirotecnica legislativa* [il corsivo è mio] che delle passioni e degli interessi è l'immediato riflesso » (78).

Qui, in questa riflessione degli anni Cinquanta del nostro secolo, coinvolto nel particolare e nelle sue miserie è il legislatore, ormai ben distante da quell'ammirevole lettore e interprete obbiettivo della natura delle cose quale è il modello settecentesco e perciò incarnante genuinamente il diritto.

Ormai, il distaccato osservatore può giungere alla conclusione opposta: che la legge spesso non è diritto, o è di esso l'immagine farsesca, deformata, tradita. Conclusione che impone che si guardi alla dimensione legislativa del diritto deponendo gli occhiali messi a fuoco dalla sapiente propaganda borghese e servendosi ormai di occhi disincantati; e impone che si cambi rotta, che si riprenda coscienza della intima 'estrastatualità' del diritto privato.

Ritornano pressanti in questi ultimi saggi i vecchi motivi di fondo della riflessione vassalliana: che il diritto civile come « man-

(78) *Estrastatualità del diritto civile*, cit., p. 753.

«cipio dello Stato» è un prodotto recente e contingente (79), così come sono legate esclusivamente al 'moderno' le sue immediate conseguenze, e cioè monopolio legislativo, «onnipotenza giuridica del legislatore», riduzione della interpretazione a esercizio di logica formale sulle di lui affermazioni di volontà (80).

Ma v'è, in questi ultimi saggi, qualcosa di più, che innalza il discorso a un piano squisitamente etico. Il guasto che affiora alla consapevolezza di un giurista dalla intensa vocazione universale non si limita a un livello tecnico, di concezione del sistema delle fonti, ma investe qualcosa di più profondo e di più elevato: ed è la rottura e frammentazione di un tessuto unitario, naturalmente unitario.

La statualità ha diviso in steccati rigidi secondo quanto esige la rigidità delle varie sovranità, e ha quindi territorializzato, nazionalizzato (81), ha contrassegnato di una essenziale autoritatività ciò che doveva scaturire dalla ragione e dal buonsenso (82); senza contare che, nel suo porre in relazione di vincolo necessario diritto

(79) «Il diritto civile non è mai stato mancipio dello Stato, com'è avvenuto nella fase più recente» («*Estrastatualità del diritto civile*, cit., p. 755). Frase ripetuta anche in: *Esame di coscienza di un giurista europeo*, cit., p. 768.

(80) «Onnipotenza giuridica del legislatore» è frase cara a Vassalli. L'abbiamo già rinvenuta venti anni prima nella prolusione romana (cfr. più sopra, nota 45) la troviamo ora ripetuta in: *Estrastatualità del diritto civile*, cit., p. 757, e ribadita in: *Esame di coscienza di un giurista europeo*, cit., p. 768. Nelle due pagine, or ora segnate, dei due ultimi saggi — pagine dal tono icastico, e vere e proprie requisitorie contro l'assolutismo giuridico — sono puntigliosamente elencati i vizi mortali da combattere e rifiutare: «il pensiero per cui il diritto positivo ha da essere la preoccupazione esclusiva del giurista e il diritto positivo s'identifica tutto con la legge, intesa come manifestazione... della volontà dello Stato»; l'ossessione a «ricercare l'intenzione del legislatore e in questa intenzione s'identifica il diritto positivo»; il «pensiero... che pone l'onnipotenza del legislatore»; il «culto del testo di legge e della intenzione del legislatore»; infine — pensiero terminale ma che tutto domina — l'idea del diritto «posto tutto nelle mani dello Stato». Il lettore avveduto, che ha seguito con attenzione lo svolgimento precedente, non troverà nulla di nuovo in queste estreme pagine vassalliane. È, se mai, singolare che Vassalli abbia voluto ripetere l'intero contesto nei suoi dettagli sia nella conferenza di Cordoba sia in quella di Buenos Aires. Più che a pigrizia del conferenziere adoperante il modulo già confezionato, io mi sentirei di ascriverlo al rilievo che il pensiero espressivo assume nel progetto dell'autore.

(81) *Estrastatualità del diritto civile*, cit., pp. 759-60. Di 'nazionalismo giuridico' parlerà nello *Esame di coscienza di un giurista europeo*, cit., p. 767.

(82) «Né si può negare che la statualità del diritto civile abbia pregiudicato,

e potere politico, ha riversato su quello le miserie di questo, lo ha troppo strettamente collegato con gli interessi della classe dominante detentrica del potere ⁽⁸³⁾.

In un momento, come quegli anni dopo la immane catastrofe bellica, di primi balbettii europeistici e di primi timidi progetti unificatori, l'imperativo è uno solo per i cultori del diritto, ed è giustamente con la sua formulazione che si chiude la conferenza sulla 'Estrastatualità del diritto civile': « assecondare, in primo luogo, per quanto è in loro, il movimento in atto verso il superamento del dogma statale » ⁽⁸⁴⁾.

Nell'altra conferenza, esplicitamente dedicata « a un pacato esame di coscienza » ⁽⁸⁵⁾ d'un giurista che non solo geograficamente ma innanzi tutto spiritualmente si sente e intende autoproclamarsi europeo, si fa un passo ulteriore e si affida proprio alla scienza — accanto al compito improrogabile di non lasciar solo l'incólto legislatore nel confezionamento delle leggi regolanti i rapporti fra privati, tendendo « a correggere e a ridurre i vizi della tecnica di tale legislazione » ⁽⁸⁶⁾ — un ruolo promozionale prezioso sul cammino della unificazione.

Un tale affidamento è dovuto alla scienza, e non tanto perché 'tractant fabrilia fabri', quanto perché sono tipici di essa la vocazione all'universale, il superamento di barriere geografiche e politiche, la costruzione di un linguaggio e di un ideario che valgano a tessuto accomunante. Tanto è necessariamente frammentato il terreno delle varie proiezioni legislative, quanto è percorso da una vocazione unitaria — e, quel che più conta, universale — il terreno delle elaborazioni dottrinali.

Lasciamo la parola a Vassalli: « il diritto è una formazione storica delicata e complessa: mal tollera interventi esteriori drastici. Il mag-

insieme con l'universalità della disciplina, quel suo stesso fondamento razionale ed etico che della universalità era la ragione » (*Estrastatualità del diritto civile*, cit., p. 760).

⁽⁸³⁾ « Il diritto di produzione statale più fondatamente va soggetto al rilievo d'essere strumento d'una classe dominante » (*loc. ult. cit.*). Singolare notazione in uno, come Vassalli, che è ben lontano dalla ideologia marxista e dai suoi schemi interpretativi, primo fra tutti la lotta di classe.

⁽⁸⁴⁾ *Estrastatualità del diritto civile*, cit., p. 762.

⁽⁸⁵⁾ *Esame di coscienza di un giurista europeo*, cit., p. 766.

⁽⁸⁶⁾ *Esame di coscienza di un giurista europeo*, cit., p. 771.

giore e più concludente strumento della unificazione è proprio l'opera lenta e sottile che compiono i giuristi: è la dottrina giuridica che, lavorando nei diversi paesi pur su testi di leggi diverse, attua un lavoro quotidiano di ravvicinamento, e da cui l'unificazione... sarà raccolta un giorno come un frutto maturo. Qui si manifesta tutta la forza e l'importanza degli studi giuridici: i quali stabiliscono tra i paesi civili nessi assai più stretti di quelli che si riscontrano nelle legislazioni e che valgono assai spesso a superare le distanze tra le legislazioni; è nel campo della dottrina che si attua ormai una vasta collaborazione internazionale, la quale può essere il nostro più vero orgoglio » (87).

Quel che, chiudendo queste pagine, mi piace di rilevare è la scommessa fatta, cinquanta anni or sono, con straordinaria lungimiranza, da Filippo Vassalli sulla scienza come veicolo di unificazione. Io, su un piano assai più modesto, mi permettevo, lo scorso anno (88), di constatare i cospicui passi in avanti compiuti in Europa da un ceto di giuristi teorici e pratici accomunati dalla urgenza di mettere a disposizione dei privati, per i loro traffici economici e particolarmente nel settore contrattuale, strumenti agili, tecnicamente validi, non vincolati a questa o quella sovranità particolare, strumenti da far valere — per ora — nella loro privata giustizia (89), ma pròdromo di futuri sviluppi.

Vassalli aveva, già ai suoi tempi, intuito che la strada della unificazione legislativa era irta di difficoltà e che spettava ai giuristi, sia pure su un piano non ufficiale, cominciare a indicare possibili terreni comuni. La loro innata tendenza all'universale li costituiva quali soggetti privilegiati in questa straordinaria operazione 'politica'.

(87) *Esame di coscienza di un giurista europeo*, cit., p. 773.

(88) Nel discorso inaugurale dell'anno accademico 1996-97 della Università di Firenze intitolato, per l'appunto 'Legislazione e scienza giuridica nell'esperienza attuale del diritto', e che ora può leggersi, per chi ne abbia voglia, in sedi meno appartate del 'Bollettino' dell'Ateneo fiorentino e cioè in *Rivista di storia del diritto italiano*, LIX(1996) e in *Rivista di diritto civile*, XLIII(1997), p.p.

(89) Il riferimento è ai 'principles of european contract law' (1990) e agli 'Unidroit principles of international commercial contracts' (1994) (su cui v. quanto osservavo in: *Legislazione e scienza giuridica nella esperienza attuale del diritto*, cit., pp. 82-83 (la citazione è dalla *Rivista di diritto civile*).

LE APORIE DELL'ASSOLUTISMO GIURIDICO (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)

1. L'opera di Tullio Ascarelli: una molteplicità di messaggi per il giurista di oggi — 2. Ascarelli: un « viaggiatore giuridico » — 3. Il « viaggiatore giuridico » e il primo nemico da battere: il provincialismo — 4. Percezioni ascarelliane: l'unità dell'esperienza giuridica — 5. Percezioni ascarelliane: la complessità dell'universo giuridico — 6. Percezioni ascarelliane: la complessità del mestiere di giurista — 7. Un messaggio forte: l'interpretazione all'interno del diritto; ovvero l'eresia giuridica di un giurista ortodosso — 8. Un messaggio forte: la dimensione essenzialmente « costituzionale » della interpretazione — 9. Un impegno per il giurista: contribuire alla costruzione del diritto — 10. Scelte metodiche e invenzioni tecniche: in particolare (a) del « negozio indiretto » e (b) del « contratto plurilaterale » — 11. Un messaggio peculiare: storia del diritto e conoscenza giuridica.

1. Quando — parecchio tempo fa — l'amico civilista mi rivolse l'affettuoso e onorevole invito a partecipare a una rimeditazione di Ascarelli pensata e organizzata per la sua Rivista « Diritto privato », risposi subito affermativamente per due buoni motivi: perché mi faceva piacere collaborare al nuovo foglio giuridico fiorentino; perché fin dai miei verdi anni ⁽¹⁾, avevo nutrito ammirazione per il grande commercialista ⁽²⁾ nostro ed avevo maturato e sempre più accresciuto una intensa sintonia intellettuale con lui.

Al momento della mia risposta positiva avevo presenti, come ricostruzione del pensiero ascarelliano, solo il disegno che ne aveva

(1) E ciò sin da quando, alla fine degli anni Cinquanta, nel corso delle mie ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune, mi imbattei in quel capolavoro, scritto da un giovane appena venticinquenne, che è *La moneta - Considerazioni di diritto privato*, Padova Cedam, 1928.

(2) Vedremo, in prosieguo, come questa qualificazione — che pur corrisponde alla intitolazione della cattedra sempre occupata da Ascarelli — sia senz'altro riduttiva per un personaggio di rara versatilità.

tracciato Cajani, tanti anni prima, nell'ambito della « filosofia dei giuristi italiani »⁽³⁾ e le pagine dedicategli da Costa all'interno del suo ampio, brillante, coltissimo saggio sull'influsso di Gény nella scienza giuridica italiana del Novecento⁽⁴⁾. Avviato che ebbi diligentemente una liminale ricerca bibliografica, mi accorsi subito della esistenza di una vasta (e talora eccellente) letteratura in proposito.

Mi accorsi, in primo luogo, che Ascarelli aveva avuto la buona (e rarissima) sorte di alcune commemorazioni che potevan considerarsi rivisitazioni meditate e serissime del suo cammino di ricerca: mi riferisco, in particolare, a quelle di Asquini⁽⁵⁾ e di Bobbio⁽⁶⁾, ma soprattutto di Bobbio⁽⁷⁾ che aveva scavato a fondo intorno al suo itinerario sulla scorta di un materiale amplissimo e talora anche inedito. Più ancora: un illustre filosofo del diritto si era occupato della sua teoria dell'interpretazione⁽⁸⁾, sempre alla sua metodologia ermeneutica era stato recentemente dedicato un intero volume⁽⁹⁾,

(3) Il riferimento è al libro antesignano di LUIGI CAJANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, Cedam, 1955, dove il cap. III è dedicato a *Tullio Ascarelli e il problema del metodo*.

(4) PIETRO COSTA, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20 (1991) — *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, p. 367 ss. (su ASCARELLI, v. p. 484 ss.).

(5) ALBERTO ASQUINI, *Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. I, Milano Giuffrè, 1969, (che riprende un precedente scritto commemorativo: *Nell'anniversario della morte di Tullio Ascarelli*, in *Rivista delle società*, V (1960), p. 997 ss.).

(6) NORBERTO BOBBIO, *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. I, cit., p. LXXXVII ss. (poi anche in N.B., *Dalla struttura alla funzione — Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1977).

(7) È però doveroso ricordare, proprio per il loro carattere di contributi a una analisi scientifica dell'opera di Ascarelli, i compiuti ricordi del suo primo allievo GIUSEPPE AULETTA, *Tullio Ascarelli*, in *Rivista trim. di diritto e procedura civile*, XIII (1959), p. 1209 ss., e del successore nella cattedra romana Giuseppe FERRI, *Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, cit. vol. I, p. CXLI; nonché il saggio di SALVATORE SATTA, *L'apporto di Ascarelli alla scienza del processo*, *ibidem*.

(8) MIGUEL REALE, *La teoria dell'interpretazione nel pensiero di Tullio Ascarelli*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, s. IV, LX (1993), p. 231 ss. Ma si veda anche ANTONIO DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano, Giuffrè, 1974, cap. II, *passim*.

(9) MASSIMO MERONI, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, Milano,

mentre, appena ieri, si era tornati con grande attenzione sulla sua discussa nozione di « diritto vivente » (10).

Occorreva pertanto trovare una dimensione di ricerca che consentisse di non ricalcare le orme già segnate, sottolineando aspetti che, o non erano stati valorizzati, o erano sfuggiti. A un riesame massiccio dell'intera opera ascarelliana, non è stato difficile individuare alcuni profili che gli studi precedenti — abbacinati dalla dottrina della creatività dell'interpretazione — avevano trascurato, profili che una semplice lettura filosofico-giuridica non aveva fatto emergere dalla complessa e strabocchevole pagina ascarelliana e che soltanto una lettura anche tecnico-giuridica avrebbe restituito a tutto il suo profondo spessore.

In seguito a questo riesame ho, anzi, potuto rilevare che, scrivendo io nella primavera del 1997 e cioè a più di trenta anni di distanza dall'indagine di Bobbio (il saggio, a mio avviso, più documentato e pensato) (11), emergevano profili che ponevano Ascarelli in stretto e immediato colloquio con il giurista di oggi, affioravano messaggi di grosso valore per quella coscienza critica dell'odierno giurista che auspichiamo sempre più critica e complessa. Non si trattava di illuminare un profilo della nostra italica nobilissima galleria degli antenati, bensì di contribuire a fondare criticamente il nostro presente.

Il mio riesame, paziente e disponibile, mi mostrava chiaramente Ascarelli al cuore del nostro presente con le sue proposte, le sue provocazioni, soprattutto le sue sincerissime — e perciò tormentate e tormentanti — riflessioni; proposte spesso discutibili e discusse e anche rifiutate (12), spesso provocatorie non per il gusto di fare spettacolo ma per la fedeltà a un impegno morale e civile prima che

Giuffrè, 1989, un libro dove si tratta di molte, di troppe cose: da Savigny alla Pandettistica, dalla scuola dell'esegesi alla filosofia crociana del diritto.

(10) ANDREA PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente — Genesi, uso, implicazioni*, Milano, Giuffrè, 1994 (i capitoli I, II, III della prima parte sono interamente dedicati ad Ascarelli).

(11) Che è datato: settembre, 1964.

(12) Esempi di netto dissenso, espresso dopo la morte di Ascarelli sulla più nota Rivista civilistica italiana, sono il saggio di GUIDO TEDESCHI, *L'insufficienza della norma e la fedeltà dell'interprete (Riflessioni sul pensiero di Tullio Ascarelli)*, in *Rivista di diritto civile*, VIII (1962), parte prima, p. 536 ss., e la prolusione catanese di C. MASSIMO BIANCA, *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*,

scientifico. Ascarelli appare infatti, per tutto il corso della sua non lunga vita, come un pensoso ⁽¹³⁾ personaggio in perenne, quasi ansiosa, ricerca: ricerca della verità, della propria verità.

Si sta forse cedendo a una partecipazione emotiva e ingigantendo l'oggetto della analisi storiografica? Non mi pare proprio. Ascarelli è un giurista e, nelle sue pagine professionali, la ricerca di se stesso è il tentativo di cogliere la propria identità di giurista, di sorprendere il « segreto » del diritto perennemente imperniato (e lui lo avverte in modo convulso) fra immobilità e movimento, fra conservazione e sviluppo ⁽¹⁴⁾. È questo il solido terreno cui sono avvezzo e su cui io lo seguirò, ma non occorre particolare acutezza di sguardo per registrare che la ricerca professionale si inseriva in un'altra più ampia e profonda da cui prendeva vitalità e ala, ricerca di un personaggio certamente non fideista ma di elevata spiritualità ⁽¹⁵⁾ che si poneva implicitamente le più grosse domande della propria fondazione antropologica; lo stanno a dimostrare i riferimenti a un serbatoio senza fondo di letture teologiche, filosofiche, letterarie ma particolarmente a quegli intellettuali francesi dalla coscienza inquieta — che per questo egli ama — al Pascal dei « Pensieri » e delle « Provinciali », autore prediletto e frequentemente citato, e poi a Valery, ad Anouilh, a Simone Weil che legge appena stampata ⁽¹⁶⁾.

ibidem, X (1964), parte prima, p. 486 ss. (su cui cfr. G. TARELLO, *L'autonomia dell'interprete*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLII (1965), p. 159.

⁽¹³⁾ « Un giovane scrittore pensoso »: così lo fissò Francesco Carnelutti, lettore umorale ma penetrante, nella breve ed assai laudativa recensione che egli volle redigere al saggio ascarelliano sul problema delle lacune nel diritto privato, saggio dedicato allo spinosissimo tema da un giovane poco più che ventenne. Nella recensione Carnelutti non manca di sottolineare anche la significativa scelta di quel tema (cfr. *Rivista di diritto processuale civile*, II (1925), parte prima, p. 378).

⁽¹⁴⁾ In quello che è uno dei suoi ultimi scritti, una lettera aperta, del 1958, a Francesco Carnelutti, dove il tono è confessorio e sussistono notazioni autobiografiche, Ascarelli sembra identificare il problema essenziale della sua ricerca nel « cogliere il segreto dello sviluppo del diritto » (*In tema di interpretazione ed applicazione della legge (Lettera al prof. Carnelutti)*, ora in *Problemi giuridici*, tomo primo, Milano, Giuffrè, 1959, p. 153.

⁽¹⁵⁾ In una breve ma sentita commemorazione del civilista Vittorio Polacco, un israelita praticante, il giovane Ascarelli dichiara di ammirare in lui non solo il « forte spirito etico » ma anche il « credente dalla fede purissima » (cfr. *Vittorio Polacco*, in *Diritto e pratica commerciale*, V (1926), parte prima, p. 184).

⁽¹⁶⁾ Significativa la perfetta conoscenza che dimostra e la ampia citazione che fa di

L'immagine che ho inteso porgere sommariamente fin d'ora è quella di un personaggio sorretto da una interiore tensione, in perenne superamento di se stesso perché in perenne ricerca. *Quaesivi et non inveni*: forse gli si attaglia bene il moderno capovolgimento dell'antico monito evangelico ⁽¹⁷⁾; forse Ascarelli non ha trovato quello che ha ansiosamente cercato. Ma ciò non tocca la grandezza della sua lezione metodologica, non sminuisce affatto la sua capacità di colloquio con il giurista di oggi, anzi la intensifica.

Forse il suo spirito inquieto non partecipa convinzioni e certezze, ma non può che parlare un linguaggio suadente all'odierno giureconsulto europeo che vive un difficile e fertile momento di transizione. Ascarelli lo metterà ancor di più in croce con le sue insinuazioni, le sue erosioni, le sue curiosità, il suo coraggio intellettuale, ma potrà forse anche sbarazzarlo da quella infermità di tanti giuristi della storia remota e prossima che è il semplicismo.

Restituendogli il sentimento della complessità lo fa protagonista, protagonista storico, perché è soltanto la coscienza della complessità dell'universo giuridico, della complessità del mestiere di giurista, della complessità della genesi del diritto, che gli permette di aprire gli occhi sulla realtà e riacquisire un ruolo attivo. L'universo diventa estremamente complicato, il mestiere estremamente difficile, la genesi estremamente problematica, ma forse è anche il solo itinerario con cui il suo sapere lascia il più basso livello della « tecnica » sia pure affinata per assurgere a quello alto e spazioso della scienza.

Ho raccolto queste mie notazioni ascarelliane sotto una intitolazione che, negli scorsi anni, ricorre in diversi miei scritti. Mi è parso infatti calzante operare una lettura di Ascarelli, personaggio che è la

La pesanteur et la grace (Paris, Plon, 1948) nella *Prefazione* alla sua raccolta di *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952, p. XL, prefazione di schietta valenza programmatica, che, nella sua inusitata lunghezza, esprime bene la straripante voglia di parlare ai colleghi europei dopo i lunghi anni dell'esilio forzato in Brasile, che lo avevano costretto, certamente non al silenzio, ma altrettanto certamente a un colloquio diretto con i soli giuristi latino-americani.

⁽¹⁷⁾ Che è l'intitolazione (*Quaesivi et non inveni*, Milano, Mondadori, 1973) del felice volume di Augusto Guerriero, un intelligente e colto saggista dalla formazione squisitamente giuridica, sensibilissimo a problemi religiosi. È appena il caso di ricordare che l'intitolazione — di cui si parla — è il perfetto capovolgimento dell'evangelico *quaerite et invenietis* (Matteo, 7, 7).

figurazione perfettamente opposta a quella di un esegeta, alla luce del disagio che serpeggia a fine Ottocento e per tutta la prima metà del Novecento nei giuristi culturalmente più vivi dei paesi a diritto codificato. Sia pure con un messaggio tutto suo e tipicissimo, Ascarelli si presenta ai nostri occhi come il tentativo coerente e imponente da parte di un privatista di rompere il bozzolo soffocante dell'assolutismo giuridico⁽¹⁸⁾, e si inserisce pertanto perfettamente in quel filone minoritario ma vivissimo che percorre la nostra scienza di diritto privato e su cui ho speso attenzione in parecchi saggi.

2. « Viaggiatore giuridico » non è espressione felicissima ma è altamente significativa per due ragioni: perché è lo stesso Ascarelli che autobiograficamente la usa, e non una sola volta⁽¹⁹⁾; perché esprime bene, anche se grezzamente, un carattere costitutivo del nostro personaggio.

Ascarelli fu infatti un viaggiatore per l'intero arco della sua vita, sia in senso proprio, sia in senso traslato. In senso proprio, perché — dopo i lunghi e graditi soggiorni di studio in Germania — fu costretto da un esilio crudele a viaggi e soggiorni fuori Italia culminati in una permanenza quasi decennale in Brasile. In senso metaforico, perché, caratterialmente insofferente a chiusure e recinzioni, non si appagò mai del ristretto terreno del diritto positivo italiano, ma sempre lo volle integrato e arricchito dalle più svariate escursioni all'esterno.

Sorretto da una insaziabile curiosità intellettuale, egli riusciva sempre a far sì che il viaggio (o il soggiorno) nello spazio geografico

⁽¹⁸⁾ Per una precisazione di questo schema dell'assolutismo giuridico si può leggere quanto scrissi in *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli « Atti » di un Convegno milanese e alla ricerca di segni)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988), p. 518 ss., che può essere oggi integrato dalle considerazioni retrospettive espresse recentissimamente in: *Alla ricerca di frammenti di verità — Omaggio a Francisco Tomás y Valiente* (in BARTOLOMÉ CLAVERO, Tomás y Valiente — *Una biografía intelectual*, Milano, Giuffrè, 1997, p. XXXII, nonché in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 25 (1997), p. 795).

⁽¹⁹⁾ La usa spesso in: *Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano* (1947), ora in *Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, nonché in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit. (le citazioni saranno fatte dalla prima raccolta). Vi insiste nella brevissima prefazione alla raccolta di *Saggi giuridici* (datata « San Paolo giugno 1948 »): « i primi cinque tra i saggi qui raccolti hanno un carattere generale e si ricollegano un po' alle mie esperienze di viaggiatore giuridico ».

servisse a dilatare lo spazio culturale del viaggiatore. Così fu — e paradossalmente — per quella lunga esperienza brasiliana che un personaggio banale avrebbe subito e maledetto come una condanna. Ascarelli, personaggio sovrano, riuscì a dominare gli eventi e a mutare in ricchezza della sua vita quanto poteva sembrare una separazione profonda dalle grandi matrici europee.

Né mi riferisco ovviamente ai fatti risaputi del suo successo didattico nelle Università brasiliane, o della fondazione di una fiorente scuola commercialistica, o della sua strepitosa fortuna professionale. Mi riferisco piuttosto alla piena e consapevole immersione nella cultura giuridica brasiliana, allo studio che lui fece dei suoi caratteri peculiari, al giovamento che ne seppe trarre per la sua formazione di giurista, per la sua visione del diritto.

Quel Brasile ospitale, che accolse con generosità diversi cattedratici israeliti europei, solo ad Ascarelli seppe però parlare il proprio autentico linguaggio contribuendo a marcare a fondo il suo itinerario di ricerca. E ciò perché il « viaggiatore giuridico » si accostò a quella apparentemente così remota cultura innanzi tutto con un bagaglio formidabile di conoscenze storico-giuridiche e comparatistiche capaci di metterla interamente a fuoco, e secondariamente con una schietta disponibilità e curiosità.

Ascarelli la valorizzò, ma anche se ne intrise, ne restò segnato. Fino a che punto? Certamente, non fino al punto da recidere la continuità del proprio itinerario: che è e resta unitario, dal saggio sulle lacune del 1925 agli scavi di storia del pensiero giuridico interrotti dalla morte, ma che sicuramente trova nel soggiorno brasiliano la possibilità di una consapevolezza tutta nuova.

Le ragioni — almeno mi sembra — non sono state finora messe in luce, e conviene sottolinearle: consistono tutte nella peculiarità della situazione storico-giuridica del Brasile, che Ascarelli — storicista ma anche provetto storico del diritto — individuò subito traendone conseguenze rilevantissime sul piano metodologico. Díamogli la parola, leggendo con attenzione una pagina comparatistica di diritto privato — scritta nel 1947, appena riapprodato in Europa ⁽²⁰⁾: nel diritto

⁽²⁰⁾ *Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano*, cit. Il saggio, pubblicato sul *Foro Italiano*, riproduce sostanzialmente — a detta dello stesso Ascarelli (p. 109) — il contenuto di una lezione tenuta nel 1944.

brasiliano — osserva Ascarelli — il maggior tratto di tipicità sta nella vigenza ininterrotta, fino alla codificazione del 1916, del vecchio diritto comune di marca medievale integrato sul piano legislativo dalle ordinanze filippine del 1613; questa ininterrotta vigenza fin nel colmo del nostro secolo ha precise e incisive conseguenze sull'abito mentale del giurista brasiliano; infatti, « il giurista brasiliano, forse più di quello europeo, ha sempre presente la differenza fra « diritto » e « legge » e meno che gli altri è incline a lasciarsi sedurre da un mero formalismo positivista, ed è invece indotto a proporre costantemente, di fronte alla norma legislativa, il problema della conformità con il « diritto » (21)

È questo Brasile giuridico, che incunea ancora nel pieno dell'età moderna, dell'età dei Codici, le vecchie e gloriose insegne del diritto comune a ribadire Ascarelli in sue antiche certezze e a dar loro quella coscienza viva che nasce dall'osservazione di un'esperienza viva: un Brasile giuridico, che si rifiuta di immedesimare il diritto nella legge, che anzi coglie la legge come affiorante da quel ben più vasto continente rappresentato dal diritto, e contrappone la rigidità formale di quella alla plasticità concreta di questo (22). Ascarelli, che ha studiato a fondo i dottori dell'antico diritto comune, si compiace di questa reliquia vivente, la pone in stretta dialettica con il patri-monio normale del giurista europeo del secolo ventesimo, individua e sottolinea le differenze (per esempio, il capovolto (23) rapporto fra azione e diritto soggettivo) in un efficace contrappunto fra *ius commune*, *civil law*, *common law*.

(21) *Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano*, cit., p. 110.

(22) Viene a mente la stessa contrapposizione così come emerge da una pagina densissima di Bodin: dove il politologo « moderno » si fonde con lo « avvocato » ancora permeato — a fine Cinquecento — della mentalità del diritto comune.

(23) L'esempio più vistoso che Ascarelli fa della diversa formazione — e quindi della diversa mentalità — del giurista brasiliano rispetto a quello italiano concerne il rapporto logico fra azione e diritto soggettivo, fra situazione giuridica processuale e sostanziale: per il giurista italiano azione e diritto soggettivo sono logicamente scissi, almeno dalla riflessione di Chiovenda in poi; per quello brasiliano sono invece intimamente collegati con un atteggiamento generale che parte dal momento processuale per risalire a quello sostanziale, e il sistema giuridico si articola in una serie di azioni, ciascuna delle quali corrisponde a un determinato diritto (*Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano*, cit. p. 116).

L'immersione nell'esperienza giuridica brasiliana funge da strumento per distendere lo sguardo oltre i confini abituali, per ampliare il paesaggio, per fondare una coscienza nuova di giurista.

3. Ascarelli si è, da sempre, rifiutato di immiserire il diritto in un testo, in una regola scritta da venerare come un prodotto sacro; ha, da sempre, voluto guardare al di là della regola scritta, al suo ambiente, alla rete di relazioni entro cui si collocava; ha, da sempre, ricusato — lui, docente e avvocato in Italia — la facile scelta di mettersi all'ombra quieta del diritto italiano vigente ⁽²⁴⁾.

Da acceso e pertinace storicista, ha sempre amato ampliare il proprio osservatorio e dilatare lo sguardo, comparando e comparando senza sosta, curioso e rispettoso di quanto accadeva fuori di casa sua.

È un costante atteggiamento di insofferenza verso ogni provincialismo, connaturale a un « viaggiatore giuridico » della sua levatura, atteggiamento che la permanenza in Brasile doveva vieppiù corroborare e motivare. Come si è detto poco sopra, la contemplazione attenta dell'universo giuridico brasiliano non poteva che convalidarlo nella sua scelta di fondo: l'analisi comparatistica nel tempo e nello spazio quale autentico salvataggio per il giurista, permettendogli la miglior comprensione del diritto nazionale positivo e fornendogli gli strumenti per contribuire alla continuità vitale di quel diritto nel futuro.

Dal suo cantuccio brasiliano Ascarelli ha la effettiva possibilità di misurare appieno la forza incisiva della comparazione, la carica viva di cui questo orientamento metodico è dotato. La linea di pensiero, sempre latente, sempre sperimentata nell'analisi dei più diversi assetti giuridici, talora accennata sul piano teorico, si fa palese e prende la forma di una serie di manifesti programmatici nel periodo finale del soggiorno in Brasile. Sono infatti del 1945 due scritti fortunati, redatti originariamente in portoghese, che possono essere considerati elementi portanti di un progetto culturale ormai ben definito e, per questo, sonoramente comunicato alla sonnolenta

⁽²⁴⁾ Un esempio — remoto ma chiarissimo — è l'ampio studio su *Il negozio indiretto* (1931), ora in *Saggi giuridici*, cit., e poi anche in *Studi in tema di contratti*, Milano, Giuffrè, 1952 (da cui citeremo), dove il contrappunto costante è fra diritto romano, diritto intermedio, *common law*, dottrina pandettistica.

platea dei giuristi dei paesi di *civil law*: ci riferiamo a « L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione »⁽²⁵⁾ e alle « Premesse allo studio del diritto comparato »⁽²⁶⁾. Nel '52, ormai definitivamente in Italia, il progetto viene quasi urlato agli orecchi dei giuristi nella prefazione alla sua raccolta di scritti comparatistici, una prefazione di inusitata ampiezza, che nelle sue circa cinquanta pagine rivela l'esigenza dello scrittore di esprimersi compiutamente e con assoluta franchezza⁽²⁷⁾.

Qui, in questi scritti di indole programmatica molti sono i nemici da battere, che compaiono nella accanita requisitoria ascarelliana, ma uno soprattutto, perché è un nemico che si annida nel carattere stesso del giurista perennemente tentato dalle comode illècebre dell'esegesi, e perché diventa pertanto assai facilmente costume e mentalità.

La matura prefazione del '52 lo dichiara senza ambiguità. Diámogli la parola: il rischio grosso per quello studioso che si limita all'esame del solo diritto statale vigente è che le realtà studiate « per esser correnti, gli appaiano di ragion naturale tanto da non sospettare che ve ne possano essere di diverse »⁽²⁸⁾, « l'illusione, pur sempre ricorrente, di quanti qualificano come « logiche » le costruzioni del proprio diritto ed « empiriche » quelle dei diritti stranieri, perché tratti a ravvisare come « naturale » e « logico » quanto è corrente nel proprio ambiente »⁽²⁹⁾; l'esigenza primaria è pertanto di sfuggire « al provincialismo naturale di quanti sono tratti dalla propria abitudine a ritenere costanti e universali determinate ideologie, facendo allora del vecchio detto che « tutto il mondo è paese » un ostacolo alla comprensione storica e al progresso »⁽³⁰⁾.

Il provincialismo è il primo nemico da battere perché fa inforcare allo studioso occhiali falsanti e fuorvianti, ingigantisce situazioni oggettivamente modeste, fa credere come parte della natura delle cose ciò che è nulla più che un prodotto storico limitato e contingente.

⁽²⁵⁾ Ora in *Saggi giuridici*, cit., e poi anche in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit. (le citazioni saranno fatte dalla prima raccolta).

⁽²⁶⁾ Ora in *Saggi giuridici*, cit., e poi anche in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit. (le citazioni saranno fatte dalla prima raccolta).

⁽²⁷⁾ *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit. pp. IX-LIII.

⁽²⁸⁾ *Prefazione*, cit. p. XI.

⁽²⁹⁾ *Prefazione*, cit. p. XII.

⁽³⁰⁾ *Loc. ult. cit.*

È soprattutto quest'ultimo il peccato più grave agli occhi di Ascarelli, quello veramente mortale perché condanna a morte la dimensione culturale del giurista. Il Nostro non ha dubbi: occorre universalizzare ⁽³¹⁾ lo sguardo, arricchire il nóvero degli strumenti di osservazione, allargare il campo visivo ⁽³²⁾; e ciò grazie alle due valvole respiratorie della analisi storiografica e di quella comparatistica, della comparazione temporale e spaziale. L'importante è mettere il nostro presente, il nostro *hic et nunc*, in stringente rapporto e raffronto dialettico con esperienze altre e diverse all'insegna di quell'atteggiamento tipico di Ascarelli — e atteggiamento tipicamente storicistico — che è la « comprensione ».

Quante volte un termine e un concetto siffatti son ripetuti nelle sue pagine! Concetto complesso e prezioso, in cui la curiosità e l'attenzione per le diversità si propongono specificamente come umiltà e tolleranza ⁽³³⁾: non la sopravvalutazione miope del singolo patrimonio culturale, bensì il confronto disponibile che non lo annulla ma piuttosto gli fornisce le forze per costruirsi un futuro.

Il « viaggiatore giuridico », uomo che non rinuncia al suo presente, fa tesoro del passato disegnando il futuro: nel suo spirito storia e progresso sono intimamente, essenzialmente, collegati ⁽³⁴⁾.

Il saggio sull'idea di Codice è la traduzione in esperimento del progetto culturale. Il risultato cui tende Ascarelli è comprendere, comprendere quel frutto vistoso della civiltà di *civil law* che è il Codice; ma per raggiungere il risultato non agevole della comprensione si devono individuare itinerarii, mettere a nudo radici, mettere a fuoco soluzioni diverse date da diverse civiltà giuridiche. Statualità del diritto, principio di legalità, gerarchia delle fonti, divisione dei poteri — cioè tutto il complesso dommatico del diritto moderno — sono esaminati al centro di un amplissimo crocevia di strade che

⁽³¹⁾ « Lo studio del diritto limitato ai confini di un solo paese o un solo popolo si mostra sempre insufficiente, non foss'altro per la stessa « umanità » della storia e del diritto; deve perciò essere studiato su un piano universale » (*Premesse allo studio del diritto comparato*, cit., p. 10).

⁽³²⁾ Uno dei risultati sarà anche « la formazione di un "linguaggio" giuridico internazionale » (*ibidem*, p. 5).

⁽³³⁾ È lo stesso Ascarelli che tesse l'elogio della comparazione per il suo naturale indurre alla « modestia » e alla « tolleranza » (parole sue; cfr. *loc. ult. cit.*).

⁽³⁴⁾ Un esempio fra i tanti è nella *Prefazione*, cit. p. XII.

vanno a raggiungere il diritto comune medievale, il giusnaturalismo sei-settecentesco, l'empirismo giuridico anglo-sassone e il *common law* ⁽³⁵⁾. Per capire occorre scavare, tessere relazioni, operare raffronti. Il risultato sarà non soltanto la comprensione del « codice », ma una comprensione critica provvedutissima, che, mentre comprende e proprio perché comprende, si predispone la possibilità e capacità di andare oltre.

Dunque, universalismo temporale e spaziale. Ma v'è un ulteriore e non meno prezioso universalismo che si deve raggiungere e che l'analisi comparatistica tiene come suo carattere e privilegio: ed è quello che si rifiuta di isolare e favorire questa o quella fonte, com'è per la legislazione nella cultura di *civil law*. Il comparatista, sia temporale che spaziale, è sempre, secondo Ascarelli, ricostruttore d'una esperienza giuridica nel suo complesso, sempre sorretto dalla precisa coscienza dell'unità del sistema giuridico ⁽³⁶⁾, sempre attento — accanto alla legislazione — alla dottrina, alla giurisprudenza pratica, alla stessa « pratica contrattuale » ⁽³⁷⁾; per di più tenderà sempre a rendersi conto dell'ambiente che ha prodotto la regola giuridica, delle forze plurali che l'hanno sollecitata, del contesto in cui si distende la sua durata ⁽³⁸⁾.

Insomma, la comparazione, il cui studio « rientra tra le discipline storiche e sociologiche del diritto » ⁽³⁹⁾, ha per oggetto il diritto effettivamente applicato, il « law in action » ⁽⁴⁰⁾ e non soltanto forme giuridiche relegate in un testo.

La lezione che ne può ricavare il cultore d'un diritto vigente è grande: che l'esperienza giuridica è una, e non è scomponibile se non pagando l'altissimo costo di sezionare un corpo vivo; che

⁽³⁵⁾ *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit., *passim* ma soprattutto le pp. 41-56.

⁽³⁶⁾ Nella comparazione è « indispensabile il tener sempre presente l'unità del sistema giuridico nel suo complesso » (*Premesse allo studio del diritto comparato*, cit. p. 6).

⁽³⁷⁾ *Ibidem*, p. 8.

⁽³⁸⁾ *Ibidem*, p. 9. Ma si veda anche *Prefazione*, cit. p. XII: « attraverso la comparazione riusciranno così più chiari i nessi tra sistemi giuridici da un lato e strutture sociali ed economiche, tradizioni di pensiero, sviluppo dall'altro ».

⁽³⁹⁾ *Ibidem*, p. 12.

⁽⁴⁰⁾ *Loc. ult. cit.*

quell'esperienza può certamente essere considerata da diversi angoli di osservazione a seconda delle sue diverse dimensioni ma che non può mai essere dimenticata la sua struttura unitaria; che l'esperienza giuridica non ha solo un livello formale ma si proietta e si legittima al livello dell'effettività che è quello della vita quotidiana ⁽⁴¹⁾.

Il monito antiprovincialistico di Ascarelli si estende: se è provincialismo guardare unicamente al proprio paese, è ugualmente provincialismo farsi ricostruttore, o di fonti giuridiche parziali, o di cortecce risecchite come talune forme giuridiche ormai resecate dal tessuto del « diritto vivo ».

4. Le « Premesse allo studio del diritto comparato » sono, come si è visto, dominate da un richiamo insistente e intenso alla unità dell'esperienza giuridica. Scritte nel '45, rappresentano il messaggio di un giurista che la lunga vicenda brasiliana aveva convalidato nella sua scelta unitaria, se non altro per quella intima funzione tra dimensione processuale e dimensione sostanziale che in Brasile era giunta intatta fino al pieno Novecento⁽⁴²⁾.

Le « Premesse » rappresentano un momento di ricchezza e di maturità del Nostro, ma si tratta di un momento confermativo in cui prende il suo volto definito una antica certezza. Ascarelli ha avuto sempre nettissima la percezione che tante barriere erette all'interno dell'esperienza giuridica andassero rimosse ed è stato sempre insofferente a ripartizioni troppo rigide; è significativo che, commemorando — nel '33 — su un prestigioso foglio giuridico la figura di Alfredo Rocco (un commercialista da lui tanto diverso), ne esaltava l'immagine di giurista completo, che aveva vissuto e conclamato la concezione unitaria della scienza del diritto ⁽⁴³⁾.

Lo stesso Ascarelli, avviando la sua opera di rinnovamento del

(41) Ecco il rischio: « fra il diritto legalmente sanzionato ed il diritto vivo, quotidianamente applicato dalla giurisprudenza, corre spesso un divario che può essere abbastanza accentuato » (*ibidem*, p. 7). Merito della comparazione è « di cogliere nel vivo, in una esperienza concreta, il diritto nel suo ambiente sociale » (*ibidem*, pp. 10-11).

(42) Vedi quanto abbiamo notato più sopra, alla nota 23.

(43) *Alfredo Rocco*, in *Rivista di diritto civile*, XXVII (1933), p. 379. Egli riprenderà la esaltazione di Rocco come giurista sorretto da una ferma intuizione unitaria in: *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 488.

diritto commerciale italiano, un'opera tutta incentrata sul disegno di nuove figure capaci di tener dietro alla prassi contrattuale in rapidissima evoluzione, avverte i limiti di un ricorso ai soli strumenti offerti dalla tradizione concettuale e tecnica dei privatisti e attinge a piene mani, dichiaratamente — direi: programmaticamente — al di fuori del proprio orto conchiuso. Qualche esempio varrà a dimostrazione.

Nel 1928, provocato dalla lettura di un tentativo carneluttiano di costruzione teorica del regolamento collettivo, attratto dal cospicuo e significativo fenomeno dell'ordinamento corporativo italiano così gremito di novità e così erosivo di inveterate confinazioni, sente il bisogno di scrivere « Sul contratto collettivo di lavoro »⁽⁴⁴⁾. È interessante scorrere le sue fonti documentarie: ovviamente i primi « corporativisti », ma anche pubblicisti (Donati, Romano, Cammeo, soprattutto Kornmann), internazionalisti (Anzilotti, Perassi), filosofi del diritto (il Radbruch della « Rechtsphilosophie » e il Kelsen della « Allgemeine Staatslehre »). E si profila chiara quella che è una vocazione peculiare di Ascarelli, che io chiamerei « definitoria » e che lui chiamerà più tardi « tipologica »: il disegno rigoroso di schemi ordinanti in cui contenere lo straripante emergere delle figure grezze e saporose inventate dalla prassi d'ogni giorno. Per quest'opera definitoria non ci sono riparti di competenza; anzi, c'è la convinzione che è soprattutto il grande serbatoio della scienza giuspubblicistica — impinguata di fresco dai ripensamenti dei giureconsulti weimariani — a dare un contributo fondamentale.

È l'operazione che delinea due anni dopo cominciando un lavoro autenticamente « definitorio » su quello che sarà uno dei suoi temi preferiti ma anche una delle sue preziose costruzioni teoriche, e cioè il « negozio indiretto ». In un saggio tutto dedicato a segnare i contorni di nuove figure⁽⁴⁵⁾, unendo insieme sensibilità per le richieste della vita degli affari ed esigenze di schematizzazioni rigorose, egli non ha esitazione a tentar di vedere chiaro fra contratto misto, negozio indiretto e « negotium mixtum cum donatione », un

⁽⁴⁴⁾ Ora in *Studi in tema di contratti*, cit.

⁽⁴⁵⁾ *Contratto misto, negozio indiretto, « negotium mixtum cum donatione »* (1930), ora in *Studi in tema di contratti*, cit.

groviglio e un sovrapporsi di funzioni, instaurando dei « parallelismi istruttivi in tutto il vasto campo giuridico »⁽⁴⁶⁾ e ricorrendo a una propria ricchissima conoscenza tecnica⁽⁴⁷⁾.

Ed è la medesima operazione che conduce indagando, analizzando e costruendo in quell'altro suo terreno d'elezione che è il « contratto plurilaterale »; operazione quest'ultima cui si dedica senza risparmio dal 1945 fino alla morte, dimostrando che le istanze unitarie rappresentano in lui un duraturo tratto caratteriale⁽⁴⁸⁾. Il ripetuto martellio su un tema siffatto è, per più di un aspetto, rilevante: conferma l'atteggiamento definitorio e l'impegno del giurista nella costruzione di nuove figure assolutamente necessarie a garantire l'adeguamento tra forme giuridiche e sostanza economico-sociale, conferma che questa costruzione non avviene mai cerveloticamente ma in forza di un metodo squisitamente induttivo, « è un risultato raggiunto induttivamente » sulla base di un largo esame storico-comparativo⁽⁴⁹⁾; conferma la necessità di uscire dal pur ampio campo delle schematizzazioni tradizionali della tecnica privatistica per arricchirsi altrove, per appropriarsi di schemi altrove ipotizzati e collaudati.

È quest'ultimo atteggiamento ad interessarci ora, ed è l'immagine di un giurista guidato dalla percezione sicura della unità dell'esperienza e della cultura giuridiche. L'idea del contratto plurilaterale nasce — lo vedremo più avanti — dalla insoddisfazione per l'impiego della usuale teoria privatistica del contratto nella strutturazione d'una società commerciale. Se Ascarelli riesce nell'intento di ritagliare (e autonomizzare) all'interno della categoria contrattuale un « contratto plurilaterale » come « contratto di organizzazione » da contrapporsi quasi ai contratti di scambio, lo si deve alla sua attenzione verso le analisi dei giuspubblicisti più liberi dalla tradizione romanistico-pandettistica e più capaci pertanto di un disegno

⁽⁴⁶⁾ *Ivi*, p. 83.

⁽⁴⁷⁾ È significativo che egli, in questa ansiosa ricerca *extra moenia*, faccia incursione nel diritto penale riflettendo sull'istituto del concorso formale di reati (*ivi*, p. 83), nel diritto sindacale (*ivi*, p. 84), nel diritto internazionale privato (*ivi*, p. 84).

⁽⁴⁸⁾ La prima traccia compiuta sembra essere *Il contratto plurilaterale* (redatto nel '45, in portoghese), ora in *Saggi giuridici*, cit., e poi anche in *Studi in tema di contratti*, cit. (da cui si citerà).

