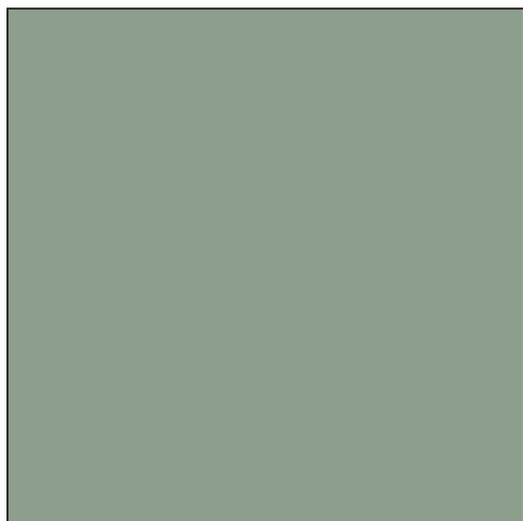


**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

70



PAOLO GROSSI

**SOCIETÀ,
DIRITTO,
STATO**

UN RECUPERO PER IL DIRITTO

giuffrè editore milano

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da BERNARDO SORDI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME SETTANTESIMO

PAOLO GROSSI

SOCIETÀ, DIRITTO, STATO

Un recupero per il diritto



Milano - Giuffrè Editore

ISBN 88-14-13366-2

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2006

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

*Alla Facoltà giuridica fiorentina,
alla quale ho sempre fedelmente voluto appartenere,
con sincera gratitudine,
nel momento dell'obbligato distacco*

« solo il movimento è reale, ma solo il riposo è percepibile »

H. SCHUCHARDT, *Brevier (Ein Vademecum der allgemeinen Sprachwissenschaft)*,
zusammengestellt und eingeleitet von L. Spitzer, Halle, 1928, p. 330

LE RAGIONI DI QUESTO LIBRO

1. Questo volume, profondamente unitario in grazia del messaggio che vuole trasmettere al lettore, è però una raccolta di scritti, quasi tutti di modeste proporzioni, redatti in tempi e circostanze diversi. E una domanda urge.

Perché raccogliarli? V'è, forse, un gesto di presunzione a sorreggere questa iniziativa? E ancora: perché scrittarelli di indole prevalentemente teorica, però progettati e redatti da chi, professionalmente, è uno storico del diritto? Pensa, forse, l'autore di proporre qui una sua filosofia?

Anche se un caro amico pisano — lui, sì, verace filosofo del diritto — sostiene con eccessiva generosità precisamente il contrario, io ho sempre ritenuto, con assoluta convinzione, di non avere talenti filosofici e, conseguentemente, non ho mai tentato di filosofeggiare, mèmore di una favola antica ridicolizzante un certo rospo velleitario. Credo che la mia 'Prima lezione di diritto' stia lì a dimostrarlo, non solo nei dichiarati intendimenti ma altresì nel suo effettivo svolgimento (1).

Come storico del diritto mi son sempre ritenuto un giurista, affermazione che può sorprendere per la sua ovvietà ma che appare opportuna di fronte allo spettacolo sconcertante di titolari italiani di cattedre storico-giuridiche sprovvisti della più elementare grammatica giuridica e inidonei al loro ruolo istituzionale. Tuttavia, come storico del diritto, — questo sì — ho sempre evitato, con ferma persuasione metodologica, di restare seppellito sotto date e dati respingendo quella che un illustre medievista bolognese qualifica come 'ateoreticità' di certa storiografia (2); e ho sempre considerato necessaria e provvi-

(1) Cfr. P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2006⁸.

(2) Cfr. O. CAPITANI, *Crisi epistemologica e crisi di identità: appunti sulla ateoreticità di una medievalistica*, ora in *Medioevo passato prossimo - Appunti storiografici: tra due guerre e molte crisi*, Bologna, Patron, 1979. Si veda anche, dello stesso Autore, la densa

denziale nello storico la capacità di intelaiature teoriche ordinanti e valorizzanti il mucchio incompsto di date e dati.

È per questo che non ho potuto fare a meno di occuparmi di problemi di teoria del diritto, consapevole di due esigenze culturali non facilmente congiungibili: non innalzare insensate barriere fra storia e teoria, ma evitare anche il rischio di un loro reciproco soffocamento.

Ecco, dunque, nella loro reale dimensione, gli scrittarelli qui offerti al lettore: nulla più che riflessioni su grossi problemi di cui si è sentito investito uno storico del diritto intensamente consapevole della dimensione squisitamente comparativa di ogni analisi storiografica e, quindi, della fruttuosità di una dialettica presente/passato tesa a restituire vigoria al presente e tipicità al passato.

2. Riflessioni, spezzoni di un itinerario riflessivo che l'autore ha percorso con fedeltà e disponibilità costanti ormai da parecchi decenni, almeno da quel mio lontano "Un altro modo di possedere", del 1977, i cui scavi preparatorii a larghissimo raggio mi proiettarono lo sguardo in un paesaggio storico-giuridico straordinariamente sollecitante sul piano culturale ⁽³⁾. Un itinerario riflessivo, nel cui progetto e nelle cui conclusioni sta un messaggio affrancatorio per il diritto: durante il corso della modernità lo abbiamo troppo sacrificato all'ombra pesante del potere politico, lo abbiamo *ridotto* in una misura che non gli è congeniale; si è dimenticato troppo la sua inabdicabile socialità e lo si è fatto specchio dello Stato, ossia di un apparato di potere.

Oggi che lo statalismo moderno è da tempo in crisi profonda, oggi che la dimensione economica sta prendendo il sopravvento su quella politica e che sempre più siamo chiamati a considerare un

Prefazione a P. COSTA, *Iurisdictio - Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale*, Milano, Giuffrè, 2002 (rist. della edizione 1969, arricchita da una mia nota introduttiva, da due prefazioni di Ovidio Capitani e di Bartolomé Clavero e da una post-fazione di Pietro Costa).

⁽³⁾ 'Un altro modo di possedere'. *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977. Può essere utile al lettore la rivisitazione che, di questo libro, ho recentemente compiuto su invito del compianto amico Federico Spantigati ('Un altro modo di possedere' rivisitato, in *Diritto romano attuale*, a. 2006, nonché in *Archivio Scialoja/Bolla*, a. 2006).

orizzonte globale e, insieme, virtuale; oggi che, come giuristi, stiamo contemplando (io con sincera soddisfazione) la erosione ogni giorno più squassante del massiccio sistema delle fonti edificato con pietra forte dai nostri padri ma simile ormai a un castello di sabbia; oggi noi dobbiamo prender coscienza che è giunta l'ora di un *recupero* per il diritto.

Oggi dobbiamo tener dietro e condiscendere a quella percezione tutta nuova (o almeno vecchia di pochi decenni) che identifica nel diritto, più che uno strumento potestativo (e quindi connotato di arbitrarietà e di artificiosità), lo specchio della società, e di questa registra il carattere saliente, la complessità, dando mano a *ordinarla* e costituendosi dunque quale salvataggio di quella, e indubbiamente il più prezioso.

È un *recupero* preteso da questi nostri tempi difficili e fertili e che restituisce il diritto alla storia, ossia al movimento e al mutamento, rendendolo dimensione di una civiltà in cammino e togliendogli quella separatezza e quel distacco conferitigli dal marchio a fuoco del potere.

Qui giova enormemente lo sguardo comparativo dello storico, che confina — e storicamente riduce (riduzione dalle fondazioni oggettive) — a un breve periodo di dugento anni l'invenzione artificiosa e pernicioso di un diritto semplice, chiaro, certo, voce autorevole dello Stato, manifestato nella rigidità di comandi autoritari generali e astratti, ben controllabile da chi ha le redini del potere supremo. E quanto viene gabellato come un approdo ultimo di progresso e caratterizzato da assolutezza si risolve per lo storico in una mitologia della quale preme disfarsi appena possibile.

Non si tratta di gettar tutto nell'immondezzaio con uno — storicamente inaccettabile — spirito manicheo, ma di respingere le edificazioni mitizzanti, reimmergere tutto nel relativo della storia e serbare ciò che può servire alla nostra attuale civiltà giuridica. Preme aver piena coscienza, come ho cercato di ripetere con insistenza negli ultimi anni, delle mitologie di cui è gremita la modernità post-illuministica e preme ricollocarle nel livello più basso delle semplici conquiste storiche, al centro del progetto di un intelligente ceto sociale vincitore, ben conscio della rilevanza 'politica' del diritto nel nuovo Stato: è l'assolutismo giuridico modellato dalla

Rivoluzione giacobina e niente affatto smentito dalle cosiddette democrazie parlamentari ottocentesche (4).

In forza di queste ultime considerazioni il lettore è pregato di tenere il presente volume in stretta connessione con un mio volume precedente 'Mitologie giuridiche della modernità', di cui è apparsa nello scorso anno una seconda edizione accresciuta (5): si tratta di due tappe di un medesimo itinerario con larghe interconnessioni e integrazioni reciproche.

3. L'intitolazione del volume, sia pure assai sommariamente, rispecchia tutto ciò che abbiamo or ora scritto. La consecuzione dei tre termini — Società, Diritto, Stato — vuole sottolineare il vincolo primario fra diritto e società troppo compresso durante la modernità da quello fra diritto e Stato, che non può non esserci ma che si pone secondario. Il recupero di cui si parla nel sotto-titolo ha trovato una adeguata definizione nelle righe precedenti, né vale la pena di aggiungere altro.

Una precisazione, invece, va fatta. Il titolo è pressoché lo stesso — sia pure in traduzione italiana — di un volume che raccoglie parecchi miei saggi, taluni presenti anche in questa sede, voluto e progettato con passione e dedizione da cari e valenti amici messicani; tra di essi mi piace ricordare almeno Jaime Hernández Díaz, José Luis Soberanes, Rafael Diego Fernández Sotelo, José Ramon Narvaez, Jaime del Arenal Fenochio firmatarii delle pagine introduttive (6).

Sono saggi, tutti, scritti recentemente dal 1995 al 2006. Un periodo che ha rappresentato per me il momento della sintesi conclusiva di tante analisi sparse. Anni, però, anche di una maturazione interiore che dura tuttora. Come ho accennato all'inizio e come ho schiettamente affermato in una *retractatio* richiestami dalla Direzione del fiorentino Istituto di Scienze Umane e concretatasi in alcune lezioni nel

(4) Cfr. i vari saggi contenuti in: P. GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1988.

(5) P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2005.

(6) *Derecho, sociedad, Estado — Una recuperación para el derecho*, Mexico, Escuela Libre de Derecho, 2004.

dicembre 2006 ⁽⁷⁾, ora che sono alla fine della mia vita accademica e che mi inoltro in una decisa vecchiezza, ho la soddisfazione di sorprendere nel mio cammino scientifico fino ad oggi un itinerario percorso da quelle acquisizioni e percezioni che ora a me appaiono come autentici arricchimenti, matrici di una maggiore consapevolezza culturale e di un più limpido affinamento epistemologico.

4. Nelle pagine del volume il lettore troverà esaminate e analizzate non una volta per tutte ma ripetutamente, sia pure da diversi angoli d'osservazione, posizioni di problemi e conclusioni. Ciò è inevitabile per un primo elementare motivo: i saggi qui raccolti appartengono a momenti e occasioni differenti. Ma v'è forse un motivo più robusto a sorreggere talune insistenze: perché lì stavano (e stanno) le convinzioni più profonde dell'autore e, insieme, il messaggio cui egli teneva (e tiene) sopra ogni altro. L'insistenza sia percepita dal lettore come un mezzo di più intensa comunicazione e partecipazione.

Segnamo qui i nodi essenziali, che il volume non presume certo di sciogliere ma piuttosto di contribuire a rendere meno vincolanti e anche soffocanti, grazie a quella serena coscienza critica, che è l'indubbio privilegio dello storico del diritto, personaggio culturalmente più libero (e anche più coraggioso) del cultore del diritto positivo spesso monopolizzato dalla contemplazione di un presente/vigente immobilizzato, isolato, assolutizzato fuori dal suo naturale contesto storico.

Ecco quello che emerge, con nettezza di tratti, da uno spassionato esame storiografico.

Parossismo nel rigido accoglimento di un principio di divisione dei poteri collocato nel santo dei santi dello Stato democratico moderno e contemporaneo, con il conseguente primato del potere legislativo e con la conseguente identificazione nella cosiddetta democrazia parlamentare di una forma perfetta e perenne di democrazia finalmente raggiunta e inabdicabile.

Il suo originario marchio elitario (elitario perché censitario), che fonda una pseudo-democrazia esprimente uno Stato rigorosamente

(7) Sotto un titolo, da me proposto, che sottolinea bene un itinerario riflessivo tuttora in corso: "Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso".

mono-classe, con la successiva degenerazione partito-cratica nello Stato pluri-classe (e fino ad oggi).

Lo scempio perpetrato dal potere legislativo, praticamente insindacato e insindacabile per troppo tempo, nel suo lungo monopolio della produzione del diritto, con risultati così partigiani e unilaterali da rendere la vecchia e nobile 'volonté générale' filtrata dalla cosiddetta rappresentanza politica nulla più che un artificioso schermo occultatore.

Se tutto questo è vero (e temo che lo sia), si esige ora il ripudio di una visione apologetica e l'acquisizione di un approccio finalmente critico verso tutto il materiale politico-giuridico costituzionalistico consegnatoci dalla modernità, mettendo da parte le dogmatiche e i dogmatismi che fungono ancora da trama essenziale del discorso di troppi costituzionalisti.

Io, da giurista, lasciando ad altri il ruolo di disegnare progetti politici, mi limito soltanto (e a questo si limita il presente volume) a invocare un ripensamento del vecchio sistema delle fonti, che sembra ancora quello uscito dalla fucina dell'illuminismo giacobino, a cercar di acquisire una visione ordinamentale e, quindi, pluralistica del diritto, a chiedere al giurista (ossia a colui che sa di diritto, non importa se teorico o pratico) una psicologia più attiva tenendo dietro a quanto sta avvenendo sul terreno del diritto comunitario, dell'edificando diritto europeo e della cosiddetta globalizzazione giuridica ormai ampiamente e capillarmente diffusa. Sono temi e problemi affrontati nei saggi qui raccolti; un semplice accenno è pertanto bastevole.

5. Qualche breve motivazione sui criteri, che hanno guidato l'autore nella cernita del materiale qui riprodotto; materiale che, a vantaggio del lettore, ho raggruppato con tre indicazioni orientative.

Storicità del diritto

In questo primo gruppo, ho, con ferma determinazione, inserito una risalente Relazione genovese ⁽⁸⁾, la mia lezione dottorale di

⁽⁸⁾ *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in *L'insegnamento del diritto oggi*, Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giuri-

Sevilla ⁽⁹⁾, la Relazione a un Convegno della ‘Società italiana di storia del diritto’ ⁽¹⁰⁾ e l’ultima redazione di certe riflessioni conclusive sull’assolutismo giuridico moderno pubblicata negli studi in onore del carissimo amico Giorgio Berti ⁽¹¹⁾, il mio contributo per il volume monografico dei ‘Quaderni fiorentini’, dedicato a “L’ordine giuridico europeo: radici e prospettive” ⁽¹²⁾: mostrano — tutti — che la storia del diritto, se è veramente storia del diritto e operata da veri storici del diritto, è oggi al centro di una Facoltà giuridica che voglia vivere appieno l’attuale rinnovamento scientifico impegnante il diritto e i giuristi, che essa è la migliore alleata della teoria nel darle forza e consapevolezza, che il colloquio tra cultore del diritto positivo e storico del diritto, bandendo ogni rischiosa e sterile solitudine, è essenziale nell’incrementare la criticità di entrambi.

Accanto, ho voluto ripubblicare una lezione napoletana, di indole squisitamente storico-giuridica ⁽¹³⁾, che, tracciando il divenire da una civiltà medievale e post-medievale come società di società a una civiltà moderna affermatrice della realtà insulare e monolitica dello Stato, credo serva efficacemente a testimoniare la validità della alleanza sopra accennata ⁽¹⁴⁾.

Poi, due temi apparentemente ripetuti: “Storicità del diritto”; e occorre darne una appagante motivazione. In uno stesso momento —

sprudenza della Università di Genova — Genova, 4-6 maggio 1995, a cura di G. Rebuffa e G. Visintini, Milano, Giuffrè, 1996.

⁽⁹⁾ *Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, LXX (1997). La lezione, pronunciata in lingua castigliana, fu edita in questa versione dalla Università di Siviglia: *El punto y la linea (Historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo)*, Sevilla, Universidad, 1998.

⁽¹⁰⁾ *Quale spazio, oggi, per lo storico del diritto?* (1999), ora in *Amicitiae pignus — Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, Milano, Giuffrè, 2004.

⁽¹¹⁾ *Ancora sull’assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005.

⁽¹²⁾ *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31 (2002).

⁽¹³⁾ *Dalla società di società alla insularità dello Stato: fra medioevo ed età moderna*, Napoli, Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa, 2003.

⁽¹⁴⁾ Un motivo secondario della ri-pubblicazione è che questa lezione, raffinatamente edita dalla Università Suor Orsola Benincasa di Napoli in una elegante pubblicazione non venale, ha avuto una circolazione limitata ai soli destinatari di copie/omaggio.

la primavera del 2006 — ricevetti l'invito a trattarne in due ambienti profondamente diversi, l'uno e l'altro per me significativissimi sotto il profilo culturale: il 23 marzo, il Decano della Facoltà di diritto canonico della Pontificia Università Lateranense, padre Manuel Jesus Arroba Conde e un Docente della stessa Facoltà, don Paolo Gherri, mi invitavano a tenere una conferenza/lezione sul tema ⁽¹⁵⁾; l'11 aprile, il professor Giuseppe Palma, Direttore della 'Scuola di specializzazione nelle professioni legali' della Università Federico II di Napoli, mi chiamava a svolgere sullo stesso tema la prolusione al corso di lezioni della 'Scuola' ⁽¹⁶⁾. Inviti significativissimi, ho detto; ed è così. Segnalavano che, sia in seno alla canonistica curiale (fino a ieri abbastanza chiusa in una dimensione esegetica della norma scritta), sia in seno a una scuola altamente professionale ma indubbiamente finalizzata nella preparazione a una prassi, emergeva chiara la rilevanza — e anche l'imperiosità — del problema della storicità del diritto; emergeva una consapevolezza singolare e apprezzabile che il diritto prima di essere comando e testo autorevole è storia, dimensione vivente d'una civiltà storica. Sia i canonisti della Università Lateranense, sia il collega Palma, cultore egregio del diritto amministrativo positivo, si mostravano a me quali interpreti di quel *recupero* del diritto che è al sommo delle mie convinzioni di giurista.

Debbo, però, giustificare perché si ripetano due lezioni sullo stesso tema: in ciascuna di esse si tiene debitamente conto dei diversi ambienti in cui venivano a manifestarsi. Nella prima, infatti, il problema della storicità viene affrontato in relazione a quella realtà tipicissima che è l'ordinamento giuridico della Chiesa Romana e alla sua espressione giuridica, il diritto canonico. È, insomma, sembrato che valesse la pena di garantire al volume una presenza di entrambe.

Infine, una lezione urbinata: "Diritto canonico e cultura giuridica" ⁽¹⁷⁾. Questa collocazione potrebbe sembrare una forzatura, ma è proprio la visione rinnovata che si tenta di dare del diritto canonico a legittimarla. Il diritto canonico — che un incolto po-

⁽¹⁵⁾ In corso di pubblicazione su *Apollinaris*, a. 2006.

⁽¹⁶⁾ In corso di pubblicazione da parte della stessa 'Scuola'.

⁽¹⁷⁾ Pubblicata in: *Itinerari culturali del diritto canonico nel Novecento*, a cura di C. Fantappiè, Torino, Giappichelli, 2003, e in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 32 (2003).

trebbe inquadrare nella falsa rappresentazione di un arido *Klerikerrecht* (rubo il termine a Ulrich Stutz) — è visto dallo storico del diritto medievale e moderno come mentalità giuridica, come una delle sollecitazioni più incisive nella storia della cultura e delle tecniche giuridiche in Occidente.

Per una visione ordinamentale del diritto

Sono qui raccolte la lezione dottorale bolognese tesa a sottolineare la attualità della proposta culturale e tecnica di Santi Romano⁽¹⁸⁾, una lezione napoletana sulla esigenza del recupero d'una visione ordinamentale in luogo dell'ingombrante visione potestativa del diritto che ci viene da un opprimente passato prossimo⁽¹⁹⁾, nonché una riflessione sulla nozione di 'ordinamento giuridico' fatta — da giurista — su esplicita richiesta di un amico filosofo del diritto quale 'voce' per un dizionario da lui progettato e coordinato⁽²⁰⁾.

Il richiamo alla visione ordinamentale ha un significato schiettamente liberatorio ed è momento centrale di quel recupero per il diritto che è l'insegna essenziale del nostro volume; è, infatti, lo strumento maestro per vincere e superare le moderne visioni che hanno falsato nella comune coscienza l'immagine del diritto e lo hanno immobilizzato ai piedi del potere politico. In questa precisa ottica si inserisce bene anche la mia Relazione a un recente Convegno organizzato dai costituzionalisti patavini⁽²¹⁾.

Per ripensare, oggi, il problema delle fonti del diritto

I saggi qui ricompresi sono di varia indole: una prolusione ai 'corsi della 'Scuola di specializzazione nelle professioni legali' dell'Ateneo fiorentino⁽²²⁾, una Relazione al Convegno fiorentino su

⁽¹⁸⁾ *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, LX (2006), nonché in *Rassegna Forense*, XXXIX (2006).

⁽¹⁹⁾ *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005.

⁽²⁰⁾ In attesa della sua apparizione nel 'Dizionario' ricordato nel testo, è apparsa in *Jus*, LIII (2006).

⁽²¹⁾ *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, in corso di pubblicazione negli 'atti' congressuali.

⁽²²⁾ *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società*

“La riforma degli studi giuridici”⁽²³⁾, due conferenze in tema di globalizzazione giuridica⁽²⁴⁾, le mie ‘pagine introduttive’ a tre volumi dei ‘Quaderni fiorentini’⁽²⁵⁾, e, infine, la Relazione introduttiva a un Convegno foggiano intorno alla ‘parte generale’ del diritto⁽²⁶⁾.

Occasioni diverse e interventi di diversa indole, ma tutti facenti capo alla percezione di un problema ormai non dilazionabile: l’ inadeguatezza del sistema delle fonti così come lo abbiamo ereditato dal riduzionismo borghese e la conseguente necessità per il giurista di acquisire almeno lucida consapevolezza delle decrepite mitologie ancora infestanti il terreno del diritto e affrancazione psicologica da plagi ancora persistenti.

Nei saggi qui raggruppati sono soprattutto tre i temi/problemi su cui si richiama l’attenzione.

Il nuovo ruolo a cui è oggi chiamato il giurista, sia teorico che pratico, in ragione del ruolo formidabile che sta sempre più assumendo, in questi anni percorsi da un rapidissimo mutamento socio-economico-politico, la interpretazione/applicazione rispetto al comando immobile e immobilizzante della testualità legislativa.

italiana, pubblicata a cura della stessa Scuola: Firenze, Imprima Unigraf, 2002, poi in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 30 (2001), nonché in *Rassegna Forense*, XXXV (2002).

⁽²³⁾ *La formazione del giurista e l’esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, in *La riforma degli studi giuridici*, a cura di V. Cerulli Irelli e O. Roselli, Napoli, ESI, 2005, p. 31, nonché in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 32 (2003).

⁽²⁴⁾ *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica* (conferenza tenuta di fronte alle classi riunite della Accademia Nazionale dei Lincei nella seduta del 7 marzo 2002), in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei*, CCCIC (2002), nonché in *Il Foro Italiano*, maggio 2002; *Aspetti giuridici della globalizzazione economica*, prolusione tenuta il 22 marzo 2003 per l’inaugurazione del 250° anno di vita della Accademia (cfr. *I Georgofili-Atti della Accademia dei Georgofili*, s. VIIa, vol. L (2003)).

⁽²⁵⁾ *Quaderni fiorentini*, 26 (1997) — *Pagina introduttiva (ossia: delle miserie del legislatore italiano)*; *Quaderni fiorentini*, 27 (1998) — *Pagina introduttiva (a sessanta anni dalle leggi razziali del 1938)*; *Quaderni fiorentini*, 29 (2000) — *Pagina introduttiva (ancora sulle fonti del diritto)*. Dalle ultime due sono stati omessi i ricordi commemorativi ivi contenuti.

⁽²⁶⁾ Pubblicata quale *Introduzione a Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, a cura di F. Macario e M. Miletti, Milano, Giuffrè, 2006.

La globalizzazione giuridica — nozione imprecisa, nozione (e termine) di cui si è forse abusato, ma presenza diffusa e crescente —, di cui non si può rinviare una analisi obbiettiva che ci renda finalmente coscienti dei suoi indubbii pregi e dei suoi pesantissimi rischi; ho affrontato il tema in una conferenza alla Accademia Nazionale dei Lincei e in una prolusione alla Accademia Economico-agraria dei Georgofili: l'aver dovuto tener presente, in questa seconda sede, di una specifica dimensione del fenomeno globalizzatorio mi ha consigliato di riprodurre le due redazioni in parecchie parti coincidenti.

Alcuni interventi, infine, sono 'pagine introduttive' a volumi dei 'Quaderni Fiorentini' negli ultimi anni della mia gestione della Rivista; se sono qui ripubblicate è perché testimoniano bene la posizione culturalmente complessa dello storico del diritto, personaggio immerso in una linea storica che, dal passato, tocca il presente e va oltre; scaturisce, infatti, da questa immersione una consapevolezza più affinata del nostro presente; passato, presente, futuro sono l'orizzonte di queste 'pagine introduttive'; né presunzione né saccenza, ma la percezione del senso di un divenire resa più acuta dal mestiere di storico; da qui l'osservazione impietosa sulla crisi attuale delle fonti e sulle miserie del legislatore italiano, nonché l'impietosa 'commemorazione' del sessantennio delle infami leggi razziali del 1938.

Su questo stesso osservatorio si colloca anche la Relazione introduttiva al Convegno foggiano imperniata su questi punti essenziali: fecondità del dialogo tra civilista e storico del diritto; nuovo ruolo del giurista nell'attuale crisi delle fonti; esigenza di uno spazio di libertà costruttiva del giurista nell'ambito dell'attuale rapidissimo mutamento socio-economico-politico.

6. È precisamente un quarantennio da quando, il 1° novembre 1966, approdai alla Facoltà giuridica fiorentina come professore ordinario (da qualche anno vi tenevo, però, un incarico di insegnamento); e debbo confessare che non mi è mai venuta in testa l'idea di un trasferimento, magari in sedi universitarie collocate in più grandi città.

Ebbi l'onore, nel '66, di diventare collega di coloro che mi erano stati Maestri, e Maestri amati e ammirati; poi, l'avvicinarsi di personalità più giovani, talune provenienti dalla fucina fiorentina, e quindi vecchi amici, altre che portavano invece tra di noi i messaggi

culturali di altre scuole e con cui si instaurò ben presto un dialogo per me estremamente fruttuoso.

Anni, insomma, tutti trascorsi con intensa partecipazione, nella lenta maturazione delle mie scelte scientifiche e anche delle soluzioni didattiche da adeguarsi alle richieste dei tempi nuovi. Fra gli anni Sessanta e Settanta si espande anche a Firenze il movimento della contestazione studentesca, e vi fui coinvolto in prima persona in forza della carica di Preside che il Consiglio di Facoltà volle affidarmi nel triennio bollente '72/'75. Le dispute furono accese, vecchio e nuovo sembrarono contrapporsi frontalmente, ma prevalsero sensibilità e disponibilità sia da parte dei docenti che dei discenti, premendo agli uni e agli altri la salvaguardia di quell'imperativo categorico che nell'Università si fa e si trasmette cultura piuttosto che una particolare tecnica professionale, consapevoli gli uni e gli altri che si dava in tal modo il miglior contributo alla formazione di una solida autonomia intellettuale.

A Firenze questa acuita dimensione culturale è sempre prevalsa, e sempre mi ci sono sentito come nel clima più congeniale a chi, come me, aveva identificato la sua vita professionale nella ricerca e nell'insegnamento. È per questo che, se, nel 2000, stampando un volume tracciante il divenire della scienza giuridica italiana contemporanea, non ebbi esitazione nel dedicarlo ai miei vecchi Maestri fiorentini degli anni Cinquanta ⁽²⁷⁾, oggi, in prossimità del commiato definitivo dall'Università, sento di dedicare con animo grato il volume forse più speculare della mia modesta avventura intellettuale alla Facoltà intera, ricomprendendo in essa i tanti colleghi, assistenti, studenti che ho avuto la fortuna di incontrarvi in quasi mezzo secolo. (*)

Citille in Chianti, Fine d'anno 2006

PAOLO GROSSI

⁽²⁷⁾ Il volume è: *Scienza giuridica italiana-Un profilo storico 1860/1950*, Milano, Giuffrè, 2000.

(*) Un grazie sincero a Bernardo Sordi, Direttore del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, e a Paolo Cappellini, Pietro Costa, Francesco Palazzo, Vincenzo Varano, membri del Consiglio Direttivo, che hanno voluto accogliere il volume in questa 'Biblioteca' a me particolarmente cara.

STORICITÀ DEL DIRITTO

IL PUNTO E LA LINEA (*)

(L'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)

Il sottotitolo della Relazione è stato coniato dagli organizzatori, e io penso che, al di sotto di esso, vi sia una piccola punta provocatoria, felicemente provocatoria; vi sia, cioè, una riposta interrogazione che è quasi il lancio di una sfida: che cosa vogliono questi storici del diritto, oggi, nella Facoltà di Giurisprudenza che si sta costruendo, o che cominciamo appena a costruire, tutta proiettata verso il futuro? A cosa « servono » — uso, di proposito, un termine tanto smaccatamente utilitaristico — gli storici del diritto? « Servono » a offrire qualche brocardo latino con cui lardellare domani comparse conclusionali o pareri legali? Cerchiamo di esaminare criticamente il nostro problema e cerchiamo soprattutto di evitare un rischio grave: quello di reagire alla implicita sotterranea domanda provocatoria con un discorso tutto apologetico, completamente difensivo. Malgrado ch'io sia storico del diritto e perciò in qualche modo compromesso, cercherò di mantenere un atteggiamento serenamente critico.

Partirei da una premessa elementare. Io credo che oggi i giuristi, tutti i giuristi, debbano evitare di isolarsi gli uni dagli altri; temo le singole solitudini, e spiego subito il motivo d'una affermazione apparentemente tanto sibillina. La nostra Facoltà (intendo la Facoltà di Giurisprudenza) fortunatamente è una Facoltà che ha una piattaforma scientifica unitaria: se si eccettuano le presenze, rilevanti ma

(*) Relazione tenuta al Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova, nei giorni 4-6 maggio 1995, sul tema: L'insegnamento del diritto oggi. Volendo mantenere al testo il carattere originario, ne serbo la sua indole discorsiva con tutte le conseguenze negative che questa comporta nella trasformazione in scrittura. Ho soltanto eliminato le ripetizioni e le incomperezze meno sopportabili. Ho tolto le parole di circostanza. Ho aggiunto pochissime note, essenziali per la migliore comprensione da parte del lettore. Ho modificato il titolo, conservando nel sottotitolo quello proposto dagli organizzatori e risultante dal programma.

lateralmente, dell'economista e dello statista, tutti gli attori del suo palcoscenico sono giuristi, tutti coltivano — sia pure sotto diverse angolature o in diversificate manifestazioni — la stessa scienza giuridica. Si tratta insomma di una Facoltà compatta nella sua unitarietà culturale.

Io temo che abbiamo troppo spesso dimenticato questa unità; ed è dimenticanza grave, proprio perché non si tratta solo di una combinazione organizzativa ma di qualcosa di ben più essenziale: l'unità della Facoltà rispecchia una unità spirituale, che è l'unità della scienza giuridica.

Noi contempliamo troppe solitudini, una comunità di cittadelle murate vocate alla introversione: lo storico del diritto, il filosofo del diritto, il giurista di diritto positivo, che stanno ciascuno per conto proprio, ciascuno compiaciuto del proprio isolamento. Ed è proprio questo il nemico da battere, un nemico forte perché ha con sé tutte le armi (e tutte le lusinghe) della pigrizia culturale e del provincialismo culturale. Credo invece che oggi, se vogliamo costruire per la Facoltà di Giurisprudenza un futuro veramente proiettato nel futuro, queste solitudini hanno da sparire. Noi dobbiamo tentare di operare sempre più un recupero vitale: quello di ciascuno di noi alla consapevolezza — direi di più, alla convinzione — dell'unità della scienza giuridica.

Siamo tutti giuristi. Il che vuol dire che siamo tutti personaggi che usano gli strumenti della conoscenza giuridica, tutti impegnati in questa operazione conoscitiva. Un lamento che mi sento di elevare in questa sede, e che è rivolto direttamente a storici e filosofi del diritto, è che troppo spesso ci dimentichiamo di questa identità. Quando, in un felice saggio polemico con Carnelutti, un nostro grande storico del diritto, Francesco Calasso, quasi a marcare la diversità col suo interlocutore, volle intitolarlo « Colloquio con i giuristi » ⁽¹⁾, in cuor mio ho sempre respinto quel titolo pur apprezzandone il contenuto: non colloquio con i giuristi quasi che lo storico del diritto fosse un diverso, ma colloquio tra i giuristi.

Quanto ora ho detto mi porta spontaneamente alla prima solitudine che vorrei cancellata o almeno di parecchio attenuata: la solitudine dello storico che si sente come un estraneo, come esiliato,

⁽¹⁾ *Colloquio con i giuristi* (1959), ora in F. CALASSO *Storicità del diritto*, Milano, Giuffrè, 1966.

in seno a una Facoltà di Giurisprudenza, mentre lo vorrei chiamato a un banco comune di lavoro dove, con diversità di compiti ma cosciente di partecipare a una medesima avventura conoscitiva, operi accanto agli altri giuristi, legato a loro da uno stesso statuto scientifico.

Noi abbiamo frammentato troppo, abbiamo creato degli specialismi eccessivi; in questo, purtroppo, agevolati (è ovvio che lo dico in senso ironico) da un legislatore, il quale, tenendo dietro a quella che altra volta ho chiamato teologia dei raggruppamenti universitari, ha frantumato l'unità della Facoltà. La nostra Facoltà si è quasi trasformata in una sorta di arcipelago, di un complesso di realtà insulari, ciascuna delle quali si autogestisce e, ohimé, si autogiustifica; ciascuna segnata da confini troppo netti che non incentivano relazioni e scambi, che impediscono di cogliere limpidamente l'unità culturale che tutti sorregge.

Ho fatto parte delle due ultime Commissioni di riforma per la Facoltà di Giurisprudenza e ricordo bene che, all'inizio di una delle sedute iniziali della seconda Commissione — quella che viene usualmente chiamata Commissione Roversi Monaco dal nome del suo Presidente — io mi permisi di proporre timidamente con qualche collega il modello tedesco; una ipotesi provocatoria, irrealizzabile perché sarebbero occorsi alla Commissione poteri maggiori di quelli inerenti a un semplice organo di consulenza del Ministro, ma che volli ugualmente avanzare proprio per la carica di provocatorietà che possedeva rispetto all'andazzo della organizzazione universitaria italiana.

Il modello tedesco ha molti e visibili difetti ma certamente impegna la più gran parte dei docenti a misurarsi non in una sola ma in più aree disciplinari. Mi rendo conto di un rischio culturale grave, quello dell'ecllettismo, cui si aggiunge il rischio non meno grave che talune discipline più deboli, meno legate alla prassi e al vigente, siano pretermesse; e mi rendo conto che potrebbe esser proprio questa la sorte della storia del diritto; si tratta però di un rischio che avrei voluto correre, precisamente per rendere concreto un primo segno di recupero nei fatti di quell'unità su cui ho insistito finora.

Vengo a dare un volto più netto alla prima condannabile solitudine, quella dello storico del diritto. Essa non è un fatto esteriore ma ha la sua radice in un atteggiamento interiore, direi

quasi in un bozzolo interiore che ha da essere infranto. Lo storico del diritto deve operare una precisa quanto elementare palingenesi al suo interno; deve confermarsi nella convinta consapevolezza di essere un giurista e di porre in atto col suo lavoro scientifico degli strumenti di conoscenza giuridica; occorre, in altre parole, come sono solito dire ai miei studenti, che si metta sul naso gli occhiali del giurista e che questi occhiali senta perfettamente convenienti al suo naso; occorre che si misuri cioè anche con quella dimensione esclusiva, ostica forse ma essenziale, che è la tecnica giuridica. Il diritto ha infatti una sua autonomia che è sì autonomia di istituti, ma che si origina in una autonoma visione del mondo; che è, insomma, l'autonomia di uno specifico sapere, autonomia di statuto epistemologico, di concetti, di lessico.

Lo storico del diritto deve acquisire una tal consapevolezza; il che non vuol dire condannarlo al formalismo. È tutto il contrario: il sapere giuridico, come sapere tecnico, è semplicemente la limpida messa a fuoco della dimensione giuridica entro la grande realtà socio-economica; una messa a fuoco che lui — e non altri — è in grado di fare. È, del resto, solo questo che chiedono a noi gli storici generici. Ricordo sempre con soddisfazione certi miei colloqui con Jacques Le Goff e ricordo la sua conclusione di sempre: Voi storici del diritto dovete fare il Vostro specifico e irripetibile mestiere, « *surtout soyez vous-mêmes* » (2); siate quello che effettivamente siete, siate giuristi, non snaturatevi perché noi storici generali solo questo a Voi chiediamo. Unicamente se nella grande congerie della realtà socio-economica — sembrava sottolineare Le Goff — Voi storici del diritto riuscite a identificare la dimensione giuridica, soltanto in questo modo Voi riuscite a storicizzare, a fare compiutamente storia, a dare efficacemente ausilio a noi storici generali. Mi ero anche segnato qui, tra i miei appunti, alcuni esempi puntuali, ma ve ne faccio grazia per non dilungarmi troppo e per non appesantire il mio discorso (3).

(2) Lo ha scritto conclusivamente negli « atti » di un Incontro fiorentino da me organizzato nel 1985: *Histoire médiévale et histoire du droit: un dialogue difficile*, in *Storia sociale e dimensione giuridica — Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro — Atti dell'Incontro di studio, Firenze, 26-27 aprile 1985*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 450.

(3) Avrei ripetuto gli esempi di questa compiuta espressività storica della tecnica

Concludo su questo punto: lo storico del diritto ha da essere giurista, ha da sentirsi a suo agio inforcando sul suo naso gli occhiali d'una rigorosa conoscenza giuridica. Né si dica che si tratta di una affermazione assolutamente tautologica, e pertanto inutile. Formalmente è una tautologia, ma sostanzialmente non lo è. Troppo spesso lo storico del diritto ne è dimentico. Il risultato da conseguire è, quindi, un suo pieno recupero al ceto dei giuristi. È un giurista che ha un suo peculiarissimo angolo d'osservazione, partecipe con il giurista di diritto positivo di una grande avventura intellettuale, osservatore del passato ma legato al presente da un *continuum* spirituale.

Si dirà: ma la storia è fatta di tante maturità di tempi, ed è, pertanto, più all'insegna della discontinuità che della continuità. Questo è sacrosanto, ma, al di sotto dei tanti momenti autonomi di cui la storia è composta, c'è una linea che si distende unitaria, perché il diritto è vita, non è scritto sulle nuvole ma sulla pelle degli uomini, e saranno proprio i grandi problemi della vita a fornire il *continuum* spirituale dello storico. Ogni anno sono monotono nel ripetere ai miei studenti dei corsi fiorentini quella che ritengo un'indicazione aurea di quel formidabile personaggio della cultura occidentale moderna, che è Alexis de Tocqueville. È lui che, nella prefazione dello « Antico regime », esce in questo monito prezioso: « noi dobbiamo guardare al passato così come quei patologi che cercano nei corpi morti le leggi perenni della vita »⁽⁴⁾. È un monito che mi sembra indirizzato innanzi tutto allo storico del diritto. Vorrei che questo fosse il suo costante stato d'animo.

giuridica da me offerta nella introduzione ai lavori di un Incontro di alcuni anni fa: *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno-Strumenti, destinatari, prospettive — Atti dell'Incontro di studio, Firenze, 6-7 novembre 1992, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 9-10*. Questi esempi erano due: i contratti agrari medievali, nei quali l'analisi tecnica del giurista che distingue concessioni locative da concessioni *ad meliorandum* fa intravedere, nello sfondo, anche un diverso paesaggio agrario; la cessione del debito nella riflessione della scienza giuridica di fine Ottocento, dove, dietro la costruzione tecnica di una successione a titolo particolare nel debito e quindi di un rapporto obbligatorio perfettamente svincolato dalla personalità del debitore, emergono le istanze di oggettivizzazione del rapporto come la folta circolazione economica di un capitalismo evoluto pretendeva imperiosamente.

⁽⁴⁾ *L'antico regime e la rivoluzione* (a cura di G. Candeloro), Milano, Rizzoli, 1989, p. 32.

Vengo ad un'altra solitudine di cui diffido; è la solitudine del cultore del diritto positivo, il quale, certo, ha per mestiere quello di coltivare un diritto vigente e che non ha da soffrire genericismi nella sua osservazione; perché il diritto vigente è il frutto *hic et nunc* di determinate forze storiche e si esprime in determinate fonti normative; del resto, è soltanto per questo che il suo sapere diventa immediatamente inserito nella pratica di una certa società locale e ha immediati risvolti pratici.

Tutto ciò è scontato: quello è il suo mestiere e quello egli deve fare. Non lo vorrei però soltanto esegeta, con un'attività intellettuale passiva, esplicatore munito di strumenti esclusivamente logici, psicologicamente estraneo rispetto a un insieme di dati normativi che egli non ha contribuito a produrre, che altri ha prodotto. In un'ottica meramente esegetica il cultore di diritto positivo si limita infatti ad operazioni di carattere logico-ermeneutico con una funzione estremamente ridotta. Una funzione — io credo — che non corrisponde a quanto oggi si chiede a lui.

Ecco che la vicinanza fra storia del diritto (intesa nel senso rigoroso che ho sopra segnalato) e diritto positivo, che la vicinanza tra cultore della prima e cultore del secondo, diventa un salvataggio per il diritto stesso come scienza. E cerco subito di dare un contenuto a questa affermazione troppo vaga.

Se il giurista resta esegeta, rischia di non aver presente quella percezione che non deve invece mai abbandonarlo, e cioè che il diritto è la dimensione naturale di un'intera civiltà. Il legame diritto-civiltà è una verità elementare che deve essere recuperata alla coscienza comune e anche alla coscienza del giurista. Il diritto non è mai una forzatura del sociale, violenza sul sociale; può esserlo, ma unicamente in certe sue manifestazioni patologiche. Nella sua manifestazione fisiologica il diritto è semplicemente una delle dimensioni autentiche di una civiltà.

Il colloquio asfittico, limitato, fra cultore del diritto positivo e le sue fonti normative, fra il giurista e un testo, rischia di far perdere di vista questo legame. Voi direte: ma perché, a operare questo salvataggio, sarà proprio lo storico del diritto (e preciserei anche: insieme al comparatista, al filosofo e al sociologo del diritto)?

Perché lo storico del diritto ha il privilegio di aver sempre a che fare con un panorama straordinariamente ampio, insofferente a

limitazioni; sempre gli si dispiega dinnanzi un paesaggio di esperienze giuridiche interamente vissute e pertanto espresse in tutta la loro vitalità, e queste esperienze egli tende istintivamente a comparare nei loro messaggi, e di queste esperienze tende a esaltare le tipicità rispetto all'esperienza attuale, rendendo per ciò stesso più intensa, in chi si preoccupa dell'attuale e vigente, la coscienza delle proprie radici. Oggi, nel peculiare momento storico che stiamo vivendo, un messaggio e un monito lo storico del diritto può dare al giurista di diritto positivo: di fare attenzione che questo diritto, legatissimo allo Stato e, in assoluta prevalenza, emanazione dello Stato; questo diritto inteso — ohimé, ancora oggi — in un significato del tutto positivistico, ha avuto nel passato più o meno recente delle aperture a livello universale.

Lo storico del diritto può ricordare i grandi momenti del diritto romano e del diritto comune, può ricordare che i singoli codici nascono in seno a una *koinè* almeno europea, come creazione tutta moderna di quel grande movimento giusnaturalistico, che, anche se affermandosi a livello filosofico-giuridico come ripensamento a dimensione universalistica, è stato la matrice, attraverso un itinerario ben noto, di un legalismo giuridico frammentato in tante manifestazioni positive particolari, legali e statuali. Lo storico del diritto può proporre all'attenzione del giurista di diritto positivo la testimonianza istruttiva di un panorama giuridico non mortificato in realtà unicamente statuali. Gli può sottolineare che lo Stato è un prodotto tutto moderno con un carico di confinazioni, di assolutizzazioni, di frammentazioni di cui è purtroppo portatore anche a livello giuridico. Gli può sottolineare che l'osservazione storica mette in evidenza, al contrario, una essenziale extra-statalità del diritto — uso volentieri questo termine che è nel titolo di un saggio non dimenticabile del nostro Filippo Vassalli ⁽⁵⁾ — una extra-statalità che va rivendicata soprattutto oggi come una affrancazione da conseguire in maniera sempre più rilevante.

Oggi noi tendiamo, infatti, verso un diritto uniforme, cerchiamo di costruire un diritto privato meno mortificato in proiezioni statuali che gli stanno sempre più strette, vogliamo convintamente collocarci

⁽⁵⁾ *Extrastatalità del diritto civile* (1951), ora in F. VASSALLI, *Studi* vol. III, t. II, Milano, Giuffrè, 1960.

su una strada che porta a un diritto europeo. Ebbene, credo che lo storico del diritto, grazie alla sua familiarità con questo grande polmone universalistico, può dare una testimonianza importante al cultore dell'odierno diritto positivo, fornirgli più di uno stimolo per vincere pigrizie e misoneismi, per acquisire una coscienza più critica in ordine alla costruzione di un futuro qualitativamente diverso.

Guai se il diritto si limita ad essere scienza di una legislazione positiva, di questa o quella legislazione positiva, giacché, in una siffatta veste costrittiva, rischia di abdicare al livello della piena scientificità e attingere soltanto al più basso livello che è quello della mera tecnica.

Ma ci sono altre angolature che mostrano quanto preziosa sia questa collaborazione, e quindi il ruolo fecondo dello storico all'interno delle Facoltà di Giurisprudenza. Egli è forse il personaggio che, avendo vissuto intellettualmente il nascere, il divenire, il maturarsi, il disfarsi di esperienze giuridiche, più di ogni altro sa (e sa discernere) il caduco e il duraturo.

Il difetto del giurista di diritto positivo che non abbia aperture culturali è quello di ritenere il mondo giuridico che ha di fronte come il migliore dei mondi possibili, tenendo irresistibilmente ad assolutizzarlo, spesso anche a mitizzarlo. Se diamo uno sguardo anche rapido al nostro passato prossimo spogli di pregiudizi, non possiamo fare a meno di constatare di essere reduci da una colossale mitizzazione e, nel tempo stesso, vittime di essa con le nostre coscienze plagiate. Penso, in questo momento, a tutte le mitologie che ci hanno ieri insegnato e che noi abbiamo, a nostra volta, fino ad oggi insegnato ai nostri studenti sulla base di quella conquista, ai nostri occhi insuperabile, che è il c.d. Stato di diritto; ci siamo sciacquati la bocca con termini come uguaglianza giuridica, gerarchia delle fonti, divisione dei poteri, certezza del diritto, legalità, e così via. Tutti valori, ma valori negativi in quanto vissuti acriticamente e assolutizzati e dogmatizzati, con la continua tentazione di bollare come eretico e passibile di un pubblico rogo chiunque si permettesse di discuterli o di contestarli; dimenticando che quei valori non sono scritti su immobili ed eterne tavole mosaiche, ma rappresentano unicamente soluzioni recenti e relative della vicenda storica moderna.

Lo storico può e deve, in altre parole, richiamare il giurista di diritto positivo alla elementare verità che siamo di fronte a dei

prodotti storici, pertanto non ad oggetti di culto, pertanto demitizzabili, anzi demitizzandi; che siamo di fronte a oggetti conoscitivi bisognosi di collocazione e valutazione critica e quindi di una salutare improrogabile relativizzazione.

Il diritto moderno, nel suo aspetto di diritto borghese, apparirà allora come un diritto che si è semplificato e anche — per così dire — raggrinzito, perché alla sua base c'è sempre una ingombrante legolatria: uno stringente e invasivo monopolio statale che lega potere politico e diritto ed espunge dal novero delle fonti — almeno sul piano formale — giudici e maestri di diritto, giurisprudenza e dottrina; e relega a un ruolo ancillare ogni manifestazione consuetudinaria. Di fronte a una semplificazione — che è però anche chiusura, sordità, risecchimento — lo storico può e deve segnalare al cultore del diritto positivo odierno il gioco enormemente più complesso di forze di cui, in passato, era espressione il diritto.

Credo che dobbiamo recuperare, ad ogni costo, il significato profondo di questa complessità. I semplicismi di ieri non servono più o non sono bastevoli; è un panorama molto più ampio a cui lo storico del diritto può richiamare, se fa bene il suo mestiere; su questo panorama ogni giurista è tenuto a meditare, arricchendosi almeno sul piano psicologico.

Vorrei fare un'ultima necessaria precisazione. Non si creda che io pensi al passato come a una fucina di modelli per l'oggi. Dio ce ne guardi: lo storico non deve sciorinare modelli, perché egli non ha modelli nel suo arsenale conoscitivo. Rabbrivisco quando qualche odierno romanista fa uscire dai suo cappello di prestigiatore un logoro armamentario romano con la — segreta e talora anche palese — speranza di guadagnarsi un titolo di merito nella costruzione del futuro diritto uniforme e una cittadinanza nel futuro paradiso europeo. Mi vengono in mente, in questo momento, i molti saggi che al tema ha dedicato un pur valente collega della Università di Regensburg, Reinhard Zimmermann, che ama parlare di « *usus hodiernus Pandectarum* » (6).

Tutto ciò mi sgomenta. Da storico, pur nella grande modestia delle mie indagini, ho appreso la grande verità che ogni cosa ha il

(6) Cfr. R. ZIMMERMANN, *Usus hodiernus Pandectarum*, in *Europäische Rechts und Verfassungsgeschichte*, hrsg. v. R. Schulze, Berlin, 1991.

suo tempo. Oggi, siamo chiamati a costruire da noi, con le nostre forze, strumenti a noi congeniali.

Una sola cosa lo storico può e deve fare, preziosissima per il giurista di diritto positivo, e per questa insostituibile funzione deve essergli costantemente accanto. Indicargli un senso, una direzione di marcia. A questo il titolo della mia comunicazione si riferisce: il punto e la linea, un titolo succinto ed enigmatico ma che ora può esser capito in tutto il suo significato. Intendo sottolineare, con la forza che è propria dell'immagine metaforica, che il giurista di diritto positivo coltiva un punto, ha coscienza di un punto, ad esso e su esso si arresta, perché è quello il campo della sua competenza. Questo punto deve però essere inserito in una linea che nasce prima e continua dopo, una linea vitale entro la quale il punto si situa, si compie, assume pienezza di significato.

Il senso della linea. Credo che sia proprio lo storico del diritto a poterlo indicare; e questo è prezioso. Una linea fatta di ricchezza già vissuta e tesaurizzata e di un movimento in atto, di una vita interamente vissuta, che vive tuttora e che si proietta per l'innanzi. Lo storico non possiede modelli, ma ha, più d'ogni altro, la percezione del senso della linea.

Vorrei — chiudendo — formulare l'augurio che, accanto al vigile indagatore del singolo « punto » qual'è il cultore del diritto positivo, stia sempre — in strettissimo contatto — il sensibile percettore della « linea » e della sua direzione. Sarà questo un contributo efficace alla costruzione del nostro futuro. Io, per mia parte, ho sempre creduto alla profonda verità contenuta in una frase di Teilhard de Chardin: « *Le passé m'a révélé la construction de l'avenir* » (7).

(7) La frase è in una delle *lettres de voyage* di Pierre Teilhard de Chardin. Védila riprodotta, emblematicamente, all'inizio del suo volume: *La vision du passé*, Paris, Seuil, 1957.

STORIA DEL DIRITTO E DIRITTO POSITIVO NELLA FORMAZIONE DEL GIURISTA DI OGGI (*)

1. Il tema sul quale — anche per desiderio di cari colleghi ed amici sivigliani — cercherò di riflettere in questa lezione dottorale è fra i più urgenti e vitali che si pongano oggi alla attenzione dei giuristi, giacché investe la concezione stessa del diritto e, di conseguenza, il processo di formazione del giovane giurista e lo stesso assetto delle odierne Facoltà di Giurisprudenza.

Sul piano delle singole organizzazioni didattiche che ogni Stato ha affrontato, il problema è risolto affermando o negando (ma si deve dire: più affermando che negando) la presenza obbligatoria delle discipline storico-giuridiche nei piani di studio di ogni studente in Giurisprudenza; in Italia, per esempio, si è recentemente sancita la obbligatorietà di una disciplina romanistica e di una disciplina medievistico-modernistica.

Qui, al di là delle diverse scelte ufficiali, interessa invece il problema nella sua stringente dimensione culturale, e interessa una domanda essenziale e, proprio perché essenziale, stringentissima: v'è un ruolo culturale, cioè funzionalmente connesso alla formazione di un giurista dei nostri giorni, per la storia del diritto? E, se la risposta è positiva, quale ruolo e quale relazione fra storico del diritto e cultori delle varie branche del diritto vigente? Alla prima domanda credo di poter rispondere affermativamente con sicura convinzione; e non perché mosso da un incontrollato sentimento apologetico per la disciplina da me professata, ma per ragioni intimamente connesse a una visione critica degli studi giuridici e del mestiere di giurista.

(*) Testo in italiano del discorso tenuto il 26 maggio 1998, in occasione della cerimonia di conferimento del titolo di *doctor honoris causa* da parte della Università di Siviglia. Il testo in castigliano è edito — con la « laudatio a Paolo Grossi » di Bartolomé Clavero e con il *curriculum vitae* — dallo stesso Ateneo sivigliano.

Aggiungo che una risposta affermativa si impone soprattutto oggi, oggi assai più che ieri. È una conclusione che può sorprendere e che, pertanto, mi sento in dovere di motivare adeguatamente.

2. Se ci volgiamo all'indietro, non è difficile scorgere l'universo giuridico costretto nelle trame di una consapevole e perciò lucidissima operazione riduttiva: ormai al centro delle costanti attenzioni del potere borghese, il diritto — anche quel diritto regolatore dei rapporti quotidiani, che una tradizione plurisecolare aveva lasciato alla produzione dei privati — viene strettissimamente collegato al detentore del potere politico; lo Stato pretende non solo di creare il diritto ma di porsi come l'unico soggetto produttore, con l'immediata e greve conseguenza di porsi anche come l'unico ente in grado di conferire a una generica regola sociale il marchio e il privilegio della giuridicità e trasformarla in norma giuridica.

È un processo che assume un tratto netto e deciso con la Rivoluzione francese: se fra antico e nuovo regime sono riscontrabili cospicui segni di continuità, sotto questo profilo il nuovo si distacca profondamente dal vecchio e la storia giuridica occidentale ne è segnata come da frattura incolmabile. L'operazione del potere borghese è rigidamente costrittiva e pertanto enormemente riduttiva: si riducono ad uno solo i soggetti produttori di diritto; si identifica questo nella sola manifestazione della legge, divenuta ormai fonte di qualità superiore ⁽¹⁾ e conseguentemente in posizione gerarchicamente primaria; si identifica il mestiere di giurista — quel mestiere che la maestosa tradizione del diritto comune aveva elevato a *conditor iuris* — nella riduttiva veste di esegeta di un testo normativo che gli è completamente estraneo perché egli non ha in alcun modo contribuito a crearlo.

È una visione che, essendo al centro di un progetto politico-giuridico, ha il pregio non minimo di ridurre il vecchio caoticissimo ordine giuridico nelle linee di un sistema chiaro e semplice, ma pur sempre di operazione riduttiva si tratta. Il risultato è una visione sostanzialmente impoverente; impoverente della complessità e ricchezza dell'universo giuridico, della stessa scienza giuridica ormai

⁽¹⁾ Perché esprime la volontà generale, secondo la notissima ideologia giuridica della Rivoluzione (cfr. *Déclaration*, 1789, art. 6).

obbligata a una funzione ancillare, dello stesso mestiere di giurista. Il rischio grosso era la immobilizzazione in un testo autoritario, che non traeva la propria obbligatorietà dalla coscienza sociale in continua mutazione e che poteva — come troppo spesso è avvenuto — distaccarsi da essa e risecchirsi, era la separazione fra dimensione giuridica e civiltà retrostante, fra dimensione giuridica e cultura circolante, tra forme e norme e fatti della vita.

Il disegno, che abbiamo sommariamente ma fedelmente tracciato, appartiene al nostro passato prossimo ma è calato nel profondo della coscienza degli stessi giuristi restandovi intimamente saldato: sia per la lucidità del progetto giuridico borghese, sia per la dispoticità di cui era caricato, sia per la consueta pigrizia del ceto dei giuristi, statualità del diritto, monopolio della legge, funzione passiva della *iurisprudencia* si sono mantenuti pressoché intatti almeno nella convinzione diffusa della maggioranza silenziosa dei giuristi.

È oggi che qualcosa, anzi molto, sta cambiando, e proprio su un piano di psicologia collettiva dei giuristi. C'erano stati, nella storia recente dei paesi a regime codificato, dei gridi di dolore e dei gesti di impazienza per la servitù esegetica, ma erano stati facilmente bollati come atteggiamenti stravaganti di personaggi in odore di eresia: così nell'ultimo ventennio del secolo scorso. Io storicismo di un Saleilles in Francia (2), o l'organicismo ingenuo dei civilisti neoterici italiani (3); così il messaggio liberante di Géný ai primi del Novecento (4); così le aperture coraggiose dei cultori del diritto commerciale, quelle addirittura di un Vivante verso la « natura dei fatti » (5), o l'insofferenza del suo allievo Ascarelli per la innaturale incarnazione del diritto in una serie di testi (6). È però nel corso di

(2) Cfr. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato — Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, in *Rivista di diritto civile*, XXXIX (1993), parte prima, p. 345 ss.

(3) Ho tentato di darne un disegno sintetico in: « *La scienza del diritto privato* » — *Una Rivista — progetto nella Firenze di fine secolo — 1893/1896*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 15 ss.

(4) Si veda il volume XX (1991) dei « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », interamente dedicato alla figura e all'opera di François Géný.

(5) C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Torino, Bocca, 1893, vol. I, cap. I — Le fonti, § 9.

(6) Ho recentemente sottolineato questo aspetto nel saggio: *Le aporie dell'assolu-*

quest'ultimo secolo che, lentamente e forse faticosamente ma senza soste, si è conseguito un recupero sempre maggiore della ricchezza e complessità dell'universo giuridico: penso — per limitarmi all'Italia — al ripensamento teoretico avviato da un giuspubblicista, Santi Romano, straordinaria operazione culturale che va persino oltre il disegno dello stesso autore e che consente di ricollocare il diritto fuori dell'abbraccio soffocante dello Stato, ben vincolato invece alla società come fatto globale in tutta la esuberanza delle sue manifestazioni (7); penso ai richiami martellanti di Capograssi alla nozione di esperienza giuridica, al diritto sorpreso innanzi tutto come esperienza e cioè come dimensione della vita (8); penso alla riscoperta — che affiora ripetutamente nei giudicati della nostra Corte Costituzionale, cioè del nostro giudice delle leggi ordinarie — di un « diritto vivente » accanto a un diritto legale (9).

Il diritto, che prima appariva nella superficie piatta e asciutta delle norme legali, recupera tutta la sua complessità, torna a rivelarsi come un universo — per così dire — a più strati; e ritorna quale articolazione legittima dell'orizzonte dei giuristi quella dialettica fra validità ed effettività che aveva costituito la carica evolutiva del vecchio diritto comune. Non più soltanto la misura rigida della validità, cioè della corrispondenza a un generale modello autoritario, ma quella plasticissima della effettività, cioè dell'appropriazione sociale di una regola o di un principio.

Con un risultato rilevante: un riaffermato legame fra diritto e civiltà, una capacità di guardare criticamente il cosiddetto legislatore e i suoi prodotti, le leggi, avviando un processo che, senza incrinare il necessario rispetto per la regola legale, porta però a una salutare demistificazione. Legislatore e legge discendono dall'altare su cui li aveva collocati la suadente propaganda borghese, si confrontano con

tismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli), in *Diritto privato*, III (1997).

(7) Mi permetto ricordare al giurista spagnolo che il riferimento è a: SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, che appare in Pisa nel 1918.

(8) Di GIUSEPPE CAPOGRASSI si tengano soprattutto presenti: « Studi sull'esperienza giuridica » (1932) e « Il problema della scienza del diritto » (1937).

(9) La più recente messa a punto è quella di LUIGI MENGONI, *Il « diritto vivente » come categoria ermeneutica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica* — Saggi, Milano, Giuffrè, 1996.

altre fonti in un universo giuridico dai confini straordinariamente più ampi ⁽¹⁰⁾.

Almeno in Italia è questo il momento non facile ma indubbiamente fertile che stiamo vivendo, ed è proprio in quest'oggi che io vedo un ruolo indispensabile per la storia del diritto, per lo storico del diritto come insostituibile coscienza critica per il cultore del diritto positivo; una coscienza critica che si esplica e si attua in più direzioni.

3. In primo luogo, per rafforzare ogni giurista nella vitale persuasione che il diritto è dimensione di una civiltà. Sotto questo profilo è allo storico che compete, assai più che al filosofo e al comparatista, un ruolo esclusivo: civiltà significa storia, significa un certo contesto storico in tutta la ricchezza delle sue espressioni, ed è peculiare atteggiamento dello storico quello di collocare il dato che ha di fronte all'interno del contesto che lo ha generato e in cui vive. Egli può e deve ricordare al privatista e al pubblicista, tutti conquistati dai propri testi normativi, che il testo è sempre rappresentazione d'una realtà retrostante, per giunta rappresentazione parziale e artificiosa; che il testo è come la punta affiorante d'un continente sommerso; che è falsante arrestarsi all'osservazione di essa e che si impone invece una immersione per rendersi conto della sostanza effettiva del fenomeno.

Questo richiamo a tutto il resto che sussiste al di là e al di sotto delle norme, e cioè alla complessità dell'universo giuridico, solo lo storico ha la piena consapevolezza per farlo: è lui che, infatti, si cimenta con la vita nella sua compiutezza, che è avvezzo a non isolare ma a cogliere nessi, implicazioni, radici. Nel momento in cui si sta riacquistando la consapevolezza di tutti gli strati del giuridico, la sua lezione metodologica è preziosa, perché consente all'odierno giurista di superare i persuasivi semplicismi del diritto borghese (che pur semplicismi sono) e recuperare la calpestata o almeno misconosciuta complessità di quello.

L'inserimento del diritto ben all'interno del progetto giuridico liberale e la sua lucida ma impietosa strumentalizzazione hanno

⁽¹⁰⁾ Ed emergono inconsueti angoli di osservazione, come la « ragionevolezza della legge » e lo « abuso del legislatore ».

compromesso l'autonomia del giuridico, hanno resecato i suoi nessi naturali con la società e con la storia identificandolo (o pretendendo di identificarlo) in un sistema di regole pensate il più possibile semplici e astratte. La storia, la grande storia ma soprattutto la storia delle nostre vicende quotidiane, che è sempre all'insegna della complessità, ha fatto ben spesso opera di rigetto di quei semplicismi, ed è pertanto prezioso che ci sia un personaggio naturalmente vocato per l'indole del suo mestiere a farsi portatore di un richiamo alla complessità.

4. L'accento or ora fatto alla dialettica irrisolta fra semplicità delle forme giuridiche moderne e complessità della vita giuridica ci conduce senza forzature a precisare un'altra e non meno forte ragione della necessaria presenza culturale dello storico in seno a una Facoltà di Giurisprudenza. La civiltà borghese, il mondo di ieri, non ha soltanto statualizzato il diritto ma lo ha immobilizzato, ha avuto la presunzione di immobilizzarlo in regole costruite e millantate come generali ed eterne: nella costruzione di queste regole — regole positive — quella civiltà adoperava senza riserve la efficace strategia del diritto naturale, cioè di pesantissime e provvedutissime fondazioni giusnaturalistiche, cioè — in altre parole — di fondazioni di carattere squisitamente etico.

L'esito presuntuoso, frutto anche di una propaganda incisiva e intollerante, è stato appunto una immobilizzazione: la regola, che ormai si è in grado di codificare, è l'ultimo e definitivo anello di un progresso incessante, che relega in soffitta il passato e fissa presente e futuro. La naturale tendenza di ogni giurista a stabilizzare, in quanto ordinatore della realtà sociale in un reticolato normativo, diventa parossistica nel corso degli ultimi due secoli; sempre il cultore di un diritto vigente ha la tentazione a isolare e immobilizzare quel frammento dell'oggi in cui si condensa l'incisivo risultato della vigenza, tentazione che diventa irresistibile se la si accompagna alla persuasione che la regola vigente possa essere il frutto della obbiettiva lettura e traduzione di valori scritti nelle cose, com'è appunto nella occhiuta propaganda borghese.

Da questa penetrantissima operazione propagandistica è scaturita una nefasta conseguenza a livello-psicologico anche per l'odierno giurista, che pur vive un delicato e difficile momento di

transizione dove molto di nuovo si mescola col vecchio: la considerazione degli odierni valori giuridici come gli unici, se non addirittura i migliori, possibili. E una seconda nefasta conseguenza: l'incapacità a vagliare criticamente quei valori. Lo si voglia o non, siamo ancora gli eredi diretti del giusnaturalismo settecentesco e nel nostro interno inconsciamente plagiati dalla sua sottile propaganda; ancor oggi, di fronte a evocazioni come legge, legislatore, codice, legalità, gerarchia delle fonti di diritto, certezza del diritto, eguaglianza giuridica, divisione dei poteri, e così via — cioè di fronte agli idoli santi del sacrario dell'ottantanove — ci comportiamo acriticamente come un giacobino infiammato da una concione di Robespierre.

È qui che si inserisce vivace la ulteriore funzione di presenza critica dello storico. Il suo compito, legato ai suo statuto epistemologico, è relativizzare; immergere il dato nel grembo storico e conseguentemente relativizzarlo. È di una siffatta relativizzazione che ancor oggi v'è bisogno. Lo storico può e deve avvertire il privatista e il pubblicista, innamorati dei valori tramandati loro dall'immediato ieri, che essi sono soltanto il frutto di quell'immediato ieri e che soltanto da dugento anni l'Europa continentale vive quei valori, che il mondo storico ha invece vissuto anche valori alternativi se non opposti.

Il mio riferimento è alle grandi esperienze giuridiche del diritto romano e del diritto comune medievale e post-medievale, ma quest'opera di relativizzazione potrà divenire ancora più efficace se allo storico si accompagnerà il comparatista, conoscitore competente di quel pianeta giuridico con noi convivente e a noi limitrofo ma da noi tanto distante che è il *common law*: un pianeta che non soffre la cesura subita nel secolo XVIII dal diritto continentale europeo e che si pone in rapporto di continuità con i valori espressi dallo *ius commune* medievale.

Non si tratta di instillare nell'animo del pubblicista e soprattutto del privatista venature di corrosivo scetticismo né tanto meno di distruggere un patrimonio etico-culturale per tanti versi ammirevole; si tratta piuttosto di discuterlo, di metterlo in rapporto dialettico con soluzioni diverse, di irrobustirlo criticamente facendone qualcosa di ben differente da una mitologia passivamente accettata. Lo storico, al fianco del cultore d'un diritto positivo, dà un contributo insostituibile a questa salutare demitizzazione: la semplicità del diritto di ieri appare

anche come eccessiva semplificazione d'una realtà che va invece considerata in tutta la sua complessità. Soprattutto oggi, che sta diventando urgente una revisione della teorica tradizionale delle fonti di diritto, può essere assai feconda una voce che richiami alla corallità di fonti con cui un passato remoto (apparentemente remoto) ha edificato la grandezza del proprio messaggio.

5. Quelle che abbiamo finora considerato sono due espressioni di coscienza critica che — di per sé sole — legittimerebbero una presenza dello storico del diritto; ma non vogliamo tralasciare di indicarne una ulteriore di grandissimo rilievo. La scienza giuridica offre oggi all'osservatore attento un paesaggio solcato da una pesante aporia: sono state enormemente approfondite con scavi cospicui le singole branche del diritto, ma si è troppo spesso perduto il senso dell'unità; le raffinate analisi del civilista, del commercialista, del lavorista, del processualista, del penalista, e via dicendo, sono indubbiamente una conquista e un punto di approdo, ma han fatto dimenticare che la scienza giuridica è una per unità di fondazioni epistemologiche.

È urgente il recupero della percezione di questa unità da parte di ogni giurista: il che non vuol dire che il civilista non debba continuare nel suo mestiere di civilista, né che — tanto meno — il civilista debba improvvisarsi anche penalista o processualista. Sono consapevole che il grado di raffinatezza della nostra analisi scientifica è proporzionale a una ineliminabile settorializzazione e che tanto maggiore è il primo, quanto maggiore è la seconda, e sono anche consapevole che l'elettismo è culturalmente un nemico e che si impone una specificità di competenze. Tutto questo non deve però vanificare o attenuare la percezione della unitarietà del sapere giuridico: si continui a coltivare il proprio ristretto terreno, ma prendendo coscienza di quello che si sta facendo nel terreno confinante, non deponendo mai né la attenzione per esso, né la disponibilità ad arricchirsene.

Sulla via di questo recupero lo storico del diritto può dare un contributo primario; egli, infatti, facendo storia, si misura sempre con la vita, che è sempre un fatto globale, unitario pur nella sua indubbia complessità; a lui saranno sempre ripugnanti isolamenti e partizioni, perché la vita, la vita giuridica di un determinato mo-

mento storico, gli appare soprattutto come coralità, come un groviglio inestricabile di relazioni e collegamenti. Molteplici e diverse appaiono anche a lui le dimensioni di una esperienza giuridica, ma unicamente come manifestazioni differenti e particolari che si radicano in una solida sostanza unitaria.

È anche questo un richiamo metodologico non secondario per il cultore del diritto positivo ormai abituato a fare i conti con i confratelli del proprio ristretto assetto disciplinare.

6. Recupero della complessità dell'universo giuridico, salutare relativizzazione del sacrario che ogni giurista serba gelosamente all'interno del proprio animo, recupero della percezione dell'unità della scienza giuridica. Ecco tre operazioni culturali che rendono opportuna — se non necessaria — la convivenza e il colloquio continui dello storico del diritto con il cultore del diritto positivo.

Questo — l'ho detto altre volte, ma mi piace ripeterlo in questa sede augusta — non è tempo di solitudini per il giurista; è piuttosto tempo di lavoro comune, di attenzione e disponibilità reciproche. Temo fortemente le singole solitudini, temo fortemente lo specialista che lavora da solo munito e compiaciuto della corazza fornitagli dalla propria specifica competenza; diffido soprattutto di due perniciose solitudini, e cioè dello storico e dell'analizzatore di un diritto vigente che vicendevolmente si ignorano.

Cominciamo pure dalla prima. È, purtroppo, una realtà frequente in molte Facoltà di Giurisprudenza quella dello storico che lavora con passione e dedizione ma appartato nel cantuccio che egli stesso si è sistemato e che difende ostinatamente. È la manifestazione esterna di un atteggiamento interiore di profonda sufficienza, che sottolinea la incomunicabilità fra chi presume di maneggiare gli alti strumenti di una somma erudizione e chi, agli occhi di lui, si trastulla — spesso per scopi grossolanamente pratici — con gli articoli di un Codice.

Tutto diventa meno arduo e la sufficienza cede alla comprensione, se lo storico — che naturalmente non potrà rinunciare ai preziosi strumenti offèrtigli da una solida erudizione filologica ed archeologica — non depone mai, nemmeno per un solo istante, la convinta consapevolezza d'essere un giurista e di porre in atto col suo lavoro scientifico delle analisi di conoscenza giuridica, né più né

meno del collega che gli è accanto lavorando sugli articoli d'un Codice. Occorre, innanzi tutto, come sono solito dire ai miei studenti, che lo storico del diritto si ponga sul naso gli occhiali del giurista e che senta questi occhiali perfettamente convenienti al suo naso; occorre che egli si misuri anche con quella dimensione esclusiva, òstica forse ma essenziale, che è la tecnica giuridica. Il diritto ha infatti una sua autonomia che si concretizza in una autonoma visione del mondo, che è, insomma, l'autonomia di uno specifico sapere, autonomia di statuto epistemologico, di concetti, di lessico.

Il che non vuol dire — come taluni incolti possono credere — condannarlo al formalismo e ai suoi eccessi. È tutto il contrario: il sapere giuridico, come sapere tecnico, è semplicemente la limpida messa a fuoco della dimensione giuridica entro la grande realtà socio-economica; una messa a fuoco che lui — non altri che lui — è in grado di fare.

È, del resto, solo questo che chiedono a noi gli storici generici. Ricordo sempre con soddisfazione certi miei colloqui con Jacques Le Goff e ricordo la sua conclusione: voi storici del diritto dovete fare il vostro specifico e irripetibile mestiere; « surtout soyez vous-mêmes »; cioè siate giuristi e fate i giuristi, non snaturatevi, perché noi storici generici solo questo a voi chiediamo. Unicamente se nella grande congerie della realtà socio-economica — sembrava sottolineare Le Goff — voi storici del diritto riuscite a identificare la dimensione giuridica, soltanto in questo modo voi riuscite a storicizzare, a fare compiutamente storia ⁽¹¹⁾.

Né si dica che le considerazioni precedenti sono assolutamente tautologiche e pertanto inutili. Formalmente si tratta di una tautologia ma sostanzialmente non lo è davvero. Troppo spesso lo storico del diritto è dimentico del suo esser giurista, della intrinseca giuridicità degli strumenti di conoscenza da lui posti in essere. Certo, giurista con un suo peculiarissimo angolo d'osservazione, ma partecipe con il cultore del diritto positivo d'una comune avventura intellettuale.

Vengo all'altra solitudine di cui diffido. Non v'ha dubbio che il

⁽¹¹⁾ Cfr. *Histoire médiévale et histoire du droit: un dialogue difficile*, in *Storia sociale e dimensione giuridica — Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro* — Atti dell'Incontro di studio, Firenze, 26-27 aprile 1985, Milano, Giuffrè, p. 450.

privatista e il pubblicista hanno per mestiere quello di analizzare un diritto vigente; il loro sapere ha da essere specifico, perché il diritto vigente è il frutto *hic et nunc* di determinate forze storiche e si esprime in determinate fonti normative.

Tutto ciò è scontato. Non è invece affatto scontato che il loro compito si identifichi nell'esegesi, in una attività intellettuale passiva che li costituisce esplicatori muniti di strumenti esclusivamente logici e soprattutto psicologicamente estranei rispetto a un insieme di norme nel cui processo di produzione essi non hanno avuto né hanno alcun coinvolgimento. In un'ottica meramente esegetica il cultore del diritto positivo si limita infatti ad operazioni di carattere logico-ermeneutico con una limitazione eccessiva del suo orizzonte e con la preclusione di arricchimenti che possono provenire soltanto di là dal testo; con una funzione cioè estremamente ridotta.

Una funzione — io credo — che non corrisponde a quanto oggi si chiede da lui. Oggi gli si domanda quella percezione della complessità (da cui sono partito) e, insieme, quel distacco critico (atteggiamento ben diverso dal disprezzo) che colloca il presente-vigente in una linea ariosa corrente fra passato e futuro.

7. Ciò di cui abbiamo parlato sinora si concretizza in un triplice salvataggio culturale: per la scienza giuridica, innanzi tutto; più specificamente per lo storico del diritto e per l'analista del diritto positivo, sottratti — l'uno e l'altro — dall'esilio d'ombra in cui può confinarli, per un verso l'erudizione, per l'altro l'esegesi normativa.

Mi resta però una precisazione da puntualizzare, che ritengo necessaria per sgombrare il nostro campo da possibili equivoci. Non vorrei cioè che si credesse a un'indole apologetica di questa lezione, apologetica ad ogni costo per la storiografia giuridica con la riproposizione banale e insopportabile di una storia maestra dell'oggi.

È un rischio che spero fugato dalle parecchie righe polemiche spese verso una storiografia giuridica, che mi appare piuttosto come fuga ed elusione di primari compiti culturali. Voglio però ribadire quel che non esitai ad urlare in un illustre consesso internazionale di romanisti, medievisti e modernisti ⁽¹²⁾: la storia non ha il compito di

(12) Mi riferisco all'Incontro internazionale, organizzato in Ascona (Svizzera) da

offrire dei modelli al presente, verità elementare che io esprimevo soprattutto ai colleghi romanisti, spesso tutti protesi a immobilizzare e dogmatizzare i loro ammirevoli archetipi « classici ».

La comparazione verticale (ma senza dubbio anche quella orizzontale) fa qualcosa di diverso: offre dei momenti dialettici al presente, lo relativizza ponendolo in rapporto dialettico con essi, ma — insieme — lo arricchisce e lo irrobustisce inserendolo nella linea che nasce dal passato, tocca il presente, lo sorpassa e cammina diritta verso il futuro.

Dialettica vuol dire confronto con valori diversi e, magari, opposti, che non fungono da modelli coartanti; vuol dire apertura e disponibilità verso esperienze aliene per trarne occasione di ripensamenti, integrazioni, modificazioni. I singoli momenti storici, ciascuno dei quali realizza una autonoma maturità di tempi, non sono isole staccate ma punti d'una lunga linea; punti sorretti da forze proprie e peculiari — le sole con cui possono essere misurati e valutati — ma pur sempre frammenti d'una linea.

Lo storico non offre modelli, ma segnala il senso della linea. Scioglie — per così dire — l'assolutezza del presente relativizzandolo grazie alla immersione nella linea ma dandogli anche una più acuta coscienza della direzione. La quale non è certamente segnata da un incessante movimento evolutivo all'insegna di un costante progresso, ma è costituita di volta in volta utilizzando l'unica ricchezza disponibile nell'umana vicenda, e cioè la vita interamente vissuta, compiutamente espressa con tutto il suo patrimonio di valori e di disvalori.

Il presente è soltanto un frammento; per di più, un frammento che è per sua natura monco, inesperto, che non può che rendere miope lo sguardo. Con le sole forze del presente non si costruisce il futuro; c'è piuttosto bisogno — non come modello ma come momento dialettico — di una maturità esprèssasi nella sua totalità. E lo storico è indubbiamente il personaggio più presago di futuro per la *perfezione* (secondo il significato latino di compiutezza) d'un patrimonio del passato che gli è familiare, che rende aguzzo lo sguardo

Pio Caroni e Gerhard Dilcher nei giorni 24-27 aprile 1996, e dedicato al neopandettismo in rapporto al costruendo diritto comune europeo.

miope e consente di superare la non eliminabile *imperfezione* dell'oggi.

Penso spesso al non facile momento che tutti noi giuristi stiamo vivendo, penso particolarmente al nostro sforzo encomiabile di edificare — passo dopo passo — un diritto comune europeo. I guai diventano quasi insormontabili se carichiamo di assolutezza il nostro presente ancora imbevuto di Stati, di sovranità affermate puntigliosamente, di leggi nazionali.

È qui che si inserisce salutare l'opera del comparatista in senso verticale: le miserie di un presente, che può apparire eterno ma che ha invece origini tanto prossime, saranno intensificate nel confronto coi paesaggi universalistici disegnati dallo storico. Nell'ora in cui i principii di un possibile diritto privato uniforme cominciano ad essere tracciati, sia pure a titolo privato, da una scienza responsabile e provvedutissima ⁽¹³⁾, lo storico non fa fatica a richiamare il ruolo fondamentale e fondante giocato tante volte dalla scienza nell'itinerario storico-giuridico occidentale; certamente liberandosi della stretta veste dell'esegesi e indossando invece quella ben più impegnativa ma anche più conveniente della interpretazione.

(13) Il riferimento è a varie iniziative attualmente in corso in Europa, in modo particolare ai principi dei contratti commerciali internazionali, che hanno trovato nell'Unidroit di Roma un promotore assai consapevole.

QUALE SPAZIO, OGGI, PER LO STORICO DEL DIRITTO? (*)

1. Se vivessimo un'altra circostanza, non quella attuale e contingente, ci si potrebbe anche dedicare ad alte parole sui rapporti tra il giurista di diritto positivo e lo storico del diritto, sul ruolo di questi nell'ambito della scienza giuridica e anche di una Facoltà di Giurisprudenza. Cioè noi potremmo e forse dovremmo affrontare un discorso in chiave generale ed astratta. Purtroppo, le circostanze attuali ce lo impediscono, o almeno ci consigliano di scendere di livello, di scendere di piano.

La mia preoccupazione, stasera, sarà quella di porgervi qualche riflessione a fior di labbra, riflessione che faccio innanzi tutto a me stesso prima che a voi, tenendo conto della situazione in cui Parlamento e Governo, in particolare il Ministro per l'Università e la Ricerca, tutti dotati di mentalità ragionieristica, ci hanno collocato. E quando dico mentalità ragionieristica, non puntualizzo una mentalità ispirata alla ragione, ma piuttosto alla più grossolana contabilità, alla più grossolana mercificazione della dimensione culturale; mi

(*) È il testo della relazione introduttiva, tenuta il 10 dicembre 1999, al Congresso organizzato in Milano dalla 'Società italiana di storia del diritto'. Poiché gli 'atti' non hanno fatto oggetto di stampa, alcuni giovani storici del diritto mi hanno segnalato l'opportunità d'una pubblicazione, affrontando io temi e problemi di vitale interesse, soprattutto per i cultori novizii della nostra disciplina. Aderisco ben volentieri, stimando che l'invito alla stampa non rappresenti soltanto un gesto di cortesia ma corrisponda a una utilità obbiettiva: il discorso fu pronunciato nel bel mezzo dell'itinerario della pseudo-riforma dei Ministri Berlinguer e Zecchino, ma serba ancora molti contenuti di viva attualità.

Il testo è nulla più che la trascrizione fedele di quanto ho detto allora a Milano, con semplici correzioni formali.

Sono lieto di offrirlo alla memoria di un Collega caro e stimabile, troppo presto sottratto alla nostra comunità scientifica, che ascoltò attento le mie parole e volle, poi, discuterne con me in un atteggiamento di piena adesione.

riferisco a diverse scelte politiche e soprattutto all'inchiodamento in crediti, in dati numerici, che la Facoltà di Giurisprudenza e le Facoltà universitarie dovranno subire; è un'ingerenza pesante da parte del potere politico, che si sciacqua la bocca parlando di autonomia e ce la nega proprio sul punto centrale e vitale della ricerca scientifica e dell'autonomia didattica.

Io ho apprezzato sinceramente la relazione di Aldo Schiavone; però su un punto sono in totale disaccordo con lui, quando ha detto: "...siamo padroni del nostro destino". Io affermo: eravamo padroni del nostro destino, ma il potere legislativo e il potere di governo ci stanno legando le mani, ponendo in un angolo proprio le materie a dimensione squisitamente culturale. E questo è insopportabile; contro questo noi dobbiamo urlare.

Non voglio dedicarmi alle lacrime, né ad un distruttivo pessimismo, ma è certo che la situazione esige da parte nostra, di tutti noi storici del diritto — romanisti, medievisti e modernisti — perfettamente congiunti in questa fornace ardente, un'azione che dev'essere culturalmente provvida. È il motivo per cui non reciterò alate parole questa sera in mezzo a voi, cercando unicamente di mettere a fuoco un ruolo per la storia del diritto medievale e moderno (perché di tal settore io mi occupo), in questo frangente e in mezzo a queste gravi difficoltà in cui il potere politico ci ha immesso.

Rendiamoci conto che noi non siamo docenti di 'Istituzioni di diritto privato', cioè di una materia che, per la sua valenza básica e positiva insieme, ha di per sé la capacità di imporsi in ogni contesto; da parte nostra occorre riaffermare un ruolo centrale all'interno delle Facoltà di Giurisprudenza, però non con proclamazioni immotivate, bensì mettendo a nudo — e quindi riscoprendo — una dimensione culturale (si potrebbe dire: propriamente epistemologica) troppo spesso fraintesa o misconosciuta a cominciare da noi stessi. Chiuderò, poi, con qualche cenno anche alle Facoltà di Lettere e di Scienze Politiche, proprio per la circostanza che, in esse, alcuni nostri colleghi insegnano materie storico-giuridiche.

2. Primo invito che faccio a me stesso e ai miei colleghi: mutiamo atteggiamento psicologico.

Spieghiamoci meglio: troppo spesso gli storici del diritto italiano hanno quello che io chiamerei lo spirito del cantuccio, cioè si

sentono in un canto appartato della Facoltà di Giurisprudenza, si sentono in qualche modo emarginati. Vorrei aggiungere: si compiacciono di essere emarginati, soddisfatti di offrire al teorico del diritto positivo qualche bel brocardo latino con cui lardellare le sue pagine e, domani, le future comparse conclusionali dell'avvocato o le future sentenze del giudice. È chiaro che questa mentalità, la mentalità del cantuccio, va tolta di mezzo, perché è il primo impaccio paralizzante negativo per lo storico del diritto italiano. Fatta questa elementare premessa, consideriamo quali strumenti noi dobbiamo valorizzare nelle nostre mani per fronteggiare questo non facile momento nella vita delle nostre discipline.

Noi dobbiamo sfruttare — permettete questa brutta parola, ma la uso nel suo significato bassamente utilitaristico —, noi dobbiamo sfruttare fino in fondo la crisi in cui attualmente si dibatte il giurista di diritto positivo, in cui la scienza giuridica, come scienza positiva, attualmente si trova.

Cosa intendo quando parlo di crisi? È crollata o sta crollando una vecchia mitologia per il giurista di diritto positivo, e, con questa mitologia, un universo giuridico che era concepibile e concepito nella forma più semplice: un universo di leggi, un universo di testi, un universo di testi autoritari, rispetto ai quali l'unica funzione dell'interprete e dell'applicatore era l'esegesi. Un qualcosa di assolutamente metastorico.

Oggi, dietro questo universo di testi, ci sono realtà effettive fino a ieri compresse e sacrificate, che ora incalzano, che ora anzi affiorano: il giudice ha preteso vittoriosamente una presenza attiva e innanzi tutto quel giudice supremo, garante della coerenza tra forme legali e valori della società civile contemporanea, che è la Corte Costituzionale, ma — addirittura —, al di sotto, anche il mondo della prassi. Penso in questo momento alla enorme evoluzione del diritto commerciale, dove uomini d'affari inventano e coniano tutta una serie di grezzi strumenti che, successivamente, gli scienziati del diritto categorizzano immettendoli nell'ambito di principii agili atti a renderli maggiormente universali pur mantenendone l'agilità. È questa la grande avventura che il diritto commerciale sta attualmente vivendo al di là dello Stato, al di sopra dello Stato.

Il risultato è tangibile: l'universo giuridico si fa incredibilmente più complesso. Pensate — tanto per fare un esempio — a quel

riferimento, che nelle sentenze della Corte Costituzionale è sempre più frequente, alla ragionevolezza della legge e al diritto vivente. Agli occhi dello storico ha un significato principe: che per il cultore del diritto positivo sono sconvolte le categorie legalistiche portanti, o almeno sono incrinatae, e pertanto sono da rivedere.

Accanto, un'altra circostanza. Certo, si coltivano, da parte del vigentista (perdonatemi il non elegante neologismo) le singole discipline, le quali ne ricevono analisi minute e approfondimenti, ma circola un'insoddisfazione crescente: quelle vecchie partizioni fra diritto privato e diritto pubblico, cui erano avvezzi i nostri padri, su cui aveva creduto il vecchio mondo e che avevano retto fino a ieri, oggi sono messe in dubbio; domina uno scetticismo profondo e se ne vedono i limiti in forza di una sentitissima istanza di unità. Alla unità del diritto non può non corrispondere una unità della scienza giuridica, almeno come sentimento della unità, come consapevolezza della unità. Noi continueremo a coltivare le nostre singole discipline, ma ci deve sorreggere quel *quid pluris* che è la coscienza della unitarietà scientifica che ci lega.

V'è, infine, un terzo punto meritevole di considerazione. Lo Stato, giuridicamente, conta sempre meno; lo Stato è sempre meno quel referente essenziale quale era apparso ai costruttori del diritto moderno. Oggi si parla continuamente, e non soltanto da parte degli internazionalisti e dei comparatisti, di transnazionalità. Quel diritto commerciale che attualmente è, per buona parte, elaborato dalla prassi e categorizzato dalla dottrina, è un diritto tipicamente transnazionale. I principii dei contratti commerciali, che ha elaborato l'«Unidroit» sulla scorta di notevoli apporti dottrinali dei commercialisti, o quei principii dei contratti in generale, che sta definendo una Commissione di saggi presieduta dal giureconsulto danese Ole Lando, ne sono la clamorosa riprova. È in atto un movimento liberatorio, uno svincolo del diritto positivo dallo Stato, svincolo senza dubbio parziale, parzialissimo, ma certamente il panorama si fa assai più vario, più complesso, e il mutamento — che c'è sempre stato, perché il mondo ha sempre continuato a fluire dalle origini fino ad oggi —, il mutamento si è fatto estremamente rapido e pretende una rifondazione di radici in modo sempre più assillante.

3. Nel contesto or ora descritto, io penso che per lo storico del diritto ci sia uno spazio cospicuo. In questo momento di veloce mutazione, di riscoperta di complessità prima sepolte, di unità multidisciplinare ora sentita come un bisogno cogente, in questo contesto, io credo che lo storico possa assumere quello che è il suo ruolo essenziale all'interno di una Facoltà di Giurisprudenza: fungere da coscienza critica del vigentista; lo storico del diritto deve stare accanto a costui e mostrargli ciò che, con i suoi soli occhi, egli non è in grado di percepire o non vuole percepire.

Perché? Perché lo storico del diritto detiene alcuni pregi e meriti che discendono esclusivamente dalla sua competenza professionale.

Noi siamo, in quanto storici, percettori della complessità; noi siamo sempre, in quanto storici, interpreti della vita, della vita che è sempre un fatto complesso; conseguentemente e necessariamente, non possiamo non essere portatori di una visione complessa dell'universo giuridico. Nessuno di noi si sogna di ricostruire il passato, registrando e segnalando unicamente un castello di norme; dietro le norme, abbiamo sempre la urgenza di scendere nel profondo per arrivare alla decifrazione dell'esperienza come realtà globale (almeno lo storico che voglia corrispondere in pieno al proprio statuto epistemologico).

Ma anche il richiamo all'unitarietà della scienza giuridica è un programma, di cui lo storico può farsi portatore. Per lui non è soddisfacente la partizione in discipline. È la ricostruzione di una esperienza di vita — a cui lo storico è vocato — a richiamare all'unità, a reclamare una visione unitaria.

Ultima notazione. Lo storico del diritto è, per sua natura, insofferente a un paesaggio che si riduca a un paesaggio statale. Pensiamo, ad esempio, per i medievisti, al grande fenomeno europeo del diritto comune, dello *ius commune*, o pensiamo anche, per i modernisti, a quelle correnti e a quei movimenti che magari arrivano a proiezioni nazionali, ma che nascono in un grande respiro continentale o addirittura pluri-continentale. Il pensiero va alla storia delle 'Carte dei diritti', delle Costituzioni, delle Codificazioni.

Percettore della complessità del diritto, sensibile più d'ogni altro giurista alle istanze unitarie, immune dalla malattia perniciosa dello statalismo. Questo è lo storico del diritto, in questo si incarna

il suo fertile messaggio odierno. Ma v'è di più: una sua virtù particolarmente preziosa sembra oggi consistere nel carattere autenticamente demitizzatorio, che discende dalla sua specifica professionalità.

Noi siamo campati fino a ieri sulle mitologie della Rivoluzione Francese; noi siamo campati su tutto un castello di assiomi che ci hanno governato come verità indiscusse, da cui discendeva un diritto proposto e imposto quale immutabile, un diritto universale, il migliore dei diritti possibili e, come tale, quasi condannato all'immobilità. È la grande utopia dei Codici.

Ecco, è qui che una tal virtù dello storico del diritto può essere fatta provvidamente valere. Grazie alla sua capacità relativizzatrice, egli è l'unico in grado di dire al giurista di diritto positivo: tu sbagli isolando dalla linea storica quel minimo punto che hai di fronte, un punto che ha un senso soltanto se inserito in una lunga linea. Una linea storica, amici, che nasce dal passato, che arriva al presente, ma che non si arresta al presente.

In altre parole: noi possiamo e dobbiamo essere la coscienza critica del giurista di diritto positivo. Arriverei a dire: noi possiamo e dobbiamo essere il suo salvataggio scientifico.