⁽⁴⁹⁾ *Il contratto plurilaterale*, cit. p. 156.

innovativo. E il Nostro non ha esitazione a confessarlo: « può dirsi che sono state le indagini dei pubblicisti quelle che, attraverso l'elaborazione di figure negoziali diverse da quella del contratto... hanno fatto sorgere dei dubbi circa la possibilità di raffigurare un contratto in alcuni istituti privatistici (quali la costituzione di una società e di una associazione) che venivano tradizionalmente, ma senza ulteriore esame, configurati come contrattuali » (50).

Un ultimo esempio: al di sopra degli interventi su singoli istituti, è proprio sul delicato terreno della stessa orditura del « diritto commerciale » come disciplina autonoma che l'utilizzazione di schemi giuspubblicistici si rivela preziosa. Ascarelli avverte sin dai suoi anni giovanili l'esigenza autonomizzante, non come rivendicazione campanilistica bensì come rispetto di una specialità che nasce dalla stessa organizzazione della vita economica (51). Il diritto pubblico con i suoi minori condizionamenti culturali, con il suo minor formalismo, con il suo continuo contaminarsi con il vivo delle forze storiche, insomma con la sua maggior disinvoltura sul piano tecnico, poteva offrire modelli e sostegni. Il Nostro si rifà con ammirazione lo abbiamo già accennato più sopra — alle proposte coraggiose di Alfredo Rocco per una « coordinazione di norme pubblicistiche e privatistiche » (52) e, in una zona limitrofa al diritto commerciale, a quanto aveva fatto Antonio Scialoja per l'autonomizzazione del diritto marittimo attuando questa coordinazione e dimostrandone « la possibilità e la fecondità in molti istituti » (53). Egli ha coscienza che non si tratta di una operazione artificiosa, dello zelo falsante dei commercialisti per ritagliarsi una sorta di sovranità in un frammento di esperienza giuridica.

Ascarelli contempla invece, coi suoi lucidi occhi storicistici, l'evolversi del secolo ventesimo soprattutto dopo quello scossone,

(50) *Occhio ai concetti* (1950-52), ora in *Studi in tema di contratti*, cit., p. 177.

(51) È un tema insistente. Si veda soprattutto: *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, cit.; *Natura e posizione del diritto commerciale* (1947), ora in *Saggi giuridici*, cit., e in *Saggi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit.; *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione* (1953), ora in *Saggi di diritto commerciale*, Milano Giuffrè, 1955.

(52) *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, cit., p. 488.

(53) *Loc. ult. cit.*

salutare e violento insieme, costituito dall'evento tragico della prima guerra mondiale con le sue esigenze contingenti e con le risposte che a quelle esigenze si era dato con la cosiddetta legislazione di guerra; uno scossone che i ripensamenti weimariani e nazionalsocialistici in Germania ⁽⁵⁴⁾ e le proposte corporativistiche in Italia avevano reso ancor più violento.

Le vecchie confinzioni fra le antiche *positiones* ulpianee si allentavano, il diritto pubblico cresceva in virulenza ed influenza ed offriva strumenti per rompere la vecchia unità civilistica ancora ammantata nella perfezione dei suoi rapporti astratti che il giusnaturalismo aveva furbescamente costruito sulle stampelle della tecnica romanistica. Problemi come « una maggiore discrezionalità del giudice », « come l'abuso di diritto e l'azione di arricchimento », proprio nel loro aspetto di « una maggiore considerazione della natura concreta dell'atto e dello scopo sociale della norma » ⁽⁵⁵⁾, si mostravano in grande sintonia con le istanze della prassi commercialistica verso figure giuridiche più immediate e fattuali. Ciò che, ancora nei primi anni Trenta, poteva apparire ereticale per un vecchio civilista adagiato sui comodi stalli della esegesi codicistica, era per il commercialista la corrispondenza ai segni dei tempi.

Questa insofferenza a steccati, questa percezione sicura dell'unità della esperienza giuridica è un messaggio costante di Ascarelli, ed appare un richiamo da non perdere per il giurista di oggi. Il « viaggiatore giuridico », lo studioso che senza improvvisazioni aveva indossato i panni dello storico e del comparatista, che aveva placato la sua curiosità leggendo di tutto ben oltre i termini tranquilli del proprio terreno professionale, poteva farlo senza incorrere nel pantano dell'eclettismo. Che è un rischio, un rischio grosso per chi non abbia l'ingegno e la cultura del Nostro; ma che è anche un rischio da correre per evitare che la cultura giuridica sia fatta di tante linee parallele che non si incontrano e che, anzi, bellamente si ignorano. Di pari passo con l'approfondirsi dello scavo nei singoli

⁽⁵⁴⁾ Lo abbiamo messo in evidenza seguendo l'itinerario di ricerca civilistica di Franz Wieacker (cfr. P. GROSSI, *Un grande giurista del nostro tempo: Franz Wieacker*, in *Rivista di diritto civile*, XLI (1995), parte prima).

⁽⁵⁵⁾ *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, cit. p. 488.

settori — merito e privilegio della scienza giuridica contemporanea — c'è stato un naturale immergersi e quasi seppellirsi in esso. Immersione e seppellimento che una organizzazione accademica fondata sulla divisione degli scienziati-giuristi in tanti raggruppamenti pensati come un arcipelago sparso non può che cristallizzare e acuire.

Le tessere devono invece potersi ricomporre in un mosaico unitario almeno nella coscienza del giurista: cui non si chiede né onniscienza né capacità di trasformismi ma attenzione e ascolto per quanto avviene nei terreni circostanti e, ovviamente, disponibilità ad arricchire ed integrare il proprio patrimonio di nozioni. Oggi, di fronte a un'esperienza giuridica che marcia e muta rapidamente, c'è bisogno di un confronto dialettico che coinvolga i vari frammenti culturali non per annullare le varie isole di ricerca ma per gettare ponti fra di esse. L'arcipelago — per continuare l'immagine di poco sopra — deve, in questa conquista d'una maggior consapevolezza, riprendere il suo volto essenziale di continente unitario.

5. Unitario ma anche complesso, estremamente complesso. Di questa complessità Ascarelli è stato sempre il testimone franchissimo, anche se questa franchezza lo condannava all'isolamento in mezzo ad una platea pressoché unanime di giuristi appagata e compiaciuta di un ordine giuridico sorpreso e identificato in una superficie piatta, quasi geometrica nella sua semplicità legislativa.

Ma sgombriamo subito il passo e chiariamo che cosa si intenda quando qui si parla di complessità. È un sentimento duplice che affiora: di insofferenza per il paraocchi usuale, che limita l'attenzione del giurista al solo diritto positivo ufficiale, consolidato nelle sue cristallizzazioni autoritarie; di consapevolezza che il continente giuridico, anche se affiorante con una sua cuspide legislativa, è per buona parte sommerso, e quella porzione sommersa è forse la più rilevante, e non è inerte ma preme sulla superficie e la condiziona e la modifica.

Sentimento della complessità, ossia coscienza che il diritto è solo apparentemente un ordine statico ma che, nel suo intimo, è percorso e vitalizzato da una sua dinamica, quasi una realtà a più strati che rimarrebbe immiserita se valutata prescindendo da questo gioco complesso di forze, l'unico che garantisce all'ordine giuridico di non coartare, bensì di organizzare convenientemente il mutamento sociale.

L'attenzione del giurista deve rivolgersi anche agli strati profondi; non può lasciarsi monopolizzare dal « diritto legalmente vigente » trascurando e condannando nel limbo della irrilevanza « quello socialmente vigorante »; deve, al contrario, abbracciare le due dimensioni — e ricomporle — « in una visione completa del sistema giuridico » (56).

La percezione della unità dell'esperienza giuridica resta incompiuta e insoddisfacente se non viene integrata dalla percezione della sua complessità. È la dignità metodologica che domina tutta l'opera di Ascarelli ed è anche una delle sue lezioni più alte e più attuali. Ci sono strati diversi del giuridico dove operano fonti varie e diverse; v'è un livello formale dove primeggia il legislatore ma v'è un livello sostanziale — che io chiamavo, più sopra, sommerso — dove il diritto mostra di essere « il frutto di uno sforzo collettivo » (57), di una « opera collettiva » (58) e dove molle propulsive — fonti, se vogliamo — sono maestri di diritto, giudici, operatori pratici, anche e forse spesso dei semplici « profani » (59) portatori del loro patrimonio di buon-senso nella prassi quotidiana degli affari.

Il diritto è tutto questo e sarebbe miope misconoscerlo, anche perché il suo sviluppo non è stimolato tanto dalle posizioni ufficiali quanto dai fermenti che provengono coralmemente dal basso. Ascarelli è infastidito dalla gigantizzazione del legislatore nella cultura moderna, dove tutto si risolve in un problema di competenza: è diritto ciò che è imputabile ad una precisa volontà proclamata in un preciso momento e soltanto a quella (60). Il risultato è una sorta di divinizz-

(56) *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione* (1946) ora in *Saggi giuridici*, cit., p. 104 (nonché in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit. (le citazioni sono fatte dalla prima raccolta).

(57) *Posizione del diritto della navigazione* (1950), ora in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit. p. 283.

(58) Idea ed enunciazione ricorrenti. Chiarissimamente in: *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 104, e in *Contrasto di soluzioni e divario di metodologie* (1953), ora in *Saggi di diritto commerciale*, cit., p. 565.

(59) « i profani contribuiscono, assai più di quanto non credano, allo sviluppo del diritto »: è la frase contenuta in uno degli scritti di Ascarelli maggiormente programmatici, e scritto remoto perché risalente agli anni 1930-31 (cfr. *Il negozio indiretto*, cit., p. 71).

(60) Cfr. *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XLI, dove espressamente parla della interpretazione che si rifà ad « una legge dettata ed

zazione di quella volontà, identificata analizzata sillabata con lo stesso zelo del teologo rispetto a un frammento della Rivelazione. E tutto assume un sapore artificioso, una dimensione che il Nostro, usando volentieri il vocabolario marxiano, non ha esitazione a bollare come « sovrastrutturale ».

La conclusione ha da essere altra: complessità dell'esperienza giuridica e, conseguentemente, ampia coraltà di fonti; il diritto quale frutto di fonti plurali statuali ed extrastatali ⁽⁶¹⁾, con un recupero alla integralità della società ⁽⁶²⁾, con una sua sottrazione all'abbraccio soffocante del « politico ».

Accanto alla dimensione della validità, ecco proporsi in tutta la sua virulenza storica quella dell'effettività; e, accanto alla regola formalmente vigente, anche (e soprattutto) quella « socialmente vigente » con un rilievo tutto nuovo per la « funzione storicamente assolta dalla norma e dall'istituto » ⁽⁶³⁾.

Con una precisazione necessaria che tipizza il messaggio ascarelliano: questa dialettica, così sentita, fra validità ed effettività non è la considerazione di un rapporto tra ciò che è diritto e ciò che sta fuori del diritto anche se di esso contrappunto prezioso; questa dialettica è interna al diritto. In altre parole, la dimensione dell'effettività appartiene all'universo giuridico non meno della validità, invece di restare come un traguardo auspicabile ma irrimediabilmente fuori della giuridicità.

Ecco la considerazione « plurale » di Ascarelli, la valorizzazione dei vari strati, la visione complessiva e anche complessa dell'espe-

imputata ad una volontà, perciò quasi divinizzata, che l'impone fino ad identificare nel diritto un sistema « positivo » inteso come sovrastruttura fondata su un'imputazione di competenza normativa (anziché identificare la positività con la stessa vigenza e cioè con la storicità del diritto) ».

⁽⁶¹⁾ *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 107 (« è vano anche negare la perdurante enorme importanza che sempre presenta la produzione di norme giuridiche anche per altra via, sia o non sia riconosciuta nel sistema prodotto da quelli che ho poco fa chiamato gli organi specializzati »).

⁽⁶²⁾ « Il diritto non è che la considerazione sotto un aspetto normativo dell'intera realtà sociale e la astrazione di questo momento non deve fare dimenticare la unità del fenomeno » (*La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale* cit., p. 485, nota 1).

⁽⁶³⁾ *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XI.

rienza giuridica: la quale è composta di « diritto legalmente sanzionato », ma anche di « diritto vivo », di « diritto effettivamente applicato », di « law in action » (64), perché il diritto non è imposizione di una norma autoritaria prescindendo dalla reazione del corpo sociale, ma è innanzi tutto accoglimento da parte della comunità che accetta di vivere la norma, di far della norma l'impasto organizzativo della propria vita: « il valore della legge dettata sarà sempre e solamente quello che le deriverà dalla sua interpretazione generale accettata, tornando così a rivelarsi nella generale accettazione e convinzione la base ultima del diritto » (65).

Il nesso simbiotico con il corpo sociale — ovvio ma troppo spesso dimenticato o deprezzato — è anche la garanzia che il diritto non si riseccherà distaccandosi dalla sua linfa nutritiva. Uno spettro incombente è per Ascarelli la legge incapace di seguire il mutamento sociale, formalmente valida ma inutile o addirittura dannosa perché galleggiante astratta al di sopra della storia umana, una legge la quale — più che norma — è solo un testo cartaceo.

In una nota, premessa a una parte dell'ultimo volume collettaneo da lui curato e apparso dopo la sua morte, i « Problemi giuridici » (66), Ascarelli sente il bisogno di precisare: « Negli studi sotto questo numero è a volte usato il termine « norma », anche in proposizioni nelle quali, in coerenza con le considerazioni svolte negli studi (cronologicamente posteriori), raccolte sotto il seguente numero IV, dovrebbe essere usato il termine 'testo' ». Segno che il disagio per la disgiunzione (e talora opposizione) tra norma valida e norma effettiva è via via così cresciuto di consapevolezza e di intensità da far identificare all'ultimo Ascarelli la norma valida in un testo; un testo, cioè una cristallizzazione, che per essere pienamente regola giuridica del corpo sociale ha bisogno di dimostrarsi effettiva, effettivamente accettata e operante. E sarà questo, come vedremo, agli occhi del nostro commercialista, il merito grande della

(64) Terminologia e concetti ricorrenti. Un esempio: *Premesse allo studio del diritto comparato*, cit. pp. 7 e 12.

(65) *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XLIV.

(66) È la nota alla pagina iniziale della « parte terza » dedicata proprio a « Norma giuridica e realtà sociale » (cfr. *Problemi giuridici*, tomo primo, cit., p. 67).

interpretazione/applicazione: essa ha di fronte testi ma, ponendosi mediatrice fra questi e i fatti sociali, crea la norma, giacché « la norma non è « racchiusa » nel testo, sì da poter essere ivi scoperta » (67).

L'incubo di Ascarelli è il testo come prigione della norma, la riduzione del diritto a un universo di testi di cui il giurista è il modesto contabile; e lo scopo che lo conquista e lo infiamma, quasi che si trattasse di una operazione di carattere morale, è la sua liberazione. E si capisce perché, se il comune giureconsulto si contenta della superficie piatta dei testi, della statica del diritto raggrumata in quel punto anonimo della linea storica che è il diritto formalmente vigente *hic et nunc*, egli amplii il suo orizzonte e complichì — complichì coscientemente e con trasporto — l'esperienza giuridica sorprendendola e studiandola anche dinamicamente.

Con la precisazione ovvia — che riprende quella precedentemente segnata a proposito di validità ed effettività — che l'aspetto dinamico è interno al diritto, che la storia è soltanto il diritto che vive e si sviluppa e si costruisce il proprio futuro. Se il testo è troppo spesso un diritto senza futuro essendo il testo, da solo, senza l'intervento « miracoloso » dell'interprete, una realtà metatemporale, la norma, la norma dinamicamente colta in tutte le sue radici col sociale, ha per sua natura la doppia valenza di organizzazione del presente e presagio del futuro.

Al centro della attenzione per la dinamica giuridica si pone il rapporto fra diritto formale ed equità, e il ruolo fondamentale conferito a quest'ultima. È un tema/problema ripetuto fino alla noia e in cui Ascarelli dimostra la sua stoffa inimitabile di giurista disinibito sì ma provvedutissimo. Se la pagina ascarelliana può essere considerata il più aperto elogio dell'equità mai scritto da un giurista, occorre infatti rendersi conto del peculiarissimo significato che la nozione assume in quella pagina.

È equità una fattualità greve che giunge a intorbidare e confondere i limpidi tratti dell'ordine giuridico? Si tratta della stessa equità per la quale è restato celebre negli annali della giurisprudenza

(67) *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione* (1957), ora in *Problemi giuridici*, cit., p. 145.

francese il « bon juge Magnaud » e consistente in un incontrollato ingresso della dimensione irrazionale? Ascarelli sa benissimo che il termine equità è di quelli che provoca immediati esorcismi da parte del legalismo moderno, e ha cura di precisare: nessun riferimento alla identificazione grossolana dell'equità con la giustizia del caso concreto, bensì la indicazione, più pacata, di quella contrapposizione che si è sempre verificata nella storia del diritto fra un sistema « tradizionale » e un sistema « equitativo » e dove equità vuol dire emersione di nuove valutazioni e nuovi principii e nuove soluzioni (68). Il binomio diritto formale-*aequitas*, in altre parole, « risponde a quella conciliazione tra esigenze di conservazione e di progresso, di rigidità ed elasticità che è immanente in ogni sistema » (69). E affiorano alle labbra dello storico e del comparatista le facili ma probanti evocazioni del rapporto dialettico fra *ius civile* e *ius honorarium* nell'esperienza romana e fra *common law* ed *equity* in quella anglosassone.

Anche qui il dato saliente, il tratto caratterizzante, è soprattutto uno: l'equità non è fuori del diritto ma fa invece parte del suo meccanismo interiore; il sistema giuridico si scandisce sempre in un rapporto dialettico di cui l'equità rappresenta un momento essenziale. Il diritto trova al suo interno la capacità stessa di innovarsi e di rigenerarsi, insomma di adeguarsi alle richieste mutevoli della società.

Visione dinamica della esperienza giuridica, che è sorpresa nell'atto di prefigurarsi il proprio futuro, di nutrire in sè il proprio futuro: il quale non proverrà dal di fuori come un corpo estraneo ma è già potenzialmente entro le mura della cittadella giuridica dove attende la sollecitazione di stimoli esterni per prender forma; e sarà, nella più gran parte dei casi, integrazione complicazione deformazione di istituti tradizionali, vecchie strutture chiamate ad assolvere

(68) « l'equità non è tanto la giustizia del caso concreto o l'attenuazione delle rigorose conseguenze del principio date le peculiarità del caso, quanto l'affermazione, in relazione a un singolo caso, di un principio nuovo e diverso che, dapprima applicato singolarmente, può successivamente ricevere applicazione generale ... Il contrasto tra diritto ed equità si riduce a quello fra diritto tradizionale e nuovi principî giuridici che, storicamente, si affermano dapprima in relazione a quei casi le cui peculiarità ne pongono più nitidamente in evidenza la giustizia » (*L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit., p. 63).

(69) *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, cit., p. 8

nuove funzioni. E riaffiora alla mente un topos speculare dell'opera di Ascarelli e anche una delle sue costruzioni più geniali, il « negozio indiretto », l'istituto che più d'ogni altro appare come ponte fra passato e futuro, fra dimensione strutturale e funzionale, fra strutture vecchie e funzioni nuove, tra forme tradizionali e prassi.

È la prassi il ricco serbatoio cui il giurista non può non attingere, giacché è lì la fucina inesauribile della dinamica giuridica, è lì che il diritto presente vive già il suo futuro, prassi creatrice di istituti ⁽⁷⁰⁾, inventrice di schemi tecnici ⁽⁷¹⁾, trasformatrice degli stessi ⁽⁷²⁾.

Il giurista deve però guardarvi con un atteggiamento preciso: in primo luogo, di rispetto e non di sufficienza; secondariamente, con la ferma convinzione che quel brulicare incompsto e grezzo di assetti negoziali non è un volgare mondo di fatti situato al di là dei confini del diritto, ma è già diritto, « law in action », diritto « socialmente vigorante ».

Ed è questo il suo atteggiamento di sempre, che gli consentirà — in più di una occasione — di essere divinatore e precorritore: da quando, nel '29, studia gli arbitrati liberi ⁽⁷³⁾, o nel '30 il contratto misto ⁽⁷⁴⁾, o nel '31 il negozio indiretto ⁽⁷⁵⁾, a quando, nel colmo della sua maturità, prefando la raccolta dei suoi « Studi in tema di contratti », egli segnala come primeggiante tra le sue « preoccupazioni costanti » « quella di studiare le reazioni della prassi contrattuale nei confronti degli schemi legali e di integrare con considerazioni funzionali quello studio strutturale, che tuttavia è e deve rimanere fondamentale nella costruzione degli istituti » ⁽⁷⁶⁾.

Ascarelli portava innanzi, e sviluppava, ed esasperava, le intuizioni del suo maestro Vivante, maestro perché ne fu formalmente

⁽⁷⁰⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 71.

⁽⁷¹⁾ *Contrasto misto, negozio indiretto, « negotium mixtum cum donatione »*, cit. p. 83.

⁽⁷²⁾ *Funzione economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 104.

⁽⁷³⁾ *Arbitri ed arbitratori - Gli arbitrati liberi* (1929), ora in *Studi in tema di contratti*, cit. Cfr. anche *Arbitrati liberi* (1936), ora in *Studi in tema di contratti*, cit.

⁽⁷⁴⁾ Nel più volte citato: *Contratto misto, negozio indiretto, « negotium mixtum cum donatione »*.

⁽⁷⁵⁾ Nel più volte citato: *Il negozio indiretto*, cit.

⁽⁷⁶⁾ *Studi in tema di contratti*, cit., Prefazione.

allievo alla Sapienza romana, maestro innanzi tutto perché il giovane discepolo fu conquistato dal suo metodo spregiudicato, dalla sua concezione ampia dell'universo giuridico, dal suo storicismo aperto verso i fatti sociali (77). Vivantiana è la dialettica fra diritto legale ed effettivo quale scansione interna all'ordine giuridico, vivantiana è l'attenzione per la prassi come momento (già intrinsecamente giuridico) di sviluppo del diritto, vivantiana è la stessa terminologia adottata come dimostra l'ascarelliano diritto « socialmente vigorante » che ha un campione immediato nel diritto effettivo « ben più vigoroso » esaltato in una famosa pagina di Vivante (78). Il giovane commercialista, che sposta la sua attenzione dai testi di legge alla pratica degli affari, trova un modello da seguire nel propugnatore di un metodo sperimentale, che preferiva immergersi nelle cancellerie dei Tribunali per leggergli gli statuti societari piuttosto che studiare gli articoli del Codice e gli artificiosi commentari. L'uno e l'altro consentivano nel tendere l'orecchio e « scoprire la voce del diritto che viene su dalle cose » (79).

Si è segnalato l'influsso metodologico di alcuni docenti romani — per esempio, Vittorio Scialoja e Bonfante — per la formazione del giovane Ascarelli, e ciò è difficilmente smentibile (80), ma ad uno solo egli si rifece metodologicamente con pienezza, dichiarandolo espressamente (81) e, ancor più, applicandone fedelmente canoni e

(77) È quasi superfluo ricordare lo « scandaloso » capitolo I del volume I del *Trattato di diritto commerciale*, Torino, Bocca, 1893, capitolo dedicato a « Le fonti » e dove al § 9 è collocata come fonte formale di diritto anche la « Natura dei fatti ».

(78) *Trattato*, cit., prefazione, p. VI, dove si parla, con riferimento al diritto effettivo, di « un ordinamento giuridico ed economico ben più cauto e completo di quello dato dal codice ».

(79) VIVANTE, *Trattato*, cit., prefazione, p. VII.

(80) Fortissima l'influenza della grande lezione storico-giuridica di Pietro Bonfante, « maestro dei maestri » (come, con affermazione iperbolica, lo qualifica ASCARELLI, in *Funzioni economiche e istituti giuridici nella teoria dell'interpretazione*, cit., p. 86).

(81) Se già in testimonianze risalenti si compiacceva di affermare che il « Trattato » di Vivante era « tra le pochissime opere che rimarranno nella storia del diritto » (*Angelo Saffa*, in *Archivio giuridico*, CXIX (1938), p. 190), in opere della maturità esalterà il richiamo vivantiano ai « fatti » (cfr. *Saggi di diritto commerciale*, cit., prefazione, p. 3) e ammetterà compiaciuto: « il mio maestro Vivante, del quale proprio metodologicamente oso dirmi discepolo » (*Dispute metodologiche e contrasti di valutazione* (1953), ora in *Saggi di diritto commerciale*, cit., p. 477), dove è da sottolineare quei due avverbii (« proprio metodologicamente ») che hanno il valore di una puntualizzazione confessoria.

strumenti nel fluido terreno del diritto commerciale del maturo Novecento, ed è Vivante. È da lui che il Nostro apprende la scoperta di una esperienza giuridica ben più complessa di quanto appaia ai troppi giuristi che la contemplanò senza un occhiale adeguato.

6. Tra i rapidi ma frequentissimi elogi del maestro che Ascarelli inserisce nelle sue pagine, ve n'è uno che lo sorprende insieme a un altro fondatore della scienza giuridica italiana, ben al centro di questa nel crinale fra Ottocento e Novecento, espressione di « quella funzione formativa della dottrina giuridica, che, all'inizio del secolo, seppe con Orlando accompagnare la formazione dello Stato e con Vivante quella della nascente struttura industriale »⁽⁸²⁾.

Orlando e Vivante, il giuspubblicista e il commercialista, sorpresi come soggetti attivi della dinamica giuridica, non sbattuti passivamente dove la corrente storica li portava, ma registratori sensibili della marcia di quella e, al tempo stesso, di quella governatori e coordinatori. Però giuristi e non politici, immersi nel loro mestiere, maneggianti sempre e soltanto gli arnesi collaudati del secolare laboratorio giuridico.

Il rifiuto di una concezione statica dell'esperienza giuridica, il recupero della dinamica giuridica a una concezione più aperta e più complessa del diritto vigente, esige una nuova figura di giurista con un mestiere più complesso, senza dubbio più difficile, senza dubbio però più appagante. L'esegesi testuale resta fra i suoi compiti ma certamente non fra quelli primari, essendo ormai ricondotto il testo normativo alla modesta dimensione di cuspide affiorante di un ampio continente sommerso, una cuspide che il vento impietoso della storia inaridisce in un breve giro di tempo.

Il giurista dinamico di Ascarelli assomiglia assai poco a un esegeta, e nemmeno a un puro logico o a un matematico come un *mos geometricus* di ascendenza illuministica proponeva⁽⁸³⁾. È invece un uomo carico dei valori del proprio tempo per la precisa ragione che respira a pieni polmoni l'aria di quel tempo e non vive collocato in un vuoto pneumatico; né è un personaggio neutro, ma necessa-

⁽⁸²⁾ *Norma giuridica e realtà sociale* (1955), ora in *Problemi giuridici*, cit. p. 110.

⁽⁸³⁾ *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, cit. p. 484, nota 1; *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, cit. p. 486.

riamente portatore di idee e anche di ideologie ⁽⁸⁴⁾; e avrà tra le sue virtù quella somma della fantasia, ossia capacità di orecchiare intuire costruire conseguentemente ⁽⁸⁵⁾.

Ancora: non potrà costringersi nei panni troppo stretti del tecnico con le sue nozioni pure ma neutre e mute; al contrario, non dovrà temere di tuffarsi nella dimensione sociale e soprattutto in quella economica, perché solo la consapevolezza del mutamento sociale e di quello economico gli consentiranno il disegno di categorie appropriate ed eviteranno alla società contemporanea una rovinosa « crisi del diritto » ⁽⁸⁶⁾.

Ascarelli la identifica e la soffre come « la difficoltà di dominare con categorie giuridiche sostanzialmente precapitalistiche la fenomenologia di una società industriale » ⁽⁸⁷⁾ e, nella stessa pagina, rilevando lucidamente la nuova economia di massa e di serie, amaramente constatata — era il 1954 — che gli schemi ordinativi maneggiati dai giuristi sono, a dir poco, antiquati, « si riportano a un mondo economico che è piuttosto quello di Balzac che quello dell'era atomica » ⁽⁸⁸⁾.

Il « viaggiatore » nemico di ogni provincialismo, che segue attentamente l'evoluzione dell'economia mondiale, che legge con passione e profitto le analisi degli economisti, rileva e sottolinea il divario sempre più incolmabile fra norma e realtà. E contempla con raccapriccio i giuristi che si trastullano a studiare istituti esistenti solo nelle esercitazioni scolastiche e ignorano i nuovi assetti organizzativi inventati dai privati nella pratica degli affari ⁽⁸⁹⁾. E guardando alla letteratura commercialistica italiana non manca — lui

⁽⁸⁴⁾ Si veda la già lucida percezione in una riflessione giovanile, la recensione al volume di Julien Bonnecase su *Science du droit et romantisme* (in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IX (1929), p. 107: « quanti, come me, ritengono che anche il lavoro del giurista sia dominato dalle idee e dalle ideologie del suo tempo e che questo elemento sia rilevante così sulle determinazioni della sua generale posizione metodologica come anche nelle soluzioni giuridiche concrete... »).

⁽⁸⁵⁾ *Economia di massa e statistica giudiziaria* (1954), ora in *Saggi di diritto commerciale*, cit., p. 526; *Saggi di diritto commerciale*, cit., prefazione, p. 6; *Antigone e Porzia* (1995), ora in *Problemi giuridici*, cit., t. I, p. 11.

⁽⁸⁶⁾ *Il codice civile e la sua vigenza* (1953), ora in *Saggi di diritto commerciale*, cit., p. 461; *Economia di massa e statistica giudiziaria*, cit., p. 525.

⁽⁸⁷⁾ *Economia di massa e statistica giudiziaria*, cit., p. 525.

⁽⁸⁸⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽⁸⁹⁾ *Il codice civile e la sua vigenza*, cit., p. 461.

espertissimo del vivace *common law* — di elevare un lamento accorato: « non abbiamo un solo libro sulla holding »⁽⁹⁰⁾!

Continuare a pensare il giurista perennemente all'ombra della legge, continuare a proporgli quale compito primario di fornire una sorta di ortopedia logica alle claudicanze del legislatore, continuare a identificarlo nell'esplicatore di un testo pressoché sacrale, *servus legis*, ha lo stesso significato di recitare una favola della commedia dell'arte fuori del tempo e dello spazio. Il giurista deve invece sentirsi come un « apprendista stregone »⁽⁹¹⁾, e munirsi di intuizione e fantasia oltre che di strumenti logici e tecnici, perché è chiamato a « ricomporre continuamente il divario tra la norma giuridica e la realtà sociale », a « utilizzare per nuovi compiti un diritto precostituito, per adattare a nuove funzioni vecchi istituti, per permettere la soddisfazione di nuove esigenze attraverso un opportuno adattamento degli schemi tramandati »⁽⁹²⁾.

Egli è chiamato a calarsi nella storia, ad assumersi responsabilità dirette, ad uscir fuori da tutti i comodi ripari che lo isteriliscono, sia da quelli offerti fino a ieri dal testo proveniente da un legislatore divinizzato, sia anche da quelli forniti dagli schermi protettivi del diritto naturale e della natura delle cose. Ascarelli pretende un personaggio libero, libero da ipoteche e responsabile, perché richiesto di operare valutazioni e scelte⁽⁹³⁾, di mediare fra testo e fatti. E se prigionia è il testo, prigionia è anche il diritto naturale trascendente e immanente⁽⁹⁴⁾.

Si dirà: ma non è il Nostro a volere il diritto e il giurista in

⁽⁹⁰⁾ *Ibidem*, p. 462. Era il 1953. Di lì a poco, proprio su sollecitazioni di Ascarelli e nell'ambito della sua scuola, sarebbe uscita la grossa indagine di Bernardino Libonati su *Holding e Investment Trust* (Milano, Giuffrè, 1959).

⁽⁹¹⁾ *Economia di massa e statistica giudiziaria*, cit., p. 526.

⁽⁹²⁾ *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 90.

⁽⁹³⁾ *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, cit., p. 484; *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XX.

⁽⁹⁴⁾ Documentazioni del fermo anti-giusnaturalismo di ASCARELLI: *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XX; *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, cit., p. 486; *Contrasto di soluzioni e divario di metodologie*, cit., p. 561; *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 75 e 91; *Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica* (1956), ora in *Problemi giuridici*, cit., p. 181; *Processo e democrazia* (1958), ora in *Problemi giuridici*, cit., p. 23.

strettissimo contatto coi fatti e a protestare ammirazione per lo spazio dato dal suo maestro Vivante alla natura dei fatti? Certamente sì, ma quando egli continuamente vi accenna, è — come, del resto, nella riflessione vivantiana — ai fatti della storia che si riferisce — fatti sociali, economici, culturali —, fatti insomma di cui è protagonista l'uomo.

Ascarelli è diffidente di ogni giusnaturalismo giacché viene a costituire un dato ⁽⁹⁵⁾, che il giurista si limita a subire quasi che fosse — ma non lo è — « un accertatore di dati » ⁽⁹⁶⁾; ed è dato la regola rivelata dalla Divinità, com'è nel giusnaturalismo della tradizione cristiana, o la regola immobilizzata nella cosiddetta natura delle cose. La storia, con la sua relatività ma anche libertà, è il terreno tipico dove alligna il diritto e dove opera il giurista; ed è là dove questi valuta e sceglie ⁽⁹⁷⁾, dove il diritto assume una dimensione « pratica » ⁽⁹⁸⁾, si rivela come arte, come saggezza ⁽⁹⁹⁾ e non come scienza pura.

⁽⁹⁵⁾ Vedi la forte negazione di « quell'analogia tra leggi giuridiche e leggi naturali, che pone le prime fuori della storia e ipotizza un mondo ormai dato, anziché sempre da costruire » contenuta in *Processo e democrazia*, cit., pp. 23-24.

⁽⁹⁶⁾ *Ordinamento giuridico e processo economico* (1958), ora in *Problemi giuridici*, p. 41.

⁽⁹⁷⁾ Fra le tante citazioni che potremmo fare, cfr., *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit. p. XX.

⁽⁹⁸⁾ *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 90.

⁽⁹⁹⁾ Scriverà a Francesco Carnelutti, in una garbata ma ferma polemica risalente all'anno precedente la morte: « sono così forse vicino a quanto tante volte Le ho sentito insegnare sul diritto come arte (avrei qualche tendenza tuttavia a dire "come saggezza") e lontano da quanti cercano una scientificità della giurisprudenza sulla base di analogie con procedimenti delle scienze fisiche » (*In tema di interpretazione ed applicazione della legge — Lettera al prof. Carnelutti*, cit. p. 159). Ma si veda anche: *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 90. In quello che è uno dei suoi ultimi scritti, la introduzione alla ripubblicazione degli scritti metodologici di Hobbes e Leibniz, si rifarà insistentemente alla « saggezza » come molla del diritto e significativamente preciserà: « Saggezza che ... comporta sempre un rischio e si affida a una probabilità non come logica che permette di scoprire una già posta verità, ma come previsione di successi ed effetti, come calcolo di possibili effetti negativi o positivi rispetto a un fine desiderato; come, per riprendere il motto pascaliano, scommessa sul futuro e su un futuro che la nostra azione concorre nel determinare » (*Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in T. HOBBS, *A dialogue between a philosopher and a student of the Common Law in England* — G. B. LEIBNIZ, *Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum — De casibus perplexis*

Alberto Asquini, nella sua densa commemorazione di Ascarelli, narra — ed è episodio di qualche significato — di averlo conosciuto appena ventenne mentre preparava la tesi di laurea nello studio romano di Vivante e di avere avuto immediatamente in quel giovane studente un interlocutore curioso e pungente sul gran tema di quel momento, la « natura dei fatti come fonte di diritto », un tema su cui Asquini aveva scritto ⁽¹⁰⁰⁾ un saggio celebre e discusso: « mi chiese subito, con quella vena di arguzia che poi conobbi essergli abituale, come taluno potesse indugiare in certi dubbi e particolarmente nel dubitare che tutto il diritto è un momento della storia, non solo sul piano della evoluzione legislativa, ma anche e soprattutto in quello della interpretazione » ⁽¹⁰¹⁾.

La consapevolezza della intima storicità del diritto è stata sempre la forte carica intellettuale che ha sorretto il discorso di Ascarelli nel suo lungo snodarsi per più di trenta anni, un cammino unitario e coerente anche se con una sempre più accentuata presa di coscienza; una storicità — ci si permetta il bisticcio — storicisticamente intesa, senza intrusioni naturalistiche ed evolucionistiche ⁽¹⁰²⁾, forte di una umanità totale, dove è l'uomo storico con la sua azione individuale e sociale e non un modello astratto il protagonista; una storia come « commedia umana » nel cui seno, e lì soltanto, è individuabile la giustizia ⁽¹⁰³⁾, dove il diritto appare come tessuto connettivo in costante orditura fra passato e futuro.

— *Doctrina conditionum* — *De legum interpretatione*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 67); dove scoppia vivace la insofferenza di Ascarelli per le « verità già poste » che il soggetto non può che subire; mentre per lui è il soggetto il motore della storia con la propria azione libera e responsabile, e, quindi, costruttore del proprio futuro in una rischiosa « scommessa » con se stesso.

⁽¹⁰⁰⁾ In *Archivio giuridico*, LXXXVI (1921).

⁽¹⁰¹⁾ ASQUINI, *Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli*, cit. p. LXXXIII.

⁽¹⁰²⁾ « storicità che non deve intendersi come sviluppo naturale posto fuori della nostra azione, ma come struttura della nostra azione e di una azione sempre, come tale, tesa a foggiare, partendo da un passato, un futuro » (*Certezza del diritto e autonomia delle parti*, (1956), ora in *Problemi giuridici*, cit. p. 136).

⁽¹⁰³⁾ « il diritto non è solo certezza, e non è solo di certezza che andiamo alla ricerca. Andiamo ... anche in cerca di giustizia, una giustizia che un empirico scrive magari con la g minuscola, che non crede appesa fuori dal mondo, ma in noi, in una storia che è « commedia umana » ma pur sempre etica e dove veramente sacro è l'uomo » (*Dispute metodologiche e contrasti di valutazione*, cit. p. 476).

Anche quando Ascarelli rifletterà a più riprese sulla specificità della sua disciplina prediletta, il diritto commerciale ⁽¹⁰⁴⁾, e anche quando fermerà la sua attenzione sull'assetto autonomo di discipline vicine quali il diritto della navigazione ⁽¹⁰⁵⁾ e il diritto agrario ⁽¹⁰⁶⁾, egli non mancherà mai di sottolineare le rispettive autonomie ma le coglierà sempre come scaturenti dalla storia e prodotti della storia, non già da una pretesa natura delle cose e da fatti e criterii tecnici: questi, o sono muti, o sono insufficienti in mancanza di una valutazione normativa ⁽¹⁰⁷⁾.

Al centro di questa storia — di essa, né vittima, né oggetto passivo ma costruttore discreto — il giurista; un giurista sensibilmente diverso da quello della tradizione consolidata, soprattutto più libero nella sua azione mediatrice fra testo normativo e fatti nuovi, fra *corpus iuris* preconstituito — per usare il linguaggio tipico e caro

⁽¹⁰⁴⁾ *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, cit. *passim*. In un saggio successivo (*Natura e posizione del diritto commerciale*, cit.) egli insiste sul « carattere storico della distinzione [fra diritto civile e commerciale], propria perciò di alcuni sistemi e non di altri, di alcune e non di tutte le epoche storiche, profondamente diversa nelle varie epoche e che può trovare la sua spiegazione solamente sul terreno della storia, in un fenomeno della storia economica, in una rottura del sistema economico tale appunto da potersi coordinare a una corrispondente rottura del sistema giuridico » (p. 131); ravvisa pertanto « nella autonomia del diritto commerciale un fenomeno storico, che non trova la sua spiegazione sul terreno delle peculiarità tecniche di questa o quella attività economica, ma nello sviluppo della storia dell'economia » (p. 141).

⁽¹⁰⁵⁾ *Posizione del diritto della navigazione*, cit., *passim* ma soprattutto pp. 290-91, dove si coglie l'autonomia di questa branca giuridica come un prodotto storico contingente, diffidando di basarla « su un fattore tecnico » e rifiutando di assolutizzarla perché fondata sulla natura delle cose: « ché se così fosse il diritto non si porrebbe più come criterio di valutazione ma sarebbe immediatamente dato dalla stessa natura tecnica della cosa, natura tecnica che verrebbe poi a porsi fuori della storia o dentro di una storia isolata che sarebbe come tale pur sempre avvolta dalla storia ».

⁽¹⁰⁶⁾ *L'importanza dei criteri tecnici nella sistemazione delle discipline giuridiche e il diritto agrario*, in *Atti del I Congresso Nazionale di Diritto Agrario Italiano*, I, Firenze, Coppini, 1935: « non è mai ... la natura delle cose quella donde discende la disciplina giuridica, ché per giungere ad una disciplina giuridica è pur sempre necessaria una valutazione normativa di questa natura delle cose come tale ». La natura delle cose, il fatto tecnico, può concorrere a determinare la disciplina giuridica, « ma si tratta allora non di una fonte di diritto, ma di uno dei fattori che concorrono a determinare una disciplina giuridica » (p. 105).

⁽¹⁰⁷⁾ *Contrasto di soluzioni e divario di metodologie*, cit. p. 561.

ad Ascarelli — e mutamento sociale; da intendersi più come *viva vox iuris* che *viva vox legis* ⁽¹⁰⁸⁾.

Si aggiunga: con un mestiere, però, che la libertà e la conseguente responsabilità rendono assai più complesso.

Si aggiunga ancora: con un mestiere estremamente difficile, perché il giurista non può trasformarsi e snaturarsi in un politico, perché la sua libertà d'azione non può andar oltre il naturale carattere mediativo né può sbarazzarsi di quel *corpus iuris* precostituito con cui egli ha sempre da riferirsi e da porsi in rapporto di continuità.

Ma è questa la grande antinomia della interpretazione giuridica, o forse meglio la sua ardua complessità dove si congiungono condizionamento a un testo (e, per taluni, per molti, passività verso un testo) e creatività, rispetto di un ordine formale e coscienza del mutamento sociale, eteronomia ed autonomia.

È anche il grande tema di Ascarelli, l'oggetto di una dedizione totale, costante e (mi verrebbe voglia di dire con parola inusuale) appassionata. La complessità del giuridico e la conseguente complessità del mestiere di giurista non possono non risolversi in una dottrina della *interpretatio iuris* completamente ripensata e rifondata. Il « viaggiatore giuridico » aveva gli strumenti per farlo.

7. Lo storicismo ascarelliano complica il paesaggio giuridico, perché lo rende sensibilmente mosso e aperto. Con una conseguenza enorme: rifugge dalle cristallizzazioni, anche se il diritto — proprio nella sua qualità di ordinamento — tende a consolidarsi; non può pertanto risolversi in una dimensione legislativa; anzi, legislatore e legge non possono avervi un ruolo primario.

La complessità dell'esperienza giuridica sarà percepita, e conseguentemente tradotta in regola accettata e osservata, soprattutto dall'interprete-applicatore perché soltanto grazie a lui, collegamento insostituibile fra passato e futuro, fra giuridico e sociale, la norma statica diventa vita e costituisce lo sviluppo e il salvataggio della stessa esperienza.

Lo storicismo ascarelliano aborrisce dalle soluzioni monistiche e non può che imboccare la strada di un convinto pluralismo: l'inter-

⁽¹⁰⁸⁾ *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 89.

pretazione è infatti per Ascarelli quella che abbiamo più sopra definito una realtà corale, nella quale sono indifferentemente inseriti e coinvolti il dottrinario e il giudice, l'uomo di affari e il semplice « profano ». Quindi, pluralismo di fonti di produzione nell'ambito di una interpretazione concepita come creativa.

È una teorizzazione nota, quasi ereticale nella dirompenza con cui il suo autore la enunciò e la propugnò, sulla quale invece vogliamo soffermarci per coglierne qualche messaggio vivissimo anche per il giurista di oggi e per sottolinearne aspetti finora non abbastanza considerati.

Che l'interpretazione rappresenti il momento creativo del diritto ed abbia un ruolo preminente nella vita dell'ordinamento è una intuizione-convincimento cui Ascarelli fu portato fin dai suoi anni giovanili in grazia della sua adesione al rinnovamento metodologico propugnato dal neo-idealismo italiano. Ed è una costante del pensiero ascarelliano, che su questo punto corre ininterrotto — anche se con una presa di coscienza sempre meno timida — dal remoto saggio sulle lacune del 1925 agli scritti degli ultimi tempi ⁽¹⁰⁹⁾. Ed è una costanza ereticale, non tanto se si pensa al pronunciamento — del resto, ancor timido ⁽¹¹⁰⁾ — del '25 quando scoppiettavano in

⁽¹⁰⁹⁾ Scriverà Ascarelli nel 1949, pubblicando la traduzione italiana del suo lavoro sopra *L'idea di codice* nella raccolta di *Saggi giuridici*: « lo studio attuale riprende la tesi, a mio avviso, centrale del mio studio del 1925, accogliendo tuttavia la critica mossami da Max Ascoli osservando che anche la considerazione giurisprudenziale del caso è necessariamente astratta. Questo elemento concorre tuttavia nel rafforzare la tesi centrale da me accolta circa la funzione dell'interpretazione » (*L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit., p. 60, nota 81). E in calce alla programmatica prefazione a un'altra raccolta di saggi, nel '52 accennava al « passaggio compiuto dalla posizione assunta nel saggio sul *Problema delle lacune* a quella dello studio più recente sull'*Idea di codice* e all'attuale prefazione, cercando di superare quel criterio di una « doppia verità » al quale finiva per ispirarsi il primo studio » (*Prefazione*, cit. a *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, p. LIII, nota 45). Continuità ed evoluzione e maturazione di pensiero ribadita l'anno dopo in: *Contrasto di soluzioni e divario di metodologie*, cit., p. 564 e, distesamente, in: *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, cit., p. 491, nota 8 (« altre volte, in un lavoro giovanile del 1925, scrivevo perciò che l'interpretazione giuridica è creativa se considerata nella sua natura filosoficamente o constatata nella funzione storicamente, ma tuttavia dichiarativa da un punto di vista giuridico ... Il momento creativo attiene invece, mi sembra, realmente all'interpretazione »).

⁽¹¹⁰⁾ Nel '53, con riferimento al suo saggio del 1925, egli ammetteva questa

Italia i molti mortaretti delle adesioni idealistiche da parte dei giuristi, quanto se si riflette che la sua enunciazione più piena si ebbe nell'immediato secondo dopoguerra, al ritorno del Nostro dall'esilio brasiliano, in un momento di greve positivismo e di pesante culto di una legalità formalistica ⁽¹¹¹⁾.

Eresia, dunque, ma singolare. Ascarelli infatti non ha nulla a che spartire con i fautori di una equità grossolanamente fattuale — alla « bon juge Magnaud », per intendersi —, né con i giusliberisti alla Bülow, alla Wurzel, alla Stampe propugnatori di un giudice legislatore del caso concreto. Di più: Ascarelli è lontano da una adesione alle teoriche dell'istituzionismo ⁽¹¹²⁾, non sembra nutrire soverchia simpatia per Santi Romano e, come i sani giuristi della più pura tradizione liberale, maneggia con qualche diffidenza la « rischiosa » dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici ⁽¹¹³⁾.

timidità scrivendo: « Nell'avanzare questa tesi fin da un ampio saggio del 1925 ... soggiacevo tuttavia (ché, lo confesso, mi discosto dalle posizioni dominanti solo a piccoli passi) che, mentre la creatività dell'interpretazione mi sembrava indubbia sul piano storico, dal punto di vista giuridico l'interpretazione doveva intendersi come dichiarativa » (*Contrasto di soluzioni e divario di metodologie*, cit., p. 564).

⁽¹¹¹⁾ Già in una giovanile recensione a Bonnecase (rec. a JULIEN BONNECASE, *Science du droit et romantisme*, cit., p. 107) Ascarelli parlava di « eresie » con riferimento alle sue posizioni metodologiche antiformaliste. Nel 1957, in una lettera aperta a Carnelutti già da noi citata, lettera retrospettiva dall'intenso sapore autobiografico, egli ammetteva la valenza ereticale del suo pensiero, confessando con franchezza al venerabile patriarca della scienza giuridica italiana e suo ideale interlocutore: « è così che mi son trovato lontano dalla tradizione » (*In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, cit., p. 157).