Non voglio fare come il rospo della vecchia favola, ben nota a tutti noi, che si gonfia per sembrar simile a un bue; credo però fermamente che noi possiamo contribuire a salvare sul piano epistemologico una scienza positiva, che è sotto il rischio perenne dell'inaridimento allorché essa si autolimita nello spazio angusto delle tecniche e non assurge al ruolo universale della riflessione scientifica. In altre parole, il senso della storicità del diritto, che oggi fortunatamente il miglior giurista di diritto positivo percepisce assai più di ieri, si identifica in un sentimento della complessità dell'universo giuridico, della sua unitarietà, della sua insofferenza a proiezioni soltanto statuali, del suo divenire rapidissimo; è in tutto questo nodo problematico che lo storico del diritto può inserirsi in modo fertile.

4. Come? Come e cosa possiamo fare noi, storici del diritto italiano?

Intanto, io comincerei con una liberazione che non è soltanto formale. Liberiamoci, amici, di quell'aggettivo "italiano", che ho sempre sentito gravare pesantemente sulle mie spalle e che ho

sempre avvertito come un vero letto di procuste per noi. Assumiamo a nostra intestazione e a nostro oggetto di studio la insegna ampia “Storia del diritto medievale e moderno”; e non per rivestirci di un’etichetta formale, bensì col significato di misurarci in un campo transnazionale, di conseguire finalmente una assoluta liberazione spaziale. Diritto comune, Costituzionalismo, il grande fenomeno codificatorio, quel pensiero giuridico italiano che io non riuscirei a ben capire se non lo mettessi almeno in stretta connessione con l’esegesi francese e con la grande Pandettistica tedesca: tutto esige di essere immesso in un panorama vastamente comprensivo, sì da cogliere nella loro pregnanza storica quelli che sono stati i veri valori portanti della storia giuridica europea nell’età medievale e moderna.

Storia del diritto medievale e moderno; è un programma grosso, ed è un programma impegnativo. Avremo spazii idonei nei nuovi ordinamenti didattici che ormai si profilano nettamente nelle soluzioni governative? Possiamo operare delle scelte, collocare definitivamente nel dimenticatoio l’esperienza medievale, relegarla in soffitta come un inservibile rottame, e dedicarci al culto del moderno per essere in sintonia con il vigentista al cui fianco io chiamo lo storico per un comune lavoro?

Certamente, la storia del diritto moderno è un terreno di elezione, perché è qui dove è possibile una collaborazione fattiva originata da una vicinanza di interessi e dove una nostra presenza concreta è avvertita in modo positivo. Quindi, ben vengano gli studii di storia del diritto moderno e anche contemporaneo e sia sentito da tutti lontano, remotissimo, il tempo — mi pare un trentennio fa — quando il nostro compianto collega Paolo Ungari scrisse un libriccino su Alfredo Rocco e l’ideologia giuridica del Fascismo e allora parve a molti, se non qualcosa di scandaloso, sicuramente una stranezza, una alienità. Questi tempi sono fortunatamente lontani, e la storiografia giuridica ha, ringraziando il cielo, fatto passi da gigante, giacché la storia del diritto moderno e contemporaneo è stata non soltanto abbondantemente arata ma ha avuto dei buoni aratori.

Continuiamo nel coltivare questi studii e queste ricerche: è senza alcun dubbio il terreno privilegiato per il dialogo con il vigentista. Non mi sentirei però di mandare in soffitta l’esperienza giuridica medievale. Non me la sentirei, perché lì è veramente una

delle chiavi dialettiche per cogliere il ‘moderno’ e uno dei grandi polmoni del ‘post-moderno’. Oggi, la civiltà medievale offre delle dimensioni di straordinaria attualità. Le nostre radici, per buona parte, sono lì, e non ve lo dice soltanto chi è nato come medievista e che, se ha scritto due ‘corsi’ universitarii, sono dedicati, l’uno e l’altro, alla storia del diritto medievale. Ve lo dice uno storico del diritto, che è convintissimo per ferma convinzione scientifica.

Al medievista chiederei — questo sì — una coscienza più complessa; cioè gli chiederei di conservare e agguerrire al suo interno la propria coscienza di uomo del presente. Ogni storico è e non può non essere uomo del presente: solo in quanto uomo del presente egli può fare storia, contemplare il passato e comprendere il passato. Né si creda che io chieda di attenuare le peculiarità dell’esperienza medievale alla luce della dogmatica e delle conquiste tecniche del diritto odierno. Dio me ne guardi! Io credo alle diverse maturità dei tempi, e sono pertanto portato a scandire il flusso storico all’insegna di una forte discontinuità. Ma chiedo allo storico del diritto in genere, e soprattutto al medievista, di avere una intensa dimensione comparativa. La dimensione comparativa — di comparazione verticale — non è invocata per attenuare il significato storico dell’uno o dell’altro dei poli comparandi; al contrario, per esaltarli.

Vi faccio un esempio: oggi si stanno rivedendo parecchi canoni metodologici sul grande tema della interpretazione. Il problema della interpretazione/applicazione è rivisto *funditus*, con una revisione fondamentale, e sempre più ci si distacca dalla interpretazione/applicazione così come il legalismo post-rivoluzionario e post-illuministico l’aveva definita e consolidata. Io credo che porre in contatto dialettico, in frizione dialettica, la *interpretatio iuris* creativa dei giuristi medievali con la interpretazione dei moderni, sia estremamente fruttuoso. Non due modelli che si contrappongono, ma due diverse risposte storiche, ciascuna delle quali può, proprio dal confronto dialettico, ricevere una messa a fuoco che ne sottolinea e ne motiva le peculiarità.

Vorrei fare un altro esempio, un esempio che mi è caro. Ce lo offre quello che io ritengo il più grande storico del diritto medievale di questo secolo, e cioè Francesco Calasso. Calasso utilizza appieno la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici. A mio avviso, non la utilizza coerentemente fino in fondo, ma è interessante e

rilevante la metodologia che egli pone in attuazione: Calasso legge Santi Romano, l'autore italiano di questa percezione pluriordinamentale, e tenta immediatamente di verificarla nella storia. E si ha tutta una serie di interventi, che noi conosciamo bene, di saggi martellanti, fino ad arrivare a quell'ultimo libro in cui una siffatta percezione si assomma "Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale". Ecco una simbiosi magnifica! Ecco la riprova di come la teorizzazione di un moderno, Santi Romano, teorizzazione circolante in questo nostro mondo contemporaneo, può fungere da adeguato strumento ordinatore di una realtà lontana; certo, dopo una attenta verifica alla luce di una realtà storicamente lontana; certo, dopo averne saggiato con rigore la compatibilità; ma è altrettanto certo che si tratta di un esperimento da portare avanti.

Aggiungo un altro esempio, che integra quello or ora fatto: il figlio di Santi Romano, il civilista Salvatore, che scrive "Ordinamenti giuridici privati", che trasporta nel campo del diritto privato le intuizioni del padre (che erano intuizioni di teoria generale), in questo saggio cita a piene mani Calasso. Ecco, sperimentata dalla parte opposta, la simbiosi tra il giurista di diritto positivo e il medievista, tra il personaggio immerso nel presente e l'indagatore del remoto e apparentemente inutile Medioevo.

Calasso che si appropria di indicazioni teoretiche, Salvatore Romano che fonda in parte il proprio discorso sulle intuizioni del grande storico del diritto. È un esperimento da proseguire anche perché, in una Facoltà di Giurisprudenza — io l'ho detto altre volte, ma mi piace ripeterlo qui — quello che temo sono le solitudini: da una parte, la solitudine del vigentista, che ha bisogno di noi e che oggi comincia a rendersene conto; dall'altra, la solitudine del cantuccio, dello storico del diritto che si mette in un angolino della grande stanza e che si appaga di un ruolo che è senz'altro ancillare, ossia di uno pseudo ruolo.

5. Occorre, però, anche che lo storico del diritto italiano — continuiamo ancora per poco, io spero, con questa intestazione — avverta una elementare verità; se volete, una verità tanto tautologica da sembrare quasi inutile di proporla qui: di sentirsi giurista nell'ambito di una Facoltà di giuristi, di sentirsi coinvolto in una grande avventura di conoscenza giuridica. È questo che reclama il suo

statuto scientifico, è questo che reclama per lui una epistemologia minima. Il diritto non è un'isola galleggiante; è invece radicatissimo nella società, ma è un qualcosa che specifica la globalità del sociale, l'incandescenza del fatto sociale. A questo specifico, a questa cristallizzazione del sociale, lo storico del diritto deve rivolgere le sue prevalenti attenzioni.

Mi piace disegnarlo come un giurista, il quale, rispetto ai cultori d'un diritto positivo, ha, ohimè, un compito assai più grave e difficile: quello di immergere il dato giuridico nella dialettica incessante fra ieri e oggi, nelle spire di un insieme di forze che, sole, sérbano la capacità e la possibilità di far comprendere quel dato. Ma deve sentirsi giurista, perché i suoi strumenti sono strumenti di conoscenza giuridica, la sua è un'avventura da vivere accanto al giurista di diritto positivo, anche se lavorando su piani diversi; e se qualcuno si straccia le vesti e mi imputa di peccare di formalismo, o di macchiarmi del vecchio vizio della schulziana "Isolierung" richiamata poc'anzi da Aldo Schiavone, io non ho esitazione nel replicare seccamente: costui è un incólto.

Assumo, infatti, la tecnica — e, nel caso nostro, la tecnica giuridica — come uno strumento straordinariamente espressivo: la tecnica còlta non come cifra misteriosa ma come strumento appropriato per leggere il mondo sociale e metterlo a fuoco sotto il profilo giuridico. A questo proposito, vorrei ricordare il mio continuo dialogo con un amico, che non è né un giurista e nemmeno uno storico del diritto ma un grande storico medievale, Cinzio Violante; Violante, nei tanti quesiti che mi poneva sul tema dei contratti agrarii nei nostri frequenti incontri pisani, pretendeva proprio da me una traduzione tecnica che egli non era in grado, per sua ovvia impreparazione, di percepire. La tecnica serviva a separare certi contratti dagli altri e a rivelare, a seconda della diversità strutturale — a seconda, per esempio, che si trattasse di contratti miglioratizii o semplicemente locativi — contesti socio-economici diversi, coltivazioni diverse, perfino un diverso paesaggio agrario.

In conclusione: puntare sulle tecniche significa soltanto far sì che lo storico del diritto faccia una storia gremita di tempo storico, perché immersa nel tempo storico. Alla condizione cui accennavo più sopra: che quelle tecniche non siano maneggiate come gli strumenti del laboratorio dello stregone; che siano, al contrario, da

immergere in un ambito di forze sociali economiche spirituali, e che si chieda loro di aprirci verso di esse, dal momento che da quelle forze traggono origine e vigore. In questa ottica, certamente, il sapere tecnico è il più espressivo strumento che sul piano storico abbia nelle sue mani il giurista.

6. Qualche minima riflessione sul problema più propriamente didattico.

Siamo tutti qui, a vario titolo, docenti universitarii; per noi è assolutamente inammissibile dividere didattica e ricerca; la nostra didattica non può che avere le proprie radici, il proprio *humus* fondativo, nella nostra ricerca scientifica. Università significa: una simbiosi il più possibile perfetta fra didattica e ricerca. È una verità non discutibile, non abdicabile; si ha autentica didattica universitaria quando essa si identifica in una ricerca che si prolunga nella lezione, quando siamo in presenza di una ricerca che si fa anche lezione. Questo è il modello inappuntabile di professore universitario, di didattica universitaria.

Detto questo e antepòstolo come premessa maggiore, come 'degnità' da osservare ad ogni costo, restano delle peculiarità che sono tipiche di quel momento intimamente pedagogico che è ogni comunicazione didattica. La didattica è strumento, o di informazione, o di formazione di un discente. La informazione, quale momento essenziale d'un magistero, non ci compete, o ci compete soltanto nella esigua misura in cui abbiamo anche noi bisogno di un determinato supporto informativo, ma è soprattutto la scuola media inferiore e superiore che ha il compito di informare compiutamente e correttamente.

Noi dobbiamo formare, dobbiamo cioè accompagnare quel singolare soggetto che abbiamo di fronte, e che è il giurista-novizio, nell'itinerario ben arduo che lo porta a diventare un giurista nella pienezza della sua competenza tecnica e della sua consapevolezza culturale. Che vuol dire formazione di un giurista? Vuol dire fornirgli la capacità d'una autogestione scientifica, di leggere il mondo *sub specie iuris*, mettendolo in possesso di un patrimonio di principii, di concetti, di schemi categoriali, di strumenti tecnici che lo rendano agguerrito ed autonomo sul piano culturale. Amici, questa è l'unica 'professionalità' che si deve offrire in un Ateneo,

non quella che certi ottusi Ministri ci propinano come scopo dell'Università.

Le professionalità spicciole — l'avvocato, il giudice, il notaio, il funzionario amministrativo, il funzionario d'impresa —, cioè le professionalità legate a certi mestieri, non sono e non debbono essere compito nostro; lo saranno, invece, di quelle scuole che sono già previste come prolungamento dei cinque anni in cui si concluderà la vicenda universitaria di un giovane studente di giurisprudenza.

Quel che a noi interessa è la professionalità alta del giurista, che è professionalità culturale. Il giurista, come si diceva più sopra, è un personaggio, il quale sa leggere il mondo sociale con degli occhi e con degli occhiali che mettono a fuoco dimensioni specifiche di quel mondo. Questo soltanto noi dobbiamo fare; se ci intristiamo in professionalità di mestiere, quella non è più Università: è una Università nella quale non vorrei essere coinvolto e dalla quale vorrei, anzi, essere, il più possibile lontano.

Detto questo, se abbiamo un tal compito formativo davanti a noi, ecco che si impone anche una riflessione sugli strumenti con cui noi possiamo attuarla. Che cosa abbiamo il dovere di offrire, noi storici del diritto, a colui che ascolta le nostre lezioni di diritto medievale o moderno? Il volto di un'esperienza giuridica; i volti delle varie esperienze giuridiche che si concaténano l'una all'altra con i loro segni di continuità e di discontinuità: istituzioni, istituti, mentalità, ideologie; insomma, il tratto distintivo di una esperienza giuridica, i suoi valori portanti, la sua ricchezza storica, che lo studente è reso capace di comprendere grazie alla voce esperta del maestro.

Si impone che certi strumenti, come il sapere archeologico e filologico, che sono preziosissimo bagaglio dello storico, cui non possiamo rinunciare nell'avvio e nel corso delle nostre ricerche e che ci permettono il miracolo della comprensione, restino nelle fondamentazioni nascoste della nostra comunicazione didattica, fondazioni di cui lo storico non può fare a meno, ma che, in quel momento di colloquio con uno studente in formazione che è la nostra lezione, costituirebbero una zavorra troppo pesante compromettendo l'efficacia del risultato. È una doverosa strategia didattica, che non

tradisce affatto la severità delle nostre retrostanti ricerche scientifiche.

Due sole parole per quanto riguarda la Facoltà di Lettere e la Facoltà di Scienze Politiche.

Io vorrei ripetere quanto ricordavo agli amici, che erano insieme a me — mi pare, sette anni fa —, nel 1992, a Firenze, quando discutevamo dei problemi dell'insegnamento della storia del diritto medievale moderno. Ricordavo allora una precedente esperienza scientifica fiorentina, in cui avevamo, con una punta polemica, cercato di richiamare gli storici della "nouvelle histoire" a questa elementare verità: che il diritto è al centro della società e che non può essere eliminato o rimosso se non a pena di grossi rischi e di grossi costi. Venne allora a Firenze, da me personalmente invitato, Jacques Le Goff, che fu dialetticamente in colloquio con noi, ma che, alla fine, quando si trattò di trarre le conclusioni, rivolto a noi, storici del diritto, si esprese — e sintetizzò il suo pensiero — in questo modo icastico ed efficace: "...surtout soyez vous mêmes" —, innanzi tutto, voi, storici del diritto, non cercate di cambiar sesso, non cercate di fare i transessuali della ricerca scientifica, siate unicamente voi stessi. Egli finiva per rivolgerci un invito pressante: siate giuristi, i vostri strumenti di analisi siano strumenti giuridici; lo strumentario sia lo strumentario tecnico, i vostri occhiali siano gli occhiali tipici del giurista. Solo in questo modo potete svolgere un insostituibile servizio anche per noi storici medievali. È l'identico discorso che faceva Cinzio Violante, quando interpellava il suo amico fiorentino sulla struttura interna di certi contratti agrarii desiderando sapere se un certo schema contrattuale era migliorativo o semplicemente di scambio, giacché dietro a tecniche apparentemente astruse era un intiero paesaggio agrario che si rivelava agli addetti ai lavori.

Questo mi piace riaffermare ora: non chiederei allo storico del diritto che lavora nella Facoltà di Lettere di abdicare al suo statuto epistemologico. Si tratta per lui soltanto di capire l'occasione in cui viene a situarsi il suo discorso e di misurarsi con la preparazione di un generico studente di Lettere digiuno di studi giuridici, affinché la lezione diventi effettiva comunicazione di sapere; ma certamente lo storico del diritto deve restare se stesso anche al di fuori delle muraglie protettive d'una Facoltà giuridica.

Vorrei anche aggiungere che, tra gli stessi docenti di discipline storiche, non mancano coscienze culturalmente vive, che emergono e si fanno sempre più numerose, in un momento in cui quella metodologia paleo-marxista che aveva tentato di espungere il diritto come artificiosa sovrastruttura, quasi come un corpo estraneo, viene finalmente superata sul piano del buonsenso oltre che dell'apertura culturale. Penso a Ovidio Capitani, che, per capire l'età gregoriana, riveste i panni del canonista e si dà a studiare il diritto canonico, percependo che soltanto l'immersione nella dogmatica giuscanonistica gli permette di afferrare certe linee di sviluppo della politica dei Papi nei secoli XI e XII. E penso a Raffaele Romanelli, che nell'età contemporanea assegna al diritto e all'ossatura giuridica un posto relevantissimo. Ma gli esempi potrebbero fortunatamente moltiplicarsi.

Nella Facoltà di scienze politiche oggi è un momento difficile, un momento di grossa incomprensione, non per la sola storia del diritto, ma addirittura per tutta la dimensione giuridica. C'è un atteggiamento ostile da parte di sociologi e politologi — e lo rimprovero affettuosamente anche ad un insigne politologo generosamente venuto qui ad ascoltarmi —, che vuole condannare all'esilio pressoché l'intero complesso delle discipline giuridiche tradizionalmente presenti.

Non so se si supererà questo momento non facile per la dimensione giuridica nell'ambito delle Facoltà di Scienze Politiche, ma è certo che i più colti dei sociologi e dei politologi si rendono conto essere il diritto fondamento storicamente costante della intiera costruzione politico-costituzionale dell'età moderna.

Lo storico del diritto dovrebbe soltanto avere l'accortezza di puntare didatticamente su grandi temi: Stato, sovranità, divisione dei poteri, costituzione, legalità e codificazione, pubblica amministrazione, sottolineando come, grazie ad essi e su di essi, la teoria dei giuristi ha costruito radici e colonne portanti fondamentali di tutto l'edificio politico e sociale.

7. Concludendo: l'importante per noi, storici del diritto medievale e moderno, è un mutamento di psicologia; come vedete, torno esattamente al punto da cui ero partito. Togliamo di mezzo la psicologia del cantuccio, la psicologia di chi si appaga di offrire

elementi decorativi al giurista diritto positivo (che non sa che farsene; e giustamente ci disprezza nel momento in cui ci limitiamo a questo non-ruolo).

La storia del diritto medievale e moderno non è un accidente, per usare la vecchia terminologia degli scolastici, ma è tessera essenziale all'interno del mosaico scienza giuridica. Da parte nostra, occorre avere limpida coscienza d'essere all'interno di questa scienza con una funzione culturalmente salvante per il giurista di diritto positivo, il quale è tutto preso dal 'vigente' che ha di fronte e che gli sembra immobile, destinato all'eternità e all'universalità.

Cerchiamo di non abdicare a questo ruolo, cerchiamo di essere la coscienza critica del giurista del diritto positivo, mettendoci al suo fianco, bandendo le solitudini, non permettendo deformazioni al nostro sapere giuridico, che è e non può non essere squisitamente giuridico. È chiaro che la nostra metodologia storico-giuridica deve rimanere immacolata da compromissioni; noi non creiamo delle storie "ad usum delfini" condizionate da finalità strategiche. La strategia certamente è l'ultimo degli strumenti in nostra mano e non dovrà mai essere né il nostro angolo d'osservazione né il nostro punto di orientamento. È, invece, sul piano del metodo e dell'atteggiamento psicologico che dobbiamo rinnovarci.

Io credo che questi siano dei sentieri che portano la storia del diritto, non direi alla sopravvivenza, ma a una presenza avvertita come insopprimibile nella coscienza generale di una Facoltà giuridica. Io vorrei trasmettervi la convinzione che è così! Grazie.

ANCORA SULL'ASSOLUTISMO GIURIDICO

(Ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto) (*)

1. L'assolutismo giuridico come superamento d'una oleografia storico-giuridica. — 2. Sulla libertà e ricchezza dello storico del diritto. — 3. Il significato dello schema storiografico dell'assolutismo giuridico. — 4. Giusnaturalismo e giuspositivismo nella fondazione dell'assolutismo giuridico. — 5. Assolutismo giuridico, mutamento socio-economico, complessità dell'esperienza. — 6. Assolutismo giuridico, crisi attuale delle fonti, ruolo odierno del giurista.

1. Assolutismo giuridico: un sostantivo e un aggettivo comuni, ma una congiunzione non comune. Si è infatti parlato e si parla spesso di assolutismo unéndovi 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

(*) Sono lieto di dedicare questo scrittarello, riassuntivo delle mie riflessioni sul tema dell'assolutismo giuridico, a Giorgio Berti; certamente, a un amico fra i più cari e a uno studioso fra i più originali ed acuti nell'attuale dottrina giuridica italiana, ma anche a colui che, con una sua felicissima iniziativa, mi dette la prima occasione di manifestare il mio pensiero in proposito. L'iniziativa è il convegno, progettato e organizzato da Berti su "Autorità, consenso e prassi nella creazione e nella attuazione delle norme giuridiche", che si svolse a Milano nei giorni 26 e 27 ottobre 1984 e i cui 'atti' sono stati pubblicati su *Jus*, XXXII (1985). Al convegno, cui ero stato affettuosamente invitato, non potei purtroppo partecipare. Cercai di attenuare il rammarico dell'amico organizzatore, delusissimo per la mia assenza, promettendo di recensire gli 'atti' appena fossero pubblicati, il che avvenne sui *Quaderni fiorentini* (17, anno 1988) con un ampio 'a proposito di': "Epicidio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'atti' di un convegno milanese e alla ricerca di segni)".

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 soprasensibile, 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 1985 che, come segnalavo nello stelloncino in epigrafe, sollecitato da una provvida iniziativa di Giorgio Berti volta a riflettere problematicamente sul sistema delle fonti del diritto, io arrivai per la prima volta — in una completa solitudine — a cogliere la pienezza del diritto moderno quale assolutismo giuridico, ma 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 si fece esplicito il discorso, con 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 quindici 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 a mettere in luce 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 coar-

tante e innaturale fosse il gran processo di panlegificazione 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 chiare e certe, 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 immedesimarsi 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 principii di ordine pubblico impedisce una visione pluriordinamentale 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 della quotidiana vita privata, che una tradizione antica e mai smentita aveva pressoché interamente lasciato nell'òrbita 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 ma incontrollato proliferare di usi che dottori e giudici si impegnavano a ridurre in ampii 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 statalizzazione 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 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 giusnatu-

ralismo al giuspositivismo, nelle fondazioni indubbiamente giusnaturalistiche del moderno giuspositivismo.

Fondazioni che han durato a lungo, che, per buona parte, durano tuttora: siamo ancora degli adepti del giusnaturalismo settecentesco, inconsciamente oggi, 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 nòvero 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 rèstano, come il primato della legge e il panlegalismo di cui di 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 e, conseguentemente, 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 nòvero di idoli — venerati e non discussi — che dòninano 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 absolutezza 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.

Ripetiamolo: 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 troppo spesso 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 — provoca una semplificazione dell'universo 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 tecnica (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 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 povero giudice e scienziato, come ci testimoniano le pagine di due grandi e sensibilissimi giuristi, Raymond Saleilles e François Génys; conquiste su cui sempre incombe il rischio della condanna per eresia, dal momento che la 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 valutato e interpretato, immediatamente dopo l'entrata in vigore, quell'art. 4 del *Code Napoléon* che obbliga il giudice alla decisione della controversia propostagli: checché avessero voluto dire Portalis e gli altri redattori (uomini spesso portatori di idee circolanti nell'antico regime in cui erano stati educati), fu valutato 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'interezza 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 rattappito 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 rattappito, 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 regolamentazione dei proprii interessi o a seguire lo sviluppo tecnico 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 delle 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 statale si assottiglia giustamente sempre di più, fonti — per giunta — messe profondamente in crisi dai sempre più virulenti ed efficaci canali di produzione extra-statale sommariamente ricomprensibili nel sintagma oggi correntissimo di ‘globalizzazione giuridica’.

Né si dica che l'art. 12 è superato o aggirato dalla 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. Del resto, se quell'articolo è lì ancora intatto senza suscitare proteste, senza che vi sia un giurista italiano che si sia stracciato le sue vesti scandalizzato da una reliquia inaccettabile, è segno che il giurista italiano ha persistito a sentirlo in perfetta consonanza con certe sue credenze profonde.

6. L'espropriazione totale — che della produzione del diritto si è compiuta negli ultimi duecento anni a favore del legislatore e a scapito 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 ed elasticissime 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 *ius commune* e la giurisprudenza nella *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 rinchiusi nel bozzolo della legge e separate dal flusso storico che continua a scorrere.

Oggi, momento non facile per il giurista è però anche il tempo di un suo rinnovato e intensificato ruolo. La crisi delle fonti, cioè del sistema tradizionale delle fonti così come ci è stato consegnato dalla dommatica costituzionale del *Rechtsstaat*, toglie certezze, provoca instabilità, però anche muove e apre il paesaggio giuridico, dissep-

pellisce dai sepolcri (dove quella dommatica li aveva condannati) proprio i giuristi, vecchi protagonisti della storia giuridica fino alla piena età moderna, e li dissepellisce in grazia del loro sapere specifico, come personaggi — non importa se teorici o pratici — che sanno di diritto, chiamati a ordinare con le loro categorie e con le loro invenzioni tecniche le richieste di un mondo economico ormai avvezzo a spazi virtuali, che si infischia degli Stati, delle loro sovranità, delle loro frontiere limitate, delle loro leggi viziate da intollerabili particolarismi territoriali e anche dalla sostanziale incapacità a seguire e regolare un mutamento vorticoso.

È un momento non facile, perché impegna tutte le forze del giurista (la sua cultura, la sua valentia sistematoria e costruttiva ma innanzi tutto percettiva e intuitiva; mi verrebbe voglia di dire: la sua fantasia). Lo impegna a un fondamentale cambio di psicologia, ad abbandonare la proverbiale pigrizia che lo ha visto per tanto e troppo tempo soddisfatto e lieto all'ombra del legislatore, e ad armarsi di coraggio.

Non un giurista trasformato (e snaturato) in un politico, bensì un giurista che sfrutta appieno tutte le potenzialità di quell'arma — fino ad ieri non adeguatamente utilizzata ma arma tipicamente sua — che è l'interpretazione, interpretazione della norma ufficiale e formale alla luce dei segni dei tempi, con lui quale insostituibile mediatore fra la immobilità del *testo* e la mobilità della *società*, erede legittimo dello *iurisperitus* romano e medievale nonché del *common lawyer*.

L'assolutismo giuridico appartiene a un passato da contemplare come definitivamente racchiuso nell'urna dei due secoli appena trascorsi, se non si vuole sacrificare il diritto in un'armatura che lo soffoca e lo relega in un esilio sterile. Debbo correggermi: sarà questa la sorte del diritto ufficiale, mentre la società continuerà a ordinarsi giuridicamente oltre e contro le forme coartanti, giacché il diritto (quello senza qualificazioni limitative) appartiene alle sue radici più riposte e sa svincolarsi anche dai lacci più oppressivi come quelli escogitati e messi in opera nell'inchiodamento giuridico borghese.

UNITÀ GIURIDICA EUROPEA: MEDIOEVO PROSSIMO FUTURO?

1. Maturità di tempi e illusioni continuistiche. — 2. L'esilio del medioevo giuridico durante il 'moderno'. Riscoperte novecentesche. — 3. La maturità di tempi medievale. — 4. Messaggi fruttuosi.

1. Quando l'amico Pietro Costa mi ha invitato a collaborare a questo 'Quaderno' monografico assegnandomi il tema indicato nella intitolazione di queste mie pagine, sono stato lusingato e imbarazzato. Lusingato, perché mi premeva (come mi preme) di essere presente — solidale ed entusiasta — in questo primo 'Quaderno' diretto e organizzato da Costa; imbarazzato, però, per via del tema proposto alle mie riflessioni, tema di cui avvertivo (come avverto) l'ambiguità, in cui vero e falso, realtà e parvenza, venivano a mescolarsi rischiosamente.

È che io sono sempre stato (come sono) un inguaribile insofferente a soluzioni continuistiche nella analisi storiografica, sia che percepiscano il divenire come un progresso incessante, sia che concepiscano la linea storica dominata da alcuni modelli insuperabili e pertanto trapiantabili tranquillamente nell'oggi, come se il tempo non fosse trascorso ad accumulare le sue inevitabili sedimentazioni, modificazioni, trasformazioni.

La prima soluzione non ci interessa in questa sede, né sembra comunque offrire troppi rischi culturali, per la più che semplice ragione che nessuno — metodologicamente appena un po' provveduto — si sentirebbe di tornare a ballare oggi il ballo Excelsior come i nostri candidi antenati di cento anni addietro.

La seconda soluzione, invece, è rischiosissima, perché la vediamo concretamente affacciarsi proprio nell'attuale dibattito europeo, con un rigurgito che le iniezioni storicistiche del passato potevano farci

falsamente ritenere esorcizzate per sempre. È perciò opportuno che si svolga qualche considerazione generale prima di calare al nostro specifico oggetto, per liberare il passo da pesanti ingombri capaci di viziare imperdonabilmente l'approccio metodologico.

Il 'modello', come strumento comparativo caricato di intrinseca assolutezza e tale da annullare o almeno attenuare la effettività della comparazione instaurata, è un arnese inadatto sia per lo storico che per il comparatista, perché implica sempre uno scarso rispetto sia per il passato, sia per il presente, sia per il futuro.

La pretesa di proiettare sull'oggi modelli passati è un gesto di suprema presunzione da parte di chi dovrebbe, al contrario, esercitare la virtù somma dell'umiltà. Umiltà di rispettare il distendersi della storia nella sua misteriosa sequela di tante maturità di tempi, umiltà di rinunciare a costruire immodesti ingabbiamenti che non possono che sacrificare e immiserire il mistero ma anche la ricchezza della storia; mistero insondabile — certo — ma che è anche ricchezza esuberante e incoercibile.

Si tratta pur sempre di ingabbiamenti quando si vuol fissare modelli positivi in rapporto ai quali misurare la varietà espressiva delle diverse epoche ed esperienze, e pertanto modelli immobilizzanti. Perché non arrestarci alla elementare verità che il corpo sociale è realtà in continuo divenire, in una crescita continua ma non segnata da scansioni, sviluppi, itinerari predeterminabili? Il modello non può non porsi per quel corpo che come un vestito troppo stretto o troppo ampio, comunque goffo e non conveniente a esprimerne tutte le capacità e a soddisfarne tutte le esigenze, anzi probabilmente coartante. Si pensi a come sia stato pesantemente condizionante nella storia della cultura il riferimento ricorrente all'archetipo del 'classico', e nella storia del diritto al 'romano' grossolanamente inteso come modello archetipico.

La linea storica — soprattutto quando si tratta di una lunga, lunghissima linea — va interpretata non come un forziere di modelli da trapiantare nell'oggi e a cui ispirare l'azione dell'oggi; una linea che, in mano dello storico, non solo non diminuisce il suo rispetto e la sua disponibilità piena verso il passato e il presente, ma che significa soltanto ricchezza e consapevolezza per i suoi occhi. Una linea discontinua fatta di tante maturità di tempi, ciascuna delle quali capace di offrire un messaggio meritevole di essere ascoltato.

Non modelli carichi necessariamente di assolutezza, ma qualcosa di ben diverso: momenti dialettici da porre in contatto e collegamento con il patrimonio di cui siamo portatori. Momenti dialettici che vogliono semplicemente, nella relatività del loro messaggio, rendere più complessa e pertanto più ricca la coscienza del giurista di oggi. Il passato non serba archetipi trapiantabili, giacché nella storia dei corpi sociali i rigetti sono assai più violenti che nei corpi fisici. Il passato serba la testimonianza di una vita interamente vissuta, esprèssasi e maturàtasi in tutta la sua compiutezza, e perciò meritevole di essere raffrontata con quel moncone incompiuto di vita che noi stiamo vivendo nel nostro presente. Per di più, diverse, tante maturità, ciascuna con un volto tipico, ciascuna con soluzioni sue proprie e che nel loro insieme non possono che affinare lo sguardo critico di chi le contempla disponibilmente. Se lo sguardo è attento, si irrobustisce lo stesso progetto per la costruzione del futuro.

In altre parole, il nostro presente noi non possiamo che edificarlo in base alle nostre esigenze, grazie alle nostre forze, tenendo dietro ai nostri valori, cioè rispettando la maturità del nostro tempo. Solo che questa ha un difetto grave ai nostri occhi miopi; è la maturità che stiamo vivendo e che ci è pertanto difficile oggettivare criticamente anche per la sua incompiutezza. L'acqua in cui siamo immersi — se ci è permessa una immagine — è ancora smossa dalla nostra presenza viva e convulsa, e tarderà a chiarificarsi. Occorrono dei puntelli, occorrono dei momenti da porre dialetticamente in approccio, e momenti più riposati, che la storia si è dato cura di decantare e consolidare. Però solo momenti comparativi, non da imitare fedelmente o da tradurre passivamente, bensì contributi alla nostra riflessione critica e pertanto contributi alla nostra autonomia di costruttori della nostra maturità.

Chiudevo un mio intervento di qualche anno fa in seno a un provvido Incontro internazionale dedicato al tema scottante della virulentissima neo-pandettistica di fine Novecento ⁽¹⁾, sottolineando a chiare lettere il monito dell'antica sapienza: “omnia tempus ha-

⁽¹⁾ Mi riferisco all'Incontro internazionale organizzato in Ascona da Pio Caroni e Gerhard Dilcher nell'aprile 1996. Il mio intervento: *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo*, può leggersi, oltre che negli 'atti' dell'Incontro,

bent”, ogni cosa ha il suo tempo (2). Quel monito vorrei oggi riprendere come precetto di elementare buonsenso, prima ancora che come guida epistemologica.

Malgrado tutto quel che ora si è detto, il modello riaffiora sempre, e sempre protagonisti sono la sprovvedutezza culturale, l'ingenuità, la pigrizia del giurista. L'esempio più lampante è quella — ohimè convinta! — riaffermazione di un *usus hodiernus Pandectarum* quale fondamento sicuro dell'unità giuridica europea di oggi e di domani, riaffermazione tanto virulenta quanto insensata. Ma un altro esempio è certamente dato dall'affiorare sparso ma preciso di un medioevo giuridico prossimo futuro, con un *modello medievale* riesumato a bella posta e appiccicato forzatamente alla realtà cosmopolitica che stiamo costruendo.

Discorso ambiguo — come dicevamo all'inizio —, perché portatore congiuntamente di falso e di vero, e pertanto rischiosissimo. Al solito, il rischio maggiore è dato dalla pigrizia dell'odierno giurista, che può trovare comodo ripararsi all'ombra di un modello prefabbricato. Qui giova sicuramente l'intervento dello storico del diritto proprio nella veste che gli è più congeniale (anche se troppo spesso abbandonata) di coscienza critica del cultore del diritto positivo. Cosciente della complessità della linea lunga della storia, cosciente quale nessun altro che questa linea è impastata di passato, di presente e di futuro, egli è — per sua indole — un relativizzatore e un demitizzatore. In questa veste è il miglior compagno di corsa per il giurista, giacché, richiamandolo a visioni culturalmente più appaganti, gli può impedire di operare scelte avventate e di costruire un futuro senza reali fondamenti.

Per il nostro oggetto, l'ufficio dello storico non è facile, e nasce da questo il dichiarato imbarazzo nell'accettare il compito generosamente offertomi da Costa. Non è facile. Non v'è dubbio che tra soluzioni medievali e soluzioni dell'oggi e dell'immediato domani assonanze ci siano. Io credo che non possiamo restarne appagati e parlare — come si fa — di un medioevo prossimo futuro. Io credo che si debba evitare il rischio di cadere in un suadente ricorso modellistico.

anche in *Rivista di diritto civile*, XLII (1996), parte prima (la citazione fatta nel testo è a p. 286).

(2) *Qoèlet (Ecclesiastes)*, 3, 1.

Ma credo anche che sia opportuno e fertile riflettere sui messaggi che da quella esperienza interamente vissuta e compiuta possono provenirci. Una maturità di tempi storici (il medioevo) — lo si diceva all'inizio — quale momento dialettico per la nostra maturità temporale. Se si riuscisse nell'intento, il profitto culturale non sarebbe poco. Ma — ripeto — l'ufficio nostro non è facile.

2. Non v'è dubbio che il 'moderno' si è costruito e strutturato come rifiuto del 'medievale': un momento di regresso storico da dispregiare in ogni aspetto e relegare tra le soffitte non edificanti della storia. All'interno di quella civiltà, ovviamente, anche il diritto che ne era espressione fedele. A differenza del diritto romano, che l'individualismo umanistico riesuma; che riesuma sforzandosi di restituirlo in tutta la sua purezza di messaggio per le sintonie ideologiche riscontrate; che diventa pertanto nervatura portante del 'moderno', sia pure nelle variazioni dell'*usus modernus Pandectarum* e della Pandettistica tedesca, il diritto medievale si vide condannato senza appello.

Era un rifiuto basato su 'buone' ragioni. Il 'moderno' si affermava come rifondazione della società su valori diversi, anzi opposti a quelli convintamente vissuti dall'età precedente. Là si era creduto intensamente in una società di società, valorizzando ogni aggregazione comunitaria, tanto da impedire od ostacolare per tutta la sua durata la realizzazione d'una conversione della società in quella entità unitaria che sarà, poi, lo Stato. Il medioevo è, pertanto, caratterialmente una società senza Stato, e il diritto — che ha come referente la società — può ben dirsi un diritto senza Stato ⁽³⁾.

Là si era vissuto la assoluta fusione tra dimensione religiosa e dimensione politico-economico-sociale, tra metafisica e storia, tanto da farci apparire una terrestrità che ha per tetto il cielo.

⁽³⁾ È la tesi che fa da supporto alla nostra ricostruzione tentata nel volume: *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 2002⁹. Osservazioni puntuali e altresì una puntuale fondazione teorica sono offerte nel nostro saggio specificamente dedicato a: *Un diritto senza Stato — La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale* (1996), ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, nonché, in lingua tedesca, in *Staat, Politik, Verwaltung in Europa — Gedächtnisschrift für Roman Schnur*, Berlin, Duncker u. Humblot, 1997.

Il 'moderno' puntava, al contrario su una pervicace opera di *individualizzazione*: rifiuto e dispregio della nebulosa comunitaria, ma realizzazione di una individualità politica compatta e valorizzazione del singolo individuo. Per di più, imboccata la strada di una decisa secolarizzazione, si tese a liberarsi di tutti i condizionamenti piovuti dall'alto; fra questi, primi, quei moralismi che avevano sacrificato la vita economica medievale e che apparivano repellenti all'embrionale ma progrediente capitalismo.

Il 'moderno' è, insomma, una sorta di zona vuota dove di medioevo meno si parla meglio si fa. L'esempio più clamoroso nel campo del diritto riguarda la persona giuridica. Perno della civiltà giuridica medievale, perno della struttura della Chiesa Romana che non l'ha solo applicata quotidianamente ma raffinatamente teorizzata, perno — aggiungiamo — ineliminabile di ogni società complessa, eppure per quel lezzo di medievale e di chiesastico che evocava subì il più letale esorcismo: quello del silenzio. Infatti, se il legislatore rivoluzionario — sul piano politico — spazzava d'un colpo le strade di Francia da ogni ingombro corporativo, il Codice napoleonico — sul piano giuridico — si limitava a non farne parola come se si trattasse di un istituto tibetano ignoto all'esperienza francese.

Nell'Ottocento italiano parve sicuramente ben strano se non ereticale la voce di un civilista culturalmente singolarissimo, Vincenzo Simoncelli, il quale, non pago delle dommatiche del diritto romano attuale, in un momento di persistente sordità verso i valori sociali e soprattutto verso la perturbante dimensione sociale del lavoro, si immerse con gusto nei cartarii altomedievali dissepolti e appena pubblicati da una storiografia eruditissima, sottolineando alla attenzione dei giuristi alcuni contratti agrarii consuetudinarii nel tessuto dei quali il lavoro diventava — *horribile dictu* per la quieta società borghese — addirittura un modo d'acquisto della proprietà (4); Simoncelli vi aggiunse una attenzione tutta nuova per l'enfiteusi, altra creatura giuridica esorcizzata da un silenzio preva-

(4) *Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici* (1888), ora in V. SIMONCELLI, *Scritti giuridici*, vol. I, Roma, Soc. Ed. del Foro Italiano, 1938.

lente a causa dello sdoppiamento del dominio che provocava (5). Meno ereticale dovette invece sembrare lo zelo di Cesare Vivante per i primordii medievali del contratto di assicurazione (6), giacché ai commercialisti — personaggi coltivatori, agli occhi sdegnosi dei civilisti, di una scienza empirica e tecnicamente grossolana — era consentito di allontanarsi dalle purezze di Gaio e del Codice civile. Dalle pagine civilistiche di Simoncelli scaturì tuttavia, sia pure con parecchie ingenuità, un elogio sincero del medioevo giuridico; ma si trattò di voce abbastanza solitaria.

I riferimenti medievali si infittiscono durante il Novecento, quando le ferme certezze dell'età borghese divengono instabili, quando i due pilastri dell'ordine giuridico, lo Stato e l'individuo, subiscono incrinature in una società sempre più di massa e sempre più sollecitatrice di una 'sgradevolissima' dimensione *collettiva*, quando il rigido individualismo proprietario è costretto a concessioni per il montare delle lotte sociali.

V'è chi, come il giovane Panunzio, non ha esitazione a richiamare il *modello medievale* per legittimare la presenza tutta nuova dei sindacati (7), posizione macroscopicamente ingenua e antistorica che viene severamente respinta innanzi tutto proprio da storici del diritto. Ma vi sono giuristi che, deposte senza un rimpianto le vecchie repulsioni, hanno un atteggiamento culturalmente provveduto e corretto che fa del medioevo né una bottega da rigattiere né un paradiso di modelli, bensì un forziere di messaggi storici.

Santi Romano vi sorprenderà tracce consistenti di pluralismo giuridico (8) e il grande sistematore italiano della teoria della persona giuridica, il civilista Francesco Ferrara, metterà a frutto la lezione medievale in una cospicua parte storica del suo volume (9). Per le

(5) Nei tardi anni Ottanta vi dedicò parecchie ricerche, oggi tutte ricomprese sotto la dizione *Studi sull'enfiteusi* nei sopracitati *Scritti giuridici*, vol. I.

(6) Si vedano i tre volumi che il Vivante pubblica su *Il contratto di assicurazione*, Milano, Hoepli, 1885-1887-1890.

(7) S. PANUNZIO, *Sindacalismo e medio evo (Politica contemporanea)*, Napoli, Casa Ed. Partenopea, s. d. (ma 1911).

(8) Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946².

(9) F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli-Torino, Marghieri-Ute, 1915.

nuove teorie dell'apparenza e del possesso, a Venezian⁽¹⁰⁾ e al suo allievo Finzi⁽¹¹⁾ sembreranno preziosi gli ammonimenti provenienti dallo schema — addirittura *hochmittelalterlich* — della *Gewere*, e lo stesso Finzi, rifondatore negli anni Venti e Trenta di una teoria non più solo soggettivistica della proprietà⁽¹²⁾, attingerà alle spregiudicate intuizioni dei medievali che erano arrivati alla geminazione del dominio. Non solo. Quando, negli anni Venti sempre del Novecento, ritenute insoddisfacenti le architetture astratte del diritto civile, si guarda più da vicino ai fatti economici e in nome di essi si comincia a costruire un diritto della produzione agraria, un diritto agrario, si ritiene necessario di allungare lo sguardo oltre i limiti dell'età borghese⁽¹³⁾.

È questa soltanto una esemplificazione parzialissima, perché il secolo XX è ricco di indicazioni in proposito.

Ma vi fu un contributo non secondario anche degli stessi storici del diritto. Il medio evo era stato sempre studiato dai tempi di Pertile in poi; anzi, non si era studiato che quello; anzi, si era studiato specialmente il suo momento più remoto. È che, sul fondamento delle loro premesse positivistiche, quella storiografia giuridica aveva ficcato ben a fondo il suo sguardo nei documenti della prassi, e, invasata dal sacro fuoco di una concretezza 'positiva', si era data a ricerche minuziose, eruditissime, il più delle volte localmente determinate. Il colloquio con i giuristi di diritto positivo era sostanzialmente mancato, fatta salva qualche rara eccezione. Fu un grande merito di Francesco Calasso, uno storico che aveva profondamente avvertito la lezione dell'idealismo, di spostare l'attenzione sul secondo medioevo, sul medioevo sapienziale, su una grande maturità

⁽¹⁰⁾ G. VENEZIAN, *La tutela dell'aspettativa* (1900), ora in *Opere giuridiche*, vol. II, Roma, Athenaeum.

⁽¹¹⁾ E. FINZI, *Il possesso dei diritti* (1915), Milano, Giuffrè, 1968.

⁽¹²⁾ E. FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in *Archivio giuridico*, LXXXIX (1923); *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario*, Firenze, Accademia dei Georgofili, 1936.

⁽¹³⁾ Giangastone Bolla, il massimo sollecitatore in questa direzione, si dedica lui stesso a ricerche medievistiche, colloquia con gli storici del diritto medievale, apre la sua 'Rivista di diritto agrario' a contributi medievistici e fonda negli anni Trenta lo 'Archivio Vittorio Scialoja per le consuetudini giuridiche agrarie e le tradizioni popolari italiane', dove si dà un ruolo giustamente protagonista a fonti medievali e a scrittori medievalisti.

di scienza giuridica. I risultati positivi furono parecchi; uno di questi è, a mio avviso, la ripresa di un colloquio, e, con la ripresa, una maggiore familiarità di civilisti e pubblicisti con la civiltà giuridica artificiosamente rimossa e minimizzata ⁽¹⁴⁾.

Oggi, questa familiarità si è addirittura trasformata in un atteggiamento ripetuto. Lo storico dovrebbe essere ricolmo di soddisfazione, soprattutto uno come me che non ha mai mancato di valorizzare quella rilevante esperienza giuridica e di ritenerne doveroso (e fruttuoso) lo studio.

Il problema è però di indole squisitamente culturale: ben vengano questi riferimenti, non è certo un cattivo segno. Ma una domanda si impone: sono frutto di analogizzazioni frettolose, di entusiasmi infondati? Nascono da una conoscenza reale di quello che il medioevo fu? E fino a che punto si spinge il riferimento? Si ricade, forse, in quella modellistica che si deprecava all'inizio? L'esempio del buon Panunzio, che vedeva — bontà sua — un medioevo rigoglioso di sindacati e di sindacalismo autentico è lì proprio ad ammonirci e a impedirci di fare scelte criticamente incaute, inaccettabili culturalmente e fonti soltanto di equivoci grossolani. E il futuro resta totalmente da costruire.

Cerchiamo, pertanto, di far chiarezza o di tentar di farla.

3. Il medioevo giuridico fu creatura storica originale, perché fu costruzione lentissima di una prassi investita del compito di edificare dopo il crollo della civiltà romana. Fu creatura originale proprio perché il crollo della civiltà giuridica precedente costrinse quella prassi a lavorare su due vuoti — un vuoto politico e un vuoto culturale — riscoprendo forze e valori che non traevano autorità da modelli già sperimentati. Forze e valori furono reperiti nell'esperienza quotidiana, sparsamente, empiricamente, facendo emergere

(14) Si veda il colloquio di Calasso con Santi Romano, di cui è evidente testimonianza il volume scientifico-didattico *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Milano, Giuffrè, 1948; o quello più tardo dello stesso Calasso con i civilisti in tema di negozio giuridico (*Il negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1959), in un libro che ha molte debolezze ma che segnala una sincera istanza colloquiale; o il colloquio con Calasso del civilista SALVATORE ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati* (1955), ora in *Scritti minori*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1980.

giorno dopo giorno nella lunghissima durata un costume giuridico che la nuova civiltà ebbe modo di consolidare e definire in quasi mille anni di vita; giacché in un millennio si distese quella grande maturità storica che la retorica velenosa del futuro umanesimo avrebbe chiamato riduttivamente *media aetas*. Il canone vincente non fu la *validità*, ossia la corrispondenza a un modello autorevole, bensì la *effettività*, ossia la forza interiore che certi fatti recavano in sé incidendo sulla vicenda storica senza ricorsi a sussidii esterni (15).

Il medioevo fu originale perché fu fattuale: i fatti nascono nel particolare e del particolare si impregnano, trovando in esso la loro cifra; voce che viene dal basso, il fatto non ha la capacità di tradire la domanda storica eludendola o mistificandola con dei modelli. Questo è, per esempio, avvenuto nel tempo medievale in relazione a quel modello forte che è il 'romano': se lo vedremo talora riaffiorare, se — dopo il secolo XI, divenuta ormai la nostra una civiltà sapienziale — constatiamo un gremio di giuristi chiamarsi glossatori e commentatori e fare i conti con testi romani, fu un mantello formale di autorevolezza che essi si misero addosso, ma non fu mai tradimento delle aspettative a loro contemporanee, restando quei giuristi più interpreti dei fatti di costume circolanti che del lontano frammento del Digesto.

Civiltà di prassi, tanto fattuale che noi non abbiamo esitato a qualificare come 'primitivo' il suo primo momento, primitivo in un significato squisitamente antropologico: civiltà dove i soggetti subiscono la imponenza dei fatti, si mescolano con essi fino a essere incapaci di oggettivarli (16). Qualificarla primitiva — almeno nella sua genesi — significa coglierla nascente in una incandescenza socio-economica, senza ipoteche, senza eteronomie.

Sta qui la motivazione della nostra insistenza sulla fattualità ai fini del discorso che stiamo facendo. Ci permette di cogliere la originalità della civiltà medievale, che certamente non nasce dal nulla perché la storia è sempre una concatenazione, ma che certa-

(15) Per maggiori chiarimenti non posso che rimandare al mio libro *L'ordine giuridico medievale*, cit., dove a intelaiatura della analisi storiografica si utilizza la dialettica validità/effettività (si veda soprattutto p. 56 ss.).

(16) Su questa qualificazione primitivistica del proto-medioevo mi sia consentito di rinviare ancora a *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 61 ss..

mente è un anello munito di una sostanziale autonomia. Da qui l'originalità anche del processo di costruzione del diritto medievale, dalla indole sostanzialmente consuetudinaria. La fattualità impone questa scelta, giacché la consuetudine è soltanto un fatto osservato e ripetuto, striscia per terra e di terra si impregna, registrando in assoluta libertà i bisogni emergenti e corrispondendovi.

Fattualità significa, dunque, che non c'è un potere centrale e centralizzante forte, intenzionato e capace di controllare i fatti riconducendoli a modelli imperativi generali. Significa che il diritto medievale ha una sua irripetibile storicità: è un diritto che si adagia sui fatti, che percepisce e segue le forze storiche e le loro domande, restando nella terrestrità bassa dove quelle forze vivono e segnalano bisogni. È all'insegna del particolarismo più esasperato ma anche di un sostanziale pluralismo.

Il pluralismo giuridico. Ecco il punto. Non è una concessione dello Stato (che non c'è), ma l'assestamento spontaneo della dimensione giuridica di una civiltà che vive autonomamente e con autonomia si realizza. Medioevo giuridico significa appunto una coscienza collettiva che genera forme giuridiche plastiche, dalla intensa storicità, che individua il diritto come sua espressione riconducendolo alla globalità e complessità della società e non a una cristallizzazione politica ingombrante, o a un apparato forte di potere. In un mondo politico-giuridico senza burattinai invadenti il pluralismo è nelle cose. Non una fonte unica di produzione che impone canoni sui quali misurare la giuridicità, ma pluralità di fonti, convivenza di fonti e di diritti: non a caso Santi Romano guardava al medioevo come a un laboratorio di ordinamenti giuridici conviventi e coagenti.

Questo spiega anche perché, nel mondo giuridico medievale, si stemperi assai quella distinzione su cui il mondo moderno si è strutturato: *pubblico* e *privato* come realtà separate e che debbono restar separate; con il risultato sclerotizzante di riservare al 'pubblico' la misura della giuridicità, di fare del principio di *validità* il vero fondamento di una sorta di *Grundnorm* non scritta ma imperiosa. Nel mondo medievale è invece una continua interconnessione di fonti, ciascuna rappresentante una dimensione specifica della società. È la Chiesa che produce regole nel proprio ordine, o è il ceto feudale, o quello mercantile, senza che l'una dimensione misuri

sull'altra il proprio grado di giuridicità. Diritto plurale, espressione di una realtà plurale, plurale e sfaccettatissima, la società.

Assumiamo un esempio oggi corrente. Oggi, infatti, si parla frequentemente, anche da chi è immerso nella prassi giuridica, di *lex mercatoria*, tributando forse l'ultimo omaggio a una lingua latina che nessuno conosce più, nemmeno i chierici di una Chiesa che si qualifica come romana. E il riferimento è chiaro all'età del maturo medioevo, quando un vivace e intelligente ceto mercantile intuì e costruì un complesso attivo di strumenti congeniali alle attività mercatorie.

Allora, i mercanti poterono tranquillamente gettare la loro rete giuridica transnazionale di nuove invenzioni efficaci a snellire e a viepiù garantire i propri traffici economici. Lo fecero spontaneamente, liberamente, perché le cose lo esigevano, creatori di un ordinamento giuridico che si aggiungeva ad altri (quello canonico, quello feudale, per esempio), senza alcun complesso di inferiorità o di eccessiva separatezza. Essi si limitavano a corrispondere alle esigenze d'una dimensione della società vista e sentita come un naturale intreccio di più dimensioni. Quel che mancava era una presenza ingombrante che pretendesse di fornire la misura della giuridicità o, peggio ancora, che pretendesse il monopolio del 'giuridico'. Facciamo l'esempio più limpido, e cioè di una serie di istituti, ignoti al paradiso dei modelli romani ma affiorati con vigoria nel groviglio convulso ed incerto di traffici commerciali ormai a livello transnazionale: i titoli di credito, che nacquero come invenzione tipicamente mercantile, frutto di fantasia giuridica e di sicura percezione dei bisogni economici da parte di una prassi ignara di sapienza romana, carte che incarnavano un diritto, che potevano circolare come se fossero merci senza avere la pesantezza immobilizzante delle merci.

Oggi, i grandi mercanti del mondo contemporaneo hanno dato vita alla cosiddetta globalizzazione giuridica, ma si tratta di un canale che corre accanto al grande canale del diritto dello Stato e degli Stati, con una reciproca ignoranza. Lo Stato lo ignora volutamente, ritenendosi il depositario della giuridicità, mentre i mercanti si infischiano della superbia e sufficienza dello Stato e tirano diritto per la loro strada ⁽¹⁷⁾.

(17) Su di un piano rigorosamente giuridico, ho tentato io stesso una recente

Però, al fondo, c'è sempre questo spettro dello Stato, che non è certamente smentito dall'esistenza di comunità transnazionali, che sono comunque comunità di Stati. E c'è una cultura statalistica che ancora domina e che determina nella coscienza comune, malgrado le elucubrazioni di taluni dotti, la inconcepibilità d'un diritto senza Stato.

Il post-moderno cerca di liberarsi dalle grinfie del moderno, ma non c'è ancora riuscito. E continuiamo a esser figli del 'moderno' o da questo almeno profondamente condizionati e segnati. Del 'moderno' c'è restato il peso e l'ingombro dello Stato, un peso e un ingombro che il medioevo non conobbe. Il suo modo di generarsi e di svilupparsi portò a quel totale pluralismo giuridico, che è ancora lontano da noi e sul quale la più gran parte dei giuristi attuali continua pervicacemente ad essere più che perplessa.

La maturità di tempi medievale fu realtà originale, storicamente tipica, perché provocata dalla incandescenza di quel momento storico. Una sua riproduzione manca di fondamento, sa di antistoricità. Quel medioevo è irrimediabilmente consumato nella sua vicenda storica. Ovviamente, cade anche l'ipotesi arrischiata di un modello; e non solo per le cautele metodologiche sopra segnate, ma in grazia della sua assoluta e irripetibile tipicità.

Può servire da momento dialettico: storia compiuta, interamente vissuta da un pianeta storico di intensa originalità, ha dei messaggi forti, soprattutto in questo momento in cui abbiamo gettato alle ortiche quei vestimenti antimedievali di cui i moderni polemicamente si ammantarono e in cui i valori di quella civiltà sono ormai oggetto di spassionata considerazione. Oggi che tentiamo di liberarci dell'abbraccio soffocante dello Stato, oggi che tentiamo la costruzione di un diritto sempre più aperto a una proiezione transnazionale se non addirittura universale, il messaggio medievale può riuscire proficuo.

sintesi: *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Il foro italiano*, maggio 2002, V. Sul piano sociologico-giuridico, si può contare su una ricca e pregevole letteratura a livello internazionale; in quella italiana fanno spicco due intelligenti e colti volumi di M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione — Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000 e *Il diritto al presente — Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002.

Non so, invece, se siamo convinti di tentare la realizzazione di un vero e non dimidiato pluralismo giuridico. Ad avviso di chi scrive, sta qui un messaggio da ascoltare con attenzione e rispetto, ma su cui, all'opposto, constato distrazione o, peggio ancora, infastidimento. Ma sarà bene un esame più specifico.

Con una precisazione. Qualcuno potrebbe eccepire che non vede distinzione alcuna fra il seguire un modello o ascoltare con rispetto un messaggio. Rispondo: il modello va imitato e tradotto; la realtà storica vi si deve conformare. Il messaggio è un contributo al rafforzamento d'una riflessione in ricerca, ma non esige passività, non esige obbedienza. Esige una cosa, di cui abbiamo tanto bisogno: ascolto rispettoso e confronto con gli attuali valori, esige una comparazione dialettica, dove le rispettive diversità non solo non vengano annullate o contratte, ma siano messe in evidenza. Con la coscienza — ripetiamolo — che ogni cosa ha il suo tempo.

4. Vediamo, dunque, quali possono essere i messaggi che ci provengono e che paiono confortarci nell'attuale momento di scelte superatrici delle vincolanti soluzioni della modernità.

La prima voce netta, che viene da una esperienza come quella medievale caratterizzata da un diritto senza Stato, è sicuramente che la giuridicità è connessa alla società. Allo Stato sono speculari le branche giuridiche strettamente legate all'esercizio della sovranità (un esempio: il diritto amministrativo; un altro: il diritto penale), ma il diritto regolatore della vita quotidiana dei privati, espressione di soggetti che agiscono nella società da privati, può e deve ritrovare quella plasticità che sembra oggi richiesta da un mutamento (soprattutto economico e tecnico) in rapidissimo sviluppo. Altrimenti, il costo da pagare è lo sdoppiamento pernicioso tra un diritto ufficiale e canali 'privati' che corrono paralleli. Oggi, non a torto si dubita del grande strumento ordinatore ma controllore della vita giuridica dei privati, che è stato ed è il Codice, ammirevole invenzione della modernità ma inadeguato a tener dietro con coerenza al mutamento. Accanto alla legge-madre, si dubita anche della inadeguatezza dello strumento legislativo in genere.

E qui si aggiunge un'altra voce netta strettamente consequenziale alla prima. La legge non è l'unico canale di manifestazione della giuridicità. Lo è se il potere esige di controllarla, ma oggi il controllo,

sempre a causa della rapidità del mutamento, rischia di essere inefficace provocando situazioni di crisi (crisi politica ma anche socio-giuridica) fra un diritto legale inosservato e un osservatissimo diritto non legale. Nel medioevo non fu la legge lo strumento ordinatore, anche perché il genuino Principe medievale non si sentì legislatore, rispettando una acquisizione della coscienza collettiva che coglieva il diritto alle radici della società e pertanto da identificarsi prevalentemente nella fonte materna della consuetudine affidata alla interpretazione dei giuristi (giudici e dottori). Il medioevo non fu un pianeta legalitario — malgrado quanto si è sostenuto nell'onda di una plagiante sub-coscienza moderna ⁽¹⁸⁾ —, anche se fu un pianeta dove alla dimensione giuridica spettò una centralità senza uguali. Un motivo di impellente riflessione, nel momento attuale in cui teorici del diritto e giuspubblicisti si interrogano sempre più fittamente sul ruolo di una legalità formale come quella che abbiamo ereditato dalla modernità.

Il che ci introduce a un altro messaggio forte. Questa giuridicità intuita così centrale per la società, non affidata se non marginalmente a legge e legislatore, fu identificata nel medioevo in una realtà di radici profonde — realtà squisitamente ontica — che il costume e, a livello giuridico, un fascio enorme di consuetudini avrebbero avuto il compito di consolidare e definire senza farle perdere il requisito fondamentale d'essere ordinamento del sociale, ossia modellatrice plastica e aperta di questo. Ma le consuetudini potevano essere matrici propulsive in una società statica, interamente agraria, come il primo medioevo; viziate dal particolarismo che è proprio di ogni manifestazione usuale, si dimostreranno inadeguate per la seconda fase di sviluppo della civiltà medievale percorsa e dominata da una dinamica intensa e da una circolazione parimente intensa. La soluzione — di fronte alla esigenza crescente di categorie generali ordinanti — fu l'affidamento alla scienza giuridica e, secondariamente, al giudice. E il secondo medioevo, medioevo sapienziale,

(18) Un esempio vistoso è il volume di UGO NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane — Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Milano, Marzorati, s. d. (ma 1946), che risente del parossismo legalitario di quegli anni, un parossismo che nasceva dalla fallace convinzione nella funzione garantistica e benefica della legge.

dette vita al forse più completo e riuscito modello storico di *Juristenrecht*, di autentico diritto giurisprudenziale. Riflettere oggi più criticamente su questo modello (che certamente non fu l'unico nella lunga storia del diritto occidentale) può portarci a qualche (ormai necessaria) scelta coraggiosa. Non sarebbe l'ora di smettere di ripetere a noi stessi e ai nostri allievi la vieta favoletta della gerarchia delle fonti e del culto acritico della legge? Non sarebbe l'ora di riesaminare il ruolo della scienza giuridica? Non sarebbe l'ora di riesaminare il rilievo del ruolo del giudice? È rischioso ripetere (anche se solo su un ipocrita piano formale) vecchie favolette, quando la società pos-moderna le sta mettendo da parte, dando a scienza e prassi il ruolo sostanziale che spetta ai reali meccanismi propulsori dell'ordine giuridico (19). Scienza e prassi applicativa hanno goduto di una duplice e giustificatissima rivalutazione: teorica, con la notevole riflessione ermeneutica, che ha ridicolizzato il giudice bocca della legge o il maestro di diritto quale esegeta; pratica, perché attualmente è il trionfo di invenzioni tecniche novissime che la prassi ha intuito e cominciato a vivere, e la scienza ha prontamente principiato a categorizzare, che il legislatore — al contrario — o non ha avvertito o ha tardato ad avvertire e a disciplinare.

Si aggiunga che, oggi, v'è una coscienza nuova nel giurista, più attiva, più propulsiva. Il giurista vede le deficienze e le sordità del legislatore e tenta di supplirvi; soprattutto, tenta — ed è questo un profilo relevantissimo — di farsi lui portatore di un diritto finalmente insofferente alle artificiose frontiere statuali gettando la rete al di là e al di sopra delle tante insularità nazionali e cominciando a creare un tessuto comune: i recenti esperimenti europei per la fissazione di principii regolatori dei contratti e dei contratti commerciali in specie, che hanno visto protagonista la migliore scienza giusprivatistica europea, sono il segno di questa rinnovata coscienza. Un grande insegnamento della civiltà giuridica medievale è che il diritto è cosa non da politici ma da giuristi, ed è precisamente l'insegna-

(19) Ho tentato di riflettere assai recentemente su questo ruolo della prassi, discorrendo con gli allievi della fiorentina 'Scuola di specializzazione per le professioni legali': *Il diritto tra norma e applicazione — Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in *Rassegna fiorentina*, XXXV (2002).

mento che quella civiltà ha trasmesso al suo figlio diretto, il *common law*. Recuperare il diritto ai giuristi può essere una divisa per il nostro impegno culturale e di politica del diritto.

Un altro recupero va fatto, ma, in fondo, discende già da quanto si è detto più sopra, ed è un recupero pluralistico. Si deve realizzare un più sincero pluralismo giuridico. Il medioevo lo visse interamente, e il suo mondo socio-giuridico fu autenticamente pluriordinamentale. Del resto, non stiamo vivendo forse noi un pluralismo latente con la montante globalizzazione giuridica? Un pluralismo fattuale, che lo Stato continua a ignorare e di cui i tanti giuristi statalisti beatamente si disinteressano; che però c'è, è forte, è virulento, e mette in crisi — nel concreto dell'esperienza dove il diritto si misura quotidianamente — il sublime castello legalistico. Dobbiamo affrettarci verso una mèta che è un diritto senza Stato; il conseguimento di questa mèta è anche conseguimento di un effettivo pluralismo giuridico. Conseguimenti, però, che dobbiamo innanzi tutto realizzare nella nostra coscienza di giuristi. Non si può pretendere dall'apparato statale quel rinnovamento che manca almeno nella consapevolezza dei più. La complessità della società, elementare dato onnipresente ma tanto più presente oggi, deve rispecchiarsi nella complessità plurale dell'universo giuridico.

Diritto senza Stato significa che al diritto ripugna di immiserirsi all'interno di confini invalicabili, significa che il diritto è una *ragione* del vivere civile e che la sua proiezione più naturale è quella universale. Più che un sentimento, è una percezione che si fa strada nelle menti più aperte: dopo che l'Europa è stata ridotta nell'età moderna e pos-moderna a un arcipelago, cioè a un coacervo di isole, si avverte l'esigenza politica e culturale di paesaggi più ampi, di unità più comprensive. E si può giustificare il richiamo ricorrente a quel pre-moderno in cui l'allora Europa civilizzata conobbe una unità giuridica. Da questo riferimento non scorretto ma sommario si può calare a due messaggi che non sono da sottovalutare. Non v'è dubbio che il medioevo compie la sua giuridicità come *ius commune*, diritto doppiamente comune, accomunante cioè la dimensione religiosa e quella civile (*ius civile/ius canonicum*), nonché le varie regioni formanti il campo europeo. Diritto universale, dunque, a più di un titolo, del quale vogliamo sottolineare qui due peculiarità degne della nostra riflessione.

Lo *ius commune* è diritto scientifico. Anche se vi sono coinvolti i giudici con le loro sentenze e i notai con i loro formularii, i protagonisti sono uomini di scienza, certamente non disdegnanti lavori di consulenza per i poteri costituiti, per i giudici, per i privati ma, innanzi tutto, maestri di diritto, *doctores*, demiurghi grandi e piccoli della nuova *scientia iuris* che trovava nella folta diaspora universitaria del secondo medioevo il suo luogo d'elezione. Qui la scienza, sulla base dei testi romani del *Corpus iuris civilis* e canonici del *Corpus iuris canonici*, crea diritto sia pure nella forma di una tipicissima *interpretatio*. Alla scienza è confidato il compito di ordinare giuridicamente il tessuto socio-politico del proprio tempo. E la scienza fa il mestier suo: questi dottori che, insieme agli studenti, erano cittadini d'Europa insegnando a Bologna come a Salamanca, a Orléans come a Oxford, che sentivano il diritto come realtà non legata alle miserie dei particolarismi politici, costruiscono in una proiezione universale, sovraordinata ai confini che la miopia e la superbia degli uomini d'arme e di governo han segnato sul terreno.

Ma v'è una seconda peculiarità, che mi sembra di gran rilievo. Questo tessuto universale d'otto non soffocò i particolarismi giuridici. Il diritto di questa o quella città comunale, di questo o quel principato laico od ecclesiastico, le mille consuetudini striscianti in un territorio determinato, le regole dei mercanti e del ceto feudale, continuarono a vivere intatte. *Ius commune* e *iura propria* costituiscono un grande sistema percorso da una fertilissima dialettica universale/particolare, come intuì felicemente tanti anni addietro Francesco Calasso ⁽²⁰⁾. L'universale né disturbò il particolare né fu da questo disturbato: v'è piuttosto un sistema di integrazione, perché il tessuto universale è plastico, complesso, articolatissimo. È lo Stato che si propone quale struttura rigida e compatta, struttura intollerante. La sua manifestazione naturale, geograficamente precisata, è la sovranità, ossia un potere assolutamente indipendente cui ripugna ogni posizione di autonomia, anche se la autonomia —

⁽²⁰⁾ In ripetuti saggi ed esperimenti didattici. Una enunciazione limpidissima è in *Il problema storico del diritto comune* (1939), ora in *Introduzione al diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1951.

come indipendenza *relativa* — non è una concorrente né ostile né insidiosa per la sovranità.

Nel momento in cui scrivo queste note, sono appena ritornato in Italia da un soggiorno nel Messico per conferenze e lezioni, e, parlando colà con egregii colleghi messicani, ho avuto la riprova di quanto ora si sta dicendo. Trattando con loro il problema così scottante in quel paese delle lotte di popolazioni indigene in difesa delle loro immemorabili autonomie, i colleghi messicani mi sottolineavano che, finché il Messico fu un *Virreynato* all'interno della grande coiné ispanica, pochi problemi sorsero. Cominciarono, invece, a porsi in modo clamoroso dopo le lotte ottocentesche di indipendenza e la nascita dello Stato messicano completamente separato dalla madrepatria e dalle altre ex-colonie spagnole, uno Stato che, come tutti gli Stati di questo mondo, ha immediatamente teso alla compattezza e si è rivestito di intolleranza come il vecchio re di Spagna e il suo viceré non lo erano stati per il passato.

Sotto questo profilo il mondo del diritto comune, mondo di autonomie e non di sovranità, tessuto universale unitario ma complesso, non compatto anzi articolatissimo, non vorrei dire che ci si può proporre come modello, perché mi smentirei, ma può fornirci un messaggio degno di essere ascoltato soprattutto nella feconda simbiosi fra scienza, costruzioni scientifiche, invenzioni della prassi e regole di comunità particolari. In una grande Europa unita, comunità sofferenti per la violenza operata contro di loro dagli Stati, potranno trovare un rispetto maggiore.

DALLA SOCIETÀ DI SOCIETÀ ALLA INSULARITÀ DELLO STATO: FRA MEDIOEVO ED ETÀ MODERNA

1. Universo medievale e universo moderno: il giurista alla ricerca di una discontinuità. — 2. Alle radici della discontinuità: l'incompletezza del potere politico medievale. — 3. La ragnatela medievale: un universo di reti. — 4. L'universo medievale come ordine giuridico. — 5. L'ordine giuridico medievale quale tessuto di autonomie. — 6. Gerarchia, stati, funzioni nel tessuto dell'ordine. — 7. Esordio del moderno: frantumazione del tessuto ordinativo ed emersione dell'individuale. — 8. Profilo del moderno: individualizzazione come liberazione. — 9. Insularità del soggetto. — 10. Insularità dello Stato. — 11. Dallo *ius commune* a proiezione universale alla legge a proiezione statale.

1. Il lungo e felicemente martellante ciclo seminariale in cui si inserisce la presente lezione, dedicato com'è a "L'antico verso il moderno. Unità e disunità della Polis", è stato percorso da un primario filo conduttore facente capo al problema grave — forse il più grave — di ogni indagine storica, quello della continuità/discontinuità. Non interromperò questo filo, anzi in qualche modo lo rafforzerò cercando di puntualizzare la marcata discontinuità che separa, malgrado l'apparente continuità del flusso storico, l'universo medievale da quello moderno.

Essendo chi vi parla un giurista, e con limitate competenze, il mio angolo prevalente di osservazione sarà quello giuridico, con due necessarie precisazioni.

È ovvio, innanzi tutto, che, lungi da impensabili isolamenti, si coglierà la dimensione giuridica immersa nel complesso di forze che orientano e formano un certo assetto di civiltà.

In secondo luogo, che sarà questo un osservatorio privilegiato; a dispetto di quanto volgarmente si crede sul diritto come dimensione formale, sclerotica, e perciò costrittiva del libero espandersi d'una società, è vero esattamente il contrario: si tratta di dimensione

radicale, che si origina nel profondo d'una civiltà e ne contrassegna i valori più basilari.

Il giurista ha, pertanto, lo stesso privilegio del geologo, che da lievi segni incisi sulla superficie riesce a percepire fenditure scissioni cozzi verificatisi negli strati più riposti; ed è in grazia di questo sguardo penetrante che egli, insofferente all'episodico e all'effimero, sarà in grado di sorprendere e comprendere le novità affioranti nelle diverse maturità di tempi che la storia ci propone.

2. Debbo cominciare con una ammissione: il primo sintagma che va a comporre il titolo della nostra lezione non è mio. È di un grande giurista francese, Jean-Etienne-Marie Portalis, il principale protagonista nella redazione del *Code civil* napoleonico, che, nel 'Discours préliminaire' al progetto di Codice dell'anno IX, rileva compiaciuto che una codificazione unitaria era realizzabile dopo che la Rivoluzione aveva ridotto il regno di Francia in uno Stato effettivamente unitario, dotato di una grande compattezza, semplice nella sua strutturazione rigidamente centralizzata; sarebbe, invece, stata impensabile nell'antico regime quando la monarchia sovrastava a una realtà socialmente e giuridicamente complessa presentandosi come una autentica 'société de sociétés' ⁽¹⁾.

'Società di società': con questa espressione indubbiamente felice Portalis puntualizzava bene una situazione francese estremamente risalente, che si era stancamente trascinata fino al secolo XVIII e che recava nel bel mezzo del pianeta moderno l'immagine di uno Stato ancora incapace di liberarsi di antichi condizionamenti, ancora portatore nel suo seno — malgrado l'incedere e il progredire della statualità in Francia — di reliquie medievali.

Il segno della discontinuità è tutto qui: in un medioevo che è pienamente società di società, in una modernità politica e giuridica da identificarsi in un processo liberatorio dello Stato, che sempre più si sforza di scrollarsi di dosso un pesante mantello di complessità sociale, di semplificarsi, di costituirsi in entità compattissima fino a

⁽¹⁾ "Cette prodigieuse diversité de coutumes que l'on rencontrait dans le même empire: on eût dit que la France n'était qu' une société de sociétés » (il *Discours préliminaire* può essere ora comodamente consultato in: *Naissance du code civil — La raison du législateur*, Paris, Flammarion, 1989; la citazione è a p. 36).

incarnarsi nella perfetta unità che contempla compiaciuto Portalis. Insomma, il moderno da cogliere essenzialmente come superamento della articolazione in società di società, che non aveva permesso la manifestazione di un potere politico compiuto.

La cifra più secreta ma anche più tipizzante della civiltà medievale è racchiusa in questa incompiutezza, e, poiché lo storico affida alla comparazione il compito di segnare le scansioni essenziali del divenire, sarà opportuna una sosta su di essa al fine di esaltare senso e contenuti di quelle due maturità di tempi che convenzionalmente qualificiamo come medioevo e modernità.

La civiltà, che lentamente e faticosamente si va disegnando sul proscenio storico occidentale nella crisi dell'edificio politico romano e della cultura ad esso strettamente connessa, assume sempre più, dal secolo quinto d.C. in poi, un volto qualificabile correttamente sotto un profilo antropologico come primitivo: in un paesaggio di scarsi abitatori, di natura geo-fisica insuscettibile di essere governata, di sfasciume politico, di grave insicurezza sociale, la qualificazione primitiva sta a indicare puntualmente un mondo dominato dal reale, dove povere formiche umane — assolutamente incapaci di fiducia nelle proprie risorse individuali — cercano e trovano rifugio in una incombente natura cosmica o in micro-comunità salvanti (2). Si va delineando sempre più nettamente una civiltà non antropocentrica come aveva puntigliosamente voluto essere quella classica, bensì squisitamente reicentrica, con un marchio di generale diffidenza in ogni emersione di *individualità*, diffidenza originata da una psicologia collettiva di sfiducia.

Si aggiunga che le due forze egèmoni di questo occidente in marcia, e cioè la Chiesa Romana e le diverse stirpi germaniche ormai stanziali anche in buona parte della plaga mediterranea, operavano in tal senso: la prima, sospettosa e ostile verso ogni potere politico forte, avvertito — e non a torto — come costrittivo della propria azione nel sociale; le seconde, portatrici di una psicologia del pubblico potere quale dimensione non sacrale, assai diversificata dalla concezione mediterranea che, immergendo il Principe in un

(2) Per maggiori precisazioni su questo primitivismo protomedievale rinvio a quanto ne ho scritto in: P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 2006¹², p. 61 ss..

rapporto diretto con la Divinità e facendone una emanazione stessa della Divinità, caricava di assolutezza quel potere.

Il risultato, che intendiamo sottolineare e che campeggerà per tutta la nuova esperienza, è il protagonismo di una natura cosmica, non compresa ma subita con tutto il suo carico enorme di forze misteriose; lo sviluppo e il dilatarsi e il consolidarsi di un assetto comunitario, ossia di tante comunità protettive in cui la società si organizzava e si diversificava. Natura e assetto comunitario, entità reificanti, impedivano l'irrobustirsi di qualsiasi processo di individualizzazione e tendevano anzi a seppellire al loro interno le singole individualità. A livello sociale non emerge l'individuo, creatura che sarebbe condannata a morte nella sua solitudine in modo non dissimile dalla formica avulsa dal suo formicaio; a livello politico non emerge un potere che possa qualificarsi come compiuto.

Sia consentita su questo punto una sosta riflessiva che chiarifichi e spiani il nostro discorso. Compiutezza non significa effettività di potere, di cui spesso il Principe medievale è ben dotato arrivando a rivestire l'aspetto e la sostanza del tiranno, bensì omnicomprensività, ossia un potere dal carattere fortemente progettuale, che tende al controllo di ogni manifestazione del sociale, che ha come programma il monopolio del sociale; e che genera due conseguenze relevantissime, all'interno della sua proiezione una straordinaria compattezza e necessariamente una sua assoluta semplicità, all'esterno una sua perfetta insularità.

L'archetipo di una siffatta coagulazione potestativa sarà quel prodotto storico correttamente designabile come Stato, la cui incarnazione avverrà — come vedremo e per le ragioni che segnaleremo — nel pianeta moderno. Nell'intero arco di sviluppo dell'età cosiddetta medievale non emerge, invece, nessun soggetto politico contrassegnato da tanta compiutezza; i soggetti politici medievali soffrono tutti, più o meno, del carattere dell'incompiutezza⁽³⁾. Al di sopra della società e magari contro di essa non emerge nessuna figura che possa essere in modo pregnante qualificata come Stato;

⁽³⁾ Ulteriori chiarimenti possono essere offerti da un nostro specifico saggio: *Un diritto senza Stato — La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale* (1996), ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

monarchie, principati laici ed ecclesiastici, città libere, le mille manifestazioni feudali non meritano la accezione di Stati, a meno di non usarla in un significato generico con nessuna valenza definitoria (e pertanto inutile). Emerge, invece, indistinto, il tessuto soffocante di una società che non consente insularità: una realtà magmatica, elastica e perciò priva di confini netti, soprattutto complessa, estremamente complessa.

3. Quando ho proposto al Rettore alcune possibili intitolazioni di questa lezione, accanto a quella che è risultata definitiva, ve n'era una che mi piaceva non poco e che si rifaceva all'immagine della ragnatela. Mi piaceva, per contrassegnare le scelte socio-politiche medievali, proprio perché la ragnatela è una compagine di fili e non di punti isolati, e restituiva egregiamente ai miei occhi l'immagine di una realtà relazionale, di una realtà cioè dove i mille punti che la formano sono assorbiti e sepolti in una struttura di fili, di relazioni, che è la sola a disegnarsi nello sfondo e a contare.

Una ragnatela; ma si potrebbe anche evocare una rete con immagine meno ilomorfica. Con una precisazione comparativa che può riuscire illuminante: oggi, in un momento di crisi dello Stato come potere politico compiuto, in un momento percorso da una tensione destatalizzante, sociologi politologi giuristi ripropongono l'immagine della rete. Istruttiva è la lettura di un libro recentissimo dedicato a 'L'Europa delle reti' (4), un'Europa percorsa da "interazioni eterogenee e complesse accomunate dalla loro incompatibilità con gerarchie di poteri, di rapporti, di funzioni" (5), appunto le reti; libro dove si legge una riflessione di Sabino Cassese, giuspubblicista attentissimo a seguire i segni del nostro tempo, la quale è istruttiva proprio per arricchire le notazioni che andiamo facendo: "la figura organizzativa denominata rete si contrappone a quella propria dello Stato. Questo è retto dal paradigma della unità...è un ordinamento chiuso e definito" (6).

La frase di Cassese ci porta forse a sottoscrivere affermazioni,

(4) *L'Europa delle reti*, a cura di A. Predieri-M. Morisi, Torino, Giappichelli, 2001.

(5) Così nella *Presentazione* di A. PREDIERI e M. MORISI a *L'Europa delle reti*, cit., p. VIII.

(6) S. CASSESE, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, *ibidem*, p. 44.

che oggi possiamo ascoltare sulla bocca di molti nella convinzione di un medioevo prossimo futuro? Simili affermazioni, senz'altro culturalmente incaute, troppo sbrigative nel tener dietro ad assonanze superficiali, fanno rabbrivire chi come me è persuaso che 'omnia tempus habent', che ogni cosa ha il suo tempo, e che il flusso storico si scandisce in tante e diverse maturità di tempi. Si può — invece — e si deve dire che in ogni civiltà storica dove la presenza dello Stato si attenua o addirittura scompare, la fa da padrona una società quale realtà relazionale, globale, e pertanto non chiusa, anzi apertissima in una raggiera che arriva a una proiezione universale, dove nessuna sua coagulazione riesce ad essere perfettamente *insulare*, ad *individualizzarsi*. Realtà, insomma, di *relazioni* e non di *individualità*. Non vi si può concretare l'individuazione suprema rappresentata dallo Stato, da una incarnazione statuale del potere, e non vi si può concretare nemmeno l'individuazione minima rappresentata dal soggetto singolo.

È il trionfo del sociale nelle sue mille articolazioni ascendenti: famiglie, aggregati sovralfamiliari, corporazioni religiose, corporazioni cetuali, corporazioni professionali, aggregati politico-sociali crescenti che vanno da una minima comunità rurale su su fino al sommo di involucri universali quali il Sacro Impero e la Santa Chiesa. Trionfo del sociale e trionfo della comunità, di ogni forma comunitaria come intreccio di relazioni, molte o poche, grandi o piccole. Una fioritura vitale e virulenta che impedisce la condensazione intensissima dello Stato.

È questa la ragione per cui io ho sempre evitato un termine tanto foriero di equivoci, ritenendo un pressapochismo metodologico accomunare sotto una stessa nozione una monarchia longobarda o un possente comune dugentesco con il regno di Luigi XIV o con l'impero napoleonico, stanti le diverse qualità di potere, le diverse psicologie di potere. Se vogliamo evitare genericismi indebiti con una greve eredità di fraintendimenti, il rimedio è semplice: riconoscere che l'esperienza medievale si snoda e si sviluppa in un vuoto statuale e che lo Stato è il grande assente. Ciò libera questo tipicissimo spazio storico da ipoteche fuorvianti e ne consente una comprensione più azzeccata. Si capisce bene — per proporre un esempio che fa al caso nostro — perché, in assenza del grande burattinaio che vuol tirare tutte le fila del sociale, la dimensione

giuridica goda di autonomia e, in grazia di questa autonomia, sia in grado di giocare quel ruolo centrale nella società cui accenneremo fra breve (7).

Insieme allo Stato c'è un'altra nozione e un altro termine che vanno evitati, e per identici motivi: sovranità. La ragione, come è facile intuire, sta nella stretta connessione con Stato: questo si manifesta e si esprime in sovranità, la quale — a sua volta — manifesta ed esprime una potestà assoluta; ed è giustificato, ed è conveniente, che di sovranità parlino i moderni, politologi e giuristi, a partire da Bodin. La sovranità, come vedremo un po' più avanti, è il cemento solidificante di una entità politica squisitamente statale fortificandone l'insularità.

Prevedo, a questo punto, una possibile obiezione: che, nelle fonti feudali medievali, si parla abbondantemente di 'souveraineté'. Io ne aggiungerei per mio conto un'altra: che storici e storici del diritto usano disinvoltamente il termine senza alcuna perplessità.

Comincio da quest'ultima. La notazione sarebbe non immotivata; lo studioso italiano che io ritengo il più agguerrito storico del diritto del Novecento, Francesco Calasso, cui tutti noi di lui più giovani dobbiamo non poco, ha intitolato uno dei suoi libri più conosciuti 'I glossatori e la teoria della sovranità' (8); e con lui molti altri, con un uso che non esito a constatare come comune. La vulgata non riesce a convincermi, e ribadisco la mia convinzione che si tratta di atteggiamenti non sufficientemente meditati e ispirati ai suaccennati dannosi genericismi.

Non mi dilungo oltre, preferendo invece diffondermi di più sulla prima possibile obiezione, che mi offre la possibilità di insistere sul rischio grave di far perno sulla persistenza formale di un certo vocabolario. È verissimo che nelle fonti feudali (e anche assai risalenti) si parla di 'souveraineté' con un linguaggio che è formalmente identico a quello adottato nella 'Republique' di Bodin a fine Cinquecento. Ma quale diversità, o addirittura opposizione, di contenuti! Un esempio varrà a corroborare questa immotivata esclamazione: di 'souveraineté' parla Beaumanoir, un giurista ben im-

(7) Si veda, specificamente, il nostro saggio già citato: *Un diritto senza Stato*, cit..

(8) F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, Milano, Giuffrè, 1957.

merso nel Dugento feudale francese, commentando le *coutumes* del Beauvaisis ⁽⁹⁾, ma intende l'opposto di una situazione assoluta, assoluta nel suo significato etimologico di sciolta da qualsivoglia laccio. In Beaumanoir 'sovranità' indica semplicemente una posizione nella complessa gerarchia feudale, una relazione, nulla più che una relazione, distanziandosi di parecchie leghe dalla sovranità dei moderni.

4. Primato della società, abbiám detto, perché il potere politico medievale è marcato di incompiutezza.

È, tuttavia, un primato costoso, perché pone in evidenza una esigenza drammatica: l'ordine. Come realtà globale, slabbrata, aperta, la società deve essere ordinata, pena la rissa continua e lo sfascio più completo. Ma da chi e come si otterrà il risultato necessariissimo dell'ordine?

Non dal potere politico, o soltanto minimamente, a causa della sua incompiutezza. L'ordine medievale è soprattutto ordine giuridico; il salvataggio di questa civiltà è soprattutto nel diritto. Un diritto che non alligna nella rissosa e confusa superficie, scandito da un rosario di giorni e di mesi; che è, come abbiám creduto di dover dire all'inizio, realtà di radici, che rampolla con immediatezza dal costume, lo esprime ma anche lo seleziona e lo consolida nella lunga durata grazie allo strumento materno della consuetudine.

Il potere politico, occhiuto soltanto nella miope attenzione verso quella ridotta porzione del giuridico necessaria per il suo esercizio, si disinteressa di tutto il resto, consentendo inconsapevolmente il suo adeguamento nel letto del costume e permettendo l'edificazione di un ordine giuridico, lenta come si conviene a un tessuto consuetudinario ma capillare, penetrante al punto di plasmare una coscienza collettiva e di fòndervisi.

E *ordo*, *ordo iuris*, diventa nozione centrale perché su di essa la società reperisce le proprie saldezze ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Dice Beaumanoir: "chascun barons est souveréins en sa baronie" (è citato in CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità*, cit., p. 120, dove però se ne trae delle conseguenze — a nostro avviso — indèbite).

⁽¹⁰⁾ È il tema e l'ossatura del nostro volume sopra citato: *L'ordine giuridico medievale*.

Non un ordine legale, che piove dall'alto e che la società avverte come estraneo se non ostile, non un ordine generale e astratto separato dall'esperienza e sottoposto al rischio costante di diventare una cortecchia rinsecchita, bensì un ordine di matrice consuetudinaria che notariato e giurisprudenza pratica dapprima, dottrina di maestri successivamente, organizzano categorizzano sistemano; però senza fissità antistoriche, ma con piena disponibilità ad aprirsi al mutamento socio-economico incessante, elasticizzando e particularizzando le varie conclusioni a seconda dei tempi e dei luoghi e delle loro esigenze.

5. Ed è questo il carattere fondamentale — e storicamente positivo — dell'*ordo*: non è mai il sacrificio delle diversità in nome di una compattezza totalizzante, è piuttosto armonia di una complessità, che resta complessità in quanto simbiosi di entità diverse nel pieno rispetto delle singole diversità ⁽¹¹⁾.

Se la società è realtà relazionale, l'ordine non lo è da meno; in esso è centrale la relazione e l'insieme delle relazioni come è richiesto da una complessità che pretende di non scomparire. La ragnatela dell'ordine ha trame di fili, di rapporti; nel suo seno tutto è relativo a qualcun altro o a qualcos'altro; la sua struttura interiore si concreta sempre in una *relatio ad*.

All'interno di quest'ordine, pensabile anche in una latitudine universale, non c'è posto per individualità rigide, non c'è posto per sovranità isolanti. L'ordine non è un arcipelago galleggiante ma un tessuto legante, e non sorprende se la sua trama più riposta si incarna in una rete di *autonomie*.

È infatti l'*autonomia* l'assetto più congeniale a un universo politico-giuridico, come quello medievale, che è un universo di relazioni, giacché autonomia è nozione intimamente relazionale. Un osservatore distratto potrebbe scambiare per un sinonimo di sovranità, ma non è così. E qui soccorre la sottile tecnica nomenclativa del giurista nella sua raffinata categorizzazione del mondo politico-

⁽¹¹⁾ Su questa nozione — anche medievale — di *ordo*, ordine, con precisi riferimenti ad alcuni illuminanti testi di San Tommaso, cfr. quanto ho avuto modo di scrivere in: P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2005, (II^a ed accresc.) pp. 65-66.

sociale; e qui il giurista analizza e distingue dove un occhio generico congiunge e mescola indebitamente non arrivando a una soddisfacente messa a fuoco di quel mondo ⁽¹²⁾.

La assolutezza, che è peculiare alla sovranità, cede alla relatività di autonomia; se la prima sembra fatta apposta per scavare fossati invalicabili fra due o più entità, la seconda separa collegando. Se la sovranità erige delle monadi, facendo di ciascuna di esse un pianeta pensato e risolto come autosufficiente con l'unica capacità relazionale che consiste nella tendenza imperialistica a inglobare i pianeti limitrofi, l'autonomia — quale indipendenza relativa — immerge l'entità accanto alle altre, in un reticolato che la collega alle altre, giacché un soggetto politico autonomo è indipendente rispetto a taluni altri ma è dipendente rispetto ad altri ancora, e — quel che più conta per l'analisi che ora ci interessa — è pensato e risolto all'interno di un tessuto il più ampio possibile fino ad essere universale, al centro di una raggiera di fili colleganti.

Insomma, l'universo politico-giuridico medievale ci si presenta quale universo di relazioni fra entità diverse racchiuse in un ordine, ma che nell'ordine serbano le loro diversità segnate dai confini relativi dell'autonomia.

6. Ci sia ora consentita una considerazione ulteriore sulla scansione gerarchica nella quale l'universo politico-giuridico medievale si innerva.

In questo universo ordinato dal diritto la strutturazione gerarchica si origina in un contesto oggettivo di situazioni, nasce dalle cose, perché è nelle cose che ognuno trova il suo posto e il suo ruolo.

E qui permettetemi una citazione letteraria, una citazione singolarissima. È tratta da quello che a me pare uno dei più suggestivi romanzi italiani del Novecento, scritto però non da un letterato professionale, bensì — *mirabile illud!* — da un giurista: il romanzo è 'Il giorno del giudizio', la cui lettura raccomando a tutti i miei ascoltatori; l'autore è Salvatore Satta, docente di 'diritto processuale

⁽¹²⁾ Per chi desiderasse qualche chiarimento concettuale lettura proficua è quella delle pagine di un grande cultore italiano del diritto pubblico, MASSIMO SEVERO GIANNINI, voce *Autonomia b) Teoria generale e diritto pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959.

civile' e avvocato, senza dubbio uno dei più pensosi maestri di diritto che l'Università italiana abbia avuto nel corso del secolo passato (13).

Il romanzo di Satta, sardissimo come èvoa il suo nome familiare, si snoda in seno ad una società isolana ottocentesca ancora profondamente vincolata a valori risalenti e a una risalente organizzazione dalla valenza intensamente comunitaria. Ed è con riferimento a questo ben definito clima sociale che Satta esce in una precisazione, che colpì immediatamente me lettore per la sua acutezza e che mi sembra serva egregiamente a puntualizzare l'esordio di questo paragrafo. Afferma Satta: "non c'era allora chi comandava e chi ubbidiva: si viveva secondo il proprio stato" (14).

Affermazione illuminante, dove non credo sia troppo apologetico cogliere lo sguardo aguzzo del giurista culturalmente provveduto, che riesce a intravedere negli strati profondi la vita stessa delle radici. 'Si viveva secondo il proprio stato', dove 'stato' ha la consonante iniziale ben segnata con la esse minuscola, giacché significa soltanto la nicchia protettiva ordinante, la collocazione e il ruolo in cui ciascuno si trova dalla nascita fino alla morte. Posizione gerarchica perché situata all'interno di una gerarchia, ma che discendeva unicamente da quel posto e da quel ruolo; posizione gerarchica spersonalizzata, anzi il più possibile oggettivata.

E qui soccorre un altro puntello autorevole, una voce proveniente dal colmo dell'universo medievale che noi cerchiamo in queste pagine di focalizzare nella sua essenza. È di Tommaso d'Aquino, pensatore dalla altissima forza speculativa, corifeo di una cultura autenticamente medievale, che, nella sua maestosa 'Summa Theologica' scritta nella seconda metà del Duecento, ci dà una definizione di *imperium*, *imperare*, comando, comandare, che non può non cogliere di sorpresa chi la legge con occhi moderni e che invece è speculare di un pianeta culturale tanto diverso dal nostro.

Mette conto di trascrivere i testi di Tommaso:

(13) Salvatore Satta (1902-1975) ha sempre insegnato discipline processualistiche, lungamente nelle Università di Genova e di Roma. Della sua ricca e pregevole attività letteraria, accanto al romanzo di cui qui si parla, debbono almeno menzionarsi *De profundis* (1948) e *La veranda* (1981).

(14) S. SATTA, *Il giorno del giudizio*, Milano, Adelphi, 1979, p. 76.

“imperium nihil aliud est quam actus rationis ordinantis...”
 « il comando è null’altro che un atto della ragione ordinante »

“imperare est essentialiter actus rationis:imperans enim
 ordinat eum cui imperat...”

« comandare è, nella sua essenza, un atto della ragione: il comandante infatti ordina il comandato » (15).

Dove ciò che può sorprendere è il tentativo pervicace di sottrarre la nozione di comando e di comandare — ossia la nozione la più volitiva possibile secondo una comune accezione di buonsenso — alla sfera della volontà per ricondurla prevalentemente in una sfera razionale, cioè di indole prevalentemente conoscitiva. E si badi: Tommaso crede con ciò di arrivare a colpire e capire l’essenza stessa del comando al di sotto di ogni fallace apparenza.

Il significato di questa operazione definitoria risulta non più sorprendente ma chiarissimo, se lo si ricollega con tutte le osservazioni e conclusioni precedenti; in tal modo, i due brevi testi di Tommaso e il loro contenuto svelano la perfetta coerenza a un complessivo progetto socio-politico. Il superiore, grazie al comando, permette all’inferiore di svolgere pienamente la funzione che è connessa al suo ruolo; se mai, lo agevola, lo favorisce in questo. Il comando diviene pertanto atto razionale, conoscitivo, perché consiste in una lettura dell’ordine sociale, traendone delle conseguenze che sono semplicemente dovute.

La conseguenza è una sola: che c’è ben poco di potestativo in questa nozione; non solo, ma gli si è tolta ogni venatura di arbitrarità.

7. Comincia quel tessuto a logorarsi — facendo presagire strappi sempre più profondi — quando, per il mutare dei presupposti antropologici e strutturali, affiora lentissimamente ma sempre più fittamente e decisamente l’istanza di nuovi modelli e di nuovi strumenti; il che avviene in quel Trecento, che per noi spicca di una sua viva modernità. E non posso qui che riprendere — e mi fa piacere di riprendere — quanto dicevo ben ventitre anni fa, proprio

(15) *Summa Theologica*, Ia IIae, q. 17, soprattutto art. 1 e art. 5.

in questo carissimo Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa, dove, su invito dell'amico Rettore Antonio Villani, fui chiamato a tenere una lezione che — sia pure su un tema più specifico — si collocava nello stesso sfondo storico ⁽¹⁶⁾.

Se modernità vuol dire crisi dell'ordine medievale, dei suoi valori, delle sue certezze conquistate e riposate, gli storici della cultura, dei fatti sociali, del diritto non hanno da aspettare oltre. Il Trecento, malgrado quanto potrebbe apparire a un osservatore facilone suggestionato dalla magnifica fioritura letteraria ed artistica, segnala infatti con i suoi scossoni strutturali e con i suoi ripensamenti antropologici il transito da una civiltà a un'altra.

Sappiamo bene dagli storici dell'economia come le soluzioni, che avevano sembrato garantire durante i secoli precedenti una generale sopravvivenza, siano ora messe a dura prova da una crescente urbanizzazione, da crisi demografiche, da abbandoni di terre, da un rapido eclisse delle culture agrarie. La crisi strutturale, che di primo acchito potrebbe far pensare a un ritorno all'indietro, a una riscoperta di remoti assestamenti, ebbe il privilegio storico di condannare a morte l'intero ordine medievale incrinandone le certezze prime e costituì la circostanza preziosa che permise alla rinnovata visione dell'uomo nel mondo, annidata fino ad allora fra le disputazioni di qualche convento e di qualche scuola, di uscire all'aperto e cominciare a percorrere in lungo e in largo le vie spaziose della società civile.

Non è certamente un trapasso improvviso, come l'ingenuità d'una esposizione necessariamente frettolosa potrebbe far credere, né un capovolgimento brusco della clessidra storica; piuttosto, uno scavo tanto lento quanto profondo, che dal Trecento in poi incide la società nella sua costituzione e nella sua immagine. Nel vecchio organismo, come sempre avviene, con segni di stanchezza e di usura, fan capo le cellule tumorali che lentamente prenderanno sempre più campo, e in esso trovano ancora ospitalità e nutrimento. Il vecchio reca in sé il germe del nuovo, nutre la sua morte; in un processo che noi disinvoltamente siamo avvezzi a liquidare con una parola, a identificare in un solo fatto, in una monocolpa, ma che nella realtà

⁽¹⁶⁾ P. GROSSI, *L'inaugurazione della proprietà moderna*, Napoli, Guida, 1980 (Istituto Universitario di Magistero 'Suor Orsola Benincasa' — Interventi, 13).

storica è sempre il frutto di un fascio di motivi, i quali, cumulandosi l'uno sull'altro, alla fine rompono e stravolgono.

Il Trecento, sul piano antropologico ma anche su quelli politico e sociale, è tempo di sfiducia, sfiducia triplice: verso i vecchi valori portanti, verso il vecchio ordine, verso la dimensione comunitaria in cui l'universo medievale si era costruito; una sfiducia segnata dalla esigenza di imboccare nuove strade e di puntare su nuovi valori.

Non abbiám fatto cenno, ora, al piano giuridico, e non per una deplorable dimenticanza, deplorableissima da parte di un giurista. Non se ne poteva far cenno: è un processo che si avvia e che non tocca ancora quella realtà di radici che è il diritto, salvataggio della civiltà medievale perché realtà di strati profondi, perché su di esso si fonda il miracolo dell'ordine. I vecchi alberi si sradicano con fatica, giacché si sono immedesimati — e penetrantemente — nello stesso terreno. L'erosione giuridica sarà lenta e sarà l'ultima a manifestarsi, ma non v'è dubbio che è in questo fertile Trecento che si gioca anche il moderno del diritto e cominciano a disegnarsi le linee a stento visibili di un profilo futuro.

La sfiducia coglie in pieno il reicentrismo medievale, il seppellimento che si era costantemente operato di ogni individualità in seno alla grande struttura della natura cosmica e della ragnatela comunitaria. Il nuovo sarà veramente nuovo, se il processo in marcia prenderà la forma di un processo di sempre maggiore *individualizzazione*. Su di un supporto di *individui* dovrà fondarsi l'ordine nuovo.

8. Il processo assume un carattere schiettamente liberatorio: individualizzazione come liberazione dalle vecchie e ormai soffocanti incrostazioni. A ogni livello.

A cominciare da quello gnoseologico. Nessuna disputa teorica è — nel suo distendersi e diversamente atteggiarsi — più speculare del trapasso in atto di quella, squisitamente gnoseologica, che siam soliti chiamare la disputa degli universali, accesissima nel secolo XII ma dibattuta sempre fino ad arrivare al principio del secolo XIV. Ai nostri occhi ha una valenza, che la colloca al cuore del problema di cui si sta ora discorrendo: è possibile una conoscenza immediata e diretta della realtà individuale, o la si può percepire soltanto attra-

verso il filtro e la mediazione di ‘generi’ e ‘specie’, cioè di universali, cioè di schemi generali mediativi?

Può sembrare un divertimento di sapienti o uno sterile artificio; è, invece, rivelatrice della diffusa sfiducia di una coscienza autenticamente medievale verso ogni processo individualizzatorio. Generi e specie, intesi nella loro efficace realtà, attenuano l’incandescenza dell’individuale entro vasti involucri in cui quella si spegne, e diventano gli strumenti imprescindibili di ogni forma di conoscenza.

Ci vorrà un *homo novus* a fare, con sicurezza e soddisfazione, un grande rogo di tutte le dottissime disquisizioni; ‘generi’ e ‘specie’ sono sparsi al vento come ceneri, mentre viene affermata senza una perplessità la capacità di una conoscenza individuale. Sarà, come si sa bene, l’inglese Guglielmo Occam, doppiamente uomo nuovo, perché respira il clima sollecitante del primo Trecento, perché appartiene all’ordine religioso più d’ogni altro estraneo alla coiné culturale medievale, e cioè a quel francescanesimo dove allignano bene vivaci fermenti innovativi.

Ma il livello gnoseologico è rivelatore di una insofferenza diffusa e di un processo liberatorio che investe ormai tutte le dimensioni dell’intrasubbiiettivo e dell’intersoggettivo.

Assume la veste di una liberazione antropologica quel vario ma incalzante movimento che tende a spostare dalla conoscenza alla volontà la carica tipizzante del soggetto, perché tra le dimensioni psicologiche la volontà è la più indipendente e isolante, trovando la sua giustificazione all’interno del soggetto stesso, a differenza della conoscenza che lo proietta al di fuori e lo immerge nel mondo degli oggetti.

Ed è liberazione sociale il tentativo di edificare la nuova società sull’individuo e sui suoi talenti personali, devitalizzando finalmente i vecchi contenitori comunitari ritenuti fino ad ora insostituibili ed inaugurando una coscienza del rapporto singolo/collettività che può ben dirsi preumanistica.

Ed è frutto di conquistata liberazione politica l’entità che appare fresca di forze nel paesaggio europeo trecentesco, sfrontata e tracotante, smaniosa unicamente di togliere ogni impaccio alla propria azione politica e di fare i conti soltanto con se stessa; una entità che ormai non è indebito chiamare Stato.

Individuo e Stato saranno i futuri protagonisti del pianeta

moderno: guardare un po' più a fondo sui loro processi liberatori, significherà per noi chiarire i motivi del fossato di discontinuità che si sta scavando proprio qui, fra Dugento e Trecento.

9. L'uomo nuovo, che si affaccia allo spartiacque del secolo decimoquarto, è un soggetto — lo sappiamo — insofferente all'ordine e deluso delle cose; ma alla delusione accompagna la forza psicologica di distaccarsene, di cominciare a costruire l'autosufficienza del proprio microcosmo.

La nuova visione antropologica, che emerge ormai chiara dalle grandi dispute teologico-filosofiche del tardo Dugento e del primo Trecento, rappresenta il tentativo di isolare dal mondo e sul mondo un individuo che ha trovato la forza (o così, almeno, presume) di affrancarsi da antiche prigionie; soggetto presuntuoso, intenzionato a reperire soltanto all'interno di sé il modello interpretativo della realtà cosmica e sociale.

Voi conoscete bene per quali strade della riflessione teologica e filosofica questa liberazione si consolida. Sono strade, come appena si accennava più sopra, percorse soprattutto dalla speculazione francescana⁽¹⁷⁾ e segnate dalla preoccupazione di estrarre dai condizionamenti esterni il soggetto operatore, di restituirgli in assoluta pienezza una sfera di libertà e di porlo in diretto contatto e dialogo con Dio. Tutto viene ridotto al rapporto fondamentale tra uomo e Dio, unico rapporto da tener saldo e fermo: solo nell'isolamento perfetto di questo rapporto l'uomo avrebbe potuto ritrovare il senso della sua filiazione da Dio e, con ciò stesso, la sua dignità al di sopra della natura. L'affanno è per costruire, entro una architettura semplice e rigorosa, una metafisica dell'uomo.

Al contrario del sistema aristotelico-tomista che si era sforzato di valutare armonicamente il rapporto triadico Dio/uomo/natura e di rispettare le autonomie delle dimensioni umana e cosmica, il

⁽¹⁷⁾ Il merito di avere per primo insistito sulla funzione dell'analisi speculativa dei maestri francescani per una rinnovata visione della società e del diritto è sicuramente di Michel Villey; si vedano le pagine vigorose, talvolta spinte fino ad eccessi unilaterali ma vigorose e sollecitanti, contenute in *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchrestien, 1968, p. 147 ss., dove si sintetizzano i risultati di saggi sparsi dello stesso Villey.

semplicissimo universo della nuova lettura francescana — che trova le sue elementari ma essenziali scansioni nella superiorità assoluta di Dio sull'uomo e dell'uomo sul mondo — è l'ombra del soggetto, è la proiezione della sua *potentia*, e si risolve nell'uomo.

Mentre l'uomo dell'Aquinate è colto soprattutto nella sua esperienza esterna, è l'uomo *intelligente*, visto prevalentemente nei suoi rapporti con il creato e da questo condizionato nei suoi atti conoscitivi, l'uomo dei francescani è il singolo operatore che afferma la propria libertà sulla e dalla realtà fenomenica, che *ama* e *vuole* e che nella carità e volontà consegue la sua perfetta indipendenza. In questa prospettiva tutto suona elogio del soggettivo, tutto sembra destinato ad interiorizzarsi. Carità e volontà sono le due dimensioni caratterizzanti secondo la nuova analisi antropologica: grazie ad esse l'uomo riafferma la sua filiazione da Dio, carità somma e volontà somma; grazie ad esse, il cui processo formativo si genera nell'autonomia dello spirito, l'uomo conclama il proprio distacco metafisico dal mondo e la propria libertà sul mondo.

Ma libertà, in una analisi che è sempre più impregnata di motivi volutaristici, è anzitutto l'autodeterminazione della volontà e si identifica in una superiorità, in una potestà dominativa, in una vera e propria *potestas dominandi*. Giacché è la *libertas* nel suo aspetto di *dominium* ⁽¹⁸⁾ — *dominium* sopra se stesso e sulla realtà esterna — che consente al soggetto di essere 'plene in se ipso consistens', dotato di una pienezza di sovranità al contrario del servo che è posseduto dal padrone. Libertà è infatti *dominium* proprio perché è logicamente l'antitesi della servitù e significa indipendenza assoluta del soggetto; una indipendenza che questi scopre in primo luogo in se stesso, che si traduce in un *dominium sui*, in un *dominium super suos actus* e, proiettandosi all'esterno, in un *dominium rerum*, dal momento che la personalità dell'uomo, nella sua inviolabilità, non è altro che "existencia dominativa et libera et in se ipsam possessiva reflexa vel reflexibilis", come insegna un forte pensatore francescano

(18) Per questi presupposti antropologici della nuova riflessione sul *dominium* e per il ruolo tutto nuovo e ingombrante del *dominium* quale categoria interpretativa della intiera realtà ci sia consentito di rinviare a una nostra risalente analisi: *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova* (1972), ora in *Il dominio e le cose*, Milano, Giuffrè, 1992.

che opera nella seconda metà del Dugento, Pietro di Giovanni Olivi⁽¹⁹⁾.

Il rapporto soggetto/realità sociale e realtà fenomenica è pensato, risolto, espresso in termini di *dominium*; la libertà del singolo è *facultas dominandi*, è cioè la capacità di esprimere completamente se stesso solo mediante forme possessive. La nozione di *dominium*, dal ristretto campo economico-giuridico in cui tradizionalmente si collocava, diventa una generale categoria interpretativa e non soltanto nel campo dei rapporti intersoggettivi. La stessa sfera dell'intrasubiettivo è interpretata e risolta in una dimensione proprietaria. Il *dominium sui*, autentico topos del moderno con una vita futura assai lunga e assai prospera, è lo strumento che cementa saldamente il soggetto, ne fortifica l'indipendenza, ne garantisce l'autosufficienza, isolandolo dal mondo se non per una apertura costituita però dalla sua tendenza a espandere la propria 'sovranità' sulle cose.

L'individualismo moderno ha qui il suo terreno primo di coltura, nella crisi dell'esordiente Trecento, con il disegno di un soggetto interiormente rinnovato, finalmente costruttore di un mondo sociale a sua misura.

10. A livello politologico, gli storici del diritto sanno bene che il secolo intensamente nuovo si inaugura anche con uno sguardo autorevolissimo rivolto al passato nel tentativo disperato di riesumare quel passato e farne l'orditura della vita presente. È la voce altissima di Bonifacio VIII, esaltata nella magnificenza di un augusto latino cancelleresco, fissata nel 1302 nelle righe della Bolla 'Unam Sanctam'⁽²⁰⁾.

È però la voce di un cantore di cose passate, che non vuole arrendersi di fronte a un flusso storico che le ha irrimediabilmente sepolte. Pensavo questa mattina a Bonifacio quando il treno — scivolando nella pianura dopo Roma — si lasciava a sinistra, alto sulla collina, il borgo murato di Sermoneta dominato dall'incombente pietrame della rocca feudale dei Caetani; e pensavo a quelle

(19) PIETRO OLIVI, *Quaestiones in secundum librum Sententiarum*, ed. B. Jansen, Quaracchi, 1922-26, vol. II, q. 52, p. 200.

(20) La Bolla è comodamente leggibile in *Corpus iuris canonici*, ed. Aem. Friedberg, rist. Anast. Akad. Druck, 1959, pars secunda, *Extravagantes communes*, I, VIII, I.

immagini sublimi di cui la 'Unam Sanctam' è costellata: il richiamo martellante all'unità del mondo sotto l'unico pastore, il mondo identificato nella tunica del Cristo morente sulla croce, che secondo il Vangelo di Giovanni era senza cuciture.

Tunica inconsueta! L'immagine, quando Bonifacio la segnava sulla sua Bolla, era tanto suggestiva quanto antistorica; forse era qualcosa di più. Astraeva completamente dallo sgradevole (per il Papa) presente di quei primi anni del secolo, ma astraeva altresì da ciò che la stessa civiltà medievale fu e volle essere.

Riprendiamo il frasario immaginoso di papa Caetani. Tunica è metafora puntuale per restituirci il modello socio-politico medievale: l'universo politico/sociale/giuridico quale vasto tessuto omnicomprensivo, fitto di relazioni, di fili com'è nella struttura di ogni tessuto. Ma non inconsueta, anzi tenuto insieme da infinite cuciture, pezzi di stoffe diverse formanti una realtà indubbiamente unitaria ma che, nell'unità del grande mantello universale, serbavano i propri tratti autonomi. Bonifacio, insomma, nella sua smania unitaria non era interprete fedele nemmeno del precedente assetto tipicamente medievale, e lo dimostra — spero — quanto abbiamo scritto nelle pagine precedenti.

Figuriamoci della realtà storica che pullulava intorno a lui e in cui campeggiava un soggetto politico particolare — il re di Francia — che non si limitava soltanto ad affermare la propria indipendenza, ma non esitava a scendere in lotta direttamente col Pontefice per render concreta la propria pretesa. Ora, 1302, se di tunica si voleva continuare a parlare, si trattava ormai di una tunica stracciata. Bonifacio, cieco e sordo rispetto al senso limpidissimo della linea storica, non voleva prendere atto che il sovrano francese si faceva per primo portatore a livello politico di un gigantesco processo liberatorio, processo di liberazione delle individualità politiche, processo di individualizzazione politica.

Il re di Francia pretende la propria insularità, disponibile soltanto ad avere accanto altre isole, disponibile soltanto ad essere parte di un arcipelago politico ma insofferente a tuniche più o meno pesanti sulle proprie spalle. Una conquista che avviene con una duplice azione: all'esterno, contro Papato e Impero con le loro velleità universalistiche; all'interno, mirando a rendere la comunità francese da 'società di società', cioè da comunità complessa, un ente

semplice — il più semplice possibile — e compatto — il più compatto possibile.

Operazione difficile, perché doveva fare i conti con un costume plurisecolare diventato costituzione materiale del Regno, operazione che esigerà la lenta e paziente azione di generazioni di sovrani e che — ce lo insegna Portalis — non è ancora compiuta alle soglie della Rivoluzione. Il processo sarà lento, ma avrà buon risultato a una condizione: che alla semplicità e compattezza si accompagni il controllo sempre più rigoroso di ogni manifestazione del sociale. Fra queste, ovviamente, anche del diritto.

Variando di parecchio la psicologia e l'immagine del Principe medievale come *iudex*, come *custos iusti*, come gran giustiziere del suo popolo, il nuovo reggitore vorrà produrre (e produrrà) diritto cogliendo in questo l'essenza del proprio potere sovrano. Il Principe moderno sarà legislatore, e in misura crescente. E il diritto, inteso per quel che veramente può essere, il cemento dell'isola politica, rientrerà nell'oggetto immediato del suo controllo. E contribuirà a meglio definire l'insularità del nuovo edificio statale.

11. La canalizzazione statale dell'universo politico moderno avrà una pesante incidenza sulla dimensione giuridica.

Il vecchio diritto medievale, radicato nel sociale e con scarse connessioni col politico, rifletteva con fedeltà il terreno ampio e aperto delle sue radici. Il pluralismo vigoreggiava, perché produttori di diritto erano una pluralità di ordinamenti giuridici conviventi spesso armonicamente in uno stesso territorio; le autonomie, nella loro relatività, si rispettavano vicendevolmente. V'erano diritti particolari — leggi di principi locali, statuti cittadini e rurali, consuetudini feudali, consuetudini agrarie, consuetudini e poi statuti mercantili —, con un particolarismo giuridico minutissimo, ma v'era anche sempre una tensione all'universale; sempre il respiro dell'universale circola arioso per le città e le campagne medievali.

E accanto alle manifestazioni particolari convive uno *ius commune* che, proprio perché frutto sapienziale di maestri scienziati su basi romane e canoniche, non può che avere una proiezione universale, non può che portare nel chiuso delle mura cittadine o nel ristretto ambito d'una vallata campestre il suo respiro globale, dando

vita a una singolare esperienza di armonia tra forze e valori diversi se non opposti.

Il nuovo Stato, precisamente perché ente politico di assoluta compattezza, precisamente perché forma storica di un potere politico compiuto, avendo inserito il diritto tra gli obbiettivi del suo controllo, opera una profonda mutazione nel paesaggio giuridico. Il nuovo Principe legislatore rigetta il diritto comune, che gli èvocherà passate tuniche pesantissime, rigetta l'invasione rischiosa di messaggi universalistici che egli avverte come lesioni della compiutezza del suo potere, e si dà a creare un diritto nazionale, un diritto insulare per l'isola/Stato che da una normazione nazionale si rinsalderà nella sua insularità.

Tanto per restare al nostro laboratorio storico privilegiato, la Francia, questo faranno in un crescendo di consapevolezze e di realizzazioni tutti i sovrani edificatori dell'età nuova, da Filippo il Bello, il fermo contraddittore di Bonifacio, a Luigi XIV a Napoleone I. Al fondo di questo incessante processo di statalizzazione del diritto v'è l'affermazione di un rigido monismo giuridico, con la identificazione del diritto nella legge, cioè nella manifestazione di una volontà sovrana.

La 'società di società', divenuta ormai un'isola unitaria compatta semplice, e soprattutto intollerante di autonomie al suo interno, può attuare la codificazione generale, può cioè consegnare il diritto francese nelle trame strette di un testo cartaceo.

STORICITÀ DEL DIRITTO (*)

1. Ho almeno due specifici ed eccellenti motivi per essere grato al Decano della Facoltà e a don Paolo Gherri dell'invito a tenere un intervento in questa 'giornata canonistica interdisciplinare'.

Il primo, più tenue perché legato a una vicenda personale, è che questa presenza odierna assume ai miei occhi l'aspetto di un ritorno, riandando con la memoria al tempo ormai lontano quando fui docente in questa stessa Facoltà; esperimento didattico a me caro, ma che fui costretto a interrompere dopo soli due anni a causa della difficoltà di contemperare i corsi lateranensi con quelli fiorentini (allora impegnativi da novembre a maggio).

Assai più culturalmente corposo il secondo motivo, e concerne il progetto sotteso a tutto l'impianto congressuale, sollecitato e orientato dalla sentita esigenza di una più fondata — e arricchente — consapevolezza epistemologica del canonista. È profonda negli organizzatori la persuasione della "chiara necessità di confronto teoretico *ad extra*", come è limpidamente enunciato fin dalle note che accompagnano il programma ufficiale, e non si può non consentire con pienezza di adesione a un tentativo così salutare e affrancatorio.

2. Nessun giurista può rifugiarsi nel comodo ma modestissimo abito di esegeta fornito di buona logica e di buoni strumenti tecnici, ma tanto meno il canonista, il quale, lavorando su un diritto che è espressione di una società sacra e non di una semplice comunità politica, non può evitare di porsi domande fondamentali sulla propria identità, guardandosi attorno fuori delle mura del suo

(*) Lezione tenuta il 23 marzo 2006 presso la Pontificia Università Lateranense.

conchiuso ordinamento, instaurando fertili raffronti comparativi e irrobustendo le proprie basi teoriche; tanto più che il diritto canonico — come ho cercato di affermare e dimostrare in altra occasione ⁽¹⁾ —, prima che un sistema di prescrizioni, è una mentalità giuridica, e mentalità contrassegnata da una assoluta tipicità in forza del suo carattere essenzialmente pastorale.

La canonistica curiale, lavorando all'ombra incombente del Codice gasparriano, intimorita dalle inappellabili condanne modernistiche, remissiva alle catene gettatele addosso da inchiodanti disposizioni della Sacra Congregazione dei Seminarii e Università degli Studi, si è limitata per decenni a una dimensione esegetica e ha eluso la funzione primaria della scienza, che è interpretativa nel senso più alto del termine, ossia mediatrice fra testo normativo vecchio e società vivente il proprio cammino nella storia (sia pure una società sacra, per la quale storia è innanzi tutto storia della salvezza). Quella canonistica di zelanti operai, così facendo, si dimenticava che il diritto classico della Chiesa Romana, esuberante di vitalità culturale dall'XI al XV secolo (da Ivo di Chartres al Panormitano, per segnare due prestigiosi cippi confinari), era solo assai parzialmente prodotto da norme e decretali pontificie, trovando invece la propria carica propulsiva nella grande riflessione scientifica di decretisti e decretalisti tutta tesa alla costruzione di un edificio dalle robuste basamenta teoretiche.

Quando, alcuni anni fa, io redassi un volume tracciante l'itinerario della scienza giuridica italiana dalla unità italiana al 1950 ⁽²⁾, non potei fare a meno di dedicare un intero paragrafo alla "fioritura canonistica" (così ritenni di chiamarla) degli anni Trenta ⁽³⁾. La valorizzazione era semplicemente dovuta, perché nasceva dalle cose, e il riferimento era a canonisti come Pietro Agostino D'Avack, Pio Fedele, Orio Giacchi, che non si baloccarono sui canoni del *Codex*, ma si posero inquietanti e sollecitanti interrogativi sulla propria difficile professionalità.

⁽¹⁾ P. GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in *Itinerari culturali del diritto canonico nel Novecento*, a cura di C. Fantappiè, Torino, Giappichelli, 2003.

⁽²⁾ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana-Un profilo storico 1850/1950*, Milano, Giuffrè, 2000.

⁽³⁾ GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 266 ss..

Emerse allora, subito, pressante un problema di metodo. Può lo studioso del diritto della Chiesa utilizzare concetti e nozioni elaborati dalla e nella scienza giuridica civile? Le grandi categorie fungenti da architrave della tradizionale sistematica scientifica — per esempio, la distinzione fra un diritto pubblico e un diritto privato, allora segnata più marcatamente che oggi — possono essere ricevute all'interno di un diritto canonico che corre in un bimillenario canale tutto suo e che ha nutrito nel suo solco peculiarità assolutamente tipizzanti? Per rispondere, D'Avack, Fedele, Giacchi, e altri ancora, ritennero indispensabile uscire *extra moenia*, munirsi di strumenti filosofici e di teoria generale, immergersi nella storia del diritto e nella comparazione, confrontarsi con altri settori dell'esperienza giuridica. E la dimostrazione è consegnata in una Rivista — Rivista dalla intitolazione banale e dalla vita brevissima —, lo 'Archivio di diritto ecclesiastico', fondata da D'Avack e Fedele, pensata quale laboratorio per le loro sperimentazioni e palestra per i giovani studiosi all'insegna della più schietta interdisciplinarietà.

Quel che a me, come storico, è apparso quale aspetto saliente di quella canonistica laica fu di essere soprattutto scienza di confronti, che sapeva di riuscire a raggiungere una propria maturità culturale e una propria sicurezza epistemologica soltanto con la dialettica del confronto; e mi apparve, all'opposto, la aridità e la povertà della canonistica curiale, che si era rinserrata nel chiuso dell'esegesi e ne era rimasta come soffocata.

3. Che una siffatta apertura sia ancora oggi non solo utile ma necessaria è certezza affiorante provvidamente in una recente iniziativa canonistica, nella quale ho avuto il privilegio di essere stato coinvolto. Nel maggio scorso, l'Istituto di diritto canonico San Pio X, operante in seno allo 'Studium Generale Marcianum' di Venezia, organizzò un convegno sulla figura di Papa Sarto, con una parte rilevante dedicata al Pontefice codificatore e al primo *Codex* da lui voluto e guidato — insieme a Gasparri — per buona parte del lungo itinerario redazionale (4).

Mi interessa sottolineare qui la ragione prevalente per cui fu

(4) Il riferimento è al Convegno su "L'eredità giuridica di Pio X", i cui 'atti' sono in corso di stampa per cura dello stesso Istituto veneziano.

invitato uno storico del diritto moderno a tenere la Relazione introduttiva: per puntualizzare con sonora franchezza di fronte a uditori canonisti l'autentico significato storico-giuridico della codificazione del diritto, forse l'evento più grandioso della modernità giuridica a livello di fonti ma filiazione diretta e coerente dell'illuminismo giuridico e della rivoluzione francese; per sottolineare che quella scelta imitatoria delle codificazioni statuali, ripetuta per ben due volte dalla Chiesa Romana nel secolo passato, prima e dopo il Concilio Vaticano Secondo, era ed è gremita di rischi e che è giunta l'ora di ripensarla criticamente da parte del canonista ⁽⁵⁾.

Nel Convegno veneziano si è insistito sulla ossificazione inevitabilmente provocata da ogni Codice, anche da quello canonico che è pur provvisto di parecchie valvole respiratorie, e non si è potuto fare a meno di ricordare perplessità e aperte opposizioni all'iniziale progetto codificatorio, che appariva quale clamorosa smentita della elasticità riconosciuta da sempre come il carattere specifico almeno dello *ius humanum*. A Venezia respirai un clima di sostanziale apertura culturale e in cui, senza dommatismi, senza insopportabili atteggiamenti apologetici, si guardava criticamente al più rilevante evento della moderna vita giuridica della Chiesa. È il clima che è doveroso e consolante constatare qui in questa 'giornata' lateranense. E torno a compiacermene con gli organizzatori.

4. E veniamo all'oggetto del nostro intervento. Qual è il significato della 'storicità' come carattere proprio del diritto, come sua cifra essenziale? È presto detto. Il diritto, come può invece apparire a un incolto, non si proietta dall'esterno, magari dall'alto, sulla storia usandole violenza o, comunque, imprigionandola, ma è esso stesso storia, storia vivente, sua dimensione imprescindibile.

È ovvio che, quando qui si parla di storia, ci si intende riferire a una società (e alla civiltà da quella creata) che *diviene* nel tempo, che — quindi — registra di un siffatto divenire le forze mutevoli — culturali, sociali, economiche, politiche — ma che trova nel diritto il

⁽⁵⁾ La mia Relazione introduttiva, intitolata: *Valore e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)*, può essere, per ora, in attesa della pubblicazione degli 'atti' congressuali, letta in *Jus*, LII (2005), p. 345 ss..

proprio salvataggio, giacché, soltanto organizzandosi e ordinandosi e osservando i principii organizzativi posti in essere, si impedisce la rissa tra le forze dirompenti e si garantisce la sopravvivenza della comunità.

Il diritto — in altre parole — *non costringe* la società, la *esprime*; e ne è una dimensione necessaria realizzandola nella armonia salvante di un *ordine*. Ancora: il diritto non è un'invenzione dei palazzi del potere, ma appartiene al livello basso ma vitale della esperienza quotidiana, anche se, esprimendone i valori più profondi, è realtà radicale, affiorante dagli strati più riposti.

Insomma, c'è un recupero indilazionabile per il diritto, e consiste nella elementare acquisizione che esso è da reperirsi nella struttura stessa della società, appartiene alla sua più elementare fisiologia. In un mio fortunato libretto di iniziazione ⁽⁶⁾, alla cui lettura da parte di don Paolo Gherri debbo l'onorevole invito per oggi, io presi le mosse mettendomi dalla parte di un personaggio generalmente ignorato o, peggio, disprezzato, l'uomo della strada, l'uomo comune, e cercando di percepire il suo sentimento del diritto: che è di timore e di tremore quando gli se ne parla, perché per l'uomo qualunque il diritto si identifica in due soggetti, utilissimi ma certamente non gradevoli, il funzionario di polizia e il giudice.

Questa è una alterazione snaturante della reale essenza del diritto; pienamente giustificata nel *quisquis de populo* che avverte la presenza del diritto solo quando è violato, ma che dobbiamo con ogni forza respingere perché l'ordine giuridico viene trasformato in un sistema di controllo sociale, in un sistema di sanzioni e di coazioni. Sanzioni e coazioni pertengono alla patologia del diritto, cioè al momento in cui si manifesta con particolare vistosità, ma il diritto esiste prima e oltre, esiste come assetto intimo, secreto, di cui non è facile accorgerci come non ci accorgiamo dell'ossigeno vitale fintantoché non saliamo in alta montagna e ci viene a mancare. E ogni soggetto ci vive immerso, purché esca dalle chiusure gelose del suo io interiore e si ponga in relazione con uno o più soggetti, si ponga in relazione con un altro.

Puntare sulla storicità significa, dunque, realizzare il recupero di

(6) P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma/Bari, Laterza, 2006⁸.

cui si parlava poco sopra e cogliere nel diritto una delle trame del tessuto complesso della nostra vita quotidiana. Giustamente, un originalissimo filosofo italiano del diritto, scomparso esattamente cinquanta anni fa, Giuseppe Capograssi, insisteva sul diritto come esperienza, non sovraordinato alla vita ma dimensione della vita e pertanto protagonista ineliminabile della nostra esistenza quotidiana (7).

5. Storicità è la qualità che ha il merito di sottrarre il diritto all'odiosa idea del controllo sociale, restituendogli la sua originaria funzione di assetto connaturale alla società. Ma si deve riconoscere che è un passo-innanzi difficile da compiere, giacché è difficile liberarci da plagi e ipoteche che pesano ancora sulla coscienza collettiva, investendo tanto il candido uomo della strada (assolvibile per il suo candore) quanto il sapiente giurista (condannabile proprio perché sapiente e munito della provvedutezza culturale per giungere prontamente alla affrancazione).

Siamo, infatti, ancora intrisi di quella visione deformata del diritto che, dall'illuminismo giuridico, attraverso la fucina della rivoluzione francese e la consolidazione del giuspositivismo ottocentesco, si è immedesimata in noi stessi diventando quasi nostro patrimonio irrinunciabile: il diritto inscindibilmente legato al potere, voce del potere che si manifesta in comandi, comandi che piovono dall'alto, troppo spesso estranei alle esigenze obbiettive della società (che è chiamata a riceverli passivamente), troppo spesso legati ai progetti potestativi degli esercenti la sovranità.

La nostra è stata fino ad oggi una concezione esasperatamente soggettivistica del diritto, bene espressa da quell'atteggiamento comune che, di fronte a un testo di legge, ci ha portato a porci la sola assillante domanda su che cosa avesse voluto il legislatore con quella prescrizione, anche se il legislatore l'avesse prodotta parecchio tempo addietro e molta acqua fosse passata sotto i ponti dei fiumi europei. Assillo a ricostruire la volontà di quello Zeus sull'Olimpo che è il legislatore, esaurendo la propria attenzione dai lavori preparatorii al momento della promulgazione e ostentando, al con-

(7) Sul pensiero di Capograssi in proposito si vedano più sotto alcuni cenni più specifici.

trario, una assoluta indifferenza per la successiva vita della legge nel tempo, anche se si fosse trattato di un tempo disteso nella lunga durata. La volontà di questo demiurgo onnipotente, il 'legislatore', ha costituito un incubo per generazioni di giuristi, che, identificando il diritto nella voce del potere politico, veniva a identificarlo nell'apparato statale e in un insieme di pronunce autorevoli e autoritarie.

Il positivismo giuridico, illuministico e post-illuministico, rivoluzionario e post-rivoluzionario, ossia la persuasione cui ora si è accennato, affermando un vincolo di necessità tra esercizio del potere supremo e produzione del diritto, si è coerentemente tradotto in un esasperato normativismo (talora edulcorato, come da chi ha creduto di poter distinguere fra comandi e regole), e sempre il normativismo — per la soggettivizzazione del diritto che provocava — provocava altresì una conseguenza nefasta: l'inevitabile distacco fra diritto e società, fra diritto e storia.

Chi Vi parla ritiene che sia stata di eccezionale fertilità per il diritto e la sua scienza la nuova visione che ce lo ha proposto più come *ordinamento* che come *norma*, indubbiamente prima come *ordinamento* che come *norma*.

Soltanto per il canonista che non abbia familiarità con gli svolgimenti della teoria generale fra modernità e post-modernità, aggiungerò che la svolta si realizza appieno in alcune riflessioni italiane collocabili nei primi due decenni del secolo ventesimo, quelle di un grande cultore del diritto pubblico, Santi Romano, e dell'originalissimo filosofo del diritto più sopra menzionato, Giuseppe Capograssi. Tappe rilevanti dell'itinerario riflessivo del primo: alcuni saggi di diritto costituzionale scritti fra Ottocento e Novecento ⁽⁸⁾, la lucida prelezione pisana del 1909 su "Lo Stato moderno e la sua crisi" ⁽⁹⁾, il libretto di indole squisitamente teoretica "L'ordinamento giuridico" del 1918 ⁽¹⁰⁾; del secondo il "Saggio

⁽⁸⁾ Li abbiamo esaminati nel nostro volume sopra citato: *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 109 ss..

⁽⁹⁾ Ora in: SANTI ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi-Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969.

⁽¹⁰⁾ Da consultarsi nella seconda edizione: Firenze, Sansoni, 1946, arricchita da cospicue note, in cui lo stesso Autore discute le opinioni dei vari contraddittori nel giro di un trentennio.

sullo Stato” (11), sintomaticamente scritto in quello stesso anno e da cui si svilupperà nei successivi anni Trenta la conclusione, apparentemente elementare ma fortemente innovativa, sul diritto come vita, come esperienza (12).

Partendo da una impietosa diagnosi storicistica, e cioè che ai primi del secolo si stava maturando la crisi dell’elitarissimo edificio borghese — ‘die Welt von Gestern’, avrebbe detto Stephan Zweig — e che, sia per l’irrompere di una società di massa, sia per i diffusi rivolgimenti sociali economici tecnici, ritornava ad essere complesso quell’ordine giuridico artificiosamente reso semplicissimo dalla borghesia sui due soli perni dello Stato e dell’individuo, si prendeva finalmente piena coscienza di questa complessità prima sepolta o abilmente rimossa, e se ne traeva l’unica conclusione legittima, sgradevole all’idea borghese del diritto come controllo del ‘sociale’: il vero referente del diritto è la società, anche se normalmente — in una civiltà giuridica assai complicata come la moderna — esso ci appare collegato con lo Stato o con entità sovra-statali.

Complessità del diritto speculare alla sottostante complessità della società; con la riscoperta di tante forze latenti, sepolte o compresse, che ritrovavano la propria carica creativa e ritrovavano la loro funzione di fonti; con la riscoperta preziosa di quel pluralismo giuridico che la fiducia illuministica nel sovrano e nella legge, resa più solida nel nodo scorsoio della rivoluzione giacobina e della dittatura napoleonica, aveva cancellato in nome dell’ormai indiscutibile monismo giuridico.

Una percezione sicura il terzo stato protagonista della Rivoluzione aveva avuto, e aveva costituito a guida del proprio operare: che il diritto rappresentava un cemento efficacissimo del potere, che bisognava controllarlo, e cioè produrlo, produrlo con una disciplina particolareggiata dell’intero ordine giuridico, fissarlo in dei testi cartacei dove si potesse leggerlo, averne limpida certezza, con il risultato finale di una ineludibile obbedienza da parte della comunità dei cittadini.

Io, da tempo, constato nell’edificio socio-politico-giuridico co-

(11) Ora in *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. I.

(12) Con queste tappe salienti: *Analisi dell’esperienza comune* (1930); *Studi sull’esperienza giuridica* (1932); *Il problema della scienza del diritto* (1937).

struito a fine Settecento dietro un lucidissimo progetto un congiungersi e armonizzarsi di orientamenti indirizzati in opposte direzioni: un liberalismo economico capace di soddisfare le esigenze della borghesia ormai egemone; un assolutismo giuridico capace di fortificare quello Stato che si poneva ormai quale fedele garante delle conquistate libertà economiche ⁽¹³⁾.

Dunque, monismo giuridico, e monismo rigidissimo, che veniva rafforzato dalla sapiente orchestrazione di fondazioni mitologiche ⁽¹⁴⁾, credenze da accettare senza discutere: nel Settecento pre-rivoluzionario il despota illuminato al di sopra delle passioni e unico possibile realizzatore del bene comune, divenuto nel crogiuolo della Rivoluzione il legislatore esprimente la volontà generale e pertanto l'unico a potersi ammantare di democraticità; l'assillo della legalità e la riduzione di tutto il diritto in prescrizioni legali; l'assillo della divisione dei poteri, che, intesa con una assoluta rigidità, adempiva alla funzione 'costituzionale' di garantire il monopolio della produzione del diritto nelle mani del potere politico.

L'esemplificazione potrebbe continuare, ma conviene arrestarsi qui. Vogliamo, però, sottolineare due conseguenze, indubbiamente pesanti da qualsiasi osservatorio ideologico le si voglia valutare.

Il monismo giuridico riduceva la giuridicità nel solo cono d'ombra dello Stato, relegando nella irrilevanza giuridica tutto quanto non provenisse dal suo seno e con il suo avallo. Il risultato più incisivo e anche il più mistificatorio d'una grande realtà storica riguardò proprio la Chiesa Romana. Costruttrice da sempre di un suo ordinamento giuridico concorrente agli Stati e costruttrice di un proprio peculiarissimo diritto, si trovò ridotta all'infimo rango di una delle tante associazioni viventi all'interno di uno Stato e sottoposta in tutto alla volontà normativa dello Stato, con il tradimento più completo d'una vicenda storica vecchia di quasi duemila anni. Estremamente significative sono, a questo proposito, le pagine di Francesco Scaduto, un cultore italiano del diritto ecclesiastico ispirato a una tradizione meridionale rigidamente giurisdizionalista, che

⁽¹³⁾ Si veda lo sguardo sintetico offerto in: P. GROSSI, *Ancora sull'assolutismo giuridico*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005.

⁽¹⁴⁾ Ho sviluppato questa problematica in: P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2005 (IIa edizione accresciuta).

esprese con fedeltà e franchezza un simile atteggiamento dandogli una perfetta veste teoretica.

La seconda conseguenza fu la riduzione del diritto in una sistemazione immobilizzante chiamata 'Codice', un testo tendente alla completezza e alla autosufficienza, dove le geometrie sociali e giuridiche individuate dall'ottimismo illuministico diventavano un corpo statico di regole generali, astratte e rigide, controllabili dal potere, certe e chiare e tali da dover essere obbedite senza elusioni.

Va ribadito qui quello che io già dissi a Venezia, ed era (ed è) precisazione tanto elementare quanto necessaria: il Codice, ogni Codice, è figlio legittimo dell'illuminismo settecentesco e della rivoluzione francese; in una certa misura — paradossalmente — anche quello di Gasparri.

6. Si capisce bene perché oggi, proprio oggi, si discorra tanto di Codici e ci si ponga il problema della adeguatezza (o meno) al tempo attuale di una fonte (o, meglio, di un modo di concepire e risolvere il nodo delle fonti) così datato, così speculare a un certo momento storico, a una certa civiltà giuridica, a una certa (e specifica) ideologia giuridica.

Il tempo odierno si colloca, per il giurista, in una sorta di spartiacque segnato e anche turbato da correnti squassanti. Viviamo una crisi profonda dello Stato, cui consegue una crisi profonda della legge. La complessità straripante e il rapidissimo mutamento sociale economico politico tecnico provòcano una instabilità, che insidia le vecchie certezze, dissacra dogmi venerabili e venerati, ma dischiude anche scenari nuovi con nuovi protagonisti emergenti. E ne è scosso, innanzi tutto, il sacrario delle fonti, sacrario perché assolutamente intoccabile nel corso della monistica civiltà giuridica borghese.

L'invenzione strategica della gerarchia delle fonti, abile espediente per ridurre sostanzialmente le fonti a una sola, cede sotto l'incalzare di fonti nascenti dal basso, forti della virulenza propria dei fatti grezzamente sociali ed economici, munite di effettività anche se non rivestite di validità formale.

Le fonti, fino a ieri ordinate in rigida scansione gerarchica, stanno sempre più diventando una incontrollata realtà plurale, realtà che sempre più si separa dall'immagine di un edificio piramidale e

sempre più si avvicina a quella novissima della rete, dove i nuovi giuristi — fruendo di precedenti intuizioni di sociologi e di politologi — trovano una perfetta corrispondenza con il nuovo tipo di relazioni fra le fonti che è di interconnessione e non di gerarchia.

E assistiamo al rinvigorismento di fonti conculcate dal bisecolare assillo legalitario. Ecco.

Il giudice, l'applicatore per eccellenza, il personaggio immerso nella vita del diritto, che torna a un suo ruolo primario nel momento in cui si è abbandonato la risibile dommatica legalistica tendente a rinserrare il diritto nel chiuso itinerario dal progetto della legge alla sua promulgazione, e si è ridato rilevanza al tempo successivo a questa quando la legge si immerge nell'esperienza e diventa norma di vita.

Il maestro, lo scienziato, che, relegando in un passato dimenticabile la prigionia sterile dell'esegesi, è chiamato a individuare e definire i 'principii', fonte duttile di cui la civiltà attuale ha gran bisogno e che lui solo è capace di disegnare in modo culturalmente e tecnicamente provveduto.

Il pratico, estendendo questa nozione fino a ricomprendervi il semplice uomo di affari, che è inventore di strumenti non suggeritigli da una conoscenza giuridica (che non ha), bensì dal suo buonsenso e dalla sua diagnosi acuta delle necessità dei traffici economici.

Non v'è dubbio che il paesaggio giuridico, da semplicissimo che era, si è fatto complesso, giacché è chiamato ad esprimere non la semplicità dell'apparato statale ma la complessità della società; la ricchezza di questa si trasmette all'ordinamento giuridico, che non può più ridursi in geometrie e che non può non risentire della magmaticità dei fatti sociali ed economici.

Ma il rischio non è soltanto nella perdita o nella attenuazione del vecchio progetto borghese nei suoi pregi di semplicità, certezza, chiarezza. Infatti, se non va demonizzato l'attuale enorme rilievo delle forze economiche; se deve salutarsi come affermazione di pluralismo la tendenza del potere economico ad affiancarsi al potere politico nella produzione del diritto (è il grosso movimento che siamo soliti chiamare imprecisamente globalizzazione giuridica); si deve però prender coscienza che, se fu arrogante lo Stato nel pretendere il monopolio del 'giuridico', di una arroganza non mi-

nore possono colorirsi quei potentati economici che vediamo oggi coniare istituti congeniali all'attuale stadio dello sviluppo congiunto economico e tecnico a livello globale, istituti che non serbano come loro finalità il rispetto della persona umana o la solidarietà fraterna ma il maggior profitto possibile o la migliore organizzazione possibile in ordine a quel profitto, prescindendo disinvoltamente dai costi sul piano etico e sociale.

Ai fini del nostro intervento basti un'osservazione finale che raccolga le puntualizzazioni sin qui fatte. Il diritto sta ritrovando quella dimensione naturale della storicità, che le scelte strategiche della modernità borghese avevano impietosamente sacrificato, riducendolo, grazie al mito della legalità più stretta, a strumento di controllo sociale. Lo storico guarda alla indubbia crisi che stiamo vivendo come a un momento fertile di futuro, che impone insieme vigilanza e coraggio, ma in cui il ruolo del giurista, di ogni giurista teorico e pratico, vigilante ma anche coraggioso, diviene insostituibile per impedire la rissa degli egoismi e una confusione dannosa all'ordinato maturarsi di una società rinnovata.

STORICITÀ DEL DIRITTO (*)

Autorità, carissimo Direttore della Scuola, carissimi Colleghi, carissimi specializzandi,

sono vecchio ed ho alle mie spalle una infinità di discorsi fatti in pubblico; debbo, però, confessare che questa è una delle rare volte in cui mi sento un po' imbarazzato dalla presenza di insigni magistrati docenti avvocati, dalla maestà di questa sala, dal trovarmi qui non per tenere una lezione ma per inaugurare il corso di una Scuola di specializzazione per le professioni legali.

Chi Vi parla è uno storico del diritto e penso che sorga nell'animo di parecchi di Voi una immediata domanda provocatoria, che probabilmente avete la cortesia di non esplicitare: "Ma che ci sta a fare uno storico del diritto in questo momento solenne di una Scuola di specializzazione professionale?". Io so, infatti, di parlare a dei giovani che si indirizzano verso le nobilissime professioni giuridiche e che grazie a questa Scuola pretendono di inforcar bene sul loro naso non un semplice 'occhiale del giurista', già dato loro dalla Facoltà di Giurisprudenza, ma un più specifico 'occhiale professionale'. E, allora, che ci sta a fare qui uno storico del diritto?

Ovvìa è una prima risposta: debbo ciò alla generosità del vecchio amico Giuseppe Palma, il quale, incontrandomi a Napoli in una sede universitaria, mi ha rivolto un invito che, inizialmente, ho

(*) È il testo della lezione introduttiva ai 'corsi' della Scuola di Specializzazione nelle Professioni Legali della Università Federico II di Napoli, così come fu da me pronunciata l'11 aprile 2006, nell'Aula Magna Storica dell'Ateneo fridericiano, sulla scorta di alcune annotazioni e così come fu successivamente de-registrata. Volutamente ho rispettato i risultati della trascrizione, recante in sé i pregi e i difetti del linguaggio parlato: immediatezza e intensa colloquialità ma anche povertà stilistica, qualche frammentazione, qualche ripetizione. Ho aggiunto soltanto alcune note necessarie per la piena comprensione del testo.

avuto l'umiltà di rifiutare ma che successivamente ho accettato con estremo piacere, anche se con tremore.

Al di là dell'amicizia di Palma, Direttore illustre della Scuola, possono esservi delle giustificazioni oggettive di questa mia presenza qui? Qualche tempo fa, fui invitato, qui a Napoli, insieme a Pierluigi Ciocca, Vice-Direttore Generale della Banca d'Italia, ad un corso di Dottorato in 'Diritto ed economia', il cui coordinatore era (e credo sia tuttora) il collega Sandro Staiano, un giovane, brillante, colto costituzionalista. Rivolgendomi ai giovani che approfondivano il nesso diritto/economia, ritenni di cominciare con alcune citazioni, brevi ma efficaci, di un grande giurista nostro; vorrei fare altrettanto in questo pomeriggio.

Il giurista, a me carissimo, è Cesare Vivante, il ri-fondatore della scienza commercialistica in Italia. Egli, pubblicando nel 1893 il primo volume del suo monumentale 'Trattato di diritto commerciale', nella prefazione, segnala limpidamente qual è il suo intento: "scoprire la voce del diritto che viene su dalle cose", aggiungendo con un preciso riferimento agli istituti giuridici: "seguire il filo storico del loro svolgimento e studiare la pratica mercantile... facendo dello studio del diritto una scienza di osservazione" (1).

Quel che colpisce, nella confessione metodologica di questo grande scienziato, è la sorprendente e apparentemente disinvolta congiunzione tra analisi storica e prassi mercantile, tra uno sguardo attento alla mobilità della pratica quotidiana e quello rivolto allo svolgimento storico degli istituti. Studiando qualche anno prima il contratto di assicurazione — all'epoca non ancora ben definito dalla scienza commercialistica — Vivante, nel 1885, ci motivava ancor più puntualmente l'esigenza di questo suo addentrarsi nella storia. È scritto, infatti, nella prefazione di un suo succosissimo libro: "Tutto quel po' di buono e di nuovo che si leggerà in questo volume, lo devo agli studi storici con cui l'ho iniziato. Essi mi hanno servito a sceverare il diritto ancora vivo e operoso da quello che conserva soltanto un valore di erudizione" (2). Egli assumeva, dunque, la storia come prezioso strumento di verifica di ciò che è effimero e di

(1) *Trattato di diritto commerciale*, Torino, Bocca, 1893, vol. I, prefazione, p. VII.

(2) *Il contratto di assicurazione, I, Le assicurazioni terrestri*, Milano, Hoepli, 1885, p. V.

ciò che, invece, è duraturo. Indicazioni metodologiche che la dicono lunga, specialmente se si considera che provengono dal cultore del diritto positivo più immerso nella concretezza della prassi.

Vorrei, però, aggiungere anche un ricordo personale: alcuni anni fa, in seno alla Accademia Nazionale dei Lincei, la classe di Scienze Naturali chiese alla classe di Scienze Morali, e in particolare alla ‘categoria’ dei giuristi, che si spiegasse loro cos’è la ‘globalizzazione giuridica’ di cui tanto si parla in questo torno di anni; e ricordo che Angelo Falzea, il grande e ammirato civilista italiano, disse a me perentoriamente: “Questa conferenza a classi riunite devi tenerla tu”; e poiché io mi schermivo, ribadì: “In un momento di grande mobilità e di grosse e rapidissime mutazioni sociali, in un momento in cui il presente e vigente è perennemente superato da una corsa continua, bisogna avere piena consapevolezza della linea storica in cui siamo immersi. Lo storico del diritto può, meglio di altri, chiarire qualcosa ai naturalisti su questa globalizzazione giuridica”. Io tenni quella conferenza, non so con quale risultato ⁽³⁾, ma mi colpì la riflessione di Falzea: lo storico del diritto, quale signore della linea storica, in un momento di frenetica mobilità, è forse il più capace, il più idoneo ad offrire il senso di quella linea.

* * *

Vorrei cominciare ammettendo che, forse, aveva ragione Falzea: questo non è tempo di solitudini per il singolo giurista. Il singolo giurista deve, cioè, operare nell’ambito della sua specialità approfondendola ma avendo coscienza della unitarietà della scienza giuridica, unitarietà che ha un preciso fondamento epistemologico. Guai al privatista che si separa dal pubblicista, dal comparatista, dal filosofo del diritto! Vorrei che vi fosse anche una familiarità maggiore tra studioso di un diritto positivo e storico del diritto. Credo, infatti, che questi abbia una funzione specifica, che non è quella di porgere brocardi latini con cui lardellare nella futura vita di avvocato o di giudice comparse conclusionali o sentenze. Lo storico del diritto ha, secondo me, la funzione primaria di fungere da coscienza critica del giurista di diritto positivo. Costui ha di fronte quel punto fisso

⁽³⁾ Per chi volesse conoscerne il testo: P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Il Foro Italiano*, maggio 2002.

della linea, che è il diritto vigente, e spesso, isolandolo e immobilizzandolo, è troppo proteso ad assolutizzarlo. Lo storico del diritto deve richiamarlo alla elementare ma salvante verità che quel punto non è qualcosa di distaccato e di distaccabile ma anzi ben inserito in una linea che nasce prima, prosegue fino all'oggi e addirittura continua verso il futuro (4).

Sono convinto che la presenza dello storico sia vitale in una Facoltà di Giurisprudenza, a condizione che egli non rinunci a questa vitale funzione critica, che — sola — gli fa assumere una posizione centrale; a condizione che lo storico abbia ben viva dentro di sé la dialettica passato/presente e non si seppellisca nel culto di un passato inteso come definitivamente passato, o, come io soglio dire ai miei studenti, non si limiti a imbalsamare dei cadaveri. Lo storico è l'opposto del necrofilo, è invece proprio colui che sente vivo il colloquio passato/presente e pone in dialettica i due momenti per sottolinearne le rispettive insopprimibili tipicità. Io credo che abbia avuto ragione Falzea e che, oggi più di ieri, come cercherò di mostrare nel corso della lezione, vi sia urgente necessità di un siffatto dialogo.

Amici specializzandi, oggi noi giuristi viviamo un momento di profonda crisi, alla quale lo storico del diritto guarda con soddisfazione; e non perché sia un disfattista ma perché ne vede le possibili fertilità. Stiate però certi: non è crisi del diritto. La Facoltà giuridica patavina, nei primi anni '50, intitolò alla 'crisi del diritto' una famosa serie di conferenze oggi leggibili in un interessante volume (5), ma era un titolo sbagliato. Il diritto non è mai in crisi, perché è una realtà ontica (se mi permettete questo aggettivo dal sapore un po' troppo filosofico); compenetrato alle radici di ogni civiltà storica, la segue nel suo cammino trasformandosi in essa e con essa. In crisi è il modo con cui potere politico e forze politiche con la colpevole

(4) Per alcune mie riflessioni, cfr. P. GROSSI, *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in *L'insegnamento del diritto oggi*, a cura di G. Rebuffa e G. Visintini, Milano, Giuffrè, 1996; *Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, LXX (1997); *El punto y la linea (Historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tempo)*, Sevilla, Universidad, 1998.

(5) *La crisi del diritto*, Padova, Cedam, 1952.

connivenza dei giuristi hanno ridotto il diritto. La nostra crisi odierna è crisi delle fonti, cioè dei modi con cui il diritto stesso si manifesta, con cui noi lo abbiamo obbligato, nella modernità, a manifestarsi nella vita sociale. È pertanto la crisi di un certo modello di diritto ed anche — io aggiungo — di un certo modello di giurista, così come sono stati l'uno e l'altro plasmatis nei dugento anni trascorsi dall'illuminismo settecentesco fino ai primi del Novecento.

La grande operazione maturatasi durante il Settecento nel progetto illuministico e nel concreto disegno della rivoluzione francese, accentuata e irrigidita dal positivismo giuridico ottocentesco, fu riduzionista: si ridusse il diritto ad una sorta di geometrie perfette, ad un disegno di eccessiva semplicità. Santi Romano, grande giurista che io non cesso di ammirare per la lucidità ma anche per la preveggenza del suo sguardo, ai primi del Novecento, constatava che, anziché di semplicità, si doveva parlare di semplicitismo ⁽⁶⁾, ossia di una riduzione che aveva costretto e sacrificato la dimensione giuridica. Le geometrie illuministiche erano palesemente un artificio, e doppio artificio: perché il diritto è storia vivente e alla storia ripugnano i sepolcri geometrici; perché la lettura di quelle geometrie era affidata al sovrano, idealizzato e gigantizzato da una sapiente strategia ma troppo spesso distante dai fermenti effettivi della società. È da qui che discende il mito del legislatore che noi ci stiamo trascinando fino ad oggi; è da qui, da questa investitura a leggere la natura delle cose e a tradurla in figurazioni schematiche; ed è da qui che discende un principio di legalità inteso nella maniera più rigida e stringente. La legge è la fonte che ha assorbito tutta la varietà e multiformità del diritto, e conseguentemente l'ha de-storicizzato; il cittadino avrebbe — da allora in avanti — dovuto fare i conti con un universo di leggi, al cui sommo stava la legge madre di tutte, il Codice.

E il giurista? In questa ottica, egli è un personaggio assolutamente devitalizzato, bisognoso unicamente di buoni strumenti logici, perché a lui è assegnata soltanto l'esegesi di un testo cartaceo autorevole. Dottrina e giurisprudenza pratica non debbono *volere*

(6) Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana - Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 111 ss..

nulla, debbono invece corroborare tecnicamente quanto il legislatore *ha voluto*.

Noi siamo ancora eredi di una scelta profonda, che deriva da queste proposte illuministiche e che ha portato all'esilio della interpretazione/applicazione. Il diritto si conchiude e conclude nell'itinerario che va dal progetto parlamentare o governativo alla promulgazione della norma. La vita successiva della legge nel tempo e nello spazio, quella vita che le permette di incarnarsi, non ha rilevanza. Il procedimento di formazione del diritto è già compiuto. Il giurista, pigramente (la pigrizia è, purtroppo, uno dei nostri difetti!) accolse il non-ruolo che gli veniva imposto e, in un clima di legalismo e formalismo esasperati, si limitò a disegnare sulla base delle norme prodotte da altri una sorta di teoria pura, scarnificata perché affondante nella astrattezza delle norme e non già sulla carnalità dei fatti economici sociali culturali, lasciati interamente all'apprezzamento del legislatore. Ancora oggi, dopo che tanta acqua è passata sotto i ponti, sentiamo sulla nostra pelle di giuristi le conseguenze brucianti di questa scelta.

Nel 2001 un civilista, che è fedele erede delle posizioni legalistiche e formalistiche post-settecentesche, uomo dotato di vivido ingegno nonché mio eccellente amico da sempre, Natalino Irti, colloquiò con il filosofo Emanuele Severino. Vi cito alcune frasi di Irti, che mi hanno sempre allarmato, perché rappresentano — a mio vedere — un soffocamento per il diritto e la scienza giuridica. E siamo nel 2001, ben lontani dalla fucina illuministica e all'estremo di un itinerario più che bi-secolare. Irti afferma: "Il diritto positivo si è ripiegato per intero nelle procedure che, come vuoti recipienti, sono capaci di accogliere qualsiasi contenuto. La validità non discende più da un contenuto che sorregga e giustifichi la norma, ma dall'osservanza delle procedure proprie di ciascun ordinamento... Il valore, cioè il valore per il diritto è determinato dai criteri procedurali. Valore è la validità procedurale" (7). E nel 2002, dedicando proprio al nichilismo giuridico un suo saggio, ribadiva con maggiore icasticità: "Le norme sono venute nell'esclusivo e totale dominio della volontà umana; al pari di qualsiasi bene di mercato sono 'prodotte';

(7) N. IRTI-E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, Laterza, 2001, pp. 7-8.

vengono dal nulla e possono essere ricacciate nel nulla. La forza che le ‘produce’ [notate questo aggettivo economicistico, che Irti usa di proposito] ossia le chiama innanzi o le rifiuta, le costruisce o le distrugge, è soltanto il volere degli uomini” (8).

* * *

Ecco un approdo che mi sento con ogni forza di rifiutare e che ha formato oggetto di tanti colloqui amichevoli ma accesamente dialettici con il mio caro e valente collega. Per lo storico, il diritto non è soltanto una realtà legale e formale; certo, è anche norma e forma, ma non si esaurisce in esse. Il diritto è una realtà impura, perché carnale, perché è una dimensione della storia umana e in questa si inserisce; né può essere una realtà semplice, anzi complessa, perché complesso è il corpo vivente della società alla quale il diritto stesso incessantemente si riferisce. Il Novecento appare, agli occhi dello storico del diritto, un secolo estremamente fruttuoso sotto questo preciso profilo, poiché nel suo percorso ha preso avvio la crisi che sta scoppiando di fronte a noi; crisi fertile — ripetiàmolò —, giacché permette dei recuperi che un cupo legalismo aveva, prima, impedito. È crisi del diritto come norma, come comando; ma è momento di recuperi, di riscoperte.

La riscoperta della essenza ordinamentale del diritto è l’insegnamento affrancatorio di Santi Romano, un grande giurista citato da tutti, letto e compreso da pochi e soprattutto incompreso nella forza culturale e pratica del suo messaggio. Non si tratta di mutare un vocabolo o variare un concetto. Puntare sul diritto come ordinamento significa spostare l’asse portante dell’ordine giuridico fuori dalla testa di Giove, ossia del legislatore, sottrarla a un soggettivismo accanito fino a ricomprendere e valorizzare quella dimensione oggettiva, sociale economica culturale, che il diritto stesso è chiamato a ordinare e con cui deve fare i conti se non vuole arrivare alle aberranti conclusioni di un nichilismo a-contenutistico (9).

Amici, fare i conti con la società significa fare i conti con la

(8) N. IRTI, *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LVII (2002), p. 1159 ss.. Da ultimo, si veda: *Nichilismo e concetti giuridici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005.

(9) Cfr. P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005.

storia, esaltare quella dimensione essenziale del diritto cui faceva riferimento all'inizio il professor Palma, la storicità, con le rilevanti conseguenze che noi stiamo ora vivendo (troppo spesso inconsapevolmente).

La prima conseguenza consiste nel recupero del diritto alla fisiologia del sociale. Noi siamo stati troppo abituati a cogliere in esso un universo di comandi, comandi spesso violati, con l'ulteriore nefasta conseguenza di ridurlo a una sorta di patologia della società. Noi dobbiamo recuperarlo a quella onticità cui facevo riferimento poco sopra; con la conclusione, elementare ma salvante, che il diritto appartiene alla esperienza quotidiana, è dimensione di ogni civiltà storica al pari della filosofia, dell'arte, della letteratura, dell'economia. Recupero del diritto alla carnalità della storia. Altro che purezza! Il diritto è necessariamente una realtà impura perché si intride di valori e anche di passioni e di interessi. Rifiuto l'algida visione di Irti: il diritto attinge nel profondo, in una realtà sottostante, realtà di radici, da cui trae vitalità e legittimazione. Il diritto si legittima solo in quanto sia espressivo delle ideali fondazioni con cui una civiltà si è costruita storicamente.

V'è una seconda conseguenza: siamo arrivati anche ad un sostanziale recupero pluralistico. È chiaro che il mondo giuridico edificato dall'illuminismo e dalla rivoluzione francese era rigorosamente monista, statalista, perché fondato su uno Stato inteso come unità compattissima ⁽¹⁰⁾. Lo Stato era individuato come l'unico produttore di diritto, come il monopolizzatore della produzione giuridica. Quando, però, durante il Novecento, abbiamo cominciato a prender coscienza che lo Stato è certamente il normale ma non il necessario produttore del diritto (è sempre la altissima voce di Romano o, se volete, di un acuto filosofo del diritto che ha onorato la vostra Università 'Federico II', cioè Giuseppe Capograssi), ecco che l'imputazione alla società e alla complessità delle forze sociali più che a un apparato di potere, crea la conseguenza immediata della

⁽¹⁰⁾ Nell'antico regime, ossia prima della rivoluzione francese, si aveva una figura composita di Stato/comunità che si proponeva come 'società di società'. Per un disegno storico-giuridico del relevantissimo passaggio verso uno Stato unitario compatto cfr. P. GROSSI, *Dalla società di società alla insularità dello Stato - Fra Medioevo ed età moderna*, Napoli, Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa, 2003.

riscoperta di un sostanziale pluralismo giuridico, perché si raggiunge lo svincolo da quella immedesimazione col potere politico ritenuta necessaria nell'ordine borghese: all'interno di uno stesso territorio e di un medesimo regime politico, si possono avere diversi e convivenenti ordinamenti giuridici.

Ma c'è una terza riscoperta, che le geometrie illuministiche e post-illuministiche ci avevano impedito di conseguire: intendo parlare del recupero della fattualità. Abbiamo separato, anzi, siamo stati orgogliosi di separare con una impenetrabile muraglia, *fatti e diritto*, il *giuridicamente rilevante* dal *giuridicamente irrilevante*. Romano, in certi suoi saggi costituzionalistici che io ho avuto il privilegio di valorizzare in una lezione bolognese alla fine dell'ottobre scorso ⁽¹¹⁾, segnala proprio l'esigenza di recuperare certi fatti muniti di una loro intrinseca *categoricità* (termine romaniano), esemplificando eloquentemente con pagine penetranti e sensibili in tema di *necessità*. Sono fatti, di per sé, connotati di effettività e pertanto emergenti per loro intrinseca forza al livello del diritto. Il maturarsi della riflessione scientifica durante il Novecento, secolo prezioso di vitali acquisizioni, ci ha permesso di prendere coscienza che il diritto non *costringe* la società ma la *esprime* nella maniera più fedele, e, se la esprime, deve puntualmente registrare il gioco di forze in essa presente. Il diritto — è la voce suadente di Capograssi — si mescola con la vita, è dimensione della vita ⁽¹²⁾. È, insomma, un diritto *vivente* che dobbiamo riscoprire, per usare un sintagma oggi felicemente ricorrente in sentenze e pagine dottrinali autorevolissime.

* * *

Tirando le fila da tutto il discorso si arriva ad una conclusione di estremo rilievo. Il procedimento di formazione del diritto non si conclude nel momento in cui il legislatore si spoglia della legge con l'atto formale della promulgazione. V'è un momento successivo — quello in cui la legge entra nella carnalità della vita grazie alla interpretazione/applicazione — che deve essere recuperato quale

⁽¹¹⁾ P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LX (2006), p. 377 ss..

⁽¹²⁾ Rinvio il lettore a una mia riflessione recentissima sul messaggio capograssiano: P. GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXXXIII (2006), p. 13 ss..

momento interno — e il più alto e il più vivo — del processo formativo della giuridicità. È lampante che stiamo vivendo oggi la sua piena rivalutazione: non è qualcosa di estraneo rispetto a un diritto già concluso e conchiuso; il procedimento di produzione continua oltre la promulgazione, e l'interpretazione/applicazione è il suo momento finale ma ad esso assolutamente interno.

Qui abbiamo avuto grandi aiuti da quella ermeneutica giuridica, di cui un pensosissimo civilista, Luigi Mengoni, si è fatto portatore fino agli ultimi mesi prima della sua morte ⁽¹³⁾. Il rapporto fra testo normativo e interprete — *ridotto* dalla codificazione ottocentesca, e dalla ideologia ad essa sottesa, ad un rapporto di esegesi, di servile ossequio verso un testo bisognoso soltanto di una ortopedia logica, con un interprete *ridotto* a innocuo ma sterile glossatore — presso l'ermeneutica giuridica e presso tutto quel folto stuolo di giuristi che l'ha valorizzata, diviene *intermediazione* fra testo e vita sociale; con l'interprete che recupera il suo carattere attivo, specchio e coscienza di esigenze che possono non essere identiche a quelle pressanti al momento di produzione della norma. L'interprete si trasforma nella garanzia della storicizzazione della norma. Se volete, garanzia che il diritto legale e formale non soffra quel cancro irrimediabile consistente nella sua separazione dal corpo mutevole della società.

Amici specializzandi, quello attuale è un momento intimamente penetrato da un fatto allarmante, del quale dobbiamo realisticamente prendere atto: se la storia è sempre mutamento (anche se talvolta in società primitive ci ha offerto l'apparente immobilità dei ghiacciai), quella che viviamo oggi è percorsa da una mutazione sociale economica tecnica caratterizzata da una frenetica rapidità. Pensate all'incidenza enorme sul mondo giuridico di una rivoluzione info-telematica prima assolutamente ignota e oggi imperversante, una rivoluzione che si supera continuamente e della quale non possiamo nemmeno prevedere gli svolgimenti nell'immediato futuro. Questa rapidità nel mutamento fa sì che lo strumento 'legge', l'opera del legislatore, lo stesso Stato quale grande burattinaio omnivalente, siano incapaci di ordinare un qualcosa che necessariamente sfugge alla immobilizzazione prevista e voluta dagli apparati

⁽¹³⁾ Di Mengoni si veda soprattutto la raccolta di saggi: *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996.

di potere. Ecco la crisi delle fonti. Non v'è, infatti, dubbio che noi viviamo una profonda crisi delle fonti, almeno come noi le abbiamo pensate e anche inchiodate fino a ieri.

Oggi, credo che abbiamo il dovere di dubitare, fondatissimamente, di quel principio di gerarchia delle fonti che, ai tempi in cui ero studente di Giurisprudenza, ci veniva insegnato come un dogma. Ci stiamo finalmente liberando di certe dommatiche, che certamente non hanno più rispondenza con la vita attuale, come non ha più rispondenza quell'articolo 12 delle preleggi rimasto all'interno del testo del Codice civile come reliquia di passate credenze lucidamente oggi considerate come mitologiche.

Il diritto sta ritornando ai giuristi. Era un vecchio auspicio di Filippo Vassalli, redattore primario del nostro ammirevole Codice Civile. Vassalli, che nasceva da un'esperienza di romanista e di storico del diritto, auspicava un ritorno nelle mani di coloro che sanno di diritto ⁽¹⁴⁾, che hanno la competenza per potersene occupare, che maneggiano consapevolmente (e quindi proficuamente) le tecniche giuridiche, al contrario della banda di politicanti che popolano gli attuali Parlamenti, ignoranti di diritto e spesso, ohimè!, anche di grammatica della lingua italiana (come dimostrano, generalmente, le povere nostre leggi uscite dalle loro mani). Quei giuristi, che l'illuminismo giuridico aveva ridicolizzato, estromesso, spregiativamente esiliato — penso alle requisitorie severe di Muratori e di Beccaria —, oggi tornano ad essere protagonisti.

* * *

Penso al ruolo che hanno avuto da noi scienziati e giudici per lo sviluppo e l'adeguamento di istituti centrali del diritto civile, penso soprattutto alla rinnovazione su un grande tema civilistico intorno al quale si sta impegnando da tempo dottrina e giurisprudenza, rinnovazione e revisione profonda tuttora in atto: la responsabilità civile. L'ultimo sguardo sintetico che io abbia letto su questo gran tema del nostro tempo è nel primo numero della 'Rivista di diritto civile' del

(14) Sull'assai significativo messaggio metodologico di Filippo Vassalli si vedano ora le riflessioni recentissime di G. BENEDETTI, G. B. FERRI, A. PUNZI, *La missione del giureconsulto: Filippo Vassalli*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXXXII (2005), p. 593 ss..

2004 e reca la firma del collega Vincenzo Scalisi, dell'Università di Messina ⁽¹⁵⁾. In questa sintesi recentissima egli ci dà la conferma di una intuizione di Francesco Galgano, che, parecchi anni prima, aveva parlato di 'frontiere mobili' del danno ingiusto' ⁽¹⁶⁾, frontiere mobili che riflessione dottrinale e operosità giudiziale hanno seguito e seguono nel loro estendersi e variare, dando prova di una finissima sensibilità sociale. Al di sopra di un vecchio testo legislativo, il cui unico pregio appariva la genericità, dottrina e giurisprudenza hanno costruito e stanno costruendo. E giustamente Scalisi, nel suo saggio, parla, con riferimento ad illustri antecedenti romani, di una funzione pretoria dell'attuale giurisprudenza su questo nodo vitale del nostro vivere associato.

Ma penso, con soddisfazione, anche a quei civilisti e commercialisti impegnati nel disegnare dei 'principii' in tema di contratti commerciali e di contratti in genere, primo abbozzo — sia pure su un piano di *soft law* — di un diritto privato europeo tutto da edificare, un diritto europeo che trova ancora mille ostacoli sul suo cammino da parte delle gelosie e degli egoismi degli Stati, a cominciare dalla opposizione della Francia fermissima nella difesa del suo 'perfetto' anche se decrepito 'Code Napoléon'. I giuristi, fortunatamente, non si lasciano intimidire dalla protervia del potere, fanno coraggiosamente il mestier loro e cominciano a disegnare un tessuto di principii, cioè di categorizzazioni generali ma duttili, disponibili ad impossessarsi dei fatti economici e sociali futuri. È la grande funzione della scienza: disegnare categorie che, utilizzando la ricchezza della tradizione, siano proiettate alla costruzione di un futuro che sia veramente tale, il futuro del domani che è dinnanzi a noi e non dietro di noi, come vorrebbero invece con mio raccapriccio gli insensati riesumatori del cadavere di un preteso 'diritto romano attuale' ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Rivista di diritto civile*, L (2004), p. 29 ss..

⁽¹⁶⁾ F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 1 ss.

⁽¹⁷⁾ Già dieci anni fa io, storico e convinto del ruolo della dimensione storica nella formazione del giurista, ho creduto di dover ammonire che dalla storia — in questo caso, dal diritto romano — non debbono venire insensati modelli coartanti (cfr. *Modelli storici*

Oggi, il pluralismo investe frontalmente il sacrario delle fonti, e il paesaggio giuridico è segnato da un fenomeno crescente di moltiplicazione e anche — parola grossa — di de-tipizzazione delle fonti. Parola grossa, se si raffronta il nuovo al vecchio paesaggio dominato — al contrario — da una scansione gerarchica, da una visione piramidale dove unicamente al gradino supremo rappresentato dalla legge veniva assegnata forza produttiva. Oggi, segno di tempi nuovi, alla piramide si preferisce contrapporre da parte dei giuristi più avveduti l'immagine della rete, che proviene dai laboratori di sociologi e di politologi, una rete che sottolinea non già rapporti gerarchici bensì solo interconnessione tra fonti (18).

Tutto questo non è frutto di smanie di originalità di estrosi giuristi. È che abbiamo necessità, oggi come non mai, di vistose supplenze di fronte alle assenze dello Stato, alla sordità e alla impotenza dei legislatori. E la globalizzazione giuridica, di cui tanto si parla e alla quale accennavo all'inizio della lezione, non è altro che un atto di supplenza. I grandi potentati economici non si arrestano di fronte a impotenze, sordità, lungaggini dei poteri ufficiali, ma producono diritto, pretendono di produrre per proprio conto diritto. Ed è questo un fatto veramente nuovo di questi ultimi venti anni: se, prima, il potere politico aveva preteso il monopolio del giuridico, ora tutto si sta pluralizzando e accanto ai canali ufficiali degli Stati e delle organizzazioni sopranazionali vediamo emergere e rafforzarsi quelli privati; i quali, naturalmente, hanno una loro genesi e una loro vita indipendenti, e approdano a giudici privati; canali che corrono perfettamente paralleli, ignoranti gli Stati e ignorati dagli Stati.

Galgano, studioso di questi problemi, èvoa con un sintagma latino un mondo giuridico a me caro e familiare, parlando di *lex mercatoria* (19), e ha ragione almeno su un punto: come nei secoli XII

e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo, in *Rivista di diritto civile*, XLII (1996), parte prima).

(18) Uno dei primi interessanti esperimenti a livello anche giuridico fu, in Italia, il volume collettaneo: *L'Europa delle reti*, a cura di A. Predieri e M. Morisi, Torino, Giappichelli, 2001. Si veda ora la sintesi teorica di F. OST-M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002.

(19) Di F. GALGANO si veda, da ultimo, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005. Sulla 'lex mercatoria' cfr. *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2001⁴.

e XIII furono gli intraprendenti mercanti medievali, soprattutto italiani, circolando nelle piazze commerciali di tutta Europa a inventare strumenti prima ignorati ma indispensabili per i loro traffici — società, titoli di credito, assicurazioni, e via dicendo —, così oggi abbiamo l'invenzione di meccanismi economico-giuridici nuovi di cui il maturo capitalismo ha bisogno. *Lex mercatoria* vuol dire diritto vivente, una prassi economica che produce diritto.

Desidero aggiungere un'ultima considerazione, sottolineando una circostanza di notevolissimo rilievo nell'attuale panorama giuridico europeo continentale. Fino a ieri il canale della Manica non costituiva una netta separazione soltanto geografica fra noi e l'arcipelago inglese; separava due pianeti giuridici profondamente diversi. Oltre Manica non si era, infatti, conosciuto quell'enorme fossato storico della Rivoluzione francese, evento formidabile che ha segnato la storia giuridica continentale di una discontinuità profonda, tanto da porsi come cippo confinario tra due modi intensamente diversificati di concepire e vivere il diritto. Se in Inghilterra, con inalterata continuità, si è mantenuto un assetto giuridico sostanzialmente medievale con al centro il protagonismo di un ceto di giuristi, soprattutto di giudici secondo la mentalità empirica inglese, sul continente, con l'imperversare del giacobinismo giuridico, si è instaurato un rigido controllo della giuridicità da parte del potere politico, con precise e decise conseguenze: applicazione dommatica del principio di divisione dei poteri, gerarchia delle fonti, assillante legalismo, codificazione di tutto il diritto a cominciare da quello 'civile' prima riservato a una produzione consuetudinaria, esasperato riduzionismo ossia l'ordine giuridico *ridotto* a comandi autorevoli immobilizzati in testi cartacei.

Ma oggi il Regno Unito è all'interno dell'Unione Europea provocando una benefica osmosi fra mentalità giuridiche sino a ieri contrapposte, con una altrettanto benefica influenza su tutto il diritto comunitario in formazione. L'Unione diventa un terreno di incontro fra due culture con un recupero intenso della fattualità del diritto, con l'abbandono di quei legalismi e formalismi che avevano costretto il povero giurista continentale in una prigione asfittica, con un nuovo ruolo dei giuristi nella formazione dell'ordinamento. Un primo esempio, che viene alla mente, è offerto dalla Corte di Giustizia della Unione, una entità che si avrebbe torto nel qualificare

come meramente giudiziaria ma sicuramente incarnante anche una funzione tipicamente nomopoietica ⁽²⁰⁾.

Quando dall'amico civilista e comparatista Ugo Mattei, allievo della scuola comparatistica torinese, ho avuto in omaggio — alcuni anni fa — un grosso volume sulla proprietà scritto per il 'Trattato di diritto civile' diretto da Rodolfo Sacco ⁽²¹⁾, ho potuto, per così dire, toccar con mano, l'effetto a livello dottrinale di un siffatto confronto interculturale in atto nel laboratorio/Europa. Grazie alla consapevolezza nuova offerta dalla analisi economica del diritto arrivata freschissima da Oltreatlantico e dalle diagnosi tecniche secolarmente elaborate nella officina giudiziale del *common law*, il paesaggio giuridico, agli occhi di un comparatista colto e sensibile come Mattei, da semplicissimo, diventava complesso e con la complessità acquisiva vivacità e ricchezza.

Amici specializzandi, quale conclusione potrei tirare? Che questa crisi va vissuta fino in fondo dal giurista, perché essa è un segno fedele dei tempi, i quali non vanno mai né traditi, né ostacolati testardamente, o, peggio ancora, esorcizzati mettendo la testa sotto la sabbia. Agli occhi dello storico essa ha una primaria funzione liberatoria. Non v'è dubbio che sia uno scossone ma salutare; avvertiamo le nostre fondamenta percorse da un moto squassante, e la prima sensazione può essere di disagio, perché costringe la nostra proverbiale pigrizia a guardare in faccia la realtà e affrontarla senza elusioni. Soprattutto mi sembra che vengano incrinare, se non erose, le credenze mitologiche di cui la modernità giuridica è stata ricolma e che oggi rischiano di condannarci all'impotenza ⁽²²⁾. È, però, l'unico modo per affrancare la nostra strada da ingombri che ci precludono di procedere innanzi. Vi ripeto che l'unica possibilità di

⁽²⁰⁾ Cfr. A. TIZZANO, *Il ruolo del giudice comunitario nel processo di integrazione europea*, in *La Costituzione europea tra Stati nazionali e globalizzazione*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2004.

⁽²¹⁾ U. MATTEI, *I diritti reali — La proprietà*, Torino, Utet, 2001 (sul quale mi permetto di rinviare il lettore a quanto ne scrissi con segnalazione calorosa: P. GROSSI, *Un libro nuovo, anzi novissimo: 'La proprietà' di Ugo Mattei*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 30 (2001).

⁽²²⁾ Mi si consenta di rinviare ad alcune mie pagine, decisamente e volutamente polemiche: P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2005 (II^a edizione accresciuta).

costruire un futuro che sia veramente tale sta nel prender coscienza delle forze in atto con piena disponibilità a valorizzarle e, insieme, ad ordinarle. La globalizzazione giuridica è un frammento di futuro agente nel nostro presente, con enormi potenzialità e, insieme, con enormi rischi, non essendoci dubbio che i poteri economici hanno una arroganza sicuramente superiore a quella del vecchio potere politico monopolizzatore, giacché, ponendo il maggior profitto quale fine supremo, al raggiungimento di questo possono subordinare la persona umana schiacciandola impietosamente.

Il diritto sta però ritrovando la sua storicità, la sua specularità al divenire storico. In questa riscoperta è il trionfo dei giuristi, teorici e pratici, impegnati nell'ordinare senza soffocarlo un movimento ancora magmatico e incandescente. La coscienza della storicità deve essere la consapevolezza salvante del giurista di oggi, che non può limitarsi a guardare la stella fissa di un diritto ufficiale vigente in un certo Stato o in una certa entità trans-nazionale. Oggi abbiamo assistito alla caduta inesorabile delle stelle fisse. Non ci sono punti fermi della linea storica, c'è invece una linea in perenne movimento e trasformazione. Lo storico del diritto, forte di non essere un imbalsamatore di cadaveri, padrone della linea e del senso di essa, può essere un buon compagno di corsa per il gius-privatista e il gius-pubblicista, lui cosciente più d'ogni altro di ciò che è effimero e di ciò che è duraturo. E torniamo — come vedete — all'insegnamento di Vivante da cui abbiamo preso le mosse, il commercialista convintamente immerso in un sollecitante bagno di storia e di prassi. È un insegnamento proficuo non solo per il teorico ma anche per il futuro professionista, anche per voi che avete avuto la pazienza di ascoltarmi.

Chiudo formulando ai giovani specializzandi gli auguri più schietti per il pieno successo nella loro futura vita professionale.

DIRITTO CANONICO E CULTURA GIURIDICA (*)

1. Un recupero per il diritto canonico. — 2. L'esilio moderno del diritto canonico. — 3. Il diritto canonico come mentalità giuridica. — 4. I tratti distintivi della mentalità canonistica — 5. Il diritto canonico come mentalità e la sua rilevanza storico-giuridica: alle radici del *common law*. — 6. Il diritto canonico come mentalità giuridica e il suo messaggio metodologico: un contrappunto comparativo per il giurista di *civil law*.

1. Perché questo problema? Che cosa pretende sul piano culturale questo diritto canonico? Un diritto che parla di eucaristia, di battesimo, di penitenza, un diritto da preti; un diritto, per giunta, che non riguarda la società civile come società plurale, e soprattutto ideologicamente plurale. Ma, principalmente, perché continuiamo a parlare di diritto canonico in una Facoltà universitaria, che dovrebbe esprimere i valori della intera società civile, come questa nostra di Urbino, come la mia di Firenze? Non si incide anche sulla libertà religiosa degli studenti? Non è una forma di unilateralità eccessiva?

Io mi sono segnato qui il punto centrale di una illuminante pronuncia della Corte Costituzionale spagnola, del 'Tribunal Constitucional', di qualche anno fa. Una studentessa universitaria (in Spagna era obbligatoria la disciplina 'diritto canonico') aveva protestato sostenendo che una siffatta imposizione violava le regole più elementari della libertà religiosa, non avendo per lei (forse atea, forse agnostica, o appartenente a religione diversa dalla cattolica) alcun interesse lo studio del diritto della Chiesa Romana quale diritto proprio e tipico di una specifica confessione religiosa.

Vi leggo, tradotto in italiano, il punto centrale della motivazione, in base alla quale il ricorso fu respinto dalla Corte Costitu-

(*) Lezione tenuta presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino il 3 maggio 2001.

zionale spagnola: “La conoscenza del diritto canonico per gli studenti delle Facoltà di Giurisprudenza è imprescindibile in rapporto all’evoluzione storica delle istituzioni giuridiche, alcune delle quali non si capiscono facilmente senza di esso. Il diritto canonico, in quanto materia basata sull’informazione ed interpretazione di un *corpus iuris* come quello del Codice di diritto canonico, non è per sua stessa natura una materia di contenuto ideologico, indipendentemente dal fatto che si basa su un *substratum* ideologico o confessionale.... In effetti, molte discipline giuridiche si fondano sullo studio di testi legali e di teorie giuridiche il cui sostrato ideologico è identificabile” (1).

In altre parole, la Corte costituzionale spagnola sollevava il diritto canonico dal ristretto cono d’ombra di una semplice ideologia religiosa, cioè da una sua stringente particolarizzazione, e lo immetteva nel paesaggio apertissimo della storia della cultura giuridica occidentale. Recupero sacrosanto, perché recupero obbiettivo, corrispondente alla stessa realtà storica dell’Occidente nel suo bimillenario divenire; ma anche recupero tardivo e coraggioso, a fronte di un diffuso atteggiamento plurisecolare che aveva inflitto al diritto canonico, o una condanna senza appello, o l’esilio del silenzio, o la relegazione nel cantuccio più oscuro.

Lo storico, e in guisa peculiare lo storico del diritto, può individuare le ragioni profonde che, attraverso tutta l’età moderna, hanno pesato su un simile atteggiamento. Certamente, dal Cinquecento in poi, sono avvenuti grossi fatti storici, che ci hanno impedito di cogliere il diritto canonico per quello che veramente è stato, cioè al centro di una civiltà giuridica, creatore di una civiltà giuridica.

2. Che cosa è successo, dunque, di tanto incisivo?

Intanto, un grosso fatto all’interno della Chiesa, ed è la Controriforma: nel suo tentativo di autodifesa rispetto alla vincente protesta religiosa, ha insinuato un sentimento di paura nell’ambito della società ecclesiale, con il conseguente innalzamento di una infinità di barriere e di chiusure. La Chiesa si è rinserrata in una struttura

(1) Il testo è riportato da R. NAVARRO VALLS, *Diritto canonico e cultura giuridica spagnola*, in *Scienza giuridica e diritto canonico*, a cura di R. Bertolino, Torino, Giappichelli, 1991, p. 91.

severamente disciplinare, e il diritto canonico ha assunto la funzione di cemento primo di questa struttura. La Chiesa è divenuta una sorta di cittadella circondata e protetta da grandi muraglie, muraglie di chiusura verso l'esterno e soprattutto muraglie giuridiche: essa affida al suo esser *societas iuridica* la garanzia della propria sopravvivenza storica. Il diritto canonico è il tessuto legante di questo bozzolo conchiuso. Ecco un primo dato che, dal nostro angolo di osservazione, contraddistingue il moderno e che è meritevole di considerazione.

Ma 'moderno' significa anche secolarizzazione, e secolarizzazione vuol dire affrancazione da precedenti servaggi. La società medievale era una società fideistica, che aveva delle precise piattaforme ideologiche e, di più, metafisiche; contro di essa, dal Cinquecento in poi, c'è un grande movimento liberatorio (o preteso tale): la secolarizzazione. L'uomo è chiamato a fare i conti soltanto con i dati offerti dalla natura e dalla storia, insomma dall'immanenza, grazie a quella taumaturgica chiave omnivalente costituita, per l'età nuova, dalle scienze matematiche e naturali in progresso vistosissimo. La secolarizzazione non è soltanto affrancazione dal sacro immedesimatosi in una soffocante teologia, ma è comprensibile che assuma in primo luogo il significato storico di contraccolpo verso il sacro, di attacco acre verso il sacro a causa della sua incarnazione — durata troppi secoli — nella incombente Chiesa Romana, realtà che per la società secolarizzata sei-settecentesca costituisce ancora una rappresentazione tentacolare e minacciosa.

E poi, lo statalismo. Il protagonista del 'moderno' è lo Stato, E Stato vuol dire monismo giuridico, vuol dire che il vecchio pluralismo giuridico medievale e postmedievale viene eliminato, mentre si consolida una idea forte e sempre più dominante, che prende quasi l'aspetto di una articolazione sillogistica: il diritto deve essere espressione della volontà generale, e volontà generale è soltanto quella che ci viene offerta dalla legge, unica fonte di qualità superiore; ma poiché la legge è la volontà del soggetto detentore del potere sovrano, il risultato è un rigido statalismo o, in termini culturali, un rigido monismo giuridico.

Questi tre fatti storici — controriforma, secolarizzazione, statalismo —, i tre fatti determinanti che inàugurano e contrassegnano il moderno, hanno causato una incomprensione totale verso il diritto

canonico: un po' per responsabilità della Chiesa, che ne faceva un assetto interiore a carattere soprattutto disciplinare e cemento delle chiuse mura della società ecclesiale; un po' perché la società secolarizzata diffidava di un diritto maleodorante di preti, di sacristia, di vecchiume, di medioevo; e infine perché lo Stato, che si ergeva a produttore unico di diritto, volutamente lo ignorava.

Questo dal Cinquecento in poi. Ed è bastato a creare una barriera di incomprensioni e di travisamenti fra noi moderni e il diritto canonico. Ci sono, come abbiám detto più sopra, responsabilità della Chiesa, responsabilità di una società civile ormai percorsa da mentalità tendenziosamente contrarie, ma indubbiamente una barriera c'è stata.