⁽¹¹²⁾ Affermerà nel '28: « nelle pagine precedenti, ed è bene avvertirlo fin d'ora per evitare equivoci, ho parlato di ordinamento giuridico nel senso incolore nel quale ne parla la dottrina corrente (ad es. FERRARA, *Trattato*, p. 2), non nel senso più preciso di istituzione nel quale ne parla Romano » (*Sul contratto collettivo di lavoro*, cit., p. 183). Affermazione ripetuta sei anni dopo in: *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, cit., p. 491, nota 1. È significativa la citazione del *Trattato* di Francesco Ferrara, che costituisce una delle più ferme reazioni a caldo (siamo nel 1921) al pluralismo romaniano e delle altrettanto più ferme riproposizioni del tradizionale statalismo del civilista moderno.

⁽¹¹³⁾ Cfr. la pagina, sofferente di qualche ambiguità ma chiara nella sua sostanza di fondo, che Ascarelli ha scritto nel saggio sulle lacune (*Il problema della lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. (1865) nel diritto privato*, ora in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. 213).

È questo il punto, ed è qui che la sua eresia diventa singolare: Ascarelli è nel solco della tradizione liberale ⁽¹¹⁴⁾ e la sua posizione è di grande rispetto per il sistema di garanzie individuali elaborato in seno allo Stato borghese; per lui lo Stato è un valore, e non cede alle estrosità di chi vuol deporre una concezione normativistica del diritto ⁽¹¹⁵⁾. La sua stessa ideologia politico-economica la si potrebbe qualificare come un liberalismo condito — alla Vivante — di istanze solidaristiche, o, se si preferisce, una socialdemocrazia di stampo liberale ⁽¹¹⁶⁾. La sua è, in altre parole, l'eresia di un giurista perfet-

⁽¹¹⁴⁾ « confesso che non ho nessuna paura di pronunciare la parola capitalismo e non credo costituisca un necessità del ben vestire quella di dichiararsi ad ogni momento anticapitalistici; appartengo ad una classe borghese e capitalistica (*Il diritto comparato e la rivoluzione agraria*, in *Dopo il primo convegno internazionale di diritto agrario — Valutazioni e prospettive in un incontro di giuristi italiani*, Firenze, 22-24 ottobre 1955, Milano, Giuffrè, 1958, p. 59).

⁽¹¹⁵⁾ « prescindendo dall'antitesi che, secondo la dottrina del Romano, sussiste tra ordinamento e rapporto giuridico, per rimanere per il momento fedele alla concezione tradizionale del diritto, che risolve il diritto in norma, inteso questo termine nel senso più lato » (*Sul contratto collettivo di lavoro*, cit., p. 183). Del resto, estremamente indicativo è il suo modo di risolvere l'annoso tema-problema della persona giuridica che, innestandosi sul più ampio tema delle formazioni sociali, avrebbe potuto essere colto alla luce di una dimensione istituzionale. È noto come seccamente lo risolve Ascarelli: « non v'è, indipendente dalla normativa, una « personalità giuridica »; v'è solamente la normativa espressa ricorrendo alla personalità »; « il ricorso alla personalità » ha valore strumentale e « reale » (nel mondo giuridico) è la normativa »; « l'affermazione o la negazione della personalità giuridica costituisce una denominazione riassuntiva di una normativa » (*Considerazioni in tema di società e personalità giuridica* (1954), ora in *Saggi di diritto commerciale*, cit.; le citazioni sono, rispettivamente, alle pp. 134, 169, 171, 172).

⁽¹¹⁶⁾ Direi che si attaglia perfettamente a lui quanto scriveva a proposito di Vivante in un sintetico, pregevole schizzo dello sviluppo della scienza commercialistica italiana: « un effettivo liberalismo si univa a un solidarismo sociale che guardava con simpatia all'ascesa delle classi proletarie, nella fiducia in un progresso economico largamente fondato sulla libera iniziativa » (*La dottrina commercialistica italiana e Francesco Carnelutti*, in *Problemi giuridici*, tomo secondo, Milano, Giuffrè, 1959, p. 985). È singolare come egli ami sottolineare con chiaro compiacimento — e non una sola volta (v., per esempio, *Lorenzo Mossa*, in *Rivista trimestr. di diritto e procedura civile*, XI (1957), p. 739, e *La dottrina commercialistica italiana e Francesco Carnelutti*, cit., p. 984) — che la prolusione di Vivante per la ascesa alla cattedra romana di diritto commerciale nel 1902 venne pubblicata da Turati sulla *Critica sociale*.

tamente ortodosso, che le convinzioni storicistiche — dettategli da un deciso neo-idealismo ⁽¹¹⁷⁾ costringono a indossare le vesti del pluralista.

Pluralismo però da cogliersi all'interno dello Stato, concepito questo — ovviamente — non come apparato bensì aperto il più possibile alla società civile; pluralismo però che non deve distruggere quei risultati di sicurezza, certezza e libertà individuale assicurati dalla legalità borghese.

È dal congiungersi in uno stesso personaggio di idealità ed esigenze profondamente diverse che scaturisce la singolarità della testimonianza ascarelliana. Il passo, che per comodità del lettore trascriviamo, documenta in maniera esemplare la congiunzione ora accennata: « la necessità fondamentale di tutelare la sicurezza giuridica e la libertà individuale non può nascondere la realtà del concorso dell'interpretazione nello sviluppo del diritto, ma deve indurre a fissare i limiti di questa funzione nella necessaria conciliazione dello sviluppo del diritto e della sua applicazione a casi sempre diversi da un lato e della sicurezza giuridica, dell'applicazione secondo criteri costanti dall'altro. La tecnica dell'interpretazione costituisce appunto lo strumento per raggiungere questa conciliazione » ⁽¹¹⁸⁾.

È un nodo concettuale ripetuto infinite volte ⁽¹¹⁹⁾ — come capita sempre ad Ascarelli che ama martellare i capisaldi del suo pensiero —, ma qui con particolare intensità: due sono le forze che percorrono il diritto, e in direzione opposta; tendono l'una alla rigidità l'altra alla elasticità; e due sono le esigenze fondamentali,

⁽¹¹⁷⁾ Ascarelli confessa spesso di essersi nutrito della lettura di Croce e di Gentile (eloquente la recensione che — ventitreenne — redasse sui *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza* di Angelo Ermanno Cammarata e pubblicò sulla *Rassegna bibliografica delle scienze giuridiche*, I (1926)), di avere impostato i suoi problemi « nel quadro della filosofia idealistica » (*Contrasto di soluzioni e divario di metodologie*, cit., p. 564), « con chiara ispirazione neoidealista » « crocianamente » (*In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, cit., pp. 153 e 156).

⁽¹¹⁸⁾ *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 88.

⁽¹¹⁹⁾ Tre esempi: *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit., p. 77; *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XL; *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, cit., p. 481.

quella della certezza e della libertà individuale garantite dalla legge nel sistema del diritto borghese, quella del continuo adeguamento al divenire sociale garantita dalla interpretazione.

Ascarelli, figlio compiaciuto della civiltà capitalistica ma culturalmente storicista convinto, tende a superare questo urto di contrarii e cerca di capire il problema delle fonti nel moderno diritto continentale con gli unici strumenti che egli riconosce come autenticamente critici nelle mani del giurista, e cioè con la comparazione verticale e orizzontale; soprattutto con la prima. E lo storicista indossa di buon grado le vesti dello storico del diritto con l'intento preciso di mettere a nudo le radici più riposte. In quel modello di indagine storico-giuridica che è « L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione », che appare in lingua portoghese nel 1945 e in italiano nel 1949 inserito nella raccolta dei « Saggi giuridici », viene attuato — sia detto a disdoro della corporazione degli storici del diritto cui pure appartengo — il primo tentativo in Italia di cogliere criticamente il grande fenomeno della codificazione del diritto privato nei paesi di *civil law*; senza atteggiamenti apologetici, con un ricco strumentario storico-economico e storico-filosofico, analizzando sempre tutto nel filtro delle cariche ideali ma anche dei sotterranei moventi ideologici ⁽¹²⁰⁾. La storia segnalava spietatamente il nesso intensissimo fra classe borghese al potere, economia liberistica, Stato moderno e panlegalismo nell'area dell'Europa continentale, ed esaltava il monopolio che del giuridico, anche del diritto privato, veniva realizzato ⁽¹²¹⁾; un monopolio che il costante contrappunto con il *common law* giungeva ancor più a sottolineare ⁽¹²²⁾.

Il Codice rivelava il suo carattere costituzionale e il rigido legalismo mostrava un palese vincolo con l'ordine pubblico: la legge, fonte ormai divenuta di qualità superiore e perciò gerarchicamente

⁽¹²⁰⁾ *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit., p. 42 ss. Ciò sia detto senza nulla togliere agli studi pionieristici di Gioele Solari, che ebbero il grande merito, quasi cento anni fa, di analizzare la codificazione del diritto privato quale espressione dell'individualismo moderno.

⁽¹²¹⁾ *Ibidem*, p. 45 ss.

⁽¹²²⁾ *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit., pp. 45-48.

primaria, garantiva sì il controllo giuridico dell'assetto economico della società e gli assicurava una connotazione marcatamente individualistica, ma costituiva anche la pietra tombale di un vero pluralismo e un pesante strumento espropriativo. Il parossismo legislativo si era trasformato, né più né meno, in assolutismo giuridico; l'interpretazione era divenuta esegesi ⁽¹²³⁾; il diritto si era sclerotizzato in una regola rigida e indisponibile correndo in tante occasioni il rischio di separarsi dal mutamento sociale e, magari, anche di contrappórvisi.

Da qui il tentativo di Ascarelli di occuparsi del problema con dedizione e fedeltà, rimbocandosi — per così dire — le maniche fino alle ascelle. In questa operazione furono coinvolti senza risparmio sia il borghese immerso nella economia capitalistica sia l'uomo di cultura, né v'ha dubbio alcuno — e questo va detto a onore del Nostro — che vinse il secondo. In altre parole, la cultura vinse sull'ideologia.

Se egli volle e tentò una conciliazione fra le opposte esigenze, la dimensione culturale ebbe infatti una netta prevalenza. Ad Ascarelli — all'Ascarelli di sempre, ma con un crescendo di convinzione, via via che lo studioso si faceva più maturo — un risultato appariva aberrante nel sottile, capillare capovolgimento che del sistema delle fonti aveva fatto il diritto borghese, e cioè la cacciata dell'interpretazione fuori dal geloso recinto della produzione giuridica e la riduzione del diritto alla volontà autoritaria espressa dalla legge.

Un risultato appariva invece da conseguire: recuperare al diritto la interpretazione, tornare a inserirla tra le forze vive dell'universo giuridico come era stato provvidamente nei momenti — ben noti e cari ad Ascarelli — del diritto romano e del diritto comune, e come era tuttora nel pianeta del *common law*.

Il crescendo di cui si diceva è l'intensificarsi del suo consueto atteggiamento storicistico: la legge gli sembra sempre più una crisalide risciocchita, resecata da quel « diritto vivente » ⁽¹²⁴⁾ che monta dal sociale e che nel sociale alligna e prospera; soprattutto nell'ultimo

⁽¹²³⁾ « per ricondurre l'attività dell'interprete nell'ambito di uno sviluppo euclideo delle premesse poste dal legislatore » (*Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XXIX).

⁽¹²⁴⁾ Immagine ascarelliana. Cfr. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, cit. p. 67 ss.

Ascarelli — e l'abbiamo già accennato — la legge si identifica in un testo.

Un testo, un *corpus iuris* precostituito, un dato — per usare la sua ricorrente terminologia ⁽¹²⁵⁾. Ma un dato soddisfa il chimico, il fisico, il naturalista insomma; o può soddisfare quel teologo non modernista che si compiace di immobilizzare la lettura del messaggio rivelato; certamente non può soddisfare il giurista il cui universo è un universo di valutazioni.

E a tutti quegli orgogliosi corifei del diritto borghese, che avevano predicato la completezza dell'ordinamento giuridico quale estremo atto liturgico alla onnipotenza della legge, Ascarelli urla la sgradita verità che l'ordine giuridico, nella sua dimensione statica, non è occasionalmente ma necessariamente incompleto ⁽¹²⁶⁾, perché ogni momento di quell'ordine non va immobilizzato in una sorta di fissità metastorica ma va sorpreso come anello di una catena ininterrotta, momento aperto e proiettato verso il futuro, al centro di uno sviluppo che è connaturale al suo carattere di corpo vivente e che sarebbe perciò innaturale interrompere e anche soffocare.

Soprattutto nell'ultimo Ascarelli, ultimo grado di consapevolezza di una intuizione costante, il diritto non è *dato* ma è *processo*: un processo che trova nel testo il suo insopprimibile avvio ma che non può arrestarsi al testo, pena il restare un moncone fuori della storia, cioè fuori della realtà sociale; un processo che si completa e si compie unicamente grazie alla interpretazione-applicazione ⁽¹²⁷⁾, con una spe-

⁽¹²⁵⁾ Enunciazioni limpide in: *Norma giuridica e realtà sociale*, cit.; *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, cit.; *Processo e democrazia*, cit., *Ordinamento giuridico e processo economico*, cit., *Introduzione a Problemi giuridici*, cit.

⁽¹²⁶⁾ Citiamo una affermazione fra le tante: *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit. p. XX.

⁽¹²⁷⁾ Trascriviamo quattro frammenti significativi: « alla contrapposizione tra una legge data e statica e una interpretazione meramente esplicativa della prima, bisogna sostituire l'unità di una legge che si svolge e si sviluppa nella sua interpretazione » (*Antigone e Porzia*, cit., p. 14); « legislazione e interpretazione quali momenti di un procedimento » (*Processo e democrazia*, cit., p. 32); « coscienza dell'interpretazione come momento di un processo che è quello stesso dello sviluppo del diritto, diritto che non costituisce un dato preordinato e fisso, ma una continua esperienza » (*Ordinamento giuridico e processo economico*, cit., p. 41); « diritto come processo che va da un testo dato o da una regola osservata ad una applicazione attraverso una sempre nuova posizione normativa, grazie appunto all'interpretazione, continua mediatrice fra il

cie di moto perpetuo, che è imposto dalla intima storicità, e quindi dall'incontenibile sviluppo, del diritto: dal testo alla norma vivente per il tramite della interpretazione; la norma vivente che, a sua volta, si cristallizza in un testo; e ancora un testo che la futura interpretazione si premurerà di proiettare nella vita ⁽¹²⁸⁾.

I risultati sono relevantissimi, e conviene segnarli con accuratezza. Legge/testo e interpretazione sono, a pari titolo, momenti insopprimibili del processo formativo del diritto, ma momenti di una unica storia ⁽¹²⁹⁾, impensabili l'una senza l'altra, tanto da poter giungere ad affermare che « la norma è sempre e solo quella interpretativamente formulata » e che « in realtà non esiste se non nella sua applicazione » ⁽¹³⁰⁾. Il diritto è sostanzialmente interpretazione, ma non si avrebbe interpretazione senza il punto fermo e certo, vera e propria garanzia di stabilità e di sicurezza, del testo da interpretare.

L'interpretazione non è, come nel diritto borghese codificato, al di fuori della formazione del diritto, appendice esterna e cagione della sua instabilità; è, al contrario, elemento interno, l'unico che garantisce il diritto nella sua storicità ⁽¹³¹⁾, l'unico che costituisce la condizione di socializzazione del testo ⁽¹³²⁾.

L'interpretazione è anche condizione per la positività del testo ⁽¹³³⁾; il testo non è diritto positivo finché la società non se ne riappropria e lo fa regola applicata e accettata, il che avviene solo con il processo interpretativo ⁽¹³⁴⁾.

La legge non interpretata è muta perché incapace di farsi inten-

passato e il futuro, fra un dato costituito e una volontà d'azione » (*Introduzione a Problemi giuridici*, cit., p. X).

⁽¹²⁸⁾ *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, cit. p. 140.

⁽¹²⁹⁾ Le parole — più che mie — sono di Ascarelli: « unità di una esperienza giuridica nella quale legislatore e interprete concorrono come momenti successivi di una unica storia » (*Processo e democrazia*, cit., p. 33).

⁽¹³⁰⁾ *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, cit., p. 154. Si veda anche: *Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica*, cit., p. 180.

⁽¹³¹⁾ *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., pp. 74 e 80; *Ordinamento giuridico e processo economico*, cit., p. 64.

⁽¹³²⁾ *Contrasto di soluzioni e divario di metodologie*, cit., pp. 564-65.

⁽¹³³⁾ In *Antigone e Porzia*, cit., p. 11, egli insiste sulla « esatta portata della norma di fronte al caso concreto, che è poi cammino imprescindibile della sua stessa applicabilità e perciò della sua stessa positività ».

⁽¹³⁴⁾ « il dato posto si fa attraverso l'interpretazione per l'applicazione norma

dere da sola ⁽¹³⁵⁾ ed è una astrazione inutile perché incapace, da sola, di tradursi in regola.

Il risultato finale di tutto questo sforzo riflessivo, ed anche quello che mi sembra meritevole di essere additato all'odierno giurista, è proprio il recupero che Ascarelli fa della interpretazione all'interno del diritto ⁽¹³⁶⁾ e « al centro dello sviluppo del diritto » ⁽¹³⁷⁾, di un diritto inteso non come *dato* ma come processo.

Resta un punto delicato da chiarire, ed è proprio la composizione — da cui siamo partiti —, la difficile composizione tra l'esigenza di certezza e di sicurezza e quella dell'adeguamento e dello sviluppo, difficile perché sembra insormontabile l'antinomia di una interpretazione che è creativa ma che, in quanto interpretazione, non può non collegarsi a un testo.

Ascarelli è puntuale: fonte di diritto non è la scienza, o la giurisprudenza pratica isolatamente prese, ma lo è la scienza, la giurisprudenza (e anche operatori nella pratica degli affari e « profani ») in quanto interpreti, in quanto si pongano in rapporto di continuità con soluzioni anteriori; la norma posta dall'interprete — che è costruttore e creatore — deve sempre avere un rapporto di derivazione dalla norma data. Il primo momento della interpretazione è infatti la « intelligenza » del *corpus iuris* preconstituito ⁽¹³⁸⁾, perché è da questo che sarà argomentata ⁽¹³⁹⁾ la norma nuova costruita in funzione del caso.

Ma una domanda si impone: fino a che punto quella intelligenza e quella argomentazione — insomma, quella funzione dichiarativa — saranno condizionanti? Non costituiranno esse un freno, e quindi un soffocamento, dello sviluppo del diritto? Ascarelli parla talora di armonizzazione ⁽¹⁴⁰⁾ del nuovo col vecchio, ma arriva a ipotizzare

attuale ... né fuori dall'interpretazione il dato posto può farsi norma e tradursi in regola » (*Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 90).

⁽¹³⁵⁾ Prefazione a *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., *passim*.

⁽¹³⁶⁾ Fra i tanti: *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, cit., p. 486.

⁽¹³⁷⁾ Prefazione a *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XXIV.

⁽¹³⁸⁾ *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, cit., p. 182.

⁽¹³⁹⁾ *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, cit., pp. 485 e 487.

⁽¹⁴⁰⁾ *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit., p. 61.

anche una inversione di risultati ⁽¹⁴¹⁾; in questo caso la continuità resta un vincolo formale e quella interpretazione si riduce soltanto a un fatto tecnico, cioè ad essere riferimento a un testo ⁽¹⁴²⁾.

Lo storico del diritto né si meraviglia né si straccia le vesti: quel grande universo storico-giuridico che siamo soliti chiamare *ius commune* e che dura ben oltre l'età medievale fino alle soglie della codificazione è soprattutto « interpretazione », interpretazione costruttiva e creativa di un diritto nuovo, effettivo, però sempre sulla base di una « legge » romana assunta a semplice supporto di validità, e perciò talora e forse spesso a semplice supporto formale. È una realtà storica che Ascarelli conosce a menadito per averla studiata approfonditamente con il possesso pieno di tutti i complicati ferri del mestiere, ed è greve di significato la constatazione che proprio con un riferimento preciso al diritto comune egli cominci il suo saggio sull'idea di Codice ⁽¹⁴³⁾.

Ascarelli pensa sicuramente alla interpretazione di glossatori e commentatori quando elabora i tratti della « sua » interpretazione. C'è solo questo, tuttavia, da precisare: che i dottori medievali agivano in un universo giuridico aperto e sfaccettato, ispirato al più deciso pluralismo e ignaro dell'ingombrante produttore e monopolizzatore del diritto che è lo Stato moderno. Essi erano, come ho creduto di sottolineare in un recente lavoro di sintesi ⁽¹⁴⁴⁾, profondamente « soli », intendendo per solitudine la assenza accanto ai giuristi di un potere politico protettivo e condizionante, la assenza (o quasi) di un legislatore contemporaneo riducendosi la dimensione legislativa a una « legge » giustiniana vecchia di parecchi secoli.

L'interprete di Ascarelli, ben immerso nella legalità borghese, vive all'interno di forti strutture statuali, in un clima di esasperata esaltazione della dimensione legislativa, quella dimensione legislativa che lo stesso Ascarelli — giurista « borghese » — non è disposto a vanificare perché garanzia di certezza e di tutela delle libertà individuali ⁽¹⁴⁵⁾.

⁽¹⁴¹⁾ *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, cit., p. 491, nota 8.

⁽¹⁴²⁾ Importanti le considerazioni che Ascarelli svolge nello studio citato alla nota precedente (in particolare p. 492).

⁽¹⁴³⁾ *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit. p. 41.

⁽¹⁴⁴⁾ *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1997⁴, *passim*.

⁽¹⁴⁵⁾ Tanto che Ascarelli — lui, il coniatore di una teoria dell'interpretazione come

Ed affiora irriducibile l'antinomia, che Ascarelli tenta di conciliare e risolvere per il tramite della interpretazione ⁽¹⁴⁶⁾; e il discorso ascarelliano si vena di aporeticità, si dimostra coraggioso, anche eticamente e culturalmente coraggioso, ma insoddisfacente.

Resta però un messaggio da raccogliere e meditare: il diritto come processo, come realtà che aborrisce da chiusure e che è anzi proiettata, aperta e disponibile, verso la vita; l'interpretazione come elemento interno alla struttura del diritto, come dimensione dinamica di esso, quasi il diritto stesso che vive e si sviluppa nel tempo e nello spazio.

8. Ma v'è un secondo messaggio forte che l'odierno giurista dovrebbe raccogliere tra il fascio delle tante sollecitazioni ascarelliane e meditare con attenzione. Riguarda la posizione e il ruolo dell'interpretazione.

Ascarelli ha cura di avvertire insistentemente che « i criteri che presiedono all'interpretazione ... attengono ... alla struttura costituzionale dell'ordinamento » ⁽¹⁴⁷⁾, che « la tecnica dell'interpretazione... concorre nel caratterizzare ogni sistema... costituendo, realmente, un elemento della struttura costituzionale di ogni paese » ⁽¹⁴⁸⁾ che « i vari criteri interpretativi così come la teoria delle fonti... attengono alla fine all'ordinamento costituzionale della produzione della norma » ⁽¹⁴⁹⁾.

È una intuizione, che lo storicista Ascarelli ha avuto da sempre e che troviamo già segnata con precisione nello studio giovanile sulle lacune dove, in una pagina che reca ancora timidità e incertezze, è

momento altamente creativo — non esita ad affermare che « la dichiaratività dell'interpretazione costituisce una garanzia della libertà ed uguaglianza individuale (*L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit. p. 77).

⁽¹⁴⁶⁾ È nel saggio citato alla nota precedente una pagina in cui si saldano fortemente tecnica dell'interpretazione, adattamento del sistema, osservanza rigorosa di continuità; e dove, nella teoria dell'interpretazione, è la soluzione dell'antinomia, implicita in forze compresenti che si contraddicono (pp. 68-69).

⁽¹⁴⁷⁾ *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XXXIII.

⁽¹⁴⁸⁾ *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 87.

⁽¹⁴⁹⁾ *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, cit., p. 157.

pur sottolineata con vigore « una prevalente ragione di indole politica e costituzionale »⁽¹⁵⁰⁾ come determinante e condizionante per tutta la dottrina ermeneutica del diritto.

È evidente che si deve al suo lavoro autonomo di storico del diritto l'emersione netta di questa percezione, soprattutto alle sue indagini sulla storia dell'idea di Codice⁽¹⁵¹⁾. È attraverso di esse che si profila netto il nesso inscindibile fra teoria dell'interpretazione, teoria delle fonti, teoria della divisione dei poteri⁽¹⁵²⁾ e, per ciò stesso, la posizione di ogni dottrina ermeneutica ben al di sopra del terreno innocuo delle tecniche giuridiche ma, al contrario, posta al centro di un nuovo assetto « costituzionale », di un nuovo Stato, di nuovi rapporti fra diritto e potere politico, che il pianeta moderno andava costruendo con cocciuta decisione.

La interpretazione collocata fuori del diritto e quasi contrapposta ad esso, fuori del suo meccanismo produttivo, una interpretazione semplicemente dichiarativa di quanto in altra sede si è pensato e realizzato, tutto questo è parte di un progetto politico che non coglie soltanto il diritto ben all'interno dello Stato ma lo coglie come voce esclusiva dello Stato, strumentale al potere costituito.

L'individualismo economico moderno, che è l'autentica costituzione materiale dello Stato borghese, pretende l'affidamento della produzione giuridica al potere politico — che è potere borghese — affidando di forze sfuggenti quali la scienza e la giurisprudenza pratica. Si realizza quel monopolio che Ascarelli, certamente non antistatalista ma certamente pluralista, denuncia ripetutamente con forza⁽¹⁵³⁾.

Di questo progetto politico, che il Nostro sorprende nella sua sicura origine sette-ottocentesca e che gli si mostra pertanto legato a una certa ipotesi storica di Stato, si segnala nelle pagine ascarelliane la inconfondibile storicità; conseguentemente, l'esigenza della sua revisione alla luce dello sviluppo storico, ampio e profondo, che

⁽¹⁵⁰⁾ *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. (1865) nel diritto privato*, cit., pp. 212-15.

⁽¹⁵¹⁾ *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit., p. 46 ss.

⁽¹⁵²⁾ E che, poi, Ascarelli riprende e riafferma nei suoi studi a contenuto teorico. Cfr., per un esempio illuminante, *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 98.

⁽¹⁵³⁾ *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit., p. 78; *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit. p. XXXIII.

concezioni e prassi dello Stato e del diritto hanno subito nel maturo Novecento. Abbiamo visto più sopra come il « borghese » Ascarelli non ne proponga iconoclasticamente una distruzione, bensì una revisione critica: la divisione dei poteri non può essere intesa in modo esasperatamente rigido ⁽¹⁵⁴⁾, il monopolio legislativo deve cedere al pluralismo, la dichiaratività della interpretazione — che ha pure un valore per la sicurezza e la libertà dell'individuo — deve aprirsi al mutamento sociale e integrarsi per il tramite prezioso della interpretazione-applicazione.

Il messaggio di Ascarelli è forte ed è prezioso perché, legando con lucida diagnosi « storiografica » una certa idea di interpretazione a una certa realtà storica di Stato, contribuisce a relativizzarla. L'odierno giurista dovrebbe trarne argomenti e sollecitazioni per distarsi dalla sua sonnolenza e reclamare quella revisione del problema delle fonti del diritto e dei criteri di interpretazione che non possono essere ancora affidati all'art. 12 delle nostre preleggi, articolo datato, incredibilmente vecchio e soprattutto incapace di registrare quella inversione di tendenza e quel sensibile mutamento che ha significato per il nostro ordinamento l'entrata in vigore della Costituzione del 1948.

È sacrosanto che non esista una dottrina ermeneutica « esatta » e una « sbagliata », come ha tante volte scritto e insegnato Ascarelli; esistono, o possono esistere, varie e diverse dottrine ermeneutiche e quindi criteri e tecniche diversi in relazione a vari e diversi assetti costituzionali, perché quelle dottrine, quei criteri, quelle tecniche sono speculari di grosse scelte che si verificano a livello di filosofia e teoria politiche.

È allora sacrosanto che, in coerenza con questa intima storicità, si sia disponibili a rivederli e magari a capovolgerli nelle loro fondazioni riposte. Ma l'odierno giurista — mi riferisco, ovviamente, al privatista —, che resta, silenziosamente ma pervicacemente, uno statalista e un legalista, che si riconosce ancora nell'insopportabile brocardo dell'interprete *servus legis* e *vox legis*, che è abbastanza insensibile al pluralismo della nostra carta costituzionale, sembra appagato e tranquillizzato dall'ombra protettiva del legislatore. E i

(154) *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 99.

costi di questo misoneismo sono la crisi del diritto che abbiamo, ohimè! quotidianamente di fronte ai nostri occhi.

9. « L'interprete è tenuto all'osservanza di un criterio di continuità (che si traduce appunto in una tecnica dell'interpretazione), ma anche concorre nel costituire il diritto in ogni momento vigente » (155). Una frase siffatta, contenuta nella programmatica « prefazione » premessa da Ascarelli, nel '52, alla raccolta dei suoi studi comparatistici, può egregiamente fungere da suggello a tutto quanto si è detto finora e ad introduzione di quanto ora si sta per dire al fine di completare il disegno di quel modello complesso di operatore culturale che è il giurista ascarelliano.

Non desta certamente sorpresa che questo giurista, investito di una funzione creativa e a cui è affidato l'adeguamento dell'ordine giuridico nella sua vita senza cesure, sia un costruttore dell'ordine stesso: è un risultato già enunciato e documentato nelle pagine precedenti. Giova invece attardarci sul modo con cui Ascarelli lo vuole impegnato in quest'opera di costruzione; gioverà soprattutto alla comprensione di una lunga e intensa orditura riflessiva nelle sue supreme coerenze e anche nelle sue venature antinomiche.

Innanzitutto, una considerazione: il Nostro, quando pensa al suo paradigma di giurista, non ha certo in mente la laboriosa ma sterile formica esegetica (preziosa ma sterile come ogni formica operaia); il « viaggiatore giuridico » ha sempre presenti nella sua testa fertile due diversi modelli, per larga parte coincidenti almeno come metodologia ermeneutica, e cioè l'interprete di diritto comune e il *common lawyer* (156). Direi: soprattutto il primo. Non è infatti un caso che egli vi faccia larghissimo riferimento nello studio iniziale sulle lacune (157) e che in uno dei suoi contributi conclusivi, « An-

(155) *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit. p. XXXIII.

(156) Quella che è, forse, la sua fatica ultima consiste nella edizione di un « classico » del *commow law*, con una introduzione che è un vero e proprio trattatello autonomo.

(157) *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. (1865) nel diritto privato*, cit., pp. 221.

tigone e Porzia », il vero protagonista secondo la rivisitazione ascarelliana del dramma di Shakespeare ⁽¹⁵⁸⁾ sia Porzia nel suo travestimento da « dottore » patavino ⁽¹⁵⁹⁾ e cioè da saggio che, sfruttando la propria sapienza tecnica ma anche la propria fantasia, risolve grazie alla sua *interpretatio* il problema insolubile per il non tecnico.

Seguiamo, con un po' d'agio, Ascarelli nel suo ragionare, che sarà utilissimo per il nostro discorso: « il *deus ex machina* di questo dramma che finisce in letizia è così l'artificio interpretativo di Porzia. Porzia afferma la validità del patto; non si ribella, non lo taccia di iniquo. Però lo interpreta e, interpretandolo, lo riduce a nulla. La legge positiva è salva, ma pure superata ... la sua [di Porzia] fantasia ci propone appunto il problema della interpretazione della norma ... il dramma si risolve non già negando il patto, ma affermandolo nella sua validità, interpretandolo e distruggendolo » ⁽¹⁶⁰⁾.

Il dottore patavino, cioè il dottore di diritto comune, sembra essere per Ascarelli l'immagine emblematica dell'interprete: è formalmente vincolato a un testo valido, il testo romano, con cui non può non porsi in rapporto di continuità, ma il vincolo è ben spesso di indole formale, il riferimento a un punto fisso autoritativo, mentre la sua opera interpretativa — anche se sempre sotto la protezione del frammento classico — si snoda in perfetta adesione ai nuovi fatti economico-sociali. Ciò che ha sempre impressionato Ascarelli fin dai suoi studi esemplari sulla moneta è la costruzione che una scienza sensibile e responsabile fa durante il secondo medioevo di un nuovo ordine giuridico coerente e adeguato a una società che si andava profondamente trasformando e che si allontanava sempre di più dagli schemi semplici della società antica; glossatori e commentatori gli si mostravano nella veste nobilissima e quasi eroica di intellettuali che, in un universo culturale dominato dal principio di autorità, riuscivano con fatica e in grazia delle loro

⁽¹⁵⁸⁾ Che, come ognuno può capire, è il celeberrimo *Mercante di Venezia*.

⁽¹⁵⁹⁾ È interessante una notazione (cfr. *Antigone e Porzia*, cit., p. 10, nota 1) che il « viaggiatore giuridico », reduce dal lungo esilio in quella terra brasiliana dove il diritto comune aveva avuto vigenza fino al pieno Novecento, fa su un uso linguistico portoghese testimonianze l'enorme rilevanza della scienza patavina (e io direi — non certo per patriottismo culturale — scienza giuridica patavina).

⁽¹⁶⁰⁾ *Antigone e Porzia*, cit., p. 11.

capacità tecniche a dare alla società del rinascimento medievale una efficace veste giuridica, coniando una dommatica nuova e inserendo in nuove categorie gli strumenti inventati dalla pratica dei porti e dei mercati mediterranei.

Ascarelli trasportò quel modello di giurista nella realtà a lui contemporanea, dove il divenire sociale ed economico galoppava con gran corsa e dove gli strumenti offerti dai Codici apparivano addirittura paleolitici con il loro esclusivo rapportarsi a una società agraria, a una ricchezza identificata ancora nel fondo rustico, e dove il diritto commerciale si raggrinziva in un nucleo di privilegi per quel soggetto socialmente forte e degno di rispetto da parte del potere che era il commerciante. La creatività della interpretazione, che ha in Ascarelli le fondazioni culturali e filosofiche che sappiamo, fu sollecitata dal suo « mestiere » di commercialista, di commercialista non esegeta di un testo ma contemplatore curioso di un assetto economico mondiale in profonda e rapida trasformazione.

I suoi banchi di prova sono istituti dalla dirompente novità, anche se si venivano a radicare in vecchi schemi. Si trattava, in particolare, dei grandi temi-problemi dell'economia del maturo Novecento, e cioè impresa, concorrenza, moneta, titoli di credito. Qui si imponeva un lavoro di autentica costruzione da parte del giurista, qui il giurista doveva dimostrare di possedere una doppia valenza, essere lettore dei fatti economici, essere però anche il loro traduttore in schemi tecnici che consentissero la costruzione di un sistema, di un sistema assicuratore di universalità, di solidità, di affidamento nella instabilità della pratica degli affari.

Così come il *sapiens* della vivacissima età comunale, l'interprete del pieno secolo ventesimo è chiamato, come abbbiam visto, ad un mestiere complesso, giacché deve aver sensibilità per tutto ciò che si muove fuori del diritto, e lo preme, e lo plasma, ma deve, allo stesso tempo, dimostrarsi giurista nel compiuto dominio della sua inconfondibile e ordinante grammatica. Era una figura di interprete-costruttore che Ascarelli modellava innanzi tutto su se stesso, su come aveva sperimentato nella sua vicenda personale la capacità di rispondere e corrispondere a quel nodo di esigenze e di domande. E qui occorre sgombrare in maniera dichiarata un possibile equivoco che le pagine precedenti dovrebbero avere implicitamente allontanato.

Ascarelli, sulla cui bocca affiorano tante proposizioni ereticali, è

un giurista ortodosso, con una ortodossia a tutta prova. Se, in precedenza, abbiám parlato della sua ortodossia riferendoci al suo perfetto inserimento nella società capitalistica, al suo essere fino in fondo un borghese, al suo non cedere mai a tentazioni di sovvertimento della società moderna, ora dobbiam riferirci a un'altra ortodossia consistente nella corrispondenza a un'immagine di giurista come tecnico del diritto.

Nessun gireconsulto più di lui ha parlato di storia e di storicità e ha maneggiato espertamente i fatti storici; nessuno più di lui ha ficcato a fondo lo sguardo nella incandescenza della realtà economica; nessuno più di lui si è nutrito di filosofia leggendo assetato le pagine appartenenti alle scuole più disparate. Ma si sbaglierebbe di grosso nel credere che tutto questo arricchimento culturale abbia « contaminato » o almeno sfumato il suo esser giurista e il suo sapere specifico di giurista. E sbaglierebbe chi credesse di capire Ascarelli stazionando nei comodi e facili vestiboli dove si parla di metodo, di ideologie, di sociologismi rimanendo nel vago di un discorso liminale necessariamente fumoso.

Per capire Ascarelli occorre invece osservarlo nel suo mestiere di giurista provvedutissimo, al centro del suo laboratorio di stregone giurista, uno stregone padrone come pochi dello strumentario d'un fornitissimo laboratorio tecnico. Egli è, anche sotto questo profilo, un giurista ortodosso che non ha nulla da spartire con quegli pseudo-giuristi che han prosperato nella fugace stagione immediatamente successiva alla grande contestazione studentesca del '68 sciacquandosi la bocca — tanto per fare un esempio — con facili discorsi sulle ideologie del processo civile e ignorando le non facili architetture massime e minime del vigente Codice di procedura.

Egli non ha alterato l'immagine tradizionale del giurista come grande tecnico; anzi, come tecnico, ha destato l'ammirazione degli addetti ai lavori ed ha così salvato le sue numerose proposizioni ereticali dalla condanna al rogo.

Quella del giurista è autentica « opera di ingegneria »⁽¹⁶¹⁾, ed è pertanto costruttiva: oggetto dell'opera, e risultato della costruzione, è il tessuto degli istituti, assetti di interessi che emergono dall'orga-

(161) *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 87.

nizzarsi della vita quotidiana e che l'ingegneria giuridica fissa in schemi categoriali atti a raccogliere e ordinare l'incomposto combinarsi dei fatti esistenziali.

Egli costruisce però da giurista; non edifica dal nulla come il politico o il sociologo, bensì su una base autoritativa che funge da piattaforma di validità, da affermazione della tradizione, da segno di continuità. Rispetto a quella base il giurista si pone, con la sua tecnica interpretativa, quale mediatore fra vecchio e nuovo accollandosi sulle spalle tutto il grave fardello che consegue a ogni mediatore, la cui libertà è sempre condizionata da due opposti in mezzo ai quali si pone mediatore.

Ascarelli, che ha sempre presente questa complessa problematica, si pone in modo pressante il problema al momento del suo ritorno in Europa dall'esilio brasiliano, quando contempla una nuova realtà economica bisognosissima di nuovi ordinamenti; ed è infatti del 1946 il suo saggio più carico di percezioni e intuizioni, che ha già, nella felice intitolazione, segnata tutta la propria carica progettuale: « Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione ».

Il giurista è sorpreso immerso in una società in trasformazione, non alieno da essa, non isolato in essa, non impermeabile da essa e dalle forze che la percorrono; al contrario, inserito nella lotta fra certo e giusto ⁽¹⁶²⁾, nella dialettica fra continuità e mutevolezza, quasi crocifisso fra queste tensioni opposte cui, da giurista, deve corrispondere mediando e non distruggendo, tessendo un difficile e quasi contraddittorio filo fra tradizione e novità ⁽¹⁶³⁾.

La norma vecchia sarà interpretata e intimamente rinnovata nella sua applicazione al nuovo e nella sua ricostruzione attraverso categorie nuove ⁽¹⁶⁴⁾. Categorie, che ben diversamente dai concetti

⁽¹⁶²⁾ *Ibidem*, p. 89.

⁽¹⁶³⁾ « la tecnica dell'interpretazione costituisce in sostanza una tecnica per permettere l'applicazione di un *corpus iuris* precostituito ai casi sempre nuovi che la vita viene presentando, osservando all'uopo un criterio di continuità storica e di coerenza logica » (*ibidem*, p. 86).

⁽¹⁶⁴⁾ *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 87; *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XIV ss.; *Economia di massa e statistica giudiziaria*, cit., p. 525; *Prefazione a Saggi di diritto commerciale*, p. 2.

meramente formali ⁽¹⁶⁵⁾, implicano valutazione della realtà nuova (dalla cui osservazione induttivamente scaturiscono) e ricostruzione della norma vecchia in una attività tipologica e definitoria peculiare al giurista, a ogni giurista di sempre.

La diaspora dei fatti sarebbe irrimediabilmente sfuggente se non vi fosse un ordinatore; la ricchezza della storia, di quella storia quotidiana che interessa il diritto, non potrebbe essere intesa se non valorizzata e contenuta e resa percepibile dalle categorie del giurista ⁽¹⁶⁶⁾. I concetti giuridici sono gli strumenti euristici nei quali debbono sposarsi logica formale e sensibilità storica, sapienza tecnica e fantasia (anche fantasia, come nell'atteggiamento di Porzia) ⁽¹⁶⁷⁾: è la difficile combinazione grazie alla quale si avrà il rinnovamento del sistema, giacché la norma data verrà ricostruita dall'interprete per la fenomenologia nuova, ricostruita e rinnovata sul tronco della precedente struttura.

Il mondo del diritto ritorna sempre ad apparire ad Ascarelli nella eterna dialettica fra « struttura » e « funzione »: istituti che vivono e si evolvono nel continuo modificarsi e stravolgersi di vecchie strutture in funzioni nuove, evolvendosi e talvolta contorcendosi come corpi nuovi in vestimenti vecchi. Il giurista che, per la sua sapienza tecnica, conosce bene le articolazioni delle vecchie strutture; il quale, per quel pizzico di fantasia che deve sempre vivificare la sua mente, ha anche lucida percezione dell'orientamento storico, è il personaggio vocato, professionalmente vocato, a questa complicata opera di adeguamento.

10. Che è complicata, anzi complicatissima, ma che Ascarelli trova congeniale al suo temperamento versatile: solo un personaggio attento ai segni dei tempi, curioso di quanto avviene al di là del diritto ma padrone anche della augusta tradizione giuridica e dei meccanismi

⁽¹⁶⁵⁾ E « astratti da qualunque realtà storica », come « onere », « obbligo », « soggetto giuridico », « diritto », « potere » (v. *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XV).

⁽¹⁶⁶⁾ *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XXV.

⁽¹⁶⁷⁾ E di fantasia parla esplicitamente proprio in due scritti programmatici: *Economia di massa e statistica giudiziaria*, cit., p. 526 e *Prefazione a Saggi di diritto commerciale*, cit., p. 6.

tecnici interni alle vecchie strutture degli istituti e al sistema del *corpus iuris* precostituito, può capire il divenire della prassi e tradurlo in schemi tipici, quegli schemi, che, soli, sono proprii al diritto.

Come abbiám detto più di una volta, il discorso ascarelliano ha momenti di aporeticità in questa dialettica mai compiutamente, risolta tra vecchio e nuovo, ma è doveroso riconoscergli almeno un pregio: si percepisce — e si cerca di tradurre sul piano operativo — che la carica interna dell'universo giuridico è fatta, allo stesso tempo, di stabilità e mutazione, tradizione e innovazione, testo autoritativo e adeguamento, certezza ed equità. Forze, moventi, esigenze che sarebbe ridicolo ricondurre nell'alveo di una coerenza matematica ma che sarebbe anche miope eludere continuando il troppo facile onanismo sulla legge.

Un possibile ma difficile cammino consiste nel tentativo di conciliazione, croce e grandezza del giurista, e anche l'unica possibilità concreta di lasciare il cantuccio umbratile d'una esegesi reseca dalla storia e inserirsi, carico di umanità, magari di contraddizioni, all'interno del flusso storico quale presenza viva ed efficace. Una presenza che il giurista, personaggio complesso e dal mestiere complesso, può assicurarsi combinando in se stesso, congiuntamente, storicismo — cioè sensibilità per quanto preme sul diritto dal di fuori — e sapere tecnico — cioè maneggio compiuto della più raffinata grammatica giuridica.

Ascarelli dette prova di questa perfetta congiunzione in ognuna delle tante battaglie culturali da lui combattute. Noi ne sottolineiamo qui due — sostandovi un poco con qualche riflessione — per il loro carattere decisamente emblematico: l'elaborazione dello schema categoriale del negozio indiretto e la costruzione del contratto plurilaterale. Due « istituti », ma anche qualcosa di più: due campioni usciti dal laboratorio fertile di uno straordinario *sorcier* e, insieme, due proposte metodologiche, due ammonimenti per il lavoro quotidiano del giurista.

Scriveva Ascarelli, chiudendo quel remoto saggio sul negozio indiretto, che mi è sempre parso uno splendido manifesto culturale ⁽¹⁶⁸⁾: « attraverso tutto il campo del diritto possiamo cercare di

⁽¹⁶⁸⁾ E che, risalendo nella sua stesura originaria agli anni 1930-31 (cfr. *Giurispru-*

determinare le vie attraverso le quali un sistema giuridico si sviluppa per rispondere a nuove esigenze, ed i mezzi tecnici cui ricorrono a tale fine l'interpretazione giurisprudenziale e la prassi contrattuale». Soggiungendo: «È quest'ordine di indagini appunto che mi sono permesso di chiamare « dinamica » giuridica — *indagini che hanno un carattere storico e sociologico ma che per la loro stessa natura, devono tuttavia essere compiute tenendo presente l'aspetto tecnico-giuridico* »⁽¹⁶⁹⁾. Singolare epilogo per un saggio riservato agli addetti ai lavori e densissimo di una non facile grammatica giuridica. Lo si spiega e lo si giustifica se lo si avvisa con la stessa coscienza che ebbe il giovanissimo scrittore: di redigere, più che un saggio, un programma, ciò che sopra chiamavo un manifesto culturale. E il negozio indiretto era più l'indicazione di un cammino da seguire che la minuta ricostruzione di un istituto; un cammino però che, come mostra bene la nostra corsivazione del passo ascarelliano, non può essere percorso che con l'ausilio di due stampelle da usarsi congiuntamente e da non separare mai, storicismo e sapere tecnico. Ma è tempo di passare all'interno del laboratorio giuridico.

a) Di negozio indiretto si è parlato nella scienza civilistica europea ben prima di Ascarelli⁽¹⁷⁰⁾; tra i civilisti italiani erano stati Ferrara⁽¹⁷¹⁾ e Messina⁽¹⁷²⁾ ad accennarvi, il primo in una accezione assai ristretta, il secondo con maggiore ampiezza di sguardo. Ma si deve ammettere che soltanto con la riflessione ascarelliana il problema acquista autonomia, respiro, centralità.

Quando infatti il Nostro parla di negozio indiretto, non si riferisce a una speciale categoria formale di negozi giuridici⁽¹⁷³⁾,

denza italiana, 1930 IV, e *Studi in onore di Cesare Vivante*, 1931), testimonia quanto precoce fosse il maturarsi in Ascarelli di una precisa coscienza metodologica, nonché la compattezza e continuità, pur nel naturale sviluppo, del suo pensiero.

⁽¹⁶⁹⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 77.

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. le diligenti indicazioni dello stesso Ascarelli (*Il negozio indiretto*, cit., p. 6, nota 5).

⁽¹⁷¹⁾ FRANCESCO FERRARA, *I negozi fiduciari*, in *Studi ... in onore di Vittorio Scialoja*, vol. II. Milano, Hoepli, 1904, e *Della simulazione dei negozi giuridici*, Milano, S.E.L., 1913⁴, p. 82 ss.

⁽¹⁷²⁾ GIUSEPPE MESSINA, *Negozi fiduciari* — Introduzione e parte I, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, p. 69 ss.