3. Però — cari studenti — il secolo XVI^o arriva dopo millecinquecento anni di vita giuridica della Chiesa, e anche del diritto canonico, posto che la Chiesa Romana ha subito creduto di doversi costituire e costruire fin dai suoi primordii quale ordinamento giuridico originario e pertanto primario. Se pensiamo che nel primo e nel secondo medioevo la Chiesa era al centro dell'intera società civile, se si pone mente a un dato tanto elementare quanto sottovolutato, e cioè che questo periodo storico copre assai più della durata di un millennio, si capisce facilmente che in questo periodo lunghissimo il diritto canonico sia stato un lievito per tutta la civiltà occidentale. E sarebbe agevole proseguire la mia lezione cercando di disegnare quali sono i contenuti sparsi che, nei varii settori, il diritto canonico ha fornito all'intera cultura giuridica incidendo a fondo sul suo itinerario e sul suo sviluppo futuro.

Potrei dirvi che l'attuale processo civile è per buona parte modellato sul processo canonico, facendo tesoro delle analisi dei canonisti e della prassi processuale canonica all'interno della Chiesa. Potrei dirvi che il diritto penale è per buona parte diritto canonico, perché è soltanto grazie allo scavo che i canonisti hanno fatto nella psicologia del delinquente, alla ricerca delle graduazioni nella responsabilità morale del fatto illecito, che il penalista moderno si è trovato nelle mani un prezioso ordito di differenziazioni psicologiche quale conveniente basamento per l'edificazione di un appropriato sistema criminale. E, tacendo sulle materie ovviamente più sensibili come famiglia e matrimonio, si potrebbe, non senza ra-

gione, parlare delle penetranti influenze sul diritto delle obbligazioni e dei contratti. Cioè si potrebbe andare a ricercare nella più gran parte degli istituti precise fibre desunte da tessuti canonici e canonicistici, o addirittura le tante sagomazioni su modelli di là derivati, ma questo porterebbe la lezione a trasformarsi in una specie di inventario, una sorta di bilancio analitico che deluderebbe probabilmente gli amici studenti.

Io, viceversa, vorrei insistere su un altro punto, che mi sembra trascurato e che è invece storicamente relevantissimo: il diritto canonico come contributo cospicuo alla creazione di una mentalità giuridica. La proposizione centrale è la seguente: il diritto canonico non è solo un ammasso di regole e di canoni; è, innanzi tutto, una certa mentalità giuridica che, in quanto tipicissima e peculiarissima, in quanto provvedutamente costruita da scienza e prassi, in quanto capillarmente assorbita nella lunga durata, genera incisivi influssi proprio a livello di mentalità ben oltre i confini della comunità ecclesiale.

Cerchiamo di disegnare con tratto il più possibile preciso i lineamenti di questa mentalità.

4. Non dimentichiamoci che il diritto canonico è l'ordine giuridico di una società sacra, di una società proiettata verso la meta-storia, sorretta e indirizzata da un unico fine pastorale secondo il mandato del suo divino Fondatore: la *salus aeterna animarum*. Una domanda preliminarmente si impone: rispetto a questo fine il diritto canonico è una forzatura? Cioè, la società sacra se lo inventa spregiudicatamente per suo comodo, per un esercizio più efficace dei suoi poteri? Lutero non è esita ad affermarlo con durezza: il diritto è il grande tradimento storico della Chiesa Romana; la scelta per il diritto dà l'avvio a una vera e propria *captivitas babylonica* nell'abbraccio delle temporalità. Il giudizio dovrebbe, però, a mio avviso, essere più rispettoso della complessità delle forze storiche che quella scelta hanno motivato e generato; altrimenti, il rischio è la unilateralità.

Io direi che è una scelta intrisa di concretezza mediterranea. La Chiesa Romana sa che è nel mondo, nel vortice dei rapporti sociali, che il singolo fedele trova la sua salvezza o la sua condanna eterna. La scelta per il diritto è semplicemente la valorizzazione del 'temporale' quale terreno in cui la salvezza si gioca. Il 'temporale' è il mondo del peccato e delle umane caducità, ma è lì che la vicenda dei

singoli fedeli si matura e si compie; si matura e si compie non all'interno di un microcosmo isolato, bensì di un intrecciarsi di rapporti sociali del singolo con gli altri, del singolo con la stessa *societas* sacra. È da questa puntuale consapevolezza di indole antropologica, oltre che da ovvie motivazioni potestative, che si origina una attenzione particolare della confessione religiosa Chiesa Romana, l'unica che ha sempre pervicacemente voluto, ininterrottamente dall'età primitiva agli ultimi decenni postconciliari, costruire un proprio diritto.

Ma lo fa non imitando interamente il diritto romano, grande modello di sapere tecnico, che alla Chiesa nascente offriva già consolidato il suo edificio classico; al contrario, pur approfittando largamente del sapere tecnico dei romani, costruisce lentamente, secolo dopo secolo, un diritto che ha delle caratteristiche peculiari, cioè congeniali all'essere la Chiesa Romana una società sacra, con un marchio fondamentale impressogli dal sottostante scopo pastorale. Il diritto canonico, o serve alla salvezza delle anime, o è una clamorosa aberrazione. E se deve contribuire a questa salvezza, è ovvio che il suo carattere centrale sarà uno soltanto, e cioè la strumentalità.

Spieghiamoci meglio, giacché si tratta di un punto meritevole di molta attenzione. La Chiesa, edificando il diritto canonico, non lo considera affatto il fine della comunità sacra, alla stessa stregua dello Stato che può annoverare tranquillamente fra i suoi fini il mantenimento della civile convivenza per il tramite del diritto. Il fine dell'ordinamento Chiesa è al di là della storia, è consegnato nelle altitudini metafisiche, è nell'eternità, è e resta indefettibilmente la salvezza dell'*homo viator*, del peccatore che, all'èsito della sua vicenda terrena, si appresta a incontrare il Giudice supremo. La Chiesa è una ben strana società, che ha per suo confine il cielo. È per la conquista di questo cielo che il diritto, se vuole dimostrarsi efficace, deve essere fino in fondo strumento e mai assurgere al rango di fine.

Quindi, strumentalità a uno scopo essenziale, uno scopo trascendente. Ciò non è innocuo. Da questo fulcro centrale, che io vi sottolineo, scaturisce una mentalità tutta tipica del diritto canonico.

Strumentalità. È da essa e per essa che il diritto, nella Chiesa, si inaugura all'insegna di due diffidenze: la diffidenza verso la dimensione giuridica come pura orditura logica; la diffidenza verso il gusto

delle costruzioni sistematiche, verso edificazioni giuridiche che si cristallizzano in un sistema. Quante volte noi ci innamoriamo dei nostri concetti giuridici come se fossero dei cristalli da lucidare e conservare intatti, quante volte ci innamoriamo delle costruzioni logiche con cui riusciamo a immobilizzare certi istituti del vivere quotidiano! Oppure, quando ci intestardiamo nel costruire dei sistemi (sistema vuol dire riduzione ad unità), dando una artificiosa compattezza a ciò che, viceversa, era, ed è e deve restare, plurale e frammentario.

Altra diffidenza: la diffidenza per il diritto come legge. I vostri docenti del primo anno vi hanno insegnato i caratteri della legge condensabili nella generalità, nella astrattezza, nella rigidità. Caratteri tutti che, di fronte a un diritto essenzialmente strumentale, rivelano la propria inadeguatezza (vedremo in qual senso). Ecco perché la Chiesa è la prima a diffidare del Codice, che è per noi moderni la legge generale, la legge madre di tutte le leggi. Non so se vi siate mai resi conto che, dei grandi ordinamenti giuridici protagonisti del 'moderno', la Chiesa Romana è l'ultima a codificare il proprio diritto e, se avessimo tempo, sarebbe interessante di segnare tutte le perplessità, tutte le opposizioni, tutti i moti di sfiducia affiorati dal 1870, da quando, in seno al Concilio Vaticano Primo, comincia ad emergere tra i Padri raccolti in Roma l'idea di una codificazione. Il *Codex* — voi lo sapete bene — sarà varato nel 1917, dopo quasi cinquanta anni di discussioni, di dubbi e anche di rifiuti.

Perché? Perché il Codice, legge fra le leggi, è innanzi tutto un sistema, un'opera armoniosamente logica. Ed urge un quesito: il Codice, la legge, la logica, il sistema tengono adeguato conto di quel 'particolare' che è il singolo fedele con il suo fardello irripetibile di umanità e che la società sacra ha il dovere assoluto di fronte a Dio di guidare verso la vita eterna?

Questo spiega anche perché la Chiesa Romana dà vita a un Codice ben strano, se comparato con i tanti modelli laici. Il *Codex* piano-benedettino del 1917, che altra volta io ho definito — non a torto — per parecchi versi tridentino ⁽²⁾, è codificazione singolarissima: ha delle aperture verso il passato, riconoscendo nel can. 6 l'insopprimibile valore di quanto si era fatto prima nel cosiddetto *ius*

(2) Cfr. P. GROSSI, *Novità e tradizione nel diritto sacro*, in *Il Foro Italiano*, luglio-agosto 1983, V.

vetus; nel can. 20, per colmare le lacune della legge positiva, si apre non solo alle consuete forme di interpretazione estensiva ed analogica, ma addirittura ai principii generali, all'equità canonica, allo stile e alla prassi della Curia Romana, alla opinione comune dei maestri. Nella eventualità che l'applicatore verifichi delle lacune formali, quell'applicatore ha di fronte un Codice non sigillato nelle mura della sua cittadella testuale, ma anzi recante nel suo tessuto vistose breccie previste e volute.

Antinomia di una Chiesa, che costruisce un Codice ma che si premura di apportarvi finestre aperte verso l'esterno. La Chiesa codifica un po' per imitazione di quanto hanno fatto e stanno tuttora facendo gli Stati, un po' per quella esigenza di certezza e uniformità fatte valere nel 1870 da molti Padri conciliari provenienti da terre remote, ma resta ferma la coscienza dell'insufficienza della legge, della inadeguatezza della norma generale per i fini dell'ordinamento sacro.

La dialettica particolare/universale è fortissima nel diritto canonico, e fortissima la valorizzazione del particolare: il peccato non può non essere il singolo peccato del singolo soggetto, e il diritto non può non consistere nel rimedio efficiente volto a evitare, attenuare, sanzionare quello specifico peccato. Nel diritto della Chiesa, proprio per il suo carattere strumentale, non è il primato della norma generale che viene affermato, ma esattamente il contrario; la considerazione del particolare significa considerazione del reo/peccatore che cerca la propria salvezza e in questa ricerca va aiutato. Non ci si può arrestare al peccato/reato come fattispecie generale; quel che conta, in un'ottica pastorale, è il peccato/reato commesso da un determinato soggetto in determinate circostanze.

Il problema delle circostanze, cioè del contesto in cui un determinato atto viene compiuto, è sotteso alla mentalità teologico/canonica. Lo esprime molto bene quel corifeo della cultura medievale che è Tommaso d'Aquino. Nella 'Somma Teologica', dopo aver parlato della Divinità, trattando dell'uomo (*de homine*), nella *Quaestio* VI (l'opera è divisa in tante *quaestiones*), si occupa del volontario e dell'involontario, degli atti compiuti volitivamente e di quelli che non trovano un contributo nella volontà. Non basta! Nella *Quaestio* VII, ecco un titolo indicativo: *De circumstantiis humano-*

rum actuum ⁽³⁾); verte sulle circostanze degli atti umani, età, stato, ignoranza, povertà, luogo, tempo, gravità del danno, conseguenze dell'atto. In altre parole, non basta che cosa si è compiuto e con quale volontà; è rilevante indagare chi sia l'agente, come l'abbia compiuto, dove, quando, in quali circostanze. È quel contesto che il teologo/canonista deve approfondire, se si vuol conseguire pienamente l'ideale del giusto; che, in un ordinamento sacro, non è al di là del diritto, ma anzi vi si mescola e con esso si fonde.

Ecco perché al centro dell'ordinamento canonico v'è quel principio di equità che i canonisti chiamano *canonica*. *Aequitas canonica*: quasi per sottolineare una forma di equità che serve ai canonisti, di cui essi hanno bisogno, che hanno contribuito a creare. Leggiamo una delle sue molteplici definizioni dove si punta il dito proprio sul suo particolarismo: "iustitia pensatis omnibus circumstantiis particularibus dulcore misericordia temperata", quella giustizia che si riesce a raggiungere dopo aver soppesato minuziosamente tutte le circostanze, sempre tenendo conto di quel soggetto singolo carico di fragilità umane e quindi meritevole di misericordia in forza della sua debolezza.

E si profila una ulteriore diffidenza. Oltre che per la riduzione del giuridico in un castello logico o in un sistema, oltre che per il diritto innaturalmente immobilizzato in una legge generale, diffidenza per il formalismo. Noi giuristi laici siamo ancora oggi malati di formalismo. Certo, abbiamo bisogno di categorie formali perché il sapere giuridico è scienza ordinante, ma non ci rendiamo sempre conto che talvolta queste tendono a separarci da una realtà che è mobilissima. La legge, la logica, il sistema, l'insieme delle forme talvolta tendono a distaccarsene. E allora si verifica tragicamente il declino del diritto, perché abbiamo una cortecchia separata dalla sua sottostante linfa sociale economica culturale. Questo rischio il diritto canonico non lo può correre, perché sarebbe il totale discredito — e il collasso — dell'ordinamento della Chiesa: un ordinamento giuridico ridotto a una vera mostruosità storica. In questo caso l'accusa luterana avrebbe veramente un grosso senso.

Due parole conclusive su questa mentalità, cui prassi e riflessione canoniche danno vita. È una mentalità empirica, che privilegia

(3) *Summa Theologica*, Prima Secundae, q, 7, artt. 1 e 2.

il particolare, che privilegia le circostanze di un atto, le circostanze umane in primo luogo ma anche quelle contestuali; che, consequenzialmente, concepisce la regola giuridica come naturalmente elastica; che, concretandosi precisamente in un'analisi minuta di tante individualità, èleva a un ruolo centrale e propulsivo dell'ordinamento il giudice assai più del legislatore. Chi vi parla esercita la funzione di giudice canonico nel Tribunale Regionale Etrusco di Firenze e ha la possibilità di constatare quotidianamente nella esperienza pratica la centralità che il giudice ha ancora oggi nel diritto della Chiesa.

5. È giunto però il momento di domandarci se questa mentalità, al di là delle influenze sui singoli istituti, ha avuto qualche riscontro sulla cultura giuridica generale.

Un influsso non smentibile è sulla formazione del *common law*.

Voi sapete che *common law* significa un pianeta giuridico che è dapprima inglese e poi anche nordamericano e di tante colonie inglesi. Ma è un pianeta che ha un suo percorso e una sua storia abbastanza separati da quelli dei paesi dell'Europa continentale e dell'America Latina.

Noi abbiamo vissuto una storia discontinua. Vi ho puntualizzato il Cinquecento come l'inizio di una frattura nella storia giuridica occidentale; da quel momento corre, per così dire, una seconda storia che non si pone in rapporto di continuità con l'esperienza giuridica medievale, anzi in polemica, in rottura, nel disperato impegno a sbarazzarsi dei valori del medioevo giuridico come di una zavorra di pesi morti, di disvalori. Noi siamo gli eredi di quella frattura. In un paesaggio ormai secolarizzato, con le metafisiche medievali ridotte a favolette per infanti, ci siamo costruiti un regno di garanzie formali: divisione dei poteri, principio di stretta legalità, certezza del diritto, e così via. Grandi valori da rispettare sempre e comunque, ma di cui dobbiamo anche cogliere i limiti, derivanti dall'essere puramente formali.

Il mondo del *common law* ignora questa discontinuità, questo iato profondo che si è verificato nell'Europa continentale, nell'area che i comparatisti chiamano di *civil law*. Il fenomeno del *common law* ha una storia giuridica perfettamente continua dal medioevo all'età contemporanea, non smentendo in alcun modo le proprie origini medievali. Che sono origini forgiate soprattutto da ecclesia-

stici e necessariamente impregnate di diritto canonico. Ogni tanto, fra gli storici inglesi del diritto, si delinea una volontà di ripulsa o il tentativo di attenuare una simile ipotesi, rivendicando il tratto di fondo del *common law* a pretese valenze originarie del costume anglosassone; patriottismo comprensibile ma dalla ispirazione basamente sciovinistica. Se si esamina minuziosamente le trame degli istituti e del processo e tutto il progetto giuridico sottostante, come è stato anche recentissimamente fatto, l'ipotesi ne esce confermata e avvalorata (4).

La *Court of Chancery*, questo elemento evolutivo del *common law*, è un tribunale che, addirittura fino alla scissione di Enrico VIII, ossia fino al quarto decennio del secolo XVI, maneggia principii e nozioni di diritto canonico, è portatrice di una mentalità canonistica, esprimendola in regole precise. In forza dei trapianti che dall'Inghilterra si effettueranno nel Nordamerica, abbiamo un vastissimo universo giuridico il quale trova nel diritto canonico un marchio di costruzione e un preciso contributo di mentalità: concretezza, elasticità della regola, attenzione per il particolare, attenzione per le circostanze singole, individue, valorizzazione piena del giudice al centro dell'ordinamento come cognitore eccellente delle vicende particolari. Il diritto canonico medievale deve essere annoverato fra i geni della nuova creatura giuridica.

6. Ecco già una prospettiva che io vi disegno: il diritto canonico ha un figlio insospettato, il *common law*. E in un momento in cui l'intero universo giuridico a livello mondiale subisce sempre di più il modello anglosassone, sia pure indirettamente attraverso questo canale, è la mentalità canonica e canonistica che, inaspettatamente, ha una qualche reviviscenza. Ma v'è ben di più: su un piano metodologico e di approccio generale, è una mentalità che sembra oggi meritevole di attenzione. Dal diritto canonico possiamo ricevere una benvenuta lezione di metodo. Il diritto canonico può oggi, culturalmente, fungere per noi giuristi di *civil law* da prezioso momento comparativo.

(4) Si veda, recentissimamente, J. MARTINEZ TORRON, *Anglo-american Law and Canon Law-Canonical Roots of the Common Law Tradition*, Berlin, Duncker u. Humblot, 1998.

Dopo cinque secoli di statalismo giuridico, di culto della legge, di culto del Codice, di fiducia nelle virtù taumaturgiche del legislatore, tocchiamo con mano i difetti e i limiti enormi di una siffatta impostazione. E ci rendiamo conto che, acquisendo la convinzione della strumentalità del diritto — strumento prezioso, anzi necessario, ma strumento —, siamo sempre più insoddisfatti dei sistemi geometrici, siamo sempre più persuasi della inidoneità della legge a fungere da ordinatrice monocratica di una società socialmente economicamente tecnicamente assai complessa, arrivando a due risultati innovativi, l'uno in stretta correlazione con l'altro: la necessaria elasticità della regola giuridica, la valorizzazione dell'interprete/applicatore.

Prendiamo ad esempio un movimento che è tipico dell'oggi e ancor più lo sarà del domani: la cosiddetta globalizzazione. Se ne parla troppo e spesso a vuoto, e se ne parla soprattutto sotto il profilo politico ed economico, rispetto al quale scoppiano anche episodi di violenza e di ripulsa, trattandosi di fenomeno che tende a imporre a livello mondiale la supremazia di una superpotenza e di grosse centrali economiche multinazionali a quella superpotenza legatissime.

Ma globalizzazione vuol dire anche, a livello giuridico, un'altra cosa: vuol dire il crollo dello statalismo giuridico e un mondo degli affari che ha preso strade sue, ha rifiutato il diritto degli Stati immobilizzato in un coacervo di leggi, ha rifiutato i Tribunali statali, le loro lentezze, i loro burocratismi e formalismi, ha cominciato a costruire al di là delle leggi, al di là dei Codici, un proprio diritto. Un proprio diritto all'insegna di un rifiuto netto del formalismo e di un altrettanto netto rifiuto di un rigido legalismo. Globalizzazione significa oggi anche riscoperta di un pluralismo giuridico. È il mondo della prassi economica che inventa figure appropriate alla realtà degli affari contemporanei, grezze fattuali plastiche, senza che abbia rilievo alcuno la loro assenza nel Codice civile o di Commercio, o nelle leggi speciali. Ormai, siamo di fronte a un diritto *extra legem*, che corre parallelo a quello ufficiale e legale, un diritto elastico affidato alla scienza per quanto attiene al conio, affidato a giudici privati per quanto attiene alla sua applicazione ⁽⁵⁾.

Non facciamoci illusioni. Non è che l'odierno uomo di affari

⁽⁵⁾ Chi avesse voglia di saperne di più può leggere il testo di una nostra conferenza che, essendo destinata a un pubblico colto ma eterogeneo, è facilmente comprensibile

riscopra l'elasticità della regola giuridica assumendo a modello il diritto canonico. La riscopre perché gli giova o — se mai — perché scorre nelle sue vene il sangue dei giuristi empirici di *common law*. Ma è un fatto che la attuale globalizzazione significa crisi dei nostri vecchi modelli giuridici, urgenza di confezionarne di nuovi. In questo affaccendato laboratorio la metodologia canonica può essere utilmente riesumata dalla soffitta dove gli illuministi la gettarono. Il canonista osa dire che, in questo movimentato quadrivio degli odierni giuristi, può esserci posto anche per lui; il suo diritto può — ripetiamolo ancora — fungere da prezioso momento comparativo.

Bisognerebbe, però, che ogni giurista — ed è, da parte mia, in tal senso una raccomandazione vivissima a voi studenti e quindi giuristi in formazione — avesse il coraggio di operare un benefico lavacro interiore. Il nostro laicismo di moderni ci insospettisce su tutto ciò che porta l'emblema del sacro e, figli di ben duecento anni di sottile propaganda illuministica, diffidiamo di un fenomeno giuridico che sa di comunità clericale e parla e prescrive in tema di sacramenti, di poteri sacerdotali, di interdetti e di scomuniche. Cose, tutte queste, che a stento possono interessare il solo fideista e non il moderno cittadino definitivamente affrancato. Un simile atteggiamento, che è purtroppo comune, ottiene, da un punto di vista strettamente culturale, lo stesso risultato che recare perennemente sul proprio naso degli occhiali affumicati che àlterano il paesaggio e non consentono di percepirlo nella sua obbiettività e multiformità. È infatti la multiformità del paesaggio offerta dal diritto della Chiesa che va recuperata; le tante incrostazioni teologico-liturgico-pastorali non devono impedirci di afferrare il suo vivace messaggio metodologico.

Il nostro è sicuramente un momento di crisi, momento in cui il giurista consapevole è percorso da un sentimento di disagio e non può non mettersi alla ricerca di nuove soluzioni. Io e la collega Chiara Tenella eravamo a Pisa, ai primi di marzo di quest'anno, per partecipare a un grande Congresso scientifico promosso con benemerita iniziativa dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Ateneo pisano. Tema: Il problema delle fonti del diritto. E vi è convenuto un folto

anche da studenti novizii: *Globalizzazione, diritto. scienza giuridica*, in *Il Foro Italiano*, maggio 2002, V.

numero di giuristi, soprattutto privatisti, che sentivano impellente il problema delle fonti, nella lucida persuasione che non lo si potesse più risolvere semplicisticamente trincerandosi nella finora dominante certezza legolatrica e rinviando i perplessi e gli scontenti al nostro sistema durissimo di leggi vigenti e cogenti.

Amici studenti, noi dobbiamo tener conto — lo diceva nel Convegno pisano Stefano Rodotà — di un fenomeno sempre più diffuso e che sempre più si ingigantisce: la privatizzazione delle fonti, la loro moltiplicazione e frammentazione. Nessuno si sentirebbe — io credo — di esorcizzare i tanti problemi, e fondamentali, che gravano sulle spalle del giurista ripetendo spicciativamente 'dura lex sed lex'. Oggi si ripete più volentieri l'affermazione dell'antica sapienza che il diritto, tutto il diritto, è costituito *hominum causa*, ha una ineliminabile dimensione strumentale, è strumento per l'uomo e alle sue esigenze deve piegarsi ed elasticizzarsi. E ritorna l'atteggiamento metodico e il motivo di fondo caratteristici dello *ius Ecclesiae*.

Desidero chiudere la lezione leggendovi un testo che mi sono fotocopiato; proviene dalla penna di un grande canonista italiano moderno, Francesco Ruffini. Nei manuali di storia si ricorda Ruffini come il personaggio che studia egregiamente la libertà religiosa nei difficili anni Venti, come l'amico e il sodale di Piero Gobetti, come uno dei pochissimi professori universitarii che rifiutarono il giuramento al regime fascista mentre tanti docenti — anche futuri protagonisti della nostra sinistra parlamentare — non esitarono a giurare. Per noi giuristi è un agguerrito cultore del diritto costituzionale, ecclesiastico e canonico, nonché della storia del diritto, ed è a lui come scienziato che in questo momento io ricorro. Con una aggiunta di carattere ideologico, che ci sarà utile per valutare appieno il frammento ruffiniano: lo scrittore non è certo un apolo-gista cattolico, al contrario, è un agnostico con un atteggiamento sostanzialmente laicista.

Il frammento è tratto da un saggio che Ruffini scrive nel 1905 sul problema allora scottante e discusso della codificazione del diritto canonico appena avviata, un saggio vecchio ma non invecchiato, che vi raccomando, sia per l'acutezza della diagnosi giuridica, sia per la comprensione che dimostra — lui laicista — verso il diritto della Chiesa Romana e, in primo luogo, verso quella mentalità di cui

abbiamo tanto discorso nella nostra lezione e che a Ruffini appare degna di attenta considerazione ⁽⁶⁾.

Lasciamo a lui la parola: “ Stretta fra la rigidità medievale delle sue linee direttive e l’incalzare e il premere dei tempi sempre mutabili e delle genti più diverse che mai ordinamento umano abbia in sé raccolte, essa [la Chiesa Romana] ha saputo fin qui uscirne in un modo in cui si è addimostrata tutta la virtuosità del versatile spirito romano. Noi saremmo anche disposti a parlare addirittura alla romana di virtù, perché è stato certo un grande esperimento di abilità e di forza. Dove il protestantesimo ha provveduto ai mutabili indirizzi dei tempi e ai diversi umori degli uomini con la infinità delle sue variazioni, il cattolicesimo ha posto l’infinita varietà dei suoi provvedimenti od anche dei suoi espedienti. La Curia Romana ha portato ad un’eccellenza insuperabile l’arte di dire e di non dire, di proibire insieme e di concedere, di badare a tutti e di dissimulare *temporum ratione habita* [tenuto conto dei singoli momenti in cui l’azione viene concepita od attuata]. Che capolavoro di adattabilità pratica non è l’istituto delle dispense, una creazione tutta quanta ecclesiastica che consente alla Chiesa di tener ferma la legge unica di fronte al cozzo dei casi diametralmente opposti, di lasciar scritta la legge arcaica mentre la disciplina vigente la contraddice in tutto. E che portento di diplomazia giuridica quel più moderno accorgimento del *tolerari posse* [cioè la tolleranza di un illecito per evitare un illecito maggiore], che è venuto anch’esso assumendo, poco alla volta, consistenza di vero istituto di diritto canonico e che ha permesso che la Chiesa potesse ad un tempo scomunicare come invasori dei suoi beni i sovrani del Piemonte e sciogliere i soldati che militarono in quell’impresa, fulminare le leggi sul divorzio e togliere gli scrupoli ai giudici cattolici francesi che lo pronunciano, imporre l’istruzione religiosa nelle scuole e approvare le scuole miste aconfessionistiche di Svizzera e di America, lasciare che al di là delle Alpi si tratti in ogni occorrenza con gli eretici e condannare in Roma, come favoreggiatori dell’eresia, i tipografi che stampassero biglietti di invito per le adunanze evangeliche” ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ F. RUFFINI, *La codificazione del diritto ecclesiastico*, ora in *Scritti giuridici minori*, vol. primo, Milano, Giuffrè, 1936.

⁽⁷⁾ RUFFINI, *La codificazione del diritto ecclesiastico*, cit., p. 94.

Alla domanda, che Ruffini si pone e che è chiaramente retorica dopo un siffatto elogio, e cioè se veramente la codificazione possa, per un ordinamento giuridico come la Chiesa, essere il mezzo idoneo a disciplinare la plasticità naturale e irrinunciabile della *regula iuris* canonica, sappiamo che la Sacra Gerarchia rispose attuando il Codice, anche se — come è noto — di Codice singolarissimo si tratta. Resta — ed è quel che qui ci preme — la cifra identificata con acutezza dal grande giureconsulto piemontese in un testo che è splendida testimonianza di comprensione storico-giuridica. In quella cifra, lo si voglia o non, si codifichi o si mantenga il pluralismo di fonti dello *ius vetus*, sta, per così dire, il ‘segreto’ del diritto canonico, la sua mentalità specifica; la quale è connaturata a un diritto squisitamente strumentale.

Anche oggi che il legislatore del Codice giovanneo vigente del 1983 sembra aver preferito una folta previsione di norme locali, e quindi sotto molti aspetti un mosaico normativo, l’idea di una norma generale, che può e deve piegarsi ad esigenze particolari quando lo richiedano i due imperativi in stretta congiunzione della *ratio peccati vitandi* e della *salus aeterna animarum*, rappresenta un principio che laicamente mi sentirei di qualificare come costituzionale, inerente cioè alla istituzione divina e alla costituzione intima della Chiesa. Un principio che, anche se non dichiarato, è da leggersi scritto a inchiostro simpatico al di sotto di ogni canone.

Lì sta il ‘segreto’ del diritto canonico, da lì deriva a questo ordinamento giuridico di potersi erigere e trasformarsi in mentalità giuridica, da lì discende anche il nostro odierno interesse culturale di giuristi (qualunque sia la nostra scelta sul piano religioso).

**PER UNA VISIONE
ORDINAMENTALE DEL DIRITTO**

SANTI ROMANO: UN MESSAGGIO DA RIPENSARE NELLA ODIERNA CRISI DELLE FONTI (*)

1. Prima di passare allo svolgimento della lezione, mi sia consentito di manifestare pubblicamente un sentimento di viva gratitudine al Magnifico Rettore dell'Ateneo di Bologna, Prof. Pier Ugo Calzolari, al Preside della Facoltà di Giurisprudenza, Prof. Stefano Canestrari e ai Colleghi tutti della Facoltà, al Direttore della Scuola di specializzazione in studi sull'amministrazione pubblica, Prof. Fabio Roversi Monaco, e, infine, all'amico Prof. Marco Cammelli delegato a pronunciare la 'laudatio' prevista dal cerimoniale accademico.

L'onore che mi è stato concesso è grande, perché grande è il prestigio dell'Ateneo, della Facoltà, della Scuola. L'onore è tanto più grande per chi, come me, è professionalmente uno storico del diritto, e conosce pertanto assai bene il ruolo della 'Alma Mater' nella fioritura medievale della scienza giuridica e nella maturazione di uno *ius commune* autenticamente europeo.

2. Poiché una buona parte dei miei uditori non ha formazione giuridica, è opportuno fornire almeno un cenno sul personaggio evocato nel titolo — Santi Romano — e a cui sarà dedicata una cospicua attenzione in questa *Lectio Doctoralis*. Si tratta di un grande giurista siciliano, uno dei più originali sistematori della scienza giuspubblicistica in Italia nelle prime decadi del secolo ventesimo, che a noi soprattutto interessa quale autore di pungenti saggi di teoria generale del diritto gremiti di intuizioni fecondissime per un rinnovamento degli studi giuridici e per la loro stessa fondazione epistemologica.

(*) È il testo della 'lectio doctoralis' pronunciata il 24 ottobre 2005 nella Aula Magna della Università di Bologna.

L'attenzione a Santi Romano si motiva, come speriamo di dimostrare nel corso della 'lezione', nella straordinaria attualità del suo messaggio scientifico per il giurista di oggi. Vorrei però aggiungere un ulteriore significato strettamente connesso con la presente cerimonia bolognese e con uno dei suoi protagonisti: intende, infatti, essere anche un modesto ma schiettissimo omaggio al neo-dottore Lorenzo Martin Retortillo, che, insieme al fratello Sebastiano, nel lontano 1963, ritenne "L'ordinamento giuridico" di Romano meritevole della traduzione in lingua castigliana, realizzando — per quanto io ne so — la sua prima traduzione in una lingua straniera (1).

3. "L'ordinamento giuridico". Sempre pensando all'uditore non-giurista si deve precisare che, con questa congiunzione di un sostantivo e di un aggettivo, si fa riferimento a un saggio che Romano stampò in veste autonoma nel 1918 (2). È l'opera sua più diffusa e più celebrata, e rappresenta il momento di maturità nella riflessione del Nostro sui grossi problemi che affioravano alla coscienza di un consapevole scienziato del diritto al principio del Novecento.

Ho, volutamente, scritto 'maturità', giacché il libretto del '18 è la sintesi di un itinerario di ricerca e di affinamento che si snoda per l'intero ventennio tra l'ultimo scorcio del secolo diciannovesimo e quell'anno finale di una immane tragedia bellica. Quel che preme — e che conta — di puntualizzare è che per tutti quei venti anni Romano fu l'osservatore attento della profonda crisi serpeggiante nella civiltà borghese e nelle sue riposante certezze, registrando con impietosa fedeltà i contraccolpi che venivano a investire frontalmente l'ordine giuridico realizzato nell'Europa continentale da quella civiltà dopo lo scossone della grande *Révolution* e dopo l'assestamento della concordia statuale della Restaurazione (3).

(1) SANTI ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, trad. de S. Martin-Retortillo y L. Martin-Retortillo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963.

(2) Da leggersi oggi nella seconda edizione: Sansoni, Firenze, 1946 (rist. 1967), arricchita di cospicue annotazioni, dove l'autore ribatte le critiche accumulatesi in un trentennio circa le tesi espresse nel libretto.

(3) Recentissimamente, ho ripercorso questo itinerario romaniano in: P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005.

Per lo storico del diritto, la crisi — cui qui si accenna — si concentra in primo luogo sulla incapacità dello Stato a governare e ordinare il mutamento sociale, economico, tecnico. In una visione radicalmente segnata dai progetti dell'illuminismo giuridico, la Rivoluzione dapprima, lo statalismo ottocentesco dipoi, avevano compiuto una enorme operazione riduttiva, impostando il nuovo paesaggio giuridico su due soggetti, il macro-soggetto Stato e il micro-soggetto Individuo, e fondandolo su un sapientemente e abilmente concertato schieramento mitologico ⁽⁴⁾. Sì, mitologico, perché si era chiamati a credere a elementari scelte strategiche proposte quali indiscusse e indiscutibili diagnosi oggettive della realtà: un mondo assolutamente secolarizzato, popolato di soggetti giuridicamente uguali, tutti valorizzati nella loro individualità dopo la cancellazione violenta che il potere aveva compiuto di ogni forma associativa; uno Stato idealizzato quale sommo e solo garante della pubblica felicità, perché espressione della volontà generale della nazione resa concreta da una idealizatissima rappresentanza politica.

Era sicuramente un disegno suadente nella sua geometrica linearità, sicuramente semplice ed essenziale, forse anche idoneo a raccogliere la semplicità di uno Stato rigidamente mono-classe individuato in una sua dimensione statica, ma certamente incapace di fronte allo squassante rivolgimento tardo-ottocentesco, all'emersione indocile dei nullatenenti verso la conquista di un proprio spazio e di un proprio ruolo politico, al formicolare di assembramenti — sociali, politici, sindacali, assistenziali, religiosi —, allo stesso sviluppo economico e tecnico dell'assetto capitalistico ormai consolidatosi in grandi imprese dove il confronto sociale si massificava e sfuggiva al controllo degli strumenti paleo-borghesi.

L'incapacità ordinativa dello Stato si traduceva in profonde incrinature del rapporto Stato/società, anche se sempre a un livello latente, smentito da una sorridente propaganda ufficiale tutta tesa ad apologizzare il paradiso terrestre di una Italia inesistente; si traduceva in una crisi profonda della organizzazione giuridica borghese e della gerarchizzazione delle fonti giuridiche, cioè delle manifestazioni tipiche entro le quali soltanto il diritto era obbligato ad

⁽⁴⁾ Sia consentito di rinviare a quanto ne abbiamo scritto in: P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2005 (seconda edizione accresciuta).

esprimersi nella vita quotidiana. Si traduceva — per quel che interessa oggi a noi in questa sede — nella crisi del riduzionismo illuministico e post-illuministico del diritto, ossia della sua riduzione in un apparato di leggi, giacché unicamente la legge — quale voce dello Stato — riusciva a incarnare la volontà generale e a garantire l'uguaglianza giuridica di tutti i cittadini.

4. Si viveva — cento anni fa —, sia pure in modo meno scoperto a causa dell'ancora intatto ed efficiente apparato mitologico, una crisi non dissimile da quella che in Italia — e, aggiungerei, più o meno, in tutti i paesi dell'Europa continentale — abbiamo vissuto negli anni collocati appena alle nostre spalle e stiamo tuttora vivendo: crisi delle fonti, crisi del sistema rigido delle fonti di schietto stampo borghese.

Si impongono, però, alcune cautele metodologiche prima di procedere innanzi.

La prima cautela riguarda la assonanza fra situazioni distanziate all'incirca da un secolo, nella consapevolezza che ogni tempo ha motivazioni e rivolgimenti suoi propri e che rischiosi sono, particolarmente per lo storico, gli accostamenti fra tempi diversi. Nel nostro caso, non si tratta di comparare tempi storici marcati da profonda discontinuità, ma piuttosto di puntualizzare che in ambo i momenti il risultato prodotto a livello dell'ordine giuridico si è concretato in una profonda crisi delle fonti, registrazione della incapacità ordinativa della legge e, consequenzialmente, sfiducia nell'imperante principio di legalità. La legge si mostrò allora, come si mostra oggi, un'arma spuntata. Anzi, si può dire che la più consapevole e sensibile riflessione giuridica italiana durante tutto il corso del secolo passato sia stata segnata — fra resistenze molteplici e spesso vittoriose — da quella registrazione e da una progressiva mancanza di fiducia ⁽⁵⁾.

La seconda cautela riguarda la nozione di crisi, nozione generica e ambigua, troppo spesso venata da una implicita venatura pessimistica; ma crisi può significare anche l'emersione di forze nuove sul palcoscenico storico e il profilo di nuovi sentieri da percorrere,

⁽⁵⁾ Ho cercato di tracciare questo accidentato percorso storico in: P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana — Un profilo storico 1860/1950*, Milano, Giuffrè, 2000.

magari con un bagaglio profondamente rinnovato, ed è pertanto il segno della vita che si rinnova, un processo fisiologico della società e nulla più. In questo caso, è da cogliersi la valenza decisamente positiva. La valenza diventa negativa, quando essa scopre una patologia sottostante, quando, per scendere sul nostro terreno giuridico, le forme ufficiali non riescono a seguire rivolgimento e rinnovamento e si viene a creare un distacco con la società in perenne crescita.

E qui cade acconcia un' ultima cautela; e la si afferma perché giovi all'uditore non-giurista: crisi delle fonti non significa crisi del diritto, che, quale dimensione di una civiltà, ne segue gli sviluppi e vi si conforma, mutando il suo volto a seconda del mutare dei valori e interessi diffusi. Se di crisi nella sua valenza negativa, patologica, si può e si deve parlare, è per quanto attiene alle forme in cui il potere ha obbligato il diritto a manifestarsi, in quelle che per l'appunto i giuristi chiamano fonti, rivestimenti spesso troppo stretti e soffocanti in relazione al libero e spontaneo assestarsi del mutamento socio-economico e culturale. Inutile aggiungere che ciò si esalta proprio nei tempi di transizione, contraddistinti da una sostanziale mobilità, come nel passaggio fra Ottocento e Novecento, un transito che non è puramente cronologico e che, soprattutto, non è innocuo.

5. Solo presupponendo, e tenendo ben presente, questo complesso, difficile ma sollecitante retroterra storico, solo puntualizzando nel nostro specifico campo giuridico la distanza sempre più accentuata fra un diritto ufficiale ossificato in Codici e in leggi e un diritto vivente in rapida corsa, si può comprendere appieno la sostanza del messaggio romaniano: una lettura penetrante del proprio tempo, un presentimento — altresì — dei futuri svolgimenti. Pochi giuristi italiani, infatti, ebbero sguardo tanto aguzzo quanto il giovane giuspubblicista palermitano ⁽⁶⁾.

E fu — la sua — una attenzione continuata, di cui la pubblicazione del saggio celeberrimo del '18 è soltanto un momento conclusivo, il bilancio di numerosi approcci e scavi martellanti per un intiero ventennio, dal "Saggio di una teoria delle leggi di approva-

⁽⁶⁾ Santi Romano era nato a Palermo nel 1875; negli ultimi anni dell'Ottocento, quando inizia il suo scavo critico, era poco più che ventenne.

zione” risalente al 1897 (7) a quello del 1899 su “L’interpretazione delle leggi di diritto pubblico” (8), a quello del 1901 su “L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione” (9), alle “Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano” del 1902 (10), al discorso inaugurale modenese del 1907 su “Le prime carte costituzionali” (11), al saggio del 1909 su “Diritto e correttezza costituzionale” (12) e, sempre nello stesso anno, al discorso inaugurale pisano “Lo Stato moderno e la sua crisi” (13), prima riflessione sintetica e prima tappa conclusiva intermedia già prefigurante, in qualche modo, il maturo discorso di indole teorica di nove anni dopo.

Tutti saggi di diritto costituzionale generale, taluni assunti a occasione un solenne appuntamento accademico ufficiale, dove — per inveterata consuetudine — il discorso poteva e doveva librarsi nel cielo alto dei progetti culturali e delle enunciazioni programmatiche e metodologiche; tutti saggi esprimenti l’insoddisfazione di un giurista che sa di situarsi su di un movimentato spartiacque, che sa di non potersi appagare delle vecchie certezze a fondazione mitologica, che sa di dover cedere a un imperativo che è morale prima ancora che scientifico, quello di cominciare a disegnare i sentieri nuovi che la intuita percezione del nuovo prefigurava nella sua coscienza vigile.

Accanto a questo preciso stato d’animo si accompagnava l’uggia per i luoghi comuni ammantati di mitizzazioni e il rifiuto di continuare il ritornello delle abusate posizioni apologetiche. Il messaggio culturale e anche tecnico-giuridico che ne scaturì, efficacemente riassunto nella provocazione de “L’ordinamento giuridico”, fu di una straordinaria sonorità ed equivalse a un grosso macigno proiettato nella quieta piccionaia della scienza giuridica.

Tuttavia, con questa ulteriore precisazione: che il messaggio fu citato diffusamente e con rispetto — anche per l’indiscusso prestigio

(7) Ora in: SANTI ROMANO, *Scritti minori*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1950 (rist. 1990).

(8) *Ibidem*.

(9) Ora in: SANTI ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi — Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969.

(10) *Ibidem*.

(11) *Ibidem*.

(12) Ora in: *Scritti minori*, cit., vol. I.

(13) Ora in: *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit..

dell'autore, che avrebbe ricoperto, di lì a poco e per lunghi anni durante il ventennio fascista, la carica autorevole di Presidente del Consiglio di Stato ⁽¹⁴⁾ —, ma che fu sostanzialmente rimosso da una maggioranza silenziosa pigramente assopita all'ombra di un comodo statalismo legalistico.

Il messaggio romaniano ha avuto, però, la sorte di quei fiumi carsici destinati a riemergere dopo uno scorrimento latente e fecondare terreni lontani dalla propria origine nativa. Vale ora la pena di tentare di dargli un volto più definito.

6. La prima sua voce, che si può e si deve raccogliere tra un coro cospicuo di intuizioni suggerimenti proposte, è un monito forte: di non arrestarsi a una immediata e facile apparenza dell'universo giuridico come un insieme di comandi. Certamente, è questo l'approccio più immediato, quello che percepisce l'uomo della strada percorso nella sua quotidiana esperienza da ingiunzioni provenienti da posizioni di autorità sotto la veste formale di leggi, regolamenti, decreti, e via dicendo. Quasi raccogliendo un avvertimento scritto lucidamente già da Cicerone nel 'de legibus' ⁽¹⁵⁾, insegna Romano che questa è una percezione volgare, che immisce la dimensione giuridica e, anzi, la tradisce.

Il momento normativo, quando il diritto appare quale comando autorevole dell'investito di un potere, legato all'esercizio del potere e a una scansione di superiorità tra chi il potere lo detiene e chi lo subisce, non ne coglie affatto l'essenza ma unicamente la sua più appariscente manifestazione. Il momento normativo non soltanto non esaurisce la giuridicità ma ne esprime una semplice concretizzazione e nemmeno la prevalente.

Tutto discende — insiste Romano — dall'aver sempre scelto fino ad ora un osservatorio unilaterale da cui guardare e valutare il

⁽¹⁴⁾ Sul punto, è ora di estremo interesse il volume testé apparso, che raccoglie gli 'atti' del Convegno tenuto a Palazzo Spada in Roma il 6 febbraio 2003: *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato*, Torino, Giappichelli, 2004.

⁽¹⁵⁾ CICERO, *de legibus*, liber primus, 6, 19: « populariter interdum loqui necesse est, et appellare eam legem, quae scripta sancit quod vult aut iubendo aut vetando, ut vulgus appellat ».

diritto; ci si è infatti collocati sulle alture dell'apparato statale, nei palazzi alti di un potere politico fortemente centralizzato, senza che questo stacco con il livello basso della società fosse colmato da un legislatore parlamentare descritto, a torto, dalla mitologia borghese come il vaso d'elezione della rappresentanza popolare.

La scelta che si impone, scelta coraggiosa ma necessaria, è discendere da quel piedistallo falsante e adottare come nuovo angolo d'osservazione non più la maestà dei poteri sovrani bensì la realtà plurale, composita, complessa della società. Dal basso, da un osservatorio più ravvicinato, si può raggiungere una visione complessiva e oggettiva del fenomeno giuridico, che, prima ancora di essere caratterizzato dalla statualità, si connota per una intima socialità, prima ancora di esprimere lo Stato, esprime quel complesso assai più ampio di valori e di interessi rappresentato dalla società civile come fatto globale.

Ed è qui che si inserisce la intuizione fondamentale di Romano: anche se il diritto, nel groviglio della vita associata, si manifesta *primo ictu oculi* come un insieme di norme, sanzioni, coazioni, perché così ce lo propone il suo estrinsecarsi più vistoso e specialmente il momento patologico della violazione di un comando superiore, nella sua essenza e nella sua origine nativa è invece dimensione dell'esperienza, nasce dal basso spontaneamente, giacché è la stessa società che si auto-ordina osservando collettivamente le regole liberamente poste in essere.

Secondo la proposizione famosa di Romano scultoreamente incisa al centro de "L'ordinamento giuridico", prima di essere norma il diritto è "organizzazione, struttura, posizione della stessa società" ⁽¹⁶⁾, "il processo di obbiettivizzazione, che dà luogo al fenomeno giuridico, non si inizia con l'emanazione di una regola ma in un momento anteriore; le norme non ne sono che una manifestazione, una delle varie manifestazioni" ⁽¹⁷⁾.

Ordinamento più che norma; ordinamento prima di norma. Non siamo di fronte a un banale mutamento lessicale; siamo, al contrario, di fronte al risultato della scelta fondamentale di cambiare angolo di osservazione, di contemplare il diritto dallo stesso tessuto

⁽¹⁶⁾ *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 27.

⁽¹⁷⁾ *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 19.

dove si genera, attecchisce e si consolida, piuttosto che da una cima da dove l'oggetto troppo lontano viene sfocato e falsato.

Anche se lo Stato, gli Stati, o unioni sovrastatali (come la nostra Unione Europea) resteranno fonte prevalente di produzione giuridica in civiltà — quali la moderna e la contemporanea — estremamente complicate e articolate, e pertanto bisognose di comandi generali ed astratti, non è acquisizione di poco conto l'aver svincolato il diritto dal centro di irradiazione del potere supremo, l'avergli tolto quella fosca tintura potestativa che lo particolarizza come strumento, o di classe, o di ceto, o di fazione politica, consentendo la sua recupero nella ampio grembo materno della società; che è materno, perché plurale, composito, complesso, come si diceva più sopra.

7. Il ritrovato carattere ordinativo da parte della penetrante analisi romaniana — ritrovato, perché, cancellato dal moderno inchiodamento potestativo, era stato però intensamente concepito e realizzato nella civiltà medievale — permette un recupero assolutamente basilare: alla moderna visione esasperatamente soggettiva si sostituisce, o almeno si unisce, una visione marcatamente oggettiva.

Identificare il diritto in una norma significa identificarlo nella volontà autorevole del titolare del potere supremo, e si capisce l'assillo parossistico della modernità nella disperata ricerca del contenuto autentico di quella volontà. Anche se si trattava di norma vecchia di cento anni, la rigida impostazione legalistica esigeva che non si desse rilevanza alla vita della norma dopo il suo distacco dall'atto di volizione e che importasse soltanto arrivare a cogliere ciò che il legislatore avesse preteso nel momento magico della sua determinazione.

E l'interpretazione/applicazione veniva collocata fuori del processo di formazione della *regula iuris*, quasi una sua appendice passiva, mentre dominante si stagliava l'entità numinosa di un legislatore assolutizzato al pari di una divinità.

Parlar di ordinamento spostava di parecchio i confini dell'orizzonte e allargava notevolmente il paesaggio giuridico fino a ricomprendervi la realtà da ordinare, giacché, se l'ordine doveva essere effettivo ed efficace, non si poteva omettere di tenere il massimo conto di quella. Alla visione ordinamentale conseguiva, pertanto, la

vigorosa rivalutazione di una dimensione ignorata o rimossa: non un coacervo di oggetti passivi di volontà potestative, ma un complesso vivente di bisogni, idealità, interessi presenti nella società e di cui il diritto/ordinamento era chiamato ad occuparsi se voleva pienamente corrispondere alla sua essenzialità ordinativa.

L'asse portante si era, grazie a Romano, sensibilmente spostato dal soggetto titolare del comando alla società quale proiezione oggettiva, dove spontaneamente germinavano pressanti richieste.

8. La intuizione ordinamentale dà la possibilità di tre vitalissime riscoperte, a cominciare da quella del pluralismo giuridico.

La matura modernità, inaugurata coi riduzionismi dell'illuminismo giuridico e della grande Rivoluzione, è un'età che offre allo storico del diritto un paesaggio sociale pesantemente scisso fra un acuito liberalismo economico e un altrettanto acuito assolutismo giuridico. Assolutismo, giacché il diritto diventa oggetto privilegiato dello Stato, che pretende di produrlo e di monopolizzarlo, e che attua efficacemente la agognata monopolizzazione con quello strumento formidabile di controllo della giuridicità che è il Codice, ossia con il rinserramento dell'ordine giuridico all'interno di un sistema chiuso di regole irrigidito in un testo scritto, puntiglioso e analitico nella sua tensione alla autosufficienza.

Il controllo si attua sulla intera giuridicità, anche su quei rapporti privati fra privati che interessano da vicino la classe borghese ormai egemone. La modernità giuridica, così come si presentava — nei suoi programmi e nelle sue realizzazioni — al giovane Romano, rappresentava una affermazione rigorosamente monistica: al di fuori dello Stato non v'è diritto, al di fuori della legge vi sono soltanto fonti secondarie chiamate a ripetere quanto la legge ha voluto.

Ma il romaniano diritto/ordinamento veniva profondamente a incrinare le muraglie compatte edificate dalla intelligente strategia borghese. Il diritto, ricollocato da Romano nel magma della società, si scrollava di dosso l'artificioso monismo, reclamando di veder riconosciuta la sua effettiva articolazione pluralistica, il suo distendersi a rivestire ordinatamente le coagulazioni sociali più diverse, il suo vario e plurimo manifestarsi quale espressione della realtà plurima della società.

E, infatti, il proclama più vistoso di Romano (e il più ricevuto) fu l'annuncio liberante della pluralità degli ordinamenti giuridici.

9. Altra riscoperta: la fattualità del diritto.

Il legalismo moderno, tutto proteso ad attuare un energico controllo, non poté non sposarsi con un rigido formalismo. Il mondo dei fatti — fisici, economici, sociali, tecnici — era considerato un ammasso giuridicamente inerte e irrilevante senza una appropriazione da parte della volontà dello Stato, la sola che poteva trasformare in diritto una materia di per sé giuridicamente inoperante. E la muraglia tra fatti e diritto era altissima, impenetrabile, circolando all'interno solo norme e forme, qualitativamente assai differenti dal gregge dei fatti esiliati tutti all'esterno.

Anche qui non poteva non innovare a fondo la singolare e salutare svolta romaniana. La società, ormai identificata quale nicchia matrice del diritto, è un brulicare di fatti i più svariati, che si affermano per una loro propria forza sociale senza attendere il segno di una considerazione dall'alto dei poteri costituiti.

Fatti, cioè, di per sé normativi, ossia portatori di una forte carica giuridica interiore, una carica giuridica spesso scoccante nel momento in cui il loro ripetersi durevole segnala una effettività sul piano dei rapporti sociali. L'esempio della consuetudine, una insistita ripetizione di fatti, è fin troppo evidente, sol che non si abbia gli occhi condizionati da occhiali deformanti.

Ma Romano va oltre: non dismettendo mai la sua professionalità di giurista e collocandosi sempre all'interno dell'universo giuridico, sceglie però — da costituzionalista — zone di confine da dove gli è agevole seguire il processo osmotico tra fatti e diritto. Ed è da questo osservatorio spaziente che contempla la categoricità — come lui la chiama ⁽¹⁸⁾ — di certi fatti, già intrinsecamente giuridici in grazia, appunto, della loro categoricità sociale: usi, ma anche regole di costume, regole di stile e di correttezza, ma anche 'necessità'.

Esemplare il recupero che della 'necessità', identificata come fatto normativo fondamentale, cioè intrinsecamente giuridico e non già meramente socio-politico, egli opera in uno dei saggi costituzio-

⁽¹⁸⁾ *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, cit., p. 142.

nalistici sopra richiamati, un saggio risalente al 1902, precisando di “designare, con tale parola adoperata in senso tecnico, quella necessità che è la fonte prima del diritto, di quel diritto che scaturisce immediatamente e direttamente dalle forze sociali, in modo così categorico, esplicito, certo, da non permettere tra i bisogni sociali stessi che determinano la norma giuridica e il rinvenimento e la dichiarazione di quest’ultima si frapponga l’attività razionale degli organi competenti a questa dichiarazione. La necessità così intesa non è un presupposto della ‘regula iuris’, ma è essa stessa diritto, nel senso che questo è un suo prodotto immediato e, per dir così, di primo grado, il legislatore non fa che prenderne atto e consacrarla” (19).

Il formalismo veniva relegato nel nòvero dei vizi più gravi d’una scienza giuridica ormai decrepita, mentre si esaltava la storicità del diritto così intimamente connesso con le forze vive dell’esperienza, con quei fatti a cui venivano schiuse le porte della vecchia cittadella murata.

10. Le riscoperte del pluralismo e della fattualità spianavano la via a una terza riscoperta, tanto elementare da parere inconsistente e superflua, ma che tale non è se comparata con le strettoie della modernità giuridica: il recupero della complessità del diritto avverso all’exasperato semplicismo del disegno giuridico borghese.

Chiarezza, certezza, semplicità appaiono come delle consegne inderogabili: due soli soggetti, Stato e individui; questi, tutti giuridicamente uguali, collegati fra loro da rapporti astratti; una sola fonte, la legge, precetto per sua natura generale ed astratto, cui l’ulteriore carattere della rigidità impediva di impastoiarsi in avvilenti situazioni particolari; una legge madre, il Codice, pensato e progettato come scolpito sulla pietra e destinato a non lasciarsi scalfire dall’usura del divenire; un diritto risolto completamente in testi cartacei, immobili e conchiusi, suscettibili soltanto di essere spiegati nel rispetto totale del loro messaggio autorevole.

Insomma, una geometria composta di poche figure, formalizzata al massimo con l’espunzione della greve fattualità fuori dei confini

(19) *Loc. ult. cit.*.

del diritto ufficiale. Insomma, un processo di purificazione che consente di mettere a nudo un sistema di linee scarnificate e purissime su cui può liberamente riflettere una scienza pura ormai svincolata da contaminazioni fattuali.

Diagnosi oggettiva o artificio? Lettura della verità delle cose o abilissima strategia di una lungimirante classe egemone? Credo che ci possa essere spazio per interpretazioni divaricate, ma credo anche che si siano mescolate — frammischiandosi — nella grande operazione riduzionistica avventure conoscitive e ideologie, convinzioni profonde e scelte tutelatrici di interessi. Quel che a noi preme, ai fini della presente lezione, è il rilievo che, comunque fosse motivato e fondato, di drastico riduzionismo si trattò, ponendo il nuovo edificio elegantemente costruito in una sorta di limbo galleggiante sulla mutevole storia degli uomini; la quale si evolve mobilissima malgrado la fissità delle geometrie disegnate nei palazzi del potere.

Storicità del diritto, che vuol dire pluralismo, che vuol dire fattualità, non può non voler dire anche complessità. Ed è naturale che agli occhi di Romano il riduzionismo moderno valga artificio, artificio e coartazione. Al giovane costituzionalista, che aveva cominciato a scrivere a fine Ottocento saggi tesi a problematizzare una sorta di sacrario intoccabile, e quindi sostanzialmente dissacranti, la semplicità delle architetture del diritto moderno si disvelava come semplicità fasulla, anzi come semplicismo, mostrando apertamente “il suo peccato di origine: quello, cioè, di essere eccessivamente semplice” (20).

La complessità della società non poteva che trasferirsi nella ordinante sua veste giuridica; se questo, a livello ufficiale, non era avvenuto, era da imputarsi alla pesantezza di una mano invisibile che aveva operato una grave costrizione.

La lezione inaugurale pisana del 1909, prima sosta di riflessione generale situata fra i saggi sparsi e la sistemazione teorica del 1918, percorsa com'è dalla impietosa visione realistica della crisi dello Stato moderno, non manca di individuarla nella artificiosa rimozione delle tante collettività pullulanti, rimozione concretatasi in un inefficace esorcismo legale e nella messa a nudo della impotenza del-

(20) *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 13.

l'apparato statale. La complessità naturale della società sfuggiva alla stretta dello Stato, e la sua semplicità insieme al basamento di accurate fondazioni mitologiche appariva avere ormai la fragilità di un castello di carte.

Sarebbe di grande interesse, proprio per misurare l'acutezza e la lungimiranza del realismo romaniano, seguire il martellio di queste analisi dissacratorie. Lo abbiamo fatto in altra sede ⁽²¹⁾, né converrebbe ai fini della nostra lezione. Un solo rilievo vogliamo aggiungere su questo punto, e concerne la severa valutazione delle cosiddette carte dei diritti, veneratissime reliquie del giusnaturalismo moderno.

Anche di fronte ad esse non cessa l'atteggiamento disinvoltamente critico di Romano: carte troppo mitizzate, spesso "verbose formulazioni di principii filosofici, di massime dottrinarie, di raccomandazioni ingenuie. Più catechismi che leggi" ⁽²²⁾, mentre gli articoli dello Statuto Albertino "somigliano a delle semplici intestazioni di libri, le cui pagine sono state lasciate bianche e che vengono a poco a poco riempite con i materiali che forniscono i nostri usi e costumi politici, le nostre incipienti tradizioni, in una parola, l'evolversi della nostra vita pubblica" ⁽²³⁾.

L'uggia del Nostro per queste dichiarazioni, per questi cataloghi di cui e in cui si è tanto compiaciuta la modernità, ha origine nel suo sentito storicismo: pur lodevoli per il tentativo che si propongono, rischiano di non avere agganci con il divenire giuridico in perenne trasformazione, e rischiano di disseccarsi presto come ogni realtà senza radicazioni in una terra viva. Il diritto vivente, per il disinibito costituzionalista, più che nelle sublimi parole 'dichiarate' in testi solenni, è negli usi, nei costumi, nelle tradizioni, nell'evolversi della pubblica convivenza, come chiaramente ci insegna nel frammento più sopra trascritto.

Il presente richiamo mi fa venire a mente la cosiddetta 'Carta di Nizza', divenuta poi parte seconda del Trattato che adotta una carta costituzionale per l'Unione Europea. Quando, tre anni fa, un prestigioso civilista fiorentino, che mi onora oggi della sua presenza in

⁽²¹⁾ Nel saggio già citato: *Il diritto tra potere e ordinamento*.

⁽²²⁾ *Le prime carte costituzionali*, cit., p. 165.

⁽²³⁾ *Le prime carte costituzionali*, cit., p. 164.

questa Aula Magna, mi invitò a redigere qualche noterella storico-giuridica su quel testo che tutto il mondo magnificava senza riserve, io buttai giù qualche pagina all'insegna di una sostanziale insoddisfazione, intitolando il contributo "L'ultima carta dei diritti" (24). Forse dispiacendo un poco al caro e valente amico Giuseppe Vettori, io volevo sottolineare con quella intitolazione che la 'carta' del 2000 mi appariva ultimo anello di una continua catena risalente al 1789 e alle precedenti carte americane, dove i segni di continuità erano eccessivi per poterla salutare quale frutto coerente dei tempi novissimi e delle loro attese. E citavo, in quel mio saggio, Romano e la sua insofferenza verso una catalogazione statica e astratta dei diritti fondamentali.

11. La visione ordinamentale del diritto, con il suo spostamento dell'asse portante dall'investito del potere alla realtà da ordinare, con le sue consequenziali riscoperte di un intenso pluralismo giuridico, della fattualità e complessità del diritto, costituiscono — come abbiamo visto — il messaggio sonoro di Santi Romano.

Aggiungiamo ora, avviandoci alla conclusione della nostra 'lectio': è un messaggio che ci auguriamo raccolto, proprio nel difficile ma fertile momento che il diritto sta vivendo, giacché è in grado di offrire ai giuristi, necessariamente impegnati in una ardua trincea di avanguardia, chiamati a tracciare i sentieri del futuro più che a custodire vecchie strade già sterrate, una bussola orientativa straordinariamente efficace.

La denuncia romaniana sulla artificiosità di un universo giuridico popolato unicamente da norme e forme e il richiamo a una dimensione ordinativa più speculare di interessi, di idealità, di valori circolanti nella società suonano salutari rispetti a odierni rigurgiti — che hanno un remoto ascendente nell'illuminismo kantiano e uno più ravvicinato nel formalismo kelseniano — valorizzanti una visione meramente procedurale. Il diritto, ridotto da un riesumato *mos geometricus* a una sapiente e logicamente provvedutissima intelaia-

(24) *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. Vettori, Padova, Cedam, 2002.

tura formale, ha però la fragilità del castello di carte ricordato più sopra; ed ha la sorte di ogni castello di carte.

Non sorprende, infatti, che chi ha, proprio in questi anni, percorso in Italia, sia pure con brillantezza d'ingegno, un simile cammino sia dichiaratamente arrivato a un approdo nichilistico ⁽²⁵⁾. Che può anche essere intellettualmente appagante, ma che è assolutamente rinunciatario per un diritto, il quale — lo si voglia o non — è sempre scritto sulla pelle degli uomini, è lì, nella storia umana, *hominum causa*, a servire la vicenda di personaggi carnali con il loro bagaglio di passioni, di interessi, di credenze.

12. Ma una visione rigidamente normativistica si presenta oggi — si permetta di dirlo a chi, per mestier suo, è storico del diritto — smaccatamente antistorica, cioè non corrispondente alle esigenze ed attese che, a livello mondiale, il diritto sta vivendo. Ci siano consentite poche ma illuminanti considerazioni.

Il legalismo, arrivato fino alle nostre spalle e affermato come valore assoluto, salvaguardia dei diritti fondamentali e addirittura pretesa espressione di democraticità, ha reclamato una sistemazione gerarchica delle fonti; e si è insegnato per due secoli un'indiscutibile gerarchia, pervenendo non solo a condannare i fatti nel limbo dell'irrelevanza, ma altresì a espungere dal nòvero delle fonti realtà endo-giuridiche come dottrina e giurisprudenza pratica, dottori e giudici, cui — in passato — la civiltà medievale e pos-medievale e — anche attualmente — la civiltà di 'common law' hanno prevalentemente affidato il divenire dell'ordine giuridico. E quando, nell'immediato secondo dopoguerra, un professore di diritto commerciale di questa Facoltà giuridica bolognese, Tullio Ascarelli, appena ritornato in Italia dal forzato esilio brasiliano inflittogli dalle leggi razziali (leggi! leggi formalmente e proceduralmente ineccepibili!), estendeva la serie delle fonti fino a ricomprendervi gli uomini di affari ⁽²⁶⁾, si gridò allo scandalo dall'esercito sempre nutrito dei benpensanti, che liquidarono le provocazioni ascarelliane come la bizzarria di un

⁽²⁵⁾ Cfr. N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

⁽²⁶⁾ Cfr. P. GROSSI, *Le aporie dell'assolutismo giuridico (ripensare, oggi, la lezione di Tullio Ascarelli)*, ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 354 ss..

grand'uomo. Ma Ascarelli, magari con singolare preveggenza, non faceva altro che leggere i segni dei tempi, anticipandone anche lo sviluppo.

Oggi, ciò che era oggetto della preveggenza dell'allora commercialista bolognese è realtà circolante, e realtà diffusa; per di più, progrediente.

La nozione di gerarchia scricchiola, anche perché, dimostrandosi incapace a governare il mutamento, comincia a essere rifiutata; e i pubblicisti, più vicini a politologi e sociologi e assorbendo taluni dei loro schemi interpretativi, parlano ormai di rete ⁽²⁷⁾ quale nozione che, puntando non su relazioni gerarchiche ma su semplici interconnessioni, appare congeniale a registrare una situazione mobile e confusa, dove la già tipicissima nozione di fonte ha subito una forte detipicizzazione.

E quando si parla con tanta insistenza di globalizzazione giuridica — al di là del luogo comune rappresentato dall'uso inconsapevole sulla bocca di molti — si dà un riferimento assai concreto e assai innovativo, che costringe a profonde revisioni dei nostri tradizionali patrimoni dommatici: e cioè, pluralismo di canali di produzione giuridica, canali privati che si affiancano ai maestosi canali ufficiali dei diritti statuali o di organismi sovrastatali, canali privati che raggiungono ormai quello che il vecchio Santi Romano chiamava un alto grado di categoricità, tanto spinta e incisiva da realizzare una effettività giuridica senza alcun apporto da enti politicamente sovrani ⁽²⁸⁾.

Oggi, la incapacità dello Stato e della legge a ordinare il divenire giuridico è davanti ai nostri occhi, ed è davanti ai nostri occhi la inadeguatezza di un diritto costretto in una testualità rigida secondo una tradizione bisecolare che si è gloriata di poter fissare l'universo giuridico in un libro chiamato Codice.

Oggi, assistiamo ad un fiorire sempre più numeroso di supplenze. Chi si sentirebbe, in quest'anno di grazia 2005, di continuare

⁽²⁷⁾ Due esempi: *L'Europa delle reti*, a cura di A. Predieri e M. Morisi, Torino, Giappichelli, 2001; F. OST-M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002.

⁽²⁸⁾ Una lettura rigorosamente giuridica del fenomeno 'globalizzazione' è stata da me tentata in: *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei*, CCCIC (2002), p. 491 ss. (ma anche in *Foro Italiano*, maggio 2002, V, 151).

a ripetere le vecchie certezze in tema di gerarchia delle fonti, che avvilitavano formalmente dottrina e giurisprudenza e disconoscevano il loro grosso ruolo sostanziale? Ma v'è di più: oggi assistiamo a un ruolo formidabile della stessa prassi economica, percettrice di esigenze economiche che continuamente variano e si superano in corrispondenza di un prodigioso evolversi e superarsi delle tecniche.

Globalizzazione giuridica non significa forse il complesso di invenzioni di uomini di affari, che non possono aspettare i ritardi di un legislatore lento e sordo? Non viviamo forse immersi in un accentuatissimo pluralismo giuridico? Non contempliamo forse una fattualità del diritto sempre più vigoreggiante e sempre più disarmante per gli innamorati della purezza formale?

13. Il formalista/legalista può stracciarsi le vesti; chi riprende in mano ora il libriccino/breviario di Santi Romano e le pròvvide raccolte dei suoi saggi comodamente consultabili in ogni biblioteca rende i suoi occhi più penetranti per poter leggere l'odierna crisi delle fonti. C'è una piattaforma comune che lega la crisi d'inizio/secolo alla nostra attuale: ed è il crollo di certezze post-illuministiche pervicaci perché dure a morire.

Il nostro paesaggio giuridico è diverso, giacché cento anni non passano sicuramente invano, perché oggi il panorama è autenticamente globale (cioè mondiale) e perché facciamo i conti con una rivoluzione tecnica — soprattutto quella info-telematica, ma non soltanto — che si è maturata e capillarmente diffusa nell'ultimo ventennio e ha addirittura sconvolto parecchie soluzioni d'una tecnica giuridica riposante ancora su remote diagnosi romane. Ma il nucleo dei due momenti di crisi è pressoché identico: rifiuto di costruzioni semplici, perché semplicistiche, e necessità di prendere atto della complessità dell'universo giuridico; esigenza d'una revisione demolitiva del vecchio assetto gerarchico delle fonti; registrazione di un ruolo minore di Stato e legge, e di una pluralità di produttori di diritto.

L'elementare monito di Santi Romano di cogliere nel diritto un fenomeno ordinativo più che autoritativo, indubbio gesto di coraggio quando il grande siciliano lo enunciò, trova oggi parecchie conferme nella estrema mobilità giuridica che stiamo vivendo. Solo che non possiamo arrestarci a constatare compiaciuti la qualità quasi

profetica del suo discorso scientifico; dobbiamo, al contrario, raccogliere fino in fondo quel monito e far nostra quella nozione di ‘ordinamento’, che è per il giurista di oggi una consegna impegnativa e l’investitura di una grave responsabilità.

Mobilità, infatti, è ben spesso sinonimo di disordine, mentre il pluralismo — specchio fedele della ritrovata complessità giuridica — può significare un intreccio caotico assolutamente negativo. Con un rischio grosso: la sopraffazione da parte della presenza sociale più virulenta.

E io, che non ho avuto mezzi termini nel qualificare come ‘assolutismo giuridico’ la monopolizzazione del giuridico da parte dello Stato e che ho sempre valutato come soffocante la statalizzazione e legalizzazione del diritto operate nella matura modernità⁽²⁹⁾, non posso non rilevare che alla vecchia arroganza del potere politico si può oggi sostituire l’arroganza non meno soffocante di quei poteri economici che sono i protagonisti del fenomeno globalizzatorio, poteri che in nome del maggior profitto possono arrivare a mercificare ogni rapporto e ogni situazione nella più completa indifferenza verso i soggetti economicamente più deboli.

14. Lo Stato si arrogava, ieri, il compito di supremo ordinatore, anche se si trattava di ordinamento autoritativo intessuto di comandi, di sanzioni, di coazioni, anche se spesso la dimensione giuridica — lungi dall’essere rispettata nel suo autonomo e naturale evolversi in seno alla società — veniva sacrificata sull’altare di finalità esclusivamente potestative. Oggi, il disperato bisogno di ordinamento deve essere soddisfatto da quelle supplenze — emerse accanto agli Stati e agli organismi sovrastatali —, alle quali si accennava poco sopra.

Se questo attuale è il momento di rivincita della prassi nella percezione e invenzione di assetti giuridici novissimi, è questo anche il momento in cui percezioni e invenzioni — sottratte, per così dire, al loro particolarismo genetico — vanno ordinate in una intelaiatura

⁽²⁹⁾ Da ultimo, cfr. *Ancora sull’assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005, vol. II.

di ‘principii’ dalla complessa valenza, che è insieme tecnico-giuridica, culturale, etica.

È il grande compito a cui è chiamata, in questo avvio del terzo millennio, la scienza giuridica, e a cui essa sta corrispondendo con grossa lena e con forte senso di responsabilità; e ne sono prova quei significativi, e riusciti, esperimenti, che vedono i giuristi europei curvi non a scrivere Codici su commissione degli Stati, ma a elaborare autonomamente quei ‘Principles’ — penso precisamente a quanto si è fatto e si sta facendo in tema di contratti — valevoli a ordinare la trama dei traffici privati e a cominciare a disegnare, accanto e oltre il diritto comunitario dell’Unione, un diritto privato comune.

Solo in tal modo il pluralismo giuridico riproposto da Santi Romano all’attenzione dei contemporanei può diventare ordine della società, e pertanto genuina conquista della odierna civiltà giuridica.

IL DIRITTO TRA POTERE E ORDINAMENTO

1. Qualche chiarimento preliminare; particolarmente sulla intitolazione. — 2. Il diritto medievale come esperienza ordinamentale. — 3. La modernità giuridica e la sua dimensione potestativa: la semplicità del diritto. — 4. Oltre la modernità giuridica: la riscoperta della complessità del diritto. — 5. La riscoperta della complessità e il suo frutto più vistoso: “L’ordinamento giuridico” di Santi Romano. — 6. L’itinerario riflessivo di Santi Romano alla ricerca de “L’ordinamento giuridico”: le indagini costituzionalistiche fra i due secoli e il recupero dei fatti normativi. — 7. Il nuovo osservatorio del giurista e la visione oggettiva dell’ordine giuridico. — 8. Influenze romane tra una generale sordità: “Il diritto dei privati”. — 9. La visione ordinamentale del diritto nelle nuove Costituzioni novecentesche. — 10. La visione ordinamentale del diritto nella crisi delle fonti del secondo Novecento. — 11. La crisi delle fonti del secondo Novecento: un terreno fertile e rischioso. — 12. Un possibile salvataggio: la capacità ordinativa della comunità dei giuristi.

1. Due precisazioni per i miei uditori, una — per così dire — soggettiva, l’altra oggettiva.

La prima, a cui tengo molto per onestà verso di loro, riguarda i miei limiti professionali e, quindi, ciò che gli uditori possono aspettarsi da me. Come giurista e, più specificamente, come storico del diritto, io non mi allontanerò da una analisi rigorosamente giuridica dei problemi che si affronteranno nella lezione. Quando però si parla di ‘potere’ e di ‘ordinamento’, si può pensare (o, da taluno, sperare) che il discorso si liberi a un elevato livello filosofico. Con umiltà, debbo confessare che non ne sarei capace e che non ci sarà nelle mie parole il pur minimo tentativo di indossare vesti che non mi si addicono perché non sono le mie.

Seconda precisazione. Erede come sono (e come mi compiaccio di essere) d’una risalente tradizione culturale fiorentina, che nutre — ai primi del Novecento — il momento fertile della avventura pragmatistica con le sue diffidenze per l’uso disinvolto del linguaggio e con le sue cautele verso il ‘coefficiente d’errore’ inevitabilmente

racchiuso in quelle disinvolture ⁽¹⁾, credo che sia innanzi tutto necessario chiarire liminalmente i contenuti dei due termini che fanno bella vista nel titolo di questa ‘lezione magistrale’.

Non mi preòccupa tanto ‘potere’, al cui fondo sta una sostanziale univocità, significando pur sempre superiorità e autoritarità, da un lato, cui corrisponde soggezione, dall’altro. Mi preòccupa, piuttosto, ‘ordinamento’, vocabolo contrassegnato da una intrinseca polisemia e sul quale sarà opportuno sostare un momento per sgombrare la nostra strada da possibili equivoci.

Infatti, di polisemia intensa si tratta. Può essere usato in una accezione generica e, tutto sommato, banale, come quando parliamo di ‘ordinamento italiano’, ‘ordinamento francese’, ‘ordinamento spagnolo’, e così via, significando niente altro che un vago sinonimo di ‘diritto italiano’, ‘diritto francese’, ‘diritto spagnolo’. Lo si usa con assoluta tranquillità nelle più rigide correnti positivistiche, per esempio nel volume programmatico di Donato Donati sull’annoso problema delle lacune, dove appare come una semplice variante lessicale di legislazione ⁽²⁾. Altrettanto tranquillamente si può parlare di *Rechtsordnung* nel formalismo normativista di Kelsen ⁽³⁾, intendendo nulla più che un sistema di norme, e alla ‘Teoria dell’ordinamento giuridico’ può dedicare le sue lezioni di ‘Filosofia del diritto’ dell’anno accademico 1959/60 (e il ‘corso’ stampato che ne

⁽¹⁾ Il riferimento è soprattutto a Mario Calderoni (1879- 1914) e a Giovanni Vailati (1863-1909), che operano a Firenze nel primo decennio del Novecento e che furono tra gli indiscussi protagonisti della cultura fiorentina del tempo. Non è privo di interesse che un frutto cospicuo di queste influenze di pulizia metodologica e linguistica di stampo pragmatistico si ha proprio nel campo della scienza giuridica. Il grosso volume “Il possesso dei diritti”, che il civilista Enrico Finzi pubblica nel 1915 e che vuole dedicato a Mario Calderoni, rappresenta l’applicazione delle cautele pragmatistiche su un difficile e controverso tema di analisi giuridica. Su questo intreccio di premesse filosofiche e tecniche giuridiche in quel singolarissimo personaggio che fu Enrico Finzi, ci sia consentito rinviare a: P. GROSSI, *Stile fiorentino — Gli studi giuridici nella Firenze italiana — 1859/1950*, Milano, Giuffrè, 1986, soprattutto pp. 77-83, nonché 168-180.

⁽²⁾ D. DONATI, *Il problema delle lacune dell’ordinamento giuridico*, Milano, S.E.L., 1910, pp. 30-31: “afferriamo che il concetto di ordinamento giuridico e quello di legislazione devono ritenersi perfettamente corrispondenti”.

⁽³⁾ Sia nella ‘Allgemeine Staatslehre’ del 1925, sia nella ‘Reine Rechtslehre’ del 1934.

è seguito) Norberto Bobbio con riferimento specifico a un contesto di norme ⁽⁴⁾.

È ovvio che, nella nostra intitolazione, ‘ordinamento’ ha un connotato diverso, assai più specifico, che permette di coglierlo in un rapporto di intensa dialettica con ‘potere’. Anche se è appena il caso di segnalarlo — e soltanto per chiarire al lettore non provveduto alcune premesse dilucidatrici —, il connotato è quello attribuitogli da Santi Romano nel saggio celebratissimo del 1917/18 ⁽⁵⁾ e rimastogli dipoi nella cultura giuridica come un modo assolutamente peculiare di cogliere e concepire il diritto: un diritto che nasce dal basso, all’insegna di una schietta spontaneità, una dimensione ontica della società perché in essa radicale e perciò vivente nella coscienza collettiva, una dimensione oggettiva giacché è auto-organizzazione prima che norma.

Ne tratteremo ampiamente più avanti nel corso della lezione, ma si doveva anticipare questo chiarimento, perché soltanto in grazia di questa specifica accezione risalta il contrappunto forte fra potere e ordinamento, fra visione potestativa e visione ordinamentale del diritto, che è il filo conduttore del nostro discorso.

2. Nel 1917/18 Romano — lo vedremo — offre una intuizione fondamentale e un conseguente disegno teorico, ma fornisce anche una diagnosi del proprio tempo, con una implicita polemica verso gli ingabbiamenti dell’età immediatamente precedente. Però, in una sua pagina ⁽⁶⁾, ritiene di dover fare un preciso riferimento storico al di là dell’età moderna, indicando nella civiltà giuridica medievale un prezioso terreno di verifica delle sue analisi teoriche.

Ed è vero. Il cosiddetto medio evo ebbe al massimo grado la percezione del diritto come ordinamento del ‘sociale’ e costituì il terreno di elezione per una coerente raffinatissima costruzione giuridica. La ragione basilare è presto detta: mancò a quella civiltà una esperienza politica totalizzante, omnicomprensiva, tesa ad inglobare

⁽⁴⁾ N. BOBBIO, *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, p. 3: “nella realtà le norme giuridiche non esistono mai da sole, ma sempre in un contesto di norme... questo contesto di norme si suole chiamare ordinamento”.

⁽⁵⁾ Su Santi Romano e sul suo celebre saggio, cfr., più avanti, ai nn. 5, 6, 7.

⁽⁶⁾ SANTI ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946², p. 108.

al suo interno una dimensione giuridica considerata mancipio della volontà del Principe, artificio che egli crea esercitando il potere supremo.

Nel clima medievale il diritto recupera appieno la sua onticità, ossia il suo carattere di fondazione riposta d'una comunità, realtà di radici appartenente alla natura stessa del corpo sociale; anzi, suo salvataggio, perché garanzia di una stabilità né artificiosa né imposta, bensì connaturale alle esigenze più autentiche d'una civiltà storica (7). Il diritto è qui soprattutto *ordo*, ordine, non assicurato dalla coercizione di un assetto di polizia ma vigoreggiante negli strati più profondi della società; un ordine che attende solo di essere letto, conosciuto, manifestato, perché *c'è già*, scritto a caratteri indelèbili.

Una consapevolezza — questa — che nessuno meglio di Tommaso d'Aquino ha saputo condensare in una definizione di *lex*, che troppo spesso non riceve tutta la attenzione che merita nel suo messaggio essenziale. Quando, infatti, il grande pensatore riduce la sostanza della *lex* a un ordinamento della ragione (8), sono due le verità determinanti: che essa, più che attenere alla volontà di un soggetto forte, attiene alla conoscenza, non si forma al suo interno ma è già formata nelle trame del cosmo e della società dove occhi obbiettivi possono individuarla e tradurla in regole; che essa è e deve essere ordinamento, con un ruolo rilevante della realtà e delle esigenze scritte nelle cose, perché l'ordinamento sarà pienamente realizzato unicamente se si terrà conto di quelle.

Il risultato è chiaro, ed è di grosso momento: il diritto nasce dal basso, ha una prevalente dimensione oggettiva, rimanendo nel Principe il ruolo autorevole ma secondario di manifestatore pubblico delle regole per il tramite della promulgazione (9).

Si capisce perché il diritto medievale si incarni soprattutto in quella fonte così intrisa di terrestrità che è la consuetudine, e si

(7) Ci sia consentito di rinviare allo sguardo sintetico offerto in: P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 2004¹².

(8) Il testo originario latino della *Summa Theologica* (Prima Secundae, q. 90, art. 4) recita: "quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata".

(9) È Tommaso stesso a precisarlo: "ab eo qui curam communitatis habet promulgata".

capisce perché il diritto consista soprattutto in una *interpretatio*, interpretazione di tecnici, cioè di giuristi capaci di tradurre in strumenti appropriati di ordine le istanze che il rozzo magma consuetudinario fa affiorare alla superficie della esperienza; protagonisti sono un pratico, il notaio, nel primitivismo altomedievale, il grande dottrinario, maestro nelle Università europee, durante la civiltà culturalmente raffinata del secondo medioevo⁽¹⁰⁾.

Il Principe non avverte nel produrre diritto, nell'essere 'legislatore', il fulcro della sua identità di titolare di un potere supremo; quella identità la si coglie altrove e particolarmente in una *iurisdictio* che può arrivare a pretendere l'effusione del sangue dei suoi sudditi. Se il Principe produce norme giuridiche, lo fa prevalentemente in quelle zone del 'giuridico' più vicine all'esercizio della sua autorità, ma si disinteressa della regolamentazione della vita privata dei privati affidata al sensato svilupparsi di regole consuetudinarie. Lo stesso giurista, colui che possiede un ammirevole sapere tecnico e che — come tale — è un indubbio protagonista, non crea ma si limita a tecnicizzare definire categorizzare gli ordinamenti socio-economici che la prassi consolida nella lunga durata; è — anche lui — unicamente un interprete.

In grazia della relativa indifferenza del potere politico verso il diritto, questo non registra la volontà imperiosa del detentore del potere, ma piuttosto la pluralità di forze circostanti nella società, una delle quali — ma soltanto una — è il comando di chi governa. Al contrario, il diritto può registrare e registra la complessità del 'sociale'. Non la opprime, non la riduce, come avviene al di sotto di quella cappa di piombo potestativa che chiamiamo Stato, potere politico vorace e totalitario, che sarà la presenza caratterizzante della modernità europea continentale; semplicemente la registra con la massima fedeltà.

E il diritto/ordinamento diventa specchio della società in tutte le sue articolazioni, giacché non fa capo a una centrale di poteri ma alla società nella sua globalità e anche nelle sue diverse sfaccettature.

⁽¹⁰⁾ Si veda, nel precitato volume *L'ordine giuridico medievale*, la scansione in due momenti della unitaria civiltà medievale, contrassegnati da intitolazioni che ne segnano i diversi caratteri sul piano delle fonti: 'Fondazione d'una esperienza giuridica. L'officina della prassi'; 'Edificazione d'una esperienza giuridica. Il laboratorio sapienziale'.

Sfaccettature che, prendendo forma compiuta dal magma socio-economico-politico, divengono ordinamenti giuridici, rispettati nella loro indiscussa autonomia. La civiltà giuridica medievale, che vede estremamente ridotti i condizionamenti da parte del potere, è rigorosamente pluralistica. Pluralismo giuridico che prevede, all'interno del territorio di una stessa entità politica, la coesistenza e la co-vigenza di ordinamenti giuridici che possono non essere espressioni di quella entità ma di forze diverse che hanno organizzato aspetti diversi della società e hanno dato vita a comunità autonome, cioè in qualche modo autonomamente nomopoietiche ⁽¹¹⁾.

La proiezione giuridica non coincide affatto con la proiezione territoriale del potere politico, Insomma, pluralità di ordinamenti giuridici al di sotto di uno stesso ordinamento politico; e si capisce bene la soddisfazione di Santi Romano nel reperire al fondo della civiltà medievale la verifica storica della sua intuizione teorica.

3. Chi vi parla — che è professionalmente uno storico del diritto — vede il *continuum* storico fra medio evo e modernità interrompersi (sia pure con un processo lento e prolungato) proprio sul terreno della storia giuridica, e precisamente nel modo di concepire e realizzare il nesso fra dimensione giuridica e potere politico.

Questo, che durante tutto il millennio medievale si è connotato di incompiutezza, via via che ci si inoltra in seno alla modernità, ossia dal Trecento in poi, diventa un potere sempre più compiuto, cioè totalizzante e omnicomprensivo, affermando questa compiutezza con un interesse tutto nuovo per il diritto. Il segno della modernità giuridica, o almeno il segno più vistoso e rilevante, è

⁽¹¹⁾ Possono essere utili due mie riflessioni vertenti proprio su questo punto: *Un diritto senza Stato — La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale* (1996), ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998 (in lingua tedesca sta in: *Staat, Politik, Verwaltung in Europa. Gedächtnisschrift für Roman Schnur*, Berlin, Duncker und Humblot, 1997); nonché: *Auctoritas universale e pluralità di potestates nel mondo medievale*, in *Mediterraneo, Mezzogiorno, Europa — Studi in onore di Cosimo Damiano Fonseca*, Bari, Adda, 2004, che riproduce — integrandola con i risultati della discussione intervenuta — il testo d'una Relazione tenuta nell'ottobre 2001 presso la Scuola Superiore di Studi Storici della Repubblica di San Marino, in seno a un convegno dedicato a 'Il piccolo Stato'.

soprattutto qui, e qui sta anche il marchio della forte discontinuità⁽¹²⁾.

Il diritto è al centro del progetto di azione politica del Principe moderno, perché egli ha colto con precisione la sua enorme valenza quale prezioso cemento potestativo e pertanto quale insostituibile *instrumentum regni*. E il nuovo Principe, più che nella vecchia *iurisdictio* medievale, affida la propria identità al suo essere legislatore in un progressivo intensificarsi che avrà èsito e compimento con Napoleone I, codificatore e perciò riduttore di tutto il diritto in testi normativi.

Rispetto a quanto si diceva nel capitolo precedente, lo stacco è notevole. Il diritto si stringe e si connette sempre più al potere; anzi, lo esprime. Il diritto si soggettivizza, cioè si incarna sempre più nella volontà del Sovrano, una volontà spesso arbitraria e che spesso coincide, come ci avverte disinvoltamente Bodin a fine Cinquecento, con il suo piacere, ossia con la più insindacabile delle dimensioni del soggetto⁽¹³⁾. La legge perde quel duplice carattere tomista di ordinamento e di atto razionale (che apparivano ormai insensate limitazioni alla potestà del Sovrano), è atto di volontà, è atto di imperio, è comando. Il diritto si vede ridotto al rango di strumento di controllo sociale, diventando un artificio, una creazione del titolare della sovranità.

E la proiezione territoriale politica tende a coincidere con quella giuridica. L'Europa sta diventando un insieme di Stati, cioè di insularità sovrane ben separate l'una dall'altra da frontiere nette e pressoché insormontabili, e si sta per ciò stesso allontanando da quella realtà del secondo medioevo quando la scienza giuridica, pur rispettando i particolarismi locali, era riuscita a costruire uno *ius commune*, un diritto senza frontiere, autenticamente universale⁽¹⁴⁾. Alla vecchia esperienza medievale, in cui la assenza dello Stato aveva consentito la coniugazione perfetta del particolarismo giuridico più

(12) V. P. GROSSI, *Modernità politica e ordine giuridico* (1995), ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit..

(13) JEAN BODIN, *Les six livres de la Republique*, Aalen, Scientia, 1977 (rist. anast.), liv. I, chap. VIII, pp. 132-33.

(14) Dilucidazioni possono reperirsi nei testi citati più sopra alla nota 11.

minuto con un universalismo senza confini, si va sostituendo un sempre più rigido nazionalismo giuridico.

Si dirà: ma i primi secoli dell'età moderna, all'incirca dai primi del Cinquecento al maturo Settecento, vedono il rampollare — su da certe ramificazioni del tronco umanistico — della grande avventura giusnaturalistica, tutta tesa alla identificazione di principii giuridici caratterizzati da universalità e anche perpetuità. Vero. Ma la idealizzazione del Principe sempre più accentuata nella fase illuministica del giusnaturalismo, la strategia di individuare in lui — all'interno di un mondo secolarizzato — il necessario autorevole lettore delle regole naturali e l'altrettanto autorevole traduttore di quelle regole in norme irrobustisce e avvalora l'itinerario statalistico ⁽¹⁵⁾.

Di quella che sicuramente è la grande avventura giusnaturalistica restano, al pianeta giuridico, soltanto due eredità, l'una e l'altra di notevole peso storico: alcune situazioni soggettive qualificabili come naturali e pertanto indisponibili da parte del potere politico contingente (prima fra tutte, in questa civiltà dell'avere, la proprietà privata individuale); una mentalità tutta rivolta a spogliare soggetti e rapporti giuridici della loro storicità, a immergerli nel clima rarefatto di un preteso stato di natura pre-sociale e pre-politico, più modelli astratti che creature e strumenti vitali, con un messaggio di astrattezza che sarà duro a morire nella tradizione civilistica dell'Europa continentale ⁽¹⁶⁾.

Quel che, in questa sede, ci preme di rilevare è che il giusnaturalismo dà vita alla più grossa antinomia della storia del diritto moderno continentale europeo: l'irrobustimento del legislatore nazionale, un giusnaturalismo che fonda con maggior forza il giuspositivismo ottocentesco fornendogli anche un prezioso rafforzamento etico.

Fonte esemplare di questa profonda antinomia è il Codice, testimonianza della pretesa giusnaturalistica di poter fissare in un

⁽¹⁵⁾ *Modernità politica e ordine giuridico*, cit., p. 461 ss.. Di grande interesse, di GIUSEPPE DUSO la *Introduzione: Patto sociale e forma politica* preposta al volume collettaneo coordinato dallo stesso Duso: *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Bologna, Il Mulino, 1987.

⁽¹⁶⁾ Per una esemplificazione offerta dalla civilistica di casa nostra, cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana — Un profilo storico — 1860/1950*, Milano, Giuffrè, 2000, cap. III, nn. 1 e 2.

testo geometrie universali ma che diventa, nella realtà storico-politica, una serie di tanti Codici quanti sono gli Stati nazionali; e la pretesa geometria universale si degrada a legge nazionale entro frontiere ben definite. Con la circostanza aggravante che l'iniziale pretesa giusnaturalistica si trasforma nella presunzione di poter immettere all'interno di un dettagliatissimo testo cartaceo, e una volta per tutte, ogni possibile fattispecie, a cominciare dai minuti rapporti della vita quotidiana dei privati, che durante tutto l'antico regime erano stati ritenuti zona interdotta alla invadenza del potere e invece riservata a una regolazione consuetudinaria. La pretesa giusnaturalistica si sposava perfettamente con la strategia di controllo sociale avvertita da sempre dallo Stato moderno.

Quello che si presenta, nella prima età nuova, come un processo lento, plurisecolare, che vede mescolarsi vecchio e nuovo anche se con progressivo detrimento del vecchio, riceverà un'interruzione brusca e, insieme, una rinnovazione basilare nell'evento enorme della Rivoluzione francese. In essa — o, meglio, nel suo momento terminale e più incisivo, quello giacobino — sembrano assommarsi le istanze politiche dello statalismo moderno e filosofico-giuridiche dell'illuminismo. Nel diritto si esalta e si esaspera la sua funzione di controllo sociale e si accentua il suo nesso con il potere politico fino a instaurare una sorta di vincolo inseparabile.

All'antico pluralismo, mantenuto con parecchie sue reliquie fino alle soglie dell'Ottantanove, si sostituisce un rigido monismo, e ci si fa vanto — è la voce alta e consapevole di Robespierre — di togliere di tra i piedi dei francesi gli ingombri e gli impacci dei mille particolari e indominabili fatti consuetudinarii offrendo in sostituzione un sistema limpido e fermo di principii⁽¹⁷⁾; e ci si fa vanto — è la pronta opera legislativa rivoluzionaria — di cancellare d'un colpo il reticolato fitto di società intermedie che complicavano l'immediato rapporto dei cittadini con lo Stato e confondevano un paesaggio politico-giuridico chiamato ad acquisire il bene d'una essenziale semplicità⁽¹⁸⁾. Il 'pubblico' veniva a ridursi alla maestosa

⁽¹⁷⁾ P. GROSSI, *Le molte vite del giacobinismo giuridico (ovvero: la 'carta di Nizza', il progetto di 'Costituzione europea' e le insoddisfazioni di uno storico del diritto)*, in *Jus*, L (2003) e in *Rivista di storia del diritto italiano*, LXXVI (2003).

⁽¹⁸⁾ Abbiamo tentato di porlo in evidenza in altra *lectio magistralis* tenuta sempre

assorbente presenza (anzi: onnipresenza) dello Stato, il ‘privato’ si riduceva all’individuo ormai liberato dalle ripugnanti ragnatele comunitarie.

Se furono particolarmente i giacobini a elaborare un siffatto progetto costruttivo, fu un progetto congeniale a tutto l’assetto politico-giuridico borghese, che vedeva uniti potere e borghesia in un patto non-scritto di reciproco ausilio nella salvaguardia dei reciproci diversi livelli di azione.

Allo Stato, compatto unitario centralistico, corrispondeva un diritto parimente compatto unitario centralistico, perché ridotto alle manifestazioni della volontà sovrana. Dalla Rivoluzione in poi, con il mantello protettivo di mitologie sapientemente elaborate⁽¹⁹⁾, si assiste a un massiccio processo di legalizzazione dell’intero diritto.

La legge, intesa nella ristretta accezione di norma emanante da un potere supremo, vede affermarsi il suo indiscusso primato. Oggetto di mitizzazione e pertanto di un acritico culto, è posta al vertice delle fonti in un assetto rigidamente gerarchizzato, tanto rigidamente gerarchizzato da togliere ogni autonomia alle manifestazioni collocate nei gradini inferiori della scala.

Gerarchizzare rigidamente non vuol dire ordinare; ha, anzi, il significato negativo di mortificazione di quelle diversità che un vero ordine ha il compito di rispettare, armonizzare, ma non di sacrificare. Una rigida gerarchia rappresenta soltanto un ordinamento artificioso. È soprattutto pesante il sacrificio dei materiali consuetudinari, fatti ancora immersi nella loro greve fattualità, che — proprio perché fatti — apparivano incontrollabili e pertanto meritevoli dell’esilio fuori della cittadella del diritto ufficiale.

E il legalismo diventa necessariamente anche formalismo, giacché sarà d’ora in avanti diritto solo quell’insieme di fatti socio-economici che lo Stato giuridicizzerà grazie ai suoi complicati tessuti filtranti. Dal basso, dalla spontaneità dei fatti, non nasce più nulla

presso l’Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa di Napoli: P. GROSSI, *Dalla società di società alla insularità dello Stato-Fra medioevo ed età moderna*, Napoli, Ist. Univ. Suor Orsola Benincasa, 2003.

⁽¹⁹⁾ Si veda, nel nostro libretto: *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, soprattutto il secondo saggio intitolato: *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*.

che abbia una sua intrinseca carica giuridica; o, meglio, ce l'ha, ma non sarà riconosciuta dal potere detentore di sanzioni e di coazioni, e pertanto da esso relegata all'inferno delle illiceità o, se va bene, nel limbo della irrilevanza.

La grande codificazione del diritto privato, penale, processuale, che impegna tutto il secolo XIX, è il segno più evidente di un diritto ormai nelle strettoie del potere. Si tratta sicuramente di un diritto coerente nella sua sistematicità, chiaro e certo, autorevole, autoritario, munito di un altissimo coefficiente di applicabilità perché fortificato dal formidabile apparato potestativo statale, ma si tratta anche di un diritto legato a quell'apparato, specchio di esso, da esso condizionato, di esso riprodotto le miserie ideologiche. Qui, il diritto, più che ordinamento, è potere.

4. Questo assetto maturo del diritto moderno — che possiamo correttamente qualificare come borghese perché legato al progetto politico-giuridico della intelligente e lungimirante classe cui la Rivoluzione, dapprima, e il dispotismo napoleonico, poi, hanno consegnato le redini dello Stato —, questo assetto costituisce il tentativo riuscito di ridurre il complesso sociale e istituzionale nelle linee di un disegno semplice, il più semplice possibile.

Al fondo — come più sopra si diceva — il mito della legge, che esige la riduzione del diritto a un sistema di leggi. Monismo giuridico, perché ormai una è la fonte, con l'eccellente risultato di eliminare i vecchi protagonisti dell'antico regime, maestri giudici avvocati notai, un ceto di tecnici assai poco controllabili; con il conseguente ulteriore eccellente risultato di espungere la interpretazione/applicazione dal procedimento di produzione della norma relegandola a un rango meramente esecutivo.

Il mito della legge ne genera inevitabilmente un secondo, il mito del legislatore, un soggetto onnipotente e onnisciente, irresponsabile e insindacabile. Lo sforzo della comunità di giuristi/interpreti deve essere unicamente quello di afferrare con sussidii logici quale fu la sua volontà nel momento in cui egli confezionò la legge e la promulgò; la posteriore vita della legge nel tempo, anche se si tratta di una lunga durata, non ha alcuna capacità di incidere su quell'atto di volontà assolutamente inelastico e pertanto indifferente al divenire e al mutamento. Ovviamente, il mito del legislatore ingigantiva

nell'ambito della divisione dei poteri il primato e il ruolo del potere legislativo.

Si aggiunga un altro tratto fondativo della semplicità: se il 'pubblico' si riduceva a un macro-soggetto statale, il 'privato' si riduceva a sua volta in una pluralità di micro-soggetti individui che legislatore e legge assumevano a interlocutori nella loro individualità, uno stuolo di cittadini tutti giuridicamente uguali, ciascuno dei quali era potenzialmente libero di essere o diventare proprietario, nonché di conseguire tutelare accrescere il proprio patrimonio con lo strumento circolatorio del contratto. L'io sociale e l'io collettivo erano completamente rimossi, così come erano rimosse le formazioni sociali e collettive, che avrebbero reso accidentato la superficie giuridica e impedito (o almeno difficoltizzato) la libera azione della legge.

Questo paesaggio schematico, ridotto a un disegno semplicissimo, poteva convenire a uno Stato rigorosamente 'monoclasse' (come avrebbe felicemente qualificato il moderno Stato borghese un acuto giuspubblicista italiano, Massimo Severo Giannini) e a una società sostanzialmente statica o almeno non sottoposta a rinnovamenti e sommovimenti globali. Rinnovamenti e sommovimenti che invece funèstano (dal punto di vista dei conservatori) la seconda metà dell'Ottocento in tutta Europa, turbano le ben disegnate geometrie e reclamano una complicazione del paesaggio socio-giuridico. Senza voler qui scendere alla impossibile analisi di un momento storico travagliatissimo e articolatissimo, ci limitiamo a segnare quelle forze potenzialmente eversive che arrivano a incidere a fondo sulla visione e organizzazione del diritto.

La prima (e decisiva) è senza dubbio l'emersione del quarto stato, ossia di quei ceti nullatenenti che non avevano fatto la Rivoluzione (se non nello sfondo di qualche manifestazione piazzaiola) e che attraverso la Rivoluzione non erano arrivati alle centrali del potere. Rilevantissima è una montante consapevolezza sociale: l'uomo del quarto stato sa ormai di poter contare unicamente se la sua allampanata individualità si colloca all'interno di una collettività organizzata; e fiorisce — a fine Ottocento — un vivace associazionismo che va dalle coagulazioni private di cooperative e di mutue alle prime inquiete comunità sindacali molestamente turbatrici dei sonni un tempo tranquilli dell'Italia borghese. E i civilisti neoterici,

in sapore di eresia agli occhi della maggioranza silenziosa, reclamano, nel loro programma di una ‘nuova fase’ del diritto civile ⁽²⁰⁾, piena cittadinanza a quei soggetti collettivi rimossi dagli articoli del ‘Code Napoléon’ ⁽²¹⁾, ma di cui la circolazione economico-giuridica aveva assolutamente bisogno.

La seconda forza incisiva è costituita da un poderoso rinnovamento congiunto tecnico ed economico. Ormai, giganteggia la civiltà delle macchine e, accanto, di pari passo, la grande impresa che di questa civiltà utilizza le incommensurabili risorse. Il capitalismo europeo non si rispecchia più nella ‘comédie humaine’ di Balzac dove, se — nello sfondo — è l’aver a fornire il proscenio comune, attori sono commercianti, banchieri, proprietari fondiari. Nella seconda metà del secolo è il grande balzo delle macro-organizzazioni prima ignote, con un supporto di tecniche mirabolanti.

Ma la grande industria significa grandi comunità operaie, che si organizzano nella lotta al padronato e anche allo Stato borghese; e il clima si accende delle grandi lotte sociali e dei grandi scioperi di fine secolo, le une e gli altri accuratamente celati dalla propaganda ufficiale. Il fenomeno è europeo, ma in Francia e in Italia, terre di diritto rigidamente codificato, l’insofferenza è più marcata, nella contemplazione di quanto inadatte si rivelassero le sublimi geometrie codicistiche a regolare fatti e problemi novissimi ed imprevisi, e perciò dirompenti.

Il rischio, che la scienza giuridica più consapevole non manca di segnalare, è lo scollamento fra regola autoritaria immobilizzata in un testo cartaceo e la vita percorsa da una dinamica mobilissima, come testimonia un saggio puntuale del francese Cruet dedicato nel 1908 a “La vie du droit et l’impuissance des lois”. Significativo il monito

⁽²⁰⁾ Un testo di grande interesse è quello di un giovane e coraggioso civilista siciliano, Enrico Cimbali (1855-1887), che scrive nel 1884 un grosso volume dal titolo impegnativo: “La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione civile vigente” e in cui propugna — lui, adepto entusiasta del positivismo filosofico — una riscoperta della complessità sociale e giuridica. Su una notevole pagina di Cimbali proprio in tema di quelle che lui chiama ‘combinazioni sociali’, ‘combinazioni quotidiane’ ho richiamato l’attenzione in: *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 16-17.

⁽²¹⁾ Menzionati nell’art. 2 del Codice civile italiano unitario del 1865, ma esplicitamente inseriti in una dimensione pubblicistica per garantire un controllo efficace.

che lo conclude e che è eloquentissimo per dichiarare il ripudio verso la visione potestativa vincente negli ultimi cento anni: “le droit ne domine pas la société, il l’exprime”, quasi a indicare la voglia di scrollarsi di dosso la funesta identificazione del diritto in uno strumento di controllo, cemento del potere e necessariamente invisibile o almeno estraneo alla generalità dei cittadini (22).

È lo stesso monito che si ricava dai martellanti saggi di un civilista coraggioso, Raymond Saleilles, e che costellano l’ultimo ventennio dell’Ottocento (23). È lo stesso monito che solca la maestosa riflessione critica sulle fonti e sulla interpretazione, con cui un altro civilista coraggioso, François Gény, sembra suggellare il secolo dei Codici e del più bieco assolutismo giuridico (24).

Insomma, è giunto il momento di deporre mitologie inchioidanti, rivedere dommatiche decrepite, rompere il guscio della statualità così palesemente soffocante per il diritto, riscoprire il salutare nesso fra regole giuridiche e società, società in tutta la sua globalità e complessità.

Abbiamo accennato più volte a questo ultimo termine e alla nozione che il termine evoca, e dovremo tornarci ripetutamente in séguito; anzi, daremo — come altra volta abbiamo dato (25) — una interpretazione del Novecento giuridico come liberazione dall’abbraccio stringente dello Stato e riscoperta della complessità. A questo punto non sarà male chiarire fino in fondo il significato che gli si attribuisce, anche perché si tratta di vocabolo diventato di uso comune nel linguaggio di giuristi e di economisti con un attingimento alla nozione sempre più complessa (ci si perdoni il bisticcio)

(22) J. CRUET, *La vie du droit et l’impuissance des lois*, Paris, Flammarion, 1908, p. 336.

(23) Cfr. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato — Lungo l’itinerario scientifico di Raymond Saleilles* (1993), ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit..

(24) La poderosa analisi, per l’appunto intitolata “Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif”, ha la data dell’ultimo anno del secolo, il 1899. Su Gény e sulla sua visione equilibratamente innovatrice, si veda quanto avemmo occasione di scrivere alcuni anni addietro: *Ripensare Gény* (1991), ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit..

(25) In *Scienza giuridica italiana*, cit., dove il capitolo quinto è intitolato: ‘La semplicità perduta: il diritto oltre lo Stato e l’individuo’.

e sempre più tecnicizzata usata da filosofi e da cultori di scienze naturali (in area giuridica, un campione di questa operazione culturale è Angelo Falzea).

Noi non arriviamo a tanto e ci limitiamo a un uso più piano e — se ci è permesso un nuovo bisticcio — più semplice del vocabolo ‘complessità’, arrestandoci, senza troppi ricorsi alle ricerche dei naturalisti, a un recupero del rispetto delle diversità, a un rifiuto di ogni ossessione alla compattezza e alla unitarietà, a un pari rifiuto della sistematicità, per acquisire il risultato di una articolazione compòsita — non importa se armonica o disarmonica — che riesca ad esprimere senza costringimenti tutta la ricchezza di una vita effettivamente vissuta.

Ebbene, ciò precisato e al solo scopo di fare chiarezza, il transito fra Ottocento e Novecento ha per noi il significato di riscoperta della complessità del diritto, di un diritto che riacquisisce la società intiera quale suo riferimento.

Si incrinano le mura del castello normativo e quindi di una visione prevalentemente potestativa, si incrinano le catene di quella che, negli *homines novi*, appare sempre più come una sorta di prigionia babilonese. E circola una consapevolezza elementare ma salvante: il diritto legale e formale è impotente (‘impuissance’ aveva scritto Cruet nel titolo del suo fortunato volume) a seguire e conseguentemente a ordinare il divenire rapido di una civiltà che, rapidamente, troppo rapidamente, sta cambiando volto soprattutto nella sua dimensione sociale e nelle sue armature tecniche.

I fatti, che il mito giusnaturalista della astrattezza e della purezza — diventato parola d’ordine d’ogni giurista rispettabile — aveva tenuto ben fuori delle mura del castello, pretendono ora, tumultuosi e incandescenti, di varcare i prima ben muniti fossati. Un altro volume francese, che avrà una incredibile fortuna, inaugurerà gli anni Venti del Novecento prendendo atto de “la révolte des faits contre le Code” (26); e la dialettica — una dialettica di contrarii, cioè di insanabile opposizione — è ormai tra fatti, né filtrati né filtrabili ma presi nella loro grezza fattualità fenomenica, e formule legali.

(26) G. MORIN, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, Grasset, 1920.

5. Questa puntuale percezione, che nella libellistica francese or ora menzionata appare intrisa di sociologismo, diventa, da noi, la voce tecnicamente giuridica di Santi Romano (1875 — 1947): che è — e non si dimentica mai di essere — un ricercatore e docente nel campo del diritto pubblico positivo, che in questo campo assorbe il messaggio del suo maestro Vittorio Emanuele Orlando rifondatore della scienza giuspubblicistica italiana nel tentativo di fornirle una maggiore e migliore tecnicità ⁽²⁷⁾, che mai si è ammantato del piumaggio dorato del filosofo, che ha sempre rifiutato quelle che a lui sembravano le nuvole del giusnaturalismo o le sabbie mobili del sociologismo, restando — per sua programmatica dichiarazione — sempre entro i confini del diritto positivo, magari in fasce di frontiera quali sono i terreni della teoria generale, ma senza varcare mai quei confini per avventurarsi in zone che lui, sensato giurista, avvertiva come rischiosissime per la stessa scientificità del proprio discorso ⁽²⁸⁾.

Romano, nella comune coscienza di coloro che sanno di diritto, si identifica con i saggi del 1917 divenuti l'anno dipoi il libretto arcinoto 'L'ordinamento giuridico'. Diversi anni fa, in una corale occasione celebrativa, Norberto Bobbio ne dette una diagnosi sorprendente, parlando di pagine "senza data" e di esercizi di "teoria pura" ⁽²⁹⁾. Al contrario, se v'è — ai nostri occhi — una qualità intensa rilevabile nella riflessione romaniana, è la sua storicità, la precisa datazione — prima che formale — sostanziale delle analisi contenute ne 'L'ordinamento giuridico'.

Ai nostri occhi Romano, più d'ogni altro giurista italiano, è colui che si fa interprete della sopra accennata grande crisi fra i due secoli, con il tentativo — riuscito — di dare ad essa un volto tecnico, di provar di risolverla utilizzando l'ideario, il lessico, l'armamentario tecnico della scienza giuridica. 'L'ordinamento giuridico', in quel-

⁽²⁷⁾ Anche se, in parecchie scelte, Romano si distanzierà profondamente da Orlando, su un punto nodale se ne dimostrerà fedele discepolo: ed è in una elaborazione strettamente giuridica — ci si perdoni la tautologia — del diritto pubblico, senza indulgenze politologiche, sociologiche, filosofiche tanto care ai mediocri pubblicisti pre-orlandiani.

⁽²⁸⁾ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 97.

⁽²⁹⁾ N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 36.

l'anno 1918 che è l'anno finale della grande tragedia bellica mondiale, costituisce una risposta riposata e meditata ai gravi problemi, che i decenni critici avevano impietosamente sollevato.

Qui crisi è indicazione appropriata esattamente nel suo significato etimologico di scelta; qui tempo di crisi significa tempo di scelte improcrastinabili, che la consapevolezza di un giurista eticamente sensibile ha il dovere di affrontare. Nel libretto di Romano si condensano le insoddisfazioni per la semplicità borghese e la percezione della complessità con cui il giurista deve ormai fare i conti, anche a costo di perturbare un sublime paesaggio di suadenti geometrie formali.

Giuristi e filosofi, dal 1918 ad oggi, hanno sottoposto le pagine romane ad analisi provvedutissime e non hanno mancato di coglierne le fragilità filosofiche, le numerose aporie, per non parlare delle molte incoerenze riscontrabili fra il Romano teorico generale e il costruttore del diritto amministrativo italiano. Analisi provvedutissime, sottoscrivibili, ma ingenerose su un punto focale: perché non danno a Romano quello che è, invece, il suo merito fondamentale, la riscoperta della complessità dell'universo giuridico e la traduzione di essa con strumenti e linguaggio di schietto diritto positivo.

Il grande giureconsulto siciliano è ben collocato su una aperta postazione di frontiera, guarda con attenzione, curiosità ma anche preoccupazione al gran ribollimento fra Ottocento e Novecento, contempla l'erosersi delle muraglie del castello legale dietro l'assalto di uno stuolo incontenibile di novità e di mutazioni squassanti, contempla l'incapacità dello Stato e della legge, sempre più distanti e separati dalla storia vivente, e tenta di ordinare la complessità ormai scoperta. 'L'ordinamento giuridico' ha molte e differenti valenze, ma la principale è, ai nostri occhi, proprio questa.

6. La veridicità di questa diagnosi storicistica è dimostrata da una constatazione generalmente elusa, o perché si resta abbacinati dalla sintesi del 1917-18, o perché frettolosamente ad essa ci si arresta: il libretto non nasce improvviso, non si staglia solitario nella ricerca romana. In esso si condensa, piuttosto, in modo compiuto una costruzione di pensiero; siamo cioè di fronte al frutto estremo di una ricerca svolta per lunghi anni, momento finale di un itinerario le

cui tappe di sviluppo sono chiaramente visibili nel transito dall'un secolo all'altro.

Ci riferiamo, in modo particolare, alle riflessioni costituzionalistiche del Nostro, che costellano gli ultimi anni dell'Ottocento e tutto il primo decennio del Novecento, e che ci appaiono come il maturarsi di una coscienza scientifica dietro la lettura acuta e realistica dei grossi eventi circostanti, una lettura scomoda ma che il giurista ardimentoso sa di non poter rimandare, giacché una opportunistica dilazione sarebbe nulla più che un atto di viltà scientifica.

Ne segniamo qui le principali, almeno sotto il profilo di momenti preparatorii della futura conclusione del 1917-18: nel 1897 il "Saggio di una teoria delle leggi di approvazione" e nel 1899 "L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico" ⁽³⁰⁾, nel 1901 "L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione" e nel 1902 le "Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano" ⁽³¹⁾, nel 1907 il discorso inaugurale modenese su "Le prime carte costituzionali" ⁽³²⁾, nel 1909 "Diritto e correttezza costituzionale" ⁽³³⁾, nonché il discorso inaugurale pisano su "Lo Stato moderno e la sua crisi" ⁽³⁴⁾.

Lo sguardo aguzzo del giovane costituzionalista, armato da un giovanile coraggio, ha la stessa doverosa impietosità di un medico davanti ad un infermo grave. Ed emergono crudamente quelle verità, quelle impotenze, quelle sordità che la propaganda ufficiale di regime era riuscita fino ad allora a celare grazie ai fuochi d'artificio del risorgimento nazionale e della retorica patriottarda. Ecco, invece, i punti fermi della messa a fuoco di Romano, che si risolve nella elencazione dei molteplici torti dello Stato borghese, nonché nella demitizzazione di parecchi assiomi acriticamente ricevuti e passivamente accettati.

In primo luogo, una denuncia, una denuncia franca e precisa: l'edificio politico-giuridico costruito dall'illuminismo e dalla Rivolu-

⁽³⁰⁾ Ora in *Scritti minori*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1950 (rist. 1990).

⁽³¹⁾ Ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi — Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969.

⁽³²⁾ *Ibidem*.

⁽³³⁾ Ora in *Scritti minori*, cit., vol. I.

⁽³⁴⁾ Ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit..

zione, quando “non si volle porre di fronte allo Stato che l’individuo” (35) riducendo la complessa organizzazione e composizione della società a una dialettica elementare tra persone, lo Stato-persona e la persona individuale fisica, porta con sé “il suo peccato di origine: quello, cioè, di essere eccessivamente semplice” (36).

La semplicità delle linee geometriche, che con un giudizio estetico può anche essere valutata come una “stupenda creazione” (37), si è tradotta in semplicismo e riduzionismo, coartando e soffocando il libero e spontaneo assestarsi della società nel suo pullulare di aggregati comunitari, che ci sono, che a uno sguardo obbiettivo appaiono chiaramente nel tessuto societario e che è inutile e pericoloso continuare a ignorare con una insipiente strategia elusiva.

Tutta la prolusione pisana del 1909 è dominata dalla visione realistica della crisi dello Stato moderno, individuata nel proliferare di collettività, spesso addirittura antagonistiche all’apparato statale, sempre comunque disgregatrici della sua artificiosa compattezza, collettività che appaiono al disincantato osservatore come una componente non eliminabile di un difficile e complicato frangente storico (38).

La rilevanza di questa limpida voce romaniana sta, a nostro avviso, nel tentativo di un indifferibile recupero della complessità allo sguardo diagnostico e prognostico del giurista (39).

In secondo luogo, l’uggia apertamente dichiarata per le mitologie politico-giuridiche puntigliosamente e artificiosamente fabbricate, nonché per i tanti altarini e per i tanti riti liturgici abilmente inventati (40); di conseguenza, con la messa a nudo di una sapiente

(35) *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 14.

(36) *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 13.

(37) *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 8.

(38) “Le organizzazioni delle varie classi si moltiplicano in maniera prodigiosa. E moltissime assumono... un atteggiamento antagonistico di fronte allo Stato” (*Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 15).

(39) Si profila un nuovo — indispensabile — compito dello Stato, che non è di combattere l’emergente corporativismo, ma di essere “un’organizzazione superiore che unisca, contemperi e armonizzi le organizzazioni minori” (*Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 24).

(40) “È per fortuna trascorso quel periodo di romanticismo politico, in cui si giudicava quasi doveroso il panegirico” (*Le prime carte costituzionali*, cit., soprattutto pp. 165 e 168).

strategia, l'esigenza di demitizzare le stesse pretese fondazioni costituzionali dell'ordine giuridico borghese, rifiutando — dietro un imperativo che è, insieme, etico culturale tecnico — di “arrestarsi innanzi a principi e formule, che si presentano con la consistenza di dommi” (41).

L'inventario è tanto ricco quanto sorprendente: una rappresentanza politica che non è effettiva rappresentanza ma artificio (42); con la risultante visione critica del “falso domma dell'onnipotenza parlamentare”, della illimitatezza della funzione legislativa, del panlegalismo, con un ruolo smisurato e assorbente della legge nella produzione dell'ordine giuridico (43), dello statalismo giuridico, cioè della riduzione della giuridicità nei comandi autorevoli e autoritarii dello Stato (44); insofferenza per le troppo mitizzate ‘carte dei diritti’, spesso “verbose formulazioni di principii filosofici, di massime dottrinarie, di raccomandazioni ingenuie. Più catechismi che leggi” (45); insofferenza per uno Statuto Albertino, di cui non si può non contemplare la assoluta insufficienza e dove “gli articoli... somigliano a delle semplici intestazioni di libri, le cui pagine sono state lasciate bianche e che vengono a poco a poco riempite con i materiali che forniscono i nostri usi e costumi politici, le nostre incipienti tradizioni, in una parola, l'evolversi della nostra vita pubblica” (46), quasi un auspicio e un presagio di quella nuova fase della storia costituzionale europea che si aprirà nel 1919 con la Costituzione weimariana che poco ha da spartire con i catechismi precedenti di stampo giusnaturalistico.

(41) *Osservazioni preliminari per una teoria dei limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, cit., p. 119.

(42) “Ciò che si dice rappresentanza politica solo inesattamente o, tutt'al più, per finzione giuridica conserva siffatto nome, poiché, così com'è regolata, non dà vita a nessun rapporto fra eletti ed elettori, che sia un vero rapporto di rappresentanza” (*Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 21).

(43) *Saggio di una teoria delle leggi di approvazione*, cit., p. 88.

(44) “La scienza giuridica odierna... ha ristretto... il significato della parola diritto a quelle norme del vivere sociale che si estrinsecano nello Stato e per mezzo, sia pure indiretto, dello Stato” (*L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, p. 40).

(45) *Le prime carte costituzionali*, cit., p. 165.

(46) *Le prime carte costituzionali*, cit., p. 164.

In terzo luogo, la apertura verso il mondo dei fatti e la riscoperta della normatività dei fatti. Tutto un mondo ad arte ignorato in nome di una abile strategia legalista e formalista, tutto un mondo condannato all'esilio della irrilevanza (se non reso rilevante sotto il profilo della illiceità) entra per sua intrinseca forza entro la cittadella murata, un mondo che per il provveduto costituzionalista è fatto di usi, di regole di costume, di regole di stile e di correttezza ⁽⁴⁷⁾, addirittura di 'necessità'.

Non voler prendere atto di queste forze avrebbe il significato di procurare un arresto al divenire di quel corpo vivente che è la società, la quale si muove più sui binarii dell'effettività che della validità; e quelle forze hanno, agli occhi di Romano, il pregio grande di essere effettive.

Esemplare il suo recupero della necessità, identificata come fatto normativo fondamentale, cioè intrinsecamente giuridico e non già meramente socio-politico. Romano stesso, consapevole di essere un profeta solitario in quei primi anni del Novecento, desidera fugare possibili equivoci o fraintendimenti, e precisa di "designare con tale parola adoperata in senso tecnico, quella necessità che è la fonte prima del diritto, di quel diritto che scaturisce immediatamente e direttamente dalle forze sociali, in modo così categorico, esplicito, certo, da non permettere che tra i bisogni sociali stessi che determinano la norma giuridica e il rinvenimento e la dichiarazione di quest'ultima si frapponga l'attività razionale degli organi competenti a questa dichiarazione. La necessità così intesa non è un presupposto della 'regula iuris', ma è essa stessa diritto, nel senso che questo è un suo prodotto immediato e, per dir così, di primo grado, il legislatore non fa che prenderne atto e consacrarla" ⁽⁴⁸⁾.

Categoricità dei fatti, per usare una scultoria qualificazione romaniana, normatività intrinseca. Non siamo fuori dei confini del 'giuridico'; forse, siamo ai suoi estremi confini, ma ben dentro di esso. È che il territorio della giuridicità si è ampiamente dilatato, e conseguentemente anche i suoi confini, con un prezioso recupero di forze primordiali e spontanee che costituiscono il necessario cordone om-

⁽⁴⁷⁾ *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, cit., p. 100.

⁽⁴⁸⁾ *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, cit., p. 142.

belicale, e cioè la necessaria nutrizione continuativa, senza la quale il diritto si isterilisce. Le recezioni e formalizzazioni del legislatore vengono dopo, ma non è il suo filtraggio a conferire giuridicità a ciò che è già di per sé diritto in grazia della propria effettività.

7. Abbiamo deliberatamente insistito su questi contributi costituzionalistici di Santi Romano non tanto perché si tratta di pagine straordinarie per lucidità e sensibilità, quanto perché ci propongono un Romano quale testimone vigile del proprio tempo storico, attento a percepire i segni del disagio che si sta diffondendo, pronto a disegnare un futuro che sia veramente futuro, cioè congeniale alle sicure istanze del domani.

Al cuore di tutto ciò sta, a nostro avviso, un messaggio fondamentale: il recupero della complessità dell'universo giuridico, con l'esigenza di rivedere nella sua essenza il rapporto fra società diritto Stato, di liberarlo da quella anchilosità storica rappresentata dal legalismo borghese; con l'emersione di un diritto che, accanto alla sua dimensione potestativa, recupera una basilare dimensione ordinativa.

Se così si potesse dire, i saggi costituzionalistici da noi più sopra sommariamente analizzati incarnano una sorta di lavori preparatori del libretto del 1918 e dimostrano che questo si colloca perfettamente entro il suo tempo, ne esprime i valori e i disvalori, l'uggia del vecchio e l'ansia del nuovo circolanti intorno al giuspubblicista dallo sguardo penetrante.

Il risultato è la proposta di abbandonare le anguste confinazioni del passato e ridisegnare quel paesaggio giuridico più largo e più complesso fedelmente corrispondente alla natura sociale del diritto, un paesaggio — lo si sa bene — che il controllo del potere politico aveva ristretto e anche immiserito.

Quando Romano scrive ben al centro del titolo la parola 'ordinamento', non vuole operare una variazione lessicale. È, al contrario, il segnale sonoro di un mutamento corposo di indole metodologica: il pubblicista siciliano avvertiva l'esigenza che, per poter comprendere appieno quella dimensione di non facile approccio che è il diritto, bisognasse cambiare con urgenza l'angolo d'osservazione.

Ovviamente, il momento d'avvio era la insoddisfazione per una visione tralatizia tramandatasi per due secoli e, insieme, la precisa

persuasione che quella visione aveva tradito l'essenza della giuridicità. Occorreva spostare e quasi capovolgere la collocazione dell'osservatore, occorreva chiedere all'osservatore di lasciare i piani alti del palazzo, scendere a terra, distendersi per terra e recuperare una osservazione fatta finalmente da sotto in su, dall'esperienza in cui il diritto si genera e vive, e non dalle teste dei titolari del potere e detentori del controllo sociale.

La rivoluzione culturale di Romano è, innanzi tutto, qui, nella sostituzione di una visione oggettiva a una visione soggettiva, con il conseguente relevantissimo esito di una cospicua rivalutazione della realtà da ordinare. Questa non è più un coacervo di oggetti di volontà potestative troppo spesso arbitrarie, ma è un complesso vivente di esigenze idealità interessi oggettivamente presenti nella società, di cui il diritto/ordinamento deve tenere il massimo conto se si vuol raggiungere un effettivo ordinamento e non una norma rigida che piega a sé la realtà.

La visione ordinamentale ha preteso di spostare l'asse portante del diritto dal titolare del comando alla società. E il diritto torna a riassumere la società come suo referente primario. Se in una civiltà — quale quella moderna e post-moderna — è inevitabile il protagonismo (anche benefico) dello Stato con una prevalenza di regole giuridiche che da esso provengono, è di un enorme rilievo avere scardinato la produzione giuridica dal monopolio dell'apparato statale, perché ciò consente di riaffermare un nuovo pluralismo giuridico.

Non è un messaggio anarcoide, inimmaginabile sulla bocca di un cultore del diritto pubblico positivo e, per giunta, di un innamorato della funzione salutare dello Stato moderno; è, più semplicemente, un salvante messaggio pluralista. Infatti, mentre lo Stato è compatto e — in quanto compatto — è intollerante delle diversità, la società è un grande ventre materno capace di generare ospitare nutrire manifestazioni giuridiche contrassegnate dalla più netta diversità sostanziale.

Prima di essere norma — dice Romano — il diritto è “organizzazione, struttura, posizione della stessa società” (49); ancora: “il

(49) *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 27.

processo di obbiettivizzazione, che dà luogo al fenomeno giuridico, non si inizia con l'emanazione di una regola ma in un momento anteriore; le norme non ne sono che una manifestazione, una delle sue varie manifestazioni" (50). Il giurista siciliano si garantisce un approdo sicuro: il recupero della onticità del diritto, il diritto che è così compenetrato con la natura della società da fungere da sua intima dimensione, una dimensione di salvataggio giacché le consente di vivere appieno la propria vicenda storica senza degenerare in una frantumazione caotica.

Se la visione potestativa accentuava il carattere terrifico del diritto e veniva soprattutto a proporlo come patologia della società, come apparecchio ortopedico per un organismo infermo solcato da parecchie fratture, la visione ordinamentale ne sottolineava la genesi spontanea fino a farlo coincidere con un assetamento strutturale di quella.

Se la visione potestativa, con un potere saldamente nelle mani del ceto borghese, proponeva uno Stato garante della libertà economica degli abbienti e un assetto individualistico composto da soli rapporti individuali, la visione ordinamentale, fissando il fulcro del nuovo paesaggio nella dimensione organizzativa, arrivava a un disegno complessivo dove elementi portanti non erano più i rapporti, collegamenti individualisticamente segnati, ma le strutture comunitarie grandi o piccole in cui i rapporti si fondono dando vita a tante unità esperienziali (51); ed era il primato della integrazione sociale e collettiva del singolo soggetto. Ma soprattutto si recuperava la complessità dell'universo giuridico e, di conseguenza, si riscopriva una sua latitudine prima impensabile.

Come abbiám già detto, Romano ama situarsi, per sua stessa ammissione, nei territori estremi della giuridicità, con il proposito di non varcare mai i suoi confini e, anzi, di restarvi ben inserito al di dentro. Territorii fertili, dove, come si rilevava più sopra accennando alle riflessioni romane in tema di necessità, era dato di cogliere nitidamente la carica normativa dei fatti, fatti che erano già diritto in grazia della loro incisività sociale. Il recupero benefico della complessità consente di allargare i confini dell'universo giuri-

(50) *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 19.

(51) *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 66 ss..

dico, dando cittadinanza a un diritto fattuale, spontaneo, spontaneamente osservato anche se ignorato dall'apparato ufficiale dello Stato.

Lo Stato rappresenta soltanto una proiezione parziale del diritto. Lo Stato non può e non deve esaurire la giuridicità avente vita nell'ambito del suo territorio politico. All'interno di uno stesso territorio soggetto a un solo unitario e centralistico potere politico può vivere e convivere una pluralità di ordinamenti giuridici.

L'itinerario romaniano, snodantesi per un intiero ventennio, rivela una singolare sintonia con la maturità di tempi coincidente in tutta Europa con il transito fra il secolo XIX e il ventesimo. La scienza, non rinchiusa in un bozzolo di astrazione, tiene dietro al divenire dell'esperienza, ci riflette sopra, registra, problematizza, categorizza, costruisce. È la grande lezione del Santi Romano impegnato nel difficile disegno di nuove intelaiature teoriche congeniali ai tempi nuovi.

8. Una domanda è ora immediata. E dopo? Dopo la rovinosa catastrofe bellica, nel cui ultimo anno di svolgimento c'è l'epifania del libretto romaniano? Qual è il successo di questa memorabile pubblicazione? La denuncia e le proposte del grande siciliano hanno definitivamente sepolto la vecchia visione potestativa, legalistica e formalistica?

Non è compito di questa lezione seguire gli influssi romaniani nei varii settori della scienza giuridica, ma si deve ammettere che non mancarono i giuristi che ne trassero giovamento operando verifiche alla luce delle nuove soluzioni affrancatrici; basti appena accennare alle sperimentazioni nei rispettivi campi professionali di Giuseppe Capograssi, di Enrico Allorio, di Massimo Severo Giannini, di Francesco Calasso, di Filippo Vassalli, di Riccardo Orestano, di Gino Giugni, nonché dello stesso figlio di Santi, il civilista Salvatore Romano.

È un accenno sommariissimo, che ha unicamente il modesto scopo di buttar là qualche indicazione. Su una sola sperimentazione crediamo invece di dover sostare, per il suo carattere di sviluppo delle intuizioni del 1918 proprio sullo stesso piano in cui si era collocato Romano, e cioè quello della teoria generale, e per esserne autore un cultore non dimenticabile di questa.

È il saggio notissimo, che Widar Cesarini Sforza, filosofo e

teorico del diritto, nonché giurista eccellente maneggiatore delle tecniche giuridiche, scrive nel 1929 intitolandolo “Il diritto dei privati” (52).

Il genitivo soggettivo, collocato per far bella mostra di sé al centro del titolo, ha lo studiato valore — se non proprio di provocazione — di sollecitazione culturale. Cesarini portava innanzi fino alle estreme conseguenze le ipòtesi insegnate da Romano nel suo libretto, libretto — ai suoi occhi — liberatorio per ogni giurista anche se inadeguato sotto il profilo filosofico (53).

Partendo proprio dalla elementare verità della intima socialità del diritto e dal principio della pluralità degli ordinamenti giuridici, egli sottopone la società ad una analisi, che vorremmo non indebitamente chiamare geologica, cercando di analizzarla in un suo ‘spaccato’ verticale (54). Ed è lo ‘spaccato’ che rivela al giurista — geologo improvvisato — diversi strati sovrapposti: in superficie, le regole statuali, più sotto le regole consuetudinarie, più sotto ancora le regole dei privati che, auto-organizzandosi, danno vita ad autentici ordinamenti giuridici (55); i quali sono autentici ordinamenti giuridici, sol che si deponga il solito sguardo sprezzante dalle alture dello Stato e si cominci a scendere al loro interno dove circola una coscienza comunitaria che avverte il valore altissimo delle regole poste in essere e puntigliosamente le osserva (56). Puntualizza Cesa-

(52) Da leggersi, ora, nella ristampa di: Milano, Giuffrè, 1963, con una pensosa introduzione di Salvatore Romano.

(53) È di grande interesse leggere quello, che probabilmente è l'ultimo lavoro di Cesarini e che l'allievo Alessandro Baratta ha trovato quasi pronto per la stampa sul suo tavolo di lavoro: un progetto di introduzione alla traduzione italiana della ‘Teoria della istituzione’ di Hauriou curata dallo stesso Cesarini, introduzione i cui passi salienti sono stati inseriti da Baratta all'interno delle proprie pagine che fungono oggi da ‘presentazione’ formale al libretto edito da Giuffrè. In questi passi il filosofo del diritto, accanto ai doverosi riconoscimenti, non manca di sollevare critiche dal punto di vista filosofico alla costruzione di Romano. Si veda M. HAURIOU, *Teoria della istituzione e della fondazione*, Milano, Giuffrè, 1967.

(54) La terminologia non è nostra, ma dello stesso Cesarini (cfr. *passim*, ma soprattutto alla p. 22).

(55) Cesarini fa l'esempio dei giocatori d'azzardo, degli sportivi, della comunità dei gentiluomini.

(56) *Il diritto dei privati*, cit., pp. 22-23.

rini: “la molteplicità degli ordinamenti si basa sulla spontaneità creatrice della coscienza giuridica” (57).

Questi accenni sono una risposta alla domanda di poco sopra? Possiamo ritenere Cesarini Sforza e i non molti giuristi italiani sopra menzionati come i vessilliferi di uno stuolo numeroso di adepti? Possiamo ritenere il 1918 come il momento in cui la clessidra della scienza giuridica italiana si capovolge e inizia un nuovo corso, con una coscienza scientifica diffusa che sostituisce una visione ordinamentale a una visione potestativa del diritto?

La risposta dello storico è di tutt'altro segno. Se si misurasse la fortuna sostanziale delle idee romane dal numero delle citazioni, dovremmo dedurre che il giurista palermitano ha fatto una larga, larghissima breccia nelle convinzioni del giurista italiano, ma sarebbe una deduzione falsante. Al contrario, lo spettacolo, che ci si presenta appena fino a ieri, è quello di un perdurare delle mitologie post-illuministiche, che hanno influenzato a fondo la maggioranza silenziosa assolutamente plagiata dal mito della legge e della purezza formale.

Il giurista italiano — ivi compreso, ohimè!, lo scienziato — è restato fermo nelle sue convinzioni legalistiche e formalistiche instillategli nell'animo da una bisecolare sottile e suadente propaganda, che, partendo dalla affermazione parossistica del dogma della divisione dei poteri, toglieva ogni spazio creativo a dottrina e giurisprudenza pratica: quando il mio maestro di diritto processuale, Piero Calamandrei, giurista senza alcun dubbio coltissimo e intelligente, riproponeva beato nel secondo dopoguerra quei classici dell'illuminismo giuridico rappresentati dai libelli di Muratori e di Beccaria con lo stesso culto liturgico con cui un apologeta cattolico poteva riproporre il catechismo di Pio X, egli incarnava alla perfezione il grado di penetrazione profonda di quel plagio.

Una propaganda — aggiungiamo — che trovava terreno fertile nella pigrizia culturale del giurista europeo continentale, avvezzo a mettersi all'ombra del grande albero del legislatore e a rifiutare ogni molesto impegnativo ruolo produttivo. L'esegesi, anche se devitalizza il giurista, è congeniale alla sua proverbiale indolenza.

(57) *Il diritto dei privati*, cit., p. 19.

9. Allora? Cade nel nulla la feconda riscoperta della complessità dell'universo giuridico? E i suoi dilatati confini tornano a restringersi nella vecchia cittadella legale? Certamente no.

La nostra desolata constatazione si riferiva a una coscienza della maggioranza silenziosa abbastanza impermeabile e refrattaria. Ma è la storia stessa, nel suo intenso procedere, che prescinde dalle miserie dell'umana pigrizia e provvede a disegnarne nel secondo Novecento una maturità di tempi che si libera con le sue effettive conquiste dai lacci di una innaturale immobilizzazione.

Lo storico del diritto, lui così attento alla linea e al senso della linea, constata, a partire dal primo dopoguerra, un grosso fenomeno di indole squisitamente ordinativa, che si allarga sempre più, anche se per parecchi decenni sembra galleggiare sopra le teste del generico giurista e dell'operatore giuridico affaccendati nella bassa corte di certezze misonistiche. Ci riferiamo alla nuova dimensione costituzionale, che trova piena affermazione nell'esperimento weimariano del 1919 e di cui è felice testimonianza la stessa Costituzione italiana del 1947.

Nuova dimensione costituzionale ⁽⁵⁸⁾, perché non ripete i filosofeggiamenti delle vecchie carte così invisibili al giovane Santi Romano, né le sostanziali elusioni del nostro Statuto Albertino, ma si propone come lettura della società e dei valori in essa circolanti, cercando di fissare in un organico complesso di norme fondamentali l'identità storica di un popolo.

Norme, ma non spiccioli comandi di un legislatore, bensì norme che si incarnano in principi ordinanti una civile convivenza, perché individuati in un ordine superiore logicamente e storicamente antecedente alla figura di questo o quello Stato, di questa o quella forma di governo. La società, la sua complessità, la sua globalità, insomma il suo naturale e vigoroso pluralismo, si rispecchiano in queste architetture ordinatorie percepite da una novissima coscienza costituzionale e le contrassegnano. È la 'costituzione materiale' che sorregge e impressiona la 'costituzione formale', letta da un potere costituente che assai poco ha da spartire con l'angusta visuale di un legislatore ordinario.

⁽⁵⁸⁾ Un limpido quadro è in: M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, soprattutto p. 158 ss..

Ebbene! Una avvilente ma facile constatazione è che questa dimensione normativa superiore dalla valenza squisitamente ordinativa ha fatto fatica a penetrare nella cultura del generico giurista italiano sigillata dalle vecchie dogmatiche. Ciò soprattutto in quelle zone, dove erano da tempo imperanti riusciti esperimenti codificatori; per esempio, in seno alla riflessione civilistica.

Si ponga attenzione: perché si avesse un primo tentativo di rilettura del Codice Civile del 1942 alla luce della Costituzione, Codice per tanti versi ammirevole e che ancora oggi regge bene alla usura del tempo ma per molti versi anche segnato dal momento storico della sua confezione, si sarebbe dovuto attendere il 1968 e la fine sensibilità storico-politica di un civilista non certo comune come Pietro Rescigno ⁽⁵⁹⁾.

1968! Ossia venti anni dopo l'entrata in vigore della nostra carta costituzionale. Al di là e al di sotto delle dispute dei nostri costituzionalisti sulla Costituzione come norma giuridica, la maggioranza dei giuristi — tutta monopolizzata da Codici e leggi speciali, solcata da profonde convinzioni normativistiche, segnata da un altrettanto radicato formalismo — continuerà ancora per decenni a considerare la Costituzione come realtà meta-positiva, immersa nelle nebbie della politica e pertanto contemplabile con sufficienza da chi aveva invece i piedi ben piantati nel terreno solido di un autentico diritto positivo (cioè legale).

10. Checché ne pensassero i giuristi — personaggi troppo spesso disancorati dal tessuto storico in cui pur vivono ed operano —, tutto il secolo passato ma, in guisa particolare, il secondo cinquantennio è massicciamente percorso da una serpeggiante crisi delle fonti, che è tuttora in atto. Intendendo per crisi delle fonti — sia immediatamente ben precisato — la crisi di quelle manifestazioni nelle quali e con le quali si era creduto di vincolare il diritto. Manifestazioni imperative, autorevoli ma anche autoritarie, che abbisognavano del robusto supporto retrostante dello Stato; e infatti la crisi delle fonti ripercuoteva a livello giuridico l'onda d'urto proveniente dalla crisi dello Stato.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 142 ss..

Due date e due voci di giuspubblicisti sensibili fanno riflettere: all'inizio del Novecento (1909), quella a noi ben nota di Santi Romano, che contemplava non certo soddisfatto ma obbiettivo registratore "Lo Stato moderno e la sua crisi"; all'inizio del Duemila (2002), quella di Sabino Cassese, che dedica un volume a "La crisi dello Stato" ⁽⁶⁰⁾. Il maestoso e sublime soggetto potestativo, che un lettore acuto del divenire storico novecentesco, Giuseppe Capograssi, nel primo dopoguerra, aveva definito "un povero gigante scoronato", stava perdendo ormai, nell'incedere del secolo, ben più di una corona ⁽⁶¹⁾.

E non si trattava soltanto di constatare, con antistorica desolazione filo-statalistica, la fine dell'Europa degli Stati nella tensione fattiva a costruire entità sempre più decisamente sopranazionali. Si trattava, invece, di constatare una impotenza che si generava all'interno, ne minava la stessa azione, ne paralizzava l'efficacia. Lo Stato e quelle fonti servili, che la scienza giuridica gli aveva apparecchiato come a lui speculari e funzionali, non erano più capaci di ordinare una società sempre più complessa. La crisi dello Stato e la crisi delle fonti sono soltanto la dichiarazione di un fallimento socio-giuridico.

E puntualmente, a più riprese, si è parlato di 'decodificazione' (come da Natalino Irti, ma ancora con eccessiva fiducia nella capacità edificatrice delle leggi speciali), o addirittura di 'delegificazione'. Una scienza realistica chiedeva allo Stato di arretrare le sue milizie giuridiche a frontiere sempre più ristrette, le uniche che sembrava ancora possibile difendere.

Due forze storiche avevano rivelato, particolarmente negli ultimi decenni del Novecento, la loro carica erosiva, ed erano in questione — ohimè! — forze indominabili: da un lato, la rapidità estrema del divenire socio-politico-economico, con una altrettanto intensa rapidità nei mutamenti conseguenti, spesso — più che mutamenti — sostanziali sommovimenti, di fronte ai quali le fonti tradizionali del vecchio Stato di diritto mostravano tutta la propria incapacità; dall'altro lato, una sorprendente evoluzione delle tecniche, in un continuo incessante superamento, tecniche che, soprattutto nel

⁽⁶⁰⁾ S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari, Laterza, 2002.

⁽⁶¹⁾ G. CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato* (1918), ora in *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. I, p. 5.

campo info-telematico, rivoluzionavano il vecchio paesaggio giuridico territoriale proiettandolo in uno spazio virtuale e, proprio perché virtuale, globale.

Il risultato è stato il rinnovarsi prepotente di quella che, nel 1920, Gaston Morin — lo sappiamo — aveva chiamato la rivolta dei fatti.

È una storia a noi contemporanea, che fa parte del nostro presente e che è verisimile faccia ancor più parte del nostro futuro. Le vecchie fonti, sistemate gerarchicamente, con le assottigliamento anacronistiche che si possono ancora leggere nelle — formalmente non caducate — disposizioni preliminari al Codice civile vigente, vedono emergere e proliferare al loro fianco fonti di provenienze diverse, frutto di una operazione di supplenza che si impone con la stessa categoricità che Romano sorprendevo cento anni fa nella ‘necessità’.

La vecchia gerarchia diventa sempre più un rottame logoro, mentre i giuristi — impossessandosi di un linguaggio inventato nelle officine dei sociologi e dei politologi — cominciano a parlare di ‘rete’, sottolineando un rapporto tra le fonti che è di semplice interconnessione e non più di gerarchizzazione ⁽⁶²⁾. La vecchia tipicità delle fonti, che ne permetteva un occhuto controllo da parte del potere politico, cede a una pluralizzazione, che si trasforma in sostanziale atipicità.

Oggi, credo che nessun giurista munito di un minimo di sensibilità storicistica e di elementare buonsenso negherebbe alla dottrina e alla giurisprudenza pratica un ruolo protagonista nella evoluzione del diritto continentale europeo, e quindi un ruolo produttivo, produttivo di regole giuridiche.

Ma oggi non si può fare a meno di riconoscere un ruolo determinante alla stessa prassi ⁽⁶³⁾, prassi di uomini di affari e dei loro consulenti legali. Sono i canali privati della cosiddetta globaliz-

⁽⁶²⁾ Cfr. la sintesi offerta da F. OST e M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002.

⁽⁶³⁾ Sul momento attuale come tempo del trionfo della prassi giuridica è incentrata la mia ‘prolusione’ ai corsi della ‘Scuola di specializzazione per le professioni legali’ dell’Università di Firenze: P. GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del*

zazione giuridica, che corrono ormai sicuri accanto ai canali ufficiali e che si presentano, nella plasticità delle loro invenzioni, come una fucina fertile di strumenti indispensabili al capitalismo maturo che stiamo vivendo (invenzioni, il più delle volte, non previste né dai legislatori nazionali né da quelli sovranazionali) ⁽⁶⁴⁾.

11. La prima provvisoria diagnosi, che lo storico può esprimere, è che siamo di fronte alla riappropriazione del diritto da parte della società: la società è un corpo vivo, in crescita, e non può tollerare di portare addosso una pelle vecchia che si risolve per essa in una costrizione. Questo pluralismo giuridico significa il recupero di un ruolo autenticamente ordinativo del diritto. Non son più le centrali del potere politico a modellarlo prevalentemente secondo i proprii disegni, ma sono le istanze emergenti — emergenti dal basso — a pretendere indilazionabili soluzioni tecniche.

Abbiamo realizzato una felice repubblica giuridica, e, per giunta, universale? Ne siamo, purtroppo, ben distanti. Non v'è dubbio che nella crisi dello statalismo giuridico e dello sclerotico sistema delle vecchie fonti v'è qualcosa (forse, molto) di positivo; ed è vero che oggi il diritto va recuperando un carattere ordinativo, ossia segue i fatti ed è attento alle loro istanze.

Ma quali fatti? Sono, questi fatti, la voce complessa della società, voce che viene dal basso, o non è in gioco — spesso — qualcosa di profondamente diverso?

Se la globalizzazione — proprio perché mondializzazione — è una tendenza da rispettare e agevolare perché ci consente la acquisizione del risultato rilevante del superamento di steccati e frontiere che sentiamo sempre più inaccettabili alla nostra sensibilità contemporanea, è pur vero che questa globalizzazione — anche se investe parzialmente di sé anche la dimensione culturale sportiva religiosa assistenziale — ha un marchio prevalente che è quello economico; si

giurista nell'attuale società italiana, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXX (2001).

⁽⁶⁴⁾ Due agili sintesi possono essere offerte, sul piano sociologico-giuridico, da M. R. FERRARESE, *Globalizzazione. Aspetti istituzionali*, in *Enciclopedia di scienze sociali*, Roma, Treccani, 2001, e, su un piano rigorosamente giuridico, da P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Il Foro Italiano*, maggio 2002.

tratta cioè di una greve fattualità economica indòcile a farsi ordinare per due elementari motivi: perché sorretta dalla finalità del profitto alla quale si subordina e si strumentalizza; perché è una fattualità economica, la quale — più che rifarsi a uno stuolo minuto e frammentato di uomini di affari, come avvenne all'inizio della *lex mercatoria* medievale quando furono i bisogni economici e le savie intuizioni di ragionevolezza pratica emersi nelle piazze mercantili di tutta Europa a provocarla e a consolidarla — fa capo a una centralità del potere economico globale incarnàntesi soprattutto in grandi insaziabili imprese multi-nazionali.

E il rischio attuale, rischio assai concreto, è che la crisi dello Stato e dei poteri politici nella produzione del diritto generi una supplenza nei nuovi padroni dei fatti, un potere economico la cui arroganza potrebbe farci rimpiangere la vecchia (e da noi deprecata) arroganza del potere politico. E si tratta di un rischio pesantissimo, giacché il costo è una generale mercificazione, la subordinazione — in prima linea — della persona umana e della sua dignità (valore primario e indefettibile) al raggiungimento del maggior profitto possibile.

Cominciamo da una diàgnosi elementare, che, se vuol servire a qualcosa, non può che essere realistica: la crisi dello Stato c'è, e c'è la crisi delle fonti; e si sono, storicamente, creati dei vuoti, e vuoti rilevanti tenuto conto della ingombrante invadenza del vecchio occupante. Un imperativo, che è etico prima ancora che culturale e tecnico, è l'esigenza di ordinare la fattualità riottosa che si sta liberando per l'allentamento del passato assolutismo giuridico.

12. Come ho avuto occasione di dire in più di una circostanza negli ultimi tempi ⁽⁶⁵⁾, io credo fermamente che ci stiamo inoltrando in un tempo storico, dove non può che ingigantirsi il ruolo dei giuristi. I giuristi, cioè coloro che sanno di diritto, i padroni di un sapere tecnico prezioso e indispensabile, possono essere dei mercanti che sfruttano vergognosamente il loro sapere e lo mettono a disposizione di remuneranti potentati economici trasformandosi da

⁽⁶⁵⁾ Da ultimo: P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXII (2003).

padroni di un sapere a servi di un potere ⁽⁶⁶⁾. Questo può accadere ed accade, ed esempi non edificanti possiamo averli davanti agli occhi proprio qui, nella nostra attuale realtà italiana, dove si hanno aberranti commistioni tra le due dimensioni politica ed economica con il compiacente avallo tecnico di giuspubblicisti e giusprivatisti.

Ma il giurista, sia come scienziato, sia come giudice, può anche ritenersi in dovere d'essere erede di quel personaggio fecondo che, nell'antica Roma, nella civiltà sapienziale del secondo medioevo, nella lunga esperienza del *common law* fino ad oggi, si è fatto lettore di esigenze oggettive, ha avvertito il compito di ordinarle all'insegna di una sentita etica della responsabilità e le ha tradotte in principii e regole di convivenza. La storia del diritto e la comparazione ci insegnano che a questo ruolo il giurista non si è sottratto, collocandosi per ciò stesso al centro nodale d'una civiltà.

Certamente, l'odierno giurista deve superare il complesso mentale del prigioniero, cui lo hanno condannato le mitologie giuridiche della modernità, prigioniero di un legislatore monopolista e mortificato nel carcere della esegesi. Oggi, senza disprezzare il vantaggio procurato dalla intelligente esegesi di un testo autorevole, c'è necessità di un intellettuale tecnicamente provvedutissimo ma provveduto anche di sensibilità storica, che non si appaghi di mettersi alla ricerca di norme confezionate dall'alto e pigramente si ponga all'ombra del loro riparo; c'è bisogno che quello stesso provveduto intellettuale si senta coinvolto nel processo produttivo del diritto, non per arroganza o presunzione, ma più semplicemente perché è a lui che compete leggere i segni dei tempi, seguire duttilmente il movimento e il mutamento rapidissimi, constatare i vuoti che l'evoluzione ha generato, enunciare quei principii regolatori, di cui c'è necessità più che di un complicato sistema di minutissime regole rigide com'era nel malvezzo dei passati codificatori.

Sì, c'è necessità di principii, sicuri perché provenienti da lettori affidabili, ma anche — in quanto principii non generati da nessuna teologia politica — elastici e disponibili ad applicazioni contingenti diversificate, o a modificazioni nel divenire dell'esperienza, pur nella fissità del loro nucleo essenziale.

(66) Cfr. Y. DEZALAY, *I mercanti del diritto*, Milano, Giuffrè, 1997.

Si sta, con ingenuo candore, disegnando delle linee di pura valenza utopica? Lo negherei, rinnovando qui la soddisfazione di sorprendere civilisti, commercialisti, processualisti ⁽⁶⁷⁾, che si sono dati — e si danno — da fare a un livello squisitamente transnazionale per enunciare dei principii, che, se accolti dalla prassi, possono avere una sostanziale funzione ordinatrice; che, per il loro carattere di prodotti di una riflessione scientifica raffinata, possono fungere altresì da modelli per futuri atti legislativi nazionali e sopranazionali, possono fungere da àrgini autorevoli ed efficaci alle voglie smodate delle centrali economiche.

Un siffatto ruolo attivo, propulsivo, frutto di una precisa presa di coscienza, è dimostrato anche dalla incisiva operosità della componente giudiziale della comunità dei giuristi in seno all'Europa continentale.

L'esempio più corposo è offerto dalla Corte di Giustizia della Comunità (oggi Unione) Europea. In una realtà comunitaria, dove il principio della divisione dei poteri non ha assunto la rigidità strategicamente voluta dagli Stati nazionali, dove la presenza di paesi secolarmente legati alla tradizione del *common law* non è affatto da sottovalutarsi, la Corte ha interpretato il proprio ruolo ben al di là di quello d'un organismo giudiziario, ed è, pertanto, stata uno dei motori principali — se non il principale — del formando diritto europeo. Con questo carattere privilegiato: che, mentre l'operato degli organi più propriamente legislativi, condizionati dalle incombenti radici economiche della Comunità e da una altrettanto incombente burocrazia di mediocre cabotaggio, ha dato vita a una normativa di indole spiccatamente regolamentare oppressa da una fattualità tecnico-economica quasi mai compiutamente digerita sul piano tecnico-giuridico, la Corte, composta da giuristi forniti di adeguata cultura, si è fatta lettrice attenta e sensibile dei bisogni emergenti, ha valorizzato al massimo le tradizioni costituzionali comuni, ed è riuscita — lentamente ma progressivamente — ad

⁽⁶⁷⁾ Un primo — e scoperto — riferimento può essere a quei notissimi *Principles* elaborati, di recente e con tangibile fortuna, da insigni giuristi europei in tema di contratti. Ma sono molteplici le iniziative che — a livello mondiale — si è in grado di registrare.

individuare e fissare parecchie categorie di diritti fondamentali del *civis* europeo.

Credo che non si falsifichi nulla affermando che quel po' di buono che c'è nella Carta di Nizza (e ora seconda parte del Trattato di Salonicco), mediocre frutto di faticose transazioni, sia proprio dovuta alla appropriazione che la Commissione redattrice ha compiuto del cospicuo lavoro della Corte ⁽⁶⁸⁾.

Il marcato ruolo giudiziale nella evoluzione del diritto europeo continentale nei decenni che stanno alle nostre spalle è, però, un dato verificabile diffusamente all'interno di Stati viventi secondo codificazioni rigide, e proprio su temi e problemi civilistici; non solo in Italia, ma anche in quella Francia, che, legatissima al *Code civil* inteso come modello difficilmente superabile e come emblema della francesità giuridica, è forse l'entità politica più restia ad abbandonare le proprie origini giacobino-napoleoniche. Ci sia consentito, per l'Italia, un solo riferimento, che ci appare esemplare perché concerne un problema nodale dell'odierna problematica civilistica in rapida trasformazione, e cioè la responsabilità civile.

Se oggi il tema ha avuto un arricchimento e uno sviluppo addirittura enormi rispetto alla disciplina del Codice del '42, per molti versi ancorata a una tradizione immobilizzante, lo si deve quasi esclusivamente, dagli anni Sessanta del secolo passato in poi, a una coraggiosa riflessione dottrinale ma anche a una parimente coraggiosa e consapevole opera della giurisprudenza, la quale ha assunto un carattere particolarmente incisivo soprattutto nel corso degli ultimi anni, quando la Suprema Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale si sono dimostrate un autentico benefico motore dello sviluppo giuridico italiano, dando alla normativa del Codice — valorizzata nella sua genericità — nulla più che il compito di remota quanto improbabile fondazione legislativa di un edificio spiccante per autonomia e novità.

Che ha fatto la nostra giurisprudenza insieme alla dottrina? Ha fatto quello che la rende meritevole di onorata menzione in questo discorso: ha letto i segni dei tempi “cogliendo l'intimo significato di

⁽⁶⁸⁾ Cfr., da ultimo, A. TIZZANO, *Il ruolo del giudice comunitario nel processo di integrazione europea*, in *La Costituzione europea tra Stati nazionali e globalizzazione*, Roma, Ist. della Enciclopedia Italiana, 2004.

una linea di tendenza” (69), ha percepito l’esigenza di una rimodellazione giuridica, e ha pienamente corrisposto al ruolo ordinativo che giudici e sapienti — fonti d’attili, immerse nel divenire e nel mutamento, differentemente dalla legge disponibili verso il futuro — hanno ben spesso ricoperto nella storia della civiltà occidentale.

Abbiam fatto una fugace menzione della Corte Costituzionale, ma conviene riprenderlo. La nostra Corte, infatti, — così come tutte quelle nate da un potere costituente e dello stesso stampo progettuale — deve interpretarsi come una salvante valvola respiratoria, che permette un indispensabile ricambio per l’apparato normativo ufficiale attingendo al mondo dei valori e dei fatti. In questa sua veste, la Corte funge da cordone ombelicale fra società e diritto legale, incarnando un ruolo essenzialmente ordinatore: si pensi — ma è un esempio fra i tanti — al tema or ora invocato della responsabilità civile, dove la Corte, in alcuni memorabili giudicati degli anni Ottanta (per l’esattezza, soprattutto, le sentenze 184 del 1986 e 641 del 1987), ha rivisitato il Codice dando una “lettura costituzionale” a taluni articoli, e cioè interpretandoli alla luce delle norme primarie e condizionanti della Costituzione (70); e si pensi, più in generale, al principio di ragionevolezza applicato in misura sempre più ampia e inserendo nella nozione stessa di ragionevolezza un contenuto sempre più vasto.

Ragionevolezza: la norma viene proiettata fuori della volontà del legislatore, perché si esige una verifica oggettiva di essa nella comune coscienza. Viene a mente — ma è soltanto un riscontro suggestivo, da cui non si vuol trarre alcuna deduzione metodologicamente rischiosa — l’*ordinatio rationis* della definizione sopra riferita dell’Aquinate. Senza troppo forzare accostamenti tra esperienze lontane, v’è anche qui, senza alcun dubbio, lo svincolo del diritto dalle strettoie del potere e il recupero di contenuti normativi riscontrabili, prima ancora che nella mente del demiurgo (non sempre rivolta al bene comune), esattamente nei valori circolanti.

Poco prima di venire qui tra voi, a Napoli, ho ricevuto un libro

(69) Come si legge nella notissima sentenza della Cassazione (sez. un. Civ.) del 22 luglio 1999, n. 500

(70) Cfr. Corte Costituzionale, sent. 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro italiano*, a. 1986, P. I, c. 2062.

fresco di stampa, scritto da un grande giurista italiano, Cesare Ruperto, che è stato un insigne magistrato, un insigne membro della Corte Costituzionale ivi eletto dall'ordine giudiziario, un illuminato Presidente della stessa Corte. Il libro si intitola "La Costituzione in mezzo a noi" (71) e mi pare che esprima ottimamente quanto or ora si diceva sulla funzione vitale della nostra Corte.

In uno dei saggi che compongono il volume e che costituisce il testo di una lezione tenuta, a fine 2002, presso la Università di Trieste, Ruperto esce in questa frase che vorrei leggersi, tanto mi sembra degna di attenta meditazione: "Oggi non basta che le leggi siano approvate da una maggioranza; occorre che risultino ragionevoli e che l'esercizio della legislazione, pur discrezionale, si svolga nei limiti di principii indisponibili da parte del legislatore". Aggiungendo: "Le Corti Costituzionali si trovano, pertanto, sempre più nella posizione di organo della comunità, piuttosto che dello Stato" (72).

La Corte guarda più in là dell'apparato statuale e si propone come voce immediata della società civile nel suo continuo itinerario storico, attingendo ai valori in essa circolanti e traducendoli in supremi principii giuridici da assumersi come limite alla discrezionalità del legislatore; la Corte riafferma il ruolo ordinatore del diritto e, nello stesso tempo, la capacità ordinatrice dei giuristi. Se, infatti, essa è in grado di leggere il mondo dei valori giuridici dove risiede l'identità giuridica della comunità italiana, ciò avviene in grazia del suo ruolo altamente tecnico, del suo carattere — voluto dalla Costituzione — di altissimo collegio di giuristi depositarii di un sapere squisitamente tecnico.

Questo ci piace di riaffermare e di ricordare in questi giorni, in cui la attuale maggioranza politica intende provvedere a una modifica tesa ad attenuare il suo prezioso carattere tecnico, parlamentarizzando ancor più la Corte, cioè dandole una impronta politica determinante, al solo scopo di attuare una ennesima invadenza della politica spicciola e di fare di quest'organo giudiziario un'accolta di caudatarii del Parlamento nazionale.

Nella speranza che i malsani intendimenti degli attuali detentori

(71) Milano, Giuffrè, 2005.

(72) RUPERTO, *Costituzione e Corte Costituzionale: un'esperienza*, in *La Costituzione in mezzo a noi*, cit., p. 11.

del potere non diventino realtà, mi sento di chiudere questa lezione facendo mio — e riproponéndolo ai miei uditori — il mònito che un grande giurista italiano, Filippo Vassalli, elevava nel 1950, in un momento di ritrovate libertà, di rovine diffuse, di pungenti speranze: “richiamare il diritto ai giuristi” (73). Lui, che non era uno scienziato astratto, lui, il ‘codificatore’, il personaggio coinvolto nella redazione di tanti atti legislativi, vedeva in questo richiamo un possibile e probabile salvataggio. È un messaggio — credo — che dobbiamo fare nostro.

(73) F. VASSALLI, *La missione del giurista nella elaborazione delle leggi*, ora in *Studi giuridici*, vol. III, tomo II, p. 750.

ORDINAMENTO (*)

1. *Ordo*, ordine, ordinamento. — 2. Visioni ordinarie al di là del ‘moderno’. — 3. Ordinamento: sulla insignificanza ed equivocità della nozione nella cultura giuridica moderna. — 4. La crisi novecentesca delle fonti e la rinnovata percezione della dimensione autenticamente ordinativa del diritto. — 5. ‘Ordinamento giuridico’: uno strumento fertile della teoria novecentesca del diritto. — 6. ‘Ordinamento giuridico’: un osservatorio per la complessità del diritto. — 7. ‘Ordinamento giuridico: il recupero delle dimensioni sociale e collettiva del diritto. — 8. ‘Ordinamento giuridico’: la riscoperta del pluralismo giuridico. — 9. Una ferma acquisizione affrancatoria: la pluralità degli ordinamenti giuridici. — 10. I rigurgiti monistici e la rivincita attuale di una visione ordinativa.

1. Il termine ‘ordinamento’ e, più ancora, il suo generante ‘ordine’ sono stati spesso ritenuti come lo specchio più espressivo della funzione e dei contenuti del diritto: se la società non si concreta in una incomposta, perenne rissa, ciò lo si deve soprattutto alla funzione ordinativa del diritto. Tommaso d’Aquino, una delle forze speculative più alte della civiltà medievale, non ha esitazione nel sorprendere in una *ordinatio*, ordinamento, il momento essenziale della *lex*; e per tutto il millennio medievale (secc. V-XV d.C.) il diritto ha avuto come coesistente alla propria intima natura la nozione di ordine ⁽¹⁾.

Nozione che è opportuno chiarire fin d’ora, almeno nel suo significato fondamentale. Ordine e il suo derivato ordinamento fanno riferimento a una pluralità, che resta e deve restare pluralità, che però l’ordine è chiamato ad armonizzare. Ordine (e ordina-

(*) Nella speranza che possa essere utile a un più ampio numero di giuristi, si pubblica qui la ‘voce’ redatta per un dizionario/manuale di ‘parole-chiave’ di filosofia del diritto, promosso e coordinato dal Prof. Ulderico Pomarici, della Seconda Università di Napoli, e di prossima stampa.

(1) P. GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 2004¹².

mento) significano sempre armonia di diversità, dove armonia vuole essere rispetto e salvaguardia delle diversità. La realtà in cui opera l'ordine è *complessa* (altrimenti, non ve ne sarebbe bisogno), ma non viene sacrificata nella sua complessità dalla azione ordinativa. Ove sorga una entità forte e monopolizzatrice, si potrà avere una pace sociale autoritariamente estorta con una drastica *riduzione* della complessità, e cioè uno pseudo-ordinamento di indole poliziesca.

2. Come si diceva più sopra, la essenza ordinativa del diritto trova nella civiltà medievale la propria nicchia congeniale, rimanendo determinante anche nei primi secoli della modernità, per tutta la durata di quello che viene tradizionalmente chiamato 'ancien régime', ossia fino all'avvio della rivoluzione francese.

La motivazione è presto detta. In assenza di un potere politico onnicomprensivo, il diritto si modella sulla società, e della società rispecchia un carattere saliente: la complessità ⁽²⁾. Fino alla rivoluzione francese lo Stato come monopolizzatore giuridico è una realtà storica in lenta costruzione e, in una civiltà socialmente e politicamente ancora plurale, il diritto mantiene il proprio assetto pluralistico e, conseguentemente, la propria funzione ordinativa (per le ragioni prima sommariamente accennate e che saranno più distesamente esposte nei nn. 4 e successivi).

Questa visione tipica dell'età pre-moderna si è andata progressivamente attenuando nel corso della modernità, quando lo Stato ha preso il sopravvento sulla società, si è impossessato della produzione del diritto e si è cominciato a collegarlo strettamente al potere, più precisamente al potere supremo, quello politico. Ne è scaturito un carattere autoritario di strumento squisitamente potestativo, strumento di potere, strumento di controllo del 'sociale' funzionalizzato alla piena affermazione del potere ⁽³⁾.

E deve essere sottolineata una conclusione da non dimenticare: tanto più il diritto assume un atteggiamento potestativo, tanto più diminuisce la sua indole ordinativa.

⁽²⁾ È la tesi centrale del volume segnato alla nota precedente. Sul diritto medievale quale 'diritto senza Stato' cfr. soprattutto le pp. 41 ss..

⁽³⁾ Per un compiuto svolgimento, rinviamo a: P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005.

3. Si capisce perché, fino a ieri ma anche fino ad oggi nel filone culturale centrale della modernità, la nozione di ordinamento abbia perduto il significato genuino precisato nel n. 1, per acquistare un contenuto generico equivocamente polisemico, rendendo culturalmente rischiosa la sua utilizzazione. Infatti, quando si parla oggi di ‘ordinamento italiano’ o di ‘ordinamento francese’, e così via, si vuole soltanto adottare un semplice sinonimo di ‘diritto italiano’ o ‘diritto francese’, con un genericismo di assoluta banalità e pertanto insignificante. Talora lo si usa come un insieme di norme collegate (Kelsen, Bobbio) senza nulla togliere al carattere superiore e autoritario, insomma potestativo, di quelle norme e assegnando all’ordinamento un significato del tutto estrinseco e inconcludente. Si tratta di nozione devitalizzata o, se si vuole, resa perfettamente innocua.

In una cultura, quale quella moderna dell’Europa continentale, statalistica, legalistica e, di conseguenza, anche formalistica l’unico attore sulla scena giuridica è lo Stato e l’unica fonte è la manifestazione della sua volontà sovrana, cioè la legge. Non ci sono spazi possibili per altri produttori di diritto, né conseguentemente possono circolare in una civiltà giuridicamente tanto conchiusa altre manifestazioni della giuridicità.

Impera un rigido monismo giuridico. Il paesaggio giuridico si è *ridotto* da complesso a estremamente semplice, dove il diritto ha una valenza unicamente potestativa (4).

4. L’assolutismo giuridico scaturito dal momento di maturità della rivoluzione francese — quello giacobino — esige nel diritto una funzione di cemento del potere, che si concreta in un risultato specifico: il ‘giuridico’ deve assicurare all’apparato statale il controllo del ‘sociale’.

È un progetto che può realizzarsi soltanto con una enorme operazione *riduttiva*. La società viene messa in ombra a causa del suo grande ventre plurale, mentre si tende a disegnare un paesaggio giuridico il più semplice possibile, dove attori sono due soggetti, lo

(4) Per un tentativo di riaffermare il vincolo diritto/società e per recuperare una visione più complessa del diritto sia consentito di rinviare a: P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari/Roma, Laterza, 2005⁵.

Stato e il cittadino (s'intende: il cittadino abbiente elevato a unico interlocutore e collaboratore del potere politico).

Ma il divenire storico — soprattutto fra Ottocento e Novecento e soprattutto in forza di una radicale trasformazione sociale, economica e tecnica — viene a turbare le limpide geometrie del disegno borghese, complicando la artificiosa semplicità del paesaggio giuridico moderno. Stato e legge — ossia i congegni di una visione potestativa del diritto — si rivelano impotenti a disciplinare un 'sociale' sempre più riottoso.

Un diritto autorevole ma autoritario come quello statuale, che piovè dall'alto sulla società, che prescinde — per sordità o impotenza — dalle trasformazioni di questa, rischia di diventare un sistema di comandi senza una sostanziale corrispondenza nel tessuto sociale.

E sarà proprio Santi Romano, il giurista sensibile e consapevole cui dobbiamo a livello teorico la svolta ordinamentale in Italia, a farsi portatore d'una forte insoddisfazione sollevando i veli pietosi della propaganda ufficiale di regime, e a denunciare che la voluta semplicità era soltanto *semplificismo* ⁽⁵⁾. Il diritto borghese si era, insomma, retto non su regole e istituti rispondenti a una diagnosi oggettiva del reale giuridico, ma su quella che lo stesso Romano avrebbe chiamato al termine della sua vita 'mitologia giuridica' ⁽⁶⁾.

5. La contemplazione della crisi profonda (anche se latente) nel sistema ufficiale delle fonti, l'insoddisfazione per il positivismo legalistico imperante, l'inappagamento dai semplicismi delle sublimi geometrie fino ad allora ricevute sono le motivazioni generanti quel frutto maturo, cioè esprimente una maturità di tempi storici, che è "L'ordinamento giuridico" del 1917/18 ⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ È questo il motivo conduttore della riflessione del Romano costituzionalista in parecchi saggi pensati e scritti nella contemplazione della crisi di fine Ottocento (cui si accenna nel testo). Ne abbiamo seguito lo sviluppo in: P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana — Un profilo storico 1860/1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 109 ss., nonché specificamente in: *Il diritto tra potere e ordinamento*, cit., p. 32 ss..

⁽⁶⁾ Cfr. SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, voce 'Mitologia giuridica'.

⁽⁷⁾ Il saggio, apparso in due fascicoli degli 'Annali delle Università toscane' nel 1917 e nel 1918, ebbe una prima edizione unitaria a Pisa nel 1918. È, però, assai rilevante la seconda edizione (Firenze, Sansoni, 1946) per le cospicue note aggiuntevi dall'autore e in cui si discutono le opinioni dei vari contraddittori nel giro di un trentennio.

Si tratta del saggio notissimo, nel quale un grande cultore del diritto pubblico, il sovra-menzionato giurista italiano Santi Romano, propone una fondamentale revisione nell'approccio alla dimensione giuridica: il momento normativo non esaurisce la giuridicità, ne rappresenta la manifestazione più appariscente ma non la più caratteriale.

Se a un osservatore superficiale l'universo giuridico può sembrare un universo di comandi e di sanzioni per l'elementare motivo che è questo il profilo messo in evidenza nella circostanza vistosa della violazione del precetto e del comminamento della sanzione, a una osservazione più ponderata il diritto rivela la sua essenza consistente nella organizzazione/ordinamento del sociale. Prima di essere norma — afferma Romano — il diritto è “organizzazione, struttura, posizione della stessa società” (8). Ancora: “il processo di obbiettivizzazione, che dà luogo al fenomeno giuridico, non si inizia con l'emanazione di una regola ma in un momento anteriore; le norme non ne sono che una manifestazione, una delle varie manifestazioni” (9).

Qui 'ordinamento' ha perduto la vaghezza e la insignificanza del linguaggio e dell'ideario giuridico borghese per arrivare a contrassegnare un processo genetico, formativo e consolidativo del diritto, di diversa natura. È il risultato di un sostanzioso cambio di osservatorio: non più dalla entità verticale dello Stato ed entro i suoi confini murati, ma nel terreno ampio, plurale e composito della società. Se nello Stato — che è apparato di potere — il diritto si deforma e assume una terrificata espressione sotto un contrassegno patologico, nel grembo materno della società il diritto conserva il carattere di dimensione salvante del sociale, salvante perché ordinante, e come tale appartenente non alla patologia bensì alla fisiologia dell'esperienza quotidiana (10).

La revisione operata da Romano nel 1917/18 — che è di indole in primo luogo epistemologica — permette una inusitata messa a

(8) SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 27.

(9) *Ibidem*, p. 19.

(10) Su questo recupero del diritto alla 'fisiologia' della società insisto in: *Prima lezione di diritto*, cit., p. 10 ss..

fuoco: il diritto, nella sua essenza, pertiene alla società, alle sue radici vitali, è una dimensione dell'esperienza e non del potere, al pari dell'economia e dell'arte.

Prima del suo impossessamento da parte dello Stato, apparteneva alle radici più profonde della società e la esprimeva nella sua cifra complessa. Onticità del diritto, nel senso di realtà radicale e non artificio dei manovratori di un apparato di potere. Dunque, non più statualità del diritto, come nella dommatica e nella mitologia della modernità, ma semplicemente socialità, sua schietta socialità.

Erano e sono molti i recuperi, che la revisione romaniana ha consentito, restituendo al diritto — come primaria e fondativa — la dimensione ordinante. Vale la pena di esaminarli partitamente.

6. La rivoluzione culturale attuata con la nuova percezione ordinamentale consiste, innanzi tutto, nella sostituzione di una visione oggettiva a una visione esasperatamente soggettiva, con il conseguente rilevantissimo èsito di una cospicua rivalutazione della realtà da ordinare. Questa non è più un coacervo di oggetti di volontà potestative troppo spesso arbitrarie, ma è un complesso vivente di esigenze, idealità, interessi oggettivamente presenti nella società, di cui il diritto/ordinamento deve tenere il massimo conto se si vuol raggiungere un effettivo ordinamento e non confezionare una norma rigida che piega a sé la realtà.

La visione ordinamentale, spostando l'asse portante del diritto dal titolare del comando alla società e consentendo al diritto di riassumere la società come suo referente primario, ha scardinato la produzione giuridica dal monopolio dell'apparato statale e ha riaffermato un nuovo pluralismo giuridico, anche se — in civiltà progredite, quale quelle moderna e post-moderna — è inevitabile il protagonismo (anche benefico) dello Stato con una prevalenza di regole giuridiche che da esso provengono.

Il primo corposo risultato è, dunque, la riscoperta della *complessità* del diritto: accanto al diritto ufficiale proveniente dai titolari del potere supremo, e pertanto autorevole ma autoritario, racchiuso in testi rigidi e pertanto rigorosamente formalizzato, non si può non tener conto di un diritto vivente germinato nella esperienza quotidiana della vita sociale, magari gremito di fattualità nella spontaneità della sua genesi sociale, senza dubbio non autoritario, però osservato

dalle comunità grandi e piccole, che vi riconoscono la tutela efficace dei proprii interessi; diritto, pertanto, connotato da un alto grado di effettività.

7. Complessità ma anche organicità del diritto.

Si rifletta un momento su quei sostantivi usati da Romano per qualificare e tipizzare la dimensione giuridica: 'organizzazione, struttura, posizione della stessa società'; sostantivi che possono essere intesi nel rifiuto più netto di ogni visione atomistica o, per dirla in un modo per noi più fruttuoso, individualistica del diritto.

A livello di manifestazioni ultime, il diritto può anche concretarsi nel comando dell'investito del potere, nel diritto soggettivo connesso alla situazione singola di un individuo, nel rapporto inter-individuale che collega due o più soggetti singoli, ma la sua cifra secreta è in una dimensione che supera le individualità, che può collegarle ma che anche le trasfigura in una entità sociale, la quale è precisamente il superamento di ogni atomismo.

Organizzazione — momento essenziale, in questa ottica, insieme alla osservanza, della cifra tipizzante del diritto — significa congiunzione e coordinazione di persone, cose ed azioni, ma anche un certo grado di fusione nel senso di perdita della completa insularità, quella perdita che — sola — può approdare al risultato dell'ordinamento.

La teoria ordinamentale consentiva alla coscienza giuridica novecentesca di recuperare le due dimensioni che la visione moderno/borghese del diritto aveva strenuamente e vittoriosamente combattuto, e che aveva esorcizzato con una pressoché completa cancellazione a un livello ufficiale, quella sociale e, ancor più, quella collettiva (sociale e collettiva: aggettivazioni esprimenti un significato ben diverso dal semplicemente plurale). Due illuminanti esempi possono essere desunti dai due istituti/cardine della civiltà giuridica borghese, la proprietà e il contratto, l'una e l'altro concepiti come estrinsecazioni di un singolo soggetto. L'esempio del contratto è particolarmente eloquente: è possibile, nella ideologia giuridica borghese, la previsione di un contratto plurale, che congiunge più individualità che però restano tali; non è possibile (e, infatti, si affaccia assai tardi e con difficoltà) un contratto che esprime una collettività soffocante le singole espressioni individuali.

8. In un diritto concepito prevalentemente come potere, problema centrale è il controllo delle fonti; ed è per ciò che, durante la modernità, queste sono state ridotte a un sistema rigidamente gerarchico che permetteva l'esaltazione della fonte gerarchicamente superiore, e cioè la legge positiva statutale.

La visione ordinamentale, esaltando invece la società quale referente della giuridicità, non può che raggiungere il risultato opposto, cioè di una pluralità di fonti non coercibili né in un sistema né tanto meno in una gerarchia; fonti di valenza paritaria perché esprimenti dimensioni diverse della società e pertanto tutte meritevoli di rispetto. Si ha, quindi, la rivalutazione di fonti endo—giuridiche, quali la scienza giuridica e la giurisprudenza pratica, esiliate durante il 'moderno' per la loro scarsa controllabilità, ma altresì la rivalutazione della prassi, talora messa in atto da semplici operatori (come gli uomini di affari) ⁽¹¹⁾.

In questa nuova ottica, spesso i fatti, condannati fino a ieri nel limbo della irrilevanza fino a quando una volontà autorevole non se ne fosse appropriata, se non si dissolvono nella pura episodicità e se si connotano invece — grazie a forze loro intrinseche — di una possente incisività sociale, appaiono depositari di una carica normativa. Un esempio illuminante è quello della 'necessità', su cui ha insistito lo stesso Romano, fatto munito di una sua così intensa 'categoricità' (espressione romaniana) per cui essa "non è un presupposto della 'regula iuris', ma è essa stessa diritto" ⁽¹²⁾.

9. Sostituito il pluralismo giuridico al vecchio monismo, è consequenziale il risultato di una pluralità di ordinamenti giuridici; pluralità non tassativa ma libera, perché tiene dietro ai liberi assetti della società nel suo libero sviluppo storico: si può avere

⁽¹¹⁾ Abbiamo riflettuto su questa crisi del vecchio sistema delle fonti e sul nuovo proliferante pluralismo in: P. GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 30 (2001), e *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 32 (2003).

⁽¹²⁾ *Osservazioni preliminari per una teoria dei limiti della funzione legislativa nel diritto italiano* (1902), ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi — Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 142.

diritto e, quindi, comunità generatrici di diritto dovunque si hanno gruppi sociali produttori di regole ritenute valori del gruppo stesso, meritevoli di essere osservate, effettivamente osservate.

Questa, che è già una precisa acquisizione della riflessione di Santi Romano, sarà in seguito sviluppata e portata alle sue estreme conseguenze da Widar Cesarini Sforza, un giurista e filosofo del diritto che è autore — nel 1929 — di un saggio dalla intitolazione eloquente: “Il diritto dei privati” (13).

L'ordine giuridico si rivela ormai come un pullulare di ordinamenti. Gli esempi più rilevanti sono la comunità internazionale produttrice del ‘diritto internazionale’ e la Chiesa Romana produttrice del ‘diritto canonico’. Facciamo su quest'ultimo una minima sosta: considerata dallo statalismo moderno quale semplice associazione con finalità religiose non diversa dalla moltitudine di associazioni operanti con varia finalità all'interno dello Stato, la Chiesa Romana, che ha sempre preteso nella sua vita bimillenaria di produrre un diritto originario e originale e di costituire un ordinamento giuridico parallelo allo Stato e da questo indipendente, trova ora pienamente riconosciuta la sua pretesa (e se ne ha una esemplare traduzione nell'art. 7 della Costituzione italiana del 1948, che si nutre ormai di un clima giuridicamente più aperto, all'insegna di precise convinzioni pluri-ordinamentali) (14).

In questa nuova ottica pluralistica non emergono soltanto l'ordinamento internazionale e quello canonico, ma si giunge a parlare di un ordinamento dei gentiluomini, dei giocatori d'azzardo, degli sportivi, e così via, facendo leva su un tratto tipizzante: la qualità di

(13) Stampato, come si dice nel testo, nel 1929, riprodotto ne: *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1942, è oggi leggibile in una più recente edizione in veste autonoma, insieme ad altri saggi cesariniani: Milano, Giuffrè, 1963, con una interessante prefazione di Salvatore Romano, figlio di Santi e traduttore e applicatore delle teoriche paterne in seno al diritto privato.

(14) È nei ‘principii fondamentali’ e nella ‘parte prima’ che appare chiaramente la concezione di uno Stato/comunità, di uno Stato quale comunità di comunità, sostenuta faticosamente ma con successo da giuristi — presenti nella Assemblea Costituente — quali Giuseppe Dossetti e Costantino Mortati. Ne è una efficace espressione l'art. 7, citato nel testo, che recita: “Lo Stato e la Chiesa Cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani”.

gruppi fattori di regole considerate come valori e puntigliosamente osservate dai componenti.

10. Si potrebbe ritenere che la teoria ordinamentale, autentica conquista della riflessione giuridica del Novecento, abbia fatto breccia, ma sarebbe vero solo parzialmente.

La dottrina più consapevole afferra il messaggio liberatorio e se ne appropria. È sufficiente accennare alle sperimentazioni nei rispettivi campi professionali di Giuseppe Capogrossi (filosofo del diritto), di Enrico Allorio (processualista), di Massimo Severo Giannini (amministrativista), di Pietro Agostino D'Avack (canonista ed ecclesiasticista), di Francesco Calasso (storico del diritto), di Filippo Vassalli (civilista), di Riccardo Orestano (romanista), di Gino Giugni (lavorista), nonché dello stesso figlio di Santi, il civilista Salvatore Romano.

Parallelamente, tuttavia, la maggioranza dei giuristi — forse per la pigrizia culturale che è stata sempre il suo vizio occulto — non si discosta dalle vecchie dommatiche, che la propaganda dello Stato cosiddetto liberale ha insinuato nel profondo delle loro coscienze.

L'assolutismo giuridico prosegue imperterrita il suo corso. E il principio di legalità, malgrado il suo requisito di vaso vuoto riempibile dei contenuti più diversi, continua ad essere ritenuto un cardine inabdicabile; e la gerarchia delle fonti continua ad essere considerata un presidio di libertà contro gli arbitrii di un pluralismo caotico; e il giurista persiste nel gloriarsi di essere servo della legge. Insomma, anche dopo la caduta del regime autoritario e la instaurazione in Italia — nel secondo dopoguerra — di una democrazia parlamentare, lo statalismo — anche se non apertamente conclamato — si dimostra duro a morire, mentre le numerose citazioni di Santi Romano e del suo libretto hanno carattere il più delle volte esornativo e si rivelano senza radici.

Rigurgiti monistici, indubbiamente, ma non di lunga durata. Il divenire storico si è premurato di assegnare una tacita rivincita al pluralismo ordinamentale. Un solo accenno, per l'economia di questa 'voce', alle forze che l'hanno sollecitata e realizzata.

In primo luogo, un mutamento sociale, economico e tecnico tanto profondo quanto rapido, di fronte al quale gli Stati e le loro volontà autoritarie si sono dimostrate incapaci. Fatti nuovi —

soprattutto economici e tecnici —, di una novità incandescente e quindi fuori del solco della tradizione, che le abituali fonti legislative, sia per sordità sia per impotenza dei poteri costituiti, non riuscivano a disciplinare ⁽¹⁵⁾.

E, di fronte a questi vuoti, si ingigantisce, con la crisi del soggetto potestativo Stato, la crisi delle fonti, del sistema gerarchico delle fonti. Gli ultimi quaranta anni (all'incirca) ci hanno abituato a ciò che, prima, sembrava inconcepibile: il fiorire di supplenze. La società si stava prendendo la sua rivincita e, in luogo del consolidato monismo, si riaffacciava — perché voluto dalle cose — un nuovo pluralismo.

Con questo preziosissimo requisito: le nuove fonti — o, meglio, fonti vecchissime a cui per tutta l'età borghese si era tappato la bocca —, e cioè la consuetudine, la scienza, la prassi giurisprudenziale, la semplice prassi economica, lungi dal compiere nella loro produzione giuridica operazioni di potere, erano piuttosto lettrici attente e sensibili dei bisogni emergenti, delle invenzioni tecniche escogitate nella esperienza quotidiana.

Ma v'è di più: un fenomeno degli ultimi anni — e tuttora in corso e addirittura progrediente — riguarda specificamente la scienza; la quale, tenendo dietro alla sua vocazione universalistica, scavalcando gli Stati immersi in un perenne ritardo, ritrovando in sé la coscienza di un formidabile ruolo propulsivo, si è data da fare a disegnare una rete di principii nelle zone giuridiche più sensibili al mutamento. Principii, ovverosia categorie e orientamenti dall'alto valore ordinante; non comandi né tanto meno regole particolari, bensì una grande cornice di linee generali all'insegna di una duttilità aperta verso il futuro ⁽¹⁶⁾.

Non si può che guardare con soddisfazione e rispetto alla ritrovata creatività della scienza giuridica. Oggi, infatti, in una fase di capitalismo sfrenato, i fatti, i fatti economici, possono essere (e sono) espressivi di poteri economici non meno pericolosi dei poteri politici per la convivenza socio-giuridica, rendendo assolutamente necessaria una

⁽¹⁵⁾ P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei*, CCCIC (2002), p. 491 ss. (ma anche in *Foro Italiano*, maggio 2002, V, 151).

⁽¹⁶⁾ GROSSI, *La formazione del giurista*, cit., p. 50 ss..

forza disciplinante dal sicuro valore ordinativo. Sono convinto che, soprattutto a livello di paesaggio giuridico globale, il ruolo della scienza sia oggi insostituibile, e contemplo compiaciuto il gran lavoro in atto.

Va fatto ancora un ultimo accenno in ordine alla odierna rivincita del pluralismo ordinamentale, e non può non riguardare la fase costituzionale, che da Weimar in poi stiamo ancora vivendo (forse, con la sola smentita della seconda parte della cosiddetta 'Costituzione europea', traballante a causa del suo faticoso processo formativo) ⁽¹⁷⁾. Una fase che ha visto trasfigurarsi la fonte 'costituzione': non più i catechismi redatti nei palazzi alti, e astratti nelle loro insoddisfacenti formulazioni, ma letture della identità socio-giuridica di un popolo fatta da un potere costituente. L'esempio dei 'principii fondamentali' e della 'prima parte' della carta costituzionale italiana è efficace. Il potere costituente si è fatto interprete dei valori portanti di una determinata civiltà storica e li ha tradotti in principii, registrando il pluralismo che è la manifestazione fedele della complessità della società (lo dimostrano i primi articoli della nostra Carta).