⁽¹⁷³⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 20.

sibbene a un atteggiamento generale che ogni ordinamento positivo conosce e sperimenta nella sua storia in vista di una sempre maggiore coerenza fra strutture vecchie ed esigenze funzionali nuove. Il negozio indiretto è cioè l'espressione più manifesta della « dinamica giuridica », cioè di quel « diritto socialmente vigorante » che, serpeggiando nello strato più riposto dell'esperienza, ama nascondersi, dapprima, all'ombra delle forme consolidate pur affermando una sua sostanza economica virulenta ed efficace.

Si ha infatti negozio indiretto quando le parti ricorrono nel caso concreto ad un determinato negozio per raggiungere grazie a questo, coscientemente e consensualmente, scopi diversi da quelli tipici del negozio formalmente adottato. È il mondo della pratica contrattuale che, di fronte alle lungaggini e alle sordità del legislatore, per tener dietro al flusso degli affari, ne registra le novità — nuove esigenze, nuove motivazioni, nuove funzioni — e, constatato il vuoto normativo del diritto ufficiale, preferisce inserirle negli involucri protettivi rappresentati da strutture tradizionali. L'emersione formale, l'istituto nuovo di zecca, costituirà il frutto di un momento successivo magari più provvido, contentandosi frattanto gli operatori di una risposta a livello di effettività; che è quanto preme.

Il costo è — sul piano dell'estetica giuridica e, più gravemente, su quello della logica giuridica — un involucro forse forzato e deformato nel contenimento di funzioni cui era strutturalmente inadatto, ma si sa bene che non sono né i problemi estetici né le simmetrie logiche che gli operatori pratici pongono tra i loro fini prediletti.

Ascarelli insiste che siamo di fronte non ad una scelta isolata ma a una costante destinata a ripetersi senza fine: « i nuovi bisogni vengono soddisfatti, ma spesso con vecchi istituti ... attraverso un vecchio istituto, che trascina con sé le sue forme e la sua disciplina, che offre alla nuova materia ancora incandescente una vecchia intelaiatura già nota e sicura » (174). La storia del diritto sembra dar sostegno all'osservatore inquieto delle trasformazioni socio-economiche del proprio tempo e fondare solidamente la sua intuizione. Se il punto di partenza è quel secolo ventesimo così riottoso a farsi ordinare dalle tradizionali strutture giuridiche, è il grande forziere della storia giuridica, questa

(174) *Il negozio indiretto*, cit., p. 5.

enorme ricchezza di esperienze vissute nella loro compiutezza, a inserirsi nel presente dell'osservatore in una vivissima e aguzza contemporaneità spirituale; una storia giuridica còlta come ininterrotta catena di mentalità e sollecitazioni mutevoli e pertanto di trasformazioni e di adattamenti che trovano un primo soddisfacimento, immediato e spontaneo, nella costante dei negozi indiretti.

Il presente è più efficacemente compreso se lo si considera non come punto isolato ma inserito in una linea storica, nei suoi tempi lunghi dove il paesaggio giuridico si decanta e si esalta: papiri greco-romani, documenti dell'antico diritto germanico, prassi medioevale, dottrine teologiche, norme canoniche e riflessioni di canonisti, diritto anglosassone, documentano limpidamente ⁽¹⁷⁵⁾ il senso e l'orientamento della dinamica giuridica di sempre. Lo schema del negozio indiretto « costituisce una categoria storica e sociologica, che denuncia in sostanza il contrasto fra la struttura legale e la pratica contrattuale » ⁽¹⁷⁶⁾, è l'eterna, ricorrente risposta a « un contrasto fra la realtà pratica ed il sistema giuridico positivo » ⁽¹⁷⁷⁾, e deve essere identificato « quasi un ponte di passaggio storico; esigenze nuove soddisfatte inizialmente solo in via indiretta, attraverso negozi disciplinati in vista di esigenze diverse » ⁽¹⁷⁸⁾. L'esperienza quotidiana fornisce esempi a non finire di questo atteggiamento, sia nel diritto storico che in quello attuale, ed Ascarelli è generoso in una elencazione minuta e puntigliosa ⁽¹⁷⁹⁾.

Al di sopra della casistica prolissa c'è però anche lo sforzo definitorio: il negozio indiretto è intriso di storicità, ma il giurista ha il compito non eludibile di tipicizzarlo, di includerlo nelle proprie

⁽¹⁷⁵⁾ *Il negozio indiretto*, cit., *passim*, ma soprattutto p. 6 ss.

⁽¹⁷⁶⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 33. Più di vent'anni dopo (*Considerazioni in tema di società e personalità giuridica* (1954), ora in *Saggi di diritto commerciale*, cit., p. 180), ritornando — come fa ricorrentemente — sul tema prediletto, ribadisce che « i procedimenti indiretti rappresentano una fenomenologia costante di ogni ordinamento giuridico ». È notevole che, in questo saggio del '54, si parla addirittura di « procedimenti indiretti » quasi a sottolineare che si tratta di uno schema universale, o, come dice lo stesso Ascarelli, di « una fenomenologia ».

⁽¹⁷⁷⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 30.

⁽¹⁷⁸⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 31.

⁽¹⁷⁹⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 58 ss.

categorie ordinanti, di fissarne i confini soprattutto rispetto a schemi vicini o apparentemente analoghi. E soccorre la grammatica del tecnico, provvedutissima: soccorre caratterizzando e, conseguentemente, separando; da ultimo, definendo e costruendo.

Così è per la distinzione tra contratto misto e negozio indiretto⁽¹⁸⁰⁾; così è soprattutto per il discrimine fra negozio indiretto e negozio simulato dove pure il grande Jhering aveva provocato alcuni equivoci⁽¹⁸¹⁾: se la simulazione può individuarsi in una discordanza tra volontà reale delle parti e loro dichiarazione secondo l'insegnamento, negli anni Trenta ricevutissimo, del Ferrara, nulla di tutto ciò occorre nel negozio indiretto; qui « le parti vogliono, e vogliono effettivamente, il negozio che esse pongono in essere; esse vogliono effettivamente sottoporsi a quella disciplina giuridica ... esse vogliono ... quelli che sono gli effetti tipici del negozio adottato »⁽¹⁸²⁾. Solo che esse mirano « anche a raggiungere un fine ulteriore », solo che per esse « la realizzazione del fine tipico del negozio è voluta, ma costituisce il presupposto per questo fine ulteriore »⁽¹⁸³⁾.

Il negozio indiretto svelava con franchezza tutta la complessità dell'universo giuridico, il suo inevitabile assestarsi in una cortecchia ufficiale e in uno strato effettivo più profondo, il suo proporsi sempre nella dialettica fra statica delle forme superficiali e dinamica delle sostanze sotterranee. E svelava altresì, questo schema intrinsecamente antinomico — si vuole qualcosa per volerne un'altra —, la complessità del lavoro del giurista, che esige sensibilità di storico e sapienza di grammatico. Lo studio del negozio indiretto, in quanto « destinato a rivelare i mezzi attraverso i quali un sistema giuridico si sviluppa fuori da ogni intervento del legislatore »⁽¹⁸⁴⁾, non poteva non apparire al « viaggiatore giuridico » uno degli strumenti più puntuali per penetrare lo spirito del diritto fuori dalle pseudo-certezze dell'assolutismo giuridico.

b) Poche notazioni in tema di « contratto plurilaterale », uno

⁽¹⁸⁰⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 16-17.

⁽¹⁸¹⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 22-24. Jhering, infatti, « ritiene che i negozi indiretti non costituiscono se non lo sviluppo dei simulati » (*ibidem*, p. 6, nota 5).

⁽¹⁸²⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 23.

⁽¹⁸³⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 18.

⁽¹⁸⁴⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 71.

schema interpretativo caro ad Ascarelli, che lo disegna compiutamente, a più riprese, dal 1945 in poi ⁽¹⁸⁵⁾, ma la cui intuizione originaria risale ai primi anni Trenta ⁽¹⁸⁶⁾.

Ci interessa qui, nel momento riassuntivo della nostra ricerca, perché, al pari del « negozio indiretto », ha una sua valenza intensamente espressiva. Come si sa, nasce dalla insoddisfazione per la teorica civilistica del contratto come categoria ordinatoria del contratto di società; e prende forma come costruzione che il giurista « ingegnere » fa di una « specie particolare » all'interno della categoria generale ⁽¹⁸⁷⁾: un contratto che non si esaurisce « con l'esecuzione delle obbligazioni delle parti », ma costituisce « una organizzazione delle parti in ordine allo sviluppo di un'attività ulteriore » ⁽¹⁸⁸⁾, « contratto di organizzazione da contrapporsi quasi, da questo punto di vista, ai contratti di scambio » ⁽¹⁸⁹⁾.

Quel che preme qui di segnalare è l'opera costruttiva del giurista, stimolato e sorretto dalla sua intuizione e dalla sua « fantasia », virtù somme da contenersi e ordinarsi in severe architetture tecniche. Né si tratta di intuizioni galleggianti in un limbo irrazionale; è piuttosto il solito « viaggiatore giuridico », che fa tesoro della propria ricchezza culturale. E dietro la teoria del contratto plurilaterale si disegnano nitide le forze sollecitatrici: la prassi economica — la prassi societaria — con le sue istanze sempre nuove e la sensibilità per essa del commercialista ormai dominato dallo schema assorbente dell'impresa come organizzazione; le esperienze illuminanti vissute da dottrina e giurisprudenza in altri paesi, tanto che

⁽¹⁸⁵⁾ I tentativi teoricamente più costruttivi consegnati in saggi monografici mi sembrano: *Il contratto plurilaterale*, pubblicato in portoghese nel 1945 e, poi, in italiano, non solo nella raccolta dei *Saggi giuridici* (1949) ma altresì negli *Studi in tema di contratti* (1952), segno della rilevanza che assumeva nella stessa coscienza dello scrittore; *Contratto plurilaterale, comunicazione di interessi, società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci* (1953), ora in *Saggi di diritto commerciale*, cit.

⁽¹⁸⁶⁾ *La liceità dei sindacati azionari*, in *Rivista del diritto commerciale*, XXIX (1931), II, p. 256; *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale*, in *Foro della Lombardia*, 1932, p. 439; *Note preliminari sulle intese industriali (cartelli e consorzi)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, N.S., VIII (1933), p. 106 ss.; *Le unioni di imprese*, in *Rivista del diritto commerciale*, XXXIII (1935), I, p. 178 ss.

⁽¹⁸⁷⁾ *Il contratto plurilaterale*, cit., soprattutto pp. 98-99, 100, 103, 106.

⁽¹⁸⁸⁾ *Il contratto plurilaterale*, cit., p. 115.

⁽¹⁸⁹⁾ *Il contratto plurilaterale*, cit., p. 136.

Ascarelli può qualificare la sua elaborazione come « un risultato raggiunto induttivamente »⁽¹⁹⁰⁾; infine — e direi: soprattutto — lo sguardo attento alle analisi dei giuspubblicisti⁽¹⁹¹⁾ e la tensione a dominare l'interezza dell'esperienza giuridica e a trarne profitto, rifiutando il miserevole comodo offerto da steccati e recinzioni culturalmente inaccettabili.

11. Non sono qui a tirar le somme; il lettore avveduto avrà constatato la ricchezza e incisività dei messaggi che quello straordinario giurista ed uomo di cultura quale fu Tullio Ascarelli continua a trasmettere al nostro presente. Né son qui a trarre una « morale » da quanto si è detto, perché sarebbe stonata e insopportabile come quelle che ci rifiutavamo di leggere collocate in fondo alle favole della nostra infanzia. Mi limito a soppesare soddisfatto un bilancio fatto di molti, moltissimi messaggi, i quali possono indurre a rifiutare i tanto comuni semplicismi e a ripensare un folto nodo di problemi e soprattutto soluzioni accettate come ovvie e naturali e invece meritevoli d'una più spessa riflessione.

Tutto questo lo farà — speriamolo — per suo conto l'avveduto lettore. Ma un messaggio, come storico del diritto, voglio sottolineare chiudendo; messaggio sostanzialmente unitario anche se rivolto a un duplice interlocutore, al giurista di diritto positivo e a quell'ambiguo giurista che coltiva professionalmente la storia del diritto (che ambiguo non sarebbe, se non volesse esserlo). La sostanza unitaria concerne, sia per l'uno che per l'altro, la collocazione e il ruolo della storia del diritto nel nòvero delle discipline giuridiche, un problema che Ascarelli avvertì e visse in modo intenso e su cui, con la propria testimonianza, dettò una lezione impareggiabile.

⁽¹⁹⁰⁾ *Il contratto plurilaterale*, cit., p. 156.

⁽¹⁹¹⁾ « gli studi pubblicistici avevano invero resi accorti circa i limiti del concetto di contratto e perciò spingevano a domandare se veramente nella costituzione della società esistesse quella pluralità di centri d'interesse che caratterizza il contratto »; e ancora: « elaboravo una serie di regole, dandomi carico dei rilievi che dalla dottrina pubblicistica erano pervenuti circa la natura del contratto, ispirandomi tuttavia (ché alla fine un precedente potrebbe pur ritrovarsi nel contratto sociale) ad un orientamento privatistico del pensiero » (*Contratto plurilaterale, comunione di interessi, società di due soci*, cit., rispettivamente pp. 330 e 331).

Al primo Ascarelli dà una indicazione ferma: la storia del diritto non è né un lusso né una avventura straordinaria per il cultore d'un diritto positivo; è, anzi, uno strumento *normale* nelle sue mani, giacché è l'ineliminabile mezzo di comprensione del diritto positivo, dimensione della sua stessa positività perché interna e non *esterna* all'analisi giuridica. Ascarelli — commercialista, avvocato, consulente — era e si sentiva (e si era pertanto munito dei non facili arnesi dello) storico del diritto, avendo riconosciuto nella storicità l'essenza del fenomeno giuridico. La sua insistenza nel rifiutare analogie correnti fra norma giuridica e norma naturale, tra sapere giuridico e sapere matematico, aveva il significato di affermare una verità elementare, anche se troppo spesso dimenticata: il diritto non appartiene né alle verità rivelate né al mondo dei fenomeni, ma alla storia; non è un dato, bensì un problema storicamente condizionato. Il ricorso alla storia non può pertanto ridursi né a una appendice esteticamente gradevole ma sostanzialmente inutile alla indagine positiva ritenuta come l'unica autenticamente giuridica, né tanto meno a una introduzione a essa dove il giurista può sfoggiare dottissime escursioni fuori le mura. Non si tratta di escursioni ma di analisi all'interno dello stesso tessuto del diritto positivo, intriso di storicità e perciò necessariamente disteso in una dimensione (inter-spaziale e) intertemporale, al di fuori della quale il diritto — che è vita, cioè esperienza — si mummifica in un dato museale.

Al secondo, cioè allo storico del diritto, Ascarelli ricorda, consequenzialmente a quanto or ora precisato, un'altra verità elementare e ugualmente dimenticata: fare analisi storica del diritto significa porre in essere strumenti di conoscenza giuridica, ossia quella grammatica grazie alla quale, e soltanto grazie alla quale, il giurista, e soltanto il giurista con il suo specifico statuto epistemologico, può individuare ed esaltare la dimensione giuridica nella sua relativa autonomia all'interno del complesso e confuso calderone sociale. Gli ricorda, in altre parole, che lui non potrà fare a meno di quella grammatica se vorrà centrare il bersaglio della sua azione culturale e anche rendere indiscutibile la propria individualità culturale. Ma gli fornisce una ulteriore preziosa indicazione: fare storia non si identifica nell'elencare e catalogare fatti, piuttosto nell'impossessarsi di quei fatti mediante valutazioni, nell'ordinarli secondo quegli schemi universali (tipologicamente, direbbe il Nostro), che nella conoscenza

storiografica dello storico del diritto sono le categorie interpretative del giurista. Ascarelli ne traeva una conclusione, che è cara a chi scrive queste pagine e che potrebbe dispiacere ad altri: la centralità della storia del pensiero giuridico, la sua estrema valorizzazione come strumento di comprensione storiografica.

ITINERARI DELL'ASSOLUTISMO GIURIDICO

Saldezze e incrinature nelle « parti generali »
di Chironi, Coviello e Ferrara

1. Il laboratorio civilistico italiano di fine Ottocento. — 2. Fondazioni giusnaturalistiche, formalismo e statalismo: l'antinomia del diritto civile italiano moderno. — 3. La civilistica italiana e la redazione di una « parte generale » del diritto civile. — 4. Anno 1900: il « Trattato di diritto civile italiano » di Lando Landucci. — 5. Anno 1904. Il « Trattato » di Gian Pietro Chironi: lo specchio di un personaggio ambiguo. — 6. I lavori preparatorii del « Manuale » di Nicola Coviello: la formazione culturale del giovane civilista. — 7. Anno 1910: la « parte generale » del « Manuale » covielliano. — 8. Lungo l'itinerario scientifico di Francesco Ferrara. — 9. Anno 1921: le « dottrine generali » del « Trattato » ferrariano.

1. L'ultimo ventennio del secolo scorso significa per lo storico della scienza privatistica italiana — lo si sa bene — l'avvio di uno straordinario laboratorio in cui si dà vita alle sperimentazioni più ardite e dirompenti. Esigenze sistematizzanti e dogmatizzanti, positivismo filosofico, suggestioni evoluzionistiche, tensioni solidaristiche mettono scompiglio nel quieto recinto della « ragion civile », un recinto che, in Italia, le salde e non spregevoli chiusure della prima codificazione unitaria potevano far pensare protetto ed immune.

È la grande corsa di quell'ultimo ventennio, è il rapido concatenarsi di sviluppo economico e tecnologico, di lotte sociali, di circolazione intensa di idee nuove provenienti da Oltralpe, a coinvolgere la tranquilla provincia dei nostri civilisti e a costringere almeno i più sensibili e anche i più impressionabili fra loro a riflettere sul mestiere e sul ruolo del giurista e a portare la discussione fin dentro quel sistema delle fonti del diritto, che l'ordine giuridico borghese aveva costituito in sacrario intangibile dal momento in cui il nuovo Principe vi aveva identificato il cemento della costituzione politica e la fondazione prima di tutto l'ordine socio-politico.

Sarà, in quel ventennio, un affiorare vario e difforme di testimonianze di fragilità e di forza, di improvvisazioni tenui come foglie al vento e di solide acquisizioni di coscienza critica, di caducità impotenti e di riflessioni destinate a incidere. Certamente, accanto a uomini modesti vittime di facili entusiasmi, affiorano i nomi rispettabili di Enrico Cimbali e di Gianturco, di Chironi e Filomusi Guelfi, di Gabba e di Simoncelli, dei commercialisti Vivante e Sraffa. Figure varie e diverse, di varia validità e di varia robustezza intellettuale, di varie radici culturali e varia ideologia di fondo e varie scelte tecniche ⁽¹⁾. Certamente non adepti della novella ideologia marxiana e marxista, e pertanto non portatori d'un verbo rivoluzionario ⁽²⁾, molti fra essi sono ispirati a nulla più che a un vago solidarismo umanitario, ma tutti — questo sì — segnati, chi più chi meno, dall'esigenza di un ripensamento critico, di porsi domande più grosse e più conturbanti di quelle correnti tra la maggioranza silenziosa soddisfattissima di continuare l'opera propria all'ombra protettiva della codificazione.

Ho parlato ⁽³⁾ di civilistica neoterica, con qualificazione certamente inappagante ma che ha il solo merito di far leva sull'atteggiamento innovativo rispetto al piatto esegetismo precedente. Il che è poco, il che è storiograficamente troppo poco, ma è anche la piattaforma comune che unisce l'evoluzionista Cimbali, il solidarista Gianturco, il savigniano Simoncelli: tutti percorsi da un atteggiamento critico verso l'assolutismo giuridico che è sostanzialmente nuovo

⁽¹⁾ Un quadro sintetico di questo complesso paesaggio letterario è stato da me tracciato in: « *La scienza del diritto privato* » - *Una Rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893/1896*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 15 ss.

⁽²⁾ A mio sapere, l'unico tra i giuristi più noti che professò in Italia una convinta adesione alla metodologia e all'analisi marxiane è uno storico occasionalmente prestatore ai civilisti, il giovane Giuseppe Salvioli, che, nella sua accesa prolusione palermitana del 1890 dedicata ai difetti sociali del Codice civile, mostra chiaramente di far suo il canone interpretativo della lotta di classe. Già il titolo era espressivo: « I difetti sociali del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie ». Sulla prolusione salvioliana cfr. i nostri cenni in: « *La scienza del diritto privato* », cit., p. 58 ss..

⁽³⁾ Già nell'ormai lontano saggio su *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5/6 (1976/77), t. I, p. 312 ss..

nell'animo dei civilisti, tutti percorsi — e anche vivificati — da incrinature più o meno vistose nelle loro certezze assolutistiche.

Saranno i messaggi squassanti che vengono lanciati in Germania nel primo maturarsi di idee giusliberistiche; saranno le espressioni di disagio che cominciano a scoppiettare in Francia anche verso la maestà del Codice Napoleone; sarà il misurarsi realistico con la società italiana che cresce velocemente ben al di là dei sentieri indicati dal Codice del 1865; è chiaro che certezze e convinzioni prima indiscusse sono ora sottoposte al vaglio di dubbii corrosivi, aprendo ipotesi di lavoro prima impensabili e, soprattutto, dando consapevolezza scientifica alla sonnolenta tecnica della vecchia civilistica.

Non si possono tacere le ingenuità e le improvvisazioni culturali di cui questa civilistica neoterica è gremita, ma non si può nemmeno tacere l'indubbio arricchimento che la più ampia disponibilità di strumenti culturali conferisce al laboratorio civilistico.

2. Quello della civilistica neoterica è un capitolo che si apre e che, a fine secolo, tende a chiudersi o almeno a deformarsi. Si tratta di un seme lanciato, che non alligna immediatamente ma che darà i suoi frutti nei tempi lunghi. Nei tempi brevi, cioè negli anni del primo Novecento, quel seme non era in grado di fruttificare, giacché il terreno era divenuto incapace di portarlo a germinazione. E qui conviene attardarci su qualche considerazione generale intorno allo sviluppo del diritto privato nel secolo XIX, che ci permette di capire le ragioni di una chiusura e di un seme non raccolto.

Quello sviluppo è marcato, nell'Europa continentale, dalla presenza ingombrante di due coaguli storici, apparentemente di segno opposto ma sostanzialmente accomunati da una medesima matrice e da una identica ideologia giuridica; il riferimento è al generale movimento codificatore presente in tanti paesi, cioè al movimento consolidatorio del diritto — anche e soprattutto del diritto privato — in un testo autorevole, e alla Pandettistica, vivacissima nell'area germanica.

La matrice è — per l'uno e per l'altra — giusnaturalistica, anche se, nel primo, v'è l'affidamento tutto nuovo al Principe, al detentore del potere politico, di leggere la natura delle cose e tradurla in atti della sua volontà sovrana (le leggi), nella seconda si continua col

vecchio affidamento alla scienza giuridica del còmpito prevalente del divenire dell'ordinamento.

Le uguali matrici giusnaturalistiche si colgono soprattutto nel concepire in chiave metastorica figure e rapporti: un soggetto di diritto civile astratto, e unitario perché astratto; proprietà e contratto, cioè i due principali strumenti di azione e di autotutela di questo soggetto, concepiti nel modo più astratto possibile. Al di là di questo indubbio trasferimento di un bagaglio giusnaturalistico per la costruzione e l'irrobustimento del diritto borghese, sta la grande antinomia di cui sono prova sia la codificazione che l'analisi pandettistica del diritto privato: il rifiuto di ogni richiamo formale al diritto naturale come a ogni metafisica giuridica; il nuovo diritto borghese si risolve soltanto nello *ius* storicamente posto dai vari enti politici sovrani, anche se continua ad essere pensato e analizzato con schemi sostanzialmente giusnaturalistici e secondo l'ideario del più puro giusnaturalismo.

È un gioco sottile di affidamenti allo Stato e, nello stesso tempo, di diffidenze verso lo Stato questo della costruzione del moderno diritto borghese, una costruzione venata nel profondo da una intima e insanabile antinomia: con quel risultato macroscopico, che è davanti agli occhi di ogni osservatore spoglio di apologismi e che è lo *abstrakte Privatrecht* disegnato dalla riflessione pandettistica ma che è lo stesso contenuto negli articoli dei Codici borghesi, un insieme di schemi categoriali non inquinati da immiserimenti e particolarizzazioni di indole economica politica sociale. Statalismo e formalismo avviavano quella convivenza che è uno dei tratti distintivi del diritto civile moderno.

Per la nostra civilistica neoterica, quando nel corso dell'ottavo decennio del secolo cominciò a non poterne più della esegesi dei francesi e si volse con sicura decisione verso le fonti tedesche, la scelta fu liberante. Al vincolo essenzialmente passivo al testo normativo si sostituì, com'era nella tradizione del *deutsche gemeine Recht*, una immagine di giurista creativo, costruttore d'un sistema, inventore di raffinatissimi congegni logici. E fu per il civilista italiano il sentiero per oltrepassare il Codice e per mettersi nelle condizioni di disegnare il futuro, cioè di ordinare il futuro in schemi categoriali adeguati.

Nell'ultimo decennio del secolo l'influsso combinato della grande fumana della riflessione pandettistica e dei progetti di Codice imperiale germanico che si andavano stampando dal 1887 e

che mostravano con evidenza il fortissimo influsso degli uomini di scuola e di scienza (innanzi tutto del principe fra essi, Bernhard Windscheid) portò a due conseguenze vistose: il sapere giuridico si formalizzò facendo della astrattezza un canone programmatico; nello stesso tempo, si esasperava il rigetto di ogni inquinamento extragiuridico in un culto rigoroso del diritto formalmente positivo. E fu sempre più frequente la identificazione fra il romanista custode ed elargitore di una dommatica purissima, e il cultore del diritto civile positivo; anzi, ancor più, il transito quasi naturale, senza improvvisazioni o forzature, da romanista a civilista. Né fa meraviglia che protagonisti del primo trentennio del Novecento siano, per l'appunto, dei romanisti, cioè dei personaggi educati sulle forti, concettualmente forti, pagine dei Pandettisti: da Brugi a Fadda, da Pacchioni ad Ascoli da Segré a Vassalli a De Ruggiero.

La dimensione liberatoria si attenuò e anche si falsò in quel singolare doppio binario su cui il giurista civilista fu costretto a procedere, un binario disarmonico nel suo mal combinarsi di dommatica pura e di statualismo rigido. Se la civilistica neoterica si era troppo spesso risolta in un'entusiastica ma incontrollata sensibilità verso i nuovi fatti economici sociali tecnici sotto la guida spesso maldestra del positivismo filosofico nei suoi eccessi naturalistici, si capisce bene come la sua vicenda fosse destinata a chiudersi, e a chiudersi nel generale rifiuto di una maggioranza certamente non più dedita a impensabili analisi esegetiche ma certamente ormai dedita a erigere pinnacoli gotici di indole logica al di sotto del grande ombrello legislativo.

3. L'intento di queste pagine è seguire da vicino le testimonianze della civilistica del primo Novecento, quella che segue immediatamente dopo il gran ribollimento degli anni Ottanta e Novanta e che rifiuta il rischio della incontrollata immersione nei fatti, che tuttavia elabora sempre più ampie e complesse e raffinate « parti generali » nell'ambito di esposizioni pensate come « Trattati » o « Manuali » di grande organicità.

Questa scelta non è innocua. Non si tratta, infatti, di commentare con grande dovizia di spazio le norme generali premesse al Codice civile del 1865, come fa distesamente Francesco Saverio Bianchi nell'ampia parte del suo « corso » civilistico dedicata ai

« principii generali sulle leggi » (4), o come farà più tardi l'internazionalista Fiore compiendo, nell'ambito del suo « Trattato » collettaneo, l'esame autonomo « Delle disposizioni generali sulla pubblicazione applicazione ed interpretazione delle leggi » (5). La scelta di una « parte generale » non è la scelta di un oggetto da indagare, bensì di un preciso approccio metodico, di precisi contenuti da dare, di un preciso ruolo da rivendicare per il giurista.

Per lo storico i significati prevalenti sono due: è il culmine e, se si vuole, l'exasperazione di una scienza sistematizzante, giacché rappresenta la identificazione del sapere giuridico in un contesto organicamente tessuto di nozioni astratte con alla base una rete unitaria di categorie ordinanti; è il segno di un giurista, o, meglio, di un ceto di giuristi che pretende di porsi quale costruttore, costruttore di architetture, spesso di architetture ardite, addirittura di guglie gotiche e neo-gotiche. Tant'è vero che lo schema di queste « parti generali » — a cominciare da quella codificata nel BGB — si articola sempre in un ventaglio di argomenti essenziali che vanno dai concetti fondamentali, alle fonti, alla interpretazione, ai soggetti di diritto, all'oggetto, all'acquisto modificazione e perdita dei diritti (fatti giuridici, negozii, prescrizione), al loro esercizio e difesa (azione, prova).

La « parte generale » è pertanto, più di ogni altra esercitazione intellettuale, uno specchio rivelatore di particolare intensità; rivelatore soprattutto ed esaltatore in sommo grado della accennata antinomia di fondo da cui è solcato e caratterizzato il diritto privato dell'età borghese. La « parte generale », infatti, come costruzione scientifica di astratte categorie ordinanti, costringe il civilista a fare i conti con il proprio statalismo e lo crocifigge in una contraddizione insanabile. La redazione di una « parte generale » assume pertanto per lo storico del diritto la funzione altamente espressiva d'uno strumento preziosissimo di verifica, destinato a mettere alla prova, e a dura prova, le interiori coerenze del giurista, a scoprire con

(4) F.S. BIANCHI, *Principii generali sulle leggi-Spiegazione delle disposizioni premesse al Codice civile italiano sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale*, Torino, Ute, 1888.

(5) Napoli, Marghieri, 1908².

particolare clarità le incrinature nascoste, o le effettive saldezze. Tutto, in questo specchio dalla straordinaria franchezza confessoria, si esalta con una particolare evidenza.

Cimentarsi nel disegno di una siffatta « parte generale » da premettere alla trattazione istituzionale, però in guisa da farne — come si diceva — non una premessa da giustapporre esterna alle sezioni speciali, bensì un momento interno insostituibile per la comprensione del sistema giuridico nella sua globalità, è un impegno abbastanza risalente nella civilistica neoterica italiana, almeno da quando le nostre scuole han cominciato a rifiutare le scelte analitiche ed empiriche dei francesi e ad attingere al sapere altamente teorizzante e altamente sistematico dei tedeschi.

Nel filone di pensiero germanico l'esigenza a disegnare schemi categoriali il più possibile universali proveniva da lontano ⁽⁶⁾, aveva trovato la più compiuta realizzazione in quel gran modello di straordinaria suggestione che è lo stesso « Sistema del diritto romano attuale » di Savigny ⁽⁷⁾, ricevendo tuttavia applicazione anche nell'ambito dei diritti nazionali come provano gli esperimenti ottocenteschi dell'Unger per il diritto austriaco ⁽⁸⁾, del Dernburg per quello prussiano ⁽⁹⁾, del Wächter per quello del Württemberg ⁽¹⁰⁾, o la significativa costruzione operata nel '92 dal Crome sul diritto più rinserrato in una codificazione intesa come chiusissima, quello francese ⁽¹¹⁾.

⁽⁶⁾ Una guida sicura e culturalmente provvedutissima è offerta da P. CAPPELLINI, *Systema iuris - I - Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette*, Milano, Giuffrè, 1984, passim ma soprattutto p. 152 ss.

⁽⁷⁾ Che si tratti di un modello lo dimostra la splendida traduzione che gli dedica il romanista-principe in Italia, e cioè Vittorio Scialoja.

⁽⁸⁾ In quello che è il più organico sistema civilistico costruito sull'ABGB: Josef UNGER, *System der österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Leipzig, Breitkopf u. Härtel, 1871, ss..

⁽⁹⁾ Heinrich DERNBURG, *Die Allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preussens und des Reichs*, Halle, Buchhandl. d. Waisenhausen, 1894.

⁽¹⁰⁾ Karl Georg von WÄCHTER, *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, 2, *Allgemeine Lehren*, Stuttgart, Metzler, 1842.

⁽¹¹⁾ Altro modello relevantissimo questo *Allgemeiner Theil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft*, Mannheim, Bensheimer, 1892, di Carl CROME, come è dimostrato dalla eccellente traduzione italiana di due notevoli giuristi, Alfredo Ascoli e Federico Cammeo.

Da noi, pur esclusivamente finalizzati a una funzione didattica, sia le « Istituzioni » di Gian Pietro Chironi ⁽¹²⁾ (la cui prima edizione risale al 1888), sia il « Compendio » di Paolo Emilio Bensa ⁽¹³⁾, del 1897, accolgono consapevolmente ⁽¹⁴⁾ l'approccio metodologico; e lo accolgono le due trattazioni sistematiche, che rappresentano i tentativi scientificamente più ambiziosi degli anni Ottanta, il « Sistema » di Enrico Lai ⁽¹⁵⁾ e il « Sistema » di Gianturco ⁽¹⁶⁾, ambedue risalenti all'85.

Sono — queste — due opere, tutto sommato, modeste sul piano speculativo, anche se talora eccessivamente enfatizzate, la prima sull'onda del forzoso recupero di una personalità semi-ignota, la seconda sull'onda di una apologetica filo-gianturchiana che dal Reame ha pervaso acriticamente fino ad oggi.

Il tentativo del Lai, apertamente filosofeggiante nel suo chiaro impianto giusnaturalistico, è appena uno spezzone preliminare di discorso non arrivando oltre la nozione di legge. È scoperta l'insoddisfazione per le comuni trattazioni civilistiche troppo indifferenti

⁽¹²⁾ G.P. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, volume I, Torino, Bocca, 1888.

⁽¹³⁾ P.E. BENSA, *Compendio d'introduzione allo studio delle scienze giuridiche e d'istituzioni di diritto civile italiano-Introduzione e parte generale*, Torino, Ute, 1897.

⁽¹⁴⁾ Consapevolezza dichiarata con estrema franchezza in Bensa, che scrive negli ultimi anni del secolo: « parvemi opportuno premettere un'ampia parte generale, che radunasse e coordinasse le figure comuni a tutto il campo del diritto civile » (*Compendio*, cit., p. 2). Il quale aggiunge: « come modello per la costruzione di questa parte generale...stimai di scegliere il sistema comunemente seguito...da quei grandi e profondi generalizzatori che sono gli odierni giuristi germanici », citando adesivamente la « felice esposizione secondo i metodi tedeschi della parte generale di un diritto civile analogo al nostro fatta da Crome » (*ibidem*, p. 3).

⁽¹⁵⁾ Enrico LAI, *Sistema del diritto civile italiano-Parte generale* - volume I, Cagliari, tip. Timon, 1885. Sul Lai, figura appartata di giurista sardo, dalla vita assai breve (1842-1892), poco più di una scheda offre Francesco LODDO CANEPA, *I giuristi sardi del secolo XIX*, Cagliari, tip. Soc. Ed. Italiana, 1938 (estratto da *Augustea*, numero unico del 28 ottobre 1937), p. 53. Loddo Canepa scrive *Lai*, ma sul frontespizio del « Sistema » è invece segnato *Lai*.

⁽¹⁶⁾ Emanuele GIANTURCO, *Sistema di diritto civile italiano*, ora in *Opere giuridiche*-vol. secondo, Roma, Libreria dello Stato, 1947. La prima edizione è del 1885, pubblicata sotto il titolo « Istituzioni di diritto civile italiano »; resta pressoché inalterata fino all'ultima edizione curata dall'Autore, la terza del 1907.

alla individuazione d'una fondazione unitaria che garantisca l'unità effettiva del sistema giuridico (17).

Ben più complesso il « Sistema » gianturchiano: anche questa un'opera incompiuta — sorte che si palesa e si paleserà comune a tutti i disegni civilistici di maggiore lena — ma che può distendersi in una ampia prefazione, in una introduzione altrettanto ampia e in una « parte generale » perfettamente conclusa. Il « Sistema » appare a mezzo di quegli anni Ottanta che sono il momento di emersione di tante sollecitazioni nuove, e le registra con fedeltà quasi anticipando i motivi che troveranno pienezza di voce nella prolusione napoletana del 1891 (18): grossi dubbii sulla « immortalità delle leggi » (19), rifiuto dello « stupido feticismo » verso il legislatore (20), sentito solidarismo che chiede allo Stato di non « restringersi all'umile compito di tutelare la giustizia e la sicurezza (Rechtsstaat) » ma il « promuovere e aiutare la coltura e la prosperità economica delle diverse classi e assumere vigorosamente la protezione dei deboli » (21). Il tutto condito con sano empirismo ma anche con una indubbia povertà speculativa.

Sono altre le « parti generali » che, in questa sede, ci interessano. Se era doverosa una menzione per Lai e per Gianturco, motivazioni valide ci portano invece verso un momento ulteriore e verso altre manifestazioni di questo assillo costante al disegno di fondazioni universali.

Il momento è quello sopra descritto di un massiccio riflusso dominato dal connubio fra statalismo e formalismo. Le ventate iconoclastiche si sono ormai spente; il nuovo secolo si è inaugurato, in Italia, con la redazione di un manifesto di rara intensità, munito

(17) Nelle opere che trattano del diritto civile italiano è soprattutto la percezione dei *principii* che difetta; o, se non difetta, non risale mai al « principio più generale, da cui essi tutti insieme derivano » (LAI, *Sistema*, cit., pp. 4-5). È vivissima in Lai l'esigenza di una assoluta *reductio ad unum*: « le questioni vengono decise con la scorta di principii subordinati, dei quali è impossibile stabilire i limiti precisi, se non si fanno risalire ai principii più generali, e questi all'unico principio di cui tutti gli altri non sono che conseguenze più o meno immediate » (*ibidem*, p. 5).

(18) *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, Napoli, Piero, 1891, ora in *Opere giuridiche*, vol. II, Roma, Libreria dello Stato, 1947.

(19) GIANTURCO, *Sistema*, cit., p. 12.

(20) *Ibidem*, p. 37 nota 40.

(21) *Ibidem*, p. 17.

di grossa forza incisiva in grazia della forza speculativa di cui è portatore; intendiam dire la traduzione che delle « Pandette » di Windscheid fanno Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa e il corredo dovizioso di « note » con cui la arricchiscono. Umili, umilissime note, poste in calce al testo windscheidiano e collegate sparsamente ad esso, senza una organicità sistematica, senza la spocchia di una parvenza autonoma, come tutte le note di questo mondo, ma che, per la superba preparazione degli autori e per il loro spessore intellettuale, portavano alla cultura civilistica italiana, discussi svizzerati confrontati con le conclusioni della nostra dottrina e della nostra giurisprudenza, i più rilevanti problemi teorici sollevati in cento anni di raffinata e forse estenuante analisi pandettistica.

La traduzione annotata di Windscheid appare, nella sua completezza, nel 1902, ed è, senza che lo pretenda, quasi la stesura di un manifesto programmatico: il pandettismo civilistico ha ormai in Italia una fondazione di rara solidità e può fungere da punto di avvio di tutto un ulteriore svolgimento.

In questo clima si collocano le tre « parti generali », cui vogliamo dare attenzione, tutte e tre — a diverso titolo — significativissime: quella di Gian Pietro Chironi del 1904 ⁽²²⁾, quella di Nicola Coviello del 1910 ⁽²³⁾, quella di Francesco Ferrara del 1921 ⁽²⁴⁾. Si tratta, come ben sa ogni giurista, di opere monche: avrebbero dovuto costituire il primo volume di un complesso « Trattato » di diritto civile italiano, ma a quel primo volume si arrestano.

Sono, a mio avviso, gli esperimenti più cospicui che si abbiano

⁽²²⁾ *Trattato di diritto civile italiano* - volume I - parte generale, Torino, Bocca, 1904. L'opera è formalmente co-firmata da un allievo di Chironi, Luigi Abello, modesto studioso noto ai civilisti italiani per una grossa indagine sistematica sulla locazione. Che il volume sia soprattutto chironiano è dimostrato da tante scelte che vi si fanno ed è confermato dalla prefazione che reca la sola firma di Chironi.

⁽²³⁾ *Manuale di diritto civile italiano* - volume primo (Parte generale), Milano, Soc. Ed. Libr., 1910.

⁽²⁴⁾ *Trattato di diritto civile italiano* - vol. I. - *Dottrine generali* - Part I - Il diritto - I soggetti - Le cose, Roma, Athenaeum, 1921. Su di un piano diverso da quello di una costruzione scientifica, che domina i trattati di Chironi, Coviello e Ferrara, ci sembra invece la quantitativamente grossa opera di Nicola STOLFI, *Diritto civile*-volume primo-*Parte generale* - I - *Fonti, disposizioni preliminari e transitorie*, Torino, Utet, 1919, opera assai recettizia e con intenti — tutto sommato — pratici.

sul tema nella letteratura giuridica italiana dei primi decenni del Novecento, sia per l'impianto costruttivo, sia per la solida personalità dei tre autori, ed hanno per lo storico l'oggettivo privilegio di apparire in tre momenti cruciali, diversi ma parimente cruciali e storicamente espressivi, e voci di tre personaggi ciascuno dei quali serba un timbro peculiarissimo e perciò anche un messaggio che merita registrare.

Il volume di Chironi è pubblicato subito dopo l'affievolirsi della grande fiammata innovativa, ed è redatto da un giurista che su quel fuoco non aveva mancato di gettare qualche legno (vedremo se verde o secco).

Il volume di Nicola Coviello esce a caldo immediatamente dopo le proclamazioni solenni del verbo ereticale giusliberistico e i primi entusiasmi italiani e le traduzioni che quel verbo avevano capillarmente diffuso anche (e, forse, direi: soprattutto) fra i pratici.

Il « Trattato » di Ferrara vede la luce nel difficile momento in cui molte delle ferite della guerra mondiale sono ancora aperte per il pianeta del diritto, e le coscienze dei giuristi più vigili — perdute le certezze della « Welt von Gestern » — sono e rimangono inquiete; quando — con profondo turbamento dei più — comincia a circolare l'annuncio pluralistico lanciato non da un fantasioso filosofo del diritto ma dal più autorevole giuspubblicista italiano, Santi Romano.

Tre momenti diversi, ma tre momenti di prova, tre momenti di verifica per la capacità di resistenza del sapere giuridico nelle sue non più riposate certezze. Si capisce perfettamente l'interesse per lo storico dell'assolutismo giuridico italiano di sostare a cogliere bene le tre voci inserendole nell'itinerario di quello.

In questo esame, per i nostri fini, saggeremo le voci interrogando su alcuni temi rivelatori: la nozione di legge, il rapporto legge-consuetudine e il problema della produzione del giuridico; il problema sempre scabroso nel diritto borghese della interpretazione-applicazione e l'altro — che vi è strettamente connesso — della portata e del ruolo dei « principii generali di diritto » menzionati — con formula tanto aperta quanto ambigua — nell'art. 3 delle preleggi; il tema scabrosissimo, agli occhi del moderno legalismo, dell'equità in rapporto al diritto positivo.

Interrogativi che toccano le radici stesse dell'ideario assolutistico e che, nelle risposte dei civilisti, sono in grado di svelarci quelle

che, nella intitolazione del saggio, ho chiamato saldezze e incrinature sul cammino dell'assolutismo giuridico, ormai consolidato ma anche provato dal mutamento ineludibile — e mutamento molteplice — che circola nelle vene del nuovo secolo.

4. Abbiamo parlato di Chironi, di Nicola Coviello, di Ferrara, ma un conoscitore attento della nostra letteratura civilistica potrebbe ricordarci che il nuovo secolo si apre, in Italia, con un altro ampio « Trattato di diritto civile italiano », quello di Lando Landucci, che ostenta al suo inizio le consuete « prenozioni d'indole generale » (25).

Il « Trattato » c'è, ha quel titolo e serba grande attenzione alla « parte generale », ma non può essere messo sullo stesso piano delle tre opere su cui vogliamo distesamente sostare. E non perché il Landucci sia un romanista, giacché smentiremmo quello che si è detto qualche rigo prima sulla fusione e confusione, in quegli anni, fra romanista e civilista; se mai, perché Lando Landucci fu per tutta la sua esistenza un romanista mediocre, un mediocre compilatore. La ragione è però più densa.

Se si guarda bene, il « Trattato » landucciano si inserisce all'interno di un « Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano », ed è un centone che lega assieme la traduzione italiana della quarta edizione del « Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae » di Aubry e Rau (26), una grossa carrellata storica e la trattazione più propriamente positiva, cioè di diritto civile italiano.

E ciò non senza motivo, anzi con un motivo ben dichiarato che fa onore al Landucci e che è senz'altro pieno di interesse per lo storico. Diamo distesamente la parola al nostro romanista: « Il tempo d'un lavoro, per dir così, fuso in tutti gli svariati elementi di formazione del nostro diritto, forse non è giunto ancora; manca

(25) L. LANDUCCI, *Trattato di diritto civile italiano*, in *Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano* - vol. I, Torino, Ute, 1900. Le « prenozioni d'indole generale » sono a p. 11 ss.

(26) Com'è noto, la prima edizione del « Corso » di Aubry e Rau (1839-41) è pressoché una traduzione dello Zachariae; l'opera assume un suo volto con la seconda (1848-50) e ancor più con la terza (1856-63) e con la quarta (1869-79) tradotta dal Landucci.

un'adeguata copia di ricerche condotte con metodo buono, di diritto romano, senza dubbio e del tutto di diritto comune, né esistono sufficienti...esposizioni di singoli istituti civili, necessari a preparare l'orditura della tela completa ... Il trattato generale non è che l'edificio creato con i materiali raccolti, è una universitas intellettuale, la sintesi del pensiero di generazioni e di scuole ...Ma la preparazione non essendo bastevole, non rimaneva che ricorrere ad un *modo estrinseco*, ad un ripiego, quale lo consente il momento in cui siamo. Cotesto mezzo oggi più conveniente ci è parso quello di coordinare, sia estrinsecamente raccogliendoli in una sola vasta opera, sia intrinsecamente con la rispondenza delle idee e della discussione, tre opere l'una di diritto civile storico, vale a dire della sua formazione dalla Roma antica fino a noi, la seconda di diritto civile francese e la terza di diritto civile italiano, condotte e disposte in modo che le prime due sieno di preparazione alla terza » (27).

Le due brevi corsivazioni sono nostre, e valgono a sottolineare un discorso franco e onesto, all'insegna di una grande umiltà. Nell'anno di grazia 1900, il buon Landucci non se la sente di redigere quella « universitas intellettuale » che è l'autentico trattato generale civilistico; probabilmente « la sintesi del pensiero di generazioni e di scuole » era possibile, ma occorreva allora per raccogliere e dominare e ridurre a unità il gran materiale ammuccchiato soprattutto nei forzieri delle Università austro-tedesche ma anche italiane e francesi.

La scelta del Landucci è di procacciarsi un sostegno esterno, e lo trova nel « corso » di Aubry e Rau, il meno esegetico dei grandi « corsi » civilistici francesi perché costruito pressoché interamente sui pilastri germanici forniti dallo Zachariae. Il risultato sa di vecchio, malgrado la data di stampa segnata sul frontespizio e tutta proiettata nel nuovo secolo; ne scaturisce soprattutto una creatura ibrida che, nascendo decrepita, non può che restare nel suo cantuccio umbratile e cedere il passo alle opere autenticamente alla stregua coi tempi.

Poiché, per amor di completezza, se ne è parlato, non sarà disutile cogliervi la mentalità e l'ideario del romanista Landucci

(27) LANDUCCI, *Trattato*, cit., prefazione, p. LXXVIII.

pienamente immerso, malgrado qualche sfumatura, nel clima dell'assolutismo giuridico.

Si registra il carattere legislativo del diritto con una secca subordinazione di ogni altra fonte alla legge positiva ⁽²⁸⁾; si coglie lucidamente (e si accoglie) il carattere formale e cioè accontentistico di legge ⁽²⁹⁾ e ci si arresta di fronte al principio costituzionale della divisione dei poteri e alle sue conseguenze inchiodanti ⁽³⁰⁾.