Del neo-costituzionalismo si deve cogliere un aspetto che ci appare rilevante in questa sede: si è tentato di esprimere la società, si è avuto come referente la società. Non si commetta l'imperdonabile ingenuità di credere che la nostra Assemblea Costituente del 1946 sia stata immune da stimolazioni potestative, o da contrapposizioni ideologiche e partitiche. È vero esattamente il contrario. Ma non è ingenuo constatare che i costituenti fecero e vollero fare uno sforzo generoso nella lettura della identità storica del popolo italiano, tentarono di ordinarla, segnando i principii essenziali per una fertile convivenza.

NOTA

De 'L'ordinamento giuridico' di Santi Romano esiste anche una ristampa abbastanza recente della seconda edizione fiorentina del 1946: Firenze, Sansoni, 1967.

⁽¹⁷⁾ P. GROSSI, *Le molte vite del giacobinismo giuridico (ovvero: la 'Carta di Nizza', il progetto di 'Costituzione europea' e le insoddisfazioni di uno storico del diritto)*, in *Ius* 2003.

Sappiamo di tre traduzioni: *El ordenamiento jurídico*, trad. de S. Martin-Retortillo y L. Martin-Retortillo, Madrid, Instituto de estudios politicos, 1963; *L'ordre juridique*, trad. par L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz, 1975; *Die Rechtsordnung* hrsg. von R. Schnur, Berlin, Duncker u. Humblot, 1975.

Non si tenta nemmeno di offrire allo studente un florilegio delle innumerevoli pubblicazioni su aspetti specifici dell'opera romaniana. Ci limitiamo a segnalare due volumi di 'atti' congressuali: *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977, nonché *Il diritto come ordinamento*, Milano, Giuffrè, 1976 (quest'ultimo contiene gli 'atti' del X° Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica). Per approfondimenti specifici, si potrà, comunque, reperire una compiuta bibliografia nelle seguenti 'voci' enciclopediche: F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico (dottrina)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1980; E. FAZZALARI, *Ordinamento giuridico (teoria generale)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXI, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990; A. CONTE, *Ordinamento giuridico*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. X, Torino, Utet, 1995. Una voce più risalente ma da leggersi per la autorevolezza dello scrivente è quella di W. CESARINI SFORZA, *Ordinamenti giuridici (Pluralità degli)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, Utet, 1965.

UN RECUPERO PER IL DIRITTO: OLTRE IL SOGGETTIVISMO MODERNO (*)

1. Su 'moderno' e su 'post-moderno' nella storia del diritto. — 2. Alcune precisazioni preliminari intorno al 'soggetto', al 'soggettivismo', allo 'atomismo soggettivistico'. — 3. Alle radici del soggettivismo moderno. — 4. Lungo l'itinerario dell'individualismo moderno: il giusnaturalismo fra idealità e ideologia. — 5. L'illuminismo giuridico e la sua antinomia di fondo fra dispotismo statale e individuazione di diritti universali. — 6. La riduzione del paesaggio giuridico moderno: la vanificazione delle dimensioni collettiva e sociale dell'individuo. — 7. Astoricità e asocialità della modernità giuridica: la scelta per la astrattezza. — 8. Qualche riflessione conclusiva: per un recupero della complessità del diritto nella complessità della società.

1. L'aggettivo 'post-moderno' campeggia nel titolo del nostro Incontro, e qualcuno potrà avere avuto un moto di insofferenza a causa dell'uso e dell'abuso che oggi se ne fa. Sono il primo a dolermene soprattutto perché troppo spesso è un riferimento genericissimo, privo di contenuti, e pertanto inutile, talora culturalmente rischioso.

Non è così per la storia del diritto, dove la modernità appare come un cantiere freneticamente impegnato a disegnare certezze indiscutibili, le quali, proprio perché concepite quale approdo ultimo e insuperabile dell'umana ricerca, si traducono in posizioni e affermazioni dommatiche e assiomatiche (io direi: mitologiche); dove, marcatamente dopo i rivolgimenti conseguenti alla prima guerra mondiale, comincia — e sempre più si ingigantisce — un periodo di discussioni e di ripensamenti, fino ad arrivare all'odierno

(*) È il testo della Relazione tenuta a Treviso il 17 gennaio 2006 nell'ambito del Convegno internazionale organizzato dalle Cattedre di diritto costituzionale della Università di Padova sul tema: "Virtù e torti del diritto nelle società post-moderne — I diritti umani all'alba del terzo millennio".

momento quando noi giuristi viviamo sulla nostra pelle la crisi profonda che investe il terreno delle fonti (o, meglio, la corazza rigida entro la quale la modernità le aveva costrette).

Sul piano storico-giuridico la dialettica moderno/post-moderno si connota, dunque, per contenuti effettivi, segnalando l'affiorare e l'espandersi di incrinature che giungono a minare le fondamenta del vecchio edificio dommatico, segnalando però anche le tenaci resistenze opposte da principii e soluzioni gabellati come conquiste supreme e oggetto di credenze e di culti.

La presente Relazione, voluta dall'amico Luca Antonini precisamente all'avvio di questo suo felice Convegno, vuol mettere a fuoco un nodo centrale di queste resistenze, un nodo che ha costituito e costituisce tuttora una sorta di plagio per la coscienza del giurista italiano e che dobbiamo affrettarci a sciogliere — o, almeno, a tentar di sciogliere — se si vuol liberamente corrispondere alle esigenze e richieste del nostro tempo. L'operazione, culturale ma poi anche tecnica, assumerà la sostanza di un decisivo recupero per il diritto, di un allentamento delle pesanti strettoie a cui la modernità lo aveva condannato.

2. 'Oltre il soggettivismo moderno' è l'insegna che sta nel nostro titolo; e può, di primo acchito, sembrare una bestemmia, perché può far credere che si voglia espropriare al soggetto quella centralità al cuore dell'ordinamento giuridico, che è stata riacquisita a lui dopo le devastazioni aberranti delle dittature novecentesche.

Vale, quindi, la pena che si precisi subito nel modo più fermo qual è l'oggetto della Relazione: è il soggettivismo inteso come uno dei 'torti' del diritto moderno (riprendiamo così il titolo del Convegno), è il soggettivismo nel suo aspetto negativo di atomismo soggettivistico, di esasperazione della dimensione soggettiva fino a ridurre e sacrificare la multiforme complessità dell'ordine giuridico.

3. Tutto questo ha radici antiche e si origina alle fondazioni stesse della modernità, in quel Trecento quando la civiltà medievale subisce i primi violenti scossoni, cominciano a essere discussi i suoi valori basilari ed emerge riottosa una antropologia nuova tendente a rivederli tanto profondamente da capovolgere lo stesso rapporto uomo/cosmo/società.

Il primato dell'oggettivo domina il paesaggio socio-giuridico medievale: percorso da una perenne sfiducia nella individualità solitaria, si affida il singolo al grembo protettivo della natura delle cose e della comunità, pensandolo e identificandolo sempre al centro dei molteplici assetti comunitari in cui la società si articola, siano essi la famiglia e gli aggregati sovralfamiliari, la Chiesa in tutte le sue sfaccettature, le corporazioni professionali e assistenziali, le organizzazioni sociali e politiche. L'attenzione prevalente della civiltà medievale è sul *contesto* in cui l'individuo si colloca, è sulla nicchia in cui esso si situa, trova protezione e possibilità concreta di vita, a tal punto che il fondamento di tutta la costruzione giuridica è nei molti volti assunti da una organizzazione squisitamente comunitaria (1).

Ma che avviene di tanto corrosivo nel secolo quattordicesimo da far scricchiolare un edificio lentamente calato nella coscienza collettiva e nelle pieghe più riposte della società durante otto secoli di penetrante radicazione?

Noi siamo avvezzi a pensare al Trecento come a un acme dei secoli medievali, abbacinati dal fulgore che ci ostentano con pienezza di messaggio la storia delle arti plastiche e la storia letteraria: per me fiorentino Dante, Boccaccio e Giotto son lì a dimostrarlo. Quelli trecenteschi sono, invece, decenni che ci indicano uno sconquasso profondo sol che si modifichi l'angolo di osservazione, puntando il nostro occhiale sulle vicende a livello strutturale, guardando a cosa avviene sul terreno della storia agraria alimentare demografica, sul terreno basso ma determinante della vita quotidiana degli uomini.

Per motivi che in questa sede non è possibile indagare, sono decenni di carestie e di epidemie con una generale presenza demolitiva, quella della fame (2). Ed è ovvio che la coscienza collettiva sia spinta a riconoscere nei pilastri portanti del vecchio ordine degli pseudo-valori di cui sbarazzarsi appena possibile; cose e comunità hanno tradito, non sono riuscite a garantire la sopravvivenza; si

(1) Per uno sguardo sintetico rinviamo a: P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari/Roma, Laterza, 2006¹³.

(2) Per un primo orientamento può essere utile la lettura di M. MONTANARI, *La fame e l'abbondanza-Storia dell'alimentazione in Europa*, Roma-Bari, Laterza, 2003⁴.

impone una rinnovazione essenziale del vecchio assetto socio-giuridico puntando su valori decisamente nuovi.

Il Trecento è una singolare maturità di tempi: alla crisi strutturale risponde con immediatezza di sforzo costruttivo una riflessione teologica e filosofica, che cerca di disegnare una antropologia completamente rinnovata: si punta sull'individuo, ma gli si può dar fiducia solo se lo si libera dalle catene che per troppo tempo lo hanno tenuto prigioniero. La nuova antropologia ha un carattere spiccatamente liberatorio. Liberazione dalla natura brutale, liberazione dai tanti lacci sociali. Le dispute filosofiche, che arrivano ad avere pienezza di voce durante il corso del secolo, se si trascurano i fuorvianti orpelli scolastici e se le si colgono nel nucleo essenziale del loro messaggio, a questo mirano: isolare il soggetto *dal* mondo e *sul* mondo, riconoscendolo capace di cercare e trovare all'interno di sé il modello interpretativo della realtà.

Il soggetto medievale, interpretato con fedeltà e puntualità da San Tommaso, è un uomo *intelligente*, identificato soprattutto nella sua dimensione razionale, munito soprattutto della conoscenza, che lo proiettava al di fuori di sé, con un gesto di umiltà intellettuale che lo inseriva nel reale e lo rendeva tributario del reale.

L'uomo nuovo, che saranno prevalentemente i francescani a disegnare, è individuato in un soggetto che *ama* e *vuole*, che tra le molte dimensioni psicologiche punta sulla più autonoma, sulla più auto-referenziale, — la volontà — per reperirvi una identità ma anche la propria cifra vincente. Tutto sembra interiorizzarsi, risolversi all'interno del soggetto, che conclama il suo distacco metafisico dal mondo e reclama la propria libertà sul mondo. Ed è illuminante come viene cementata questa ritrovata libertà: è auto-determinazione della volontà ed è concepita come *dominium* ⁽³⁾.

Si dirà che non siamo di fronte a qualcosa di nuovo, che tutta la storia culturale dell'Occidente è segnata da una scelta proprietaria, che già nel diritto classico il *dominium* non ha soltanto una grossa valenza politica ma che è strettamente collegato con la libertà del soggetto. Ciò non sarebbe smentibile. Il nuovo, però, che si profila da questo fertile Trecento in poi, sta nella omnivalenza del *domi-*

⁽³⁾ Ne abbiamo trattato in: P. GROSSI, *L'inaugurazione della proprietà moderna*, Napoli, Guida, 1980.

nium, che diventa la generale categoria interpretativa della realtà intersoggettiva ma altresì di quella intrasubbiettiva; accanto al *dominium rerum* assistiamo alla enfattizzazione del *dominium sui*, di quella proprietà prima che la Divinità ha inserito dentro di me a tutela della mia esistenza individua, che è contrassegnata da una formidabile forza espansiva e che fa di me un personaggio vocato a dominare il mondo cosmico e sociale.

Libertà come *dominium*, l'intrasubbiettivo concepito come un insieme di meccanismi proprietari; prende forma quel carattere tipizzante della modernità, che sarà proprio la commistione fra essere e avere, fra me e mio, con l'avere individuato quale contributo all'essere.

4. È nel cambiamento dell'angolo di osservazione e nella scoperta di nuovi valori portanti, avviati — l'uno e l'altra — nella rivoluzione trecentesca, che ha cominciamento concreto il processo edificatorio della modernità, un processo che troverà consolidazione piena nei due secoli successivi e che investirà di sé — e modificherà fino a capovolgere l'impianto — le diverse dimensioni e manifestazioni della civiltà occidentale.

Si parla genericamente, per il Quattrocento e per il Cinquecento, di umanesimo, ed è contrassegno corretto se a una qualificazione generica si dà la sostanza di un insieme di scelte e di soluzioni che hanno — tutte — una piattaforma accentuatamente individualistica: è umanistica e individualistica la più genuina riforma religiosa, che vuole liberare il soggetto dalla oppressione della società sacra, che vuole instaurare un colloquio diretto del soggetto con la Divinità e con i testi rivelati, perché lo ritiene capace e meritevole di piena fiducia; è umanistico e individualistico l'assillo letterario a spazzar via dal proprio orizzonte culturale i risultati devianti della palude medievale e, sbarazzandosi dell'ingombro di un periodo storico ritenuto riduttivamente 'età di mezzo' 'media aetas', riandare alla grecità e latinità classiche dove il soggetto individuo campeggia in tutta la sua autonomia vitale; è umanistico e individualistico questo stesso assillo nel drappello dei nuovi giuristi, che, senza alcuna comprensione per il travaglio costruttivo della scienza giuridica medievale, rifiutando le manipolazioni dei bizantini, tenta di disegnare il volto autentico del diritto romano-classico; è umanistico

e individualistico il rivolgimento politico che, liberandosi dei decrepiti universalismi ecclesiali e imperiali, punta su una nuova individualità, il soggetto forte 'Stato', immedesimato in quel modello di uomo che è il nuovo Principe.

Sul piano della storia del diritto questa svolta individualistica, propria delle matrici umanistiche della modernità, si avvalorerà e anche si incrudirà in seno alle due grandi correnti di pensiero e di azione dominanti pressoché in tutta Europa nei secoli successivi, giusnaturalismo e illuminismo giuridico, che dalla riflessione umanistica traggono la loro genesi prima e la loro carica rivoluzionaria.

Giusnaturalismo, infatti, nel suo significato essenziale, è soprattutto ricerca dell'uomo, dell'uomo genuino liberato dalle incrostazioni che la storia ha deposto sulla sua pelle alterandolo e anche soffocandolo nella sua indipendenza e libertà. Quel riandare allo stato di natura, quella insistenza sullo stato di natura primigenio che può sembrare — alla prima — un di-vertimento ingenuo di sapienti totalmente privi di agganci con la realtà, rappresenta — al contrario — il frutto della callidissima strategia dei nuovi intellettuali alla ricerca di fondazioni solide, fondazioni intoccabili, per la società moderna e per la dominanza in essa del ceto emergente borghese (4).

Lo stato di natura, un paradiso terrestre che non è mai esistito sulla faccia della terra, assumeva, nel suo aspetto di riscoperta e ritrovata purezza originaria, il rango di modello per ogni civiltà storica, anche se la purezza si concretava in un supremo artificio manipolato ad arte dalla ideologia dei giusnaturalisti; di modello, e pertanto di limite all'esercizio del potere politico da parte di ogni presente e futuro detentore.

Abbiam detto 'ideologia', e deliberatamente, perché si fingeva di disegnare un paesaggio veritiero, mentre — sotterraneamente — si cercava di dare tutela a precisi interessi cetuali. Lo stato di natura, infatti, era connotato come pre-politico, anzi pre-sociale, e vi scorrazzavano individui singoli, senza catene al collo, liberi e indipendenti, che solo in prosieguo avrebbero per ragioni di opportunità dato vita a formazioni sociali e politiche avviando il processo della storia umana; individui liberi e indipendenti grazie al *dominium* che

(4) Cfr. P. GROSSI, *Modernità politica e ordine giuridico* (1998), in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

una generosa (anche se vaghissima) Divinità aveva voluto quale loro carattere inabdicabile.

È chiaro: individui privi di carnalità storica, ma semplici modelli immersi nel vuoto pneumatico di una libresca pre-storia. Da una siffatta modellistica scaturivano, però, due conseguenze gravi, volute in tutta la loro gravità: il modello di uomo era lì, ed era lì il progetto originario d'Iddio in tutta la sua purezza, un progetto che la vicenda storica era chiamata a rispettare; il modello, proprio perché non ha nulla a che fare con una creatura in carne ed ossa, lungi dall'essere confuso nella contingenza della quotidianità, è una entità astratta, cioè, come ben segnala l'ètimo latino, *abs-tracta*, separata e isolata dal contesto storico popolato di uomini carnali e di fatti, e astratti sono i rapporti che mette in opera.

Comincia, in questa grandiosa fucina giusnaturalistica, quel culto della astrattezza, quel ragionar per modelli e su modelli, che sarà uno dei tratti più distintivi della modernità giuridica. E sarà una astrattezza pervicacemente perseguita fino a ieri, giacché era l'efficacissimo strumento che, sotto la parvenza di una assoluta innocuità, isolava e cementava l'individuo ed eliminava formalmente ogni differenziazione sociale a tutto scàpito del soggetto economicamente debole, a tutto guadagno del soggetto economicamente forte: la nuova uguaglianza, precisamente perché uguaglianza soltanto giuridica e cioè mera possibilità di uguaglianza fattuale, nella sua astrattezza non disturbava il pingue borghese e lasciava ai nulla-tenenti il miraggio di un sogno praticamente irraggiungibile.

Grazie alla astrattezza l'individuo moderno si trasformava in un micro-cosmo auto-referenziale fornito di una costellazione di interessi e di diritti individuali, taluni dei quali assurgevano a situazioni soggettive perfette inviolabili da qualsivoglia potere politico. Fra queste, prima di tutte, la proprietà privata, interiore ed esteriore, intrasoggettiva ed intersoggettiva, strettamente connessa alla natura stessa dell'uomo e pertanto intangibile.

Si aggiunga una necessaria postilla: i primi assestamenti qualificabili correttamente come capitalistici, che cominciano a delinearsi nell'Europa del secondo Cinquecento, marciano verso una stessa direzione. Se 'capitalismo' ha il volto prevalente di una società (e di una mentalità) fondata sull'avere, sull'accumulo di ricchezza, assumendo l'avere e il suo accumulo quale possibile scopo d'una intiera

operosità di vita e relegando tra le superstizioni gli scrupoli e i tormenti del vecchio mercante medievale, è ovvio che l'esasperato individualismo proto-moderno venisse a identificarsi con il progetto capitalistico di fondazione del nuovo *homo oeconomicus*; ed è altrettanto ovvio che l'individualismo ritenesse congenialissimo l'assetto capitalistico della nuova Europa.

L'avere, infatti, rende barriera insormontabile i confini di una individualità, approfondendo il fossato che separa me da te, dagli altri. Non hanno forse sempre insegnato i giuristi occidentali, nel solco della bimillenaria tradizione romanistica, che la proprietà è, nella sua essenza, *ius excludendi omnes alios*?

5. Abbiám detto più sopra: giusnaturalismo e illuminismo giuridico; ed è così. L'illuminismo giuridico altro non è se non la prosecuzione, nell'itinerario della modernità, del grande progetto giusnaturalistico, e anche il suo compimento a livello di fonti del diritto. Le cosiddette carte settecentesche dei diritti e la maestosa edificazione codificatoria di tutte le branche dell'ordine giuridico, o si debbono ai fervori di scienziati e legislatori di pretta matrice illuministica, o hanno per presupposte le illuministiche scelte di fondo.

Tra queste scelte ve n'è una che sviluppa, ma anche deforma e tradisce, le originarie premesse giusnaturalistiche: ed è l'idealizzazione del Principe, e, insieme, la sua gigantizzazione, la fiducia piena riposta in lui quale soggetto superiore al di sopra delle passioni, l'affidamento a lui conferito del compito delicatissimo di leggere la natura delle cose e tradurla in regole giuridiche.

In una civiltà ormai largamente secolarizzata, continuando un alone di sospetto a circondare il papismo romano ed essendo pertanto improponibile lasciare alla Chiesa l'individuazione del diritto naturale così com'era nella rifiutata tradizione medievale, il nodo fu sciolto ripetendo nel Settecento una scelta che era già stata effettuata due secoli prima dai riformatori protestanti sul piano religioso: così come, allora, si preferì affidare il governo delle Chiese Nazionali al Sovrano locale pur di porre un argine fermo alla riconquista papale, così, ora, si dà al Principe di decrittare e leggere i principii del diritto naturale e fissarli in testi autorevoli.

Io ho ripetutamente sottolineato in questa scelta una delle più gravi antinomie della modernità giuridica ⁽⁵⁾, nel momento in cui si faceva esprimere da un Principe che non era più l'Imperatore fornito di una potestà globale, da un Principe che era ormai un Sovrano particolare, da una pluralità di Sovrani particolari e con leggi nazionali ristrette a uno specifico territorio statale, quella che doveva invece essere la voce della comunità universale.

L'illuminismo giuridico non faceva, però, che raccogliere la linea di tendenza — già da noi accennata — ben presente nei movimenti individualizzatori nazionalistici post-medievali. Il nuovo Principe, il Principe moderno, è lì che nasce, ed è lì che comincia a trasfigurarsi rispetto alla vecchia e rifiutata immagine medievale: il suo potere non si identifica più nella *iurisdictio*, che è certamente una sintesi potestativa ma che trova il suo fulcro nello *ius dicere* ossia in una potestà dalla valenza giudiziale; e di questo potere il nervo riposto non è più nella vecchia *aequitas*, nel rendere giustizia, secondo un modulo risalentissimo della regalità. Il nuovo Principe è il Sovrano descritto a fine Cinquecento nelle pagine crude ma fedeli di Bodin e di Montaigne; un re di Francia che fa ciò che gli piace, che crea norme misurandole solo sulla sua volontà e sul suo libito, come è nitidamente dimostrato dai formularii cancellereschi con cui quelle norme si concludono: 'car tel est nostre plaisir' ⁽⁶⁾. Ed è un Sovrano che, dopo essersi scrollato di dosso ogni lembo del vecchio mantello universalistico ed aver reclamato per sé una individualità perfetta e la indipendenza da qualsivoglia potentato terreno, rifiuta di ridursi a *ius dicere* e pretende di creare lui il diritto nel proprio Stato, proponendosi sempre più, in un itinerario lento e lungo ma continuo, quale *conditor iuris*, quale legislatore.

Il Sovrano illuminato e illuminante del Settecento ne è l'erede legittimo, ma con questa rilevantissima differenza: non è più solo questione di arbitrio e di piacere, bensì di una latitudine di poteri legittimata dalla sua penetrantissima capacità di visione, capacità di

⁽⁵⁾ GROSSI, *Modernità politica e ordine giuridico*, cit.

⁽⁶⁾ Rinvio a quanto ebbi modo di puntualizzare con maggiore ampiezza nel saggio: *Giustizia come legge o legge come giustizia? Annotazioni di uno storico del diritto*, in *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2005 (seconda edizione accresciuta), p. 28 ss..

lettura delle regole ‘naturalì’ traducèndole in regole ‘positive’. Tuttavia, sia nel Principe della bodiniana ‘Republique’, sia nei dèspoti illuminati, il potere, al di là delle teorizzazioni formali, si risolve in un soggettivismo esasperato.

6. La conclusione che si deve trarre e che è opportuno sottolineare si assomma in una verità tanto elementare e troppo spesso misconosciuta o elusa: il paesaggio giuridico della modernità è semplice, anzi semplicissimo. Con l'immediata precisazione che la semplicità è frutto di una riduzione drastica, che la complessità propria ad ogni ordine giuridico è stata costretta a contrarsi in uno scenario dove attori sono unicamente dei soggetti individui, da un lato, il macro-soggetto politico, dall'altro, il micro-soggetto privato.

La società, nella sua globalità e complessità, c'è e non potrebbe non esserci, ma resta come un sottofondo inerte a cui si è tolto ogni possibilità di manifestarsi e di esprimersi giuridicamente; la società resta un groviglio di fatti bruti che non hanno, di per sé, la forza di diventare diritto senza l'ausilio del micro-soggetto privato nel suo ambito negoziale o del macro-soggetto pubblico nel suo ambito normativo generale.

La semplicità del paesaggio giuridico moderno soffre di artificialità; più che semplice il paesaggio è semplicistico (7).

Nessuna evoluzione nelle nostre costruzioni giuridiche ci rappresenta questa puntualizzazione meglio della teorizzazione ottocentesca che la giuspubblicistica fa sullo Stato/persona. L'assolutismo politico appartiene al passato, almeno in buona parte dell'Europa occidentale, e si sta mettendo a punto nella officina fertile dei giuristi il nuovo edificio dello Stato liberale di diritto; al cuore di esso sta la conclusione teorica di cui qui si discorre; e che ha uno scopo primario: separare Stato e società con la demarcazione più netta possibile, affermare il primato dello Stato sulla società, affermare un

(7) Il primo giurista a rilevarlo con forza è Santi Romano in certi suoi penetranti saggi costituzionalistici scritti tra fine Ottocento e primi Novecento. Lo abbiamo sottolineato come momento di preziosa (e rara) riflessione critica in: *Scienza giuridica italiana-Un profilo storico 1860/1950*, Milano, Giuffrè, 2000.

super-soggetto politico/sociale, ridurre lo scenario giuridico a una azione dove solo i soggetti individui hanno un ruolo ⁽⁸⁾.

Si tende alla cancellazione delle società intermedie. Per la perfetta realizzazione di un siffatto progetto socio/politico/giuridico, esse sono inevitabilmente un ingombrante impedimento, che, incarnando dei filtri mediativi tra individuo fisico e Stato/persona, condizionano l'uno e l'altro e attenuano di parecchio la libera espansione dell'uno e dell'altro. La civiltà giuridica borghese, che esige forti Stato e individuo abbiente, ciascuno con un proprio ordine potestativo ma ambedue in strettissima simbiosi, non può tollerare al suo interno delle proiezioni sociali in grado di mettere a rischio la robustezza dell'edificio faticosamente costruito, robustezza che ha la chiave di volta nella sua ridottissima semplicità.

Come si diceva più sopra, il paesaggio è artificiosamente semplice, ma anche necessariamente semplice: la semplicità è il frutto di una sapiente strategia. Si ha un autentico *raggrinzimento* del diritto sorretto da due precise direttrici di fondo.

Sul piano del macro-soggetto si esaurisce nella volontà del titolare del potere supremo, si manifesta come comando, come espressione di superiorità, come potere. Le fonti si chiudono in una piramide rigidamente gerarchica, con la completa eliminazione di ogni espressione pluralistica. Infatti, solo un ferreo monismo giuridico può garantire il controllo di un diritto, che ancora alla fine dell'antico regime conservava un suo volto plurale in forza della vincolazione al ventre largo e profondo della società. Esso deve coincidere con la volontà del potere supremo e deve — pertanto — essere pensato voluto prodotto in alto.

Nasce da qui la condanna senza appello di quella fonte materna, la consuetudine, incarnantesi nella ripetizione di un fatto, proveniente dal basso e strisciante sempre aderente alla terrestrità della esperienza quotidiana. E si capisce l'orgoglio e la soddisfazione di Robespierre, espressione genuina del nuovo progetto giuridico, quando, nel colmo del momento giacobino della Rivoluzione, annuncia ai francesi la loro *liberazione* dagli impacci fattuali delle

⁽⁸⁾ Si leggano le pagine, al solito acutissime, di G. BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 11 (1982/83) — *Itinerari moderni della persona giuridica*, T. II.

consuetudini immemorabili e proclama, con accenti messianici, una nuova vita giuridica guidata e disciplinata unicamente da *principii* ⁽⁹⁾; se, infatti, era non agevole controllare il pullulare sparso delle consuetudini, era invece nella piena potestà dei titolari della sovranità conformare i *principii* secondo il progetto che essi avevano in testa.

Ma non era soltanto il materiale consuetudinario a finire in soffitta: scienza e giurisprudenza pratica subiranno la stessa sorte, perché, fonti primarie nella complessità giuridica dell'antico regime, erano state chiamate a tecnicizzare, definire, in qualche modo categorizzare l'informe sedimentazione usuarie e rappresentavano un rischio a causa delle capacità autonomistiche di un ceto di competenti agguerriti. Certo, poiché la legge — ormai fonte unica — va applicata, non si potrà fare a meno dei giuristi, ma si toglierà loro ogni libertà di azione riducendo il dottrinario nella prigione dell'esegesi e il giudice nelle strettoie di un sillogismo incatenante.

Sul piano del micro-soggetto, il diritto si sfaccetta in una raggiera di posizioni rigorosamente individuali: semplici interessi che si concretano in semplici facoltà, interessi ritenuti maggiormente vitali che si concretano in situazioni qualificate (poteri e diritti soggettivi). Viene però cancellata quella dimensione collettiva, che aveva consentito nel comunitarismo medievale e post-medievale il conferimento di un minimo di forza sociale al soggetto singolo (soprattutto all'uomo qualunque senza patrimonio e senza potere); mentre viene minimizzata la sua dimensione sociale, o trasformata e alterata nella riduzione a rapporti inter-individuali. Il risultato raggiunto (e che si voleva raggiungere) è l'isolamento dell'entità individuale restringendo i suoi rapporti esterni a semplici relazioni con altre entità individuali.

Mi sia consentita una postilla a questa ultima puntualizzazione: una siffatta visione individualistica è un'onda lunga che arriva a lambire abbondantemente il nostro presente. Mi riferisco a quel documento, di indubbia rilevanza, chiamato comunemente 'carta di Nizza' ed ora divenuto parte integrante del 'Trattato che adotta un progetto di Costituzione' per l'Unione Europea: in esso è chiara una

⁽⁹⁾ Cfr. P. GROSSI, *Le molte vite del giacobinismo giuridico-Ovvero: la 'carta di Nizza', il progetto di 'Costituzione europea' e le insoddisfazioni di uno storico del diritto*, ora in *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., p. 135.

impostazione individualistica, che ha radici settecentesche e che permea di sé il tessuto della ‘Carta’; dove le posizioni, che vengono garantite, sono, con una eccessiva prevalenza, sempre riferite a soggetti individuali; addirittura, anche quando si riferiscono al bambino, giustamente tutelato ma con una tutela che appare considerarlo di per sé e quasi isolarlo dalla comunità familiare ⁽¹⁰⁾.

7. Cominciamo a trarre qualche riflessione conclusiva dal nostro discorso.

Un paesaggio popolato e segnato da individualità. La macro-individualità politica, realizzatasi nello Stato/persona e concretizzatasi sempre — anche in assetti formalmente democratici — in un compiuto apparato potestativo. La micro-individualità privata, fortificata nella sua spiccata auto-referenzialità dalla coincidenza fra cittadino (cioè il cittadino che conta, che può votare, che può votare in base al suo censo ⁽¹¹⁾ e *homo oeconomicus*, quel proprietario fornito di un suo territorio autonomo dove il contratto è legge tra le parti (articolo 1134 del ‘Code civil’), blandito e protetto dallo Stato come personaggio affidantissimo e sicura garanzia per l’ordine pubblico ⁽¹²⁾).

V’era, poi, una scelta, scelta fondamentale della modernità giusnaturalistica, che pareva fatta apposta per cementare ancor più il rinserrarsi delle varie individualità: quella per l’astrattezza, ossia il ragionar su modelli e per modelli, conseguente alla de-storicizzazione e de-fattualizzazione giusnaturalista e illuminista.

Astratto dalla società — lo abbiám detto — era lo Stato/

⁽¹⁰⁾ Da ultimo, abbiamo distesamente esaminato e valutato il contesto della ‘Carta’ nel saggio citato alla nota precedente (v. p. 141 ss.). Ma si veda anche: P. GROSSI, *L’ultima carta dei diritti*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. Vettori, Padova, Cedam, 2002, e in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali-Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 2003.

⁽¹¹⁾ Si vedano le stringentissime e documentatissime pagine di un saggio famoso di Gaetano Salvemini, uscito nell’immediato secondo dopoguerra, sul carattere pseudo-democratico dello Stato liberale italiano, dove, per troppi decenni dopo l’unità politica, si respinge l’idea di un suffragio universale (cfr. G. SALVEMINI, *Fu l’Italia prefascista una democrazia?*, in *Il Ponte*, a. 1952).

⁽¹²⁾ Come dimostra la retorica mielosa con cui, anche in severissimi trattati di indole tecnica, viene descritto il proprietario. Un esempio emblematico è offerto da JEAN-BAPTISTE-VICTOR PROUDHON, *Traité du domaine de propriété*, Dijon, Lagier, 1839, nn. 57, 58, 59, 62.

persona, e teorizzata come generale rigida astratta era la sua manifestazione normativa, la legge; legge uguale per tutto un popolo di crassamente disuguali, primo passo nel superamento delle vecchie inique disuguaglianze cetuali ma soltanto un primo passo che, appagandosi di una conclamazione puramente retorica di uguaglianza, manteneva una sua sostanza punitiva per il socialmente debole, il povero, l'ignorante, cioè per la stragrande maggioranza.

Astratto il più possibile dalla società era il singolo, pensato e risolto come soggetto unitario, erede diretto dei disincarnatissimi modelli svolazzanti nel paradiso terrestre del diritto naturale, irrobustito da questa astrattezza esattamente nella sua auto-referenzialità (che era il risultato voluto e inseguito).

La scelta, che abbiamo ora segnalato e che è un segnale sonoro della modernità giuridica, ne provoca immediatamente un'altra a livello di manifestazione e comunicazione del diritto: regole astratte, ossia non contaminate dalla fattualità quotidiana, regole generali e rigide, che cioè non si piegano alle circostanze particolari e pretendono di avere una proiezione unitaria prescindendo dalla mobilità e accidentalità del terreno storico, possono e debbono avere una immobilizzazione scritta in un testo cartaceo impermeabile al mutamento e refrattario alla incidenza della usura storica. E, in perfetta coerenza, la civiltà giuridica borghese è civiltà di *déclarations*, di carte, di Codici, che galleggiano *impassibili* al di sopra del divenire storico.

Il quadro descritto con serenità critica ha qualche aspetto positivo: alla inarginabile alluvionalità dello *ius commune* si è contrapposta una ammirevole sistematicità; alla allarmante incertezza si è sostituito un insieme di regole certissime; alla oscurità e caoticità delle vecchie fonti dottrinali e giurisprudenziali si è sostituito un sistema dalla ossatura razionale con norme limpide nel dettato ed efficaci nella concisione.

Ma un rischio ha perennemente percorso la modernità: rinnegando la intrinseca storicità del diritto, si è operato un innaturale distacco con l'esperienza e con l'ambiente. Rischio che, in momenti improntati a maggiore staticità, ha potuto anche restare sepolto ma che è, invece, esplosivo quando la virulenza e la rapidità del mutamento socio/economico ha messo a nudo il soffocamento di tante forze e la snaturazione del diritto da ordinamento rispettoso a prigione costringente.

Ciò è avvenuto a fine Ottocento con l'emergere di una società di massa, con la crescita economica, con la rivoluzione tecnica, generando un filo corrosivo che ha percorso tutto il Novecento giuridico. Alla complessità crescente della società corrispondeva malamente e inadeguatamente un ordine giuridico semplice ma distaccato e artefatto, incapace di realizzare una funzione autenticamente ordinante.

8. Torniamo alle nostre battute iniziali: è certamente inabdicabile assumere il soggetto a perno dell'ordinamento giuridico. Il diritto, nato nella storia umana perché frutto della storia umana, non può che avere una finalità essenziale: è stato generato 'hominum causa' né potrà mai abdicare da questa consegna rigorosa.

Il soggetto, però, che il diritto rispetta tutela incentiva, non può essere l'*individuo* microcosmo della modernità, ma piuttosto una *persona* in carne ed ossa immersa al centro di un tessuto relazionale di diritti e di doveri, sempre pensata in dialettica con l'*altro* e inserita in formazioni sociali che la arricchiscono e ne incrementano lo spessore. Il soggetto deve ritrovare le sue naturali radici per poter ritrovare un ruolo protagonista nella attuale complessità; e ciò sarà possibile se si vorrà deporre quel soggettivismo esasperato che è stato la divisa e il programma della modernità.

Bisogna riscoprire la necessaria dimensione oggettiva del soggetto, la quale non può che concretarsi nella riscoperta di tre dimensioni radicali (cioè di radici profonde): una dimensione comunitaria che lo costringa a fare i conti con l'alterità e con interessi sovrastanti la propria egoistica ed edonistica individualità; la dimensione della tradizione che, rendendo il soggetto anello di una catena che arriva fino a lui, lo riporti alla virtù dell'umiltà e dell'ascolto; la dimensione della natura delle cose quale ulteriore lezione di umiltà e ulteriore invito all'ascolto.

Il moderno soggetto di diritto, così disarticolato, così sradicato, è bene relegarlo in un passato che non è più presente e che non potrà mai diventare futuro.

Tutto sarà più facile, se cominciamo ad abituarci a una visione del diritto più come ordinamento che come potere ⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005.

Ordinamento: una nozione preziosa, dove soggettivo e oggettivo si integrano e si armonizzano per arrivare a un diritto capace di seguire lo svolgersi e il mutarsi del mondo sociale senza fargli violenza.

Di questo recupero abbiamo bisogno nell'attuale profonda crisi delle fonti che stiamo vivendo, crisi che taluno, ancora posseduto da antichi plagi e fermo su antiche certezze, pessimisticamente reputerà rovinosa, che io invece reputo fertile e gremita di futuro sol che si abbia tra le mani una bussola sicura durante una navigazione che si presenta costellata di difficoltà. Il salvataggio, a mio avviso (e l'ho scritto e detto con assoluta chiarezza ⁽¹⁴⁾), sta nel deporre una visione potestativa del diritto, che lo immiserisce, lo riduce, perché lo consegna interamente nelle trame di una dimensione acutamente soggettivistica.

Oggi v'è l'esigenza di ben altro: una visione schiettamente ordinamentale può dare respiro al diritto, può fargli recuperare la percezione della complessità e, in tal modo, corrispondere appieno al suo ruolo di sempre, che non è di controllare ma di ordinare il sociale.

⁽¹⁴⁾ L'ho scritto nel saggio citato alla nota precedente; l'ho detto nella mia *'lectio doctoralis'* bolognese: *Santi Romano. Un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, ora anch'essa in corso di stampa a cura della SPISA di Bologna e su *'Rivista trimestrale di diritto e procedura civile'*).

**PER RIPENSARE, OGGI,
IL PROBLEMA DELLE FONTI DEL DIRITTO**

IL DIRITTO TRA NORMA E APPLICAZIONE (Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana) (*)

1. Taluno potrebbe — e credo con qualche ragione — domandarsi perché una delle due lezioni inaugurali della fiorentina ‘Scuola di specializzazione per le professioni legali’ sia stata affidata a uno storico del diritto, a uno storico del diritto — per giunta — che ha dedicato buona parte delle sue energie alla storia del pensiero giuridico moderno; e ‘pensiero’ è termine impegnativo, che sembra segnalare una dimensione infinitamente lontana dalla concretezza della vita professionale cui la nostra Scuola è vocata.

Essere storico e, per di più, storico del pensiero disegna, all'apparenza, un personaggio avulso dall'esperienza e dedito a inutili esercitazioni astratte dalla realtà. Vorrei fugare una siffatta figurazione, ripetendo qui quanto ebbi occasione di dire qualche giorno fa, quando fui chiamato a portare il saluto della mia Facoltà in seno a un felicissimo Convegno, organizzato congiuntamente dal Consiglio Nazionale Forense e dalla Accademia della Crusca, sui rapporti fra lingua e diritto e, in particolare, sulla lingua della prassi giuridica; di quel che ebbi allora a dire mi è buon testimone l'amico qui presente avvocato Roberto Russo, Presidente dell'Ordine forense fiorentino, che era tra i miei ascoltatori.

Io mi limitai, allora, a ricordare (e ci tornerò fra poco con insistenza) il ruolo incisivo che la prassi ha sul divenire della scienza giuridica, proprio perché questa nostra scienza non può permettersi il lusso di galleggiare sopra le nuvole ma è sorretta da una intima tensione a incarnarsi, a diventare esperienza di vita. E agguinsi — e

(*) Pubblico qui il testo della prolusione ai corsi della ‘Scuola di specializzazione per le professioni legali’ dell'Università di Firenze, tenuta nell'Aula Magna dell'Ateneo il 26 febbraio 2002. Lezione che, con alcune modifiche, fu ripetuta il 21 marzo 2002 per la inaugurazione della medesima ‘Scuola’ presso l'Università del Molise.

mi fece piacere di aggiungere — una notazione autobiografica, non per compiacimento personalistico ma per il suo grosso significato oggettivo: quando, nel 1971, io varai i ‘Quaderni fiorentini’, una Rivista volta a studiare la storia del pensiero giuridico moderno, nella prima ‘pagina introduttiva’, mi domandai chi fossero nel nostro campo i fattori di pensiero e mi impegnai nel fugare l’idea falsante che fossero soltanto i teorizzatori, in sostanza i professori universitari; soggiungendo che, a una rigorosa analisi storica, si stagliava chiara e vigorosa la forza creativa della prassi.

È pensiero giuridico a pari titolo — io scrivevo allora, ed è inoppugnabilmente consegnato nelle tavole della Rivista ⁽¹⁾ — il frutto delle riflessioni condotte in seno a paludati istituti universitarii così come le invenzioni nate nelle aule giudiziarie e nelle officine forensi e notarili, ancora informi perché scaturite dalla incandescenza della pratica quotidiana ma gremite di intuizioni sàpide di futuro e perciò destinate a consolidarsi e ad essere ricevute. Non si tratta, da parte mia, di un espediente strategico brillantemente escogitato per accattivarmi un uditorio composto in prevalenza da giudici avvocati notai; è consegnata questa mia convinzione a una pagina scritta più di trenta anni fa, pagina che ho ripetuto e vieppiù enfatizzato quando ho dovuto redigere per un dizionario di teoria del diritto la ‘voce “Pensiero giuridico” ⁽²⁾, e basta questo per

⁽¹⁾ Vedi ‘pagina introduttiva’ (cfr. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972).

⁽²⁾ Mi piace riportare qui quanto scrivevo nel 1988: “il pensiero giuridico svela la sua natura complessa: la dimensione speculativa si innesta sempre sulla capillare vita quotidiana, che costituisce una sorta di ineliminabile dimensione sommersa. Esso non può mai prescindere dalla laboriosa officina, dove, accanto agli altissimi principii, si parla e si opera su leggi e atti amministrativi, contratti e testamenti, citazioni in giudizio e fattispecie criminose, contratti di lavoro e società commerciali, una diaspora di fatti stanati dai loro gusci particolari e inseriti a un più elevato livello, in una società e in una cultura, come oggetti di pensiero. ‘Pensiero giuridico’ è senza dubbio una filosofia ma ben spesso una filosofia sottratta al filosofo professionale: il balbettio, che diventerà successivamente discorso ma che è già un embrione di discorso, prende l’avvio nel cantiere degli avvocati, dei giudici, dei notai, dei *doctores iuris*, partecipi della fondazione di un pensiero giuridico non meno del sapientissimo *speculator* o del legislatore” (P. GROSSI, *Pensiero giuridico — Appunti per una ‘voce’ enciclopedica*, in *Quaderni fiorentini*, 17 (1988); la ‘voce’ era stata originariamente scritta per il ‘Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit’ organizzato e diretto da André-Jean Arnaud).

dimostrarvi di che panni reali mi rivesto. Insomma, lo storico del pensiero giuridico che avete di fronte, se possiede forze intellettuali modeste, ha però avuto almeno il merito d'essere — e da tempi insospettabili — il rivalutatore della prassi in seno alla stessa riflessione giuridica ⁽³⁾.

Ma vorrei metter da parte una ragione della mia odierna presenza troppo legata alla condizione soggettiva del docente per sottolineare, invece, motivazioni più solide.

Come ho detto anche altre volte ⁽⁴⁾, questo non è tempo di solitudini per il giurista. Tempo di mutamenti e di ricerca, tempo di incrinature, forse anche di crolli, ma altresì di edificazioni nuove; tempo, pertanto, costellato di difficoltà e di ostacoli e in cui il giurista deve ritrovare, quale suo supremo salvataggio, l'unità della propria scienza, una unità troppo spesso dimenticata in nome di una specializzazione e di un tecnicismo delle singole conoscenze che ha isolato il cultore di un aspetto del diritto positivo da quello di un altro, e, peggio ancora, ha separato lo studioso del diritto vigente dallo storico, dal comparatista, dal puro teorico. È invece questo il tempo in cui v'è necessità di incontri e di dialogo fra tutti i giuristi, non soltanto perché la riscoperta dell'unità — unità non fittizia — è epistemologicamente benefica ma soprattutto perché costituisce un ausilio forte per superare le attuali difficoltà.

Non v'è dubbio: se non è in crisi il diritto poiché questo è una dimensione ontica della società, certamente è in crisi il giurista odierno per il mutamento rapidissimo cui viene sottoposto l'odierno ideario giuridico. Nel momento in cui quel terreno che sembrava roccia fondativa si trasforma in sabbie mobilissime, l'osservatore della minima tessera del mosaico, che è, per esempio, l'attuale diritto dello Stato italiano, ha bisogno di porre sul suo naso degli occhiali

⁽³⁾ Mi sentirei di aggiungere anche, in questa redazione scritta, che, con siffatte affermazioni, io sono portatore di una tradizione autenticamente fiorentina. A Firenze, città antiuniversitaria, che vive un quasi assoluto vuoto universitario dal secolo XV fino al 1924, la scienza giuridica ha trovato il suo motore essenziale in giuristi empirici di gran rango, muniti di ingegno sensibilità cultura. Questo itinerario scientifico preuniversitario ho cercato di disegnare in: P. GROSSI, *Stile fiorentino — Gli studi giuridici nella Firenze italiana — 1859/1950*, Milano, Giuffrè, 1986.

⁽⁴⁾ Cfr. P. GROSSI, *Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, LXX (1997).

che guardino più in là dei muriccioli recingenti la realtà italiana nel tentativo di reperire al di sotto della superficie troppo cangiante nuovi livelli di rifondazione. Per limitarci al rapporto — che mi riguarda — fra cultore del diritto positivo e storico, un tal rapporto appare — più che proficuo — necessario per l'esigenza di collocare la singola tessera, ormai scollata e pertanto di per sé non più significativa, in un contesto più ampio dove riassume un significato e soprattutto la forza per proiettarsi nel futuro.

In questo momento storico, quando il mutamento — sociale economico politico giuridico — è tanto rapido da non poter essere più calcolato, come usualmente si faceva fino a ieri, in generazioni ma addirittura in un giro di pochissimi anni, non basta più avere occhio per il minimo punto della linea storica rappresentato dal diritto positivo italiano vigente; un salvataggio è costituito dalla coscienza della linea in cui il punto si colloca e dalla ricerca del senso della linea, anche perché questa — se il punto isolato appare immobile e chiuso — corre continua venendo da lontano e andando lontano, unendo passato e futuro attraverso il presente. Se questo è il salvataggio più sicuro per l'odierno civilista e pubblicista, è lo storico del diritto l'intellettuale più affidante nella operazione salvifica. A una condizione però: che lo storico non si appaghi di calarsi nell'urna di un passato remoto per restarvi sepolto, ma abbia — lui per primo — coscienza della linea storica in quella feconda comparazione verticale fra passato e presente che è presaga di futuro e costruttrice di futuro ⁽⁵⁾.

2. Affermata e motivata una legittimazione non artificiosa per una mia presenza in mezzo a voi, cerchiamo di cominciare a mettere in pratica il salvataggio di cui si è parlato, puntualizzando le valenze della crisi che il giurista sta vivendo e immergendole nella linea lunga cui è avveza la storia del diritto quale storia di un ordine sociale che attinge alle radici e ai valori d'una comunità.

È presto detto: la crisi sta tutta nella attenuata persuasività di vecchie certezze, nella loro conseguente incrinatura, nel bisogno

⁽⁵⁾ Sulla funzione ma anche sulle responsabilità dello storico del diritto, nonché purtroppo sulle sue elusioni e sulle sue pigrizie mi sono diffuso nel saggio indicato nella nota precedente.

perciò di superarle avventurandosi per nuovi sentieri. Può essere utile fissare fin da ora il segno e la direzione della linea, che potrebbero essere concisamente espressi in questa divisa: dal primato della legge al primato della prassi. Divisa in cui si scorge a chiare note che il grande tronco giuridico è scosso nelle sue fondazioni, cioè nell'apparato radicale che i giuristi sono soliti chiamare 'fonti'. La crisi odierna è soprattutto crisi di fonti, precisando che, facendo uso di un vocabolo ambiguo come crisi, non si intende dare alcuna valutazione ma chiedergli più semplicemente di esprimere lo squasso e le conseguenti scissure nelle nostre più ferme convinzioni con i conseguenti inevitabili turbamenti.

La linea corre, dunque, dal primato della legge al primato della prassi. L'ora che stiamo vivendo costituisce, anzi, il trionfo della prassi dopo secoli di appiattimenti e di costrizioni innaturali. Ovviamente, quando parlo di prassi, mi riferisco alla operosità di giudici avvocati notai, arrivando fino a ricomprendervi i semplici uomini di affari (nei limiti che esporremo fra breve), oggi tutti in varia misura coinvolti nella produzione del diritto. Il cammino che stiamo percorrendo, è ancora in svolgimento, ma siamo già pervenuti a un approdo che sembra incommensurabilmente lontano dal momento in cui, due secoli fa, il diritto moderno si assestò assumendo quel volto cui sono stati avvezzi giuristi ormai vecchioti come chi vi parla.

Il paesaggio giuridico di allora si presentava assai ristretto. Lo Stato si proponeva come il produttore necessario del diritto, l'unico ente capace di conferire a una regola sociale il crisma della giuridicità. Il diritto si riduceva perciò in leggi, cioè in manifestazioni della volontà suprema dello Stato, e si inchiodò il sistema delle fonti in una rigida piramide gerarchica che toglieva vigore alle manifestazioni di grado inferiore. Si arrivò a presumere di poter controllare assolutamente questa riduzione escogitando una fonte, il Codice, che assommava in sé la completezza dell'ordine giuridico, con l'ulteriore presunzione di aver compiuto una operazione definitiva e perciò vocata alla perpetuità.

In questo clima giuridico proto-moderno non c'è molto spazio per i giuristi, siano essi teorici o pratici. È il tempo della mitizzazione legislativa, della legolatria più spinta, in cui l'unico soggetto legittimato ad esprimere una volontà e ad avere un ruolo non solo attivo

ma addirittura monopolistico è il legislatore. Al culto della legge non può che accompagnarsi per ogni giurista dottrinario o empirico quella dimensione passiva umile servile che suol condensarsi nella *esegesi*, un termine non a caso preso a prestito dai teologi e ben eloquente della necessaria passività dell'interprete nei confronti di un testo ritenuto sacro.

Il moderno del diritto si inaugura all'insegna di un coartante positivismo giuridico, con una strategia di cui è agevole oggi allo storico individuare le cospicue valenze ideologiche e politiche. Si trattò di un imbrigliamento per il diritto, si tolse voce alla pluralità delle fonti rampollanti direttamente dall'esperienza quotidiana (per esempio, alla consuetudine) e si relegò a un ruolo decisamente ancillare, anzi a un non-ruolo, quel giurista teorico e pratico che, nel bene e nel male, era stato il bimillenario protagonista dello sviluppo giuridico, dal diritto romano classico e post-classico al diritto comune medievale su su fino all'èsito dell'antico regime.

Il processo riduttivo, accanto al difetto non lieve di peccare di artificiosità, aveva anche i suoi pregi. Il diritto si vedeva costretto e ridotto in un sistema dalle armoniose linee logiche, intimamente coerente, chiaro, certo, come il vecchio diritto di marca giurisprudenziale non era mai stato.

La semplicità era il suo tratto identificante. E qui cade acconcia una citazione, che ho avuto altra volta occasione di fare ⁽⁶⁾. È del grande filosofo italiano del diritto, Giuseppe Capograssi, il quale, rammemorando negli anni Cinquanta le lezioni mattutine di Orlando alla Sapienza romana da lui ascoltate in gioventù prima di quell'evento catastrofico e germinale insieme che fu la Grande Guerra, esce in questa esclamazione/constatazione: "Tutto era allora così semplice!" ⁽⁷⁾.

Banale a una prima lettura, essa coglie un aspetto centrale: il diritto era stato ridotto a linee semplicissime, imperniato nei due soggetti dello Stato e dell'individuo e sulle due fonti della legge e del contratto (rispettivamente nell'ordinamento generale e in quello dei

⁽⁶⁾ Cfr. *Scienza giuridica italiana — Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 119.

⁽⁷⁾ G. CAPOGRASSI, *Il problema di V. E. Orlando* (1953), ora in *Opere*, Milano, Giuffrè, V, p. 359.

privati). Tanto semplice da dimostrarsi semplicistico via via che il tempo passava e si maturavano nella civiltà moderna grossi mutamenti sociali economici tecnologici. Quando, nei primi anni Dieci del secolo passato, Capogrossi ascoltava Orlando, si era proprio allo scoppio della crisi nelle certezze del diritto borghese: la semplicità giuridica cominciava a fare definitivamente i conti con la complessità delle realtà circostanti (ma il processo era iniziato a fine Ottocento) e le forti mura edificate tutt'intorno alla cittadella giuridica cominciavano a soffrire incrinature e breccie sempre più vistose.

La storia giuridica del Novecento può infatti essere osservata e compresa come un confronto continuo e progrediente del diritto con le realtà circostanti, come una riscoperta della complessità all'interno del giuridico, con il consequenziale cedimento di vecchi valori (o pretesi tali) e il complicarsi del limpido paesaggio giuridico di prima ⁽⁸⁾. Lo Stato vedeva affermarsi virulente fonti concorrenti, che trovavano da parte di taluni rivoli scientifici apprezzamenti e legittimazioni, il ruolo della legge ne usciva sempre più sminuito, mentre entravano in crisi profonda i due cementi tipici della cittadella borghese, il legalismo e il formalismo, giacché il diritto, ridotto a un complesso di norme autorevoli, si era chiuso a riccio e aveva preteso di separarsi dal meta-diritto filtrando rigorosamente, impietosamente, quanto proveniva dall'esterno e formalizzandosi ⁽⁹⁾.

Oggi noi stiamo vivendo il momento di maturazione d'un siffatto processo. Innanzi tutto, all'interno della stessa sfera ufficiale. Ieri, l'ordinamento giuridico veniva pressoché a identificarsi con lo Stato e, quando si parlava di legalità, di principio di legalità, si intendeva qualcosa di univoco e di indiscutibile: il rispetto della legge dello Stato quale garanzia per la uguaglianza giuridica di tutti

⁽⁸⁾ È questa la chiave di lettura del mio ripensamento del Novecento giuridico così come è disegnato in: *Scienza giuridica italiana*, cit..

⁽⁹⁾ Il Novecento giuridico, nel suo scorrere, nel suo progredire, nel suo trasformarsi però sempre all'insegna della crisi dello Stato, può ben essere identificato in due riflessioni che fungono da cippi confinari scientifici: la prolusione pisana di Santi Romano del 1909 e il volume di Sabino Cassese del 2002 ancora fresco di stampa mentre scrivo, l'una e l'altro aventi a basilare tema di fondo, pur nella diversità delle rilevazioni, la crisi dello Stato. Cfr. SANTI ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi — Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, e S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari, Laterza, 2002.

i cittadini; e si poteva tranquillamente usare quel singolare ‘legge’, bastevole nel vecchio paesaggio semplicissimo. La legge era un dato formale, era un comando preciso contenuto in un testo preciso. Oggi molto è cambiato proprio in seno al regime ufficiale delle fonti, giacché l’ordinamento giuridico si propone oramai a noi come realtà non compatta ma a molteplici dimensioni, e vi sono molteplici gradi di legalità, quella ordinaria ma, al di sopra, quella costituzionale e quella sovranazionale.

La normativa comunitaria meriterebbe una sosta ravvicinata, perché rappresenta una normazione peculiarissima, carica com’è di fattualità e di dimensioni tecniche dalle quali non sa e non vuole separarsi, una normazione grezza dove l’aspetto formale è ridotto al minimo. Ce lo impedisce l’economia di questa lezione, mentre non possiamo prescindere — perché essenziale ai nostri fini — da un succinto richiamo alla legalità costituzionale; la quale non è mai un riferimento a meri comandi e a mere forme ma a principii e valori da cui promana e di cui continua ad essere intrisa la Costituzione. Legalità costituzionale significa rottura del vecchio formalismo e un paesaggio giuridico che si allarga verso il meta-diritto con la tensione ad appropriarsi del complesso di forze sociali culturali spirituali formante la nostra costituzione materiale; si pensi, per un solo momento, all’uso da parte della Corte Costituzionale, del criterio di ragionevolezza, formidabile arma demitizzatoria di decrepiti dogmi filo-parlamentari e all’estensione che il criterio ha subito e tuttora subisce nella giurisprudenza della Corte nella quale tende ad estendersi da criterio garantistico del principio di uguaglianza a criterio metodologico generale ⁽¹⁰⁾. Si pensi anche a quell’elemento di verifica tutto nuovo, e insistentemente invocato, del cosiddetto ‘diritto vivente’ ⁽¹¹⁾.

Tutto questo indica il declino della legge nella forma in cui il vecchio positivismo giuridico l’aveva modellata, o almeno il complicarsi del problema delle fonti anche a livello di diritto ufficiale; al che si accompagna un riemergere della prassi da quelle profonde

⁽¹⁰⁾ Da ultimo, A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2002.

⁽¹¹⁾ Com’è noto, diritto vivente “è la giurisprudenza consolidata, ma intesa in una accezione più ampia di giurisprudenza costante, qualificata da una serie continua di pronunce uniformi” (L. MENGONI, *Il ‘diritto vivente’ come categoria ermeneutica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica — Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 159).

segrete dove il diritto borghese l'aveva confinata. Con una doverosa precisazione: il mio sguardo è rivolto alla grande area del diritto privato e a rilevanti zone del diritto pubblico; un discorso sensibilmente diverso dovrebbe esser fatto in quello specifico campo pubblicistico rappresentato dal diritto penale (di cui parlerà tra poco il senatore Vassalli), campo strettamente connesso all'esercizio della sovranità e all'ordine pubblico dello Stato. Per l'area, invece, che abbiamo di fronte non v'è dubbio che lo spostamento della linea storica dal primato della legge al primato della prassi prende sostanziosità e fa prevedere concretizzazioni sempre maggiori.

La produzione del giuridico, che nel diritto borghese era sottoposta a un controllo rigidissimo tanto da inserirla tra i momenti più forti della costituzione politica dello Stato, si va sciogliendo dall'artificioso e soffocante ingabbiamento; e la genesi del diritto sembra ritrovare le vecchie matrici plurali e pluralistiche della nostra tradizione preilluministica e prerivoluzionaria (cioè della Rivoluzione dell'89). Due sono i profili che mi preme di sottolineare, con l'avvertenza che siamo di fronte non a ripensamenti legislativi ma a un processo scientifico e pratico che corre accanto al diritto ufficiale e *de facto* lo erode, un processo che è ancora in corso, che stiamo vivendo e che pertanto non può essere rigorosamente definito, essendo noi giuristi direttamente coinvolti in esso.

3. Il primo riguarda una riflessione sui rapporti fra norma e interpretazione/applicazione, che si presenta a noi come una sorta di rivoluzione copernicana entro il terreno geloso delle fonti; una riflessione di straordinaria robustezza speculativa, perché — nata su un piano filosofico generale — ha avuto ed ha trapianti fecondi nel pianeta giuridico, contribuendo a svecchiare di parecchio le nostre coscienze, ridonando libertà alla nostra visione del paesaggio giuridico pesantemente alterata da occhiali deformanti.

Intendiamo riferirci alla cosiddetta ermeneutica giuridica, per la quale siamo effettivi debitori a un grosso personaggio scomparso più che centenario appena qualche giorno fa ⁽¹²⁾, Hans Georg Gadamer. Infatti, è soprattutto a Gadamer (seguito, poi, da giuristi tedeschi e

(12) La precisazione temporale va rapportata alla data in cui viene redatto questo testo scritto.

italiani) che si deve un'operazione culturale, che è risultata giovevolissima al popolo dei giuristi: egli non ha soltanto proiettato sulla interpretazione giuridica le benefiche impostazioni della ermeneutica generale, ma ha sottolineato il carattere esemplare della ermeneutica giuridica, facendo assurgere questa a modello per analoghe operazioni intellettuali nell'ambito di altri terreni scientifici ⁽¹³⁾.

Si sa bene in che cosa questa 'rivoluzione' consista: nel non separare il momento di produzione della norma dal momento della interpretazione/applicazione, nel ritenere quest'ultima non la spiegazione di un testo conchiuso e indisponibile ma l'intermediazione necessaria e vitale fra la proposizione astratta della norma e la ineludibile concretezza storica che l'interprete ha di fronte; per esprimerci col lessico filosoficamente pregnante di Gadamer, si viene a dare una risposta soddisfacente all'eterno problema che ha turbato i sonni dei giuristi, e cioè la "tensione che sussiste tra l'identità dell'oggetto e la mutevolezza delle situazioni in cui esso deve venir compreso" ⁽¹⁴⁾.

L'attuale movimento ermeneutico corona (e definisce con provvedutezza teorica) perplessità, intuizioni, timidissime proposte che lo storico vede affacciarsi, per tutto il corso del Novecento giuridico, fra i giuristi più aperti e più coraggiosi. Si opera un cospicuo spostamento di attenzione dal momento di produzione e dalla volontà consegnata e sigillata nel testo — momento, volontà, testo che avevano monopolizzato tutto l'ingenuo zelo dei vecchi giuristi plagati da una ideologia coartante — alla vita della norma nel tempo e nello spazio; si coglie il processo normativo come non esaurentesi nel momento di produzione ma inglobante al suo interno l'interpretazione/applicazione; si rëlegano finalmente in soffitta le crocifissioni di tanti giudici inchiodati alla tirannide di un testo invecchiato e forse anche iniquo rispetto alla mutata realtà sociale; si dà finalmente all'interprete/applicatore un ruolo attivo ben diverso dalla supina esegesi e si attenua la durezza della norma che la

⁽¹³⁾ Si veda, all'interno di quell'enorme ripensamento di Gadamer che è *Verità e metodo* (trad. italiana di G. Vattimo, Milano, Bompiani, 2000), il capitolo dedicato, per l'appunto, a "Il significato esemplare dell'ermeneutica giuridica".

⁽¹⁴⁾ GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 639.

rapidità del mutamento (quella rapidità che constatiamo quotidianamente) rivela insopportabile.

L'interpretazione giuridica lascia l'esilio degli esercizi logici, dei sillogismi di illuministica memoria e diventa coinvolgimento (e quindi concreazione) nel complesso procedimento normativo. Poiché parlo a dei pratici (o ad allievi destinati ad essere in futuro giudici avvocati notai), mi piace qui ricordare che il filosofo Gadamer, quando ha guardato con attenzione scrupolosa alla interpretazione giuridica, non ha pensato unicamente a quella dei sapienti (esiliando sdegnosamente in un cantuccio il contributo dei pratici); egli, al contrario, ha tenuto a insegnare che "l'applicazione costituisce, come la comprensione e la spiegazione, un aspetto costitutivo dell'atto interpretativo inteso come unità" (15). Rivalutazione massima del momento applicativo in seno a quell'unità complessa che è l'itinerario normativo.

4. Con l'ermeneutica giuridica si ha, sul piano scientifico, un deciso e decisivo recupero della interpretazione/applicazione. Su questo piano nessuno si sentirebbe oggi — io credo — di ripetere il decrepito credo esegetico. La scienza, la scienza giuridica, è sempre più convinta in una direzione inclinante a rivedere *funditus* vecchie dogmatiche.

Ma v'è un altro profilo nel quale prassi e scienza, armonicamente e quasi simbioticamente congiunte, la fanno da padrone; è quel campo di cui si parla oggi tanto e forse troppo, un campo relevantissimo, sempre più rilevante: la cosiddetta globalizzazione-mondializzazione. Diamo per scontata la conoscenza essenziale del fenomeno, dal momento che è di pubblico dominio e campeggia anche nella generica stampa quotidiana, e limitiamoci a puntualizzare alcune conseguenze che documentano appieno l'itinerario dal primato della legge al primato della prassi da noi assunto come canovaccio di questa lezione.

Nel pianeta giuridico, 'globalizzazione' significa che i protagonisti della vita economica (una vita economica sempre maggiormente a dimensione globale), insoddisfatti per parecchie ragioni della

(15) GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 637.

normazione degli Stati, cominciano a dar vita a un diritto più congeniale e più efficace, diventano produttori di diritto, col risultato cospicuo che, accanto al diritto ufficiale — quello dei singoli Stati o di comunità sopranazionali —, prende forma un diritto, assolutamente privato perché creato dai privati per tutelare i propri interessi, che corre effettivo ma tacito in un canale parallelo e che non prevede di trovare la sua giustiziabilità presso curie statuali o sovrastatali bensì presso àrbitri individuali o collegiali giacché conta sulla adesione formalmente spontanea degli *homines oeconomici* e non sulla coazione statale.

È un diritto che orecchia i bisogni della prassi economica e vuol costruire strumenti ordinativi ad essa speculari e di essa tutelatori energici. È un diritto che trova la sua genesi prima in seno a quella prassi, la sua sistemazione nelle cosiddette *transnational law firms*, ossia nelle grandi imprese professionali che irradiano quasi esclusivamente dal Nordamerica, la sua tutela in àrbitri di grande competenza tecnica e perciò universalmente rispettati.

Quel che, ai fini della nostra lezione, mi preme di sottolineare è che gli attori primari di questo palcoscenico giuridico concorrente sono pratici e scienziati del diritto, giacché pratici e scienziati-pratici sono gli operatori agenti nelle *law firms* e generalmente scienziati affermatissimi gli àrbitri prescelti. Il diritto della globalizzazione è, insomma, un diritto che si muove su binarii diversissimi da quelli degli Stati e che ben incarna la fase finale di quel processo che tende al primato della prassi.

Da parecchi anni siamo invasi da termini inglesi, che ormai fanno bella vista di sé negli stessi ‘manuali’ istituzionali, pressoché immacolati da questi barbarismi ai tempi lontani quando io ero matricola di Legge e nei quali, se mai, si era ancora fieri di ostentare vocaboli e brocardi latini provenienti dall’alveo augusto della tradizione romanistica. *Leasing, factoring, franchising*, e via di seguito, vengono a noi da lontano, e ci si presentano quali strumenti giuridici miranti a ordinare la circolazione economica del maturo capitalismo, rispecchianti assetti economici novissimi e pertanto non incasellabili nelle categorie della bimillenaria dogmatica romanistica.

La loro insularità linguistica tradisce una insularità tecnica: sono creature e invenzioni della prassi contemporanea e serbano di questa origine empirica il segno vistoso nell’esser figure grezze fattuali

elastiche, sì da potersi prestare a fattispecie multiformi, figure che il legislatore nazionale tardivamente disciplina o che si astiene dal disciplinare. Spesso figure non definite ma aperte a variazioni secondo le situazioni, i luoghi e i tempi nei quali diverranno forme di assetti concreti.

Ci sia consentito di richiamare qui l'esempio più manifesto, il *franchising*, rapporto collaborativo fra un produttore di beni o servizi e un distributore, grazie al quale questo secondo, pur mantenendo la propria indipendenza economica e giuridica, è reso partecipe della catena distributiva di quei beni o servizi. Uno schema contrattuale latissimo, che la scienza ha tuttora qualche imbarazzo nel fissare a causa della sua naturale e funzionale plasticità, ma che si presta perfettamente a corrispondere alle esigenze molteplici e proteiformi di uno dei gangli economici più vitali della circolazione capitalistica, e cioè la distribuzione.

Oggi si parla spesso di *lex mercatoria* con riferimento alle invenzioni di una prassi giuridica fertilissima e fantasiosa. Il sintagma latino — nel suo evocare le origini medievali del diritto commerciale, origini da ricercare nella pratica quotidiana delle piazze mercantili e dei porti dell'Italia, delle Fiandre, delle coste anseatiche — coglie nel vero quando suggerisce l'immagine di un diritto vivente escogitato da dei pratici per i proprii traffici privati, senza alcuna preoccupazione dogmatica o di tradizione culta, sorretto invece dall'unica preoccupazione di dare adeguata veste giuridica a un pullulare di bisogni economici nuovi, i quali — proprio perché nuovi — esigono nuove invenzioni, ossia — sul piano giuridico — nuovi istituti.

Non possiamo lasciare il tema della globalizzazione senza un ulteriore accenno, che serve egregiamente da cerniera per la nostra lezione. V'è un altro profilo del fenomeno globalizzatorio, che accentua il rilievo della prassi ed evidenzia la linea storica su cui corre il presente discorso. Abbiam detto — ed è incontestabile — della sua origine nordamericana, una origine che imprime al fenomeno caratteri positivi e negativi. Su di uno soltanto vogliamo ora sostare, ed è di segno culturale.

La globalizzazione, provenendo dall'area anglo-americana, trascina con sé — e mette in circolazione nell'Europa continentale — un bagaglio gremito delle scelte ideologiche culturali tecniche di

quel grande pianeta giuridico che è fino a ieri vissuto appartato e conchiuso e che siamo soliti qualificare come *common law*. *Common law* e *civil law* ⁽¹⁶⁾, pur con un progredire di qualche scambio osmotico, rappresentano scelte e soluzioni profondamente diverse, che sono la fedele conseguenza di due storie giuridiche profondamente diverse.

Il primo corre continuo dal medioevo inglese fino a noi e serba, da queste radici, il suo carattere di diritto estra-legislativo, vorrei quasi dire estra-statuale, fatto da giuristi perché è cosa da tecnici, affidato soprattutto ai giudici che il tipico atteggiamento empirista anglosassone reputa i giuristi maggiormente espressivi di un diritto inteso come esperienza. Il secondo, marcato a fuoco dall'illuminismo giuridico e dalla grande Rivoluzione, si pone in rapporto di discontinuità con tutto il patrimonio culturale e ideologico pre-rivoluzionario, mitizza e assolutizza legge e legislatore, assestandosi quale diritto statutale e legislativo.

Orbene, la circolazione del modello di *common law* grazie alla ondata globalizzatoria intensifica anche su un piano di cultura giuridica il primato della prassi. La convinta percezione che il diritto è una dimensione del sociale da preservare il più possibile dalle grinfie della politica, ha una sua intrinseca tecnicità, è cosa da giuristi, rivaluta il ruolo di ogni giurista come personaggio capace di maneggiare sapientemente gli arnesi del laboratorio tecnico ma — in una cultura giuridica diffidente di astrazioni e teorizzazioni — particolarmente del pratico.

5. Siamo giunti al termine e, forse, con lo svolgimento della lezione, abbiám dato corpo alle motivazioni generiche d'una mia presenza in questa sede, da cui abbiám preso le mosse.

La parola dello storico è salutare perché serve a fornire due irrobustimenti, di cui il cultore del diritto positivo, da solo, rischia di non disporre: la coscienza del mutamento, connessa all'esigenza di tenervi dietro bandendo pigrizie e misoneismi; il senso della linea

⁽¹⁶⁾ È appena il caso di precisare che con 'civil law', nel linguaggio universalmente ricevuto dei comparatisti, si intende il diritto dei paesi dell'Europa continentale, che ha caratteri storici diversi da quello dei paesi di area anglosassone (Gran Bretagna ed ex-colonie inglesi).

storica, che soltanto chi padroneggia il confronto tra le diverse dimensioni temporali può vedere limpidamente.

Oggi, momento di crisi nelle consolidate certezze, momento di transizione e pertanto di turbamenti e di scoramenti, la presenza dello storico è rassicurante, perché può indicare il profilarsi di nuovi valori e quindi di nuove certezze. Tra quelli e queste v'è sicuramente il nuovo ruolo che la prassi giuridica sta guadagnando e sempre più guadagnerà nel futuro. Le motivazioni sono racchiuse nella storia giuridica che preme alle nostre spalle e di cui noi siamo i depositari, una storia giuridica dove è tratteggiato con segno forte il senso della linea, dove son tratteggiati con segno forte i nodi da sciogliere del nostro futuro.

LA FORMAZIONE DEL GIURISTA E L'ESIGENZA DI UN ODIERNO RIPENSAMENTO EPISTEMOLOGICO (*)

1. Il soopore del giurista e l'esigenza di un immediato ripensamento metodologico. — 2. Il diritto quale mancipio del potere politico: un espediente della modernità. — 3. Potestatività e testualità del diritto nel pianeta di *civil law*: l'esilio della interpretazione/applicazione. — 4. Un recupero per il diritto: esprime la società prima ancora che lo Stato. — 5. Per una visione ordinamentale del diritto. — 6. Norme e forme, comandi e testi, alle prese con l'odierno mutamento tecno-socio-economico. — 7. Riscoperta della complessità dell'ordinamento giuridico: la rivincita della prassi. — 8. Il diritto e la sua radicazione nello strato dei valori; — 9. La dimensione giuridica, la sua vocazione universalistica e il ruolo odierno del giurista.

1. Il titolo di questa relazione non è mio, ma dell'infaticabile ammirevole organizzatore del nostro Incontro; però è titolo opportunissimo quando mette a fuoco che v'è una dimensione epistemologica da affrontare con urgenza sia da parte dello scienziato del diritto, sia da parte del docente chiamato a insegnare a livello universitario discipline giuridiche. Ricerca scientifica e insegnamento, se non si vuol tradire la vera essenza dell'Università, sono infatti in un rapporto di indefettibile simbiosi.

Qualcuno, annoiato — e non a torto — dai troppi richiami, e spesso a vuoto, alle parole grosse che sono 'epistemologia' ed 'epistemologico', le potrà ritenere anche qui un lustrino retorico o, peggio, un tributo ai luoghi comuni. Lo tranquillizzerei. Per noi, in questa sede, un siffatto richiamo ha solo il senso di sottolineare l'esigenza di un appuntamento culturale che il giurista ha con se stesso e che non può essere rimandato se non col rischio grave di

(*) È il testo della Relazione tenuta nell'Aula Magna della Università di Firenze, il 28 febbraio 2003, nell'ambito del Convegno organizzato e coordinato dal Prof. Orlando Roselli, su "La riforma degli studi giuridici".

mummificare la sua identità e di attenuare (o, addirittura, perdere) il proprio ruolo sociale. Occorre, insomma, *hic et nunc*, un ripensamento metodologico fondamentale da parte del giurista, che valga a scuoterlo da un sopore che, in Italia, lo avvince e lo avvolge da almeno duecento anni.

Da duecento anni — e per buona parte ancora oggi, malgrado le percezioni di alcune coscienze vive e culturalmente vigilianti durante lo svolgersi del Novecento — il giurista ha vissuto e vive docilmente il ruolo che gli è stato assegnato dal potere politico, completamente prono a un breviario di verità indiscutibili scolpite da quel potere in una sorta di sacratissima tavola mosaica: lo Stato quale rappresentante e interprete della volontà popolare, con il conseguente corollario del primato della legge quale voce dello Stato e ovviamente quale manifestazione genuina della volontà generale; rigidissimo principio di legalità; rigidissimo e attuatissimo principio della divisione dei poteri con la assoluta riserva al potere legislativo (cioè politico) della produzione del diritto.

Non ci sono incoerenze in questa costruzione, che è accostabile a un teorema di geometria nelle sue linee perfette. Tutto torna a puntino, se non fosse per quell'assioma di fondo, che tutto sorregge e che riveste il carattere di suprema finzione a sostegno di una occhiuta strategia politica: l'identificazione fra Stato e società civile, l'identificazione del contenuto della legge nella volontà generale. Suprema finzione perché mai lo Stato è capace di esprimere tutta la complessità e ricchezza della società, tanto meno uno Stato monoclasse elitarissimo come quello uscito dalla rivoluzione borghese dell'89, lontano dagli interessi e dai bisogni delle masse popolari non meno della vecchia monarchia d'antico regime.

Il problema storico-giuridico, che taluni storici del diritto mostrano ancora incredibilmente di non avvertire, sta proprio nel presentarsi di questo complessivo ideario quale sistema perfetto e compiuto di verità geometriche: come il chimico e il fisico settecenteschi hanno letto, grazie alla riconquistata capacità dei loro occhi, le regole oggettive ed eterne che sottostanno alla natura delle cose e la determinano, in analogia guisa gli estirpatori del decrepito e soffocante apparato prerivoluzionario hanno potuto mettere in chiaro dopo un'opera squisitamente liberatoria l'ordine naturale ed essenziale

d'una società politica ⁽¹⁾. Il problema sta cioè in un insieme di principii e regole che si presentano non come soluzioni per la Francia di fine Settecento, bensì proiettati per l'eternità ed estendibili ad ogni dove quali percezioni d'una verità oggettiva e portatori d'una intrinseca giustizia. V'è di più: principii sacralizzati pur nella loro intima secolarità, e pertanto patrimonio intangibile verso il quale è dovuto un illimitato rispetto. Debbo confessarlo: io non ho mai trovato atteggiamenti così autenticamente devozionali come nei movimenti rivoluzionarii e post-rivoluzionarii di fine settecento e dell'ottocento; un gregge di devoti impegnato in atteggiamenti di devozione, incapace di una valutazione critica delle conquiste compiute.

Assumiamo ad esempio uno di questi principii-cardine, la legalità; è agevole constatare che si è immediatamente cambiato in legolatria ⁽²⁾. Ogni manifestazione giuridica, purché fosse legislativa, purché provenisse cioè dall'organo depositario della sovranità statale, la si è ritenuta equa e meritevole di totale obbedienza, quasi che il legislatore fosse una sorta di re Mida abile a mutare in oro tutto ciò che toccava. Per tutta l'età moderna si son ripetute genuflessioni immotivate alla legge, senza che si fosse sfiorati dalla considerazione elementare che essa altro non era che un vaso vuoto e che invece soltanto i contenuti potevano meritare l'osservanza dei destinatarii. Di fronte a talune immotivate espressioni di ossequio alla legge conclamate con sincera convinzione anche a mezzo del Novecento, io mi son permesso di ricordare l'amarissimo episodio delle leggi italiane del 1938 sulla tutela della razza ariana, iniquissime come ogni provvedimento che si ispiri al razzismo e nelle quali la forma legislativa non cancellava ma nemmeno attenuava l'inaccettabilità di un contenuto odioso per la comune e ricevuta coscienza ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Il lettore avveduto avverte subito che, nel nostro testo, si riproduce quasi alla lettera il titolo di un celebre libello politologico-economico del fisiocrate francese Paul-Pierre Le Mercier de la Rivière 'L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques' (1767).

⁽²⁾ Su questo passaggio e sulla costruzione moderna di una vera e propria 'mitologia giuridica' si vedano le nostre riflessioni contenute in: *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁽³⁾ Ci abbiamo riflettuto in una nostra amara 'commemorazione' del sessantennio delle leggi del '38. Cfr. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 27 (1998) — *Pagina introduttiva (a sessanta anni dalle leggi razziali italiane del 1938)*.

Il problema storico-giuridico sta tutto qui: nella diffusa credenza di conquiste ultime ed eterne, nella fissazione di una dommatica inchiodante, nella indiscutibilità di certe categorie; il problema — che è squisitamente metodologico — sta nella de-storicizzazione di tutto un materiale storicissimo, rispettabile frutto di vicende storiche, e pertanto discutibile, e pertanto consegnato al divenire del tempo e alla sua usura.

Il peggio è che, se un siffatto risultato è comprensibile come avveduta strategia del potere politico moderno per controllare tutta la dimensione giuridica ritenuta ormai indispensabile al proprio efficiente esercizio, lo è assai meno la accettazione prona dei giuristi, la loro abdicazione a un ruolo attivo, anzi, il loro concorso a legittimare la consegna del diritto nelle mani dei detentori del potere.

Il peggio — ancor più gravemente — è che questa passività psicologica, questo atteggiamento rinunciatario, non lo si verifica solo nel giurista ottocentesco imbeverato dai trionfalismi post-rivoluzionari e risorgimentali, ma lo si constata pressoché intatto nell'animo del giurista odierno, il quale — vittima di un plagio bisecolare — persiste nel non deporre gli occhiali deformanti che gli furono posti sul naso duecento anni fa e nel ritenere gelose conquiste ciò che era il frutto di una indebita espropriazione.

L'odierno giurista — il riferimento è alla maggioranza e non a taluni spiriti liberi e intraprendenti — è malato di decrepitezza, è sempre più vecchio, ed è soprattutto logorato da un morbo sottile che da sempre è stato il suo vizio occulto, la pigrizia, la pigrizia intellettuale. In una conferenza da me svolta presso la Accademia dei Lincei sul tema incandescente della globalizzazione giuridica, io non ho potuto fare a meno di evocare la splendida immagine hegeliana dei filosofi agguagliati alla civetta che evita la luce del giorno e che si leva in volo soltanto al crepuscolo, applicandola alla smorta figura del giurista pigramente operante in una coperta zona d'ombra, protettiva indubbiamente ma anche vincolantissima ⁽⁴⁾.

Lo storico del diritto, forte del suo ruolo d'essere la coscienza critica in seno a una Facoltà giuridica, ha il dovere culturale di

⁽⁴⁾ P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei*, CCCIC (2002), p. 491 ss. (ma anche in *Foro Italiano*, maggio 2002, V, 151).

ricordare che, all'inizio, ci fu soltanto la avveduta strategia di un ceto socialmente e politicamente vincente; che, se di conquista si trattò, si trattò pur sempre di un prodotto storico, e che è arrivato il momento di scrollarsi di dosso un fardello troppo gravoso che limita il raggio d'azione dei giuristi e nemmeno consente al diritto di svolgere il ruolo che gli è connaturale nell'ordinamento della società.

Ecco perché deve ritenersi benvenuto l'invito implicito — contenuto nel titolo — a una rinnovata presa di coscienza, la quale non può essere avviata se non ripensando criticamente certe fondazioni (o pretese tali) del nostro sapere, cominciando col collocarle nel grembo storico e nel fascio di motivazioni storiche che le hanno generate e verificando se, ormai inadatte alla attuale situazione strutturale e alla attuale riflessione scientifica, non debbano essere oggetto di scelte maggiormente *consapevoli*.

2. Ancor oggi, al normale giurista appare naturale il nesso tra diritto e potere politico concepito senza esitazioni come un vincolo *necessario*: il diritto non può che essere prodotto da chi esercita poteri sovrani, è in tal modo fornito di autorevolezza garantendosi l'osservanza da parte della comunità dei sudditi; si manifesta in regole generali astratte rigide, rispetto alla formazione delle quali la comunità non è chiamata a dare alcun contributo, trattandosi di comandi insuscettibili di elasticizzazione e reclamanti una pura e semplice obbedienza. E non v'è dubbio che il più delle volte sia così: atti d'imperio provenienti dall'alto perché in alto pensati e definiti, passivamente subiti da una massa informe e anonima di destinatari.

Tutto ciò consegue a una visione squisitamente potestativa del diritto, che fa del produrre norme giuridiche un rigoroso monopolio dell'apparato statale, appartenendo il diritto al novero degli *arcana imperii* e degli *instrumenta imperii*.

Ciò non è smentibile. Lo storico ha però il dovere e la responsabilità di aggiungere che quanto ci appare come naturale, cioè come connesso alla natura stessa del diritto, è soltanto il frutto di una trasformazione che questo ha sofferto in un tempo storico e in uno spazio geografico ben delimitati. Per spiegarci meglio, è trasformazione verificatasi soltanto nel colmo dell'età moderna e nell'Europa continentale. Ciò che può apparirci naturale, è invece storicamente relativo; come si diceva più sopra, è nulla più che il portato di una

sagace strategia della classe borghese, conscia della rilevanza del diritto per un compiuto esercizio del potere e risoluta a controllarlo.

È tanto vero tutto questo che l'età precedente — medievale e post-medievale — e, nella stessa età borghese, il distaccato e parallelo pianeta di *common law* in grazia del nesso di continuità con i valori medievali impostano e costruiscono su altre basi il proprio ordine giuridico. In queste esperienze, in una visione maggiormente pluralistica delle fonti del diritto, il compito della individuazione delle regole giuridiche e del loro continuo adeguamento, è prevalentemente affidato a un ceto di giuristi impegnato a fissare e categorizzare tecnicamente le indicazioni provenienti da una sottostante piattaforma consuetudinaria, soprattutto maestri di diritto nell'Europa continentale prerivoluzionaria, soprattutto giudici al di là della Manica e, dipoi, nelle tante colonie inglesi.

Acquisire piena consapevolezza della storicità e relatività di un ideario giuridico che grava sulle nostre spalle è tanto elementare quanto affrancatorio; se quell'ideario fu, per buona parte, un espediente politico, sarà più facile liberarsene.

E ne abbiamo assolutamente bisogno oggi quando il monopolio dello Stato è messo in crisi da una proliferazione e frammentazione di fonti produttrici sia sul piano ufficiale che su quello dell'effettività quotidiana. La rigida visione potestativa del diritto, indiscutibile per i nostri padri, si sta vistosamente sgretolando particolarmente nel campo del diritto privato dove il mutamento sociale ed economico, ma ancor più le mirabolanti novità della tecnica in continua rincorsa, rëlegano ben spesso in un paleolitico giuridico le previsioni contenute in autorevoli quanto inutilizzabili testi legislativi, facendoci assistere al loro progressivo svuotamento ad opera di una solerte autoregolazione dei privati ⁽⁵⁾. Ma il processo di erosione è generale e non risparmia nemmeno zone gelosamente collegate all'esercizio

⁽⁵⁾ Ne abbiamo trattato nella nostra prolusione per l'inizio di attività della 'Scuola di specializzazione per le professioni legali' dell'Università di Firenze: *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in *Università degli studi di Firenze — Facoltà di Giurisprudenza — Scuola di specializzazione per le professioni legali — Inaugurazione dei corsi d'insegnamento dell'anno accademico 2001/2002*, Firenze, Imprima Unigraf, 2002 (ma anche in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 30 (2001), nonché in *Rassegna Forense*, XXXV (2002).

della sovranità e pertanto sottoposte fino a ieri a una legalità rigorosissima: l'esempio di una zona penalistica completamente coperta dall'ombra della legge è incrinato dall'affiorare nella cultura giuridica europeo-continentale di un diverso ruolo dell'autorità statale (6).

Il movimento in atto, inarrestabile in civiltà sempre più complesse e sempre più de-territorializzate come la odierna e la prossima futura, comunque lo si voglia valutare, ha il pregio di arginare ma anche di rettificare un processo di esiziale snaturazione a cui il diritto si è trovato sottoposto nei paesi di *civil law*: lo *ius* concepito come *iussum*, l'universo giuridico che si esprime compiutamente quale universo di comandi.

3. Non si tratta di esercitazioni lessicali; la snaturazione è profonda. Il diritto non è còlto come ordinamento della società ma piuttosto come strumento di potere, e profonde sono le conseguenze.

Il comando, infatti, è il modo con cui una autorità manifesta la propria superiorità. Nel comando la comunità dei consociati si pone necessariamente a un livello più basso, senza coinvolgimento alcuno: perché il comando è frutto della volontà del superiore, la quale è già perfetta e compiuta nel momento in cui viene manifestata all'esterno.

Dal che discende la prima conseguenza di gran rilievo: ciò che conta in un ordinamento a base potestativa è restringere l'attenzione all'atto di volontà imperativa, sceverarne il contenuto, magari chiarirlo grazie all'analisi di come e per quali motivi si formò. Le colonne d'Ercole di questa attenzione sono però ben fissate, e si collocano

(6) Le parole sono prese quasi di peso da un acuto saggio di R. ORLANDI, *Giustizia penale e ruolo dello Stato: un rapporto in crisi*, in *Il Mulino*, LI (2002), p. 863 ss.. Per una vasta disamina del dibattito attuale e per una lucida messa a punto in rapporto anche al degrado degli organi parlamentari contemporanei si veda F. PALAZZO, *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium iuris*, 1996. È tutto da leggere anche il ripensamento critico di M. VOGLIOTTI, *La 'rhapsodie': fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2001. 46, p. 142 ss., unitamente alle preziose considerazioni comparatistiche di E. GRANDE, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in *Politica del diritto*, XXVII (1996), p. 469 ss..

intorno all'atto di manifestazione; al di qua di questo v'è soltanto una vita storica del comando nella società, che è assolutamente irrilevante.

Calando a un discorso più specifico e più pregnante, in questa visione il diritto è una realtà che è già completa nel momento in cui l'autorità se ne distacca; il suo processo di formazione è già interamente compiuto né ad esso può in qualche modo contribuire il suo immettersi nel tessuto dell'esperienza. Insomma, in questa visione, l'interpretazione/applicazione si pone come un qualcosa di esterno e non già la fase di un procedimento *in fieri*; e il ruolo dell'interprete/applicatore è ridotto ovviamente al minimo. In un ordinamento a base rigidamente potestativa l'interprete/applicatore ha una posizione di sostanziale passività con un ruolo meramente conoscitivo. L'unico soggetto legittimato a *volere* è il titolare del comando, e quel volere è depositato nel testo autorevole.

E siamo alla seconda conseguenza, che è parimente di gran rilievo. Il comando reca in sé la pretesa ad essere obbedito, ma deve poter essere conosciuto; non solo, ma deve immobilizzarsi in uno scritto per fugare ogni pretesto di inosservanza.

Il comando tende inevitabilmente a divenire *testo*, a rinchiudersi in un testo cartaceo dove chiunque possa leggerlo e dove sia al sicuro da tutti i mutamenti che incidono a livello di esperienza, in un testo il più possibile inelastico e cioè tale da impedire le ripercussioni delle turbolenze esterne; *testualità* del moderno diritto continentale europeo, ben simboleggiata dal testo più concluso e conchiuso che immaginar si possa, da quel Codice che è invenzione dei moderni, della loro presunzione, della loro spasmodica volontà di controllare la dimensione giuridica.

Perché di controllo si tratta, e di controllo rigorosissimo. La codificazione tende infatti a coprire ogni territorio dell'esperienza giuridica, senza tralasciare quei rapporti quotidiani fra privati nell'esercizio della vita privata su cui il ceto borghese vincente vuol dir la sua e soprattutto quegli istituti vitalissimi della costituzione tacita d'una società borghese che sono la proprietà individuale e il contratto ugualmente individuale. Né è senza significato che la prima e più esemplare opera codificatoria — quella francese di Napoleone I — prenda il suo avvio nel 1804 proprio dal *Code civil*, regolazione di un diritto civile che i monarchi assoluti di antico regime avevano

concretamente rispettato nella sua urna bimillenaria di tessuto consuetudinario.

E il Codice, ogni codice, è necessariamente minuziosissimo, con una previsione analitica di ogni possibile fattispecie, con il disegno di ogni istituto tracciato puntigliosamente fornendone spesso la definizione e scendendo via via a fissarne le più minute ossature.

Io ho parlato, a più riprese, di assolutismo giuridico per sottolineare l'interesse tutto nuovo del potere politico borghese per il diritto (7): il liberalismo economico pretende il controllo della dimensione giuridica per garantire appieno i valori su cui è fondata la sua costituzione non scritta, valori di libertà economica che avrebbero trovato sicuro appoggio non su delle *déclarations* ancora intese come aeree conclamazioni filosofico-politiche (8), bensì negli articoli inchiodanti di un testo normativo.

E di venature assolutistiche indubbiamente si tratta, perché il sistema giuridico diventa chiuso: affermazione di un rigido monismo giuridico con la cancellazione delle vecchie fonti tradizionali (consuetudine, giurisprudenza pratica, giurisprudenza teorica), primazia della legge al vertice di una scala gerarchica e, in buona sostanza, solitudine della legge ben al di sopra delle altre manifestazioni ormai completamente devitalizzate, idealizzazione — anzi, mitizzazione — di un legislatore pensato senza vizi e senza macchia, onnipotente e omnisciente e pertanto insindacabile.

Che si sia trattato di assolutismo giuridico e di assolutismo fondato su un inattaccabile fondamento mitico lo dimostra la estrema difficoltà con cui si è consolidato in Europa continentale il principio fecondo di un controllo dell'operato del legislatore. In un libretto dedicato a segnare i tratti mitologici della nostra cultura

(7) Io ne cominciai a parlare nel 1988, quando si avviò in tutta Europa il gran rumore per il bicentenario dell'89 con uno scialo generale di retorica apologetica. Cfr. *Epicidio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'Atti' di un convegno milanese e alla ricerca di segni)*, ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998. Il mio itinerario di riflessione può essere seguito leggendo la premessa anteposta al volume collettaneo or ora citato: *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*.

(8) Com'è, per esempio, nell'art. 17 della 'Déclaration' del 1789, che afferma la inviolabilità e la sacralità del diritto di proprietà.

giuridica moderna non mancai di sottolineare ⁽⁹⁾ il pervicace rifiuto e quindi la incredibile tardività con cui il principio si è affermato in una Francia novecentesca erede e assertrice — ancora a metà del ventesimo secolo — del vecchio progetto giacobino; un progetto materia di tanto forti credenze (in altre parole: mitizzato) da far identificare la istituzione di un ‘Conseil Constitutionnel’ da parte di un illustre rappresentante della *gauche* francese addirittura in un ‘coup d’état permanent’, in una sorta di mina deflagratrice del sacro edificio dello Stato inaugurato con la presa della Bastiglia ⁽¹⁰⁾.