Il proprio mestiere di storico del diritto e la familiarità con Savigny lo porterebbe ad intensificare il ruolo della consuetudine ⁽³¹⁾, ma vince l'impostazione rigidamente legalistica con questa ipocrita contorsione logica, che è un portento di discorso argomentativo: [il legislatore] « è formato per essere interprete della coscienza popolare per mezzo delle sue leggi. Ma ove la legge abbia provveduto cessano d'aver vigore le consuetudini precedenti; alla volontà presunta del legislatore deve prevalere quella espressa; e la coscienza popolare alla sua volta non potrebbe pretendere di so-

⁽²⁸⁾ « Essa prevale a qualunque altra forma od estrinsecazione del diritto » (*ibidem*, p. 29).

⁽²⁹⁾ *Ibidem*, p. 29: « perché si abbia una legge basta esistano i caratteri estrinseci ricordati nella definizione ». E in una preziosa nota (nota 2, p. 28) precisa: « Vogliamo dire che la legge ha insita in sé la sua efficacia; è legge anche se immorale o incostituzionale nell'essenza...la legge, considerata nell'ordine del diritto positivo, e ciò volevamo dire, è tale soltanto per due caratteri esteriori: la competenza del legislatore e la regolarità delle sue forme ». Non si poteva meglio condensare il messaggio fondamentale dell'assolutismo giuridico!

⁽³⁰⁾ Un esempio: « la giurisprudenza...potrebbe astrattamente ammettersi tra le fonti del diritto...ma il principio costituzionale odierno della divisione dei poteri legislativo e giudiziario vi si oppone » (*ibidem*, p. 46). Parlando di desuetudine — che egli tenderebbe ad ammettere sia pur eccezionalmente — non può non riconoscere l'eccessiva rigidità del panlegalismo dello Stato italiano: « L'art. 5 delle disposizioni al nostro Codice...è conseguenza dell'esagerazione di due principii storici, l'odio al passato (che, avversando la desuetudine, finiva col rinnegare il suo scopo) e la divisione dei poteri, e della pratica anche più rigorosa fattane in Francia » (*ibidem*, p. 288). Diagnosi puntuale, da cui non si è però in grado di trarre alcuna conseguenza operativa. L'art. 5 delle disposizioni preliminari al Codice civile unitario del 1865 serrava il monopolio legislativo sancendo la possibilità di abrogazione d'una legge solo « da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore ».

⁽³¹⁾ « Quantunque il nostro modo di vedere sia il più ampio rispetto agli altri trattatisti, anche con esso il valore della consuetudine ai nostri giorni trovasi ristretto ai più modesti confini » (*ibidem*, p. 212).

vrapporsi a quell'organo che essa medesima creò per interpretarle e formularle il diritto »⁽³²⁾; discorso dalla disperante apoditticità e che reclamerebbe — per salvarsi — la dimostrazione del postulato da cui tutto discende (che però resta un postulato, e cioè una dignità geometrica indimostrata; intendo dire il legislatore come interprete della coscienza popolare).

La stessa desuetudine è, sulla scorta di quanto avviene nel diritto pubblico, timidamente ammessa⁽³³⁾, ma la si giustifica legalisticamente come la supplenza di un vuoto creatosi perché « la legge non esiste più »⁽³⁴⁾.

I principii generali di diritto, smentendo qualche apertura fatta in direzione della scienza e, ovviamente, essendo il Landucci un romanista ligio, della « sapienza romana »⁽³⁵⁾, sono per lui — in definitiva — quelli « risultanti dalla legislazione positiva di quel determinato popolo cui debbono essere applicati a colmare le lacune delle leggi »⁽³⁶⁾.

L'interpretazione è ricerca della mente del legislatore e non della legge⁽³⁷⁾: precisazione che mostra la distanza fra il nostro autore e i tentativi di oggettivare la legge facendone un prodotto aperto e disponibile agli eventi futuri situati sul suo cammino⁽³⁸⁾;

⁽³²⁾ *Ibidem*, pp. 42-43.

⁽³³⁾ *Ibidem*, p. 288.

⁽³⁴⁾ Ecco un'altra perla: « anche la desuetudine, ammettendo che possa abrogare la legge, non esclude questa regola [cioè della abrogazione puramente legislativa]: infatti, se essa esiste e vale, la legge non esiste più. Ma se esistesse, prevarrebbe a qualunque consuetudine, come a qualsiasi altra fonte positiva del diritto...né v'è petizione di principio » (*ibidem*, p. 29, n. 4). L'unico commento da fare si incentra soprattutto sull'ultima frase: *excusatio non petita*...!

⁽³⁵⁾ *Ibidem*, p. 47.

⁽³⁶⁾ *Ibidem*, p. 695, nota 14. Ma si vedano anche le conferme di p. 696 e 697: « i fatti legislativi del diritto positivo sono i singoli articoli delle leggi considerati in sé e ne' loro mutui rapporti: essi debbono essere la base, il substrato della induzione per determinare i principii generali di diritto. In questo modo soltanto essi, al pari della normale interpretazione delle leggi, al pari dell'analogia, rappresenteranno la mente del legislatore ». E il cerchio inesorabilmente si chiude.

⁽³⁷⁾ « la legge è il pensiero del legislatore...noi amiamo meglio parlare di pensiero e di volontà del legislatore che di pensiero e volontà della legge » (*ibidem*, p. 707).

⁽³⁸⁾ Com'era stato, in Italia, quello — ben conosciuto dal Landucci — di Vincenzo Simoncelli, un civilista che, nella sua prelezione camerte del 1889 (*Le presenti difficoltà*

del resto, il nome di Josef Kohler, corifeo di questa tendenza corrosiva delle certezze assolutistiche, è segnato per esprimere un netto dissenso ⁽³⁹⁾.

L'equità è relegata nel mondo dei fatti, fuori delle mura della cittadella giuridica ⁽⁴⁰⁾, e, secondo l'insegnamento di un funesto e onnicitato saggio di Vittorio Scialoja ⁽⁴¹⁾, è vietata all'interprete-applicatore e affidata unicamente al legislatore ⁽⁴²⁾.

5. Nell'anno di apertura del secolo il romanista Landucci non se la sente di camminare con le proprie gambe e confessa la esigenza di munirsi d'una stampella, di aver bisogno d'un appoggio esterno ed estrinseco. E il frutto più fresco del secolo nuovo nasce con il volto segnato e raggrinzito in parecchie rughe deformanti.

Quattro anni dopo, ben diversa è la reazione di Gian Pietro Chironi. Il civilista sardo è nella pienezza della sua maturità di uomo e di studioso; pressoché quarantenne, è da ben cinque lustri professore di diritto civile prima a Siena e poi a Torino, ed ha il privilegio di aver vissuto in prima persona il ribollimento italiano degli anni Ottanta con una immersione diretta in quello che allora appariva il bagno salutare nel positivismo filosofico e nelle salienti scienze novissime sociologiche e antropologiche.

della scienza del diritto civile, ora in *Scritti giuridici*, I, Roma, Soc. Ed. Foro Italiano, 1938) aveva colto l'interpretazione come rivolta « a completare la legge, a scoprire quel ch'è latente in essa, o meglio, quel che in essa si rattrova in potenza » (p. 424).

⁽³⁹⁾ I dissensi da Kohler e da quella visione che avrebbe poi dato vita al movimento giusliberista sono ripetuti (v. p. 630, nota 5 e soprattutto p. 707, nota 10: « la teoria sostenuta con tanto calore dal Kohler ed alla quale ci dichiarammo già contrarii, per l'Italia contrasta anche con la legge positiva »), anche se il saggio programmatico di Kohler « Über die Interpretation der Gesetzen », del 1886, è costantemente citato.

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem*, p. 213 ss., dove si respinge la tesi di un possibile coincidenza fra equità e pincipii generali del diritto (che era stata pur sostenuta), per essere questi di carattere squisitamente giuridico.

⁽⁴¹⁾ Il saggio dello Scialoja: *Del diritto positivo e dell'equità*, che è, all'origine, il discorso per l'inaugurazione degli studii nell'Università di Camerino nel 1879 (vedilo ora in V. SCIALOJA, *Studi giuridici*, vol. III, Roma, Anon. Rom. Ed., 1932), costituisce una delle ipoteche più pesanti nella storia della civilistica italiana moderna e contemporanea. Costantemente e passivamente citato e recepito in grazia della carismaticità del suo autore ha rappresentato il più grosso contributo alla incomprensione e distorsione della nozione di equità. Ma di ciò parleremo distesamente più oltre.

⁽⁴²⁾ « Aver riguardo all'equità è ufficio del legislatore » (*ibidem*, p. 213).

Chironi è un personaggio senza dubbio insoddisfatto della riduzione del mestiere di civilista a sempre più vuoti esercizi esegetici, e senza dubbio intellettualmente curioso. Avverte che il problema da aggredire frontalmente è quello del metodo, giacché il rischio grave per la dottrina giuridica è la perdita della scientificità del proprio conoscere. In questa ansia sincera di più sicure fondazioni scientifiche è il tratto distintivo del suo volto.

Lo dimostrano limpidamente i capisaldi del suo itinerario di studioso: la prolusione senese del 1882 è significativamente dedicata a « Il diritto civile nella sua ultima evoluzione »⁽⁴³⁾, e, sempre in quello stesso anno, si cimenta in un discorso su « Il darwinismo nel diritto »⁽⁴⁴⁾ che si colloca alla perfezione nel clima acceso dei giuristi novissimi. Nell'84, pubblicando il suo ampio studio monografico sulla colpa contrattuale, primo volume di un'opera destinata a indagare l'intero spazio della colpa civile, egli non può rinunciare a farlo precedere da una prefazione assai distesa che assume — già nel progetto dell'autore — il carattere di autonomo discorso sul metodo: « Il « metodo » nello studio del diritto civile — a proposito di un lavoro sulla colpa »⁽⁴⁵⁾. Ancora: nell'85 sceglie un tema di frontiera per la prolusione al corso civilistico nella Facoltà di Giurisprudenza di Torino, sua sede definitiva dove insegnerà per più di trenta anni: « Sociologia e diritto civile »⁽⁴⁶⁾, e nel '90 continua il suo dialogo con gli *homines novi* e si misura coi loro orizzonti culturali redigendo una densa introduzione all'*opus magnum* di un filosofo del diritto, Giuseppe D'Aguanno, convinto adepto del positivismo filosofico⁽⁴⁷⁾. Nel '98, chiamato dal suo Rettore al compito onorevolissimo di pronunciare il discorso ufficiale per la solenne apertura degli studi universitari, insiste su quel dialogo riprendendo il tema dei rapporti fra individualismo moderno e

⁽⁴³⁾ Che può ora leggersi in: G. CHIRONI, *Studi e questioni di diritto civile*, vol. I, Torino, Bocca, 1914.

⁽⁴⁴⁾ *Il darwinismo nel diritto*, Siena, tip. Lazzeri, 1882, (Discorso pronunciato per la commemorazione di Carlo Darwin tenuta nella R. Università di Siena).

⁽⁴⁵⁾ È la prefazione al notissimo volume: *La colpa nel diritto civile odierno-Parte I-Colpa contrattuale*, Torino, bocca, 1884.

⁽⁴⁶⁾ Torino, Bocca, 1886.

⁽⁴⁷⁾ Si tratta del volume: *La genesi e l'evoluzione del diritto civile secondo le risultanze delle scienze antropologiche e storico-sociali*, Torino, Bocca, 1890.

funzione sociale del diritto ⁽⁴⁸⁾, tema cavalcatissimo dai civilisti neoterici e, come vedremo, caro al Nostro anche se per lui fonte di più di un turbamento.

Il lettore che ha scorso con un minimo di attenzione il ventaglio di titoli e di argomenti sarebbe autorizzato a una ferma conclusione, e cioè a immergere pienamente Chironi nel bagno movimentato degli uomini nuovi accanto a Cimbali e a Vadalà-Papale. L'opera di Chironi non autorizza invece conclusioni così ferme, e rivela allo storico più di un'ambiguità.

Il personaggio — lo dicevamo più sopra — è certamente sensibile ed attratto verso la grande animazione degli anni Ottanta, e v'è in lui la convinzione che il civilista non può continuare a sonnecchiare ma che deve — al contrario — tenere bene aperti gli occhi sul mondo in rapida mutazione. Il problema sta tutto sugli strumenti di questo risveglio, sulla misura in cui cogliere i rapporti fra presente e passato, fra tradizione e novità, fra Codice e fatti sociali novissimi. Ed è proprio qui che emerge la ambiguità di Chironi.

Alla sensibilità non fa da contrappunto il coraggio (quel coraggio — per esempio, di un Cimbali — che per taluno è nulla più che temerarietà e incontrollato entusiasmo). Il vero, assillante problema di Chironi è di rifondazione scientifica: avere una « scienza del diritto civile » che sia epistemologicamente valida ⁽⁴⁹⁾, avere una « teoria del diritto civile » che superi la bassa corte delle semplici tecniche e attinga all'universale che è la dimensione di ogni analisi scientifica ⁽⁵⁰⁾. Ben vengano la sociologia, l'antropologia, la storia, ma per affinare e integrare, non per sovvertire.

Che il suo progetto sia ben diverso da quello di un Cimbali, e che la sua nuova fase — per citare l'intitolazione famosa dell'evangelio cimbaliano — sia diversamente impastata e impostata, basterebbe a dimostrarlo questa semplice constatazione: fin dalla remota prolusione senese dell'82 egli addita quale fine primario del civilista la costruzione di una 'parte generale' « che è il lavoro più serio e più

⁽⁴⁸⁾ *L'individualismo e la funzione sociale del diritto*, leggibile ora in *Studi e questioni di diritto civile*, cit., vol. I.

⁽⁴⁹⁾ CHIRONI, *Colpa contrattuale*, ed. 1884, pref. p. X.

⁽⁵⁰⁾ *Loc. ult. cit.*

difficile cui possa un giurista accingersi »⁽⁵¹⁾, ma in questa ardua edificazione il giurista non può correre a briglia sciolta in una prateria sconfinata di fatti sociali dove rischia di perdersi o di perdere la propria identità; gli occorrono degli ancoraggi.

Il più sicuro è la tradizione giuridica occidentale dove campeggia dominante la grande ombra protettiva del diritto romano⁽⁵²⁾; posizione ben distante da Cimbali, che non aveva esitato — dissacratore di una memoria indiscussa e venerata — a mandare Gaio in soffitta⁽⁵³⁾. E lo dimostra la fatica più grossa del Chironi civilista, la ricostruzione della nozione di colpa civile, che lo impegna in venti anni di costante lavoro di costruzione e di affinamento e di ripensamento: mentre è chiaro come il dibattito giuridico europeo tra gli anni Settanta e Ottanta « evidenziasse a pieno la crisi delle linee tradizionali della responsabilità civile che pareva lacerarsi all'inseguimento di una realtà sociale sempre meno ricomponibile entro un quadro unitario », l'impegno del Nostro resta quello « di impedire lo sgretolamento dei principii civilistici e di ribadire la loro permanente validità pur nella mutata situazione »⁽⁵⁴⁾.

Questo contrappunto fra apertura al nuovo e ancoraggio al vecchio, fra disponibilità e serramento, quali dimensioni confliggenti ma conviventi in uno stesso personaggio, sono un tratto costante che ritroviamo intatto quando nel 1904 Gian Pietro Chironi realizza finalmente il progetto — carezzato, come abbiám visto, fin dalla giovanile prolusione di Siena — di redazione della « parte generale » di un proprio « Trattato di diritto civile italiano ».

Due punti vengono ripetuti e pertanto ostinatamente sottolineati nella interessante prefazione che Chironi sottoscrive con firma solitaria, due punti che fanno di singolarità nella pagina introduttiva di un trattato di diritto civile positivo: il mutamento, che coinvolge l'intero ordine giuridico; la transizione — e quindi l'incertezza — in

⁽⁵¹⁾ *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione*, cit., p. 47.

⁽⁵²⁾ Si veda quanto abbiamo avuto occasione di rilevare in: « *La scienza del diritto privato* », cit., pp. 32-33.

⁽⁵³⁾ Il riferimento è a un passo de: *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali* (1884), Torino, Ute, 1895³, p. 6.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 226-27.

cui si situa, in quel primo crinale del Novecento, il civilista e il suo lavoro.

Primo punto: coscienza che si è avviato, fra i due secoli, un grosso mutamento, di cui sarebbe folle per il civilista non prendere atto ⁽⁵⁵⁾. Si è incrinata la fissità di vecchie categorie ordinarie che erano state poste alla base della costituzione giuridica borghese, a cominciare dalla bipartizione ulpiana tra pubblico e privato che l'individualismo moderno aveva riesumato e applicato per proprie finalità ⁽⁵⁶⁾. Si è anche alterato l'equilibrio fra dimensione individuale e dimensione sociale con una presenza sempre più ingombrante di quest'ultima ⁽⁵⁷⁾.

Secondo punto: coscienza che il mutamento non è terminato e che continua l'asestamento di un mondo giuridico scricchiolante nelle certezze che erano appena ieri apparse come eterne o almeno proiettate in tempi lunghissimi ⁽⁵⁸⁾. E il giurista ha la percezione non gradevole, scomodissima ma provvidamente realistica, di essere seduto su un terreno di transizione; percezione sgradevole e scomoda soprattutto quando egli si accinge a disegnare una « parte generale » cioè un sistema scientificamente costruito, depurato dalle molte scorie di istituti e situazioni particolari.

Conseguenza di questo realismo impietoso non è la serrata delle porte nel tentativo di compiere un ultimo anche se vano esorcismo, bensì « un criterio pur nuovo d'interpretazione, e per esso una funzione nuova dell'interprete » ⁽⁵⁹⁾, « il quale nell'adattamento che deve far della legge al mezzo, non può che risentirsi di molte incertezze derivanti dal momento di transizione in cui lavora ed alla cui risoluzione il contributo suo, se saggio e misurato, efficacemente concorre » ⁽⁶⁰⁾.

E il lettore attento e disponibile di tutto il nuovo di cui sono state e sono portatrici le pagine della nuova scienza non ha esitazione

⁽⁵⁵⁾ « Se non il diritto e l'entità vera sua, il modo di concepire gli elementi s'è mutato, o si vien mutando » (CHIRONI-ABELLO, *Trattato*, cit., prefazione, pp. III-IV).

⁽⁵⁶⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽⁵⁷⁾ « Novità...nel valore attribuito all'elemento sociale » (Prefazione, p. IV).

⁽⁵⁸⁾ Prefazione, pp. V-VI.

⁽⁵⁹⁾ Prefazione, p. IV.

⁽⁶⁰⁾ Prefazione, p. V.

a concludere che siamo di fronte a una testimonianza di grande probità intellettuale, tanto più che essa è scritta a chiare note — ed è quel che più importa — già nelle righe programmatiche della stessa prefazione: « di questo momento, nel quale nuove concezioni dottrinali compaiono, per cui il contenuto della legge è reso da finezza d'analisi più completo, o l'azione n'è fatta più agile, e nuova considerazione e nuova misura si reclama all'elemento sociale, ch'è già nella norma, onde l'interprete con l'opera sua la compie nel fine e non la muta; di questo momento, in cui il nuovo s'innesta all'antico per poi confondersi in unità naturale di vita, il lavoro che or si pubblica avrà talune delle incertezze che sono inerenti ad ogni periodo di transizione » (61).

Emerge senza dubbio la consapevolezza che l'interprete non può più soddisfarsi del proprio ruolo di esegeta, perché è la transizione, il mutamento, che lo impedisce; l'esegeta ha infatti bisogno di una stabilità di assetti e di valori bene espressa in un testo sostanzialmente immobile, e perciò idoneo ad essere chiosato e anche degno d'aver su di sé la sosta attenta d'un osservatore.

Nel periodo di transizione, in cui il testo legislativo, necessariamente vecchio e invecchiato, è sottoposto alla nascosta ma inesorabile erosione del mutamento socio-economico, il giurista, il civilista, ha da essere interprete, il suo strumento ha da essere l'interpretazione; la cui essenza « non è solo la ricostruzione del pensiero del legislatore ma ancora è veramente *dichiarazione del contenuto del diritto* » e la cui finalità prima è « porre esattamente il significato della legge » (62). Frase ambigua, particolarmente in relazione a quelle poche parole che l'autore stesso scrive corsive nella sua pagina per metterle in evidenza; parole in cui non credo di leggere troppo, se vi scorgo il richiamo a un qualcosa che sta al di là della legge e, pertanto, a una concezione ontica del diritto.

Un pò di chiarimento può venire dallo svolgimento ulteriore del discorso chironiano, quando, agli occhi dell'interprete, si propone « la

(61) Prefazione, pp. V-VI.

(62) « L'essenza dell'interpretazione, che non è solo ricostruzione del pensiero del legislatore ma ancora è veramente *dichiarazione del contenuto del diritto* ed è perciò costituita dal complesso delle ricerche atte a porre esattamente il significato della legge » (*Trattato*, cit., p. 56).

disposizione legislativa come lo stato attuale dell'evoluzione compiuta dal principio giuridico che la informa » (63) e quando si affida alla scienza il compito di « formare la *convinzione giuridica* sul contenuto della legge, intesa nella ragion sua speciale ed in coordinazione a tutto il diritto considerato nella sua struttura organica » (64).

Qui è forte una duplice eco: delle curiosità giovanili verso Darwin e Spencer, delle riflessioni tedesche che avevano messo tanto scompiglio nella tradizionale teoria dell'interpretazione di stampo esegetico (65). E persiste un respiro culturalmente aperto nella nozione di « legge » offerta da Chironi che è di stampo squisitamente sociologico (66), e nella convinzione che soltanto il « giurista sociologo », cioè colui che abbia nel suo arco parecchie frecce in più della semplice strumentazione tecnica, possa corrispondere appieno alla sua missione interpretativa (67).

Il tema delicato dei « principii generali di diritto » invocati dall'art. 3 delle preleggi ne è una ulteriore dimostrazione: essi sono « il motivo ed il fondamento giuridico della legge », e sarà soprattutto compito della scienza la loro enucleazione; saranno infatti, da un lato, lo « studio filosofico del diritto », dall'altro, « le tradizioni legislative », « il diritto romano », « la conoscenza esatta delle ragioni economico-sociali cui la legge volle provvedere » (68) a individuarli (69).

Si può credere al tentativo di creare una frattura nel monolito legislativo? Siamo allo stesso livello incisivo di un Saleilles e di uno Géný, che operano sottilmente all'interno di un diritto codificato, e

(63) *Trattato*, cit., p. 63.

(64) *Trattato*, cit., pp. 68-69.

(65) Ed infatti campeggiano, tra le poche citazioni premesse al capitolo, l'articolo di Kohler sulla interpretazione delle leggi (dell'86) e il saggio di Bülow (dell'85) su « Gesetz und Richteramt » (*Trattato*, cit., p. 55, nota I).

(66) Per esempio, dove si enuncia che « legge » è « la norma sociale imposta dalla società costituita a sé ed ai singoli associati » e dove ci cita AMMON, *Der Darwinismus gegen die Sozialdemokratie*, Hamburg, 1891 (*Trattato*, cit., p. 6).

(67) Al « giurista-sociologo » fa espresso riferimento Chironi, affidandogli il compito di dare un contenuto ai cosiddetti « principii generali di diritto » (*Trattato*, cit., p. 52).

(68) *Trattato*, cit., p. 52.

(69) « Solo il giurista-sociologo può adunque scorgere nella maggior nettezza loro questi principii di diritto » (*loc. ult. cit.*).

riescono a incrinarlo senza distruggerlo? Egli non cita affatto i due civilisti francesi, anche se è già apparso da cinque anni il gran libro di Gény⁽⁷⁰⁾ e addirittura sul primo fascicolo di una Rivista che il Nostro doveva aver letto attentamente, la neo-nata « Revue trimestrielle de droit civil », il saggio programmatico di Saleilles consolidante una nuova metodologia interpretativa⁽⁷¹⁾. Non li cita, perché non li ama; e non li ama perché Saleilles e Gény, diversamente, arrivano, con grossa coerenza, a disegnare una teoria dell'interpretazione che è profondamente corrosiva delle saldezze del sistema legislativo positivo⁽⁷²⁾.

Chironi preferisce citare i tedeschi, che operano fino al 1900 in un terreno di diritto non codificato, perché li trova meno dissacranti, perché vi vede degli esempi meno pericolosi. Infatti, malgrado le premesse di cui si è parlato or ora, malgrado i condimenti culturali, Chironi tutto vuol fare meno che mettere a repentaglio con esperimenti troppo arrischiati il sistema di certezze del diritto italiano: che è un sistema costituzionale, che ha alla sua base il principio costituzionale della divisione dei poteri⁽⁷³⁾. Ed è proprio sull'altare di questo principio che si immolano come vittime sacrificali le colte aperture segnate di quando in quando nelle proprie pagine.

Su quell'altare viene presto immolata la consuetudine come fonte di diritto. Qualche apertura in favore della ammissibilità di una consuetudine anche *contra legem* c'era pur stata nella dottrina

(70) È infatti del 1899 la stampa della prima edizione di « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif », preceduta da una eloquente prefazione di Raymond Saleilles.

(71) *Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, I, (1902), articolo in cui Saleilles consolidava tutta una serie di intuizioni enunciate, passo passo, durante l'ultimo decennio del secolo XIX. Si aggiunga che, proprio in quel primo volume della nuova Rivista civilistica francese, si poteva leggere il saggio di Adhémar Esmein, *La jurisprudence et la doctrine*.

(72) Mi sia consentito rinviare a quanto ho scritto in: *Ripensare Gény in Rivista di diritto civile*, XXXVIII (1992), e *Assolutismo giuridico e diritto privato-Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles in Rivista di diritto civile*, XXXIX (1993) saggi contenuti ora nel volume collettaneo in corso di pubblicazione: *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

(73) Per un chiaro esempio, cfr. *Trattato*, cit., pp. 49-50, dove è limpido il riferimento al « sistema costituzionale » e al principio di divisione dei poteri per devitalizzare la consuetudine come fonte di diritto.

italiana, soprattutto nella più risalente ⁽⁷⁴⁾, e abbiám visto che cauttissime disponibilità le dimostra anche il Landucci nel suo « Trattato ». Nel primo decennio del secolo la visione dei civilisti si fa più stretta, e si fa più stretto il nesso fra assetto costituzionale dello Stato e teoria delle fonti ⁽⁷⁵⁾.

Un esempio clamoroso e disarmante è quello di Francesco Degni che, due anni dopo il « Trattato » chironiano, dedica al rapporto consuetudine/legge un saggio autonomo: non vi è soltanto respinta la collocazione della consuetudine nel novero delle fonti perché ciò « contraddirebbe al nostro sistema costituzionale che, *necessariamente*, ha dovuto dare la prevalenza alla legge scritta, considerando questa come l'unica fonte del diritto positivo » ⁽⁷⁶⁾, ma si respinge anche l'accusa, frequente nei novatori, di onnipotenza legislativa, giacché essa è bellamente smentita dallo scopo e anche dal limite dell'attività del legislatore moderno, e cioè « la dichiarazione del diritto. E siccome questo egli non lo crea, ma lo trova già formato nella coscienza popolare, è chiaro che, *necessariamente*, a tale coscienza deve informarsi » ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁴⁾ Vedi le indicazioni offerte da Francesco DEGNI, *L'autorità del diritto consuetudinario nella legislazione civile italiana*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda per XXV anno del suo insegnamento*, vol. IV, Napoli, Piero, 1906, p. 213 ss.

⁽⁷⁵⁾ È significativo, per esempio, il diverso atteggiamento del Saredo, che, rispetto alle opinioni espresse nel « Trattato delle leggi », del 1871, esprime concezioni assai più restrittive nella « voce » « Abrogazione delle leggi » nel « Digesto italiano », voce che è del 1899 (il rilievo è del DEGNI, *L'autorità del diritto consuetudinario nella legislazione civile italiana*, cit., p. 213).

⁽⁷⁶⁾ DEGNI, *op. ult. cit.*, p. 219.

⁽⁷⁷⁾ Vale la pena di riportare l'intero passo del Degni, che è un capolavoro di inconsapevolezza culturale: « La c.d. *onnipotenza legislativa* non è che una parvenza, una falsa idea del liberalismo dottrinario. Il legislatore moderno, nell'esempio della sua alta funzione, non ha un potere illimitato, ma trova il suo limite, non prestabilito, ma non, perciò, meno efficace, nello scopo medesimo che si propone: la dichiarazione del diritto. E siccome questo egli non lo crea, ma lo trova già formato nella coscienza popolare, è chiaro che, *necessariamente*, a tale coscienza deve informarsi ». Si noti che il Degni è autore di un volume in tema di interpretazione, dove invece dà prova di un sostanziale equilibrio nel registrare teorie ermeneutiche affacciate variamente in Europa, con una sua adesione alla teoria che egli chiama storico-evolutiva, cioè a un ideario non proprio collimante con la dommatica dell'assolutismo giuridico (cfr. F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, Napoli, Jovene, 1909² (la prima edizione -1906- non fu messa in commercio), p. 224.

Un brevissimo commento: abbiamo corsivato noi i due eloquenti avverbii « necessariamente » adottati dal Degni: il monopolio legislativo non si discute, è una necessità ineluttabile, ed è indiscutibile anche la qualità del legislatore come lettore della natura delle cose e interprete del bene comune. Le idealizzazioni illuministiche continuano intatte nell'avvio del nuovo secolo e, se mi è consentito, continua intatta a far presa la favolistica settecentesca sui rapporti fra legge e volontà generale.

Chironi non arriva a scrivere una pagina della stessa fattura del modesto Degni, ma certamente anche in lui la gerarchia delle fonti, « la legge che sempre prevale » ⁽⁷⁸⁾, la constatazione che nel nostro diritto pubblico il potere legislativo non ha limiti » ⁽⁷⁹⁾, hanno il sapore di dogmi indiscutibili perché intimamente connessi con la struttura più riposta dello Stato. In questa visione, non è soltanto la consuetudine *contra legem* ad essere espunta, ma — sostanzialmente — anche quella *praeter legem* ⁽⁸⁰⁾.

Altro tema intessuto di chiusure e di sordità è quello dell'equità, ma si deve pur riconoscere che si tratta del tema forse meno tollerabile per il legalismo positivistico del diritto borghese. Qui il grande mentore — vi abbiamo già accennato — è Vittorio Scialoja — studioso che, come storico del diritto ha pur notevoli meriti — con quel suo intervento del 1879 che resta pietra angolare per tutto lo svolgimento del diritto civile italiano fino ad oggi. Soltanto oggi — o appena ieri — rileviamo con soddisfazione come i civilisti più immersi nel divenire plastico del nostro presente o, se vogliamo, più proiettati nel futuro prossimo stiano operando una revisione del tema dell'equità liberandosi finalmente di tutto quel cumulo di pre-giudizi e di fraintendimenti di cui è, per esempio, gremito il saggio tanto apologizzato di Scialoja ⁽⁸¹⁾; che è datatissimo, giacché

⁽⁷⁸⁾ *Trattato*, cit., pp. 49-50.

⁽⁷⁹⁾ *Trattato*, cit., p. 45.

⁽⁸⁰⁾ Diciamo « sostanzialmente », perché le regole consuetudinarie anche « in tale ipotesi trovano la ragion di loro forza obbligatoria nel tacito consenso o tacita approvazione data dal legislatore ad una determinata regola accettata generalmente e costantemente da tutti come legalmente obbligatoria ». E « sol quando sian conformi allo spirito della legge e del sistema giuridico vigente ». E si aggiunge: « non la consuetudine è qui per sé fonte di diritto, ma i principî generali » (*Trattato*, cit., p. 51).

⁽⁸¹⁾ Esempiare il saggio ispirato a rara lucidità e consapevolezza di Giuseppe

è nulla più che lo specchio fedele delle prevenzioni di un positivismo legalistico esasperato.

Mette conto che ci si attardi un poco nella lettura delle pagine scialojane, anche perché in tal modo si mette a fuoco quella che è una delle fonti ispiratrici del pensiero civilistico italiano e anche di Chironi. Il primo dato saliente che balza agli occhi è l'equità contrapposta al diritto, la prima in opposizione del secondo; conclusione che è frutto di alcuni principii fermi che il giovane Scialoja snocciola candidamente l'uno dopo l'altro: « essenza del diritto è la coazione », « il diritto veramente degno di questo nome sorge con lo Stato », limitazione del raggio d'azione del giurista al « puro diritto positivo », le aule dei tribunali come regno esclusivo della legge, ossequio al volere dello Stato « qualunque esso sia », tutto ciò come espressione « dell'amore della patria »⁽⁸²⁾.

Testo del più genuino assolutismo giuridico di marca post-risorgimentale e dove, nel legame mieloso fra legalismo ed amor di patria, ricorda quei testi civilistici dell'età borghese (un esempio, ai limiti del ridicolo, è nell'esegeta Proudhon) in cui si legava indissolubilmente il diritto di proprietà individuale alle virtù del buon padre di famiglia, all'amore coniugale e paterno. In questa visione, l'equità è una forza eversiva, è il regno dell'arbitrario e del soggettivo; è potere, in ogni caso, da riservarsi al legislatore in cui l'arbitrio è semplicemente espressione di volontà sovrana; e, quale succo di tutto un simile atteggiamento, ecco la massima scialojana che tutto assomma: « aequitas legislatori, jus iudici magis convenit », capovolgimento di un'antica sapienza⁽⁸³⁾, che — dopo Scialoja — tutti i giuristi italiani si sentiranno in dovere di recitare ripetitivamente come un monotono rosario.

Non fa meraviglia se Chironi ci prospetta l'equità come « il prodotto di un concetto soggettivo », « prodotto diretto del naturale sentimento della giustizia, della moralità ch'è tutto personale e

TUCCI, *L'equità del Codice civile e l'arbitrato di equità*, in *Contratto e impresa*, a. 1998, n. 2.

⁽⁸²⁾ SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., rispettivamente pp. 3, 6, 23.

⁽⁸³⁾ « Un antico detto suona: jus legislatori, aequitas iudici magis convenit »; io crederei più vicino al vero il contrario: « aequitas legislatori, jus iudici magis convenit » (*ibidem*, p. 15).

soggettivo » (84); pertanto « opera del legislatore » (85), il quale — unico — può operare, come fa alcune volte nello stesso Codice civile unitario, ad essa il rinvio (86). Invece, « applicare il diritto...è opera del giudice » (87).

6. La « parte generale » del « Manuale di diritto civile italiano » di Nicola Coviello vede la luce nel 1910. Il suo autore aveva quarantatré anni ed arrivava alla redazione del suo *opus magnum* dopo una lunga e vigile militanza negli studi civilistici. Sarà prezioso uno sguardo non frettoloso sulla sua formazione di giurista per cogliere appieno la cifra non facile del suo « Manuale ». Cerchiamo di fissarne con distensione i tratti cruciali.

È allievo di Gianturco, e dal maestro assorbe precise istanze solidaristiche e un marcato antindividualismo (88) che lo porteranno — lo vedremo — a scelte precise ridondanti anche sul piano strettamente tecnico-giuridico.

Si nutre di una buona conoscenza romanistica (89), ma non si sente, al riguardo, di condividere né la acritica supina accettazione di un verbo rivelato come presso molti fanatici sostenitori, né lo sdegnoso rifiuto di un prodotto storico ritenuto da alcuni altrettanto fanatici detrattori ormai inutilizzabile (90). Su questo punto, il nostro

(84) *Trattato*, cit., p. 53.

(85) « intendere come il sentimento di naturale e generale giustizia, dando a questo concetto nome di equità, debba coordinarsi alla funzione sociale della legge, alla struttura tecnica dell'ordinamento che la fissa, è opera del legislatore » (*ibidem*, p. 54).

(86) « L'equità è fonte di diritto solo in quanto la legge positiva ad essa espressamente e specificatamente si riferisce » (*ibidem*, p. 53).

(87) *Ibidem*, p. 54.

(88) Se ne vada una traccia precisa nello studio giovanile *Dell'equità nei contratti*, in *Studi napoletani*, II (1895), dove affronta un tema gianturciano e dove si fa espresso riferimento « a quella libertà individuale ch'è il vizio radicale del nostro sistema legislativo, come già con nobili parole ebbe a lamentare il prof. Gianturco » (p. 239). Il Gianturco aveva espresso le sue « nobili parole » nella prolusione napoletana *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, cit., p. 262 ss..

(89) Nei suoi studi su istituti particolari del diritto civile positivo, egli ritiene sempre di avviare il discorso con una approfondita ricognizione della elaborazione romana, che mostra di padroneggiare in modo provetto.

(90) Così, nel suo saggio *Dell'equità nei contratti*, cit., p. 239, non esita a censurare « lo spirito egoistico di quel diritto ». Altrove (*La responsabilità senza colpa*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXIII (1897), p. 188) constata senza compiacimento ma

civilista, se tiene a prendere le distanze, è da quei « romanisti archeologi », da quegli « amatori della cosiddetta purità del diritto romano », in pratica dai giureconsulti umanisti francesi del Cinquecento ⁽⁹¹⁾, mentre simpatizza intellettualmente con la grande e misconosciuta giurisprudenza dell'età di mezzo, con quegli pseudo-romanisti che, ai suoi occhi, grandeggiano per l'adattamento del diritto antico alle esigenze della società medievale ⁽⁹²⁾: storicismo raro a reperirsi in testa a un civilista, particolarmente in un periodo in cui la costruzione di uno *abstrakte Privatrecht* portava a valorizzare le purezze del sistema gaiano.

Legge i tedeschi, se ne nutre, li utilizza abbondantemente come dimostrano le citazioni letterarie attinte in prevalenza dall'area austro-germanica, però non ha esitazione a stigmatizzare quei « valorosi giuristi ma troppo amatori d'inutili sottigliezze metafisiche », « que' giuristi tedeschi, i quali invaghiti di qualche concetto filosofico, non si fanno scrupolo di ammetterne anche le conseguenze più assurde per solo amore di esso » ⁽⁹³⁾, arrivando — in questa sua diffidenza verso un sapere troppo astratto — a qualche palese incomprendimento, come quando rifiuta spicciatamente perché « concetto metafisico » ⁽⁹⁴⁾ la nozione unificante di « patrimonio » elaborata dai pandettisti come

anche senza sdegno che, a fine secolo XIX, « perfino l'autorità finora sacra e venerata del diritto romano è profondamente scossa », e se la prende (ivi, p. 201) col « pedantesco attaccamento al Diritto romano », mentre è palese « l'insufficienza del principio romano » (ivi, p. 202).

⁽⁹¹⁾ « Vennero i romanisti archeologi, gli amatori della cosiddetta purità del Diritto romano, e combatterono quell'opinione giusta e santa, sol perché contraria a quella legislazione ch'essi si ostinavano a credere la *ratio scripta*...E disgraziatamente il codice francese e il nostro vollero dar ragione ai romanisti puri » (*Dell'equità nei contratti*, cit., p. 239).

⁽⁹²⁾ « La giurisprudenza [nel diritto intermedio] ...non essendo costretta da regole fisse e rigide poté spaziare largamente nel campo della giustizia naturale. Così pur mostrandosi ossequenti al Diritto romano i Dottori lo trasformarono cercando di adattarlo alle nuove esigenze...il loro torto perdonabile del resto si fu quello di volersi poggiare sul Diritto romano » (*loc. ult. cit.*).

⁽⁹³⁾ *Della successione ne' debiti a titolo particolare*, in *Archivio giuridico*, LVI e LVII (1896), la prima citazione è dal vol. LVI, p. 290, la seconda dal vol. LVII, p. 103. Nella recensione, che egli fa del libro di Eugène Gaudemet « Etude sur le transport de dettes à titre particulier » (Paris, Rousseau, 1898), parla delle « astruse e indecifrabili teorie di alcuni scrittori tedeschi » (cfr. *Archivio giuridico*, LXII (1899), p. 184).

⁽⁹⁴⁾ *Manuale*, cit., p. 238 ss. (soprattutto pp. 239-240).

unità distinta e separata dai singoli elementi componenti, che, per esempio, Fadda e Bensa avevano invece cercato di corroborare presso i civilisti italiani nelle loro annotazioni a Windschied⁽⁹⁵⁾. La filosofia del diritto cara a lui, giurista meridionale coi piedi ben piantati sulla terra, è piuttosto quella storicistica di Vico temperata dalla razionalità sistematizzante di San Tommaso così legata al reale del cosmo e della storia e al suo ordine intimo⁽⁹⁶⁾.

Se, da un lato, diffida delle metafisicherie dei tedeschi, pari diffidenza rivolge alle punte più avanzate dei neoterici, a coloro che si erano troppo innamorati degli organicismi positivistici consentendo l'invasione incontrollata dell'ideario e del vocabolario dei naturalisti, a coloro « i quali privi d'una seria e profonda coltura giuridica credono d'aver fatto gran cosa se riescono a trovar modo di dire roba da chiodi del diritto romano, e di tutta la tradizione giuridica, e servendosi di frasi ampollose e vuote rubate al dizionario dei fisiologi, de' biologi o de' chimici, declamando con retorica da gazzetta, tutt'altro che fine ed elegante, si spacciano i restauratori del Diritto, gli scopritori di nuovi orizzonti »⁽⁹⁷⁾. Coviello urla: « avrei a disdegno d'essere annoverato tra costoro »⁽⁹⁸⁾.

Nello stesso tempo, si può con pari sicurezza dire che egli rifiuta la veste troppo stretta dell'esegesi e il feticismo per la legge scritta⁽⁹⁹⁾.

Ma chi è allora costui? Qual'è la sua collocazione culturale in quell'ultimo decennio del secolo così gremito per il civilista italiano di novità rilevanti e nel quale, a partire dal '92 data di apparizione di un saggio in tema di superficie, cominciano ad apparire suoi corposi interventi?

⁽⁹⁵⁾ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. ital. di C. Fadda e P.E. Bensa, vol. I., P. I, Torino, Ute, 1902, *Note dei traduttori*, pp. 666 ss. Qualche incomprensione è riscontrabile anche nella sua analisi della nozione di persona giuridica, sempre a proposito delle speculazioni raffinate dei pandettisti.

⁽⁹⁶⁾ Vedi il tributo che egli rivolge a Vico e a Tommaso d'Aquino in uno dei suoi saggi giovanili, il già da noi citato *Dell'equità nei contratti*, p. 236. È curiosa la sua rivisitazione dell'Aquinato come « quell'aquila di filosofo napoletano » (*loc. ult. cit.*).

⁽⁹⁷⁾ *La responsabilità senza colpa*, cit., p. 189.

⁽⁹⁸⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽⁹⁹⁾ « D'altra parte, non posso nemmeno schierarmi tra coloro...i quali s'ostinano a credere che non debba toccarsi in alcun modo il codice civile, pel quale professano una specie di feticismo » (*loc. ult. cit.*).

Ne potremo — io credo — cogliere la misura essenziale, se si sottolinea in lui come carattere primario un profondo equilibrio, che lo porta a diffidare di ogni estremismo ⁽¹⁰⁰⁾. Sotto un profilo è da avvicinarsi ai neoterici: è viva in lui la coscienza delle grosse trasformazioni che avvengono in Italia per la società e per il diritto in quel fertile torno di anni. Certamente Nicola Coviello ha occhi ben aperti per quanto avviene al di fuori della finestra del suo laboratorio, ed avverte una sensibilità viva e forte per l'officina socio-economica, una sensibilità che l'attaccamento alla tradizione giuridica e alle certezze legalistiche del diritto statutale non poteva che moderare assai.

Il risultato? Bandiamo le ciarle e verifichiamo questi atteggiamenti del giurista dall'interno del suo laboratorio, cioè esaminando il civilista all'opera sul tessuto dei varii istituti. Dei varii interventi covielliani nel decennio, lasciando da parte il saggio abbastanza occasionale sulla superficie ⁽¹⁰¹⁾ e il grosso lavoro più tardo sulla trascrizione in cui il civilista vuol mostrare di possedere pienamente i ferri del mestiere anche tecnico-esegetico ⁽¹⁰²⁾, riserverei attenzione per tre saggi a mio avviso assai illuminanti, tutti e tre già da noi utilizzati: quello sull'equità nei contratti (del '95), quello sulla successione particolare nel debito (del '96), quello sulla responsabilità senza colpa (del '97).

Il motivo di una siffatta selezione sta tutto nell'oggetto scelto dal civilista per il suo intervento, che è — in tutti e tre i casi — un oggetto né neutro né insignificante, ma anzi estremamente rivelatore.

Intanto, una prima notazione: si tratta di tre temi « caldissimi » nell'ultimo decennio dell'Ottocento, temi in cui la scienza giuridica di tre paesi a tradizione romanistica (e due, già da tempo, a regime codificato), Francia Austria Germania, si misura nel divario e nella frizione fra ipoteche tecnico-culturali romane e testi legislativi (da un lato), esigenze nuove del traffico economico-giuridico e dello stesso

⁽¹⁰⁰⁾ Non a torto — in quello che è, forse, il necrologio più puntuale — parlava per lui di « un certo equilibrio mentale » Alfredo ASCOLI, *Nicola Coviello*, in *Rivista di diritto civile*, V (1913), p. 500.

⁽¹⁰¹⁾ Occasionale perché aveva costituito l'oggetto della sua lezione di libera docenza. Si tratta del saggio *Della superficie considerata anche in rapporto al suolo e al sottosuolo*, in *Archivio giuridico*, XLIX (1892).

⁽¹⁰²⁾ *Della trascrizione*, Napoli, Marghieri, vol. I 1897, vol. II 1899.

assetto sociale (dall'altro). Temi, quindi, dibattutissimi: si pensi, per la Francia, alla incalzante serie di interventi di Saleilles su una nuova nozione di responsabilità civile e sulla ammissibilità di un « transport de dettes » sotto l'impero del Codice Napoleone ⁽¹⁰³⁾.

Che il giovane Coviello voglia affrontarli tutti e tre (quello della responsabilità addirittura nella occasione solenne della sua prolusione catanese) è segno della sensibilità e disponibilità a cui si accennava sopra. Bisogna ora vedere come egli ne discuta, e a quali conclusioni arrivi. In questo senso, essi saranno particolarmente rivelatori, speculari cioè di un preciso atteggiamento culturale.

a) Ponendosi il problema dell'equità nei contratti, Coviello si inseriva consapevolmente in quel solidarismo dei civilisti neoterici, che aveva trovato nella Napoli degli anni Novanta un terreno straordinariamente fertile, di cui era stato espressione e modello il suo stesso maestro Gianturco con la prolusione del '91, di cui si poneva buon testimone nel campo commercialistico un coetaneo ed amico di Nicola, Francesco Perrone ⁽¹⁰⁴⁾, autore — nel '94 — di un'ampia riflessione su « L'idea sociale nel diritto commerciale » ⁽¹⁰⁵⁾.

Emergeva un problema di fondo, e problema scottante: la difesa del contraente più debole all'interno dei vari assetti contrattuali, giacché equità « denota uguaglianza delle prestazioni » ⁽¹⁰⁶⁾. Il saggio si snoda su due binari e si porta dietro sino alla fine una antinomia irrisolta. Un primo binario: contemplazione delle rilevanti situazioni di iniquità ed esigenza di un intervento del giudice per armonizzare equilibri contrattuali completamente alterati a favore di una parte. Gli esempi più evidenti sono offerti dal contratto di

⁽¹⁰³⁾ Cfr. quanto abbiamo avuto occasione di rilevare in *Assolutismo giuridico e diritto privato-Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, cit..

⁽¹⁰⁴⁾ Francesco Perrone (1868-1923), avvocato, professore incaricato di Diritto commerciale nell'Ateneo napoletano, si dette in seguito alla carriera politica divenendo deputato al Parlamento e Sottosegretario di Stato nel primo e nel secondo ministero Nitti.

⁽¹⁰⁵⁾ Napoli, Pierro, 1894. È notevole che, proprio nell'anno del saggio di Coviello, appariva un grosso volume commercialistico d'impianto solidaristico, quello di Alfredo TORTORI, *Sociologia e diritto commerciale*-vol. I-*L'unità del diritto privato e la sua ricostruzione a base sociologica*, Torino, Bocca, 1895.

⁽¹⁰⁶⁾ *Dell'equità nei contratti*, cit., p. 235.

lavoro ⁽¹⁰⁷⁾ e dalla locazione di fondi rustici ⁽¹⁰⁸⁾. Secondo binario: constatazione — ma anche approvazione — di un dato insuperabile: che il giudice non ha, nell'ordinamento positivo italiano, poteri correttivi ma unicamente applicativi ⁽¹⁰⁹⁾ e che il Codice civile ammette la lesione soltanto per la divisione e per la vendita di immobili ⁽¹¹⁰⁾. Mentori citati adesivamente e non posti in discussione, il solito Scialoja col suo famigerato saggio sull'equità e i primi fascicoli già circolanti delle note di Fadda e Bensa al Windschied ⁽¹¹¹⁾.

La conclusione è amarognola: «bisogna pur dirlo con rammarico e sconforto di quanti amano la giustizia...nel nostro codice l'equità contrattuale è una espressione rettorica, una reminiscenza platonica», anzi «molte disposizioni della legge nostra...non solo permettono, ma sanzionano espressamente...una manifesta 'iniquità' ⁽¹¹²⁾.

Che si limita a fare il buon Coviello? A redigere un inventario impietoso corroborato da richiami alle diagnosi classiste di Menger e di Salvioi ⁽¹¹³⁾, a comparare — *per oppositum* — la realtà italiana codificata con quanto aveva potuto fare la scienza del diritto comune, la quale «non essendo costretta da regole fisse e rigide poté spaziare largamente nel campo della giustizia naturale» ⁽¹¹⁴⁾, a prendere atto con soddisfazione e speranza di quel «largo campo all'applicazione dell'equità contrattuale» aperto dalla legge speciale istitutiva dei collegii probivirali ⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibidem*, p. 237.

⁽¹⁰⁸⁾ «Non è ammessa la lesione per la locazione di fondi: eppure sarebbe così necessaria per sollevare le misere condizioni dei poveri agricoltori costretti per necessità della vita a pagare un fitto che non lascia talvolta compensarsi delle spese di coltura» (*ibidem*, p. 238).

⁽¹⁰⁹⁾ *Ibidem*, p. 234.

⁽¹¹⁰⁾ *Ibidem*, p. 237.

⁽¹¹¹⁾ *Ibidem*, p. 234, n. 7.

⁽¹¹²⁾ *Ibidem*, p. 237.

⁽¹¹³⁾ *Ibidem*, p. 239, nn. 31 e 32.

⁽¹¹⁴⁾ *Ibidem*, p. 239.

⁽¹¹⁵⁾ È noto che, in base alla L. 15 giugno 1893, n. 295, possono essere istituiti, nei luoghi dove esistono imprese industriali, dei collegii di probiviri per la conciliazione della controversie fra imprenditori e operai in relazione all'esercizio delle stesse imprese e in dipendenza dei rapporti di operaio o apprendista, nonché per la definizione in via

In sostanza, dopo tante lacrimazioni, ad esprimere un voto, e nulla più ⁽¹¹⁶⁾.

b) Affrontando, nel '96, il tema della successione particolare nel debito, Coviello si cimentava con uno dei quei problemi spinosissimi sul piano storico-dogmatico, perché qui pesava gravemente una concezione del rapporto obbligatorio come vincolo personalissimo, quasi sanguigno, fra creditore e debitore, che era stata (o si pretendeva che fosse stata) dei romani e da loro trasmessa a tutta la tradizione occidentale.

Ci interessa, per il nostro angolo d'osservazione, sottolineare un primo punto: v'è richiesta della società moderna e della pratica degli affari per una circolazione agile e spedita fra i soggetti (tutti i soggetti, anche il debitore) del rapporto obbligatorio. A una siffatta richiesta Coviello è sensibilissimo, segno che il personaggio è ben inserito nel suo tempo e non è sordo a registrarne tutte le voci ed istanze.

E poi, un secondo punto: come il nostro civilista riesca a superare quello che pareva un insuperabile scoglio storico-dogmatico e come si confronti con altre soluzioni che allo stesso fine erano state apparecchiate in ambiente di diritto codificato, prima fra tutte quella varata da Saleilles nella Francia del *Code Napoléon*.

La tesi di Saleilles è limpida: è vero che i romani ebbero una concezione assolutamente personale del vincolo obbligatorio ed è vero che essa è recepita nel *Code civil*, ma, trattandosi di un principio, di una diagnosi teorica, dal momento che non è compito del legislatore di creare teorie, la scienza giuridica — nel suo continuo adeguamento concettuale — può e deve elasticizzare la regola codificata. È la messa in opera dello *assouplissement* della apparentemente rigida norma legislativa propugnato — com'è ben noto — dal civilista francese ⁽¹¹⁷⁾.

Questa tesi è inaccettabile nella sua sostanziale disinvoltura per

giudiziaria di controversie di analogo contenuto purché non eccedenti il valore di lire duecento. La legge ebbe, a caldo, l'immediato commento di un civilista del valore di Vittorio POLACCO, *La nuova legge sui probi-viri con particolare riguardo alla capacità giuridica delle donne e dei minori*, in *Monitore dei Tribunali*, XXXIV (1893).

⁽¹¹⁶⁾ E con un voto per il mutamento legislativo il saggio si chiude (p. 240).

⁽¹¹⁷⁾ GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato - Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, cit., p. 394.

il più legalista Coviello, che polemizza duramente: « Egli [Saleilles] in sostanza dice che un principio è cosa di dottrina e quindi è sempre permesso accogliere un principio novo, quando le sue conseguenze non sono contrarie all'ordine pubblico...or noi osserviamo che non si può parlare di principio dottrinario, quando questo venga accolto dalla legge e produca delle conseguenze giuridiche...Gli elementi o le condizioni che la legge richiede come essenziali per un dato istituto giuridico, non possono disconoscersi dalla volontà de' privati...Talché se la legge ha concepito l'obbligazione come essenzialmente collegata al debitore primitivo, non può dalle parti sostituirsi un nuovo debitore senza distruggere l'antica obbligazione ⁽¹¹⁸⁾...Sicché l'unica cosa che si può dire con esattezza si è che l'elemento della persistenza della persona del debitore non è nel concetto legale di obbligazione » ⁽¹¹⁹⁾.

Al civilista nostro il coraggio di Saleilles appare come temerarietà. Condivisibile è invece Unger che, riprendendola dai tedeschi, inserisce nel diritto austriaco la *Schuldübernahme*, con una operazione tecnica che è corretta nel vuoto lasciato del silenzio dell'ABGB ⁽¹²⁰⁾.

La strada che, premuto dalle esigenze della pratica giuridica, percorre Coviello è altra; se vogliamo, arrischiatissima sul piano storico-giuridico, ma tranquillizzante perché rispettosissima della legalità borghese: ed è quella di sostenere, con una minuziosa analisi storica, che gli stessi romani ebbero una nozione di rapporto obbligatorio come perfettamente trasmissibile ⁽¹²¹⁾, e che questa nozione « aperta » è accolta nella codificazione unitaria italiana; che, pertanto, se sussistono alcune obbligazioni sorrette da uno specifico carattere personale quali la società, il mandato, la locazione d'opera, « in generale in tutte le altre non v'ha l'*intuitus personae* » ⁽¹²²⁾.

⁽¹¹⁸⁾ *Della successione ne' debiti a titolo particolare*, cit., p. 192 (del vol. LVII).

⁽¹¹⁹⁾ *Ibidem*, p. 193.

⁽¹²⁰⁾ *Ibidem*, p. 192.

⁽¹²¹⁾ Secondo Coviello, se i romani non arrivarono mai a elaborare una nozione di successione particolare nel debito, non fu a causa di un ostativo concetto di rapporto obbligatorio, ma piuttosto per inadeguatezza di strumenti tecnici, per la persistenza di vecchie forme inadeguate ai bisogni d'una società progredita, per la tenacità di conservazione di istituti giuridici decrepiti (*ibidem*, p. 103).

⁽¹²²⁾ *Ibidem*, pp. 186-87.

Si può cioè corrispondere all'esigenza della circolazione economica di fine Ottocento, perché la legge lo consente, e soltanto perché la legge lo consente.

c) Il giovane civilista, che « tiene fisso l'occhio a' nuovi e crescenti bisogni sociali, e contempla ansioso e rattristato un dissidio stridente tra la vita e il diritto, tra le pratiche esigenze e la rigida immobilità de' principî legislativi »⁽¹²³⁾, è anche quello che sente il bisogno di procludere su un tema certamente assai più incandescente della successione particolare nel debito, un tema — quest'ultimo — che nascondeva perfettamente sotto uno spesso velame tecnico le sue valenze economico-sociali.

Il delicato problema di una « responsabilità senza colpa » — oggetto della prolusione catanese — si era infatti già intrecciato in Italia con tutta una fitta serie di questioni sociali della massima attualità, la più grossa delle quali e la più fittamente discussa era quella degli infortunii sul lavoro. Nei maturi anni Ottanta aveva avuto la buona sorte di due robusti ripensamenti: da parte di Chironi si era convintamente ribadita la fondazione romana e romanistica della colpa⁽¹²⁴⁾, mentre Giacomo Venezian, in modo tormentato, aveva lanciato una grossa pietra contro il feticcio della colpevolezza sostenendo che l'ipotesi di una responsabilità senza colpa non risultava contraria ai principii del Codice civile unitario⁽¹²⁵⁾. E la scelta di Coviello?

Il piglio è decisamente battagliero e farebbe pensare a una vivace

⁽¹²³⁾ *La responsabilità senza colpa*, cit., p. 188.

⁽¹²⁴⁾ Basti rinviare al cenno fatto più sopra parlando di Chironi (cfr. p. 401). Si può ora aggiungere che questa difesa pervicace del principio tradizionale esiliò non poco Chironi dai dibattiti più vivi del tempo e anche dalle indubbe conquiste di quei dibattiti. Un esempio è offerto dalla responsabilità per i danni prodotti da industrie insalubri e pericolose, negata da Chironi perché trattavasi dell'esercizio d'un proprio diritto da parte dell'imprenditore.

⁽¹²⁵⁾ Nel saggio: *Danno e risarcimento fuori dei contratti* (leggibile ora in G. VENEZIAN, *Opere giuridiche*, vol. I, *Studi sulle obbligazioni*, Roma Athenaeum, 1919), un saggio dalla vita tormentata: è, all'origine, la tesi di laurea discussa a Bologna nel 1882, circola — dalla metà degli anni Ottanta — in un piccolo numero di copie ed è edito soltanto nella postuma raccolta delle opere. Malgrado tutto, ebbe circolazione fra gli studiosi e fece molto discutere i civilisti, fra cui Coviello nel saggio di cui qui si discute. Sulle vicende del saggio di Venezian v. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, cit., soprattutto p. 269 e p. 273.

adesione alla tesi novatrice di Venezian: « mi accingo a combattere uno dei principî del codice nostro, principio tradizionale e rispettato altamente da tutti, come inconcusso, cioè che non v'è responsabilità civile senza colpa »⁽¹²⁶⁾. Ma non è così. Quello che si combatte con decisione è « la confusione de' concetti di pena e di risarcimento di danni »⁽¹²⁷⁾, giacché è proprio in quella confusione che si annida l'equivoco generante il principio onnivalente di colpevolezza: « se l'obbligo del risarcimento de' danni fu basato esclusivamente sulla colpa, e' fu perché quest'obbligo venne riguardato come pena »⁽¹²⁸⁾.

Anche in questo caso l'analisi storico-giuridica è liberante, poiché mostra con chiarezza le radici falsanti del principio; e il giovane Coviello, com'è suo costume, vi si diffonde lamentando da parte del giurista (anche moderno) un « pedantesco attaccamento al diritto romano »⁽¹²⁹⁾.

La conclusione è tuttavia mediatrice: l'assolutezza del principio di colpevolezza è infranto mentre uno del tutto nuovo ed opposto si affaccia, ma Coviello non si sente « di doverlo accogliere a braccia aperte, come fanno gli amatori di novità »⁽¹³⁰⁾; egli è piuttosto convinto « che accanto alla responsabilità per colpa possa stare quella senza colpa, non in rapporto di subordinazione come d'eccezione a regola, ma coordinate tra loro »⁽¹³¹⁾. Il Codice viene rispettato e si fa voti per una sua integrazione e modificazione.

7. I tre saggi, che abbiamo sommariamente analizzato, appartengono agli anni di fine-secolo, e di quegli anni e dei dibattiti di quegli anni sono il veritiero riflesso, non fosse altro per i temi scottanti che assumono ad oggetto. Se vi abbiamo sostato, è perché essi sono anche lo specchio fedele del giurista Coviello nel momento della sua definizione culturale e servono a rappresentare bene — se non proprio le antinomie — almeno le complessità del suo atteggiamento, tutto articolato in sensibilità verso il mutamento sociale e

⁽¹²⁶⁾ *La responsabilità senza colpa*, cit., p. 189.

⁽¹²⁷⁾ *Ibidem*, p. 191.

⁽¹²⁸⁾ *Ibidem*, p. 193.

⁽¹²⁹⁾ *Ibidem*, p. 201.

⁽¹³⁰⁾ *Ibidem*, p. 203.

⁽¹³¹⁾ *Ibidem*, p. 206.

disponibilità a tenervi dietro, ma anche in attaccamento alla legalità come valore del diritto civile moderno.

Essi fungono per noi come estremi — chiamiamoli così — lavori preparatorii del futuro « Manuale » del 1910, strumenti di comprensione per le scelte del « Manuale » e per la sua corretta collocazione lungo l'itinerario — che stiamo percorrendo — dell'assolutismo giuridico nella coscienza della civilistica italiana.

Dal 1897 — data del saggio sulla responsabilità senza colpa — al 1910 corrono ben tredici anni. Mentre Coviello si dedica a lavori più sistematizzanti o a temi di diritto ecclesiastico ⁽¹³²⁾, il laboratorio civilistico europeo continua a ribollire di spunti innovativi e di occasioni di riflessione. Tracciamone un fugace inventario riassuntivo con riguardo particolare alla situazione italiana.

Nel '99 esce a Parigi, con una entusiastica prefazione di Saleilles, la prima delle grosse opere metodologiche di François Géný « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif », che ha in Italia riscontri e influssi immediati. Nel 1901 un battagliero giudice del Tribunale di Campobasso, Raffaele Majetti, traduce in italiano il *corpus* delle sentenze del « bon juge Magnaud », il Presidente del Tribunale di Château-Thierry, figura emblematica in Francia del giudice d'equità, del giudice che si infischia del vincolo di legalità ⁽¹³³⁾. Nel 1903 appaiono i primi fascicoli della « Revue trimestrielle de droit civil » con gli scritti metodologici di Raymond Saleilles e di Adhémar Esmein assai polemici sulla dommatica dell'assolutismo giuridico; in quello stesso anno appare pure il manifesto giusliberistico di Eugen Ehrlich « Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft » ⁽¹³⁴⁾. Nel 1904, il centenario del *Code civil*, al di là delle solennità cerimoniali e delle inevitabili agiografie esteriori, si risolve in un sostanziale elogio della scienza e soprattutto della giurisprudenza francesi che avevano consentito, durante il secolo XIX, al diritto francese di restare alla

⁽¹³²⁾ Fino al '99 è impegnatissimo nella grossa sistemazione dell'istituto della trascrizione. Poi, si intensifica lo scavo in quella che è la seconda dimensione scientifica covielliana, segnalata da una numerosa serie di contributi ecclesiasticistici che costellano l'intero decennio.

⁽¹³³⁾ *Le sentenze del presidente Magnaud riunite e commentate da E. Leyret*, trad. di R. Majetti, S. Maria Capua Vetere, Cavotta, 1901.

⁽¹³⁴⁾ Leipzig, 1903.

stregua dei tempi malgrado il Codice; in seno alle celebrazioni, Sailleilles teneva un famoso discorso sottilmente erosivo su « Le Code civil et la méthode historique »⁽¹³⁵⁾. Nel 1906 viene lanciato da Heidelberg lo squillo di tromba del più maturo e anche del più accanito e risoluto giusliberismo con la pubblicazione del libello dissacrante di Gnaeus Flavius⁽¹³⁶⁾; squillo di tromba prontamente raccolto in Italia da alcuni infiammati sostenitori e diffuso grazie alla traduzione che lo stesso giudice Majetti compie del *pamphlet* kantorowicziano nel 1908⁽¹³⁷⁾. Sempre nel 1908 il dibattito si fa acceso con le voci autorevoli, equilibratamente dissenzienti, di Leonardo Coviello, il fratello di Nicola e al par di lui civilista⁽¹³⁸⁾, e di Vittorio Polacco, quest'ultimo con un articolo ostile a incontrollate eversioni ma venato di sensatissime aperture⁽¹³⁹⁾.

Insomma, il « Manuale » appare nel momento finale di un decennio folto di eventi per un civilista dall'udito fine; e che di udito fine Coviello fosse fornito abbiamo avuto la prova ripercorrendo gli anni della sua formazione. La « parte generale » — purtroppo, la morte avvenuta nel 1913 interrompe l'itinerario di sviluppo del lavoro — ha quindi, agli occhi dello storico, una eloquenza tutta sua per lo spartiacque aperto e complesso in cui si situa.

E aperta, complessa, anche contraddittoria (ma le contraddizioni sono spesso il segno di personaggi ben immersi nella storia) è la risposta che Nicola Coviello ci dà raccogliendo e registrando fedelmente nelle proprie pagine certezze e incertezze, speranze e timori che si erano venuti assommando in lui nei precedenti fecondi venti anni.

⁽¹³⁵⁾ *Le Code civil-1804/1904-Livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 107 ss..

⁽¹³⁶⁾ GNAEUS FLAVIUS [Hermann KANTOROWICZ], *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Winter, 1906.

⁽¹³⁷⁾ H.U. KANTOROWICZ (Gnaeus Flavius), *La lotta per la scienza del diritto*, Milano, Sandron, 1908 (rist. Bologna, Forni, 1988, con introduzione di F. Roselli).

⁽¹³⁸⁾ *De' moderni metodi d'interpretazione della legge*, in *La Corte d'Appello*, IV (1908).

⁽¹³⁹⁾ È il discorso *Le cabale del mondo legale*, letto nella adunanza del 24 maggio 1908 presso l'Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti, ora in V. POLACCO, *Opere minori - Parte I - Problemi di legislazione*, Modena, Università, 1928. Per una valutazione del denso discorso polacchiano, mi permetto rinviare a quanto ne scrivevo in: *Il coraggio della moderazione - Specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18 (1989).

Un primo rilievo: Coviello non è rigidamente statalista; perché ci sia diritto « basta una comunione qualsiasi di vita, una società qualunque »; lo Stato « non è necessario all'esistenza del diritto, ma solo alla tutela più efficace di esso »⁽¹⁴⁰⁾. È però diritto solo il prodotto positivo d'una società che vive nella storia⁽¹⁴¹⁾, e si respinge ogni ipotesi di diritto naturale, un concetto che per il nostro « non solo è troppo vago e indeterminato, ma è erroneo e fonte precipua di errori »⁽¹⁴²⁾. Lo stesso richiamo alla « natura delle cose » gli appare insussistente⁽¹⁴³⁾.

È di notevolissimo interesse la consapevole riflessione sulla nozione di interpretazione. Infatti, posto che « l'interpretazione consiste nel ricercare e determinare il senso della legge », Coviello si pone immediatamente una domanda che denuncia le varie e abbondanti letture fatte dal cólto civilista: che significa parlare di senso della legge? Si tratta di un sinonimo per volontà del legislatore, o piuttosto di « volontà della legge considerata oggettivamente, come un ente a sé, dotato di forza propria »⁽¹⁴⁴⁾?

Chi ha pratica dello sviluppo delle teorie ermeneutiche fra Ottocento e Novecento non mancherà di risentire qui un'eco precisa; e così nella risposta rimarchevole che Coviello ne dà: « non gli effetti soggettivamente voluti sono il contenuto della legge, ma tutti e solo quelli che la norma voluta è capace di produrre messa in relazione con tutte le altre norme vigenti e nel contatto della vita pratica, la quale col moto continuo che l'affatica può dare a una norma di legge un effetto nuovo e diverso da quello che gli autori di essa pensarono, perché erano ben lontani, per la stessa impossibilità oggettiva, di prevedere i futuri rapporti sociali, e quindi la portata e gli effetti della norma da loro stabilita, il che chiamasi *l'inconscio* nell'opera legislativa »⁽¹⁴⁵⁾.

Non credo che si forzi neppur minimamente l'intendimento che

⁽¹⁴⁰⁾ *Manuale*, cit. p. 5.

⁽¹⁴¹⁾ « Diritto equivale a diritto positivo: e d'altra parte il cosiddetto diritto naturale, ideale, razionale, filosofico non merita punto il nome di diritto » (*ibidem*, p. 8).

⁽¹⁴²⁾ *Ibidem*, p. 7.

⁽¹⁴³⁾ *Ibidem*, p. 8.

⁽¹⁴⁴⁾ *Ibidem*, p. 65.

⁽¹⁴⁵⁾ *Ibidem*, pp. 66-67.

sorregge questo testo, se vi si ravvisa il rifiuto di una interpretazione come operazione puramente logica, se vi si rileva uno spostamento di attenzione del civilista dal momento taumaturgico di creazione della norma a quello successivo della vita della norma nel tempo e nello spazio, e cioè dell'incontro coi fatti sociali, dell'ordinamento che di essi si fa inserendoli nella rete formale offerta dalla legge.

La legge ha una sua « capacità » (io ho volutamente sottolineato con la corsivazione, nella pagina covielliana, l'aggettivo capace), ma il vocabolo sembra usato nella accezione del linguaggio comune, e cioè nel suo significato di capienza, di possibilità di contenimento; e la legge appare assai simile alla nozione che ne hanno i novatori come di realtà disponibile ad appropriarsi dei fatti futuri. Posizione che non si mostra distante da quel metodo storico-evolutivo — come lo chiama il Degni ⁽¹⁴⁶⁾ — che può essere assunto a piattaforma comune di molte e varie teoriche ermeneutiche innovatrici.

In questo angolo d'osservazione, valorizzante cioè i fatti sociali, o, per così dire, la storia futura della norma, un qualche sussidio può darlo il ricorso alla « storia passata », alla tradizione e al diritto romano (ma senza sopravvalutarlo ⁽¹⁴⁷⁾), mentre si ha una valutazione profondamente riduttiva verso il ricorso ai cosiddetti lavori preparatorii; e ciò in assoluta coerenza: se la volontà che interessa l'interprete è solo quella « oggettivata nella legge, la quale produce tutte quelle conseguenze di cui è capace, ancorché realmente non previste e non prevedibili dagli autori di essa », i lavori preparatorii della legge hanno la stessa — e ridotta — importanza « che ha qualsiasi precedente storico » ⁽¹⁴⁸⁾.

Accanto a queste percezioni, che fanno di Nicola Coviello un figlio vigilante del proprio tempo, affiorano nel « Manuale » considerazioni e conclusioni di segno diverso se non opposto. È rilevante

⁽¹⁴⁶⁾ DEGNI, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 217 ss..

⁽¹⁴⁷⁾ *Ibidem*, p. 73. È interessante — e non è la prima volta che lo notiamo — che per Coviello il diritto romano è colto, nel suo valore interpretativo, « specialmente come lo concepirono i giureconsulti e pratici del medioevo ». Atteggiamento raro, in un momento in cui continuano ancora giudizi antistorici di marca postumanistica verso i grandi dottori del *mos italicus*, e accomuna, su questo punto, il Nostro al costante lavoro di riscoperta e di apprezzamento compiuto da Biagio Brugi su un piano squisitamente storiografico.

⁽¹⁴⁸⁾ *Ibidem*, p. 74.

che, nell'economia della « parte generale », un intero paragrafo, il §.30, con cui si chiude il capitolo sulla « Applicazione del diritto », parli espressamente ed autonomamente « De' nuovi metodi d'interpretazione », con riferimento dichiarato a Gény, Saleilles, Van der Eicken, Kantorowicz, e alle reazioni di Polacco e del fratello Leonardo.

Qui, nel confronto diretto coi novatori, la legge riprende — in buona parte — a incombere, la legge come struttura conchiusa, come volontà compiuta; e se con lucida diagnosi si rileva — stigmatizzando — un legislatore che ha preteso il monopolio della produzione giuridica, si giustifica e si accetta pronamente la passività del povero interprete-applicatore, il quale non ha che da subire una situazione più grossa di lui ⁽¹⁴⁹⁾.

Una situazione, che è costituzionale e che ha il suo pilastro primo e portante nel « principio di diritto pubblico della divisione dei poteri », in base al quale non possono essere che espunti dal novero delle fonti la giurisprudenza pratica ⁽¹⁵⁰⁾, la dottrina ⁽¹⁵¹⁾ e, con quella che mi pare una risposta alla estrosità di Vivante ⁽¹⁵²⁾, la natura delle cose (o natura dei fatti) ⁽¹⁵³⁾.

Affrontando su questo punto le nuove prospettive metodologiche di Saleilles e di Esmein su un nuovo ruolo da affidare alla giurisprudenza, quel ruolo che la stessa giurisprudenza si è preso durante il secolo XIX adeguando forme e comandi giuridici al mutamento sociale, Coviello ha una sola, ferma, indiscutibile risposta: si è trattato semplicemente di un « abuso di potere » ⁽¹⁵⁴⁾.

⁽¹⁴⁹⁾ « Se è un male avere la legge come unica fonte del diritto, è un male che non si deve imputare al metodo seguito dagli interpreti, ma al legislatore, il quale circoscrive in ristretti confini l'attività dell'interprete...Si potrà desiderare...la riforma della legge, ma finché questa è così, ogni altro metodo d'interpretazione che esorbiti da que' confini, non costituisce che un'aperta violazione d'un precetto legislativo fondamentale » (*ibidem*, p. 92).

⁽¹⁵⁰⁾ *Ibidem*, p. 35.

⁽¹⁵¹⁾ *Ibidem*, p. 36.

⁽¹⁵²⁾ Il commercialista Cesare Vivante aveva, in una pagina famosissima del suo « Trattato di diritto commerciale », inserito la « natura dei fatti » nel novero delle fonti formali di diritto.

⁽¹⁵³⁾ *Ibidem*, p. 37.

⁽¹⁵⁴⁾ *Ibidem*, p. 36.

E il bilancio si fa magro: la consuetudine (unica altra fonte ammessa accanto alla legge) ⁽¹⁵⁵⁾ non lascia il suo ruolo assolutamente ancillare; l'equità resta un potere esclusivo del legislatore, pertanto vietatissima al giudice ⁽¹⁵⁶⁾; i principii generali di diritto si raggrinziscono nei « principî fondamentali della stessa legislazione positiva » ⁽¹⁵⁷⁾.

Anche il metodo logico d'interpretazione sembra riavere il sopravvento, pur se Coviello non manca di attenuare la scelta con parecchie cautele: « il metodo logico applicato al diritto non si deve adoperare nello stesso modo che nelle discipline matematiche; perché...non solo della logica meramente personale ed astratta, ma del sistema legislativo, della tradizione storica e soprattutto dell'esigenza di fatto bisogna tener conto nell'interpretazione » ⁽¹⁵⁸⁾.

E la conclusione è, tutto sommato, deludente: « finché la legge non conferisca al giudice il potere del pretore romano...l'unico sistema possibile d'interpretazione sarà quello detto logico, perché rettamente applicato non lascia campo all'arbitrio individuale, o ne lascia molto meno degli altri » ⁽¹⁵⁹⁾.

Il tema dell'arbitrio ci riporta all'indietro: qui l'eco non è del ribollimento dei primi anni del secolo, ma delle polemiche illuministiche contro il tardo diritto comune, lo strapotere dei giudici e dottori, l'incertezza di un ordine giuridico alluvionale e caotico; qui è l'eco delle pagine di Muratori e di Beccaria contro la giurisprudenza teorica e pratica quale portatrice normale di arbitrio. E le aperture sul senso della legge, che avevan legittimamente fatto pensare a un Coviello in atteggiamento critico sulle pseudo-certezze dell'assolutismo giuridico, si assottigliano. All'interprete si consente di « fare applicazioni nuove, quali sono richieste dalle nuove esi-

⁽¹⁵⁵⁾ *Ibidem*, p. 35.

⁽¹⁵⁶⁾ *Ibidem*, p. 10: « il giudice non può, sotto il pretesto « *summum ius, summa iniuria* » non applicare la norma giuridica, ancorché sia evidente che questa non convenga al caso specifico. Altrimenti egli usurperebbe la funzione del legislatore, attribuendosi una facoltà che aveva il pretore romano, ma è negata, data l'attuale distinzione de' poteri dello Stato, al giudice moderno, il quale deve attenersi piuttosto alla massima: « *dura lex, sed lex* » ».

⁽¹⁵⁷⁾ *Ibidem*, p. 89.

⁽¹⁵⁸⁾ *Ibidem*, pp. 92-93.

⁽¹⁵⁹⁾ *Ibidem*, p. 94.

genze, di una norma preesistente, mantenendole inalterato il suo senso primitivo, ancorché di tali applicazioni il legislatore non avesse punto coscienza » (160).

Ed è un passo indietro rispetto alla convinzione espressa più sopra sul « senso della legge »; o piuttosto è un ripiombare nel pantano di un'ambiguità, dal quale il buon Coviello sembra non potersi liberare. Quell'anno 1910 è ancora un anno difficile, che mette in croce il civilista di un paese a diritto codificato. Ora, si possono comprendere appieno, in mezzo a tanti timori e speranze, in mezzo a un pullulare di oscillazioni, quelle qualificazioni autobiografiche contenute nella prolusione catanese del '97 quando egli si tratteggia e si propone agli uditori come uno che « contempla ansioso e rattristato un dissidio stridente...tra le pratiche esigenze e la rigida immobilità de' principî legislativi » (161). Ansie e tristezza di un povero civilista crocifisso, che non riesce a schiodarsi dal legno del suo supplizio.

8. È Francesco Ferrara il civilista italiano che, dopo Chironi e Coviello, si misura non in un « manuale » istituzionale (162), ma in un « Trattato » di diritto civile pensato come ambiziosissima costruzione teorica, tanto ambiziosa da prevedere un primo volume interamente dedicato al disegno sistematico delle « dottrine generali ». Di questo volume appare nel '21 la prima parte, che ha ad oggetto soltanto « Il diritto-I soggetti-Le cose » e che, malgrado il limite tematico, viene distesa dall'autore in ben ottocentoottantacinque pagine. Una quantità che è speculare di un discorso scientifico estremamente articolato.

Abbiam già detto del significativo ma complesso crocevia in cui il volume ferrariano si situa, appena dopo la bufera della grande guerra (bufera anche per i giuristi), appena dopo la pubblicazione dell'opuscolo provocante di Santi Romano. E complessa è la pagina del nostro civilista; aggiungerei anche: di non facile decifrazione, proprio perché tormentata, sensibile alle molte suggestioni che un giurista sveglio e coltissimo non poteva non subire in quei primi anni

(160) *Ibidem*, p. 93, nota I.

(161) Vedi il testo di Coviello da noi citato più sopra a p. 416.

(162) Tra il 1910 e il 1915 si consolidava, nel giro di due edizioni, la veste di quello che sarà — probabilmente — il « manuale » istituzionale di diritto civile più riuscito sotto l'impero del Codice del 1865, quello del romanista-civilista Roberto De Ruggiero.

venti del secolo, perciò ricca ma anche costellata di perplessità e — perché no? — di incoerenze e di aporie.

Senza dubbio alcuno, pagina viva e vivace e altamente rivelatrice, se si compie lo sforzo di vincere le oscurità espressive e di metter da parte le troppe improprietà linguistiche e le irritanti sciatterie stilistiche, difetti tutti che pongono il testo ferrariano a una levatura formale minima nel pur basso livello generale della scrittura dei giuristi ⁽¹⁶³⁾.

Per capire meglio e sciogliere i molti nodi del « Trattato », non sarà inopportuno percorrere lo stesso sentiero di accesso già disciuso per Coviello, chiedendo all'itinerario precedente del giurista in formazione qualche decisivo chiarimento.

Una prima notazione concerne le sue robuste fondazioni culturali oltre che tecniche, sollecitate probabilmente nell'apprendistato alla scuola di Giacomo Venezian, né ci riferiamo alle usuali conoscenze romanistiche e pandettistiche comuni a ogni civilista italiano di buon mestiere, ma alla dominanza di quel patrimonio generalmente evitato, di difficile lettura, di difficile approccio intellettuale, rappresentato dalle strabocchevoli sistemazioni dei dottori medievali e post-medievali. Ferrara non si limita a maneggarle con maestria, ma le utilizza come supporto prezioso nelle sue indagini di diritto positivo ⁽¹⁶⁴⁾.

Alcune di queste sono infatti incentrate su temi vitalissimi che, dopo le raffinate ma estenuanti discussioni pandettistiche, nel silenzio o quasi della legislazione italiana, abbisognavano di uno scavo ulteriore per ricavare quel disegno nuovo, quelle nuove invenzioni, di cui

⁽¹⁶³⁾ Ebbe ragione di segnalare « sciatterie » e « strafalcioni » in una stroncatura del « Trattato », che pur ci appare troppo ingenerosa, il pubblicista Manfredi SIOTTO PINTOR, *La filosofia del diritto e il diritto pubblico in un trattato di diritto civile (nota critica)*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, I (1921), p. 68 ss.. A detta di un encomiastico commemoratore, il diretto allievo e successore nella cattedra pisana Giovan Battista FUNAIOLI, *L'opera e la personalità scientifica di Francesco Ferrara*, in *Archivio giuridico*, CXXIX (1943), p. 138, si dovette prevalentemente a questo « attacco malizioso » se l'autore, deluso, non proseguì nell'impegnativa opera intrapresa. Certo è che Ferrara prese sul serio le critiche mossegli da Siotto Pintor e, punto nel vivo, replicò sulla stessa Rivista (*ibidem*, p. 133 ss.) con la vivace risposta: *IncurSIONI d'un privatista in campi proibiti*.

⁽¹⁶⁴⁾ Lo sottolinea anche FUNAIOLI nella commemorazione sopramenzionata (p. 137).

c'era richiesta nella pratica quotidiana. Penso, in questo momento, ai due capolavori di Ferrara, l'indagine giovanile « Della simulazione dei negozi giuridici », risalente — nella prima veste — al 1900 ⁽¹⁶⁵⁾, e la matura riflessione sulla « Teoria delle persone giuridiche », che è del '15 ⁽¹⁶⁶⁾. Temi su cui il legislatore tace (o dice pochissimo) e nei quali sono necessariamente impegnati non solo il sapere tecnico dello stregone giurista, ma altresì intuizione, fantasia, cultura.

È la contemplazione di un Ferrara in cammino su questi scoscesi e accidentati sentieri scientifici a svelarci parecchio sulla sua personalità di studioso perennemente conteso da due sentimenti di segno opposto, e cioè coraggio e cautela. Certamente, innanzi tutto, coraggio, e un coraggio preliminare: quello di scegliere temi — quali la simulazione e la persona giuridica — dove, per il giurista, il compito non si identificava davvero in chiarificazioni esegetiche o in esercizi di pura logica, ma in ardue costruzioni fuori dei comodi ripari di un testo normativo. Ed è proprio in queste operazioni costruttive che il nostro, conoscitore perfetto delle guglie gotiche dei pandettisti, sente però il bisogno di affondare lo sguardo nelle apparentemente remote analisi casistiche del *mos italicus* e — soprattutto per la persona giuridica — nelle elaborazioni ardite del diritto canonico: il suo discorso, se non poteva avere una sicura base normativa, doveva essere fornito di una sicura base culturale.

Su questa fondazione svetta un edificio che è tutta creazione intellettuale, in cui Ferrara non esita a *costruire*, certo che il travaglio di un giurista si incarna — come avevan dimostrato, e anche troppo, i suoi prediletti pandettisti — in una *juristische Konstruktion* ⁽¹⁶⁷⁾; ed è precisamente questa creazione che colloca almeno i due grandi libri di Ferrara ben fuori delle tante cianfrusaglie giuridiche italiane del primo Novecento, facendone dei modelli durevoli e immuni dalle caducità connesse alle innovazioni legislative (quelle innovazioni che condannano al macero tanta letteratura di mediocri operai).

Coraggio, dunque, e forza speculativa, e coscienza di svolgere un

⁽¹⁶⁵⁾ Acireale, Donzugo, 1900. In questa prima edizione il Ferrara pubblica, riveduta, la dissertazione di laurea discussa a Messina con Giacomo Venezian.

⁽¹⁶⁶⁾ Napoli-Torino, Marghieri/Ute, 1915.

⁽¹⁶⁷⁾ Su questo impegno per il giurista di costruire insisterà nel « Trattato », e lo vedremo (cfr. più avanti p. 441).

ruolo promotivo ed attivo. Ma la situazione psicologica è assai più complicata, giacché quel coraggio, quella forza, quella coscienza sono anche accompagnati dallo sgomento di operare in solitudine e di non poter appoggiare la propria elaborazione su un dettato legislativo.

Così, nell'indagine sulla simulazione, rifiutate le vecchie teoriche impernate e sclerotizzate nella dialettica *Wort-Wille* giacché in esse « è strappata ogni connessione del negozio co' rapporti della vita »⁽¹⁶⁸⁾, imboccata invece con convinzione la strada valorizzante « la diversa funzione che esercita la volontà nelle diverse specie di negozi »⁽¹⁶⁹⁾ e scelta, con altrettanta convinzione, « la soluzione che meglio equilibra gli interessi delle parti », e cioè « la teoria della responsabilità »⁽¹⁷⁰⁾, a fronte di tanta intellettuale sicurezza, affiora intorpidente l'esigenza di verificare se « tale teoria si giustifica dal lato legale » ed emerge netto il problema di come tutta la costruzione si possa conciliare col Codice⁽¹⁷¹⁾. Cioè, l'intero procedimento costruttivo rischia di essere vanificato da un preciso rigurgito legalistico.

Un siffatto atteggiamento emerge ancor di più in seno alle pagine sulla persona giuridica, forse le più sorrette da una consapevole e ammirevole ingegneria teoretica, forse anche le più libere perché — al di là di quel pochissimo offerto dall'art. 2 del Codice⁽¹⁷²⁾ — il giurista non aveva che da cavalcare a briglia sciolta — come fa — nel territorio aperto della storia e della comparazione; ed è un atteggiamento stonato, se lo misuriamo con l'ideale altissimo, che sorregge e dirige il civilista, di arrivare a una concezione unitaria e unificante di tutte le molteplici persone giuridiche espresse dalla

⁽¹⁶⁸⁾ *Della simulazione dei negozi giuridici*, p. 18 (citiamo dalla quarta edizione del 1913).

⁽¹⁶⁹⁾ « Entrambe le teorie sono manchevoli nel non apprezzare in genere la diversa funzione che esercita la volontà nelle diverse specie di negozi: negozi rivolti ad uno scambio di prestazioni, ad un mezzo di commercio, e negozi in cui più particolarmente si esplica l'individualità dell'agente, come negozi di famiglia, mortis causa, ecc. (*ibidem*, p. 19).

⁽¹⁷⁰⁾ « Quando la divergenza dipende da dolo o colpa del dichiarante, non ha valore e la dichiarazione resta giuridicamente efficace » (*ibidem*, p. 20).

⁽¹⁷¹⁾ *Ibidem*, p. 24.

⁽¹⁷²⁾ Che, come si sa, offre una sommaria elencazione dei « corpi morali legalmente riconosciuti ».

pratica sociale ⁽¹⁷³⁾. Ed è stonato lo sgomento di chi constata che « in un campo così incerto e pieno di pericoli manca il soccorso del diritto positivo », che « la privazione di punti d'appoggio rende l'indagine assai dubbia e oscillante » ⁽¹⁷⁴⁾.

Il coraggioso viaggiatore, che non ha timore di inoltrarsi nei lontani e così diversi pianeti del diritto comune, del diritto canonico, del *common law*, avverte la mancanza di un supporto legislativo, e non sa reprimere un sentimento di disagio, lui abituato a percorrere da solo i sentieri di ricerca su fonti difficilissime.

Incoerenza di chi, nel momento stesso in cui esprime la persuasione di « fare opera più che d'interpretazione, d'elaborazione del diritto », esprime anche l'auspicio sincero di pervenire a « una messe di risultati che possa il legislatore utilizzare, in un regolamento della materia che ci auguriamo prossimo » ⁽¹⁷⁵⁾.

Un simile contraddittorio atteggiamento, che abbiamo rilevato tra le pieghe delle pagine del Ferrara *costruttore*, è segnalato con eloquenza da un saggio metodologico risalente al 1911. Il giusliberismo ha da poco urlato anche in Italia i suoi messaggi più irritanti, e le reazioni non si sono fatte attendere. I civilisti più presenti non possono non scendere nella lizza: il romanista-civilista Giovanni Pacchioni lo farà in modo intensamente adesivo ⁽¹⁷⁶⁾, lo fa il nostro Ferrara restando nel solco sicuro della tradizione civilistica ma scrivendo, nello stesso tempo, una pagina tormentata, sensibile, dal segno visibilmente ma significativamente aporetico.

È una pagina non occasionale, non caduca, perché dieci anni di poi intere parti saranno trascritte nello stesso « Trattato »; ha cioè un forte valore interpretativo per lo storico d'una biografia intellettuale, e merita una sosta attenta da parte nostra. Si tratta di un saggio notissimo, il cui oggetto è frontalmente manifestato nella

⁽¹⁷³⁾ *Teoria delle persone giuridiche*, cit., p. 3.

⁽¹⁷⁴⁾ *Ibidem*, p. 4.

⁽¹⁷⁵⁾ *Ibidem*, p. 3.

⁽¹⁷⁶⁾ Con un saggio che egli pubblica — e non è un caso — sulla Rivista di Cesare Vivante, un vero laboratorio di esperimenti innovativi in quei primi decenni del secolo. Cfr. G. PACCHIONI, *I poteri creativi della giurisprudenza*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1912, I, p. 40 ss..

stessa intitolazione: « Potere del legislatore e funzione del giudice »⁽¹⁷⁷⁾.

Qualche tempo fa, scrivendo di Vittorio Polacco, io ebbi a qualificare il saggio come una requisitoria contro il giusliberismo e come la testimonianza della « sorda impermeabilità di Francesco Ferrara »⁽¹⁷⁸⁾. Oggi, rilèttolo attentamente e inseritolo all'interno dell'itinerario ferrariano, quel giudizio mi sembra peccare di eccessività. Sicuramente, la posizione di Ferrara non è quella di Pacchioni, ed è invece dominata da grossa diffidenza verso questo « insano movimento »⁽¹⁷⁹⁾, verso « questi novatori », verso un « elastico ed incerto diritto giudiziario »⁽¹⁸⁰⁾, ma è venata anche di disponibilità. In altre parole, è espressione di un Ferrara in qualche modo « permeabile » a tutto il gran bollire della pentola scientifica europea, che egli registra nelle proprie pagine con sensibilità. Forse, è la compattezza del messaggio e dell'immagine che ne soffre, ma è questa una croce comune anche per Chironi e per Coviello come per ogni studioso che vive intensamente ben immerso nel divenire culturale.

Molti dei punti fermi distesamente svolti nelle « dottrine generali » del « Trattato » sono qui fissati. Tutto il campo della interpretazione/applicazione e dei poteri del giudice nei confronti della legge è condizionato dallo sfondo costituzionale: semplicemente « è una questione di diritto pubblico interno »⁽¹⁸¹⁾, che vincola il civilista, il puro dommatico, il filosofo del diritto che la pensassero diversamente; il dato indiscutibile che « il nostro sistema positivo riposa ancora sul principio enunciato da Montesquieu »⁽¹⁸²⁾ tronca — per così dire — la testa al toro. « Il giudice è incondizionatamente vincolato alla legge »⁽¹⁸³⁾, e del giusliberismo si mettono in evidenza i « falsi presupposti su cui questa teoria poggia...falso concetto della legge e della sua interpretazione »⁽¹⁸⁴⁾. Il giudice « qualche volta si

⁽¹⁷⁷⁾ Pubblicato originariamente sulla neo-nata « Rivista di diritto civile » e leggibile ora in: *Scritti giuridici*, cit., vol. I.

⁽¹⁷⁸⁾ *Il coraggio della moderazione*, cit., p. 24.

⁽¹⁷⁹⁾ *Potere del legislatore e funzione del giudice*, cit. p. 11.

⁽¹⁸⁰⁾ *Ibidem*, p. 3.

⁽¹⁸¹⁾ *Ibidem*, p. 23.

⁽¹⁸²⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽¹⁸³⁾ *Ibidem*, p. 15.

⁽¹⁸⁴⁾ *Ibidem*, p. 25.

troverà anche in tragici momenti di dover...applicar leggi *cattive*, ma il suo dovere d'ufficio è questo » (185). Né si parli di un soccorso dal diritto naturale o dall'equità: i principii generali segnati nell'art. 3 delle preleggi altro non sono che deduzioni dal sistema positivo (186).

Accanto a queste chiusure legalistiche, che sembrano non offrire spiragli, ci sono però anche tracce della dialettica che ha scosso e turbato i civilisti. Non v'è dubbio: « legislatore è lo Stato » e la legge è « volontà dello Stato » (187), ma è anche « una forza sempre vivente » che « parla in ogni momento » (188) e per la quale l'interprete « non è incondizionatamente vincolato a ricercare quale ragione indusse il legislatore d'allora, ma qual è il suo fondamento razionale oggi, ed alla stregua di esso decidere » (189). L'interprete non è investito di « semplici operazioni logiche » ma di « complessi apprezzamenti di interessi », perché la sua *interpretatio* « mirando all'applicazione pratica del diritto è di natura essenzialmente *teleologica* » (190) e « v'è anche un compito — arriva a puntualizzare Ferrara — che io credo la giurisprudenza possa fornire, ed è la cosiddetta interpretazione evolutiva » (191).

Segni di permeabilità — per tornare all'espressione da me usata —, e tracce del dibattito ermeneutico europeo ed italiano, ma spiragli appena accennati, che tendono a richiudersi, quasi che il civilista avesse timore che i modesti pertugi aperti nella diga ne potessero ledere lentamente le fondazioni e provocarne il crollo.

E dalla posizione appena affermata subito ci si arretra: l'apprezzamento degli interessi da parte del giudice non può spaziare nel mondo dei fatti ma unicamente « entro l'ambito legale » (192), e in tema di interpretazione evolutiva « bisogna andar cauti, e soprattutto bisogna intendersi » (193), « non sempre è possibile, anzi il più

(185) *Ibidem*, p. 30.

(186) *Ibidem*, pp. 23-24.

(187) *Ibidem*, p. 16.

(188) *Ibidem*, p. 19.

(189) *Ibidem*, p. 27.

(190) *Ibidem*, p. 19.

(191) *Ibidem*, p. 26.

(192) *Ibidem*, p. 19.

(193) *Ibidem*, p. 26.

delle volte quest'attività è preclusa »⁽¹⁹⁴⁾, restando aperta nella sola ipotesi di disposizioni dubbie ed oscure⁽¹⁹⁵⁾ e nello spazio offerto dalle lacune sparse⁽¹⁹⁶⁾.

Qui, grazie all'analogia e ai principii generali « il lavoro intellettuale spaziando ampiamente e liberamente acquista *quasi* un carattere creativo. Ma creazione del diritto non è »⁽¹⁹⁷⁾. E si propone, per non ingenerare equivoci rischiosi, una metafora eloquentissima: si tratterà sempre e comunque di « un *germoglio* non un innesto nel diritto positivo »⁽¹⁹⁸⁾. Il germoglio è infatti soltanto sviluppo di ciò che c'è; l'innesto è un impensabile inserimento dall'esterno nel chiuso del sistema legislativo positivo e legittimerebbe l'idea impensabile, ereticale, di un contributo creativo del giurista.