Non aveva torto François Mitterrand — ché di lui si parlava due righe sopra —: per una costruzione voluta e sapientemente progettata come una fortezza inespugnabile dall’esterno, il principio di un controllo costituzionale rappresenta una breccia che lede al profondo quelle strutture; è soprattutto il castello di credenze che viene scosso, cioè quel complesso armonico di miti che aveva reso indiscutibile la sua fondazione e aveva psicologicamente disarmato i possibili assediati. Quel controllo faceva precipitare sulla terra giù dal suo Olimpo il legislatore, ogni legislatore, e rendeva tutto discutibile; in altre parole, lo dissacrava.

Ma torniamo al castello normativo così ben murato grazie al cemento rivoluzionario giacobino; della sua costruzione abbiamo segnato finora due conseguenze gravi, l’indifferenza per il momento interpretativo/applicativo e la rigorosa testualità, due pietre angolari dell’edificio. Ne vogliamo aggiungere una terza e una quarta, che possono considerarsi però due aspetti di una sola conseguenza. Questo diritto così coniato peccava di artificiosità e si caratterizzava per una sua sostanziale estraniamento al movimento e al divenire sociale.

Artificiosità. È chiaro che il diritto, tutto il diritto, è artificio perché creazione di uomini per uomini, perché frutto della storia e certamente non scritto in una natura cosmica preumana. Abbiamo avuto, nel lungo corso della riflessione giuridica — e lo storico lo sa bene —, anche dei tentativi di leggere trame giuridiche nella stessa natura fenomenica, ma debbono essere considerati — né più né meno — che il risultato della ingenuità e della immaturità culturale

⁽⁹⁾ *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., p. 75 ss..

⁽¹⁰⁾ F. MITTERRAND, *Le coup d’état permanent*, Paris, Plon, 1964.

dei pur generosi proponenti. Il diritto appartiene invece alla storia; suoi contrassegni sono l'umanità, la socialità, la politicità intesa *lato sensu*, la storicità. Quando però qui si segna come conseguenza grave la artificiosità, si intende denunciare un castello di precetti tecnici che, in forza del loro arroccamento in comandi, in forza dell'impegno di rinchiudere tutto il giuridico nella volontà del legislatore, di arrestare il processo di produzione al momento espressivo della volontà e di mummificarlo in un testo coriaceo, rischia di smentire la sua umanità, socialità, politicità, storicità; rischia cioè di essere artificio in questo senso specifico, non già nel senso di realtà non fenomenica.

Ed è immediato un altro rischio: l'estraniamento dalle forze vitali circolanti nell'esperienza, forze in continuo divenire e pertanto insofferenti a qualsivoglia immobilizzazione. Si è voluto controllare la dimensione giuridica, la si è resa ben controllabile fissando la sua origine dall'alto e la sua consolidazione nel guscio duro d'un testo, ma la si è troppo spesso separata dal flusso continuo della società.

4. Si impone un recupero per il diritto; un recupero, tuttavia, che si potrà pienamente conseguire solo se si irrobustisce la nostra coscienza critica e, in grazia di un siffatto irrobustimento, si riuscirà a collocarci su un osservatorio liberato da credenze indiscutibili e quindi da liturgie culturali sfocianti in quei luoghi comuni che sono la palude asfittica d'ogni uomo di cultura. In altre parole — e torniamo alle righe iniziali e al titolo di questa relazione —, se si opererà quel lavacro epistemologico che il giurista più sveglio ha senza dubbio cominciato a fare ma che deve investire la sonnolenta maggioranza silenziosa ancora immersa in una comoda pigrizia.

E si dovrà partire dalla conclusione segnata con fermezza nelle pagine precedenti: che il legame necessario potere/diritto, che una visione potestativa del diritto è storicamente relativa, è frutto della strategia dell'assetamento socio-politico operante in un certo clima storico, e che il diritto, al di là dei tanti immiserimenti occasionali che lo storico non ha difficoltà a cogliere ed enumerare, è nella sua essenza qualcosa di ben diverso da un espediente del potere, da uno strumento del potere.

E riteniamo che sia necessario riafferrare la salutare intuizione di chi, nel corso del Novecento, seppe distaccare il diritto dall'abbrac-

cio costringente dello Stato e lo ricollocò nel grembo materno della società, di essa espressione fedele e compiuta. Il diritto pertiene *naturalmente* alla società, perché è una insopprimibile dimensione con cui la società vive la sua storia; direi di più: quale dimensione ordinante, il diritto si propone come salvataggio storico della società, la quale si esprime in civiltà, in tante diverse maturità di civiltà storiche, solo perché è anche giuridica, solo perché può contare sulla forza storicamente vincente del diritto.

Il lettore comprende subito che questo approccio è esattamente l'opposto di quello della genuina modernità nell'Europa continentale: lì lo sforzo di controllo porta a condensare, a formalizzare, a separare *ius e facta*, a innalzare una grande muraglia fra *ius e facta* consegnando le uniche chiavi delle porte nelle mani dei detentori del potere elevati al rango di rappresentanti d'una volontà generale; qui si insiste sulla onticità del diritto per l'intera società, dove il difficile vocabolo di calco greco, lungi dall'essere uno sfoggio sapienziale, è piuttosto la parola pregnante a significare la sua naturalità, la sua coesistenzialità; e poiché la società — al contrario di quella creatura semplicissima che è lo Stato moderno — è strutturalmente plurale e complessa, il diritto che le è speculare non potrà non registrare queste qualità, non potrà non proporsi che plurale e complesso. Dove — si badi — pluralità e complessità non significano caoticità ma piuttosto registrazione fedele delle diversità — diversità di valori — che la società serba nelle sue molteplici pieghe, al contrario dello Stato che — in quanto apparato di potere — è banditore di un modello condizionante, anche il cosiddetto Stato democratico-parlamentare.

Lo spostamento dell'asse portante dallo Stato alla società non costituisce smentita che lo Stato è sempre il normale produttore del diritto (però con ruolo calante in una realtà storica sempre più tesa alla globalizzazione), bensì il recupero al diritto di tutte le forze agenti nella società. In una lezione inaugurale fiorentina di qualche anno fa io volli mettermi dalla parte dell'uomo della strada con le sue perentorie diffidenze verso il diritto, dichiarando esplicitamente che le dividevo ⁽¹¹⁾: perché ai suoi occhi la dimensione giuridica si presentava sempre nella veste potestativa e sanzionatoria del

⁽¹¹⁾ Cfr. *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, che il giurista può leggere oggi in *Rivista di diritto civile*, XLIII (1997).

giudice, dell'ufficiale di polizia, dell'esattore di un'imposta, perché sempre egli si accorgeva del diritto soltanto nel momento della violazione, cioè nel suo vistosissimo momento patologico, mentre gli era difficile percepirlo nella fisiologia sociale, nella scansione della sua vita quotidiana, pur costellata da mane a sera di una infinità di atti giuridici.

La nostra passata cultura ha creato schermi troppo spessi fra il sociale e il giuridico, facendo perdere non solo all'uomo della strada ma altresì al giurista teorico e pratico il senso della appartenenza del secondo alla pura e semplice fisiologia del primo. Occorre un recupero, un recupero non più procrastinabile ⁽¹²⁾. Né si tema la dispersione del giuridico nell'indistinto sociale e la sua perdita d'identità. È chiaro che non tutto il sociale è giuridico, e che il secondo è un filtro energico del primo, manifestandosi solo dove una regola sociale, connettendosi a precisi valori, riceve adesione e osservanza, realizzando nella storia il grande mistero del diritto.

La civiltà giuridica continentale europea della piena modernità ha troppo spesso trasformato il filtro in uno schermo, come si accennava più sopra, e si è attuata troppe volte una separazione fra sociale e giuridico, con un reciproco impoverimento, il primo abbandonato alle risse incomposte della quotidianità episodica, il secondo all'inaridimento proprio di una cortecchia distaccatasi dalla linfa sottostante. Il formalismo legalista, cioè il diritto costruito come dimensione formale fondata non sui fatti ma sulla legge quale appropriatrice e interprete unica dei fatti, ha trasformato il terreno giuridico in un recinto chiuso.

Al suo interno, un ingombrante principio informatore: lo Stato è la sola potestà autorizzata a trasformare in giuridica la grezza regola sociale, e i valori di cui esso è portatore determineranno l'ordine giuridico nelle sue scelte; uno solo è pertanto il canone di misura della giuridicità, e cioè quello della validità, ossia della corrispondenza di ogni atto al modello fornito dallo Stato nomopoietà.

Oggi, si avverte la decrepitezza di questo castello di altri tempi, assolutamente inadeguato con il suo fossato isolante, il suo ponte levatoio, le mura interrotte da minime feritoie, le bertesche in alto.

⁽¹²⁾ È su questo recupero che si fonda anche un mio — testé apparso — tentativo di iniziazione alla comprensione del diritto: *Prima lezione di diritto*, Bari, Laterza, 2003.

Lasciando le immagini evocatrici, non ci si può esimere dal riscontrare che il mondo intero corre in una direzione, che non è già quella del rinserramento nella corazza della validità ma di una valorizzazione dell'opposto principio di effettività; si guarda cioè alla carica vitale di certi fatti e alla loro incisività nel sociale, una incisività determinata da una loro propria forza interiore.

Effettività più che validità, con il risultato immediato di un abbandono del vecchio inadeguato monismo giuridico per una apertura sostanzialmente pluralistica, giacché, se unitario e compatto è il regno del *valido*, composito, plurale, complesso è invece il regno dell'*effettivo*. Né sembra più una bestemmia puntare sulla Repubblica Italiana quale realtà ampia e complessa in cui lo Stato si propone come semplice elemento ⁽¹³⁾, né ci sembra più lirismo politico-giuridico il disegno aperto consegnato dalla sapienza preveggenze dei nostri costituenti nei primi articoli della nostra carta costituzionale ⁽¹⁴⁾.

5. Salutare per il rinnovamento epistemologico del giurista italiano è prender definitiva coscienza del carattere ordinamentale del diritto. Anche qui non si tratta di un semplice cambio lessicale,

⁽¹³⁾ Così, per esempio, nell'art. 114 della Costituzione italiana nel testo deliberato nel 2001, dove si constata essere la "Repubblica...costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato", con una messa a fuoco ancora insufficiente perché ancora priva di quella totale apertura alla complessità del sociale che si sarebbe potuto desiderare, ma che è sicuramente un passo avanti nella riscoperta della complessità repubblicana.

⁽¹⁴⁾ Disegno aperto, senza dubbio, ma che avrebbe potuto essere reso in una maggiore evidenza sol che si fosse accolto l'o.d.g. presentato, il 9 settembre 1946, da Giuseppe Dossetti in seno alla Prima Sottocommissione della Assemblea Costituente, un o.d.g. rinviato e poi mai più discusso perché trovava sostanzialmente sorda od ostile la stragrande maggioranza. L'o.d.g. proponeva alla Sottocommissione di riconoscere "ad un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e perfezionarsi a vicenda mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale: anzitutto in varie comunità intermedie disposte secondo una naturale gradualità (comunità familiari, territoriali, professionali, religiose, ecc.), e quindi, per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino, nello Stato" (*La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Roma, Camera dei Deputati, 1970, VI, 323). Si sarebbe, con la impostazione dell'on. Dossetti, andati ben oltre, nel 1946, la modesta conquista rappresentata dall'art. 114 nel testo deliberato nel 2001, articolo che pure abbiamo creduto di menzionare e sottolineare nella nota precedente.

ma del rinnovamento di un ideario che pròvoca una visione rinnovata.

Come ho scritto altre volte ⁽¹⁵⁾, far capo alla nozione di ordinamento ha quasi il senso di una rivoluzione copernicana per il giurista continentale europeo, perché significa deporre una visione verticistica del diritto incentrata sulla volontà del produttore della norma e sul suo atto di produzione, per valorizzare la realtà oggettiva che la norma intende ordinare e che può efficacemente ordinare soltanto se tien conto di esigenze ed istanze provenienti dal basso perché in basso circolanti. Ordine, ordinamento, è nozione salvifica proprio per questo suo ineliminabile carattere complesso, che unisce in sé la dimensione soggettiva dell'ordinatore e dell'attività ordinante e quella oggettiva di una struttura reale che si pone come limite, che va letta e capita, che non può essere violentata dall'arbitrio dell'ordinatore; e la carica di normatività — insita in ogni regola giuridica — vede qui attenuato il carattere meramente potestativo, con la possibilità di raggiungere il risultato d'una osservanza fondata più sulla persuasione dell'utente che sull'ossequio passivo.

Ma è salvifica anche sotto altro profilo. Precisamente per questa sua dimensione oggettiva, l'orizzonte non può più limitarsi al testo della norma, alla volontà che il produttore ha preteso di immettervi e al solo momento magico della produzione, ma deve ampliarsi all'incontro con i fatti successivi e alla vita del testo normativo nella società.

In questa visione, il testo, in ragione della sua astrattezza, reca in sé una normatività potenziale che attende, per compiersi, di distendersi ed intrecciarsi con i fatti di vita degli utenti. Ed emerge in tutta la sua vitalità giuridica quel momento interpretativo/applicativo, che la dommatica costituzionale borghese aveva espunto dal processo formativo del diritto e che, al contrario, sembra essere il vero momento perfezionativo, compimento perfezionante del procedimento, ma — quel che più conta — interno al procedimento stesso: la norma è veramente tale se, lasciata la propria genericità, grazie alla interpretazione/applicazione diventa regola di vita.

Taluno dirà: si stanno sfondando porte aperte; del diritto come

⁽¹⁵⁾ Cfr. *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, ora in *Mitologie giuridiche della modernità*, cit..

ordinamento si parla da parecchio, la nozione circola, e non siamo distanti da quando celebreremo — magari con enfasi generale — il centenario della pubblicazione del famoso libriccino di Santi Romano; lo stesso si può dire di quel rinnovamento profondo della concezione del rapporto fra testo normativo e interprete che passa sotto il nome di ermeneutica giuridica, tanto più che oggi, grazie alla benemerita azione diffusoria del compianto Luigi Mengoni ⁽¹⁶⁾, l'opera basilare di Hans Georg Gadamer, egregiamente tradotta in lingua italiana ⁽¹⁷⁾, circola sufficientemente nella comunità dei giuristi.

Di vero c'è questo: che sono ormai tanti i giuristi italiani che si sentono in dovere di citare Romano e anche Gadamer; ma è fondatissimo il dubbio sul grado di effettiva consapevolezza che sorregge quelle citazioni. Purtroppo, assomigliano maledettamente al belletto appiccaticcio che una vecchia signora mette sul suo volto rugoso e che un po' di pioggia rischia di dissolvere mostrando una immagine che è restata vecchia e solcata dalle stesse rughe.

Malgrado le citazioni esornative, la psicologia è rimasta immutata, ancorata a vecchi schemi, quegli schemi che costituiscono il provvidenziale riposo per la proverbiale pigrizia intellettuale del giurista. A relativa difesa del quale va detto che il vecchio paesaggio imperniato sulle sole due colonne dello Stato e della legge era parecchio suadente perché semplice, chiaro, certo, mentre il nuovo paesaggio ordinamentale, per l'appunto perché complesso, per l'appunto perché consente un tumultuoso prorompere della pluralità dei fatti, impone una difficile e faticosa attività interpretativa, ben dissimile dalla elementare esegesi di un testo.

6. Ma non sono i giuristi a teorizzare sopra i fatti e magari contro i fatti imponendovi le proprie teorizzazioni. Sono piuttosto i fatti che ribollono nell'attuale clima storico a pretendere il supera-

⁽¹⁶⁾ Di Mengoni si vedano soprattutto i saggi raccolti in: *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996.

⁽¹⁷⁾ La grande sintesi gadameriana *Verità e metodo* ha potuto godere di una assai curata traduzione italiana da parte del filosofo Gianni Vattimo (Milano, Bompiani, 2000); si deve però aggiungere che non si trattava della prima traduzione in lingua italiana.

mento dei vecchi semplicismi. Statualità del diritto, rigoroso legalismo, visione potestativa e, quindi, gerarchia delle fonti assomigliano a una camicia di forza per un corpo in crescita straripante.

Diritto e giurisperiti hanno sempre (e da sempre) fatto i conti con il mutamento socio-economico, perché la naturale tendenza a stabilizzarsi faceva cozzo con la altrettanto naturale tendenza a seguire il divenire della società per poterla convenientemente ordinare; ma, quando, come oggi, il mutamento depone la lentezza tipica degli assetti socio-politici statici e si cambia in una dinamica rinnovantesi rapidissimamente nei tempi brevi; quando, come oggi, il mutamento nella vita economica e sociale si accompagna al prodigioso rinnovamento delle tecniche in continuo e quasi quotidiano superamento con soluzioni stravolgenti per quella stessa vita, comandi e testi vengono stritolati da una mobilità che non ha riscontri nel passato remoto e prossimo, con scelte imperiose per soluzioni duttili e disponibili, con il rifiuto di ogni struttura irrigidente. Il castello giuridico della modernità ci appare, se non come un castello di sabbia, almeno come quelle costruzioni di fango lentamente erose dalle piogge battenti.

Ieri, fu il trionfo della politica, ma di una politica come esercizio, tecnica, teorizzazione del potere, immedesimata e risolta in quel formidabile apparato potestativo che è lo Stato, al quale veniva sciaguratamente riconosciuto il monopolio della politicità. Il risultato fu la cancellazione delle società intermedie quali manifestazioni della naturale e spontanea politicità dell'uomo sociale, una forzosa contrazione di questa e uno statalismo esasperato con uno spazio geografico frammentato in territori definiti secondo le rigide proiezioni del potere. Oggi, è il trionfo dell'economia e della tecnologia con un palcoscenico mondiale dove campeggiano protagonisti prima sconosciuti, tutti mobilissimi, tutti sfuggenti a confinazioni nette, tutti quasi delle entità impalpabili e cangianti. Ai fini di questa relazione ci basti di additarne due.

Il primo è senza dubbio il mercato, il complesso di operatori e di strumenti economici, che si pone ormai come dimensione autonoma della realtà complessiva. Quando io, cinquanta anni fa, maneggiavo quale studente novizio di Giurisprudenza i libri istituzionali di diritto privato, vi si poteva trovare ancora l'inutile traccia dell'*insula in flumine nata* con i derivanti iperteorici problemi di

appartenenza, ma certamente del mercato non si faceva menzione se non occasionalmente e sempre con un aggettivo specificativo (mobiliare, finanziario, e via dicendo) che legittimasse in mano ai giuristi una nozione di valenza squisitamente economica e quindi da lasciare senza rimpianti alla attenzione degli economisti. Nei 'manuali' oggi circolanti, almeno nei più sensibili alla evoluzione in atto, se ne parla largamente e anche senza aggettivazioni. Come per significare che dietro singole attività economiche v'è un pianeta economico con proprie istanze e proprie regole, un ordine autonomo, che non desidera codificazioni, anzi ne aborrisce, dinamicissimo e plasticissimo.

E i civilisti parlano di mercato sino a farlo diventare un luogo comune, chi convintamente come Irti ⁽¹⁸⁾, chi con parecchio scetticismo come nel libro appena giuntomi dalla Francia di una allieva di Lyon-Caen, Marthe Torre-Schaub ⁽¹⁹⁾. E il mercato diventa il protagonista nella ricostruzione di istituti condotta secondo i canoni dell'analisi economica: un esempio egregio l'abbiamo avuto in Italia recentissimamente con il libro di Ugo Mattei sulla proprietà ⁽²⁰⁾, dove si prende atto con lucidità di un ruolo non più solitario di essa e del resecamento ormai interamente avvenuto con la dimensione etica del soggetto, e la si esamina al cuore del mercato, al centro di meccanismi economici che l'hanno in buona parte esautorata. E ha ragione Mattei di coglierla, con linguaggio osservatorio approccio novissimi, come "la risultante istituzionale di una competizione fra mercato e gerarchia" ⁽²¹⁾, giacché mercato e gerarchia sono le due realtà alternative che presiedono ad ogni processo produttivo.

Questo fugace accenno alla gerarchia ci introduce a parlar brevemente del secondo protagonista: la rete. Vocabolario e ideario assolutamente estranei alla tradizione giuridica, ma con una ben precisata derivazione sociologica e politologica. E son proprio sociologi e politologi che ne han parlato per primi, seguiti oggi da un

⁽¹⁸⁾ Natalino Irti se ne è occupato frequentemente, ma di lui conviene soprattutto vedere la sintesi contenuta in: *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1998.

⁽¹⁹⁾ M. TORRE-SCHAUB, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, Paris, L. G. D. J., 2002.

⁽²⁰⁾ U. MATTEI, *I diritti reali - 1 - La proprietà*, Torino, Utet, 2001.

⁽²¹⁾ *Ibidem*, p. 28.

numero sempre più folto di giuristi attenti alle attuali trasformazioni (22).

Il concetto di rete va lentamente esautorando quello di gerarchia quale scansione portante dell'universo giuridico, sostituendo a una realtà piramidale fatta di comandanti e comandati perché imperniata sul comando (e quindi innervata di ineliminabili rapporti gerarchici) una realtà strutturalmente diversa dominata dalla interconnessione fra vari soggetti e posizioni, appunto la rete, dove non emerge una graduazione gerarchica ma un gioco (e intreccio) di reciproci condizionamenti e integrazioni, che si sviluppa non in proiezioni geografiche ristrette e frazionate com'erano i territori delle vecchie entità statuali ma in aree sempre più larghe ed aperte, tendenzialmente mondiali.

7. Paesaggio giuridico non semplice e nemmeno chiaro e certo, con una netta prevalenza della dimensione economica su quella *stricto sensu* politica, con vecchi attori protagonisti sempre più emarginati o compressi nella loro azione: è esemplare la parabola discendente dello Stato, che ieri era il titolare indiscusso di un pressoché assoluto monopolio e che oggi vede la propria sfera d'azione restringersi di parecchio, sempre più contesa da quei protagonisti emergenti cui è congeniale l'attuale movimento rapidissimo e particolarmente il suo orientamento globalistico.

L'emarginazione ha ripercussioni incisive: la compressione della sfera d'azione statale è liberatoria per altre forze che la congiunzione vincolante tra formalismo e legalismo aveva in passato ridotto e tenuto in catene. Il paesaggio, come si diceva qualche rigo sopra, ha perduto in semplicità e certezza ma ha acquistato in espressività; esprime cioè tutta la ricchezza dell'ordine giuridico e non soltanto quella porzione fatta emergere dal diritto ufficiale.

Esattamente un anno fa, in questa stessa Aula Magna dove oggi ci troviamo riuniti, ebbi l'onore di esser chiamato a tenere insieme a

(22) Uno dei primi interessanti esperimenti a livello anche giuridico fu, in Italia, quello del volume collettaneo *L'Europa delle reti*, a cura di A. Predieri e M. Morisi, Torino, Giappichelli, 2001. Oggi, si dispone di un tentativo di sintesi dalla forte dimensione teorica: F. OST-M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002.

Giuliano Vassalli la prolusione per l'inaugurazione della 'Scuola di specializzazione nelle professioni legali' dell'Ateneo fiorentino. In quella occasione io credetti di dover sottolineare che l'attuale momento rivela all'osservatore attento una rivincita della prassi⁽²³⁾; né lo feci per conquistare un pubblico formato in buona parte da giudici avvocati notai o da giovani aspiranti a quelle nobili professioni. Fu la obbiettiva contemplazione di una vistosa svolta storica, tanto più vistosa per me che — in grazia del mestier mio — avevo agio di compararla con il precedente cammino costellato di serramenti e di chiusure.

Il ruolo del giudice si è ingigantito; è facile constatazione che istituti nodali del vivere civile, fuori delle secche di un legislatore troppo lento e anche troppo distratto, hanno avuto e stanno tuttora avendo una formazione giudiziale (e anche dottrinale): l'esempio della responsabilità civile, specchio fedele degli attuali rivolgimenti con le sue frontiere mobilissime⁽²⁴⁾, ci si presenta come davvero emblematico. E la stessa civilistica italiana più sensibile si interroga da tempo sul valore del 'precedente' trapiantando con disinvoltura una mentalità peculiare a un pianeta ritenuto fino a poco tempo fa distante ed alieno come il *common law*⁽²⁵⁾. E, se negli anni Quaranta e Cinquanta, eran ritenute bizzarrie di un grand'uomo le insistenze di un commercialista come Ascarelli su una dilatazione della nozione di fonte fino a ricomprendervi non solo i giudici e gli uomini di scienza ma addirittura gli stessi uomini di affari⁽²⁶⁾, tutto l'odierno

(23) Nella sopracitata prolusione: *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*.

(24) Ci si appropria qui del titolo di un saggio di FRANCESCO GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa*, I (1986).

(25) Una riflessione corale è riprodotta nel volume: *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, a cura di G. Visintini, Padova, Cedam, 1988, particolarmente rilevante perché si tratta della riflessione di un gruppo di civilisti e promossa da una cultrice del diritto civile, e cioè perché si muove nel campo giuridico italiano più legato a una educazione rigidamente legalistica e codicistica; particolarmente rilevante perché assume a oggetto privilegiato la responsabilità civile dove libertà del giudice e libertà dello scienziato hanno potuto esprimere tutta la propria carica vitale per la evoluzione di un istituto così immerso nella storicità. È da leggere con profitto la prefazione di Giovanna Visintini, che chiarisce bene le motivazioni della felice iniziativa.

(26) Mi sia consentito di rinviare a quanto ne scrissi qualche anno fa, riflettendo sul

parlare di globalizzazione giuridica si riduce a prendere atto che i canali di scorrimento del diritto sono plurali e che, accanto al canale maestro del diritto dello Stato, vi sono canali privati in cui protagonisti sono gli uomini di affari con le loro invenzioni di meccanismi tecnici collaudati nel vivo della prassi e più atti a un commercio navigante a livello mondiale sui cavalli alati delle conquiste info-telematiche (27).

La complessità dell'attuale paesaggio giuridico obbliga il giurista a una nuova messa a fuoco e a nuovi strumenti di osservazione. Egli è portatore di un sapere incarnato, può permettersi anche di filosofarvi sopra, ma non può permettersi il lusso di arcaismi ostacolanti la continua incarnazione. La messa a fuoco fa oggi crudamente emergere la frammentazione e moltiplicazione delle fonti di produzione del diritto, facendo galleggiare nel vuoto il fascistissimo art. 12 delle preleggi con le sue chiusure statalistiche (28), la cui antistorica vigenza formale, anche se in palese contrasto con il respiro aperto della Costituzione del 1947, può però offrire il destro a qualche odierno credente delle passate mitologie.

Siamo, invece, tutti chiamati a costruire un nuovo edificio, assumendo a pietra angolare quella verità elementare calpestata e occultata negli ultimi duecento anni che il referente del diritto non è già nello Stato ma nella società. È un elementare ma vitale spostamento della nostra orientazione e della nostra direzione di marcia, con la possibilità di realizzare alcuni recuperi cui abbiamo accennato nelle pagine precedenti e di cui abbiamo un assoluto bisogno.

8. Se non tardiamo a operare presto questi recuperi, possono essere tratti alcuni insegnamenti fecondissimi da valer quale bussola

messaggio ascarelliano: *Le aporie dell'assolutismo giuridico (ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli, ora in Assolutismo giuridico e diritto privato, cit.*

(27) Mi sono sforzato di offrire qualche precisazione nella sopracitata relazione su *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*.

(28) Com'è ben noto, a fronte dell'art. 3 contenuto nelle preleggi al Codice liberale del 1865 dove si parla di 'principii generali di diritto' con dizione tanto vaga da consentire — secondo taluni scrittori — di ricomprendervi perfino il diritto naturale, l'art. 12 delle preleggi al Codice del 1942, risentendo della impostazione del regime autoritario, parla di 'principii generali dell'ordinamento giuridico dello Stato'.

efficace per farci doppiare con sicurezza il capo Horn in cui ci troviamo e transitare finalmente da un oceano all'altro.

Il primo, elementare e fondamentale insieme, è l'acquisizione d'una consapevolezza piena che il diritto attinge a una realtà sommersa di valori storici, che le sue radici trovano nutrimento insostituibile in quello strato riposto.

È una percezione che abbiamo immediata e intensa in quel terreno giuridico di frontiera che siamo soliti chiamare 'diritto costituzionale, un insieme armonico non già di comandi, bensì di principii e regole che, affondando nei valori d'una civiltà storica ed esprimendoli, affida la propria indubbia normatività ad una osservanza caratterizzata da una forte componente di adesione più che di obbedienza passiva. E la Corte Costituzionale è la cerniera fra la testualità normativa delle leggi ordinarie e quel mondo di valori ricevuti che nemmeno il legislatore può violare: il suo giudizio è innanzi tutto verifica della loro preservazione.

Ma la facile percezione nel campo costituzionale deve estendersi ad ogni branca del diritto, anche se è meno agevole scorgere queste nervature vitali sepolte sotto la pur necessaria ferraglia delle tecniche o sotto la pur necessaria impalcatura formale.

E veniamo pianamente a un secondo insegnamento: se il diritto, quale dimensione ordinante della società, non può rinunciare a un suo assetto formale, questo deve sempre nutrirsi di valori legittimanti, deponendo la perniciosa presunzione di una autolegittimazione col solo fondamento di un testo normativo autorevole; altrimenti, la costruzione è palafitticola ed è destinata a non reggere di fronte alla usura dei fatti storici.

Il giurista, soprattutto il civilista, ha cavalcato in un recente passato un simile progetto, tutto preso dal miraggio di una scienza pura liberata dalle molte scorie della carnalità storica. Per conseguire questa pretesa purezza, si appagava di ancorare i proprii pinnacoli formali in una realtà virtuale di testi purché si evitasse il contatto impuro coi fatti: il diritto si proponeva ad essi sopraordinato, indenne dal logorio del divenire.

Questo giurista era però chiamato presto a fare i conti con un clima storico per lui allarmantissimo: un mutamento socio-economico tanto rapido da disseccare e isterilire ogni dimensione formale; l'emarginazione dello Stato; un cumulo di leggi il più delle

volte improvvisate, partigiane, oscure, tardive, con alle spalle un legislatore impreparato e unilaterale. Il formalismo legalista appariva in tutta la sua drammaticità come una scelta suicida.

E, infatti, chi ha voluto, con ammirevole coerenza, cavalcarlo fino in fondo è giunto a posizioni dichiaratamente nichilistiche. È esemplare, a questo proposito, l'itinerario del civilista Natalino Irti, un collega con cui ho avuto da lunga data una familiarità continua mai turbata dalla decisa contrapposizione dialettica che ha sempre animato l'uno verso l'altro. Egli si è costantemente ispirato al formalismo legalista, che lo ha portato qualche tempo fa a proporre ai giuristi dei primi anni Ottanta un rinnovato metodo esegetico, una sorta di neo-esegesi ⁽²⁹⁾. Poi, è avvenuto il montare della insoddisfazione fino all'approdo di un totale nichilismo ⁽³⁰⁾. Conviene che lo seguiamo nel suo cammino intellettuale dando a lui stesso la parola.

Due anni fa, dialogando con il filosofo Emanuele Severino, Irti esce in frasi di una franchezza disarmante: "il diritto positivo si è ripiegato per intero nelle procedure, che, come vuoti recipienti, sono capaci di accogliere qualsiasi contenuto. La validità non discende più da un contenuto che sorregga e giustifichi la norma, ma dall'osservanza delle procedure proprie di ciascun ordinamento" ⁽³¹⁾. Il che si fa commentare con un esempio già evocato più sopra: dinanzi alle leggi italiane del '38 sulla tutela della razza ariana l'unica preoccupazione del giurista ha da essere procedurale, cioè egli deve esser pago unicamente dell'osservanza corretta delle procedure previste. Il contenuto sembra non contare, e la società italiana del 1938, ivi compresi i molti cittadini israeliti, non è toccata dalle iniquità immesse nella norma da un legislatore aberrante.

Ancora: "il valore, cioè il valore per il diritto, è determinato dai criteri procedurali... valore è la validità procedurale" ⁽³²⁾. Discorso

⁽²⁹⁾ *La proposta della neo-esegesi (a modo di prefazione)*, in *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1982, ristampata autonomamente anche in *Giustizia civile*, XXXI (1982).

⁽³⁰⁾ N. IRTI, *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, LVI (2002), p. 1159 ss..

⁽³¹⁾ N. IRTI-E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, Laterza, 2001, pp. 7-8.

⁽³²⁾ *Ibidem*, p. 9.

chiaro e fermo, recante in sé il coraggio della sincerità; discorso che funge da premessa alla conclusione dell'ultimo Irti, amaro contemplatore di un ordine giuridico ridotto *hic et nunc* per i suoi occhi a una miserevole crisalide rinsecchita: “le norme sono venute nell'esclusivo e totale dominio della volontà umana..., al pari di qualsiasi bene di mercato, sono ‘prodotte’: “vengono dal nulla e possono essere ricacciate nel nulla. La forza che le ‘produce’, ossia le chiama innanzi o le rifiuta, le costruisce o le distrugge, è soltanto il volere degli uomini” (33). Vengono dal nulla, sono legate al potere e al volere di uomini; si potrebbe chiosare: all'arbitrio di uomini. Ed è ovvio che la conclusione lasci amara anche la bocca di chi la pronuncia; ed è ovvia la scelta finale che è pessimistica, addirittura nichilistica; ed è ovvio che, in altra pagina, Irti veda lo svuotamento dello Stato come l'apertura di un abisso da cui prorompono forze (aggiungo io: negative) prima rattenute e compresse.

La posizione di Irti — me lo consenta il mio vecchio e caro e stimabile amico — è simile a quello studioso, protagonista di un antico apologo, che, avendo invaso da un ventaccio il proprio scrittoio, si dava da fare nel cercare oggetti per fermar le carte e non provvedeva invece all'unico rimedio veramente risolutivo, e cioè alla chiusura della finestra.

Il vento squassatore e demolitore può essere eliminato, o almeno di gran lunga attenuato, se si avrà il buonsenso di guardare al di là del diritto formale, di non contentarsi del suo manifestarsi in forme e norme, di coglierne quelle radici che, sempre, lo si voglia o non, attingono allo strato riposto dei valori.

Lo storico, constatando che il mito della purezza è tutto e solo moderno (e in un ben definito spazio geografico del moderno), guardando alle energiche smentite offerte dall'esperienza medievale e da quella di *common law*, si sente di protestare invece la carnalità del diritto, immerso nella vita, nascente dalla vita, proteso alla vita.

Irti, nella pagina or ora citata, analizzando il presente alla luce della sua visione, esce in questa affermazione desolante: “tutto ciò che garantiva unità e verità del diritto è ormai tramontato” (34). Ma la verità del diritto non può essere consegnata e ridotta in un testo

(33) IRTI, *Nichilismo e metodo giuridico*, cit., p. 1161.

(34) *Ibidem*, p. 1161.

cartaceo autoritario; la verità non può che star dietro quel testo, nella macro e micro-storia che il diritto ordina contribuendo in modo decisivo a fare di quell'ammonticchiarsi di tempi una civiltà storica. Il divenire ci offre un orizzonte di tante maturità, diversissime certamente ma ciascuna con un proprio messaggio compiuto. In questa catena ininterrotta composta di molteplici anelli differenti, il diritto muta, svia, si rinnova, ma non tramonta mai, perché sempre sarà portatore di verità storicamente emergenti.

9. Riferire il diritto alla società significa corrispondere alla attuale ripugnanza verso confini netti e invalicabili, verso spazi frammentati. Liberarci d'una psicologia e d'una cultura statalistiche e potestative implica la liberazione dalla schiavitù dei confini. È lo Stato che impone frontiere, che vive di frontiere; la società, realtà complessa e slabbrata, senza immedesimazioni potestative, ha confini che non si trasformano mai in frontiere. Affrancare il diritto dal vincolo necessario con lo Stato costituisce affrancazione dagli immerimenti della politica spicciola.

Lo storico può recare un esempio illuminante, quello dello *ius commune* medievale e post-medievale: una Europa frazionata in una miriade di poteri politici, tutti con anguste proiezioni geografiche; in ciascuna di queste, ordinanze di Principi locali, statuti di comunità, consuetudini, cioè manifestazioni giuridiche legate strettamente al territorio particolare. Ma, al di sopra, circola una dimensione giuridica universale, un ordine giuridico della vita quotidiana della comunità umana, che investe anche il particolare ma non nasce da esso, vige in ogni dove senza che ci sia bisogno di autorizzazioni da parte dei detentori del potere. È il regno sconfinato, autenticamente sconfinato, dello *ius commune*, che si contraddistingue per essere in primo luogo opera di scienziati, di maestri universitarii, di uomini di cultura insofferenti alle frontiere segnate dal potere, cittadini del mondo che trasmigrano da una sede universitaria all'altra, insegnano a studenti provenienti da ogni parte d'Europa e disegnano le linee della intelaiatura giuridica unitaria dell'orbe allora conosciuto. Nella civiltà medievale si conseguì un risultato degno di considerazione: a fronte di uno sminuzzante particolarismo politico, si staglia una dimensione giuridica universale di marchio scientifico.

Ho detto e scritto altra volta ⁽³⁵⁾ che il passato non serba e non può proporre modelli per irretire il presente. Il passato può unicamente offrirci dei momenti dialettici capaci di arricchire la nostra visione monca di personaggi immersi in un tempo che stiamo vivendo e che non siamo in grado di oggettivare pienamente.

Qui il momento dialettico è forte: stiamo — ieri, oggi e ancor più domani — costruendo qualcosa di sopranazionale; qualche settimana fa (redigo questo testo nell'estate del 2003), a Salonicco, i capi di Stato hanno definito la bozza di un progetto di 'costituzione' europea. Prescindiamo dal valutare i suoi contenuti e arrestiamoci al risultato formale. Se ostacoli ci sono stati, ci sono e ci saranno, questi sono provenuti e provengono e proverranno dalle volontà miopi ed egoistiche di uomini politici schierati ancora in difesa di interessi particolari.

Ci sorregge, ovviamente, la speranza che il cammino per l'unità politica prosegua senza intoppi, ma, forse, una strada unitaria più pervia è quella della realizzazione di una unità giuridica, cominciando da quel terreno del diritto privato, meno mescolato con le velleità dei politici, che fu la articolazione sostanziale del vecchio *ius commune*.

Stiamo dibattendo vivacemente se il futuro di un diritto civile e commerciale europeo potrà consolidarsi o non in una codificazione. Tralasciamo un esito finale che oggi ci interessa meno e prendiamo atto di quel che si sta muovendo di straordinariamente fecondo a livello puramente scientifico: giuristi intraprendenti, prescindendo da mandati di organi statuali o internazionali, stanno tessendo in tema di contratti — e di contratti commerciali in specie — (ma anche in altri campi) una tela preziosissima di principi. "Prodotti c. d. di *soft law*...sono di per sé privi di efficacia vincolante e possono soltanto sperare di essere applicati in pratica grazie al loro valore

⁽³⁵⁾ Cfr. quanto sostenevo nell'Incontro internazionale organizzato in Ascona da Pio Caroni e Gerhard Dilcher nell'aprile del 1996: *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo*, leggibile negli 'atti' dell'Incontro ma, più comodamente per il giurista italiano, in *Rivista di diritto civile*, XLII (1996), parte prima. Cfr. anche quanto ho ritenuto di confermare recentissimamente in: *Unità giuridica europea. Un medioevo prossimo futuro?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31 (2002), tomo I.

persuasivo”⁽³⁶⁾, ma già fin da ora se ne constata una cospicua influenza sia come modello per parecchi legislatori nazionali (con il risultato di un diritto, che, anche se nazionale, procede in modo sempre più uniforme), sia come guida nella negoziazione e redazione di contratti commerciali internazionali e nella risoluzione di controversie commerciali internazionali⁽³⁷⁾.

Si tratta, come si vede, non di esercizi teorici avulsi da ogni traduzione in realtà concrete; la loro rilevanza sta però, a nostro avviso, soprattutto in un aspetto: sono giuristi — in massima parte, uomini di scienza — che, dietro una vocazione che è tipica dello scienziato, disegnano una trama giuridica pensata come sopranazionale, tendenzialmente universale. Il compito di trame coraggiose che superino le miserie del particolare può essere affidato alla scienza giuridica, l'unica fonte che ha in sé le risorse intellettuali e spirituali per vincere tentazioni frazionistiche.

Sono giuristi, e anche ciò è assai significativo: dopo la lunga espropriazione perpetrata durante tutto il moderno, dopo i secoli di condanna ai lavori forzati dell'esegesi, il diritto torna ad essere quello che fu nei grandi momenti della storia giuridica occidentale, il romano e il medievale, o che è stato ed è nel pianeta del *common law*: cosa da giuristi.

Che sia tale lo prova l'attuale contesto storico con le sue vocazioni universalistiche, con giuristi protagonisti nella elaborazione e fissazione di principii, con giuristi protagonisti del fenomeno globalizzatorio⁽³⁸⁾. Oggi, questo stregone tenuto con i suoi alambicchi in una segreta del castello a servile disposizione del potente, si mostra con un suo ruolo ingigantito. Non è più il tecnico che gestisce modesti apparecchi ortopedici per sopperire alle claudicanze dell'onnipotente legislatore, ma è, lui, ultimo anello di una catena bimillenaria di tradizioni culturali, quale percettore di valori universali e altresì capace di tradurli in regole, il personaggio cui può

(36) Così M. J. BONELL, *Introduzione*, in *I principii Unidroit nella pratica — Casistica e bibliografia riguardanti i principii Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, a cura di M. J. Bonell, Milano, Giuffrè, 2002, p. 1.

(37) La dimostrazione è nell'ampio volume citato alla nota precedente.

(38) Ho creduto di doverlo sottolineare nella mia relazione su *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, cit..

essere confidato l'ufficio impegnativissimo di tessere quella rete di cui abbiamo bisogno. Il nuovo protagonismo dei giuristi non risponde a superbia di ceto, ma a una richiesta del nostro tempo storico.

È con questo messaggio consolante che mi piace chiudere la relazione di fronte a un pubblico dove sono tanti i giovani giuristi in formazione.

GLOBALIZZAZIONE, DIRITTO, SCIENZA GIURIDICA (*)

1. Qualche dilucidazione preliminare. — 2. Un omaggio all'intestatario della conferenza lineca: Piero Calamandrei. — 3. Il significato storico della attuale globalizzazione. — 4. Il diritto moderno e i suoi contrassegni storici: Stato, legge, territorio. — 5. Incidenze della globalizzazione nell'universo giuridico: la prassi economica vuole produrre e produce diritto. — 6. Il diritto della globalizzazione: informale, fattuale, plastico. — 7. Il diritto della globalizzazione rifugge dalla testualità. — 8. Globalizzazione, complessità giuridica, pluralismo giuridico. — 9. Globalizzazione e compenetrazione tra *common law* e *civil law*. — 10. La globalizzazione giuridica: una occasione, un rischio.

1. Due preliminari dilucidazioni, necessarie per la corretta valutazione di questa conferenza. La quale è una conferenza lineca a classi riunite, e pertanto con un pubblico di variissima preparazione ma — quel che più conta — formato solo in minima parte da giuristi.

Si impone non un linguaggio divulgativo (che sarebbe stonato nella nostra sede accademica), ma — questo sì — teso alla comunicazione e alla comprensione. I giuristi presenti tollereranno alcune precisazioni elementari per loro assolutamente pleonastiche e soprattutto l'elusione da parte mia di quell'eccessivo tecnicismo del linguaggio giuridico, che ha troppo spesso una valenza esoterica per i non addetti ai lavori.

Scelgo, inoltre, la strada rischiosa di non leggere, ma di colloquiare con i miei uditori sulla base di alcune note scritte; ciò al fine di rendere meno soporifera la conferenza.

2. Poiché questa si intitola al nome di Piero Calamandrei, già nostro Socio Nazionale, e poiché l'uditorio è estremamente vario,

(*) Testo della conferenza tenuta di fronte alle Classi riunite della Accademia Nazionale dei Lincei nella seduta del 7 marzo 2002.

l'amico Angelo Falzea mi suggerisce opportunamente di far precedere il mio discorso da qualche notazione introduttiva alla complessa personalità calamandreiana; quale vecchio allievo di lui in seno ai suoi lontani 'corsi' processualistici nella Facoltà giuridica fiorentina, aderisco di buon grado all'invito, che mi consente di rammemorare — innanzi tutto a me stesso — il Maestro amato e ammirato.

Forse gli amici letterati qui presenti sanno della sua felicissima operosità di scrittore; non a torto il mio collega italianista fiorentino Giorgio Luti ha ritenuto di riproporre recentemente quello 'Inventario della casa di campagna' dove la lingua toscana — nelle mani di un artefice esperto — è in grado di dimostrare tutta la sua versatilità in pagine che sono tra le più eleganti del nostro Novecento ⁽¹⁾. Molti sanno della sua opera di uomo politico, della sua lunga presenza in Parlamento, del suo contributo alla redazione della Costituzione repubblicana. Ma Calamandrei, per noi giuristi, è il non dimenticabile né dimenticato studioso del diritto costituzionale e processuale e uno dei redattori più incisivi del Codice di procedura civile del 1942 ⁽²⁾.

Sarebbe però fuori luogo se utilizzassi i pochi minuti a disposizione per calarmi nel laboratorio tecnico, fra gli arnesi tecnici e quindi di non facile decifrazione, del Calamandrei processualista. Penso, invece, che in questa sede possa piuttosto giovare il disegno del personaggio nelle sue scelte fondamentali, nella conseguente sua concezione del diritto; prenderà così forma un giurista la cui vicenda, maturatasi fra gli anni Dieci e gli anni Cinquanta del secolo passato, è impressionata a fondo dalla crisi che investe in quel periodo il pianeta giuridico.

Calamandrei è l'erede devoto della cultura giuridica illuministica ed è il portatore delle sue imperturbabili certezze: il diritto si identifica nella legge, in un complesso di leggi, ossia di manifestazioni della volontà suprema dello Stato, e dovere primario d'ogni giurista è il culto della legge, giacché è soltanto grazie a questa

(1) Firenze, Vallecchi, 1989.

(2) Sulla complessa personalità di studioso si può utilmente attingere ai saggi raccolti nel volume: *Piero Calamandrei - Ventidue saggi su un grande maestro*, a cura di P. Barile, Milano, Giuffrè, 1990.

volontà sovrana, generale e astratta, che si realizza un diritto certo e uguale per tutti. È la legge, infatti, che rende uguali tutti i cittadini; l'uguaglianza formale sembra proporsi come il fine essenziale dell'ordine giuridico.

È una convinzione che Calamandrei afferma e ribadisce non poche volte sino ai primi anni Quaranta. Poi, la tragedia della guerra, il crollo del regime totalitario, il cambio istituzionale, l'avvio di una democrazia parlamentare; mentre si apprestano a dare un volto al regime democratico due forze nuove fino a ieri estranee alla storia ideologica italiana, cattolicesimo e marxismo. Due forze diversissime ma concordi almeno su un punto: alle astrattezze del passato diritto borghese, che si appagava di un legalismo astratto e che si era costruito come dimensione formale, tendevano a sostituire una visione tutta nuova, sostanzialistica, che si incentrava sui contenuti della legge. Un problema centrale diventava ormai il problema della giustizia della legge, della legge ingiusta.

Il vecchio illuminista Calamandrei, il cantore innamorato ed acceso della pura legalità, del culto della legge ad ogni costo, lui che non è mai stato né marxista né cattolico, negli ultimi anni della sua vita ne è scosso. Qui, nello sbizzare appena per voi il disegno del personaggio, mi preme insistere sulla sua vicenda intellettuale di giurista, che acquista anche la dimensione di una sofferta vicenda etica.

Il Calamandrei dopo il 1945 è un giurista in ascolto, che non si racchiude sordo nel suo protettivo bozzolo ideologico ma che misura e verifica le proprie certezze e i proprii valori giuridici con certezze e valori nuovi, anche se questi scuotono e incrinano la saldezza di convinzioni bisecolari. Nel 1950, spettando a lui di inaugurare in Firenze il Convegno internazionale di diritto processuale, sceglie volutamente un tema scomodo "Processo e giustizia", e, l'anno dipoi, "La crisi della giustizia" è al cuore di una sua rilevante conferenza patavina. E il problema della giustizia, anche della giustizia sociale, così familiare ai suoi amici cattolici e marxisti, emerge vivo sul suo scenario con tutto il proprio carico turbativo. Il mirabile castello formale del diritto borghese ne è compromesso nelle sue fondazioni ma il processualista toscano non lo rimuove, lo affronta, lo fa suo.

Il giurista, che son pago di disegnarvi sommariamente, è un intellettuale di grande probità e quindi di grande disponibilità;

disponibilità ad orecchiare i segni dei tempi, ad adeguarvisi e ad arricchirsene anche pagando il prezzo d'una trasformazione della propria statua interiore: conseguenza non di trasformismo o di opportunismo ma di una intensa coscienza etica ⁽³⁾.

3. Veniamo, ora, al nostro tema, che ha al suo centro il problema della globalizzazione.

Prevedo già un moto di insofferenza in parecchi di voi, e una domanda che urge: perché parlare ancora, anche qui, di globalizzazione quando questo vocabolo (e la nozione sottostante) impervèrsano a ogni livello, persino sulla stampa quotidiana? Riterrei legittima una simile reazione, derivante da quanto è divenuto negli ultimi anni un ritornello ossessivo e quasi un luogo comune, se non fosse per il profilo relativamente nuovo che intendo valorizzare in questa conferenza.

Il gran parlare che si è fatto sinora di globalizzazione ha riguardato, infatti, in Italia, la sua prevalente dimensione sociologica economica politologica. Io vorrei occuparmene da giurista, domandandomi se (e fino a che punto) essa incida sul piano del diritto; una domanda che è ragionevole, giacché è facile constatare una certa disattenzione verso il fenomeno da parte dei giuristi, come dimostra il volume apparso nei giorni scorsi di Antonio Baldassarre, l'attuale Presidente della RAI, un cultore del diritto costituzionale, che se ne occupa in chiave esclusivamente politologica ⁽⁴⁾. Fanno eccezione i sociologi del diritto, personaggi a due dimensioni, che, operando in una zona di confine e avendo ben presenti le folte riflessioni sociologiche degli ultimi anni, sono portati a cogliere tracce e modificazioni all'interno dell'universo giuridico.

Ritengo comprensibile (anche se non condivisibile) che un giusprivatista o un giuspubblicista italiani non si pongano troppi problemi in proposito. La globalizzazione è un enorme fenomeno in corso, si sta sviluppando e trasformando giorno dopo giorno; il suo

⁽³⁾ Su questa fase finale della vita intellettuale di Calamandrei una maggiore documentazione può essere rinvenuta in: P. GROSSI, *Stile fiorentino — Gli studi giuridici nella Firenze italiana — 1859/1950*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 142 ss..

⁽⁴⁾ Il riferimento è a: A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Bari, Laterza, 2002.

campo assomiglia più a delle sabbie mobili che a un terreno stabile e si capisce perché il giurista italiano, avvezzo a lavorare su strutture ben definite e sedimentate e nel solco d'una tradizione spesso plurisecolare, ne diffidi, eluda di discorrerne, giacché ne è pressoché impossibile un ordinamento, una sistemazione.

Il diritto — potremmo dire facendo nostra una celebre quanto splendida immagine hegeliana — è come l'uccello di Minerva, che aborrisce dalla incandescenza dei meriggi quotidiani e attende, per levarsi in volo, che la accesa vicenda del giorno sia terminata e che tutto riposi ormai in un suo statico assestamento. Il giurista, per levare — se non il suo volo — almeno la sua voce, attende questo momento, quando tutto sarà più riposato, più chiaro, più percepibile, più definibile. Oggi, continuano ad occuparsene i sociologi del diritto abituati alle situazioni fluide, non ancora decantate ⁽⁵⁾; cominciano ad occuparsene pochi giuristi coraggiosi ⁽⁶⁾, e non è sorprendente che se ne occupi in questa conferenza lineca lo storico del diritto, pure lui avvezzo al divenire, signore del movimento e del mutamento, cui la plasticità e mobilità non recano disturbo.

Per sgombrare il passo da equivoci, poniamoci un interrogativo che riuscirà superfluo ai più ma che è opportuno porsi. Che significa globalizzazione? Il primo ed essenziale riferimento è ad un tempo storico — l'attuale — che si connota per un primato della dimensione economica quale risultato ingombrante del capitalismo maturo che stiamo vivendo; un primato che dà alle forze economiche una virulenza mai sperimentata fino ad ora e una insopprimibile tendenza espansiva. Il mercato appare, come non mai, insofferente a confinazioni spaziali, forte di una sua vocazione globale e determi-

⁽⁵⁾ Ne sono un esempio i ripetuti interventi di Maria Rosaria Ferrarese, le cui conclusioni possono essere sinteticamente rinvenute nel volume: *Le istituzioni della globalizzazione — Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, e nella 'voce' *Globalizzazione — Aspetti istituzionali*, in *Enciclopedia di scienze sociali*, vol. IX, Roma, Treccani, 2001. Buona parte delle riflessioni di questa conferenza devono una decisiva sollecitazione al volume sopra-citato che, per la sua rilevanza, ho voluto segnalare agli storici del diritto (cfr. P. GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 29 (2000), p. 551 ss.).

⁽⁶⁾ Cfr. *L'Europa delle reti*, a cura di A. Predieri e M. Morisi, Torino, Giappichelli, 2001; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari, Laterza, 2002; U. ALLEGRETTI, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Città Aperta, 2002.

nato a realizzarla. Con una freccia in più al proprio arco: l'alleanza e l'ausilio, pronti ed efficaci, delle recentissime tecniche info-telematiche. Anch'esse sono insofferenti a delimitazioni territoriali, si misurano non con i vecchi canoni spaziali ma campeggiano in uno spazio virtuale a cui è estranea avversa innaturale una qualsiasi demarcazione territoriale.

L'alleanza si cementa su una medesima capacità espansiva: nuove tecniche e forze economiche sono — se ci è permesso un neologismo orrendo — due potenze deterritorializzanti. Esse sono a proprio agio nello spazio virtuale che non ha specifiche proiezioni geografiche; pur cariche di valenze terrestri aleggiano sopra la terra e gli intralci di cui essa è gremita. Lo spazio virtuale creato dalle nuove tecniche sembra fatto apposta per le forze economiche che — sole — sono in grado di abitarlo. Le tecniche avveniristiche dell'oggi offrono un supporto formidabile all'odierno primato dell'economia e agli odierni protagonisti del mercato, le *transnational corporations*, mentre provocano il declino dello Stato e, con esso, della politica.

Lo spazio virtuale è inadatto alla politica (7), la quale ha bisogno di proiezioni territoriali, ha bisogno di incarnarsi in enti sovrani, in Stati, perché lo spazio virtuale sfugge ai lacci politici, non si lascia dominare da questi. Si può anche ipotizzare una proiezione mondiale della politica ma quella si risolverà sempre in una somma di territori perché il potere politico si concreterà sempre in autorità, in comandi, in coazioni.

Primato dell'economia, dunque, e delle nuove tecniche; declino degli Stati e delle sovranità. Allo storico è facile ricordare quanto, nel tardo medioevo, si dovette ai nuovi intraprendenti mercanti professionisti per superare l'estremo particolarismo politico così avverso alla circolazione e alla espansione economiche, e per creare strutture politiche più ampie e comprensive. Allora i mercanti dettero un contributo non secondario alla costruzione di quell'entità politica tutta nuova che è lo Stato, lo Stato moderno; oggi i nuovi mercanti sembrano, al contrario, far di tutto per sbarazzarsene. Climi storici diversi e difficoltà comparative di esperienze troppo lontane: il dato accomunante è la carica espansiva di sempre delle forze economiche.

(7) Un'ottima sintesi è stata recentemente offerta da C. GALLI, *Spazi politici — L'età moderna e l'età globale*, Bologna, Il Mulino, 2001.

4. Abbiamo messo a punto un primo elemento: globalizzazione significa deterritorializzazione; di conseguenza, significa anche primato dell'economia a tutto detrimento della politica; di più, significa eclisse dello Stato e della sua espressione più speculare, la sovranità. Questo serve egregiamente per introdurci a cogliere con precisione il rapporto globalizzazione-diritto.

Sì, perché il diritto moderno, quello cui siamo stati abituati fino a ieri, era modellato dalla politica, sulla politica si era esemplato, a stampi politici si era conformato. Spieghiamoci meglio. La storia giuridica moderna si caratterizza per una scelta innovatrice: la statualità del diritto. L'intelligentissima classe borghese, conquistato che ebbe il potere, capì quale solido cemento fosse il diritto per il compiuto esercizio di quello e ne decise il controllo. Di più: ne sancì il monopolio nelle mani dello Stato, facendone l'unico creatore di diritto.

Il paesaggio giuridico che ne conseguì fu estremamente semplice. Il complesso scenario giuridico dell'antico regime fu sottoposto dalla Rivoluzione (e dallo Stato che ne derivò) a una riduzione drastica: l'unico attore fu lo Stato e unica voce la sua, cioè la legge, cioè l'atto che manifestava la sua volontà suprema, volontà che aveva ovviamente uno spazio di efficacia ristretto al territorio dove la sovranità statale si proiettava.

Identificandosi il diritto in una norma autorevole ma autoritaria che pioveva dall'alto sulla comunità dei cittadini ed avendo il diritto una funzione rigorosissima di controllo sociale, l'ordine giuridico ne risultò come ingabbiato. Era diritto solo ciò che lo Stato voleva che fosse diritto: le forme in cui questo si manifesta nella esperienza — forme che noi giuristi siamo soliti con tradizione antica chiamare 'fonti' — erano immobilizzate in una sorta di *piramide*, cioè in una scala gerarchica dove una funzione attiva era riserbata unicamente alla fonte di grado superiore, la legge, restando le fonti subalterne (per esempio, la vecchia matrice dell'ordine giuridico prerivoluzionario, la consuetudine) relegate in posizione ancillare senza nessun ruolo incisivo; il diritto, proprio perché voluto dall'alto e in base a un progetto disegnato in alto dai detentori del potere, era inevitabilmente destinato a formalizzarsi separandosi dai fatti sociali ed economici in continuo divenire.

Ai miei studenti fiorentini io evoco sempre l'immagine solleci-

tante della rete dei pescatori. L'ordine giuridico può essere correttamente pensato come una rete, la quale è immaginabile a maglie larghe o larghissime setacciando assai poco e consentendo una immissione massiccia dall'esterno, ma può anche avere delle maglie minime filtrando rigorosamente rispetto all'esterno. Non v'è dubbio che il cosiddetto diritto borghese è una rete a maglie strettissime; il filtraggio è rigoroso; nettissimo il confine tra i fatti, i fatti economici e sociali, e il diritto.

Al mondo dei fatti è legittimato a guardare solo il legislatore, che si identifica sempre con il detentore del potere; è lui e unicamente lui che, maneggiando cultura morale giustizia politica economia, trasformerà tutto in diritto. Alla società resta soltanto da sperare che le esigenze oggettive scritte nelle cose non siano troppo strumentalizzate dal potere e pertanto alterate o violate. Il genuino diritto moderno si fonda su tre semplicissimi pilastri portanti: Stato, legge, territorio. E il diritto, divenuto una dimensione rigida e formale, si scosta e si separa dal sociale e dalla sua insopprimibile storicità.

Aveva ragione il filosofo del diritto Giuseppe Capograssi che, ricordando i suoi anni di studente universitario negli anni Dieci del secolo passato, esce in questa esclamazione: "Tutto era allora così semplice!"⁽⁸⁾. Credo che si possa integrare la valutazione aggiungendo: troppo semplice, epperò semplicistico. E infatti, per lo storico del diritto, il corso del Novecento, secolo di insoddisfazioni sempre più affioranti e quindi secolo di crisi delle prefabbricate certezze borghesi, è il lungo periodo in cui non si è più paghi di limitare lo sguardo all'apparato statale e restarne saziati, in cui lo sguardo si sposta sempre più alla società, alle sue strutture, alle sue complesse sedimentazioni; è il lungo periodo della lenta ma continua riscoperta della complessità; con un processo inevitabile: dalla complessità del sociale alla complessità del giuridico; con un risultato altrettanto inevitabile: la crisi dello Stato.

Il Novecento registra gli scossoni più gravi per il sublime edificio dello Stato borghese e ben possono fungere quasi da cippi confinari due pubblicazioni di due sensibili e colti giuristi, che assumono questa visione come di fondo: la prolusione pisana di

⁽⁸⁾ G. CAPOGRASSI, *Il problema di V. E. Orlando* (1953), ora in *Opere*, Milano, Giuffrè, V, p. 359.

Santi Romano del 1909 dedicata a 'Lo Stato moderno e la sua crisi' ⁽⁹⁾, il volume di Sabino Cassese, apparso in questo primo avvio del 2002 ⁽¹⁰⁾, che reca seccamente quale titolo 'La crisi dello Stato'. La quale non è una crisi indolore. Il grande burattinaio inventato dai moderni è creatura dura a morire, e lo dimostra l'estrema fatica con cui si cerca di costruire l'unità giuridica europea, di pensare e redigere una Costituzione europea. Noi formuliamo gli auguri più caldi alla *Convention* appena formata e presieduta da Valéry Giscard d'Estaing, ma non è avventato preconizzare una vita lunga e stentata, lunga perché stentata.

5. Abbiamo ora qualche strumento per mettere meglio a fuoco il grado di incidenza della globalizzazione sull'universo giuridico.

Questo ne esce, se non sconvolto, certamente complicato, reso maggiormente complesso. Infatti, globalizzazione — per il giurista — significa rottura del monopolio e del rigido controllo statale sul diritto. Se ieri il legame, il vincolo, tra diritto e volontà politica aveva quasi i caratteri della necessità, ora la virulenza e la capacità di imperio delle forze economiche impongono altre fonti di produzione.

Il legislatore statale è lento, distratto, bassamente pronò alle voglie dei partiti politici; la giustizia statale non è in grado di corrispondere alle esigenze di rapidità e di concretezza della prassi economica. Si aggiunga che Stato e giustizia statale si collocano ancora in un'ottica territoriale, che è asfittica per la circolazione capitalistica ormai globale.

La prassi economica si fa produttrice di diritto: la nuova economia e le nuove mirabolanti tecniche esigono arnesi giuridici nuovi irreperibili nel solco della bimillenaria tradizione romanistica radicata fundamentalmente sulla nozione di cosa corporale, una nozione che a fine Novecento appare paleolitica ai contemporanei uomini di affari. Ci sono esigenze giuridiche nuove e si 'inventano' strumenti giuridici nuovi atti a ordinare la nuova circolazione globale.

È quel complesso di istituti, che galleggiano sul tessuto degli or-

⁽⁹⁾ SANTI ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi* — *Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969.

⁽¹⁰⁾ S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, cit..

dinamenti giuridici dell'Europa continentale ancora coi loro intatti appellativi inglesi — *leasing, factoring, franchising*, e via dicendo —, che i legislatori europei tardano ad accogliere e disciplinare o che si guardano bene dal disciplinare, e che denunciano nei loro barbarismi una origine lontana. Ai fini della nostra conferenza, quel che preme di sottolineare con forza è che la prassi economica (in prima linea soprattutto le grandi *transnational corporations* e soprattutto nordamericane o di irradiazione nordamericana), con l'ausilio di attrezzatissimi consulenti legali (in prima linea soprattutto le grandi imprese professionali, le *law firms*, e soprattutto nordamericane o di irradiazione nordamericana) producono per i loro scopi e nel loro ambito un diritto nuovo, il quale, nella eventualità di una controversia, non troverà tutela e quindi possibilità di applicazione grazie ai giudici degli Stati e alle loro sentenze bensì grazie ad arbitri e a decisioni arbitrali, ossia a giudici e giudizi privati accettati dalle parti sin dal momento di sottoscrizione del contratto. Arbitri: cioè giudici privati, quasi sempre dei grandi giuristi scelti per preparazione cultura sensibilità e forniti di un prestigio a livello internazionale.

Preme insistere su un risultato: accanto al grande canale navigabile e navigato del diritto dei vari Stati o del diritto comunitario o del diritto internazionale, prendon forma in maniera sempre più netta altri canali che corrono paralleli e che diventano sempre più navigati. Si attuano grosse breccie nel monopolio giuridico statale, giacché, ormai, i soggetti produttori sono plurali e plurali le fonti del diritto.

Di più: se il diritto moderno può considerarsi un diritto interamente pubblicizzato, dal momento che lo Stato si preoccupa perfino della disciplina dei rapporti privati nella vita quotidiana dei privati (l'esempio clamoroso è il Codice civile), con il diritto della globalizzazione si ha nuovamente (come si aveva nell'antico regime pre-rivoluzionario) un diritto privato prodotto da privati.

Dunque, due risultati storicamente ragguardevoli (anche se possono essere variamente considerati e valutati): pluralismo giuridico, perché pluralità di fonti; re-privatizzazione di larghe zone del pianeta giuridico.

6. Andiamo oltre.

Abbiam detto — e con molta ragione — che il diritto statale

borghese, accanto al suo essere legalista, era anche formalista; conseguenza ovvia del forte controllo cui era sottoposto il trapasso dai *facta* allo *ius*. Lo Stato realizza perfettamente un simile controllo proponendo dei modelli e condizionando il crisma della giuridicità alla loro pedissequa osservanza. Il grande principio fondativo che percorre il diritto borghese è infatti quello di *validità*, vocabolo che nel linguaggio tecnico dei giuristi esprime proprio la corrispondenza di atti privati a un modello generale e soprattutto autorevole (si potrebbe tranquillamente aggiungere: soprattutto autoritario). Se il privato vuol vivere giuridicamente una vita tranquilla, non ha che da seguire i modelli proposti, percorrendo soltanto i sentieri *tipici* che sboccano con sicurezza in quel risultato cospicuo che è la rilevanza giuridica (altri sentieri devianti — e pertanto malsicuri — hanno di fronte il probabile batarro della irrilevanza, o, più ancora a fondo, della illiceità).

Se questo è, ne discende un pregevole carattere sistematico: si tratta di un diritto voluto e pensato in alto, frutto di un grande progetto, assolutamente purificato da scorie e pertanto ridotto a un ammirevole castello formale, una sorta di castello murato verso l'esterno. E si capisce che uno dei più dotati giuristi del Novecento europeo, munito senza dubbio di notevole forza speculativa ma ben inserito nella coiné giuridica borghese, sia riuscito a costruire una vera e propria 'reine Rechtslehre', come recita l'intitolazione del suo libro più noto e più celebrato ⁽¹¹⁾.

Il diritto della globalizzazione non è puro né intende essere puro: la purezza non rientra fra le sue finalità, ma piuttosto la messa in opera di strumenti azzeccati ed efficaci di immediata utilità per gli operatori economici. Qui non è la validità che domina, bensì il suo contrario, cioè l'effettività; non la coerenza a un modello forte, perché il modello centralizzato e filtrante manca e si ha piuttosto un pullulare di modelli che nascono e muoiono nella incandescenza della prassi e che rappresentano non già l'esplicazione di un pro-

⁽¹¹⁾ Ogni giurista sa che il riferimento è al grande giureconsulto austriaco Hans Kelsen; il volume celebratissimo è: *Reine Rechtslehre — Einleitung in der rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig, Deuticke, 1934, che avrà in seguito molte edizioni e traduzioni.

getto autoritario ma coagulazioni esprimenti esigenze effettive nella concretezza della vita quotidiana.

Effettività significa per l'appunto questo: un *fatto* è così azzeccato, è così congeniale agli interessi degli operatori economici che essi lo ripetono, lo osservano, e non perché sia uno specchio fedele di qualcosa che sta in alto ma perché ha in sé una forza (e, se vogliamo, una capacità persuasiva) che lo rende meritevole di osservanza e, quindi, di vita durevole.

Qui il filtro non c'è e non ci deve essere: sono i fatti economici che contano; e contano così come sono: grezzi, informi, carichi di scorie che le pratiche quotidiane vi depositano e che sono da considerarsi rispettabili perché, nella loro a-formalità e plasticità, possono egregiamente rispondere alle variazioni del mercato secondo i vari tempi e luoghi. Se la dialettica 'tipico-atipico' ha percorso il diritto borghese moderno e la sua modellistica, si può invece constatare che i canali del diritto globalizzato sono il regno incontrastato della atipicità (in altre parole, del fattuale).

7. Andiamo ancora oltre.

Proprio perché legale e formale, il diritto statale moderno cala e si seppellisce sempre in un testo. Noi giuristi sappiamo bene come da questo spasimo di *testualità* e da questa ingabbiatura in *testi* sia uscita malridotta la vecchia fonte primigenia, la consuetudine; come manifestazione particolaristica, come voce saliente dal basso, come voce che resta voce con tutto il suo carico di incertezza e di elasticità, è certamente la meno controllabile delle fonti, la più irriducibile; e l'impietoso diritto statale moderno non ha mancato di trarne rigorose conseguenze consentendo sostanzialmente soltanto una consuetudine *secundum legem*, che, ripetendo quanto il legislatore aveva già fissato, era devitalizzata quale fonte e soprattutto resa innocua.

Il diritto dello Stato esige la scrittura, deve diventare testo: perché è autoritario, perché si concreta in un comando (con previsioni precise nella ipotesi di disobbedienza), perché il comando deve essere obbedito e lo può essere unicamente se è chiaro e certo. L'acme di questo processo testualizzante, che progredisce e si ingigantisce per tutto l'itinerario del diritto moderno, è il *Codice*, il grande movimento di codificazione generale che si matura e si

consolida per tutto il secolo XIX e di cui prima e compiutissima manifestazione è la codificazione napoleonica in Francia ⁽¹²⁾.

‘Codice’ significa la grande utopia e la grande presunzione da parte di un legislatore (un legislatore reso presuntuoso dalla legolatria illuministica) di poter racchiudere l’universo giuridico in un testo, sia pure articolatissimo e sensatissimo; a grattare un po’ più a fondo, si scopre quello che è il nodo riposto di tutta l’operazione, e cioè l’esercizio di un controllo rigoroso sulla produzione del diritto. Il diritto è diventato realtà durissima e rigidissima; ridotto ad ammirevole sistema, è logico, certo, chiaro, perciò ineludibile.

Quale spazio viene consentito al giurista, sia esso teorico o pratico? Ovviamente, uno spazio nullo, giacché il giurista non può che scompigliare questo ordine predeterminato, portatore com’è di istanze che possono essere incontrollate e incontrollabili. Ai miei uditori non-giuristi io segnalo che, nella lunga storia giuridica dell’Europa continentale, per ogni legislatore di rispetto scienziati del diritto e giudici hanno costituito il peggiore degli incubi proprio per le loro capacità tecniche idonee a sfaldare la puntigliosa edificazione legislativa.

Atteggiamento che trova nel diritto moderno l’esaltazione massima. Ai giuristi è riservata soltanto l’esegesi, e di una ‘*école de l’exégèse*’ si parla precisamente per quella Francia post-napoleonica che vive in tutto il suo spessore ideologico il panlegalismo dei moderni. Esegese è nozione presa a prestito dai teologi e ben si addice a chi maneggia un testo ritenuto sacro e perciò oggetto di venerazione e non di alterazione. L’esegese ben si addice a chi maneggia il Codice, perché gli è permesso solo di spiegare e chiarire una volontà suprema facendo uso unicamente di strumenti logici; e si è rispolverato in campo giuridico il vecchio sillogismo aristotelico con il suo meccanismo inchiodante: *doctor iuris* e giudice non hanno, di fronte al testo normativo, altro spazio che quello — minimo o nullo — del procedimento sillogistico.

(12) Chi avesse voglia di saperne di più potrebbe consultare con profitto un recente volume, che raccoglie le significative riflessioni di parecchi giuristi sul problema della codificazione del diritto. Cfr. *CODICI — Una riflessione di fine millennio* — Atti dell’Incontro di studio — Firenze 26/28 ottobre 2000, Milano, Giuffrè, 2002.

Sono cose note agli addetti ai lavori, ma ritengo che possano essere utili alla stragrande maggioranza dei miei uditori ai fini di una retta comprensione del nostro tema. Ne risulta netta la comparazione-opposizione con gli atteggiamenti globalizzatori: in questi non v'è nessun spasmo testuale, anzi, il diritto si contraddistingue qui per una marcata oralità. Si rifugge da quanto appariva lo scopo primo del diritto statutale: la rigidità.

Sviluppando quel che si diceva più sopra parlando del formalismo, una virtù della regola giuridica è qui ritenuta la sua flessibilità, cioè la sua capacità di adattamento alle situazioni più varie. È una prassi che crea diritto, e lo crea per i suoi bisogni, i quali, connessi strettamente al mercato e al suo evolversi, connessi strettamente alle nuove tecniche ormai insostituibili per il mercato globale e in rapidissima continua innovazione, sono estremamente mutevoli. Qui la fissità, il Codice come emblema massimo di una fissità indefinita pensabile addirittura come perpetua, è un negativo da evitare ad ogni costo.

È, in fondo, la stessa concezione normativistica (tuttora imperiosa nella scienza giuridica dominante) ad esser messa in discussione. Quella concezione era una sorta di imbuto a bocca stretta: il giuridico si identificava in una serie di comandi autorevoli (chiamiamoli più tecnicamente norme); le norme trovavano il loro modello ma — ancor più — il loro modo efficace di manifestarsi nella legge (norma di ogni norma), e si bandiva con decisione ogni ipotesi di flessibilità. Non insegniamo forse noi, ancora oggi, ai nostri studenti novizii che astrattezza generalità rigidità sono i caratteri della legge? E non insegniamo che il *civis*, questo povero interlocutore, vera vittima immolata del potere, ne è il destinatario passivo?

Ma il *civis* si inserisce come *subditus* al di sotto dell'apparato statutale, mentre il protagonista del mercato è semplicemente l'*homo oeconomicus* distinguibile e classificabile nella elementare scansione di produttore, distributore, consumatore; per lui la norma giuridica — di cui ha bisogno, di cui non può fare a meno — è qualcosa di ben diverso dalla legge statutale. È più una regola, un principio, sempre all'insegna della duttilità.

Come fluidi sono quegli istituti novissimi dal barbarico nome inglese — che ricordavamo più sopra —, creature di prassi e che la prassi non vuole immobilizzare in schemi rigidi. L'esempio del

Franchising, uno dei più diffusi e funzionali nell'attuale vicenda economica, proprio per il suo carattere di schema contrattuale latissimo che lega in un rapporto collaborativo produttore e distributore, si presta alla perfezione a ordinare giuridicamente il ganglio più vitale della matura economia capitalistica — la distribuzione, appunto — a condizione che, come istituto giuridico, si mantenga quale contenitore aperto e disponibile. Non giovano i comandi scritti, non giovano nella loro nettezza ultimativa.

A questo nuovo mondo giovano regole e principii come segni d'una giuridicità che rifiuta l'ossificazione. Lo dimostrano quei 'Principles' regolanti a livello transnazionale le linee essenziali dei contratti, che da poco, grazie all'opera di tecnici prestigiosi e rispettati, sono un patrimonio cui attingere ⁽¹³⁾. Si rifletta per un momento: il nucleo fondamentale, il più delicato e il più propulsivo del diritto globalizzato, i contratti, ossia il supporto giuridico del mercato, abbisognano di principii ordinanti e non di ingessature normative.

È per ciò che la vecchia immagine della *piramide*, speculare al vecchio sistema normativo, viene sostituita da un'immagine che non èvochi necessariamente una sgradita scansione gerarchica; e i sociologi del diritto — ma anche i giuristi più all'avanguardia sulle nuove trincee — parlano di *rete*, in un senso ben diverso da come l'abbiamo invocata noi per concretizzare l'idea di filtro tra fatti e diritto, nel senso cioè di sostituire all'immagine piramidale potestativa autoritaria quella di un sistema di regole non poste l'una sopra o sotto l'altra, bensì sullo stesso piano, legate l'una all'altra da un rapporto di reciproca interconnessione ⁽¹⁴⁾. Regole che non troveranno la loro legittimazione in un'unica fonte suprema immedesi-

⁽¹³⁾ Ci riferiamo in modo particolare a due grosse iniziative recentissime: l'una patrocinata dal romano 'Istituto per l'unificazione del diritto privato' (UNIDROIT) per i contratti commerciali (v. *Contratti commerciali internazionali e principi UNIDROIT*, a cura di M. J. Bonell e F. Bonelli, Milano, Giuffrè, 1997), l'altra, frutto della 'Commissione per il diritto europeo dei contratti' presieduta dal giurista danese Ole Lando (v. *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, versione italiana a cura di C. Castronovo, Milano, Giuffrè, 2001).

⁽¹⁴⁾ Gli interventi in proposito sono ormai molti. Tutto il movimento tendenziale è ben ricostruito in: F. OST-M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2000.44.

mata in chi detiene il supremo potere politico, ma il più delle volte in un moto spontaneo di quella realtà varia e mobile che è il mercato.

Senza ipostatizzazioni gerarchiche, uomini di affari, grandi tecnici empirici delle grandi imprese professionali giuridiche, grandi teorici del diritto sono parimente coinvolti nella produzione del plastico diritto globalizzato, tutti coautori, tutti protagonisti. È la rivincita del giurista empirico e teorico.

8. Andiamo ancora oltre.

La globalizzazione complica il paesaggio giuridico. Già sul piano del diritto ufficiale, per un naturale sviluppo delle istituzioni e della mentalità giuridiche quale conseguenza di profonde mutazioni politiche e sociali, si erano avute complicazioni inevitabili scompigliando un po' le linee del semplicissimo progetto giuridico moderno. Si pensi, tanto per restare a casa nostra, come si sia complessizzato l'ordinamento giuridico italiano con l'adozione nel 1948 di una Costituzione rigida, e nei decenni successivi con l'inserimento sempre più condizionante nella Comunità Europea: alla vecchia legalità, che faceva capo al legislatore ordinario, si aggiungono e si sovraordinano gradi prima inimmaginabili di legalità, quella costituzionale e quella comunitaria, gradi di legalità — per giunta — che si concretano in norme dalla qualità ben diversa dalla formalizzata legge ordinaria.

Una complicazione di valenza nuova è però creata dai fenomeni globalizzatorii. Qui non è lo Stato che progetta o accetta nuove forme di organizzazione giuridica, ma qualcosa che avviene al di là dello Stato (se non contro lo Stato). Forze private, soprattutto forze economiche si danno a produrre diritto. E il binario giuridico si fa almeno doppio. Resta, ovviamente, l'impalcatura ufficiale con le sue leggi, i suoi regolamenti, i suoi ufficiali di polizia, i suoi giudici, ma — accanto — si disegna un binario nuovo con sue fonti produttrici, suoi strumenti, suoi istituti, suoi giudici privati (arbitri).

Guardando a tutto questo fenomeno con occhi ancora malati di statalismo giuridico, si tratta di agitazioni irrilevanti. Lo storico ha però il dovere di segnalare che ben spesso agitazioni, che sembravano puramente fattuali ma che esprimevano esigenze esistenti *in re ipsa*, abbozzavano già sviluppi futuri, erano già — in qualche misura — un primo disegno del futuro. Oggi si sente parlare fittamente di

lex mercatoria a proposito dei nuovi istituti sopra segnalati, con palese riferimento al maturo medioevo quando, in un tempo di sviluppo commerciale e marittimo europeo, un ceto intelligente di mercanti cominciò a coniare quell'insieme tutto nuovo di assetti giuridici che siamo soliti chiamare 'diritto commerciale'. L'accostamento di due realtà storiche profondamente diverse è rischioso (anche perché il mercante medievale non ha alle sue spalle l'ingombrante Stato moderno), ma coglie nel segno quando mette a fuoco due movimenti di prassi, originati dal basso, dalla fucina della vita economica; li mette a fuoco e li valorizza per quel che sono nella effettività dello sviluppo storico.

Guai a noi se guardassimo con sufficienza, dal sommo della altura dello Stato, il gran daffare della prassi. Noi giuristi dobbiamo abituarci, dopo secoli di pigro adagiamento in un osservatorio comodo ma unilaterale, a deporre questo atteggiamento partigiano che rischia di torcere il nostro collo e distorcere il nostro sguardo, per acquisire una contemplazione compiuta che ci restituisca tutta la ricchezza e complessità dell'universo giuridico: che è — ripetiàmo ancora — perennemente in corsa, malgrado tutti gli sforzi per contenerlo o arrestarlo.

Noi non dobbiamo né possiamo misurare la giuridicità avendo in mano il solo metro fornito dallo Stato; dobbiamo, al contrario, rendere feconde ed effettive quelle intuizioni della scienza giuridica novecentesca che hanno teso a svincolare il diritto dall'apparato di potere statale e lo hanno collegato all'interesse della società civile. Con questo sguardo più comprensivo, più disponibile, in cui la giuridicità recupera il suo carattere essenziale di auto-ordinamento della società, cadono anche i pregiudizii che inducono molti giuristi alla diffidenza e alla sufficienza verso una componente — lo si voglia o non, ci piaccia o non — della storia giuridica contemporanea.

Certo, la riacquisizione della complessità giuridica (che la globalizzazione non pròvoca ma che sicuramente intensifica) rende più incerto, assai più incerto, il paesaggio; è, come si è intelligentemente affermato, "la radicalisation de l'incertitude" (15). Siamo al capo opposto di quel disegno geometrico, certissimo coerente armonico,

(15) Z. LAIDI, *La mondialisation ou la radicalisation de l'incertitude*, in *Etudes*, marzo 1997.

in cui i movimenti illuministici e post-illuministici avevano irrigidito il diritto⁽¹⁶⁾; né sorprende se da parte di qualche sociologo e giurista si fa riferimento alla teoria del caos elaborata dagli scienziati naturalisti per puntualizzare fenomeni non lineari, con un elevato numero di variabili e all'insegna dell'incertezza e imprevedibilità, non errori o devianze ma più semplicemente diversi da quelli tradizionalmente investigati dalla scienza sulla base dei canoni classici⁽¹⁷⁾.

È anche certa una conclusione. Oggi il giurista vive un momento fertile e difficile: fertile, perché il suo è ormai un ruolo attivo e propulsivo; difficile non soltanto per le gravi responsabilità che gravano sulle sue spalle, ma anche per quell'esteso quoziente di incertezza che involve la sua azione conoscitiva-applicativa.

9. Andiamo ancora oltre.

C'è una dimensione squisitamente culturale (cioè di cultura giuridica) che la globalizzazione investe, e di cui non si deve tacere. Concerne una ragguardevole immissione di valori culturali proprii del mondo di *common law* nel nostro mondo di *civil law*.

Per il non-giurista è una affermazione che ha bisogno di un doveroso chiarimento. Con la indicazione 'mondo di *civil law*' si intende contrassegnare il diritto dell'Europa continentale e delle sue colonie, marcato nella sua storia giuridica dal solco profondissimo della Rivoluzione francese, un solco in forza del quale si relega in soffitta tutti i valori giuridici del medioevo e dell'antico regime, si sposa pienamente la statualità del diritto, l'identificazione di questo nella legge, la codificazione. È il mondo cui ancor oggi l'Italia giuridicamente appartiene. Accanto, pianeta distaccato con una sua storia appartata, il mondo di *common law*, che ha per proiezione la grande area geografica dell'Inghilterra e delle sue colonie, che non ha vissuto sulla sua pelle la vicenda sconvolgente e innovativa della Rivoluzione, che vive ancora una perfetta continuità con i vecchi

⁽¹⁶⁾ La globalizzazione come l'esatto contrario di un sistema logico, come il 'grande decostruttore giuridico' (si veda sul punto G. TEUBNER, *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, Napoli, La città del sole, 1999).

⁽¹⁷⁾ Da ultimo, cfr. F. G. PIZZETTI, *Internet e la natura 'caotica' del diritto giurisprudenziale*, in *Politica del diritto*, XXXII (2001).

valori giuridici del medioevo inglese, che avverte come innaturale la statualità del diritto e la sua identificazione in un complesso di leggi, che ignora la grande avventura della codificazione, che affida — al contrario — il divenire del diritto ai tecnici competenti, ai giuristi, e tra questi soprattutto ai giudici che il sano empirismo anglosassone valorizza perché immersi nell'esperienza.

Tutto questo viene precisato per far capire che, ancor oggi, malgrado le osmosi prodotte dal fluire del tempo, *common law* e *civil law* costituiscono pianeti giuridici piantati su fondazioni diverse e portatori di diverse mentalità: due costumi giuridici, se non opposti, certamente assai diversificati. Se si pone attenzione per un attimo alla circostanza che globalizzazione è un vento invadente originato soprattutto dal Nordamerica angloide, si comincia a capire che quel vento, dal nostro punto di vista, non porta solo barbarismi e invenzioni nuove ma porta soprattutto in seno alla nostra realtà un tessuto giuridico impregnato di mentalità, costume, valori giuridici propri e naturali al pianeta d'origine ma estranei e dissonanti per il nostro.

Nel canale parallelo del diritto della globalizzazione circola una cultura giuridica che, in prevalenza, non è la nostra. Sottolineiamo unicamente un punto, per non allungare troppo il nostro discorso: il ruolo attivo, incisivo, determinante che vi ha il giurista — teorico ed empirico — e che fa spicco rispetto alle diffidenze, alle minimizzazioni, alle riduzioni servili primeggianti invece nella nostra tradizione giuridica continentale; al contrario, diffidenze, minimizzazioni, quasi l'espunzione, per lo Stato legislatore, ritenuto incapace di interpretare fattivamente le richieste della prassi. Tutto questo altro non è che l'assorbimento d'una mentalità e d'un costume che sono quelli del pianeta di *common law*, secondo i quali il diritto è cosa non da politici ma da giuristi.

Da un punto di vista culturale, il vecchio legalismo formalista massicciamente osservato e accuratamente mitizzato nel pianeta di *civil law* riceve dal contatto coi filoni globalizzatori un respiro più aperto e uno stimolo a parecchi ripensamenti essenziali.

10. Aperture, stimolazioni. Il quadro sin qui tracciato sembra indulgere a una valutazione positiva del rivolgimento in corso e, in particolare, della crisi attuale che investe il cuore del diritto di un paese — come il nostro — a impostazione legalitaria.

Una prima considerazione: lo storico è soprattutto un realista; il movimento c'è e c'è la crisi, l'uno e l'altra insopprimibili. Prenderne atto senza pigrizie culturali, senza misoneismi, senza pre-giudizii che affondino nella mitologia e, più sotto, nell'ideologia è dovere elementare del giurista proprio come uomo di cultura.

Al di là di questo, v'è un dato obbiettivo da cogliere con favore: si è venuta a creare una dialettica tra valori e culture diversi. Il generale sopore e l'appagamento dei luoghi comuni ne risultano scossi. Il diritto ufficiale, fino a ieri beato di un indiscusso monopolio, è costretto a un confronto e — prima o poi — a una verifica delle proprie fondazioni, quasi a un esame di coscienza (se mi si passa l'espressione). Tutto questo appare positivo allo storico, che conosce i danni dell'immobilismo culturale e sa bene quanto di futuro si nutra nelle vivaci contrapposizioni dialettiche. Sotto questo profilo il tema della globalizzazione deve essere affrontato anche dal giurista: è una occasione preziosa da non perdere, da cui lo stesso diritto ufficiale può trarre rinvigorimenti.

Guai però se questo atteggiamento di disponibilità si tramutasse in un facile entusiasmo e, cavalcando emozioni ed umori, in una accettazione acritica.

Più sopra abbiamo accennato alla arroganza della politica e dei politici, costata — a nostro avviso — assai cara per lo sviluppo del diritto moderno. Sacrosanta constatazione, che non deve però impedirci di aprire bene gli occhi sul fenomeno 'globalizzazione'.

Un diritto di prassi — abbiám detto —, che viene dal basso, dall'esperienza. Giustissimo. Ma non dimentichiamo quali sono le forze storiche protagonistiche e chi ne sono gli attori primari. Più che una prassi fatta da un popolo minuto di *homines oeconomici*, si tratta di una realtà economica determinata da chi, ormai, al giorno d'oggi, sollecita e indirizza il mercato globale, e cioè le *transnational corporations*, le grandi imprese multinazionali, molte delle quali — come abbiám già rilevato più sopra — di irradiazione nordamericana.

E qui cominciamo a inoltrarci in un terreno infido; qui la globalizzazione mostra la sua duplice faccia per il giurista; occasione, grossa occasione di maturazione e di aperture, ma anche grosso rischio. E il rischio sta nell'arroganza del potere economico, che non è minore di quella paventata del potere politico. Il rischio è la

strumentalizzazione della dimensione giuridica al soddisfacimento di interessi economici, spesso concretatisi — in un clima di capitalismo sfrenato — nel raggiungimento con ogni mezzo e ad ogni costo del maggior profitto possibile.

Nei confronti di questa arroganza le grandi *law firms*, i grandi competenti che fungono da supporto tecnico della globalizzazione, possono abbassarsi al rango servile di ‘mercanti del diritto’⁽¹⁸⁾ con un ruolo spregevole, rispetto alla modesta ma onesta esegesi d’un tempo, perché macchiato da una sorta di simonia. Questo è un rischio grosso. Si dirà: ma globalizzazione non è soltanto un fenomeno economico; sono a proiezione ed espansione globale anche le cosiddette ‘non governmental organizations’, cioè forme organizzative che si muovono in dimensioni religiose, culturali, sportive, assistenziali. Verissimo, ma non possiamo nascondere a noi stessi che questa globalizzazione estra-economica ha una rilevanza assolutamente minore e una minima incisività a livello giuridico. Sono, infatti, gli uomini di affari, assai più che gli sportivi, o gli uomini di chiesa e di cultura, a volere un diritto proprio e a provocare quello che è oggi il problema giuridico della globalizzazione.

I rischi non finiscono qui. A un esame puramente lessicale ‘globalizzazione’ vale ‘mondializzazione’; con questi termini si sottolinea cioè un fenomeno insofferente a localizzazioni, senza territorio definito, senza frontiere, autenticamente mondiale. È questa anche una delle sue valenze positive. Ma una domanda urge: siamo veramente di fronte all’emersione e all’assestamento di un movimento globale, o non siamo di fronte a una semplice espansione occidentale? Peggio ancora: all’interno di questa marcata occidentalizzazione non si rinviene forse — e nemmeno tanto nascosta — una marcata americanizzazione? Il che è grave in un momento in cui quel marchio di origine si identifica col pesante sfruttamento economico operato dalla superpotenza a danno di tanti paesi e in cui si avverte l’esigenza di misurarsi, a ogni livello, con una pluralità di culture e in cui si deve tentare ad ogni costo il disegno di una realtà, la quale è autenticamente globale unicamente se riesce a serbarsi autenticamente multiculturale, facendo tesoro di apporti che non vengono

(18) Si riecheggia il titolo di un recente volume francese tradotto anche in lingua italiana: Y. DEZALAY, *I mercanti del diritto*, Milano, Giuffrè, 1997.

solo dalla solita pingue stalla nordamericana ricolma com'è di vitelli grassi, ma dall'Europa, dall'Oriente medio ed estremo, dall'Africa.

Che fare da parte dei giuristi? Innanzi tutto, mi sembra che un imperativo non eludibile sia di rimboccarsi le maniche e occuparsene, senza ripugnanze derivanti da purismi formalistici, ma anche senza quei facili entusiasmi che sono sempre i peggiori consiglieri per gli uomini di cultura. Occuparsene, con la forza e il sussidio di due atteggiamenti psicologici positivi tanto difficili da armonizzarsi reciprocamente, e cioè coraggio e vigilanza. Occuparsene nel tentativo di ordinare un grandioso fenomeno, di impedire o attenuare facili degenerazioni. Occorrerà una coscienza legante che manca alla diàspora mondiale dei giuristi: non la coscienza legante di un ceto, perché fuorviante, posto che l'ottica dovrebbe essere ben lontana da fini corporativi, ma la consapevolezza di uomini di scienza e di prassi accomunati dal possesso di un certo pensiero, di certe conoscenze, di certe tecniche e uniti dalla certezza del valore ontico del diritto per la vita d'una comunità locale o globale. Questa coscienza salda e comune quale unica armatura dei giuristi potrebbe anche generare degli organismi a proiezione mondiale necessari per fissare e definire principii e regole ⁽¹⁹⁾. Talune esperienze dimostrano che si tratta di strade erte e difficili ma non di chimere per ingenui sognatori ⁽²⁰⁾.

V'è oggi per il giurista uno spazio che egli è chiamato a percorrere, opponendo paolinamente la sua speranza contro ogni tentazione disperante: 'contra spem in spem credit' (Rom., 4, 18).

⁽¹⁹⁾ Un ruolo rilevante dei giuristi è previsto anche da chi, in una diversa ottica, pensa a istituzioni giudiziarie internazionali quali espressione della *Weltrepublik* (è la tesi di O. HOFFE, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, München, Beck, 1999).

⁽²⁰⁾ Come dimostrano i riusciti esperimenti in tema di contratti citati alla nota 13. Sul piano processualciviltistico si deve segnalare l'incarico da parte dello 'American Law Institute' a protagonisti della scienza giuridica per la redazione di un 'codice' processuale per le transazioni commerciali internazionali (v. M. TARUFFO, *A Project of Rules for Transnational Litigation*, in *The Unification of International Commercial Law*, a cura di F. Ferrari, Baden-Baden, Nomos, 1998).