Come si può vedere, ci siamo volutamente limitati a una lista di brevi citazioni, dando soprattutto a Ferrara la parola. Sono in tal modo offerte le premesse per capire il messaggio complesso del « Trattato » e delle sue « dottrine generali ».

9. Se ci si chiedesse di indicare, pur avviluppata in una trama complessa, la cifra riposta ma essenziale di questo messaggio, non avrei esitazione nel rispondere che consiste in un pervicace, profondo, convinto statalismo.

Per Ferrara lo Stato è una entità provvidenziale, frutto di civiltà giuridica progredita, valore irrinunciabile. Come costante del pensiero ferrariano, è illuminante sull'orientamento del « Trattato » ma anche sugli itinerarii futuri del nostro civilista; spiega la sua incapacità di comprendere la posizione di Santi Romano (e lo vedremo tra un momento) e anche l'apparente grossolano filo-fascismo degli anni Quaranta.

Per quanto attiene a quest'ultimo punto, mi riferisco alla pro-

⁽¹⁹⁴⁾ *Ibidem*, p. 27.

⁽¹⁹⁵⁾ Si possono dare « talvolta delle parole elastiche che prestano un ausilio inaspettato per regolare tutta una nuova serie di rapporti ». E fa un esempio autobiografico: « io stesso sulle orme del Simoncelli, dalla frase « causa estranea » dell'art. 1235 ho tratto tutta la teoria della responsabilità contrattuale per fatto altrui, che sembrava ignota » (*loc. ult. cit.*).

⁽¹⁹⁶⁾ *Ibidem*, p. 28.

⁽¹⁹⁷⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽¹⁹⁸⁾ *Ibidem*, p. 29.

lusione napoletana del 1940 esplicitamente dedicata al «Rinnovamento del diritto civile secondo i postulati fascisti» (199). Qui balza agli occhi, in primo luogo, il plauso per quella evoluzione che ha reso «sempre più intima la cooperazione e compenetrazione tra ordinamento giuridico e potere dei governanti», e il diritto «strettamente connesso con la politica» e quindi nella condizione di subire «le finalità e tendenze dello Stato» (200). E colpisce la analisi asettica e la presa d'atto indifferente, spietatamente indifferente, del R.D. 17 novembre 1938, n. 1728, recante vergognosi provvedimenti per la difesa della razza (201). Come colpisce, nella sua relazione al Convegno pisano sui principii generali, la sua soddisfazione nel contemplare la «supremazia assoluta dell'autorità dello Stato» (202) e il suo totale affidamento in esso anche per la protezione dei diritti della persona (203). Ci sarà probabilmente stata una simpatetica adesione al regime (come per la più gran parte dei giuristi italiani), ma sicuramente v'è al fondo lo statalismo ferrariano, uno statalismo viscerale cui non riusciva ripugnante il braccio greve del potere sulla società civile.

Ma torniamo al «Trattato», e veniamo alla cattiva digestione che Ferrara fa del pluralismo romaniano. All'interno della pagina prolissa ma oscura in cui Ferrara prende di petto le proposte di Romano (e lo fa immediatamente (204), quasi con urgenza, come se dovesse sgombrare il passo da un fastidioso impedimento), mi sembra che si possa afferrare questa conclusione ferma: il diritto non ha una sua onticità, non è cioè una realtà primigenia, non può essere colto all'origine del sociale; è invece una tardiva manifestazione del sociale, quando questo — evolvendosi e maturandosi — è divenuto Stato; il diritto presuppone infatti lo Stato, da cui trae la sua legittimazione prima (205).

(199) Ora in: *Scritti giuridici*, cit., vol. I.

(200) *Rinnovamento del diritto civile secondo i postulati fascisti*, cit., pp. 123-24.

(201) *Ibidem*, p. 111

(202) *I principii generali dell'ordinamento giuridico* (1941), ora in *Scritti giuridici*, cit., vol. I, p. 127.

(203) *Ibidem*, p. 128.

(204) Nella lunga nota n. 2 di pag. 2 del cap. I, e anche nella nota 1 di pag. 3. Il discorso sarà ripreso nella lunga nota n. 1 di pag. 13.

(205) È quanto ricavo dalla già citata n. 2 di pag. 2.

Tutto il tentativo romaniano che, puntando sull'aspetto organizzativo più che su quello normativo, scàrdina la dimensione giuridica da quella del potere politico legandola invece all'indistinto sociale, è completamente compresa se non fraintesa da Ferrara; il quale si rigira tra le mani il termine-concetto di « istituzione », percepisce con chiarezza che Romano la intende « come unità elementare sociale » (206), ma prontamente la respinge giacché in questa veste gli appare usurpatrice di quella cellula veramente originaria e matrice che è lo Stato.

Interpretando infatti secondo i suoi canoni metodologici l'ideario romaniano, Ferrara arriva sorprendentemente a identificare istituzione e Stato, capovolgendo e privando di significato il discorso coraggioso contenuto ne « L'ordinamento giuridico »: il quale resta un contributo incomprensibile agli occhi dell'intenso statalismo ferrariano e al quale il massimo tributo che si può dare è di « scritto elegante e suggestivo » (207), ossia un tributo di mera cortesia formale.

E ci appare ovvio che sia così, non appena ci addentriamo nella costruzione delle « dottrine generali ». Ci sia consentito, per attingere chiarezza, il solito breve florilegio ferrariano: mettendo da parte senza una perplessità il richiamo insistente alla dimensione organizzativa (e, anzi, quasi trattandolo con scherno), per lui « il diritto è un *complesso* di norme » e « la norma è emanazione d'un'autorità che comanda, è espressione della volontà dello Stato » (208); è un comando che deve poter arrivare alla coercizione, poiché « un comando che non abbia la forza di imporsi...è un comando vano, non è comando » (209); « il diritto sorge, quando la protezione della sfera individuale è monopolizzata da un potere sovrano che sovrasta ai singoli », « nesso congenito ed indissolubile...fra diritto e Stato. Il diritto esigendo un apparato di coazione suppone un potere politico che disponga di tale forza », « tale gruppo sociale munito di podestà

(206) *Loc. ult. cit.*

(207) *Ibidem*, p. 2, n. 2.

(208) *Ibidem*, p. 5.

(209) *Ibidem*, p. 7.

è lo Stato », « il diritto è un *prodotto* statale » (210); « il diritto è forza » (211); « è monopolio dello Stato » (212).

Ferrara è ben pago di questo legame strettissimo, anzi di un tal monopolio: è infatti questo il sensatissimo strumento che impedisce di arrivare agli insensatissimi approdi del pluralismo romaniano, approdi (lui cita espressamente una società rivoluzionaria e una associazione a delinquere) che il Nostro rifiuta come aberranti risultati di un esercizio logico astratto ed astruso (213).

La sua chiusura è però pesantissima di conseguenze obbiettivamente negative, soprattutto se si pensa che furono scritte nel 1921 o giù di lì. Legame con lo Stato significa legame con questo o quel regime politico, significa particolarizzazione del diritto e suo immiserimento a proiezione di quel potere, di quella ideologia politica, di quel governo transeunte con tutto il carico di sedimenti storici; significa territorializzazione rigida all'interno del mosaico politico, con una rinuncia definitiva al progetto di un ordine giuridico universale com'era pure il non ultimo messaggio del diritto romano e del diritto comune tanto amati, ammirati, studiati da Francesco Ferrara. Secondo il suo grossolano disegno dei varii e diversi diritti statuali, « formalmente ognuno sta a sé: perché il diritto è forza, e la forza non può invadere la sfera d'un altro Stato ». E, alla fine, un vecchio proverbio popolare adattato disinvoltamente a fornire un fondamento di buon senso al frazionismo giuridico: « Paese che vai, diritto che trovi » (214).

(210) *Ibidem*, p. 11.

(211) *Ibidem*, p. 15.

(212) *Ibidem*, p. 100.

(213) « Senza il termine di riferimento dello Stato è impossibile individuare l'ordinamento *giuridico*, [la punteggiatura sbagliata è sua] da ogni altro ordinamento di fatto o pattizio di gruppi sociali, e si è costretti ad ammettere che una società rivoluzionaria od un'associazione a delinquere isolatamente prese valgano come ordinamenti giuridici, siano pure antitetici allo Stato » (*ibidem*, p. 13, nota 1).

(214) Vale la pena di riportare l'intero passo di Ferrara, perché efficacemente espressivo: « il diritto essendo un prodotto statale, ha una zona d'efficacia corrispondente alla opera di potere dello Stato. E poiché lo Stato domina su un popolo delimitato entro un certo territorio, e quindi la sua podestà ha un limite territoriale, così pure il diritto ha una sfera d'efficacia territoriale. Al di là dei confini dello Stato domina il diritto d'un altro popolo. Certo questi diritti nei paesi civili hanno dei principî comuni, dei punti d'incontro e di somiglianza nel loro contenuto, ma formalmente ognuno sta a sé:

Conseguenze negative anche su di un piano più propriamente tecnico.

Se il diritto è inscindibilmente connesso alla forza e alla capacità di coazione dello Stato, non si può che essere scettici sulla giuridicità dell'ordinamento internazionale. Il suo recupero, che era uno dei frutti più cospicui dell'analisi romaniana, viene vanificato dalla conclusione riduttiva che « il diritto internazionale è *un diritto nel divenire* » (215). E non può che essere così nell'ottica ferrariana.

Ugualmente accade, sul piano delle fonti del diritto interno, per quanto attiene alla consuetudine: la quale « è un fenomeno pregiudicato...non è ancora diritto...lo diventa, quando...dalla spontanea osservanza si passa all'imposizione dell'obbedienza. Ma a ciò è necessario il braccio dello Stato » (216). L'esito è anche qui obbligato: « la consuetudine non diventa diritto consuetudinario, se non per statualizzazione (217) ».

A questo si aggiungano altre scontatissime conclusioni: posto che il diritto è comando d'un'autorità positiva, nessuna cittadinanza può essere riconosciuta entro il pianeta giuridico a quell'insieme di aspirazioni e di ideali che da taluno si ha il torto di chiamare diritto naturale (218); i principii generali di cui all'art. 3 delle preleggi non possono esorbitare dal terreno della legislazione vigente (219); l'equità, intesa come un qualcosa di « passionale », come « un fattore mobile e soggettivo », « Che perciò importa fatalmente il pericolo dell'arbitrario » (220), « non ha valore giuridico correttivo o suppletivo alle norme: essa si rivolge al legislatore, non al giudice » (221).

In questo ridottissimo palcoscenico sembra presente un solo attore chiamato a recitare monologhi: è la volontà dello Stato

perché il diritto è forza, e la forza non può invadere la sfera d'un altro Stato. Paese che vai, diritto che trovi » (*ibidem*, pp. 14-15).

(215) *Ibidem*, p. 10.

(216) *Ibidem*, p. 135.

(217) *Ibidem*, p. 136.

(218) « Non è *diritto*, perché il diritto è norma che s'impone e può farsi coattivamente valere » (*ibidem*, pp. 34-35).

(219) « Devesi trattare di principii di diritto, e cioè di diritto positivo, di norme della legislazione vigente » (*ibidem*, p. 228).

(220) *Ibidem*, p. 43.

(221) *Ibidem*, p. 44.

incarnata nella legge; e la legge è l'atto normativo supremo così come è stato elaborato nella ormai bisecolare tradizione illuministica e post-illuministica, « ha valore formale, che prescinde dal suo oggetto » (222), cioè non ha i condizionamenti di carattere contenutistico proprii alla tradizione post-medievale ma si afferma per i suoi caratteri formali, per essere voce del potere legislativo, voce dei titolari di quel potere, in un quadro costituzionale che divide i poteri e assegna la produzione giuridica solamente ad uno di essi (223). In questa produzione, anche se continua a far presa la favola illuministica della corrispondenza tra legge e volontà generale (224), l'arbitrio, l'arbitrio del legislatore, pur se non auspicato, è dato per scontato, come insegna con disinvolto realismo il solito indiscusso mentore delle certezze borghesi (225); oltre che non evitabile, è un arbitrio accettabile, considerato che il legislatore sovrasta le passioni dei mortali dal suo olimpo superno; temibile resta l'arbitrio del giudice o del dottore, ambedue personaggi immersi nelle passioni particolari e da esse dominati.

Questa è l'indubbia piattaforma di valori su cui Ferrara edifica la sua costruzione. Il discorso può arrestarsi qui? Tutto discende liquidamente dalle premesse segnate in maniera ferrea? Non è così, e l'itinerario scientifico precedente lo faceva del resto presagire.

Si può infatti dire che le incoerenze e le irrisolte antinomie del saggio del 1911 mantengono tutta la loro allarmante presenza nel 1921: accanto e al di sopra delle convinzioni, che fanno di Ferrara un personaggio ben inserito nell'ideologia borghese del diritto, si sovrappone una curiosità intellettuale, un bagaglio culturale, una osservazione pacata e acuta del proprio tempo, che producono

(222) *Ibidem*, p. 100.

(223) *Passim*. Per due affermazioni nette v. p. 151 e p. 237.

(224) *Ibidem*, p. 15, dove si insiste sulla « corrispondenza fra la legge e la vita » e si disegna la legge come « la forma giuridica più adatta che si confaccia all'altra », cioè alla vita.

(225) Il riferimento è a Vittorio Scialoja, che scrive nel 1909 uno di quegli interventi che, per l'enorme prestigio del suo autore e per la rispondenza del contenuto al più profondo ideario giuridico borghese, segna il divenire stesso della dottrina italiana: *L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo*, ora in *Studi giuridici*, vol. III, Roma Anon. Rom. Edit., 1932, p. 37 ss..

vistose incrinature o che, malamente sovrapponendosi, provocano almeno vistose disarmonie.

La prima circostanza, che scuote e fa vacillare tutte le dommatiche formalistiche, è anche qui l'evidenza non smentibile di un ordine giuridico in rapidissimo mutamento; « ferrovie », « elettricità », « grandi imprese a basi capitalistiche », « nuovi mezzi di scambi, nuove forme di titoli e valori, altri tipi di contratto » sono gli esempi probanti che costellano una pagina vivissima del « Trattato »⁽²²⁶⁾. E Ferrara soggiunge nel suo discutibilissimo stile: « insomma tutto un mondo nuovo, a cui deve appropriarsi anche un mondo nuovo giuridico »⁽²²⁷⁾.

E qui comincia a manifestarsi l'incrinatura: se è vero che la legge è volontà e comando, potrà l'interprete/applicatore dare efficacia a una norma risalente a più di cinquanta anni prima (il Codice civile, per l'appunto), senza porsi qualche domanda imbarazzante? La più imbarazzante è proprio quella che il Nostro si poneva già nel saggio dell'11: volontà storica del legislatore, che è volontà sepolta in quel tanto lontano e tanto diverso 1865, o volontà attuale della legge?

Come nel saggio del 1911, la risposta c'è ma è impacciata: l'interprete non è un puro logico e « l'interpretazione non è dichiarazione del senso storico che il legislatore materialmente collegò al principio, ma del senso che è immanente e vivente in esso »⁽²²⁸⁾; « il legislatore è un'astrazione »⁽²²⁹⁾ e « il comando della legge ha un valore autonomo che...può portare a conseguenze inattese ed impreviste dagli stessi legislatori »⁽²³⁰⁾.

Occorre infatti ben distinguere la *occasio legis* dalla *ratio legis*: questa « può col tempo mutare »⁽²³¹⁾, perché « è una forza vivente mobile »⁽²³²⁾. E si parla senza mezzi termini di interpretazione

⁽²²⁶⁾ *Trattato*, p. 16.

⁽²²⁷⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽²²⁸⁾ *Ibidem*, p. 211.

⁽²²⁹⁾ *Loc. ult. cit.* Conseguenzialmente, nell'ottica coerente di Ferrara « tutto ciò basta per screditare sufficientemente i lavori preparatorii » (*ibidem*, p. 218) quale strumento di corretta interpretazione.

⁽²³⁰⁾ *Ibidem*, p. 210.

⁽²³¹⁾ *Ibidem*, p. 215.

⁽²³²⁾ *Ibidem*, p. 216.

evolutiva⁽²³³⁾, dell'ufficio dell'interprete di « sviluppare il contenuto delle disposizioni »⁽²³⁴⁾, di un loro « contenuto virtuale che è compito dell'interprete di estrarre e di svolgere »⁽²³⁵⁾, arrivando a scrivere la frase grossa sulla impossibilità « che la pienezza della vita pratica si lasci carcerare entro le strette maglie degli articoli di un Codice »⁽²³⁶⁾.

È l'unico modo per tener dietro al cambiamento socio-economico, ma è anche il modo per insinuare nelle strutture ben cementate dell'edificio giuridico rischiose potenzialità erosive. E ne è ben cosciente Ferrara, che tutto vuole meno che questo risultato. E il discorso si fa necessariamente ambiguo, intimamente aporetico. E la contraddizione è il segno che marca a fondo anche questo notevole prodotto della civilistica italiana, dimostrando che scrittore e scrittura sono ben immersi nel proprio tempo storico.

Vediamo di tirar le fila del nostro discorso. Non vi può esser dubbio sulla larga cultura di Ferrara, la quale — proprio perché è a largo spettro — possiede, di per sé, una carica obiettivamente critica per il suo detentore; una cultura che si è riccamente nutrita anche delle letterature ereticali austro-tedesca e francese. Se si fa attenzione, son proprio le pagine del « Trattato » ad esser costellate di riferimenti a pensatori dall'ortodossia assai discutibile: Adickes, Bülow, Kohler, Schlossmann, Ehrlich, Hermann Kantorowicz, Stampe, Wurzel, Saleilles, Gény sono letti e meditati e rispettati nel loro messaggio. Ed è proprio nel « Trattato » che un intero paragrafo è dedicato a « La scuola del diritto libero ed i nuovi metodi d'interpretazione »⁽²³⁷⁾. Né v'ha dubbio che c'è comprensione per una riflessione giuridica tutta protesa (questo non era davvero smentibile) a raggiungere il fine sacrosanto della corrispondenza tra forme giuridiche e realtà sociale⁽²³⁸⁾. Né v'ha dubbio che, per

⁽²³³⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽²³⁴⁾ *Ibidem*, p. 223.

⁽²³⁵⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽²³⁶⁾ *Ibidem*, pp. 225-26.

⁽²³⁷⁾ *Ibidem*, p. 232 ss.

⁽²³⁸⁾ Si ponga mente a quella pagina del volume *Della simulazione dei negozi giuridici*, cit., p. 280, dove Ferrara cita con simpatia il saggio di Esmein del 1903 (sul primo numero della neo-nata « Revue trimestrielle de droit civil ») circa il ruolo attivo della giurisprudenza e contempla soddisfatto un fenomeno tipico del proprio tempo,

Ferrara, su di un piano puramente scientifico, « *a priori* non v'è niente d'illogico e d'impossibile di affidare al giudice una cooperazione attiva nella produzione del diritto, come ci mostrano gli esempi del pretore romano e delle corti di equità inglesi »⁽²³⁹⁾.

Lo impedisce invece — e recisamente — il sistema costituzionale borghese, per cui « la questione del diritto libero deve discutersi in base al sistema nostro di diritto pubblico »⁽²⁴⁰⁾. Ed è qui che miseramente finiscono tutte le raffinate diatribe sulla teoria della interpretazione e sul ruolo dell'interprete. Finiscono, perché Ferrara, ben immedesimato nel ruolo che al giurista assegna l'ideologia borghese, non si sogna di cavalcare tigri rivoluzionarie e perché quell'ideologia, costruita sul caposaldo stabile, stabilissimo, dello Stato e della sua legge (pur se sorda e immobile) non gli dispiace affatto.

L'incoerenza è inevitabile, come è inevitabile il cozzo fra coscienza del mutamento sociale ed esigenze di regole fondamentali autoritarie, rigide ed astratte. E si ripetono nel « Trattato » lo stesso frasario e quasi le stesse parole adoperate con visibile impaccio nel saggio di dieci anni prima. Se è vero che « il diritto come prodotto sociale si svolge ed elabora nel crogiuolo della coscienza popolare », è anche vero che « diviene diritto solo quello che il legislatore vuole »⁽²⁴¹⁾, mentre l'interpretazione evolutiva, strumento prezioso e rischioso insieme, è il più delle volte preclusa al giudice⁽²⁴²⁾ e, in ogni caso, « è sempre una pura applicazione del diritto »⁽²⁴³⁾, deve sempre consistere in una semplice applicazione.

In ogni caso, in ogni modo, assolutamente, un principio non

tempo di diritto codificato, in cui « la norma astratta giuridica è stata svolta, piegata, adattata, divenendo norma reale e positiva ». Del resto, proprio nel *Trattato* (p. 237), pur nel dissenso di fondo, non esita a riconoscere che « la scuola del diritto libero ha però prodotto un benefico rinnovamento nell'indirizzo interpretativo, un nuovo soffio vitale, perché, mentre ha gettato a piene mani il discredito sul metodo logico, sull'abuso dei teoremi e delle costruzioni, ha additato che la decisione deve essere ispirata alla natura reale dei rapporti e alle esigenze sociali ».

⁽²³⁹⁾ *Ibidem*, p. 237.

⁽²⁴⁰⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽²⁴¹⁾ *Ibidem*, p. 15.

⁽²⁴²⁾ *Ibidem*, p. 239. Il frasario è lo stesso impiegato nel saggio del 1911 (cfr. più sopra a p. 431).

⁽²⁴³⁾ *Ibidem*, p. 238.

può esser messo in discussione: che l'interprete — sia esso giudice o scienziato — *non* crea diritto, ma si limita a scoprire e sviluppare un qualcosa che c'è e che lui non ha contribuito a produrre. Qui sta il limite invalicabile scritto a lettere d'oro nella costituzione materiale, se non anche in quella formale, del diritto borghese; e qui sta il vero limite di ogni teorizzazione. Un limite che lo stesso Ferrara non è disposto a valicare.

Proprio per questo, quale *transazione* fra le opposte tendenze, fra giusliberismo sfrenato e ottuso legalismo, gli può essere congeniale ⁽²⁴⁴⁾ quella via di mezzo scelta e propugnata da Saleilles: l'interprete può *assouplir* la legge, ma deve sempre farlo nel quadro — nel *cadre* — offerto dalla legge stessa. La legge può anche essere svuotata dal di dentro, ma deve restare intatta come cornice formale, come limite formale di legittimazione del discorso, di ogni discorso dell'interprete. Il principio costituzionale della divisione dei poteri è salvo, anche se è stato sostanzialmente aggirato.

Entro questi confini deve svolgersi l'attività del giurista, entro questi confini egli può e deve farsi costruttore ⁽²⁴⁵⁾ come lo vuole Ferrara, disegnatore di concetti generali, ordinatore di una severa sistematica ⁽²⁴⁶⁾, secondo le consegne fissate con lucidità nella puchtiana prefazione del « Trattato » ⁽²⁴⁷⁾. Entro questi confini sarà benvenuto anche un certo grado di fantasia del giurista ⁽²⁴⁸⁾.

⁽²⁴⁴⁾ Egli stesso (*ibidem*, p. 238) la definisce « reazione e transazione di opposte tendenze », dandovi una aperta adesione: « questo metodo è certamente vero e secondo noi costituisce non una deviazione, ma un'esatta intelligenza del metodo tradizionale » (*loc. ult. cit.*).

⁽²⁴⁵⁾ « La costruzione dottrinale deve coincidere esattamente ed interamente col diritto positivo » (*ibidem*, p. 243).

⁽²⁴⁶⁾ « Il diritto è pure una scienza, e come ogni scienza suppone che la sua materia sia trasformata in concetti e che questi concetti siano composti ad unità sistematica » (*ibidem*, p. 240). Di « severa sistematica » parla nella prefazione, p. VI.

⁽²⁴⁷⁾ Si legga l'elogio che egli fa di una teorizzazione generale e la condanna della « insana idea che i concetti generali siano sterili dogmi », giacché « niente è più fecondo di conseguenze pratiche che un principio teorico che in forma sintetica racchiude in grembo potenzialmente una serie infinita di applicazioni » (pref. pp. V-VI).

⁽²⁴⁸⁾ *Ibidem*, p. 246. In altro punto, dimostrando la lacerazione interna sofferta da Ferrara, egli aveva invece sottolineato — tutto preso dal timore illuministico dell'arbitrio dell'interprete — « il pericolo anche più grave che l'interprete appassionandosi ad una tesi, lavori di fantasia » (*ibidem*, p. 206).

MODERNITÀ POLITICA E ORDINE GIURIDICO (*)

Nel ricordo di Anna Maria Battista

1. Bene hanno fatto gli organizzatori di questo Convegno a voler ricordare Anna Maria Battista nel decennale della morte e a scegliere un siffatto tema di studio. Non ho dubbii sulla opportunità di ricordare chi, sul gregge sempre più numeroso dei piatti compilatori, si stagiò e si staccò nettamente per acutezza e brillantezza d'ingegno. Non ho dubbii sulla opportunità e convenienza di legare e collegare il nome di Anna Maria a una riflessione sulla modernità politica: proprio su questo nodo problematico la nostra cara e rimpiantata Amica scrisse pagine non dimenticabili (è del tutto superfluo che io rammemori a degli storici del pensiero politico i suoi martellanti felici interventi sui libertini e sui loro precursori).

Per mia parte, sono sinceramente felice di essere oggi in mezzo a voi e sono grato agli organizzatori per un invito che, nel vincolo — durevole oltre la morte — di amicizia con Anna Maria, ho prontamente accettato. Vengo a voi però con il mio scarso bagaglio di limitate competenze professionali; vengo a voi e parlerò a voi come giurista, come storico del diritto, per la commiserabile ragione che altro non so fare, tranquillizzato tuttavia dal fatto che per l'appunto questo mi si chiede: una riflessione sul problema della modernità còlto nel rapporto fra potere politico e dimensione giuridica, un contrappunto complesso intessuto di connessioni opposizioni di-

(*) Si pubblica — con l'autorizzazione degli organizzatori — la Relazione introduttiva ai lavori del Convegno di studio su 'Anna Maria Battista e la modernità politica' tenuta a Napoli, presso l'Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa, il 20 febbraio 1998. In questa redazione scritta si è mantenuto fedelmente la articolazione della Relazione come fu detta dall'autore, nell'ambito della prima seduta congressuale, sulla scorta di una traccia particolareggiata. Per questo, le note sono ridottissime e fungono soltanto da essenziale strumento di comprensione del testo.

sgiunzioni, ma certamente illuminantissimo per una più adeguata messa a fuoco della stessa modernità politica.

Persuasato che l'arma più efficace nelle mani dello storico sia la comparazione, più efficace per ottenere il risultato di una riuscita storicizzazione, io mi porrò idealmente a cavalcioni fra pianeta medievale e pianeta moderno individuando le diverse soluzioni e cogliendole nella tipicità dei loro messaggi. Due pianeti legati da una continuità cronologica, ma contrassegnati da una sostanziale discontinuità, che è sostanziale perché la diversità profonda nelle soluzioni adottate discende da radicalmente diverse fondazioni antropologiche. Porsi pertanto su un ideale confine divisorio varrà ad accentuare la tipicità cui or ora si accennava, e varrà a esaltare le peculiarità della modernità politica, com'è programma e scopo del nostro Convegno.

Su un punto soltanto civiltà medievale e civiltà moderna appaiono collimare agli occhi dell'osservatore giurista: sono ambedue civiltà *giuridiche*, nel significato elementare che ambedue fanno gran conto del diritto come struttura cementante al loro seno. Ma di collimazione formale e apparente è questione: a spingere più a fondo lo sguardo, anche sotto questo profilo le scelte si fanno diverse se non opposte. È vero: intense sono le presenze del diritto nell'una e nell'altra, ma si tratta di presenze — per così dire — capovolte: al totale e innegabile rispetto, che per la dimensione giuridica circola costantemente nelle vene dell'organismo medievale, fa riscontro l'atteggiamento di completa strumentalizzazione che domina quello moderno; quanto si poneva — per il primo — tra i fini supremi della società civile, diventa — per il secondo — uno strumento, sia pure rilevante, nelle mani del potere politico contingente. Basti, per ora, questo accenno liminale, con l'intenzione di riprenderlo e svilupparlo nello svolgimento della Relazione.

2. L'universo medievale si caratterizza agli occhi attenti dello storico, perché esprime nel suo seno quello che io, altra volta, ho chiamato un potere politico incompiuto ⁽¹⁾; intendendo per incom-

⁽¹⁾ Nel volume: *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1997⁵, al quale si rimanda per ogni ulteriore chiarimento e svolgimento concernenti i contenuti di queste pagine dedicate al 'pianeta' medievale.

piutezza non già la mancanza di effettività (che spesso c'è e che talora può acuirsi perfino in manifestazioni tiranniche), bensì l'assenza di un progetto totalizzante, onnicomprensivo. In altre parole, il potere politico non ha la pretesa di controllare l'intera del sociale, anzi si contraddistingue per una sostanziale indifferenza verso quelle zone — anche ampie, anche amplissime — del sociale che non interferiscono direttamente con il governo della cosa pubblica.

E si ha una prima conseguenza relevantissima: il sociale, fondamentalmente autonomo, senza costrizioni vincolanti, vive pienamente la sua storia in tutte le possibili ricchezze espressive; lasciato libero, si sbizzarrisce in mille combinazioni annodazioni sedimentazioni, dal piano politico a quello economico, da quello cetuale a quello professionale, da quello religioso a quello familiare soprafamiliare gentilizio, proponendoci quel paesaggio di infinite figure corporative che sono il contrassegno del volto medievale e, per inerzia storica, anche post-medievale. Se vi si aggiunge una psicologia collettiva percorsa da generale insicurezza e segnata dalla sincera umiltà dei singoli operatori ⁽²⁾, ne deriva una civiltà che ha due protagonisti essenziali: sullo sfondo, incombente e condizionante, la natura cosmica con i suoi fatti primordiali, avvertita quale alveo protettivo e benefica garanzia di sopravvivenza ma anche nella sua enormità indomabile; entro le trame del tessuto di esistenza quotidiana, la comunità, nicchia indispensabile per lo svolgersi delle vicende individuali, nelle molteplici manifestazioni che estrinsecano tutta la complessità della vita comune.

È un mondo di formazioni sociali che si profila ai nostri occhi, incredibilmente articolato e sfaccettato, certamente alluvionale per quell'incessante generarsi integrarsi stratificarsi delle più disparate dimensioni comunitarie, dove l'individuo è una astrazione giacché il singolo è pensabile soltanto all'interno della salda rete di rapporti offerta da quelle dimensioni.

È da qui che rampolla ed è qui che si colloca il diritto. Non il frutto della volontà di questo o quel potere politico contingente, di questo o quel Principe, ma una realtà storicamente e logicamente

(2) Per le complesse ragioni storiche segnalate e sviluppate in: *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 61 ss..

antecedente, che nasce nelle spire vaste del sociale, con esso si mescola, di esso si incorpora. Il diritto è un fenomeno primordiale e radicale della società; per sussistere, non attende quei coaguli storici legati allo sviluppo umano e rappresentati dalle diverse forme di pubblico reggimento. Gli sono invece terreno necessario e sufficiente quelle più plastiche organizzazioni comunitarie in cui il sociale si ordina e che non si fondano ancora sulla polis ma sul sangue, sul credo religioso, sul mestiere, sulla solidarietà cooperativa, sulla collaborazione economica.

Insomma: *prima c'era il diritto*; il potere politico viene dopo. Intendendo con questa affermazione apparentemente sorprendente sottolineare che, nella civiltà medievale, è coscienza diffusa l'indole ontica del diritto, riposante negli strati profondi e durevoli della società, ossatura secreta e riposta struttura di questa.

E una seconda conseguenza emerge, rilevante: non è la voce del potere, non ne porta il timbro, non ne soffre gli inevitabili immisericordamenti, gli inevitabili particolarismi. Con questa doverosa precisazione: certo, v'è anche qui una porzione del giuridico che è legata e collegata a chi detiene il governo della cosa pubblica ed è quanto oggi siamo soliti qualificare come diritto costituzionale, amministrativo, anche penale, ma il diritto per eccellenza, quella ragion civile chiamata a regolare la vita quotidiana degli uomini, prende forma direttamente e immediatamente dal sociale e sulle sue forze sparse si disegna: suoi canali sono, a livello genetico, un folto affiorare di consuetudini, in misura prevalente rispetto ai non numerosi interventi autoritarii dei Principi; a livello consolidatorio e definitorio, un ricco ordinamento operato, più che da legislatori, da maestri teorici, giudici, notai o semplici mercanti immersi nella pratica degli affari e interpreti delle esigenze di questa.

Per la civiltà medievale si può correttamente parlare di autonomia del giuridico, relativa ma autonomia, allo stesso modo di come si è parlato prima di autonomia del sociale. Indubbiamente, il diritto non galleggia mai sulla storia, al contrario, tende sempre a incarnarsi e a compenetrarsene, però è qui una larga pluralità di forze circolanti libere nella società ad orientarlo, forze spirituali culturali economiche, tutte le forze liberamente circolanti nel sociale. Il sociale e il giuridico tendono a fondersi, ed è impensabile una

dimensione giuridica come mondo di pure forme separate da una sostanza sociale.

E una terza conseguenza emerge, ugualmente rilevante, ed è già sommariamente delineata nell'ultima affermazione. Il diritto, emanazione della società civile nella sua globalità ma proveniente dagli strati più profondi, non può non connotarsi di una ineliminabile fattualità. Con questa avvertenza: il diritto non appartiene alla superficie sociale dove si consuma l'intreccio di lotte risse miserie disordini della quotidianità medievale, non si collega mai a una fattualità episodica. Il diritto è qui realtà radicale, cioè di radici, cioè di radici le più profonde pensabili; è realtà di fondazioni di tutto un edificio di civiltà, e come tale intimamente collegato con i grandi fatti primordiali fondanti quell'edificio; fatti fisici e sociali a un tempo, appartenenti, a un tempo, alla natura cosmica ma assunti a fondamento ultimo e primo di tutta la costruzione sociale.

La durata, cioè il tempo come decorso, come decorso durevole, con la sua capacità di incidere su ogni struttura umana o naturale; la terra come forza magnetica che attrae a sé persone e cose; in un primo momento anche il sangue, come segno della appartenenza ad un etnos, con la sua forte attitudine caratterizzante; sono questi i fatti originarii che appaiono muniti di intrinseca normatività e che determinano — marcandola indelebilmente — la costruzione socio-giuridica.

E si capisce che il normale momento genetico e la normale manifestazione della giuridicità siano di indole consuetudinaria. La consuetudine — che il filosofo definisce a ragione fatto normativo ⁽³⁾, che è fatto tra i fatti della natura cosmo-sociale — è la più terrestre delle fonti, nasce dalla terra, striscia per terra ed esprime le esigenze in essa inscritte, ma ha bisogno di impastarsi di tempo, di diventar durata per essere norma ricevuta e rispettata.

Dal nostro angolo d'osservazione il risultato che si segnala in tutta la sua tipicità storica è un diritto che non sta nei progetti di un Principe, che non scaturisce dalla sua testa, che non esplicita le sue volontà benefiche o malefiche, comunque potestative, che non è controllato da un burattinaio manovrante a suo beneplacito tutti i

⁽³⁾ Il riferimento è a Norberto BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, Cedam, 1942.

fili. Questo diritto ha una sua onticità, appartiene a un ordine oggettivo, è all'interno della natura delle cose dove si può e si deve scoprirlo e leggerlo.

Nessuno più di San Tommaso, assommatore e corifeo a fine Dugento della antropologia e della politologia medievali, ha con tanta nitidezza tradotto in una essenziale definizione una simile certezza. È la giustamente celebrata definizione di *lex*, sulla quale converrà sostare un momento con la nostra attenzione, perché troppo spesso soprattutto le letture apologetiche di parte cattolica ne hanno banalizzato il vigoroso contenuto di pensiero politico-giuridico lasciandosi monopolizzare dal pur rilevante riferimento al bene comune come fine della norma. Leggiamola per nostro conto al centro della *quaestio* 90 della 'Prima Secundae' dedicata appunto alla 'essentia legis':

« quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata »⁽⁴⁾.

Un dato fa spicco in essa: la dimensione soggettiva cede il passo alla dimensione oggettiva; in altre parole, non è rilevante tanto il soggetto emanatore quanto il suo obbiettivo contenuto. Circa il soggetto Tommaso è volutamente vago e sbrigativo: parla genericamente di colui che governa la comunità e adotta una locuzione verbale — *promulgata* — dove la componente volitiva, creativa, insomma potestativa, è ridotta al minimo, mentre è messa in evidenza la componente accertativa e dichiarativa. Non dimentichiamo che già il maestro di Tommaso, in una definizione poco nota ma illuminantissima, aveva operato delle precisazioni ferme a proposito del *subiectus legis*, riservando funzioni attive e sostanziose al *populus* e al *coetus iuristarum* e riducendo il Principe a colui che si limita a offrire alla norma la *auctoritatis sanctio* ⁽⁵⁾.

Per Tommaso conta invece il contenuto, che è doppiamente precisato: consiste in un ordinamento, ordinamento esclusivamente demandato alla ragione. *Ordinatio* è la parola che sposta l'asse della

(4) *Summa Theologica*, I IIae, q. 90; art. 4.

(5) Alberto MAGNO, *De bono*, tract. V *de justitia*, q. II *de legibus*, art. I *quid sit lex*.

definizione dal soggetto all'oggetto, perché insiste non sulla sua libertà ma sui limiti alla sua libertà; ordinare è infatti una attività vincolata, giacché significa prendere atto di un ordine obbiettivo preesistente e non eludibile entro il quale inserire il contenuto della *lex*.

Ed è proprio per questo che lo strumento dell'ordinare è identificato nella ragione, cioè in una attività psicologica prevalentemente conoscitiva: perché la conoscenza è il più grande atto di umiltà che un soggetto possa compiere nei confronti del cosmo e della società, perché la conoscenza è proiezione del soggetto al di fuori della propria individualità per scoprire nella realtà a lui esterna le verità in essa contenute, per scoprirvi l'ordine progettato e attuato dalla Divinità. Tommaso lo ripete continuamente come per sottolineare l'elemento veramente essenziale: “ *lex est aliquid rationis* ” (6), “ *lex est aliquid rationis* ” (7), “ *lex est quoddam dictamen practicae rationis* ” (8). Veramente essenziale è la ragionevolezza della *lex*, cioè una determinata e rigidissima corrispondenza del suo contenuto a un modello che né il Principe né il popolo né il ceto dei giuristi creano ma sono chiamati semplicemente a scoprire nella ontologia del creato.

A fronte di questo richiamo assillante alla ragionevolezza, al giurista italiano di oggi viene agevole una desolante considerazione: perché — nella nostra tradizione giuspubblicistica — si sia potuti arrivare a parlar di ‘ragionevolezza della legge’, idea ritenuta intimamente dissacratoria per una mentalità tenacemente legalistica, si è dovuto attendere le aperture recentissime della Corte Costituzionale; ma siamo appena all'immediato ieri.

Sia consentita infine una integrazione. Dietro questo sentitissimo pungolo razionalizzatore, San Tommaso non risparmia nemmeno quella nozione cui una dimensione meramente potestativa poteva sembrare assolutamente congeniale: l'*imperium*, il comando. Anche qui è messo in atto il medesimo procedimento: comandare non significa proiettare su un soggetto inferiore l'arbitrio della volontà del superiore, giacché « *imperare autem est quidem essen-*

(6) *Summa Theologica*, I IIae, q. 90, art. 1.

(7) *Summa Theologica*, I IIae, q. 91, art. 2.

(8) *Summa Theologica*, I, IIae, q. 91, art. 3.

tialiter actus rationis; imperans enim ordinat eum cui imperat ” (9). E riaffiora, ma non inaspettatamente, quello schema centrale di *ordinatio*, ordinamento, in base al quale il superiore si vede confidata la responsabilità enorme di percepire le trame dell’ordine preesistente e a quella vincolare la propria attività imperativa. Siamo agli estremi di un vero parossismo razionalizzatore, e il sentiero segnato dalla ragionevolezza sembra l’unico tracciato per guidare l’uomo — sia pure il Principe, sia pure ogni comandante — nei rapporti con la natura e con i consimili.

3. Diciamolo pure recisamente: ciò che ripugna alla mentalità autenticamente medievale è ogni processo *individualizzatorio*, cioè ogni processo tendente ad astrarre e sottrarre le singole individualità dall’ordinatissimo tessuto relazionale offerto dalla natura e soprattutto dalla storia, e in cui ciascun individuo si trova situato e con cui è chiamato a fare i conti. Ciò appare nitido in ogni sua filiazione, cominciando dalla elaborazione filosofica d’una teoria della conoscenza, per arrivare alla edificazione d’una dottrina politica e d’una costruzione politica, alla concezione e strutturazione d’un ordine giuridico.

Al cuore della riflessione filosofica medievale è giusto scorgervi la grande disputa sugli universali: soltanto a un osservatore superficiale inguaribilmente malato di modernità essa potrebbe apparire come un tornear di sofismi, perché è lì invece in gioco qualcosa di vitale e di essenziale, e cioè l’affermazione di un mondo di generi, di specie, di relazioni, di stati, un ordine insomma, che si affianca *realissimo* al mondo delle semplici concretezze individue, costituendo un insostituibile tramite e filtro di mediazione tra le due entità deboli dell’osservatore individuale e dell’oggetto individuale. Nelle trame della disputa i realisti furono la voce genuina d’una mentalità autenticamente medievale contro quei precorrittori del moderno che pretendevan di relegare tra le qualificazioni meramente nominali le realtà relazionali liberando le individualità da quell’irretimento condizionante rappresentato dalla necessaria mediazione degli universali.

(9) *Summa Theologica*, I IIae, q. 17, art. 1.

È l'identica mentalità che, a livello socio-politico-giuridico, assume a suo perno prevalente più il rapporto tra soggetti, più quel complesso di rapporti colleganti e leganti che è la comunità, anziché i soggetti presi nella loro singolarità. E l'universo sociale è un intreccio ordinato anche se complesso di gruppi più o meno ampi, e l'universo politico è un ordinatissimo concorso di comunità, da quella ecumenica (che ricomprende l'intero genere umano) a quella spazialmente temporalmente funzionalmente minima come il più esiguo dei comuni rurali.

Ma si ha sempre il medesimo auspicato risultato: l'esigenza di non astrarre una individualità solitaria — sia essa il soggetto della vita quotidiana, sia essa il soggetto politico — ma di immergerla e quasi di confinarla ben all'interno di un protettivo e salvante tessuto relazionale, in un ordine estremamente complesso che è, di per sé, un valore da conservare e incentivare.

Si staglia chiaro il primato della comunità e, dietro, una psicologia collettiva di sfiducia nel singolo e di pieno affidamento nella realtà coesiva integratrice salvatrice di ogni formazione sociale, realtà — in quanto tale — assai più perfetta rispetto alle intrinseche debolezze di quello. Come si diceva all'inizio, ripugna ogni processo individualizzatorio sia a livello puramente sociale che politico.

È per questo che si può — conclusione solo illusoriamente paradossale — rilevare in quest'assetto di civiltà l'assenza dell'individuo-persona e dello Stato: certo che il mondo medievale è popolato di persone operanti e parimenti certo che si articola in multiformi organismi politici, ma quelle e questi sono sempre còlti e immobilizzati al centro di un tessuto di relazioni. È l'indipendenza, è la libertà del soggetto che vengono ad attenuarsi, il quale non è mai sorpreso nella sua individualità solitaria ma come capo di un rapporto.

Ed è protagonista non l'individuo, ma la relazione; è protagonista quel nodo di relazioni che è la comunità, ogni comunità, ogni formazione sociale grande o piccola. L'individuo persona fisica, così come siamo abituati a pensarlo e a viverlo noi moderni quale microcosmo cui fan capo, per virtù e potenzialità sue intrinseche, facoltà e poteri, è senz'altro un futuribile; come è un futuribile il protagonista del diritto civile moderno, il soggetto astratto e unitario, unitario perché astratto, non uomo in carne ed ossa ma un modello prelevato dal deposito statuario del diritto naturale e perciò entità metastorica.

Il soggetto medievale è invece immerso nel sociale e nelle sue manifestazioni comunitarie, allo stesso tempo pupillo e vittima d'un ordine sovrastante. La società intermedia (sia essa la famiglia, l'aggregato soprafamiliare, la corporazione di arti e mestieri, la comunità politica, la comunità religiosa) socializza e storicizza il soggetto, lo incarna, lo intende lo riconosce lo rispetta nelle sue vistose disuguaglianze, lo fa cioè contadino o mercante, nobile o plebeo, ricco o povero, sapiente o ignorante. In essa è l'inserimento nel contesto ordinato che conta, e il soggetto si presenta come posizione e rapporto, sempre pensato accanto a un altro che lo sovrasta, che gli sottostà, che gli vive accanto, non in situazione di isolamento e di indipendenza ma in relazione a. È l'idea di rapporto giuridico che sta alla base del diritto medievale, mentre un futuribile appare l'idea di diritto soggettivo se lo si disegna, così come nell'individualismo moderno, come un potere connesso alla (e derivante dalla) volontà di un individuo fisico ⁽¹⁰⁾.

La stessa nozione di libertà, che, già negli incunaboli del moderno, si origina dall'interno del soggetto, è legata unicamente alla sua volontà ed è pertanto il segno e il presidio della sua assoluta indipendenza, è avvertita quale situazione relazionale. Si viene ad intensificare il riguardo relazionale-sociale della libertà, che troviamo già perfettamente colto in un classico testo di Aristotele ⁽¹¹⁾. Nessun contenuto assoluto a questa libertà ma una situazione perennemente confrontata con (e condizionata a) gli altri; e non già *la* libertà, un singolare assolutizzante che ben si conviene a quell'assoluto che sarà il soggetto moderno di diritto, ma tante *libertates* originarie non dalle potenzialità irresistibili di quello, e quindi assolute perché generate e fondate nella sfera etica dell'*interior homo*, ma da questa o quella situazione storica, cioè dai diversi contesti esistenziali in cui egli viene a trovarsi nella propria umana vicenda.

È perfettamente identico il discorso che si deve tenere per il

⁽¹⁰⁾ È un merito indubbio di Michel VILLEY di averlo sottolineato (vedi — riassuntivamente — M.V., *La formazione del pensiero giuridico moderno*, trad. ital., Milano, Jaca Book, 1986, passim ma soprattutto p. 203 ss.), anche se non tutto sembra accettabile in una impostazione troppo rigida e unilaterale.

⁽¹¹⁾ *Etica Nicomachea*, I, 7, 1097 b.

soggetto politico Stato. Lo Stato — inteso, ovviamente, non in una inconcludente accezione generica, bensì in quella manifestazione di potere compiuto di cui si parlava all'inizio — è un assoluto e si propone, da un lato, come rottura del vecchio universalismo politico, dall'altro, come superamento del vecchio comunitarismo. Nella visione corporativa medievale, ogni comunità si prospetta nella sua autonomia, precisando che autonomia è nozione relativa, è indipendenza relativa, è posizione di un ente pensato e risolto in un contesto più ampio e necessariamente condizionato nell'inevitabile rapporto con l'alterità ⁽¹²⁾. La comunità Stato, così come sorge sempre più virulenta dal Trecento in poi, è creatura insulare, rifiuta i condizionamenti che possano provenire da comunità superiori o contigue, sopprime (o tende a sopprimere) le manifestazioni sociali al suo interno, preferendo dialogare con l'individuo solitario. Lo Stato è l'esito più vistoso e corposo di un processo di individualizzazione a livello politico; è l'abbandono e il superamento di una civiltà di autonomie, per avviare l'edificazione di una civiltà di sovranità, di tante sovranità, ciascuna delle quali è intesa come indipendenza assoluta, assoluta cioè nel significato etimologico di sciolta (*ab-soluta*) da ogni possibile mortificazione da legami. È l'assolutezza che contrassegna lo Stato e la sua sovranità, e ne marca la differenza con la relatività delle autonomie medievali. Stato e sovranità sono creature estranee non solo alla prassi politica ma soprattutto all'ideario del medioevo; sono in quella civiltà creature impensabili.