ASPETTI GIURIDICI DELLA GLOBALIZZAZIONE ECONOMICA (*)

1. Il tema della prolusione segnala la lungimiranza del nostro impareggiabile Presidente, autentico rifondatore di questo pluriscolare sodalizio; si tratta, infatti, di un tema immerso nel presente ma proiettato nel futuro.

È un privilegio non nuovo per la nostra Istituzione: da giurista, mi piace almeno ricordare le ricche dispute sul contratto basilare della vecchia economia agraria toscana, la mezzadria classica, dispute antesignane che si originano e si sviluppano nel clima culturalmente vivacissimo della prima metà dell'Ottocento, quando le aule dei Georgofili costituivano — nella completa assenza di un polmone universitario — il centro della intera cultura fiorentina.

È una vivacità culturale, di cui oggi gode la Accademia sotto la vigile ma insieme coraggiosa Presidenza di Franco Scaramuzzi, ed è per ciò che ho ritenuto un autentico onore per me l'invito a tenere la prolusione in una ricorrenza celebrativa di tanto rilievo.

Vorrei aggiungere che il tema del presente discorso è tutt'altro che isolato: era sostanzialmente il nucleo della prolusione dell'allora Ministro Dini, del 1998, su "L'agricoltura di fronte alle sfide dell'economia globale" e ha costituito l'oggetto formale di quella tenuta nel 2000 dall'ambasciatore Renato Ruggiero su "Globalizzazione e interdipendenza".

Si dirà, piuttosto, da qualcuno: perché questa insistenza? Non se ne parla abbastanza dappertutto e perfino sulla stampa quotidiana, tanto da far scivolare il tema nella bassa corte dei luoghi comuni? Una prima risposta è che se ne parla troppo spesso senza cognizione di causa e che occorre da parte dell'uomo di cultura munirsi di

(*) Si pubblica il testo della Prolusione tenuta il 22 marzo 2003 per l'inaugurazione del 250° anno di vita della Accademia dei Georgofili.

coscienza rigorosamente critica verso un fenomeno che sempre più ingigantisce. Una seconda risposta — e che mi riguarda da vicino — è che se ne è parlato analizzando soprattutto le dimensioni economica e sociologica, mentre è rimasta finora in ombra la sua dimensione strettamente giuridica.

Eppure, v'è la sentita esigenza di una 'governabilità', di una 'migliore governabilità del sistema globale', e proprio nella sopramenzionata prolusione di Ruggiero è scritto e sottolineato l'auspicio di "una strategia comune... per rafforzare un sistema internazionale basato sul diritto" ⁽¹⁾. Oggi, la globalizzazione, quale enorme fenomeno in corso soggetto a continui sviluppi e a rilevanti continue trasformazioni, appare ancora come un terreno di sabbie mobili estremamente bisognoso di un intervento da parte della scienza giuridica, scienza tipicamente ordinante, l'unica che possa orientare, definire, insomma ordinare una realtà per sua natura magmatica, straboccante, spesso incontenibile.

2. Per cominciare subito il nostro cammino ordinativo, è opportuno sgombrare il passo da equivoci, domandandoci il significato primo della globalizzazione: il riferimento è ad un tempo storico — l'attuale — che si connota per un primato della dimensione economica quale risultato ingombrante del capitalismo maturo che stiamo vivendo; un primato che dà alle forze economiche una virulenza mai sperimentata fino ad ora e una insopprimibile tendenza espansiva. Il mercato appare, come non mai, insofferente a confinazioni spaziali, forte di una sua vocazione globale e determinato a realizzarla. Con un corroboramento ulteriore: l'alleanza e l'ausilio, pronti ed efficaci, delle recentissime tecniche info-telematiche. Anch'esse sono insofferenti a delimitazioni territoriali, si misurano non con i vecchi cànoni spaziali ma campeggiano in uno spazio virtuale a cui è estranea, avversa, innaturale una qualsiasi demarcazione territoriale.

L'alleanza si cementa su una medesima capacità espansiva: nuove tecniche e forze economiche sono due potenze de-

⁽¹⁾ R. RUGGIERO, *Globalizzazione e interdipendenza*, in *I Georgofili*, s. VII, XLVII (2000), p. 52. È lo stesso Ruggiero che parla, come si accenna nel testo, alla esigenza di governabilità del sistema economico globale.

territorializzanti. Esse sono a proprio agio nello spazio virtuale che non ha specifiche proiezioni geografiche; pur cariche di valenze terrestri, aleggiano sopra la terra e gli intralci di cui essa è gremita. Lo spazio virtuale creato dalle nuove tecniche sembra fatto apposta per le forze economiche che — sole — sono in grado di abitarlo. Le tecnologie avveniristiche dell'oggi offrono un supporto formidabile all'odierno primato dell'economia e agli odierni protagonisti del mercato, le *transnational corporations*, mentre provokano il declino dello Stato e, con esso, della politica.

Lo spazio virtuale è inadatto alla politica ⁽²⁾, la quale ha bisogno di proiezioni territoriali, ha bisogno di incarnarsi in enti sovrani, in Stati, perché lo spazio virtuale sfugge ai lacci politici, non si lascia dominare da questi. Si può anche ipotizzare una proiezione mondiale della politica ma quella si risolverà sempre in una somma di territori, perché il potere politico si concreterà sempre in autorità, in comandi, in coazioni.

Primato dell'economia, dunque, e delle nuove tecniche; declino degli Stati e delle sovranità. Era buon profeta Jean Monnet, uno dei padri dell'unità europea, quando, nei suoi lucidi 'Mémoires' ammoniva: "les nations souveraines du passé ne sont plus le cadre où peuvent se résoudre les problèmes du présent" ⁽³⁾.

3. Ecco, dunque, un primo elemento prezioso: globalizzazione significa de-territorializzazione; di conseguenza, significa anche primato dell'economia a tutto detrimento della politica; di più, significa eclisse dello Stato e della sua espressione più speculare, la sovranità. Questo serve egregiamente per introdurci a cogliere con precisione il rapporto globalizzazione-diritto.

Sì, perché il diritto moderno, quello cui siamo stati abituati fino a ieri, era modellato dalla politica, sulla politica si era esemplato, a stampi politici si era conformato. Spieghiamoci meglio. La storia giuridica moderna si caratterizza per una scelta innovatrice: la statualità del diritto. L'intelligentissima classe borghese, conquistato che ebbe il potere, capì quale solido cemento fosse il diritto per il

(2) Un'ottima sintesi è stata recentemente offerta da C. GALLI, *Spazi politici — L'età moderna e l'età globale*, Bologna, Il Mulino, 2001.

(3) J. MONNET, *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976, p. 617.

compiuto esercizio di quello e ne decise il controllo. Di più: ne sancì il monopolio nelle mani dello Stato, facendone l'unico creatore di diritto.

Il paesaggio giuridico che ne conseguì fu estremamente semplice: l'unico attore fu lo Stato e unica voce la sua, cioè la legge, cioè l'atto che manifestava la sua volontà suprema, volontà che aveva ovviamente uno spazio di efficacia ristretto al territorio dove la sovranità statale si proiettava.

Identificandosi il diritto in una norma autorevole ma autoritaria che pioveva dall'alto sulla comunità dei cittadini ed avendo il diritto una funzione rigorosissima di controllo sociale, l'ordine giuridico ne risultò come ingabbiato. Era diritto solo ciò che lo Stato voleva che fosse diritto: le forme in cui questo si manifesta nella esperienza — forme che noi giuristi siamo soliti con tradizione antica chiamare 'fonti' — erano immobilizzate in una sorta di *piramide*, cioè in una scala gerarchica dove una funzione attiva era riserbata unicamente alla fonte di grado superiore, la legge, restando le fonti subalterne (per esempio, la vecchia matrice dell'ordine giuridico pre-rivoluzionario, la consuetudine) relegate in posizione servile senza nessun ruolo incisivo; il diritto, proprio perché voluto dall'alto e in base a un progetto disegnato in alto dai detentori del potere, era inevitabilmente destinato a formalizzarsi separandosi dai fatti sociali ed economici in continuo divenire.

Al mondo dei fatti è legittimato a guardare solo il legislatore, che si identifica sempre con il detentore del potere; è lui e unicamente lui che, maneggiando cultura morale giustizia politica economia, trasformerà tutto in diritto. Alla società resta soltanto da sperare che le esigenze oggettive scritte nelle cose non siano troppo strumentalizzate dal potere e pertanto alterate o violate.

Il genuino diritto moderno si fonda su tre semplicissimi pilastri portanti: Stato, legge, territorio. E il diritto, divenuto una dimensione rigida e formale, si scosta e si separa dal sociale, si cristallizza nella espressione dello Stato che è sempre, anche nelle sue manifestazioni più democratiche, un apparato di potere. Lo Stato, questo grande burattinaio inventato dai moderni, è creatura dura a morire, e lo dimostra l'estrema fatica con cui si cerca di costruire in questi ultimi anni l'unità giuridica europea, di pensare e redigere una Costituzione europea. Noi formuliamo gli auguri più caldi alla

Convention presieduta da Valéry Giscard d'Estaing, ma non è avventato preconizzare una vita lunga e irta di difficoltà.

4. Abbiamo ora qualche strumento per mettere meglio a fuoco il grado di incidenza della globalizzazione sull'universo giuridico.

Questo ne esce, se non sconvolto, certamente complicato, reso maggiormente complesso. Infatti, globalizzazione — per il giurista — significa rottura del monopolio e del rigido controllo statale sul diritto. Se ieri il vincolo tra diritto e volontà politica aveva quasi i caratteri della necessità, ora la virulenza e la capacità di imperio delle forze economiche impongono altre fonti di produzione.

Il legislatore statale è lento, distratto, bassamente pronò alle voglie dei partiti politici; la giustizia statale non è in grado di corrispondere alle esigenze di rapidità e di concretezza della prassi economica. Si aggiunga che Stato e giustizia statale si collocano ancora in un'ottica territoriale, che è asfittica per la circolazione capitalistica ormai globale.

La prassi economica si fa produttrice di diritto: la nuova economia e le nuove mirabolanti tecniche esigono arnesi giuridici nuovi irreperibili nel solco della bimillennaria tradizione del diritto romano radicata fondamentalmente sulla nozione di cosa corporale, una nozione che a fine Novecento appare paleolitica ai contemporanei uomini di affari. Ci sono esigenze giuridiche nuove e si 'inventano' strumenti giuridici nuovi atti a ordinare la nuova circolazione globale.

È quel complesso di istituti, che galleggiano sul tessuto degli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale ancora coi loro intatti appellativi inglesi — *leasing, factoring, franchising*, e via dicendo —, che i legislatori europei tardano ad accogliere e disciplinare o che si guardano bene dal disciplinare, e che denunciano nei loro barbarismi una origine lontana. Ai fini della nostra prolusione, quel che preme di sottolineare con forza è che la prassi economica (in prima linea soprattutto le grandi *transnational corporations* e soprattutto nordamericane o di irradiazione nordamericana), con l'ausilio di attrezzatissimi consulenti legali (in prima linea soprattutto le grandi imprese professionali, le *law firms*, e soprattutto nordamericane o di irradiazione nordamericana) producono per i loro scopi e nel loro ambito un diritto nuovo, il quale, nella eventualità di una contro-

versia, non troverà tutela e quindi possibilità di applicazione grazie ai giudici degli Stati e alle loro sentenze bensì grazie ad arbitri e a decisioni arbitrali, ossia a giudici e giudizi privati accettati dalle parti sin dal momento di sottoscrizione del contratto. Arbitri: cioè giudici privati, quasi sempre dei grandi giuristi scelti per preparazione cultura sensibilità e forniti di un prestigio a livello internazionale.

Preme insistere su un risultato: accanto al grande canale navigabile e navigato del diritto dei varii Stati o del diritto comunitario o del diritto internazionale, prendon forma in maniera sempre più netta altri canali che corrono paralleli e che diventano sempre più navigati. Si attuano grosse breccie nel monopolio giuridico statale, giacché, ormai, i soggetti produttori sono plurali e plurali le fonti del diritto.

Di più: se il diritto moderno può considerarsi un diritto interamente pubblicizzato, dal momento che lo Stato si preoccupa perfino della disciplina dei rapporti privati nella vita quotidiana dei privati (l'esempio clamoroso è il Codice civile), con il diritto della globalizzazione si ha nuovamente (come si aveva nell'antico regime prima della rivoluzione francese) un diritto privato prodotto da privati.

Dunque, due risultati storicamente ragguardevoli (anche se possono essere variamente considerati e valutati): pluralismo giuridico, perché pluralità di fonti; re-privatizzazione di larghe zone del pianeta giuridico.

5. Segnamo qui qualche ulteriore carattere, che tipicizza il diritto della globalizzazione rispetto al diritto degli Stati. È dominato da un criterio di effettività, rappresentando non già l'esplicazione di un progetto autoritario ma coagulazioni esprimenti esigenze effettive nella concretezza della vita quotidiana.

Effettività significa per l'appunto questo: un *fatto* è così azzeccato, è così congeniale agli interessi degli operatori economici che essi lo ripetono, lo osservano, e non perché sia uno specchio fedele di qualcosa che sta in alto ma perché ha in sé una forza (e, se vogliamo, una capacità persuasiva) che lo rende meritevole di osservanza e, quindi, di vita durevole.

Sono i fatti economici che contano; e contano così come sono: grezzi, informi, carichi di scorie che le pratiche quotidiane vi

depositano e che sono da considerarsi rispettabili perché, nella loro a-formalità e plasticità, possono egregiamente rispondere alle variazioni del mercato secondo i vari tempi e luoghi. Se la dialettica 'tipico-atipico' ha percorso il diritto borghese moderno e la sua modellistica, si può invece constatare che i canali del diritto globalizzato sono il regno incontrastato della atipicità (in altre parole, del fattuale).

6. Ancora: mentre il diritto degli Stati tende a diventare scrittura, a seppellirsi e a identificarsi in un *testo*, per il comprensibilissimo motivo che si acquisisce in tal modo certezza, stabilità, ma anche ineludibilità, il diritto della globalizzazione è contrassegnato da una praticata oralità e comunque rifugge da quello che noi insegniamo ai nostri studenti essere il primo carattere della legge, e cioè la rigidità. Una virtù della regola giuridica è qui ritenuta la sua flessibilità, cioè la sua capacità di adattamento alle situazioni più varie. È una prassi che crea diritto, e lo crea per i suoi bisogni, i quali, connessi strettamente al mercato e al suo evolversi, connessi strettamente alle nuove tecniche ormai insostituibili per il mercato globale e in rapidissima continua innovazione, sono estremamente mutevoli. Qui la fissità, il Codice come emblema massimo di una fissità indefinita pensabile addirittura come perpetua, è un negativo da evitare ad ogni costo.

Se il *civis* si inserisce come *subditus* al di sotto dell'apparato statale, il protagonista del mercato è semplicemente l'*homo oeconomicus* distinguibile e classificabile nella elementare scansione di produttore, distributore, consumatore; per lui la norma giuridica — di cui ha bisogno, di cui non può fare a meno — è qualcosa di ben diverso dalla legge statale. È più una regola, un principio, sempre all'insegna della duttilità e del rifiuto di ogni ossificazione.

Lo dimostrano quei 'Principles' regolanti a livello transnazionale le linee essenziali dei contratti, che da poco, grazie all'opera di tecnici prestigiosi e rispettati, sono un patrimonio cui attingere (4). Si

(4) Ci riferiamo in modo particolare a due grosse iniziative recentissime: l'una patrocinata dal romano 'Istituto per l'unificazione del diritto privato' (UNIDROIT) per i contratti commerciali (v. *Contratti commerciali internazionali e principi UNIDROIT*, a cura di M. J. Bonell e F. Bonelli, Milano, Giuffrè, 1997), l'altra, frutto della 'Commis-

rifletta per un momento: il nucleo fondamentale, il più delicato e il più propulsivo del diritto globalizzato, i contratti, ossia il supporto giuridico del mercato, abbisognano di principi ordinanti e non di ingessature normative.

È per ciò che la vecchia immagine della *piramide*, specularmente al vecchio sistema normativo, viene sostituita da un'immagine che non è vana necessariamente una sgradita scansione gerarchica; e i sociologi del diritto — ma anche i giuristi più all'avanguardia sulle nuove trincee — parlano di *rete*, nell'intento cioè di sostituire all'immagine piramidale potestativa e autoritaria quella di un sistema di regole non poste l'una sopra o sotto l'altra, bensì sullo stesso piano, legate l'una all'altra da un rapporto di reciproca interconnessione ⁽⁵⁾. Regole che non troveranno la loro legittimazione in un'unica fonte suprema immedesimata in chi detiene il supremo potere politico, ma il più delle volte in un moto spontaneo di quella realtà varia e mobile che è il mercato.

Senza ipostatizzazioni gerarchiche, uomini di affari, grandi tecnici empirici delle grandi imprese professionali giuridiche, grandi teorici del diritto sono parimente coinvolti nella produzione del plastico diritto globalizzato, tutti coautori, tutti protagonisti. È la rivincita del giurista empirico e teorico.

È anche certa una conclusione. Oggi il giurista vive un momento fertile e, insieme, difficile: fertile, perché il suo è ormai un ruolo attivo e propulsivo; difficile non soltanto per le gravi responsabilità che gravano sulle sue spalle, ma anche per quell'esteso quoziente di incertezza che si ripercuote sulla sua azione conoscitiva-applicativa.

7. Aperture, stimolazioni. Il quadro sin qui tracciato sembra indulgere a una valutazione positiva del rivolgimento in corso e, in

sione per il diritto europeo dei contratti' presieduta dal giurista danese Ole Lando (v. *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, versione italiana a cura di C. Castronovo, Milano, Giuffrè, 2001).

⁽⁵⁾ Gli interventi in proposito sono ormai molti. Tutto il movimento tendenziale è ben ricostruito in: F. OST-M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2000.44.

particolare, della crisi attuale che investe il cuore del diritto di un paese — come il nostro — a impostazione legalitaria.

Una prima considerazione: lo storico è soprattutto un realista; il movimento c'è e c'è la crisi, l'uno e l'altra insopprimibili. Prenderne atto senza pigrizie culturali, senza misoneismi, senza pre-giudizii, è dovere elementare del giurista proprio come uomo di cultura.

Al di là di questo, v'è un dato obbiettivo da cogliere con favore: si è venuta a creare una dialettica tra valori e culture diversi. Il generale sopore e l'appagamento dei luoghi comuni ne risultano scossi. Il diritto ufficiale, fino a ieri beato di un indiscusso monopolio, è costretto a un confronto e — prima o poi — a una verifica delle proprie fondazioni, quasi a un esame di coscienza (se mi si passa l'espressione). Tutto questo appare positivo allo storico, che conosce i danni dell'immobilismo culturale e sa bene quanto di futuro si nutra nelle vivaci contrapposizioni dialettiche. Sotto questo profilo il tema della globalizzazione deve essere affrontato anche dal giurista: è una occasione preziosa da non perdere, da cui lo stesso diritto ufficiale può trarre rinvigorimenti.

Guai però se questo atteggiamento di disponibilità si tramutasse in un facile entusiasmo e, cavalcando emozioni ed umori, in una accettazione acritica.

Ieri si faceva i conti con la arroganza della politica e dei politici, costata — a nostro avviso — assai cara per lo sviluppo del diritto moderno. Sacrosanta constatazione, che non deve però impedirci di aprire bene gli occhi sul fenomeno 'globalizzazione'.

Un diritto di prassi — abbiám detto —, che viene dal basso, dall'esperienza. Giustissimo. Ma non dimentichiamo quali sono le forze storiche protagonistiche e chi ne sono gli attori primarii. Più che una prassi fatta da un popolo minuto di *homines oeconomici*, si tratta di una realtà economica determinata da chi, ormai, al giorno d'oggi, sollecita e indirizza il mercato globale, e cioè le *transnational corporations*, le grandi imprese multinazionali, molte delle quali — come abbiám già rilevato più sopra — di irradiazione nordamericana.

E qui cominciamo a inoltrarci in un terreno infido; qui la globalizzazione mostra la sua duplice faccia per il giurista; occasione, grossa occasione di maturazione e di aperture, ma anche grosso rischio. E il rischio sta nell'arroganza del potere economico, che non

è minore di quella paventata del potere politico. Il rischio è la strumentalizzazione della dimensione giuridica al soddisfacimento di interessi economici, spesso concretantisi — in un clima di capitalismo sfrenato — nel raggiungimento con ogni mezzo e ad ogni costo del maggior profitto possibile.

Nei confronti di questa arroganza le grandi *law firms*, i grandi competenti che fungono da supporto tecnico della globalizzazione, possono abbassarsi al rango servile di ‘mercanti del diritto’⁽⁶⁾, con un ruolo spregevole perché macchiato da una sorta di simonia. Questo è un rischio grosso. Si dirà: ma globalizzazione non è soltanto un fenomeno economico; sono a proiezione ed espansione globale anche le cosiddette ‘non governmental organizations’, cioè forme organizzative che si muovono in dimensioni religiose, culturali, sportive, assistenziali. Verissimo, ma non possiamo nascondere a noi stessi che questa globalizzazione extra-economica ha una rilevanza assolutamente minore e una minima incisività a livello giuridico. Sono, infatti, gli uomini di affari, assai più che gli sportivi, o gli uomini di chiesa e di cultura, a volere un diritto proprio e a provocare quello che è oggi il problema giuridico della globalizzazione.

I rischi non finiscono qui. A un esame puramente lessicale ‘globalizzazione’ vale ‘mondializzazione’; con questi termini si sottolinea cioè un fenomeno insofferente a localizzazioni, senza territorio definito, senza frontiere, autenticamente mondiale. È questa anche una delle sue valenze positive. Ma una domanda urge: siamo veramente di fronte all’emersione e all’asestamento di un movimento globale, o non siamo di fronte a una semplice espansione occidentale? Peggio ancora: all’interno di questa marcata occidentalizzazione non si rinviene forse — e nemmeno tanto nascosta — una marcata americanizzazione? Il che è grave in un momento in cui quel marchio di origine si identifica col pesante sfruttamento economico operato dalla superpotenza a danno di tanti paesi e in cui si avverte l’esigenza di misurarsi, a ogni livello, con una pluralità di culture e in cui si deve tentare ad ogni costo il disegno di una realtà, la quale è autenticamente globale unicamente se riesce a serbarsi autentica-

⁽⁶⁾ Si riecheggia il titolo di un recente volume francese tradotto anche in lingua italiana: Y. DEZALAY, *I mercanti del diritto*, Milano, Giuffrè, 1997.

mente multiculturale, facendo tesoro di apporti che non vengono solo dalla solita pingue realtà nordamericana, ma dall'Europa, dall'Oriente medio ed estremo, dall'Africa.

È la preoccupazione che è emersa, per esempio, in seno alla Conferenza Episcopale Italiana, preoccupazione per un vuoto che i poteri economici riempiono a loro arbitrio tradendo e violando identità culturali diverse, ignorando la dimensione etica di soggetti e rapporti, con il risultato di un paesaggio socio-economico-giuridico completamente piatto (7). Giovanni Paolo II non a torto, in occasione della giornata mondiale della pace, il 1° gennaio di quest'anno, ha insistito su "il problema dell'ordine negli affari mondiali", un ordine che "non può prescindere da questioni legate ai principii morali" (8). E il sociologo, che più d'ogni altro ha avvertito l'esigenza di 'orientare' il cambiamento, non ha mancato di intitolare un libro (che, or sono due anni, ha fatto molto discutere in Italia) "La solitudine del cittadino globale" (9), un cittadino solo, più solo, perché affidato alle impietose correnti economiche globalizzanti e sottratto alle proprie radici identificatrici di indole religiosa, etica, culturale.

Che fare da parte dei giuristi? Innanzi tutto, mi sembra che un imperativo non eludibile sia di occuparsene, senza ripugnanze, ma anche senza quei facili entusiasmi che sono sempre i peggiori consiglieri per gli uomini di cultura. Occuparsene, con la forza e il sussidio di due atteggiamenti psicologici positivi tanto difficili da armonizzarsi reciprocamente, e cioè coraggio e vigilanza. Occuparsene nel tentativo di ordinare un grandioso fenomeno, di impedire o attenuare facili degenerazioni. Occorrerà una coscienza legante che manca alla diàspora mondiale dei giuristi, la consapevolezza di uomini di scienza e di prassi accomunati dal possesso di un certo pensiero, di certe conoscenze, di certe tecniche e uniti dalla certezza del valore ontico del diritto per la vita d'una comunità locale o

(7) Vedi, recentissimamente, *Globalizzazione, comunicazione, tradizione*, in *Ufficio nazionale per le comunicazioni sociali della C. E. I. — Notiziario*, n. 2 — ottobre 2002, p. 5.

(8) Vedi il testo del 'Messaggio' in: *Individui senza volto. Diritti universali e ricerca dell'identità in una società multiculturale*, Siena, Cantagalli, 2003, p. 200.

(9) Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, Feltrinelli, 2000.

globale. Ontico è parola grossa, che può suonare anche oscura; vuol soltanto sottolineare che il diritto non è per la comunità umana né un artificio né una coartazione; pertiene, invece, alla sua stessa natura e deve pertanto esprimerla compiutamente.

Questa coscienza salda e comune quale unica armatura dei giuristi potrebbe anche generare degli organismi a proiezione mondiale necessari per fissare e definire principii e regole ⁽¹⁰⁾. Talune esperienze dimostrano che si tratta di strade erte e disagiuvole ma non di chimere per ingenui sognatori ⁽¹¹⁾.

V'è oggi per il giurista uno spazio che egli è chiamato a percorrere. Oggi, nell'età in cui maturano esperimenti — forse non soddisfacenti ma indubbiamente ragguardevoli — come la recente cosiddetta 'Carta di Nizza', ossia la 'Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea' proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, il suo ruolo appare indispensabile in seno alla società. Lui soprattutto, memore di un'antica sapienza che voleva il diritto, tutto il diritto, costituito *hominum causa*, potrà e dovrà essere il difensore più agguerrito della persona umana di fronte alle insidie della globalizzazione economica.

⁽¹⁰⁾ Un ruolo rilevante dei giuristi è previsto anche da chi, in una diversa ottica, pensa a istituzioni giudiziarie internazionali quali espressione della *Weltrepublik* (è la tesi di O. HOFFE, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, München, Beck, 1999).

⁽¹¹⁾ Come dimostrano i riusciti esperimenti in tema di contratti citati alla nota 4. Sul piano processualciviltistico si deve segnalare l'incarico da parte dello 'American Law Institute' a protagonisti della scienza giuridica per la redazione di un 'codice' processuale per le transazioni commerciali internazionali (v. M. TARUFFO, *A Project of Rules for Transnational Litigation*, in *The Unification of International Commercial Law*, a cura di F. Ferrari, Baden-Baden, Nomos, 1998).

PAGINA INTRODUTTIVA

(Ossia: delle miserie del legislatore italiano)

La 'Pagina introduttiva' del precedente volume si apriva con una espressione di compiacimento da parte del redattore, che salutava soddisfatto il XXV 'Quaderno' e il compimento — nell'anno 1996 — dei venticinque anni di vita della Rivista. Con una espressione di pari compiacimento deve iniziare anche questa 'Pagina introduttiva' per un evento maturatosi nel 1997, che non riguarda in senso stretto i 'Quaderni Fiorentini' ma sempre e comunque la vita della nostra piccola comunità di studio, del Centro e della 'Biblioteca' che a questo afferisce: è infatti nell'autunno 1997, contemporaneamente alla redazione di queste righe, che appare il cinquantesimo volume della 'Biblioteca', altro numero tondo che sta a significare il molto lavoro che si è fatto in questi anni all'interno e all'intorno del Centro.

Ma c'è di più. Si tratta di un volume che, ad avviso dello scrivente, è di notevolissimo rilievo culturale, raccogliendo gli 'Atti' dell'Incontro, organizzato dal Centro e tenuto in Firenze alla fine del settembre 1996, su un tema delicato e sollecitante, poco indagato ma oggi culturalmente urgente: 'Giuristi e Legislatori — Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto'.

Il rilievo culturale è duplice.

In primo luogo, rappresenta la realizzazione di quella che è stata, fin dall'inizio, l'istanza programmatica del Centro: promuovere un sempre maggior colloquio fra i giuristi, fra le varie dimensioni della scienza giuridica, all'insegna d'una ritrovata e rinnovata consapevolezza dell'unità di questa scienza, che è unità di statuto epistemologico al di là e al di sopra delle differenti ramificazioni e delle differenti competenze dei singoli cultori. Nell'incontro del '96, dapprima, e negli 'Atti' stampati, di poi, privatisti pubblicisti penalisti processualisti si sono ritrovati insieme, seduti a un comune

banco di lavoro approntato da uno storico del diritto, e hanno riflettuto insieme sulla storia recentissima, dalla Costituzione italiana del 1948 ad oggi, dei rispettivi assetti disciplinari. Non han mutato mestiere improvvisandosi dilettantescamente storici ma hanno riflettuto storicamente percorrendo a ritroso il filo che unisce passato e presente, vigente e pretèrito. Con il risultato positivo di relativizzare ma anche arricchire il presente troppo spesso, ai loro occhi, immobilizzato e assolutizzato, troppo spesso colto nella semplicistica e immiserente dimensione della 'vigenza'.

In secondo luogo, rappresenta il tentativo — riuscito — di guardare, per così dire, contro luce il problema della produzione legislativa in Italia negli ultimi cinquanta anni, cercando di cogliere le disponibilità e le sordità, gli accoglimenti e i rifiuti, rilevabili rispetto alle conclusioni operate nello stesso torno di tempo dal pensiero giuridico italiano (nelle sue manifestazioni dottrinali e giurisprudenziali). Il che è culturalmente pròvvido per un giurista di *civil law*, reso culturalmente passivo dalla legolatria imperante da due secoli e abituato a fare i propri conti con una legge normalmente accolta come prodotto da non discutere ma da applicare malgrado le sue claudicanze. Il che è culturalmente pròvvido perché immette il giurista, soprattutto il civilista protetto ed oppresso dall'ampio e suadente ombrello della codificazione, sul sentiero della riscoperta del suo ruolo attivo e contribuisce a relativizzare e a demitizzare quel burattinaio ingombrante del diritto moderno che è il legislatore.

Il legislatore! Questa entità suprema che il giurista mediocre menziona di continuo quasi evocando una creatura numinosa, però dai contorni pressappoco antropomorfici, in guisa non molto diversa da come l'antico credente evocava Giove insediato sull'Olimpo; questo nume tutelare che è servito — e serve — ad ammantare e riparare (ma anche a incentivare) la proverbiale pigrizia dei giuristi; questo legislatore troppo idealizzato va finalmente depresso da un olimpo immeritato, e guardato nelle sue miserie.

L'età dell'assolutismo giuridico, cioè gli ultimi duecento anni, è costellata da esempi di ammirevoli testimonianze legislative, di illuminati legislatori. Si dovrebbe probabilmente citare pressoché tutte le grandi codificazioni europee, aggiungendo immediatamente una inevitabile considerazione: che dietro quei monumenti legislativi si stagliava netta la figura di un uomo di scienza o di un tiaso di

uomini di scienza. È facile il riferimento a Windscheid per il BGB, a Huber per lo ZGB, a Filippo Vassalli per il vigente Codice civile italiano, a Calamandrei Carnelutti Redenti per il vigente Codice processualciviltistico italiano, e l'elenco potrebbe continuare; in Italia si dovrebbe menzionare, nell'immediato passato, almeno un singolo relevantissimo atto legislativo, la legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, sollecitata dalle analisi di Feliciano Benvenuti e della sua scuola (con l'apporto sostanzioso di Mario Nigro).

Accanto, tuttavia, a questi punti fermi della storia giuridica moderna e nei quali — lo si ribadisca — è la riflessione scientifica che dà spessore all'atto legislativo, quale panorama desolante ci viene proposto! Limitando il mio esame all'Italia e senza la pretesa di trinciare giudizi su terreni che non conosco abbastanza, ci si para dinnanzi un ammasso legislativo di genesi prevalentemente parlamentare, composto il più delle volte di atti maggiormente vicini a volgari transazioni che a lucide diagnosi di bisogni oggettivi della comunità nazionale. Leggi, espressioni delle voci dei partiti, espressioni di interessi particolari, spesso all'insegna della più crassa incultura giuridica, con in più il frequente tocco ineffabile della ignoranza delle elementari regole grammaticali della lingua italiana. Un ammasso legislativo che smentisce troppo spesso tutto quanto si insegna ai nostri allievi del primo anno di una Facoltà di Giurisprudenza sulla generalità e sulla astrattezza come qualità prime di un atto legislativo.

Il campione di queste mostruosità giuridiche è, da qualche anno, in Italia, l'atto programmatore e regolatore della manovra finanziaria dello Stato, che viene comunemente conosciuto e denominato come 'legge finanziaria'. Un atto che, per sua natura, dovrebbe riguardare operazioni inerenti al bilancio statale per un determinato anno solare e che invece, grazie allo strumento della cosiddetta 'legge collegata', serve come contenitore degli oggetti più vari e diversi, anche di quelli che poco o punto hanno a che vedere con quel bilancio annuale.

Tanto per fare un esempio al lettore non-italiano di questa Rivista internazionale, prendiamo l'ultima 'legge finanziaria' relativa al 1997: la legge collegata concernente 'Misure di razionalizzazione della finanza pubblica' è formalmente composta di tre *esigui* articoli nei quali sono distribuiti 708 commi (*dico settecentootto*) contenenti una miriade di disposizioni in materia di sanità, pubbliche ammini-

strazioni, pubblico impiego, scuola, università, finanza locale e regionale, previdenza e assistenza, servizi di pubblica utilità, edilizia e urbanistica, disposizioni tributarie sull'aumento delle entrate, e così via. Siamo cioè in presenza di un atto legislativo stravolto nelle sue finalità originarie, deformato e alterato nella sua struttura per contenere *di soppiatto* e quasi per mascherare al suo interno un complesso di norme che, in grazia della loro rilevanza nella vita dei cittadini, avrebbero preteso di essere promosse discusse promulgate quali atti autonomi in nome di quella certezza del diritto che è un bene garantito ai consociati nelle moderne democrazie parlamentari e in esse considerato valore indefettibile.

Qui, in questo modo di agire del legislatore italiano, siamo in presenza di una crisi gravissima della legge come fonte di diritto e della stessa legalità, giacché di legalità puramente formale si tratta e per di più beffarda, beffarda del povero cittadino e soprattutto del più debole, che non è affatto appagato dalla qualità legislativa dell'atto ma che si sente scaricare sulle spalle — autoritariamente e ipocritamente insieme — i mille contenuti, taluni dei quali assai incisivi sulla sua difficile esistenza quotidiana quando non addirittura incisivi su dimensioni del suo *status*.

Qui siamo di fronte a un legislatore, per un verso così impotente e timoroso da non affrontare singolarmente e autonomamente le varie tematiche e proporle in un'aula parlamentare, per un altro verso, tanto sicuro di sé, tanto insuperbito dalla superiorità garantitagli da una tradizione bisecolare, che può permettersi (e sa di poterlo) la violazione sostanziale della legalità, giacché questa tradizione non ha contemplato, quasi fino a ieri, la figura dell'arbitrio del legislatore e gli ha consegnato ancor oggi una psicologia di assoluta sfrontatezza.

Ripetiamolo, invece, e conclamiamolo con la franchezza che nasce da una elementare probità intellettuale: non può e non deve aver rilievo la circostanza che questa autentica miriade di provvedimenti sia inserita — alla meglio e quasi pigiata dentro — in un contenitore chiamato legge, questa volta più simile a una scatola cinese ricolma di sorprese e più degna di un prestigiatore da strapazzo. Che quel contenitore sia una legge, che abbia la forma di legge che sia varata dal Parlamento nazionale e dopo un procedimento assai circostanziato, nulla toglie alla sua sostanziale arbitrarietà.

Quello che preme al Centro e ai 'Quaderni Fiorentini' è una riflessione adeguatamente critica sullo strumento legislativo; ed è in questa direzione che va collocato e interpretato il nostro Incontro del '96.

È ora che il giurista si munisca sul piano delle fonti di un occhio più disincantato, si scrolli di dosso plagi secolari, attenui la sua pigrizia e si accoli il sacrificio di una psicologia finalmente attiva.

Non è passatismo, ma piuttosto il tentativo di cominciare a costruire un futuro che sia veramente futuro, ovvero liberato da pesanti ipoteche del passato. Il pluralismo giuridico, di cui è portatrice la nostra Carta costituzionale, lo esige; un pluralismo che constatiamo con soddisfazione raccolto da parecchi giuspubblicisti e che con rammarico constatiamo ignorato dalla maggioranza silenziosa; un pluralismo giuridico che deve sollecitarci a esigere la revisione di non poche delle norme contenute nelle decrepite preleggi al Codice civile vigente.

E dopo tante querimonie vogliam concludere con una nota di compiacimento. Concerne l'operato della nostra Corte Costituzionale, del nostro giudice delle leggi, un giudice collegiale dal forte contrassegno scientifico. Un filo che la Corte ci appare tessere finemente con grande consapevolezza progettuale riguarda proprio l'esigenza (e la realizzazione) di una nuova visione delle fonti nel tentativo di spogliarsi di un panlegalismo e di un filo-legalismo, che sono ormai per la società italiana una grave cappa di piombo.

La strada per rendere finalmente concreto il pluralismo giuridico, che la Costituzione propone, corre sul filo di una visione critica dello strumento 'legge', di un ridimensionamento della sua funzione, di una demitizzazione della numinosità del legislatore. Appaiono, in questa ottica, preziose le incrinature che la Corte ha ripetutamente provocato nella costruzione monolitica del nostro passato prossimo; ne cito soltanto due: l'affioramento del principio della ragionevolezza della legge, il riferimento frequente al diritto vivente.

* * *

La 'Pagina introduttiva' del precedente Quaderno, terminava con una 'lettera-aperta' al Ministro per l'Università e per la Ricerca, Luigi Berlinguer, sul tema scottante e preoccupante della autonomia — anzi, della mancata autonomia — della Università italiana rispetto

al potere politico. E scrivevo, un anno fa, che le preoccupazioni nascevano anche da un progetto di legge sul riordinamento del Consiglio Universitario Nazionale, progetto che non soltanto non lo identificava quale organo supremo di autogoverno dell'Università italiana, ma lo faceva recedere a un rango modestissimo costituendolo sostanzialmente quale organo di consulenza del Ministro.

Oggi il progetto è diventato legge (L. 15 maggio 1997, n. 127) e le poche speranze che venisse modificato durante l'itinerario parlamentare si sono definitivamente vanificate. Il Consiglio è unicamente un organo di consulenza del Governo, con poteri addirittura diminuiti in confronto al vecchio C.U.N.. Si continua a parlare a scialo di autonomia, ma in accezioni decisamente ridotte e riduttive. Si parla di autonomia *delle singole università*, mentre — tralasciando localismi rischiosissimi — si dovrebbe porre mano a realizzare l'autonomia — voluta dal costituente — *della Università italiana*, cioè della intiera e unitaria organizzazione universitaria della cultura; si parla di autonomie finanziarie dei singoli atenei, ed è l'atteggiamento di chi premia un pezzente (ché equiparabili a un pezzente sono i nostri poverissimi centri universitarii) con una beffeggiatrice patente di libertà; si parla di autonomia didattica, e si rischia di far dell'organizzazione didattica universitaria una sorta di composto vestito di Arlecchino.

Ma basta con le geremiadi inascoltate. Il discorso da parte nostra si chiude qui; e si chiude constatando che, su questo punto, nel momento preciso in cui si festeggia il suo cinquantenario, la nostra Carta Costituzionale resta inattuata; né si prevede — per ora — una svolta di segno positivo. Ciò deve essere ascritto senza indulgenze tra le passività non lievi dei Parlamenti e dei Governi che si sono succeduti nel lungo spazio di ben cinquanta anni.

PAGINA INTRODUTTIVA

(A sessanta anni dalle leggi razziali italiane del 1938)

Lo storico è un cercatore di segni: se vuole adempiere interamente il mestier suo né semplice né lieve, non dovrà mai desistere dallo scrutare attentamente tra i vari contesti storici che si presentano alla sua conoscenza, nella ricerca di quei segni che, per il loro carattere evocativo, gli consentono di annodare fili, marcare confinzioni, arrivare ad una comprensione più compiuta. Li cercherà nel passato, dove egli si sente a suo agio e dove può utilizzare appieno la capacità dei proprii occhi aguzzi, ma anche nel presente li cercherà, nella certezza dei legami forti che saldano a livelli profondi la continuità dei tempi.

Le letture di ogni anno, soprattutto quelle degli scritti di cultori del diritto positivo, dei « giuristi » più provveduti, portano sempre sul tavolo del mio studio aria nuova, e ben spesso aria viva; talora, recano anche traccia visibile di quei segni che sono il privilegio dei testimoni del proprio tempo. Non aveva torto Giuseppe Capograssi — un finissimo interprete della realtà a lui contemporanea — quando esigeva per il filosofo del diritto il compito difficile e fruttuoso di leggere i giuristi che gli lavoravano accanto ⁽¹⁾; compito che io esigerei anche per lo storico del diritto, se non altro per aver chiara percezione del senso della linea storica e per avere a disposizione un solido momento comparativo.

In quest'anno 1998 due scritti mi son sembrati travalicare la

⁽¹⁾ Capograssi lo ha scritto parecchie volte. Per un esempio perspicuo, si veda il suo esplicito cenno parlando di Chiovenda: « occorre invece che i cosiddetti filosofi del diritto vadano a scuola di pensiero dalla scienza del diritto ». Motivando più sotto: « Perché solo la scienza del diritto... sembra che abbia serbato la capacità speculativa di rispettare ed afferrare il reale nella sua viva complessità » (G. CAPOGRASSI, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)* (1938), ora in *Opere*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 133).

pagina semplicemente intelligente e ariosa e arrivare alla consistenza di segno d'un itinerario in atto; un itinerario che ha ormai raggiunto consapevolezza significative rispetto a un passato troppo spesso inconsapevole.

Il primo è un libro scritto da due pratici di altissimo rango, due magistrati italiani, Paolo Borgna e Margherita Cassano, apparso nelle librerie a fine '97 quando era troppo tardi per una sua considerazione in seno al precedente Quaderno. Un libro felice sin dalla intitolazione: « Il giudice e il principe », opportunamente precisata da un sotto-titolo esplicativo: « Magistratura e potere politico in Italia e in Europa » (2).

È da sottolineare la professionalità dei due Autori, due pratici, ricordando volentieri quanto segnalavo con forza già nel lontano 1972, nella « pagina introduttiva » al primo volume dei neo-nati « Quaderni fiorentini », e cioè la mia convinzione che, nella formazione di un pensiero giuridico, non sono coinvolti soltanto maestri e teorici ma altresì giudici, avvocati, notai, cioè applicatori, con le loro percezioni e le loro invenzioni.

Al centro del volume di Borgna e Cassano sta un capitolo, il terzo della prima parte, dal titolo problematico e inquietante: « Il giudice ancora "bocca della legge"? », con un palese riferimento alla celebre immagine montesquieuviana. E vi si affronta con serenità ed equilibrio, ma anche con una coraggiosa sensibilità storica quello che è forse oggi il problema più spinoso e tormentoso per un giurista che non si limiti a sonnacchiare sui testi normativi, il rapporto fra legge e interpretazione-applicazione. E giustamente si rileva come « la teoria dei rivoluzionari francesi... sia ormai del tutto inadeguata per fondare la legittimazione dei nostri giudici » a causa della « impossibilità delle norme scritte a far fronte, a regolare e risolvere tutti i più disparati casi del vivere civile » oltre che per il « pressapochismo tecnico del legislatore »; e altrettanto giustamente si reclama e si conclama che « il giudice della Costituzione ha, come riferimento essenziale, i principi fondamentali » piuttosto che i singoli testi del diritto formalmente vigente.

Il richiamo mi sembra basilare sotto due profili.

(2) Roma, Donzelli Editore, 1997.

In primo luogo, si deve ritenere la interpretazione-applicazione non come appendice esterna ed estranea a un diritto che è già tutto formato e definito nella norma, ma come parte integrante di esso; l'interpretazione-applicazione è la stessa norma che si proietta nella vita e diventa vita, storia di una società nel tempo e nello spazio.

In secondo luogo, si deve recuperare la coscienza che il « giuridico » ha una sua complessità, crescente via via che il postmoderno avanza, e che è illusorio ma anche soffocante tentare di contenerla nelle linee semplici, semplicissime di ieri; una complessità, all'interno della quale la interpretazione-applicazione è dimensione e componente primaria. Anzi, è quella dimensione così integrante da consentire essa sola a una regola generale ed astratta di diventare diritto. La legge è solo un testo autoritario, una sorta di materiale inerte capace di diventar diritto (cioè esperienza giuridica, cioè vita quotidiana giuridicamente vissuta) unicamente in grazia della interpretazione-applicazione. Pertanto, non una circostanza estrinseca che si giustappone alla norma ma intrinseca alla norma e sua condizione di vitalità.

Il diritto non è qualcosa di autoritario e di statico; ce lo ha instillato nel più profondo dell'animo, da duecento anni, una propaganda sottile, e non ci siamo resi conto che si trattava di un abilissimo meccanismo espropriativo e, insieme, di una volgare operazione di potere: la comunità dei consociati diventava un gregge di destinatarii o, al massimo, di utenti, cioè di poveri esseri non coinvolti nel processo formativo del « giuridico », ma, nella loro passività, assai simili a chi procede tra la furia di un temporale con la sola speranza che i fulmini dall'alto lo lascino indenne. Il processo formativo è riservato al « palazzo », in una visione legalistica e formalistica perfettamente funzionale a garantire l'efficacia della espropriazione perpetrata.

Non c'è pertanto da stupirsi se, ancor oggi, il diritto è avvertito dal comune cittadino come qualcosa di estraneo, di sgradevole, quasi un rischio per lui (come il fulmine di cui si parlava più sopra), un rischio da evitare possibilmente per tutta la vita. E si è perduta quella visione serena e obbiettiva che coglie la dimensione giuridica — come la religiosa, l'economica, la politica — connaturale alla nostra quotidianità sociale, appartenente alla *normalità* di questa.

La mentalità falsante è elementare: prima c'è il diritto, poi — ma

al di fuori — la sua applicazione, sia essa la prassi di un giudice, di un notaio, di un avvocato, di un uomo di affari. Quanto sia falsante ce lo dimostra oggi — particolarmente oggi — proprio il terreno stesso di quel diritto commerciale che è sempre antesignano (il civilista Vittorio Polacco lo qualificava puntualmente come « il bersagliere del diritto privato »): qui, in una società in rapido mutamento, è alla prassi mercantile che spetta un ruolo prevalente di meccanismo di adeguamento, di invenzione di strumenti idonei alle richieste del mercato, strumenti che il legislatore nazionale o comunitario più tardi — ma soltanto più tardi, e spesso tardamente — certificherà in un testo normativo ufficiale.

L'accenno al mercato ci porta pianamente all'altro scritto che mi è sembrato squillante come un segnale: è il denso saggio che un civilista colto e sensibile, Giuseppe Tucci, scrive, nella Rivista « Contratto e impresa » (3), su « L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità ». Il segnale squillante lo avverto nel modo tutto nuovo, finalmente disinibito da secolari sospetti e paure, di affrontare il nodo gordiano dell'equità, identificata ieri e ancor oggi in un mondo greve e insidioso di fatti, che — affiorando — viene sicuramente a inquinare e scompigliare le linee rigorose e certe del diritto legale (né più né meno di un maledetto ventaccio che entra in casa da una finestra lasciata incautamente aperta a portarvi soltanto turbamento).

Ma ecco la voce dal timbro nuovo di Tucci, che raccoglie sparsi semi di questi ultimi anni e li sottolinea e li definisce in una proposta compiuta di revisione (non è futile che ciò avvenga su una Rivista ben immersa nell'attualità, « Contratto e impresa », che già segnalai sui nostri Quaderni (4), e su cui il direttore, Francesco Galgano, ha ripetutamente parlato del « mistero dell'equità » (5)). Attenta è la lettura dei segni del nostro tempo: « si può ritenere che gli schemi mentali, propri di una concezione tradizionale... stiano venendo meno di fronte a profonde trasformazioni dell'esperienza giuridica,

(3) *Contratto e impresa*, XIV (1998), fasc. 2.

(4) Cfr. *Sui «classici» del diritto* (Per la ristampa degli «*Appunti sul diritto giudiziario*» di Walter Bigiavi), in *Quaderni fiorentini*, XIX (1990), p. 701.

(5) *Equità del giudice e degli arbitri*, in *Contratto e impresa*, VII (1991); *Dialogo sull'equità (fra il filosofo del diritto e il giurista positivo)*, *ibidem*, XII (1996).

che non si identifica più in senso totalitario con il diritto dello Stato, rendendo di conseguenza non più attuali atteggiamenti rigorosamente positivistici». È in forza di queste «profonde trasformazioni» che «il rapporto tra diritto ed equità si pone in termini del tutto nuovi», che siamo di fronte a «una non contrapposizione» tra il primo e la seconda (6).

Riemerge nel civilista la sopita coscienza della complessità dell'universo giuridico, e riemerge l'esigenza di un giudice dei principii e dei valori di cui parlano Paolo Borgna e Margherita Cassano. L'importante è rilevare che ciò non avviene in nome di una ideologia politica o giuridica, o dietro elucubrazioni nuvolesche di un puro teorico, ma dietro la impellente pretesa di quella realtà di oggi e di domani che è il mercato, un mercato inteso dalla più avveduta riflessione civilistica (7) nella sua misura sostanziale di «ordine giuridico».

La legge, sia di iniziativa endo-nazionale, sia attuativa di direttive comunitarie, non può non giocare un ruolo di rilievo (e basterebbe a dimostrarlo l'inserimento nel sistema positivo italiano della nuova disciplina dei contratti dei consumatori grazie agli artt. 1469-*bis* e ss. del codice civile), ma si può e si deve costruire al di là della legge. Ha ragione Tucci di temere «l'appiattimento della regolamentazione giuridica del mercato nella sola legge», indicando per una siffatta conclusione due fondamenti precisi e condivisibili da ogni osservatore non prevenuto: «l'ormai raggiunta consapevolezza della relatività... dell'identificazione tra diritto e legge statale», «l'inadeguatezza dello strumento legislativo a fornire una disciplina flessibile del mercato» (8).

Il diritto, universo complesso, non è più contenibile oggi nelle armature anguste e rigide della legge. In un saggio di questo Quaderno (precisamente in «Modernità politica e ordine giuridico» (9), ripercorrendo l'itinerario dello statalismo giuridico in Francia, io indico quale sua orientazione storica quella di un *droit* che diventa sempre

(6) *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, cit., pp. 469, 470, 473.

(7) Si vedano, per esempio, i saggi di Natalino IRTI raccolti ora in un volumetto dal titolo significativo: *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1998.

(8) *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, cit., p. 512.

(9) Ora leggibile in: P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

più *loi* fino ad arrivare al greve positivismo giuridico napoleonico e post-napoleonico. Forse, è ora di imboccare e percorrere l'itinerario inverso, di una *loi* che diventa sempre più *droit*, o, in altre parole, di un itinerario che ci porti a riscoprire tutta la complessità del diritto, a riafferrarne tutta la ricchezza, seppellendo finalmente tra i frutti *relativi* di un recente e concluso passato, un patrimonio di credenze gabbellate per *assolute* da una riflessione impastata di troppa ideologia. In questa riacquisizione di complessità v'è anche spazio per un recupero al diritto della oltraggiata equità.

Questa « pagina introduttiva », incentrata su una visione maggiormente critica della legalità moderna, valga anche da celebrazione — ohimè, celebrazione singolarissima! — di un evento non dimenticabile della storia giuridica italiana di questo secolo: le cosiddette leggi sulla tutela della razza, di cui ricorre precisamente il sessantenario. Leggi, leggi formali dello Stato italiano, anche se strabuzzanti di un contenuto iniquo e ripugnante per la comune coscienza etica, uno di quei testi normativi durissimi per l'interprete-applicatore ma da tradurre da parte di costui in concretezza di vita « anche quando il contenuto... gli fa orrore » (come scriveva in modo disarmante Piero Calamandrei opportunamente citato dal giudice Borgna). Valga questa « pagina introduttiva » da celebrazione infamante di un evento da non dimenticare. Certamente, prima di tutto, per l'imperdonabile traviamiento cui fu sottoposto il nostro ordinamento positivo; ma valga anche da monito per chi continua ad osannare a una legalità ad ogni costo, pur che sia, rigida ed astratta, prescindendo dalla necessaria verifica nella trama materna della società e della esperienza comune.

PAGINA INTRODUTTIVA

(Ancora sulle fonti del diritto)

1. Tra un millennio e l'altro si parla di fonti. — 2. Epicedio per l'assolutismo giuridico. — 3. Ripensare le fonti nell'età della *globalization*.

1. Ventinovesimo volume. Siamo cioè vicini al trentesimo. Affermazione, questa, che non vuol essere un omaggio al signore di La Palisse ma sottolineare che la presente 'Pagina introduttiva' è la penultima da me redatta e sottoscritta. Col trentesimo volume, come ho già comunicato privatamente agli amici dei 'Quaderni Fiorentini', si chiude infatti la lunga vicenda della mia Redazione e si avvia una seconda stagione dei 'Quaderni' che, proprio perché affidata all'ingegno e alla cultura di Pietro Costa, non ho molta difficoltà nel preconizzare assai rilevante.

Giacché, per la penultima volta, scrivo da questo scrittoio privilegiato, mi consenta il lettore di tornare ancora una volta su un problema che mi sta molto a cuore: quello delle fonti. Un problema, anzi, il problema più incalzante per il giurista perché problema di radici e di fondazioni, tradizionalmente espresso con terminologia di remota ascendenza da una metafora che sembra segnalare soprattutto il fatto della esterna manifestazione. La metafora può anche essere conservata, a condizione che la si serbi in tutta la sua pregnanza e che dalla manifestazione si risalga a quel serbatoio sotterraneo, profondo, radicale, da dove la sorgente trae contenuto e vitalità. Già, perché parlar di fonti significa non riferirsi mai agli strati superficiali della società, bensì a quelli più riposti e fondanti, significa parlare di fondazioni di un intiero ordinamento giuridico.

E si capisce perché oggi, proprio oggi, se ne discorra tanto. La società, nell'Europa continentale, ha mutato parecchio le sue scelte

di fondo, e l'ordine giuridico che dovrebbe rivestirle armonicamente, ancora pensato e risolto con le soluzioni di ieri, ne è scosso. Il rischio è il 'déclin du droit', ossia lo scollamento tra norme e forme giuridiche, da un lato, e sostanza economico-sociale, dall'altro. Ed è ovvio, ed è giusto, ed è opportuno che la scienza giuridica se ne preoccupi, senza aspettare che il problema sia avvertito dal sempre tardigrado se non impotente legislatore.

Anche a solo pescare nella mia esperienza personale, nel giro degli ultimi mesi (vo scrivendo a metà marzo del 2001), sono stato chiamato a levar la mia voce in due ampie riunioni congressuali, tenute nella mia Toscana e tendenti a realizzare una sosta riflessiva sul grande tema: a fine ottobre 2000, in seno a un Convegno fiorentino sulla forma 'Codice' e sulla attualità dello strumento 'codificazione' quale adeguata o inadeguata maniera di consolidarsi del diritto contemporaneo; appena qualche giorno fa, ai primi di marzo, a Pisa, in un Convegno dallo spettro aperto a tutto campo sul problema delle fonti (anche se particolarmente rivolto al terreno del diritto privato).

Due notazioni si impongono: ambedue i Convegni sono stati espressioni di un tessuto universitario ben più vasto di un singolo Istituto, di un singolo raggruppamento disciplinare e, per questo, felicemente, hanno chiamato a protagonisti storici e filosofi del diritto, civilisti commercialisti agraristi lavoristi comparatisti, seduti assieme a un grande tavolo comune di lavoro (a Firenze, anche colleghi stranieri provenienti da esperienze di *civil law* e di *common law* e addirittura dell'estremo oriente); ambedue i Convegni si sono risolti in un martellio di grossi interrogativi, a testimonianza di coscienze inquiete di fronte e in mezzo a un ordine giuridico solcato da inquietudini perché in rapida, rapidissima trasformazione.

2. Chi scrive — storico del diritto per mestier suo — non ne è né infastidito né turbato. Ciò che lo ha infastidito e turbato — e molto, negli ultimi anni — è stata invece la pigrizia costante dei giuristi di *civil law*, la loro opacità culturale, che li rendeva beati e soddisfatti delle certezze dell'assolutismo giuridico post-illuministico e post-rivoluzionario. Una veste molto stretta e vincolante per il giurista ma una veste già confezionata da altri, che non lo impegnava in nessun travaglio affaticante, che gli consentiva una esistenza quieta, tanto più

che si trattava di un assolutismo giuridico benedetto dai martiri rivoluzionarii giacobini e pertanto ammantato da un preteso belletto 'democratico' che pareva concedere assoluzioni pronte a tutti i suoi seguaci.

Assolutismo giuridico: ossia un canale forzato di scorrimento del diritto moderno, quello legislativo, con la sua arrogante idealizzazione e apologizzazione. Malgrado la iniziale indifferenza, io mi son piccato di riproporre negli ultimi anni un siffatto schema interpretativo con una insistenza che si originava dalla convinzione di star percorrendo un sentiero culturalmente pròvvido. Una convinzione che permane intatta mentre redigo questa 'pagina introduttiva', che è avvalorata dalla crescente adesione di tante coscienze criticamente vigili, che non è incrinata dalla voce solitaria di chi, indispettito per l'offesa recata all'altare dei penati giacobini, in pagine venate da irritazione profonda e da umoralità velenosa, respinge lo schema rinunciando, con atteggiamento assolutamente acritico, ad afferrarne il valore liberatorio per il giurista e soprattutto per lo storico del diritto, senza disponibilità a comprendere il richiamo metodologico che il conio dell'elementare sintagma aveva avuto — ed ha ancor oggi — per me.

Qualificare come assolutismo giuridico l'assetto delle fonti del diritto così come si viene concretando dalla fine del Settecento in poi è liberatorio, perché significa affrancazione dai pesanti luoghi comuni tuttora circolanti in tema di illuminismo giuridico, di rivoluzione dell'89, di codificazione, e duri a morire essendo stati eretti in sacrario da una occhiuta propaganda bisecolare; perché significa l'esigenza di una visione più complessa e disincantata di un momento acriticamente apologizzato, nel tentativo di recuperarne tutte le valenze, anche quelle storicamente negative. Il che dovrebbe essere proprio il compito dello storico del diritto, ossia dell'intellettuale che meno di ogni altro può appagarsi di favole anche se ben costruite.

È chiaro che il sintagma 'assolutismo giuridico' sia per taluno scomodo e molesto, perché scompiglia certezze inveterate e perché turba la pigrizia beata dei beoti paghi di continuare a biasciare i soliti rosarii; ma costituisce un richiamo che dà vigilanza e anche arricchimento alla coscienza del giurista.

Parlar di assolutismo giuridico significa infatti non già cancellare

la valenza positiva della ammirevole sistemazione sette-ottocentesca delle fonti, ma integrarla, proporle una lettura più complessa segnalando la indubbia valenza negativa che a quella sistemazione si accompagna. Assolutismo giuridico significa infatti che la produzione del diritto, di tutto il diritto, diventa un fenomeno controllato dal potere politico, con una perdita — o almeno una grossa attenuazione — dei suoi legami con la società, e la conseguente ulteriore perdita della spontaneità del meccanismo produttivo ormai formalizzatissimo e privo di quella continuità osmotica coi fatti socio-economici, che è il vitale salvataggio di ogni ordine giuridico. Significa anche una contrazione enorme e innaturale della legittimazione a produrre diritto (innaturale in rapporto alla sua intima socialità) e una contrazione conseguente della pluralità delle fonti ridotte a manifestazioni del potere e gerarchicamente composte.

Tutto questo ha gravato sui dugento anni di storia giuridica che sta alle nostre spalle causando un impoverimento del paesaggio giuridico, provocando rischiose separazioni con l'esperienza in costante mutazione e, per ciò stesso, la crisi del giurista (teorico o pratico) esiliato al rango di creatura umbratile sotto la cappa legislativa. Il Novecento giuridico, nel suo aspetto più vitale, può dallo storico essere identificato in una faticosa e difficile affrancazione spostando lentamente ma incessantemente l'asse portante dell'ordinamento dal momento potestativo e autoritario del comando a quello interpretativo-applicativo, cioè alla vita del comando nello spazio e nel tempo, al suo inevitabile attrito con l'esperienza.

E oggi, anno 2001, posso ripetere quell'epicedio per l'assolutismo giuridico di cui già scrissi, proprio su questi 'Quaderni', nel volume diciassettesimo, nel 1988. A distanza di dodici anni quella diagnosi ha trovato una pienissima conferma tra le novità di fine millennio, con i nuovi bisogni ad esse collegati, con l'emergere della precisa coscienza del limite delle vecchie mitologie giuridiche e della necessità di ricercare nuove e più adeguate soluzioni.

3. Mai come in questo momento sa di antistorico il continuare a sbandierare modelli legalistici e legalitaristici, mai come in questo momento siffatti modelli mostrano tutta la loro inadeguatezza; e al giudizio dello storico, che denuncia quanto sacrificio sian costati quei modelli per la storia moderna del *civil law*, si accompagna

l'osservazione di chi guarda al diritto vivente nel suo farsi quotidiano.

Gli anni immediatamente passati, gli attuali, i prossimi futuri costituiscono un tempo di rifondazione e di ripensamento per le fonti del diritto. Quel fenomeno, a diffusione mondiale, che siamo soliti chiamare con termine di chiara importazione nordamericana come *globalization*, non ci indica soltanto una dominanza a livello internazionale delle grandi centrali economiche e, conseguentemente, una sempre maggiore prevalenza della dimensione economica su quella *stricto sensu* politica, ma ci segnala un nuovo modo spregiudicato e innovatore di percepire e risolvere il problema del diritto e delle sue fonti costruendo sul piano dell'esperienza un paesaggio giuridico trasformato nel profondo e — quel che più conta — essenzialmente differenziato per essenziali scelte di base. Tanto che il fenomeno è giustamente colto da una acuta sociologa italiana del diritto, Maria Rosaria Ferrarese, in un libro recentissimo tutto da leggere e meditare da parte di ogni giurista, come momento di cesura con i vecchi modelli. La *globalization* come autentica 'rivoluzione' anche per il diritto e per i giuristi.

Da questo osservatorio essa ci appare come uno svuotamento del vecchio monopolio di produzione detenuto e gestito gelosamente dallo Stato, svuotamento già realizzato e tuttora in via di realizzazione mediante l'emersione di nuovi soggetti creatori ed elaboratori di norme, col conseguente vistoso risultato del decentramento e della frammentazione della produzione giuridica, nonché della sua privatizzazione.

Si dirà: ma ciò serve solo ai grandi potentati economici e si risolve nei rapporti fra di essi. Inizialmente sì, ma l'incrinatura è forte nelle mura del vecchio castello legale, tanto forte da non fare a meno di investire, col passar del tempo, l'intera cultura giuridica. Ciò che può sembrare il breviario di nuove regole di un circolo esclusivo non tarderà a invadere beneficamente ben oltre i salotti del circolo. Senza contare un'altra circostanza benefica: modelli di *common law* che circolano liberamente nel mondo di *civil law* portando con sé un soffio d'aria nuova.

Un incisivo risultato è la formazione di due strati della giuridicità, quella fornita dal tradizionale nomopoietà, lo Stato, quella che i privati — in sostanza, gli uomini di affari — creano in base ai loro

bisogni via via affioranti, che si incarna in invenzioni vivaci agili flessibili, dapprima grezze e fattuali per la loro genesi 'pratica' ma prontamente sottoposte a una tecnicamente sapiente definizione e sistemazione da parte di prestigiose e affinatissime *transnational law firms*, e che trova accoglienza nella giustizia privata facente capo ad arbitri e a corti arbitrali a livello internazionale.

E un ulteriore risultato è che perde parecchio valore la distinzione tra fatto e diritto rigorosa e rigida nel vecchio positivismo formalistico, dal momento che in uno dei due strati è solo una fattualità effettiva che conta senza alcuna preoccupazione di corrispondenza dei principii e delle regole osservati ai modelli offerti dalla tradizione, dal momento che in uno dei due strati non si discorre tanto di validità quanto di effettività. Taluno, avventatamente, ha parlato di 'medioevo prossimo futuro'. Le assonanze sono appariscenti, posto che il diritto medievale si connota sempre per una sua intima fattualità, ma lo storico non può non essere percorso da un brivido di disagio: perché ogni cosa ha il suo tempo, del suo tempo è voce fedele e da questo suo tempo non può essere as-tratta senza che non si commettano rischiosi errori di prospettiva.

Lasciando da parte fuorvianti assonanze comparative, quel che conta per il giurista di *civil law* è dar mano a una revisione fondamentale del problema delle fonti, una revisione che deve però cominciare dall'interno dell'animo suo, che non può non consistere in una iniziale salutare palingenesi psicologica. Si impone, infatti, per la scienza giuridica la conquista di un sentimento affrancatore: percepire le fonti non più nel profondo di un sacrario da venerare intatto, bensì quali realtà plastiche da verificare nel *continuum* dell'esperienza e da recuperare alla storia. L'età della *globalization* lo impone. Ma questa auspicata affrancazione è ancora una mèta lontana, e il giurista continua a vegetare nell'ombra della nicchia protettiva fornitagli dal sempre comodo — e per dei personaggi culturalmente pigri, appagantissimo — positivismo giuridico.

Ripensare le fonti! È stato questo l'invito ora latente ora scoperto, che ha circolato nell'ambito del Convegno fiorentino e di quello pisano, con un concorrente invito, ora latente ora scoperto, a rivestirsi di coraggio. Giacché la prima a salire sulla disagevole trincea deve essere proprio la scienza con le sue motivate convinzioni. La scienza, che ha come suo compito specifico la percezione

del movimento e del mutamento in atto e la percezione del loro senso, che serba una visione universalistica sovrastante le miserie delle singole proiezioni statuali, può avere e deve avere la forza di denunciare assiomi e mitologie divenuti antistorici e di avviare quella erosione culturale degli uni e delle altre che è il pròdromo necessario per ogni rinnovamento sul piano della ufficialità normativa.

Ma la condizione vera di tutto ciò è una sola: che il giurista alimenti il primo rinnovamento dentro di sé, che la sua coscienza si faccia autenticamente critica quando discorre e tratta di fonti. Le fonti: un patrimonio rigido e indisponibile, perché ciò serviva a garantire il monopolio dello Stato e della legge. Nel tempo della *globalization*, quando Stato e legge vedono assai relativizzato il proprio ruolo, anche il problema delle fonti non può non essere sottoposto a una massiccia relativizzazione, se non si vuol correre il rischio di mantenere intatto un sacrario dedicato a idoli ormai infranti nella comune coscienza.

Occorre prendere atto del ruolo assai più modesto che i nuovi tempi e il nuovo diritto riservano alla legge, prendere atto del complesso e variegatissimo panorama delle fonti. Coerentemente, mandare in soffitta senza rimpianti una nozione meccanicistica di legalità come corrispondenza a un testo normativo autorevole. Questo principio di legalità formale deve cedere a un più comprensivo principio di giuridicità, dove la corrispondenza è con i valori di un intero ordine giuridico. Inutile ripeterlo ancora: un ordine giuridico che si distende ben al di là e ben più in profondo dei confini della statualità.

INTRODUZIONE (*)

1. Storico del diritto e civilista: un colloquio arricchente nel segno della unità della scienza giuridica. — 2. Un Convegno, una intitolazione e una rinnovata coscienza di giurista. — 3. 'Parte generale' e 'sistema' nella scienza civilistica di ieri. — 4. E in quella di oggi.

1. Ho parecchi motivi per compiacermi d'esser qui oggi in mezzo a Voi, chiamato al cospicuo onore di tenere l'introduzione ai lavori della prima giornata congressuale.

Motivi soggettivi: nutrendo stima ed amicizia per i due organizzatori, Francesco Macario e Marco Miletta, studiosi che fanno spicco per l'intelligenza brillante e per la ammirevole cultura, il loro invito mi ha lusingato ed è stato prontamente accolto.

Sono però, questi, motivi personalissimi che poco interessano il nostro uditorio, per il quale hanno, invece, certamente grosso rilievo alcune precise motivazioni oggettive; rilevanti perché di indole squisitamente culturale. Si deve, infatti, salutare con il massimo favore che l'attuale incontro foggiano nasca da una iniziativa congiunta di Macario e Miletta, sia cioè il frutto della collaborazione fra un civilista e uno storico del diritto, nonché di un progetto scientifico unitario che rompe artificiose separazioni fra campi disciplinari impegnando il primo e il secondo in un fertile lavoro comune.

Non posso che gioirne. Da sempre ho avvertito la profonda unità — unità epistemologicamente fondata — della scienza giuridica, e da sempre ho avuto ripugnanza per i numerosi — oh, quanto numerosi! — steccati eretti al suo interno da un perverso zelo

(*) Testo della Relazione introduttiva al Convegno su "Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto", tenuta presso la Università di Foggia il 24 settembre 2003.

burocratico, ma ispessiti dalla in-cultura, dalla miopia e anche dal miserabile egoismo di tanti mediocri mestieranti.

Quando, nell'ormai lontano giugno del 1971, io diffusi fra colleghi ed amici, italiani e non, un foglietto contenente quella che sarebbe stata, di lì a pochi mesi, la programmatica 'pagina introduttiva' del primo volume dei 'Quaderni fiorentini', non si trattò di un invito rivolto unicamente agli storici del diritto. La Rivista era — com'è tuttora — dedicata alla storia del pensiero giuridico moderno, e veniva pensata — come lo è tuttora — quale banco comune di lavoro al quale venivan chiamati ad operare storici, filosofi e teorici del diritto, insieme a cultori di discipline giuridiche positive.

Non si trattava di una sollecitazione all'elettismo, che è sempre — culturalmente — un atteggiamento assai rischioso, ma piuttosto il tentativo di recuperare quella percezione unitaria oggi, se non perduta, molto attenuata. La scienza giuridica, soprattutto negli ultimi duecento anni, ha fruito in Italia e in Europa di scavi tanto approfonditi in seno alle varie dimensioni dell'esperienza, che sarebbe insensato puntare su un giurista onnisciente; né certamente io pensavo di domandare al civilista o al pubblicista di improvvisarsi storico, o a questi di vestire panni non suoi.

Domandavo — questo sì — uno sguardo attento anche al di là del proprio orticello conchiuso, uno sguardo che valesse ad arricchire e irrobustire il dato positivo vigente, a meglio fondarlo, a immetterlo in un percorso storico capace di individuarne le radici ma anche il cammino di sviluppo e, quindi, anche la sua proiezione verso il futuro; che valesse — per altro verso — a intensificare la dialettica passato/presente sì da render più aguzza l'indagine storiografica grazie alla forza dello strumento comparativo.

Ecco: tutto questo che i 'Quaderni fiorentini' hanno tentato di realizzare nei loro trenta anni di vita ha qui, a Foggia, in questo nostro felice Incontro, una sorta di terreno di elezione. Macario e Miletta hanno dimostrato, con la loro iniziativa comune, che questo è possibile, legato soltanto alla disponibilità culturale e alla provvida umiltà dei singoli uomini di scienza; che ciò sia fruttuoso e arricchente lo verificheremo nel corso dei lavori, ma già il programma congressuale, nella sua dettagliata articolazione, ce ne dà una prima verifica.

Il colloquio tra civilista e storico del diritto non può che essere reciprocamente fertile, sempre che il civilista non si seppellisca nel

chiuso delle sue tecniche minute e sempre che lo storico, privo di sensibilità e preparazione giuridiche, non si seppellisca nel sepolcro dell'erudizione dèdito alla sterile fatica di contare i granelli di polvere depositati dal tempo sugli scaffali degli archivii e delle biblioteche.

Altra volta io ho alzato la voce contro la solitudine del giurista, sia esso lo storico del diritto, il filosofo del diritto, il civilista, il pubblicista, il processualista, il penalista, che si compiaccia presuntuosamente dell'isolamento nel proprio laboratorio pur ricolmo di specifici arnesi tecnici. Questo non è momento di solitudini per il giurista, anzi di colloqui e di scambi sperabilmente continui e vivaci, all'interno d'una scienza giuridica dove chiusure e separazioni diventano sempre più intollerabili quale causa prima del respiro affannoso di molti ricercatori.

Torniamo al caso nostro. La presenza dello storico accanto al civilista appare necessaria almeno per due ragioni essenziali: perché lo storico, immerso per mestier suo nel flusso del mutamento e in esso a suo agio, trasmette questa consapevolezza al civilista troppo avvezzo — nel solco d'una tradizione inveterata — a immobilizzare, concettualizzare, anche dogmatizzare; perché lo storico non si limita a collocare il vigente nel corso di una ampia linea, ma è l'unico ad avere la percezione del senso della linea nel suo lungo percorso da radici lontane verso un futuro a venire. In un tempo come il nostro, quando il mutamento sociale economico tecnico ha la rapidità della folgore, la compagnia dello storico è assolutamente necessaria ed è, ovviamente, feconda di risultati.

2. Una traccia precisa ed eloquente è nella stessa pensatissima intitolazione del nostro Convegno, dove leggo termini, che, nella loro congiunzione, assumono un carattere spiccatamente programmatico: 'tradizione', 'sistema', 'parte generale', 'valutazioni storiche', 'prospettive'. L'organizzatore ideale di questo incontro foggiano è un civilista nutrito di storia, che è consapevole di dover inserire il suo sapere e la sua riflessione in una dimensione superatrice del presente/vigente, attenta al passato ma aperta al futuro.

Il richiamo alla tradizione significa diffidenza verso ogni improvvisazione e volontà di costruire non sull'effimero, facendo tesoro di quei momenti dialettici, che sono la ricchezza dei tempi trascorsi, che

consolidano il presente grazie a un prezioso contrappunto comparativo. Il tutto, però, compiuto con uno sguardo, che non depone il suo orientamento prospettico nell'impegno a edificare per i tempi nuovi, per l'uomo di questi tempi e per le sue novissime esigenze. Edificare un futuro che sia futuro, non restaurando il vecchio, ma utilizzando con umiltà le pietre salde del passato, nella piena disponibilità a far sveltare ben al di sopra di quelle pietre un edificio diverso.

Ma lasciamo il generale angolo d'osservazione per calare sul terreno delle fondamentali strumentazioni giuridiche'. Sistema', 'parte generale' stanno, volutamente, al centro del titolo e del programma. Me ne compiaccio davvero. Per chi, come me, ha sempre sofferto quale fatto profondamente negativo l'espropriazione della produzione giuridica perpetrata ai giuristi dal potere politico durante l'età moderna nell'Europa continentale con la conseguente loro riduzione a una condizione di passività, questi richiami hanno una puntuale rilevanza: 'sistema' e 'parte generale' configurano un giurista conscio del proprio ruolo attivo, impegnato in un'opera di costruzione, nella quale — accanto alla necessaria provvedutezza logica — non possono non aver posto sapere intuitivo e — perché no? — fantasia.

Sono, infatti, termini che ben ci introducono nel regno della libertà dell'interprete, un interprete infine psicologicamente affrancato. Quando, anche recentemente, si è stigmatizzato eccessive contrapposizioni fra sistema ed esegesi, fra atteggiamento sistematico ed atteggiamento esegetico, si è indubbiamente voluto biasimare un'antitesi eccessivamente meccanica, facilona e immotivata. Ci si deve però render conto che sistematore ed esegeta sono percorsi e dominati da una psicologia, se non opposta, radicalmente diversa, com'è radicalmente diversa in chi costruisce e in chi si rifiuta di costruire, nel sarto valente che dalla pezza di stoffa confeziona con estro un vestito e in chi si limita a modesti rammendi su un vestito già confezionato.

In un momento — come quello che stiamo vivendo — di rinnovati spazi e di rinnovati ruoli per il giurista (sia teorico che pratico) ripercorrere le strade, già in passato egregiamente battute, della costruzione sistematica e della orditura di una 'parte generale', ha il significato positivo di riaffermare la coscienza di quegli spazi e di quei ruoli in colui che sa di diritto, nell'esperto chiamato a supplire alle tante deficienze del legislatore.

3. Nei giorni precedenti, meditando sul programma/invito del nostro Incontro, da storico qual sono, mi era stata facile una comparazione verticale e anche un accostamento: rilevavo che, sia questo secolo ventunesimo, sia il trascorso secolo ventesimo, si erano inaugurati con lo stesso segno.

All'odierno Incontro foggiano faceva, infatti, perfetto contrappunto il fervore dei primi del Novecento per il disegno di una 'parte generale' del diritto civile.

Il mio pensiero correva pronto al 'Trattato di diritto civile italiano' di Gian Pietro Chironi (che è del 1904) e al 'Manuale di diritto civile italiano' di Nicola Coviello (che è del 1910), l'uno e l'altro arrestatisi alla delineazione di una 'parte generale'. E una domanda si affacciava imperiosa: si tratta di una apparenza formale segnata da una sostanziale discontinuità, o piuttosto di un filo di continuità che corre ininterrotto?

C'è indubbiamente un aspetto di continuità: l'ansia attuale e il fervore di cento anni addietro indicano con chiarezza un civilista che ritiene inadeguato e non congeniale il non-ruolo dell'esegeta, che si sente costruttore e si dà alla costruzione del sistema. Sotto questo profilo, sia Chironi e Coviello, sia l'odierno civilista hanno un medesimo contrassegno: costruttori, sistematori.

Ma prevalenti sono i segni della discontinuità, e un fossato profondo sembra separare la nostra attuale riflessione dalle 'parti generali' dei 'trattati' e 'manuali' proto-novecenteschi. Cento anni fa, per il civilista, perseguire il disegno di una 'parte generale' rispondeva all'ansia (ma anche alla convinzione) di dar vita a un sapere depuratissimo, a una sorta di scienza categoriale e formale non compromessa con le fattualità economiche e sociali, tutta impernata in schemi ordinanti generali ed astratti. Lo *abstrakte Zivilrecht* della tarda Pandettistica tedesca trovava nei numerosi esperimenti italiani una fedele prosecuzione.

Il vizio giusnaturalistico — su cui abbiamo recentemente insistito quale contrassegno del civilista italiano moderno ⁽¹⁾ —, con il suo costante ragionar per modelli, con il suo tratteggiare soggetti e rapporti meta-storici, è un atteggiamento diffuso; e conquista non

(¹) Nella nostra ricostruzione storica della civilistica italiana: *La cultura del civilista italiano — Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2002.

solamente chi si pone soddisfatto all'interno del filone post-pandettistico (Carlo Fadda, per esempio, tanto per fare un nome di rilievo), ma anche chi, come Chironi e Coviello, hanno dimostrato sensibilità — sia pure con ambiguità di risultati — per i movimenti neoterici circolanti nella civilistica italiana almeno dai primi anni Ottanta (2).

Si aggiunga che, in Chironi e Coviello, così come in quasi tutti i cultori del diritto civile, l'istanza di astrattezza si sposava a un rigido positivismo giuridico: lo Stato si proponeva quale monopolizzatore della giuridicità, unica fonte di produzione giuridica, e unica manifestazione era la legge, pretesa espressione della volontà generale anche se voce concreta del titolare della sovranità.

La congiunzione di giusnaturalismo e giuspositivismo, la più grossa antinomia della civiltà giuridica moderna ma di essa squisitamente fondativa, intride di sé la scienza giuridica di allora: si tendeva a un sapere astratto, ma si pretendeva di costruirlo sulla base della legge positiva o del complesso di leggi positive di uno Stato; formalismo e legalismo sono le due facce del giurista.

È questo un atteggiamento largamente diffuso, presente nei molti scienziati italiani che si cimentano nel medesimo tentativo: nel campo civilistico, dopo Chironi e Coviello, il vastissimo 'Trattato' di Francesco Ferrara, del 1921, che, pur distendendosi in ben ottocentoottantacinque pagine, non riesce a offrire, di un progettato disegno sistematico delle 'dottrine generali', se non una prima parte dedicata a 'Il diritto — I soggetti — Le cose'; in campo processualistico i 'Principii di diritto processuale civile' di Chiovenda del 1908, nel campo commercialistico i 'Principi di diritto commerciale — Parte generale' di Alfredo Rocco pubblicati nel 1928 quale estrema reliquia di visioni passate in un mondo giuridico italiano in ricerca di nuovi assestamenti.

Di tutti questi esperimenti il modello più eloquente è nelle pagine di Chiovenda, costruttore di un sistema processualistico di

(2) Sugli orecchiamenti di Chironi e di Coviello verso i nuovi movimenti culturali ma anche sulle ambiguità del loro atteggiamento complessivo ho dedicato una specifica attenzione nel saggio: *Itinerari dell'assolutismo giuridico: saldezze e incrinature nelle 'parti generali' di Chironi, Coviello e Ferrara* (1998), ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

impronta nettamente pubblicistica sulla base di un Codice di rito che lo disegnava invece privatisticamente consegnandolo nelle mani delle parti. In altra sede altamente programmatica, Chiovenda aveva ben precisato l'antinomia in cui si dibatteva il giureconsulto italiano, fissando con lucidità gli argini del suo operare, ma anche l'ambiguità dell'agire intellettuale di uno scienziato dotato di ali robustissime e capace di altissimi voli: "lo studio sistematico deve intendersi come la ricostruzione dell'organismo della legge e il compimento necessario dell'opera del legislatore" (3).

In quest'ultima è il limite invalicabile da parte del giurista. Il quale, però, è chiamato a 'complierla', e lo potrà 'compiutamente' fare soltanto se riuscirà a raggiungere una 'compiuta' ricostruzione del suo organismo. Una combinazione di termini e nozioni vaghi ed elastici, dove appaiono ben segnati i possibili sentieri di libertà che l'interprete intende ricavare nelle pieghe di un non smentito e non smentibile ossequio formale (4).

La legge, la volontà *del* legislatore gravano su di lui come una cappa di piombo, e il giurista — vittima di una diffusa e plagiante coscienza collettiva — è il primo a non voler fare il gesto liberatorio di scrollarsela di dosso, tutto compenetrato fin nelle sue ossa da convinzioni di indole squisitamente mitologica.

4. Per fortuna sua, il giurista di oggi è un soggetto più affrancato, anche se l'aver depresso l'ancoraggio e il riposo di radicate certezze lo rende più solo e pertanto più insicuro. Il suo antenato di cento anni addietro poteva prontamente riferirsi a *la* legge, né quel singolare era da parte sua il frutto di un semplicismo: c'era, infatti, *un* legislatore e *una* era la manifestazione della sua volontà. Oggi, si deve cominciare col constatare che quel singolare si è cambiato in un plurale, e per giunta assai articolato.

Sullo stesso piano ufficiale e formale, accanto alla legge ordinaria — il vecchio veicolo della produzione del diritto con cui facevano

(3) G. CHIOVENDA, *Del sistema negli studi del processo civile* (1907), ora in *Saggi di diritto processuale civile*, volume primo, Milano, Giuffrè, 1993, p. 238.

(4) Questo, almeno, mi sembra il senso del richiamo all'organismo della legge, cioè a qualcosa che sopravanza il testo in cui il comando è scritto e apre verso radicazioni in cui il comando si motiva.

i conti Chironi, Coviello, Ferrara — si sono affiancate altre manifestazioni di straordinaria virulenza e di profondamente diversa qualità intrinseca: una ingombrantissima norma costituzionale, incarnantesi più in principii e regole che in comandi, pregna di quei valori morali e sociali dai quali direttamente emerge; una norma comunitaria europea, assai distante dalla consolidata immagine formale e formalistica della vecchia legge per quel suo contenuto di greve e immediata fattualità economica che la rende un tessuto decisamente acategoriale.

Ancora. Sempre su un piano ufficiale, la conquista di un duplice livello normativo, quello superiore costituzionale e quello ordinario, ha preteso la ulteriore presenza di un supremo organismo giudiziario chiamato a vagliare e verificare la corrispondenza dei contenuti delle leggi ordinarie con i valori impressi nella Costituzione; un organismo giudiziario che, proprio per adempiere pienamente al suo altissimo ufficio, non ha potuto adagiarsi sul letto comodo della esegesi formalistica, ma ha dovuto anzi attingere alla realtà storica dove i valori costituzionali sono vissuti dalla società italiana. Ancoraggi come quelli al principio di ragionevolezza e al diritto vivente denunciano l'insofferenza al legalismo formalista e l'esigenza di percorrere strade completamente diverse dalla vecchia modellistica in tema di fonti.

Ciò, addirittura su un piano ufficiale, ristretto cioè al diritto statale e interstatale; ma è su altri piani che l'erosione di inveterate certezze si fa massiccia.

Innanzitutto, su quello culturale. Qui si deve registrare con favore una acquisizione tutta nuova: la interpretazione/applicazione, che la vecchia dommatica post-illuministica aveva esiliato fuori del processo di produzione del diritto, appendice ad esso estranea ed esterna, col preciso fine di sterilizzare i poco controllabili scienziati e giudici e di mantenere ben saldo il monopolio nelle mani del potere politico, viene, alla luce della più affinata riflessione ermeneutica, recuperata quale momento interno a quel processo. L'imperativo astratto enunciato nella legge diventa positivo, cioè diventa regola positiva di una comunità storicamente positiva, solo grazie all'incarnazione operata da maestri, giudici, operatori.

In secondo luogo, su quello dell'effettività. È facile constatazione che i canali statuali non esauriscono la giuridicità. Ieri, la

arrogante pretesa statualistica — anche se sempre pretestuosa — era, di fatto, solo latentemente disattesa. Oggi, quella che noi siamo soliti chiamare globalizzazione giuridica è invece un reticolato di canali di produzione giuridica appariscenti e sfrontati, che si affermano accanto ai canali statuali con le loro invenzioni giuridiche, con le definizioni teoriche di quelle invenzioni escogitate da esperti di gran rango, con giudici privati chiamati a dirimere le eventuali controversie.

Quando, negli anni Quaranta e Cinquanta del secolo passato, il coraggioso e antesignano Ascarelli non esitava a includere nel nòvero delle fonti anche gli uomini di affari, una siffatta conclusione suonava scandalosa ed era, dalla sensata maggioranza di savii giuristi, esorcizzata come un'eretica bizzarria tollerata sulla bocca di un personaggio geniale. Nel momento attuale, che vede un rinnovato ruolo attribuito alla prassi giuridica e quasi il trionfo della fattualità della prassi sui formalismi dei diritti ufficiali degli Stati, il buon Ascarelli ci appare dotato di ammirevole preveggenza.

Vorrei aggiungere un'ultima considerazione, ma certamente non ultima per incidenza sostanziale: il canale della Manica continua ad essere un profondo fossato geografico, ma lo è sempre meno come segno divisorio fra due pianeti giuridici. V'è infatti un'osmosi crescente fra mondo di *common law* e di *civil law*, e da Oltremanica e da Oltreatlantico arriva a noi — e sempre più circola, e sempre più riceve adesioni — la convinzione che il diritto è cosa da giuristi e deve essere prevalentemente confidata alla comunità di esperti che sanno maneggiarlo provvedutamente. Il che, unito al sopracitato rinnovamento epistemologico provocato dalla riflessione ermeneutica, scuote a fondo l'immobile paesaggio giuridico continentale e rompe catene e chiusure che appena ieri sembravano destinate per l'eternità.

Ecco perché più sopra si parlava di discontinuità. L'odierno ripensamento su 'sistema' e 'parte generale' ha una valenza diversa rispetto a quanto ci è dato di leggere nelle pagine di Chironi, Coviello e Ferrara. Alle spalle del civilista non v'è soltanto un paesaggio liscio e piatto composto di comandi consegnati in testi cartacei; il paesaggio giuridico è, invece, quello di un ordinamento che ha finalmente ritrovato, dopo due secoli di rattrappimenti, tutta la sua complessità; e segnala anche con crudezza la crisi profonda

che percorre l'edificio compatto che la modernità aveva preteso di costruire per l'eterno; lo percorre, lo incrina, lo frammenta. È la crisi della monocrazia statale, è la crisi del sistema di fonti che quella monocrazia aveva autoritariamente disegnato a propria immagine e a proprio servizio.

All'odierno civilista non è più consentito di identificarsi nel non-ruolo di un *servus legis*, anche perché la legge ha visto attenuarsi la sua funzione e il suo prestigio. Egli ci appare, al contrario, come un soggetto più affrancato, con un maggiore spazio di libertà. Nel mutamento socio-economico rapidissimo dei nostri giorni, egli non è chiamato a compire l'opera del legislatore — secondo il frasario di Chiovenda —, ma piuttosto (di fronte alle assenze, alle sordità, ai ritardi del legislatore) a ordinare giuridicamente la società con forte autonomia.

Non si chiede a lui di snaturare il proprio ruolo cangiandosi in un politico. Egli non muterà il compito suo tipico e specifico, che è quello dell'interprete; solo che la sua interpretazione sarà cosa assai diversa dalla esegesi di un testo autorevole, sarà piuttosto intermediazione tra forme e norme, da un lato, e valori e bisogni emergenti, dall'altro; ma sarà anche definizione e categorizzazione di strumenti percepiti e inventati dalla prassi, però estremamente bisognosi di consolidazione teorica; ma sarà uno sguardo necessariamente più spazioso, perché deve poter ricomprendere tutto il paesaggio giuridico nella sua complessità e pluralità.

Mai come oggi, con la prassi che sta galoppando il cavallo in corsa della tecnica info-telematica, si sente la necessità di principii, di ampie cornici ordinatrici, di robusti schemi tecnici valevoli a rattenere una fattualità sfasciata; mai come oggi si avverte il salvataggio offerto da un 'sistema' o da una 'parte generale' scientificamente fondati.

Il civilista è chiamato a costruire, ma non con le mani anchilosate da un legalismo incatenante. Egli è finalmente investito da una responsabilità che è proporzionale alla sua disponibilità e sensibilità, alle sue capacità di intuizione e di lettura del mondo, alla sua fantasia.

Non credo, pertanto, di commettere un errore di prospettiva se interpreto questo Convegno come un provvido esame di coscienza del civilista italiano che si interroga sulla sua azione e sulla sua

posizione nell'itinerario attuale e futuro. Questa auto-interrogazione non sarà, ovviamente, delegabile ad alcuno, ma gli sarà consigliere fidato lo storico del diritto, giurista al par di lui, ma più di lui signore del mutamento e percettore del senso della linea storica. Insieme, potranno più solidamente costruire il futuro diritto europeo e globale.

INDICE SOMMARIO

<i>Le ragioni di questo libro</i>	IX
---	----

STORICITÀ DEL DIRITTO

Il punto e la linea (L'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)	3
Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi	13
Quale spazio, oggi, per lo storico del diritto?	27
Ancora sull'assolutismo giuridico (Ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)	43
Unità giuridica europea: medioevo prossimo futuro?	55
Dalla società di società alla insularità dello stato: fra medioevo ed età moderna.	75
Storicità del diritto.	97
Storicità del diritto.	109
Diritto canonico e cultura giuridica.	125

PER UNA VISIONE ORDINAMENTALE DEL DIRITTO

Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti.	143
Il diritto tra potere e ordinamento	163
Ordinamento.	203
Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno	217

PER RIPENSARE, OGGI, IL PROBLEMA DELLE FONTI DEL DIRITTO

Il diritto tra norma e applicazione (Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana).	235
--	-----

La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico	251
Globalizzazione, diritto, scienza giuridica	279
Aspetti giuridici della globalizzazione economica	301
Pagina introduttiva (Ossia: delle miserie del legislatore italiano)	313
Pagina introduttiva (A sessanta anni dalle leggi razziali italiane del 1938)	319
Pagina introduttiva (Ancora sulle fonti del diritto)	325
Introduzione <i>a</i> : Tradizione civilistica e complessità del sistema.	333

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), 8°, p. 590
Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180
Vol. 29 (2000), 8°, p. 578
Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988
Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950
Vol. 32 (2003), 8°, p. 796
Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408
Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120

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

- 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 SOCIA
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-
(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
CENTO TEDESCO**
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, **I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OC
TALE**
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, **SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO**
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 **CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO**
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 **LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE**
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURA
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

- (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

- 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 L.
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

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 Costantino Mortati, L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 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
- 53 Giovanni Cazzetta, PRÆSUMITUR SEDUCTA
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, POTENZA E RAGIONE
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276

- Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John
(1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO
LAICO
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pu
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO CO
CLASSICO
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 CODICI
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, IURISDICTIONE
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, NEL SEGNO DEI TEMPI
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICTORUM*
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto pe
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E I
(SECOLI XVII-XX)
(2006), 8°, p. XII-374
- 68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI PATRES
(2006), 8°, p. XIV-502

69) Piero Farni, INTORNO ALLE TROVATE DEL DIRITTO
(in preparazione)

70) Paolo Grossi, SOCIETÀ, DIRITTO, STATO
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346

Per Informazioni e Acquisti

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82
<http://www.giuffre.it>

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè

STAMPATO CON I TIPI
DELLA TIPOGRAFIA
«MORI & C. S.p.A.»
VARESE

€ 29,00

2400-35

ISBN 88-14-13366-2



9 788814 133664