Con una necessaria precisazione terminologica che riguarda l'ambiguo vocabolo 'sovranità'. Infatti, non è ambiguo il nome 'Stato', giacché il lessico medievale lo usa in un senso che è capitalmente diverso da quello che prenderà campo nell'universo moderno fino a noi. È ambiguo invece il termine sovranità, giacché è adope-

(12) Su questa basilare nozione di autonomia abbiamo recentemente richiamato l'attenzione sia ne *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 29 ss., sia nel saggio (che sviluppa su un piano dommatico la tesi di fondo del volume): *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 25 (1996) e, in lingua tedesca, in *Staat, Politik, Verwaltung in Europa-Gedächtnisschrift für Roman Schnur*, Berlin, Duncker u. Humblot, 1997.

rato normalmente nel diritto feudale per designare una posizione di superiorità, con una evocazione che potrebbe confondere un osservatore disattento e fargli pensare a qualcosa di più di una mera continuità terminologica. E la necessaria precisazione è la seguente: sovranità (*souveraineté*) è, nel diritto feudale, una tipica posizione di relazione, descrive una situazione di autonomia, cioè relativa, con uno stacco concettuale nettissimo rispetto a quanto, per esempio, Bodin intenderà come *souveraineté*.

Aggiungiamo altra precisazione di diversa indole: il mondo storico ha sempre esigenza di un punto fermo stabilissimo cui vincolare e fissare la relatività della storia, cioè del sociale, del politico, dell'economico; ed è un'esigenza sentitissima anche nella civiltà medievale, solo che essa lo trova e lo identifica al di sopra della storia nella sovranità d'Iddio, un Dio persona, padre e padrone del mondo. Il nuovo mondo secolarizzato, o in via di secolarizzazione, con una idea di divinità panteisticamente sempre più vaga, non potrà che cercare e trovare la sovranità nel mondo, nelle mani del nuovo Principe, all'interno del nuovo organismo politico diventato ormai il soggetto specifico Stato.

4. Raccogliamo i punti fermi del discorso svolto sino a questo momento: nella civiltà medievale l'ordine giuridico è, fatte salve alcune zone delicate connesse al governo della cosa pubblica, una realtà ontica, scritta nella natura delle cose, realtà squisitamente *radicale* perché rigogliante alle radici d'una società e perciò immedesimata col costume, coi fatti tipizzanti che danno il volto peculiare a una civiltà storica; certamente, per questo, si presenta sempre all'insegna della complessità; realtà — e qui tocchiamo il nerbo del nostro tema congressuale — che nasce vive prospera si trasforma fuori delle spire del potere politico, il quale, in grazia della sua incompiutezza, non ha eccessive pretese, rispetta il pluralismo giuridico, rispetta il concorso di forze che lo provocano. Dimensione storica autenticamente medievale questa della relativa indifferenza del Principe verso il diritto ma che, per l'inerzia che è spesso componente primaria dei teatri storici, giunge — anche se discussa contestata erosa — sino ai grandi rivolgimenti politici e giuridici della fine del secolo XVIII; un sensibile e colto civilista italiano ha

potuto, a ragione, parlare d'una 'estrastatualità del diritto civile' fino alle grandi codificazioni ottocentesche (13).

Abbiam detto: discussa contestata erosa; ed è così. L'itinerario che sboccherà in quella visione nuova del rapporto fra potere politico e ordine giuridico che, nel suo perfetto capovolgimento rispetto alle soluzioni medievali, costituirà l'archetipo moderno, è una strada lunga e accidentata, lunga di quasi cinque secoli dove novità arroganti si mescolano con le resistenze cospicue d'un ordine che era riuscito a connaturarsi con le nervature più riposte della società. Seguire sommariamente un simile itinerario è quanto ci proponiamo ora di fare.

Le origini del 'moderno' sono rintracciabili per il politologo e per il giurista all'interno di un secolo che al puro cronologo appare riposare nel pieno medioevo. È infatti nel Trecento che un processo prende l'avvio e che la vecchia *tranquillitas ordinis* riceve i primi scossoni esiziali. È un secolo tormentato, che rivela allo storico una duplice congiunta crisi di strutture e di idealità. Crisi demografica, abbandoni di terre, carestie e una fame sempre più diffusa minano alla base l'edificio secolare lentissimamente costruito, mentre crollano le vecchie certezze dominanti ed affiora e monta una psicologia collettiva di sfiducia: quell'edificio non è stato capace di garantire la sopravvivenza; si reclama un nuovo ordine socio-politico-giuridico, una rifondazione su nuove basi.

Sta qui la modernità del Trecento: nell'amaro accertamento di un naufragio, nella conseguente condanna dell'assetto tradizionale, nella voglia di nuovo che percorre l'intera società. Sotto accusa è proprio la scelta fondante che stava al cuore della civiltà medievale: il primato della comunità sul singolo, la comunità — ogni comunità — come cellula portante e protagonista del sociale, la percezione della società come fatto universale ma articolato in un numero sconfinato di organizzazioni sociali.

Il sentiero nuovo che si comincia a percorrere è la riscoperta dell'individuo, di ogni individuo, come valore di per sé. Il processo che viene messo in moto è un processo di sempre più decisa *individualizzazione*, e coinvolge ogni livello, da quello genericamente

(13) È Filippo VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile* (1951), ora in *Studi giuridici*, vol. III, tomo II, Milano, Giuffrè, 1960.

antropologico a quello più specificamente politico, dimostrando una congiunzione armonica delle più disparate dimensioni e segnalando così che una nuova civiltà si sta preparando.

Quello che abbiamo chiamato processo di individualizzazione doveva partire da una prima operazione imprescindibile: la liberazione della entità individuale dalle complicate incrostazioni comunitarie che la visione e la prassi medievali vi avevano consapevolmente depositato. Il primo segno del nuovo non poteva non consistere in questo movimento liberatorio; liberare ogni individuo dalla costrizione di quel complesso di relazioni in cui era fino ad allora pensato e, di fatto, immerso. La liberazione, insomma, consisteva nel reclamare per ogni entità individuale la sua capacità di estrazione e di astrazione dal sociale, la capacità di trovare in sé potenzialità e possibilità concrete di vita indipendente. Sincronicamente, si origina e si sviluppa uno di quei moti globali che investono tutte gli aspetti di una civiltà.

Il rivolgimento è percepibile chiaramente innanzi tutto a livello antropologico: al vecchio soggetto avvolto dalla natura e dalla storia, cui erano offerti prevalentemente strumenti conoscitivi — che lo proiettavano all'esterno perché tributarii dall'esterno — si tenta di sostituire un soggetto sempre più autosufficiente, cellula portante del nuovo ordine. La nuova gnoseologia ha ovviamente una risoluta impronta volontaristica, giacché la volontà — la più autonoma tra le forze psichiche del soggetto, perché trova all'interno di lui ogni possibile giustificazione — può efficacemente chiudere in sé il microcosmo e cementarlo verso l'esterno; né fa meraviglia che il volontarismo si sposi con il trionfo del nominalismo filosofico. La rete relazionale degli universali può ben essere ridotta a *flatus vocis*, giacché il singolo, ormai fiducioso in se stesso, è capace di un approccio diretto e immediato con le individualità a lui esterne. Si sfaldava come neve al sole quella ordinatissima impalcatura, che era stata, nel contempo, protettiva e soffocante.

A noi però interessa soprattutto il processo di individualizzazione così come si realizza a livello politico. Anche qui di liberazione si tratta, di scarnificazione dalle incrostazioni comunitarie: si tratta cioè di pensare e disegnare un nuovo soggetto politico, munirlo di una corazza che ne renda possibile la assoluta solitudine, sì che trovi soltanto in se stesso giustificazioni motivi finalità. Perfetta sintonia

con quanto a livello gnoseologico e genericamente antropologico si sta contemporaneamente svolgendo.

Se la sovranità medievale significava soltanto esser superiori rispetto ad un investito di poteri ma inferiori rispetto ad altro riservandosi la assolutezza delle potestà unicamente a quel sovrano metafisico che è il Dio della tradizione ebraico-cristiana, nel nuovo paesaggio politico prende sempre più forma un potere che serba ancora l'identico termine di sovranità ma depone quel contenuto relazionale e relativizzante ad esso connaturale nel vecchio assetto feudale. È un potere che si avvicina sempre più alla 'puissance absolüe et perpetuelle' teorizzata a fine Cinquecento nella 'Republique' di Bodin (14), ed è lo specchio di quel soggetto politico profondamente trasformato che è il nuovo Principe, un soggetto che non ama mortificazioni provenienti da realtà di questo mondo, che non è in dialogo con la natura e con la società, che non tollera di umiliarsi a semplice capo di un rapporto. Egli — individuo dalla assoluta insularità — tenderà a proiettare all'esterno una volontà perfettamente definita, che ha trovato già in lui ogni possibile giustificazione.

Circostanze notissime, appena meritevoli di essere segnalate. Degna invece di segnalazione è la connessione nuova fra questo Principe e la dimensione giuridica: lentamente ma incessantemente, alla vecchia psicologia di indifferenza verso larghe zone del giuridico si sostituisce una psicologia di occhiuta attenzione, un atteggiamento invadente, un coinvolgimento sempre maggiore nella produzione del diritto. Tutto questo, ben inserito all'interno di una visione del potere politico quale potestà onnicomprensiva, potestà sempre più compiuta. Inizia una lunga strada che vedrà il Principe su una battagliera trincea contro ogni forma di pluralismo sociale e di pluralismo giuridico.

È un processo scopertamente tangibile in quel regno di Francia che è, per il politologo e per il giurista, lo straordinario laboratorio storico in cui il moderno prende dapprima un suo volto più determinato e sempre più se ne incrementano i tratti. La storia della monarchia francese dal Dugento al Settecento è la storia di una sempre più intensa presa di coscienza da parte del Principe, della sua sempre

(14) Jean BODIN, *Les six livres de la Republique*, Aalen, Scientia, 1977 (rist. anast.), p. 122.

più precisa percezione della essenzialità del diritto nell'ambito del progetto statale, della esigenza sempre più sentita di proporsi come legislatore. Anzi, di cogliere nella produzione di norme autoritarie l'emblema e il nerbo della regalità e della sovranità.

Può essere rivelatore seguire la linea di sviluppo della politica del diritto della Monarchia avendo una attenzione puntuale al rapporto fra Sovrano e complesso consuetudinario, fra *ordonnance* regia e *coutume* tradizionale.

Alla grande piattaforma *coutumière*, vera fucina giuridica per buona parte della Francia centro-settentrionale, il Re ha creduto di dover guardare fin dai tempi di Filippo Augusto, con uno spazio sempre maggiore che viene eroso alla potestà produttiva di comunità e corporazioni. La linea di sviluppo corre nitida nei secoli tardo-medievali e proto-moderni: dapprima, il Re si occuperà di far redigere per iscritto le consuetudini con pesanti ingerenze del potere centrale, poi pretenderà che siano redatte nella lingua nazionale e non più nella ormai aliena lingua latina, nello stesso tempo prenderà sempre più campo la normazione diretta del Principe, sempre più addentrantesi in zone ritenute per l'innanzi precluse, finalmente — e siamo a fine Seicento — gli atti di normazione sparsa divengono un tessuto normativo ben programmato, sorretto da un approccio organico nella disciplina di rilevanti settori dell'esperienza giuridica, che tende ormai a sostituirsi monocraticamente al vecchio pluralismo di fonti.

Campeggia il protagonismo della legge, intesa non più nella accezione vaga della *lex* di San Tommaso inclinante a sfumarsi nello *ius*, ma nel significato strettissimo della *loy*, legge in senso moderno, volizione autoritaria del detentore della nuova sovranità e caratterizzata dagli attributi della generalità e della rigidità.

Ma un altro discrimine mette conto di sottolineare fra la *lex* dei medievali e la *loy* dei moderni: quanto la prima era contrassegnata da ben stabiliti contenuti e ben stabilite finalità — la ragionevolezza, il bene comune —, tanto la seconda si propone come realtà che non trova in un contenuto o in uno scopo né il suo significato né la sua legittimazione sociale.

Forse nessuno meglio di quello spietato ma acutissimo osservatore di sé e del mondo che fu Michel de Montaigne ha saputo esprimere questa verità elementare:

« les loix se maintiennent en credit, non par ce qu'elles sont justes, mais par ce qu'elles sont loix. C'est le fondement mystique de leurs autorité; elles n'en ont point d'autre. Qui bien leur sert. Elles son souvent faictes par des sots... » (15).

Rincarando, qualche rigo sotto, la dose:

« quiconque leur obeyt par ce qu'elles sont justes, ne leur obeyt pas justement par où il doit »,

e disincagliando, in maniera che a un moralista può sembrare impudente, il dovere di obbedienza del cittadino da qualsivoglia appiglio connesso al contenuto della norma (16).

La visione pessimistica che il giurista (17) Montaigne contempla con i suoi occhi venati di un corrosivo scetticismo (e che coinvolge anche lo stesso patrimonio del diritto consuetudinario (18)) si traduce in una diagnosi puntuale di che cosa sia diventata la *loy* in Francia nella seconda metà del Cinquecento: una norma che si autolegittima come legge, cioè come volizione di un soggetto sovrano. L'organismo politico, ormai assestatosi in una robusta — sempre più robusta — struttura autenticamente statuale, ha necessità di uno strumento normativo capace di contenere il fenomeno giuridico e di vincolarlo strettamente al detentore del potere, strumento indiscutibile e incontrollabile, che permetta di sbarazzarsi

(15) *Essais*, livre III, chap. XIII.

(16) Mi piace — in questa sede — rilevare come questo testo eloquente abbia attratto, sia pure per altri scopi, la attenzione di Anna Maria Battista in quello che è uno dei suoi ultimi scritti, un saggio di ricapitolazione della sua lunga riflessione su Montaigne: *Nuove riflessioni su Montaigne politico* (1990), ora in *Politica e morale nella Francia dell'età moderna*, a cura di A.M. Lazzarino del Grosso, Genova, Name, 1998, p. 289.

(17) Com'è noto, Montaigne viene mandato da suo padre a studiare diritto a Tolosa; ricoprirà lungamente la carica di consigliere al Parlamento di Bordeaux.

(18) Il quale, malgrado il suo “doux et humble commencement...nous descouvre tantôt un furieux et tyrannique visage, contre lequel nous n'avons plus la liberté de hausser seulement les yeux” (*Essais*, livre I, chap. XXIII). ‘La coutume’, cui Montaigne dedica interamente un noto e rilevante capitolo degli ‘Essais’, quello or ora citato, ha per oggetto senza dubbio quanto i giuristi chiamano in senso stretto diritto consuetudinario, ma anche ogni spirale consuetudinaria che avvolge e soffoca l'azione individuale umana.

finalmente delle vecchie salvaguardie che parlavano, con un linguaggio sempre più irricevibile dalla Monarchia, di accettazione da parte del popolo o di organismi giudiziarii e corporativi.

La legge diventa una pura forma, cioè un atto senza contenuto, cioè — per spiegarci meglio — un atto cui non sarà mai un determinato contenuto a conferire il crisma della legalità, ma sempre e soltanto la provenienza dall'unico soggetto sovrano. Il quale si identifica sempre più in un legislatore, in un legislatore ingombrante, congiungendo strettissimamente la propria persona e la sua supremazia alla qualità della sua creatura normativa.

E nasce quella ipoteca pesante della civiltà giuridica moderna che è la mistica della legge, la mistica della legge in quanto legge, una eredità dell'assolutismo regio che la Rivoluzione accoglierà senza batter ciglio, intensificandola e irrigidendola rispetto alle sussistenti aperture dell'antico regime sotto l'ammantamento di simulacri democratici. E, in un clima di conquistata e ostentata secolarizzazione, sacra sarà la legge intrinsecamente ingiusta, e sacra sarà la legge redatta e promulgata da un sovrano sciocco, per far nostro l'esempio offerto dallo stesso Montaigne.

La voce dell'appartato osservatore guascone, registratore lucido del proprio tempo, non è solitaria, ma è descrittiva di una concezione circolante: di lì a poco, la riprenderà Charron facendone un perno della sua costruzione assolutistica⁽¹⁹⁾, e, in tutt'altro filone di pensiero, la ripeterà Pascal, sollecitato pure lui dalla stessa contemplazione realistica e pessimistica insieme del diritto positivo francese⁽²⁰⁾.

5. In quel lucido incunabolo del moderno che è Montaigne, in quegli ultimi scorci del Cinquecento brulicanti ancora di vecchie radicazioni ma gremiti di futuro, si sta maturando e definendo un nuovo assetto giuridico, maturando e definendo all'insegna d'un lento ma inarrestabile processo liberatorio.

⁽¹⁹⁾ Vedi i testi raccolti da Anna Maria BATTISTA, *Alle origini del pensiero politico libertino-Montaigne e Charron*, Milano, Giuffrè, 1966 (rist. 1989), pp. 183-84. In Charron il discorso è però stemperato dallo accomunamento che egli fa, sotto il profilo d'una obbedienza cieca, delle *loys* e delle *coustumes*.

⁽²⁰⁾ Basti rinviare ai testi sparsi elencati in VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 418.

Come sappiamo, si tratta di un duplice e congiunto processo individualizzatorio che concerne, a pari titolo, sia il soggetto privato, sia il soggetto politico: il primo viene estratto e astratto dal sociale, che, solo, sembrava garantirgli presenza e sopravvivenza; il secondo è una sostanza tutta nuova che nasce dalle ceneri del vecchio ordine politico e che, seppellendolo senza rimpianti, a questo vuole interamente sostituirsi. Individuo e Stato saranno, d'ora in avanti, i due soggetti protagonisti, e saranno — nella coscienza collettiva — il frutto d'una liberazione.

Il millennio medievale, inteso come un complesso — anzi, complicatissimo — ordito intessuto di sedimentazioni storiche sociali istituzionali, aveva soffocato la vitalità delle due autentiche realtà originarie, le aveva umiliate ma anche contaminate e deformate. Il moderno, se voleva costituire un passo innanzi, non poteva proporsi come revisione e riforma del vecchio, con esso in una qualche continuità. Occorreva una rifondazione, che, partendo dalla contemplazione impietosa degli antichi malfatti, forgiasse un progetto pienamente nuovo, tanto nuovo da poter cacciar via dalle sue articolazioni quelle sedimentazioni storiche sociali istituzionali che avevan costituito il fardello più grave e l'impedimento paralizzante per ogni individualizzazione affrancatrice.

Il disegno ancora vago e malcerto che si intuisce già nei testi umanistici, che si compone nelle meditazioni di un Montaigne e nella sistemazione di un Bodin, troverà — più che una corroborazione — un volto nuovo dal taglio straordinariamente incisivo e persuasivo nel grande progetto giusnaturalistico che affaticherà di lì a poco due secoli intieri.

Un progetto — perché dell'impresa progettuale serba il carattere indubbio di struttura pensatissima —, ma anche una strategia — perché non nasconde la sua tensione a irretire la concretezza della vita quotidiana e a farsi prassi ⁽²¹⁾; progetto e strategia che si presentano agli occhi dello storico del diritto soprattutto nell'aspetto

(21) Su altro piano ma in un ordine di idee non dissimile dal nostro parla acutamente di "uso strategico dell'idea di stato di natura" Giuseppe DUSO nella pregevole *Introduzione: Patto sociale e forma politica* preposta al volume collettaneo dallo stesso Duso coordinato: *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Bologna, Il Mulino, 1987.

di un tentativo — ammirevole nella sua perspicuità — di identificare storia, società, istituzioni come artifici opprimenti e di cominciare a costruire *più in là*, in un terreno sgombro da ipoteche, dove l'individuo privato e l'individuo politico si potessero finalmente stagliare nella loro netta individualità.

Il programma sembrava essere: astrarre e semplificare; lo strumento: una massiccia destoricizzazione e, conseguentemente, desocializzazione; il risultato: un palcoscenico storico ridotto a due sole individuazioni forti.

Per lo storico del diritto ci si inoltra sempre più in un nuovo ordine contrassegnato da un individualismo statalistico e da uno statalismo individualistico. Può sembrare un gioco di parole, e qualcuno può anche arricciare il naso credendo di rilevarvi una incoerenza di fondo. È la suprema antinomia che campeggia e domina in questi primi secoli di modernità e che vede riuniti in uno stesso progetto l'irrobustimento congiunto di individuo solitario e di Stato, che vede il prossimo culto del diritto positivo e l'ormai prossimo positivismo giuridico nascere e svilupparsi da premesse giusnaturalistiche. Se si scava appena un pò al di sotto della superficie, l'apparente antinomia diventa coerenza, compatta coerenza almeno nella lucidità e, se si vuole, anche disinvoltura della strategia adottata.

La richiesta del nuovo soggetto privato — sempre più coincidente con un *homo oeconomicus* — è di vedersi tolto di dosso il vecchio e ormai insopportabile tessuto di relazioni religiose economiche sociali, di *status*, di rapporti cetuali; è di vedersi riconosciuta una libertà che non è più relazione ma facoltà e potere; è di poter fare i conti solo con se stesso e con la propria volontà dominativa e appropriativa.

Ci si consenta di attardarci un momento su questa inaugurazione d'una modernità ormai compiuta quale ci appare nei programmi giusnaturalistici sei-settecenteschi, per tornare subito dopo, ma con maggiore consapevolezza, al nostro tema specifico. Parlavamo, un momento fa, di un vistoso risultato della straordinaria operazione che è teoretica ma che pretende di tradursi quanto prima in prassi politica: il palcoscenico storico ridotto a due protagonisti, l'individuo e lo Stato, l'uno e l'altro frutto di uno stesso processo, l'uno e l'altro alleati in una stessa guerra vitale contro le vecchie ideologia e prassi corporative.

La strategia giusnaturalistica li ha liberati dalle stratificazioni storico-sociali proiettandoli in una pre-storia dove avevano ritrovato una 'naturalità' perduta negli artifici escogitati dalla avveduta strategia clerico-corporativa. La storia, le invenzioni sociali, le invenzioni giuridiche vengono dopo. Individuo e Stato non nascono dal sociale, sono piuttosto contaminati sformati traditi dal sociale.

Il nuovo ordine non potrà non cominciare che da (e fondarsi su) un recupero di originarietà. Ovviamente, una originarietà pensata e costruita allo scrittoio del filosofo, del politologo, del giuspubblicista, come non può non essere l'oggetto di una strategia che è prima di tutto progetto teorico ed in quello reperisce il proprio sostegno durevole; perciò — è appena il caso di dirlo — una originarietà non meno artefatta delle socializzazioni medievali. L'individuo non è più un uomo in carne ed ossa, non è più ricco o povero, sapiente o ignorante, nobile o plebeo, contadino o mercante; è invece un soggetto assoluto, cioè sciolto da relazioni umilianti, cui ripugna in genere il rapporto, che ama identificare la propria essenza nella sua dimensione volitiva e che ama proporsi libero e indipendente da ciascun altro, anche se a ciascun altro uguale.

Nella modellizzazione del moderno che Hobbes farà, la libertà è strettamente legata alla volontà ⁽²²⁾ ed è quindi soprattutto insularità del singolo, mentre l'uguaglianza sarà l'unico canone di misura ⁽²³⁾ capovolgendo i fondamenti della polis antica e della comunità politica medievale che di disuguaglianze si nutrivano e vivevano ⁽²⁴⁾. Un simile individuo unitario ed astratto — per noi giuristi il soggetto di diritto

⁽²²⁾ *Leviatano* (trad. G. Micheli, Firenze, La Nuova Italia, 1976), cap. XXI, pp. 205-6: "un uomo libero è colui che, in quelle cose che con la sua forza e il suo ingegno è in grado di fare, non viene ostacolato nel fare quanto ha la volontà di fare". Sulla palingenesi moderna del soggetto sono da leggersi con gran profitto le pagine di Carlo GALLI, *La 'macchina della modernità'. Metafisica e contingenza nel moderno pensiero politico*, in *Logiche e crisi della modernità*, a cura di C. Galli, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 83 s.

⁽²³⁾ Vedi i più significativi testi hobbesiani in Alessandro BIRAL, *Per una storia della sovranità*, in *Filosofia politica*, V (1991), un ampio saggio che si raccomanda per acutezza e lucidità di diagnosi (e dove, pertanto, appaiono perdonabilissime alcune lievi disinvolture filologiche).

⁽²⁴⁾ Aristotele non aveva forse insegnato che non si costituisce una polis di elementi uguali? (*Politica*, II, 1261, a, 22-24).

civile protagonista dei futuri Codici, il soggetto che, a differenza di quello medievale, troverà a lui congeniale lo strumento di difesa e di offesa del diritto soggettivo (primo fra tutti il diritto di proprietà) —, un modello di uomo più che un uomo carnale, libero ma insulare, è creatura fragile appena che lo si trasporta fuori dallo scenario prefabbricato della rappresentazione giusnaturalista, dove gli attori sono molto simili ai pastorelli incipriati e imparruccati dei dipinti di Watteau.

Il processo di liberazione dell'individuo fisico ne postula un secondo, a livello politico, quale necessario e ineliminabile supporto. Il primo può dirsi effettivamente riuscito soltanto se — grazie al secondo — si giunge al risultato di impedire la riemersione dei sempre possibili rigurgiti corporativi della società. Dallo stato di natura erompe un altro soggetto originario, che non è figlio del sociale, che non è compromesso e condizionato nel sociale, che, anzi, deve esser munito di tutti gli attributi per contenerlo e ridurlo ad obbedienza.

Lo Stato, che è sovrano, che è dotato di forza irresistibile, ha un compito fondamentale: falciare alle radici la mala pianta della vecchia complessità, sopprimere le comunità intermedie, eliminare le disuguaglianze, realizzare l'uguaglianza, restituire al singolo privato e conservargli una sfera di libertà dipendente unicamente dalla sua volontà.

È una necessaria dialettica di contrarii che si afferma: il microcosmo, che voglia garantita la propria privatezza, non può che presupporre un macrocosmo contrassegnato dalla politicità più intensa, e ad esso affidarsi. Il fronte su cui si trovano individuo e Stato è forzatamente il medesimo, perché sia per l'uno che per l'altro è uno solo il nemico da battere. Per lo storico del diritto ci si avvia su un terreno storicamente nuovo dove le dimensioni pubblico-privato tornano a stagliarsi con inconfondibile nettezza di confini e dove comincia a stagliarsi netto anche il primato ovvio del 'privato', in un paesaggio giuridico assolutamente semplice dove i protagonisti sono ridotti a due, un soggetto politico che è ormai Stato nella pienezza e specificità del concetto, un privato che ha per natura una sua sfera di libertà. La antinomia teorica si compone e si supera nella comune strategia.

Il processo di produzione del diritto ne è intimamente segnato

o — direi — sfigurato: se prima era collegato alla complessità del sociale e svincolato dal potere politico contingente, ora il rapporto è capovolto venendo sottratto alle spire complicate e incontrollabili di una società dalle mille teste e confidato a una volontà unitaria, chiara, certa.

Il sentimento intricato — fatto, insieme, di rispetto e di insofferenza — che è rilevabile in una testimonianza di transizione come quella di Montaigne, diviene, nella voce di Hobbes dal timbro squisitamente moderno, rifiuto e disprezzo per una realtà dominata da forze oscure (oscuere perché irrazionali) eppur così condizionante per scelte puramente razionali. Significativa in lui inglese la condanna dell'istituto del *precedente* — “come barbaramente lo chiamano i legulei”, si sfoga con rabbia il filosofo ⁽²⁵⁾ — individuato quale ipoteca pesante del passato su un presente che vuol costruire liberamente se stesso.

Il vecchio sovrapporsi e integrarsi di fonti — leggi, consuetudini, opinioni dottrinali, giudicati, prassi — cede il passo alla fonte unica immedesimata nella volontà del Principe, l'unico personaggio al di sopra delle passioni e delle partigianerie, l'unico capace di leggere il libro della natura e tradurlo in norme, l'unico — aggiungo — che sia in grado — come soggetto forte — di liberarsi con una scrollata del groviglio inestricabile ma spesso anche irrazionale di usi e costumanze.

Al vecchio pluralismo si va sostituendo un rigido monismo: i legami fra diritto e società, fra diritto e fatti economico-sociali emergenti, viene resecato, mentre si opera una sorta di canalizzazione obbligata. Il canale scorre ovviamente tra i fatti, ma vi scorre in mezzo a due argini alti e impenetrabili: politicizzazione (in senso stretto) e formalizzazione della dimensione giuridica sono il risultato più impressionante ma anche più corposo.

Il diritto si è ormai contratto nella legge: un sistema di regole autoritarie, di comandi pensati e voluti astratti e inelastici, insindacabili nel loro contenuto giacché non dalla qualità di esso ma dalla qualità del soggetto legislatore traggono la propria autorità. Tra poco, alla strategia dello stato di natura, un'altra assai più impegna-

⁽²⁵⁾ *Leviatano*, I, XI, p. 99.

tiva si sarebbe aggiunta nel clima pre-rivoluzionario e rivoluzionario, e cioè la strategia cosiddetta democratica, ossia la coincidenza fra volontà legislativa e volontà generale. In pieno secolarismo, il risultato paradossale è il perfetto compimento della mistica della legge, così acutamente percepita da Montaigne. Se parecchi altari ecclesiastici saranno accuratamente sconsecrati, altrettanti — e profani — saranno invece eretti e consacrati al culto della legge insieme alla teorizzazione di una vera e propria mitologia giuridica (mitologia, perché troppo spesso sorretta da una accettazione sostanzialmente acritica, o, il che è lo stesso, ideologicamente motivata).

Tanto per mantenerci nel laboratorio storico da noi assunto a paradigma, la Francia, siamo ormai alle soglie della codificazione generale, che avrà inizio proprio dalla zona tradizionalmente riservata in guisa gelosissima ai privati, e cioè dai rapporti civili. È stato percorso un lungo tratto — quantitativamente ma soprattutto qualitativamente — del filo continuo che collega l'ordinanza di Montilsles-Tours — prima cospicua presa di coscienza da parte della Monarchia dell'enorme rilievo per il progrediente Stato francese del problema della produzione del diritto —, e il Codice civile napoleonico, il padre e modello di tutti i Codici a venire.

6. Lo storico attento percepisce la continuità di quel filo, ma non può non riscontrare la lentezza con cui il processo si sviluppa, e anche i molti intoppi che lungo il suo svolgersi si frappongono. Non dimentichiamoci mai — io l'ho sottolineato in un mio recente lavoro di sintesi sull'ordine giuridico medievale — che la civiltà spicciatamente liquidata dalla acredine umanistica come *media aetas*, età di mezzo, interludio insignificante o — peggio ancora — negativo fra due età storicamente creative, ha la possibilità di svolgersi per un intero millennio, di mettere radici profondissime, di diventare — grazie anche all'ausilio della Chiesa — costume e mentalità, di forgiare la coscienza collettiva e una cultura appropriata a quella coscienza. Precisamente perché diventata ossatura dell'organismo sociale, i suoi valori non potranno essere frettolosamente cancellati, necessariamente il consolidarsi del nuovo sarà lento ma anche faticoso.

Ce ne offre testimonianza proprio quel Cinquecento francese così fertile e gremito di novità. Un crocevia storico, dove nuove

figure prendono forma, nuove sensibilità affiorano e si mescolano col vecchio. Bodin, personaggio fra i più scandagliati negli ultimi decenni, offre allo storico del diritto — cioè a chi può operare una mirata lettura giuridica di pagine scritte da chi una formazione giuridica possedeva — qualche primizia che non mi sembra abbia finora riscosso tutta l'attenzione che invece meritava.

Si tratta di un testo — a mio avviso, di grosso rilievo sul piano storico-giuridico —, collocato nel capitolo centrale del libro primo della 'Republique' sulla sovranità:

« il y a bien difference entre le droit et la loy; l'un n'emporte rien que l'equité; la loy emporte commandement du souverain usant de sa puissance » (26).

È noto come e quanto nei recenti numerosi scandagli, volta a volta, Bodin si sia visto collocare nel più pieno emisfero moderno o abbia subito analisi che ne esaltavano invece le venature medievali. Il nostro testo è la conferma non suscettibile di dubbio che Bodin è il simbolo fedele del processo di rinnovamento con il suo cammino faticoso e che il secolo sedicesimo è anche, è ancora, nella pur lanciata Francia, un crocevia di presagi e di resistenze.

Questo dice a chiare note la contrapposizione fra *droit* e *loy* che Bodin ci propone. In essa il giurista, l'avvocato immerso in una prassi giuridica per buona parte ancora intrisa di passato, fa sua quella che era stata una delle certezze più profonde del diritto medievale, e cioè che il diritto è realtà ben diversa dalla legge del Principe, che questa non esaurisce affatto la dimensione della giuridicità, la quale — essendo una dimensione ordinativa — non è riducibile in una serie di comandi degli investiti del potere.

Leggere questo nella frase bodiniana non significa lasciarsi irretire da "postulazioni di continuità" quale frutto di "medioevofilia ideologica" (27), ma constatare che il processo di semplifica-

(26) *Les six livres de la Republique*, lib. I, cap. VIII *De la souveraineté*.

(27) Come afferma in modo non sufficientemente meditato Tarello, con uno di quei giudizi intemperanti che non erano infrequenti in un pur notevole uomo di cultura (cfr. Giovanni TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 49, nota 7).

zione e di statalizzazione del diritto è, a fine Cinquecento, in Francia, tutt'altro che concluso e che la realtà giuridica appariva ancora all'avvocato di Laon all'insegna della complessità, una realtà a più strati dove — accanto alla statuizione regia connotata dal suo non essere un certo contenuto ma dal suo essere comando e soltanto comando autoritario — c'era una piattaforma consuetudinaria interpretata da giuristi (maestri e pratici) dove regnava l'equità, cioè una misura di giustizia modellata sui fatti concreti e intrisa di quei fatti e dei loro contenuti.

Il processo storico francese è lento, lentissimo e faticoso. Per riprendere la dialettica di cui si fa portatore Bodin, è l'itinerario di un diritto che è sempre più *loy* e sempre meno *droit*, ma in cui il *droit* resiste, anzi palesa una capacità straordinaria di resistenza come ordinamento radicatissimo nella società.

Lo dimostra la storia legislativa francese, il sempre maggior martellare di interventi regii, di *ordonnances*, dalla *ordonnance* di Moulins del 1566, vigoroso tentativo del cancelliere Michel de l'Hôpital di rivendicare al Re quale sua specifica funzione la produzione giuridica ⁽²⁸⁾ al massiccio complesso legislativo colbertiano della fine del Seicento. Con una opportuna precisazione: si incide — anche con Colbert — sul terreno della procedura, del diritto penale, commerciale, marittimo, ma si lascia pressoché intatto il geloso territorio del diritto strettamente civile, un territorio difficile da scalfire e lasciato all'ordinamento tradizionale del 'droit'. Per avere — in questo campo — un piano abbastanza organico di interventi occorre attendere l'opera del cancelliere d'Aguesseau, ma siamo quasi alle porte della Rivoluzione ⁽²⁹⁾.

E si capisce la disarmata e desolata constatazione, che già in uno dei preamboli rivoluzionari, l'Assemblea dei Notabili del 1787, faceva il ministro Calonne:

⁽²⁸⁾ V. Diego QUAGLIONI, *I limiti della sovranità - Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova, Cedam, 1992, p. 78.

⁽²⁹⁾ Con interventi sulle donazioni (1731), sui testamenti (1735), sulle sostituzioni (1747) (cfr. i dati offerti da Jean-Louis HALPÉRIN, *Le Code Civil*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 5-6, un libriccino che vuol essere una iniziazione elementare ma che si segnala per chiarezza lucidità intelligenza critica, e di cui non si può che raccomandare la lettura.

« On ne peut faire un pas dans ce vaste royaume sans y trouver des lois différentes, des usages contraires, des privilèges, des exemptions, des affranchissements, des droits et des prétentions de toute espèce » ⁽³⁰⁾.

L'antico regime si porta dietro sino in fondo quel pluralismo giuridico di cui si era intessuto fin nelle midolla e che gli era connaturale. Non aveva torto Portalis, il 'legislatore', il protagonista della Codificazione napoleonica ma giurista educato giuridicamente nel clima prerivoluzionario — e quindi uomo di transizione e di spartiacque —, a rilevare nel suo 'Discours préliminaire' al progetto di Codice civile dell'anno IX (1801) che una codificazione unitaria sarebbe stata, più che impossibile, impensabile nell'*ancien régime* quando "la France n'était qu'une société de sociétés" ⁽³¹⁾.

Certamente, malgrado le difficoltà e le lentezze, l'esito è il Codice, è la riduzione perfino della augusta 'ragion civile' a *Code civil*. Lo Stato pretende d'essere il produttore unico del diritto per controllare interamente una dimensione ritenuta ormai vitale al potere politico e al suo compiuto esercizio. E la vecchia covigenza di fonti molteplici, in un panorama confuso ed incerto ma schiettamente pluralistico, diventa rapporto gerarchico con una assoluta primazia della legge e con una presunzione non smentibile a suo favore d'una perfetta coincidenza con la volontà generale.

È l'età dell'assolutismo giuridico, con un capovolgimento completo nella relazione fra potere politico e ordine giuridico. Ormai, la certezza elementare è che *prima del diritto c'è lo Stato*. Lo spigliato itinerario della modernità politica, grazie alla intensificazione del politico ottenuta con il súbdolo ma efficace strumento della strategia giusnaturalista, si era risolto, per la storia del diritto, nel chiuso positivismo giuridico di cui, malgrado il trascorrere del tempo, siamo ancora le vittime.

⁽³⁰⁾ V. la citazione in J.-M. CARBASSE, *Unité et diversité de l'ancienne France*, in *L'unité des principaux états européens à la veille de la Révolution*, a cura di P. Villard e J.-M. Carbasse, Paris, Univ. R. Descartes, 1992, p. 5.

⁽³¹⁾ Citazione in HALPÉRIN, *Le Code Civil*, cit. p. 19.

INDICE-SOMMARIO

<i>Nota prefazionale</i>	VII
------------------------------------	-----

ANCORA SULL'ASSOLUTISMO GIURIDICO (OSSIA: DELLA RICCHEZZA E DELLA LIBERTÀ DELLO STORICO DEL DIRITTO)

1. Assolutismo giuridico: un sintagma da chiarire.	1
2. Una ricchezza singolare: la libertà dello sguardo dello storico del diritto.	2
3. L'assolutismo giuridico moderno come eclisse del pluralismo.	3
4. Assolutismo giuridico: valenza 'costituzionale' del diritto privato, mito della legge, panlegalismo.	4
5. Assolutismo giuridico e complessità dell'ordine giuridico.	6
6. L'assolutismo giuridico e le sue incrinature.	10

EPICEDIO PER L'ASSOLUTISMO GIURIDICO (DIETRO GLI ATTI DI UN CONVEGNO MILANESE E ALLA RICERCA DI SEGNI)

1. Sulla insegna di un Incontro milanese e sui segni che ne emergono.	13
2. L'Incontro milanese fra i presagii di alcuni anni fertili.	14
3. Interpretazione ed esegesi.	25

INTERPRETAZIONE ED ESEGESI (ANNO 1890 - POLACCO versus SIMONCELLI)

1. Interpretazione ed esegesi.	33
2. I 'lavori preparatorii' della prelezione camerte di Vincenzo Simoncelli.	35
3. « Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile »: intuizioni, certezze, problemi di una singolare prelezione.	45
4. In particolare: della interpretazione fra diritto e legge.	50
5. In particolare: delle obbligazioni naturali come terreno di verifica nel tessuto dell'esperienza.	57
6. Vittorio Polacco: le premesse di una polemica.	59

- | | | |
|----|---|----|
| 7. | I contenuti di una polemica: la nozione di legge e quella di interpretazione. | 63 |
| 8. | I contenuti di una polemica: obbligazioni naturali e vita giuridica | 67 |

« IL CORAGGIO DELLA MODERAZIONE »
(SPECULARITÀ DELL'ITINERARIO RIFLESSIVO DI VITTORIO POLACCO)

- | | | |
|----|---|-----|
| 1. | I motivi di una rilettura di Vittorio Polacco. | 69 |
| 2. | Alcune costanti della riflessione polacchiana. | 71 |
| 3. | Le prelezioni degli anni Ottanta: linee di un « Corso di Istituzioni di diritto civile ». | 85 |
| 4. | Le prelezioni degli anni Ottanta: « la funzione sociale della legislazione civile ». | 90 |
| 5. | Lungo l'itinerario polacchiano: fra Ottocento e Novecento. | 98 |
| 6. | « Le cabale del mondo legale ». | 102 |
| 7. | « Di alcune deviazioni dal diritto comune ». | 115 |
| 8. | Anno 1918: « La scuola di diritto civile nell'ora presente ». | 122 |

ASSOLUTISMO GIURIDICO
E DIRITTO PRIVATO NEL SECOLO XIX 127

RIPENSARE GÉNY

- | | | |
|----|--|-----|
| 1. | Gény nel divenire del pensiero giuridico moderno. | 143 |
| 2. | L'assillo della scientificità: una palingenesi metodologica per il civilista. | 147 |
| 3. | Complessità del sociale e complessità del giuridico: insufficienza espressiva della legge scritta. | 157 |
| 4. | La rivincita dei fatti: oltre lo schermo delle fonti. | 164 |
| 5. | Dalla « interprétation des sources » alla « interprétation du droit » | 171 |
| 6. | La legge scritta nella coralità delle fonti: una operazione riduttiva. | 173 |
| 7. | Produzione e interpretazione del diritto: il ruolo del giurista-interprete nella visione pluralistica dell'ordine giuridico. | 181 |
| 8. | Il ruolo del giurista-interprete e la rinnovazione dell'ordinamento: il conio di nuovi strumenti giuridici. | 184 |
| 9. | Ripensare Gény. | 189 |

ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO
LUNGO L'ITINERARIO SCIENTIFICO DI RAYMOND SALEILLES

- | | | |
|----|--|-----|
| 1. | Un chiarimento preliminare. | 193 |
| 2. | Alla ricerca della identità di un civilista singolarissimo | 197 |
| 3. | L'insoddisfazione per la « grammatica » degli esegeti: recupero scientifico del « droit civil ». | 212 |

4.	Per il diritto come « science du dehors ».	225
5.	E per una rinnovata concezione della legge: dallo « esprit de norme juridique » allo « esprit de discipline juridique ».	232
6.	E per una demitizzazione del <i>Code civil</i>	247
7.	« La formation progressive de la vérité juridique »: per una rinnovata visione del modulo interpretativo.	249
8.	Costruzioni applicative: a) « de la cession de dettes »; b) « de la conception juridique de la copropriété afférente à la commandite »; c) « le risque professionnel dans le Code civil ».	256

SCIENZA GIURIDICA E LEGISLAZIONE
NELLA ESPERIENZA ATTUALE DEL DIRITTO

I.	L'esilio della scienza giuridica moderna	263
II.	La statualità del diritto moderno e i suoi molteplici costi.	264
III.	Extrastatualità del diritto privato, scienza giuridica e fondazione di un diritto comune europeo	269

UN DIRITTO SENZA STATO (LA NOZIONE DI AUTONOMIA
COME FONDAMENTO DELLA COSTITUZIONE GIURIDICA MEDIEVALE)

I.	La costituzione giuridica medievale e gli 'occhiali' dell'odierno storico del diritto.	275
II.	Storicità intensa di 'Stato' e 'sovranità' quali schemi ordinanti dell'universo giuridico moderno.	277
III.	Società, diritto, potere politico: tipicità dell'universo giuridico medievale.	284
IV.	La nozione di autonomia quale appropriato schema ordinante per la comprensione della costituzione giuridica medievale.	286

IL DISAGIO DI UN 'LEGISLATORE'
(FILIPPO VASSALLI E LE APORIE DELL'ASSOLUTISMO GIURIDICO)

1.	Per rileggere Vassalli sotto un profilo culturale.	293
2.	Un 'legislatore' suo malgrado.	295
3.	L'avvio di un itinerario: « Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato » (1919), ossia il diritto privato come diritto dei privati.	301
4.	Lo svolgimento di un itinerario; e una epifania significativa: « Arte e vita nel diritto civile » (1931).	305
5.	Il Codice civile tra ragionevolezza e transizione. La diagnosi serena di un 'codificatore'.	310
6.	« Esame di coscienza di un giurista europeo » (1951): legislazione e scienza giuridica verso un diritto uniforme	315

LE APORIE DELL'ASSOLUTISMO GIURIDICO
(RIPENSARE, OGGI, LA LEZIONE METODOLOGICA DI TULLIO ASCARELLI)

1.	L'opera di Tullio Ascarelli: una molteplicità di messaggi per il giurista di oggi.	323
2.	Ascarelli: un « viaggiatore giuridico ».	328
3.	Il « viaggiatore giuridico » e il primo nemico da battere: il provincialismo	331
4.	Percezioni ascarelliane: l'unità dell'esperienza giuridica	335
5.	Percezioni ascarelliane: la complessità dell'universo giuridico	340
6.	Percezioni ascarelliane: la complessità del mestiere di giurista	348
7.	Un messaggio forte: l'interpretazione all'interno del diritto; ovvero l'eresia giuridica di un giurista ortodosso	354
8.	Un messaggio forte: la dimensione essenzialmente « costituzionale » della interpretazione	365
9.	Un impegno per il giurista: contribuire alla costruzione del diritto.	368
10.	Scelte metodiche e invenzioni tecniche: in particolare (a) del « negozio indiretto » e (b) del « contratto plurilaterale »	373
11.	Un messaggio peculiare: storia del diritto e conoscenza giuridica.	380

ITINERARI DELL'ASSOLUTISMO GIURIDICO SALDEZZE E INCRINATURE
NELLE 'PARTI GENERALI' DI CHIRONI, COVIELLO E FERRARA

1.	Il laboratorio civilistico italiano di fine Ottocento	383
2.	Fondazioni giusnaturalistiche, formalismo e statalismo: l'antinomia del diritto civile italiano moderno.	385
3.	La civilistica italiana e la redazione di una « parte generale » del diritto civile	387
4.	Anno 1900: il « Trattato di diritto civile italiano » di Lando Landucci	394
5.	Anno 1904. Il « Trattato » di Gian Pietro Chironi: lo specchio di un personaggio ambiguo	398
6.	I lavori preparatorii del « Manuale » di Nicola Coviello: la formazione culturale del giovane civilista	409
7.	Anno 1910: la « parte generale » del « Manuale » covielliano.	418
8.	Lungo l'itinerario scientifico di Francesco Ferrara.	425
9.	Anno 1921: le « dottrine generali » del 'Trattato' ferrariano	432

MODERNITÀ POLITICA E ORDINE GIURIDICO	443
---	-----

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), 8°, 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°, p. 748

Vol. 16 (1987), - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

Vol. 20 (1991), - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588

Vol. 21 (1992), 8°, p. 750

Vol. 22 (1993), - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706

Vol. 23 (1994), 8°, p. 554

Vol. 24 (1995), 8°, p. 620

Vol. 25 (1996), 8°, p. 810

Vol. 26 (1997), 8°, p. 744

Vol. 27 (1998), (in corso di stampa)

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, SECULARIZZAZIONE 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
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87

- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO
TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755

- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Paolo Cappellini, L'INCERTEZZA DEL DIRITTO
Intelligenza di Lopez de Oñate alla luce degli inèditi
(in corso di stampa)
- 49 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 GIURISTI E LEGISLATORI
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO
(1998), 8°, p. X-474

L. 54.000 I.V.A. inclusa

2400-27

ISBN 88-14-07211-6



9 788814 072116