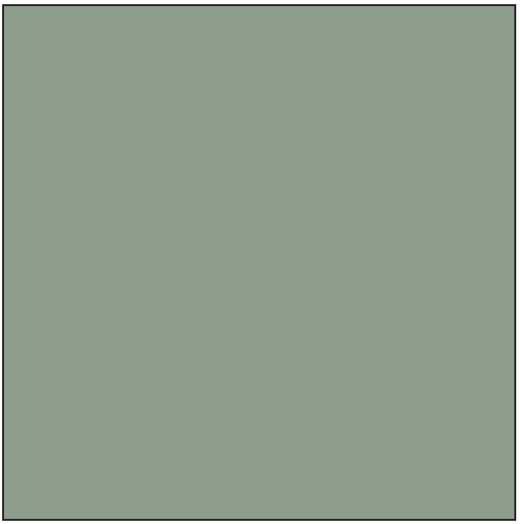
per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

91



MARCO SABBIONETI

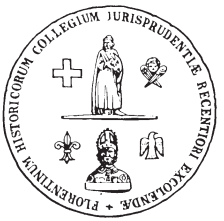
DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO

LA TERZA REPUBBLICA DI RAYMOND SALEILLES (1855-1912)

MVLTA PAVCIS AG
GIUFFRÈ EDITORE

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 NOVANTUNESIMO

MARCO SABBIONETI

DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO

La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)

MVLTA PAVCIS AG
GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 88-14-15470-8

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2010

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

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

A Luisa, che mi ha reso felice

INTRODUZIONE

« Seule l'histoire donne du recul. Il fallait partir de l'histoire. Seule elle donne des points de repère qui nous permettent de ressentir l'horreur de notre âge cartésien ».
MICHEL VILLEY

« Les dogmes ne fixent pas à l'intelligence des limites qu' il lui serait interdit de franchir, ils l'attirent au-delà des frontières du visible; ce ne sont pas des murs, ce sont des fenêtres dans notre prison ».
ANDRÉ FROSSARD

Chi studia l'opera di Raymond Saleilles può correre il rischio di cedere alle suggestioni della *Belle Epoque*, abbandonandosi a improbabili parallelismi. La vicenda umana e scientifica del giurista borgognone, la sua immolazione sull'altare del diritto, ricordano il sacrificio ben più celebre che il recluso di Boulevard Haussmann, in quegli stessi anni, stava compiendo a vantaggio della letteratura. Ci troviamo infatti di fronte a una vita interamente spesa a favore di una missione sentita come capitale e mai rinnegata: il rinnovamento radicale della scienza giuridica perseguito a partire dalla riforma del metodo: un disegno grandioso, se si considera lo stato di salute non proprio eccellente della cultura giuridica francese nella seconda metà dell'Ottocento, un disegno al quale lo "scrivano" di *rue Saint-Guillaume* consacra l'intera esistenza.

Per tale ragione, confrontarsi con l'opera di Raymond Saleilles significa ricostruire una fase particolarmente avvincente della storia del pensiero giuridico contemporaneo, caratterizzata, al contempo,

dalla crisi di un paradigma culturale che sembrava inattaccabile e dal ridimensionamento della sacralità del Codice (1).

Sono anni, in un certo senso, « tragici », nei quali si svela l'illusione alla base del « dramma del pianeta moderno », consistente « nell'assorbimento di tutto il diritto nella legge, nella sua identificazione nella legge » (2).

Saleilles è senz'altro uno degli interpreti principali di tale dramma.

Anche per questo, non può che apparire sorprendente l'assenza, allo stato, di una ricerca che si prefigga l'obiettivo di ricostruire la

---

(1) « 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 », così P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Società, diritto, Stato — Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, cit., p. 291. In quanto strumento privilegiato di realizzazione di un preciso progetto politico di matrice borghese, il Codice « struttura la tradizione romanista *contro* l'Ancien Régime », cioè porta a compimento la modernizzazione sociale ed economica, edificandola in strutture giuridiche. Sul significato, il valore e la portata simbolica del Codice nella storia giuridica europea, cfr. P. CAPPELLINI, *Codificazione*, in P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici*, Torino, 2010, pp. 111-121; P. CAPPELLINI, *Il Codice eterno. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in *Codici: una riflessione di fine millennio. Atti dell'Incontro di studi, Firenze 26-28 ottobre 2000* (a cura di P. CAPPELLINI e B. SORDI), Milano, 2002, p. 11 e ss.; P. CAPPELLINI, *Codici*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, Roma, 2002, p. 102 e ss.; J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII au XIX siècle: essai de définition*, Bruxelles, 1967. Opere fondamentali, nell'ambito della storiografia francese, sono le ricerche di A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969 e di X. MARTIN, *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Paris, 2003. Cfr. inoltre R. ROBAYE, *Une histoire du droit civil*, Louvain, 2004, p. 28 e ss.; J. GAUDEMET, *La codification. Ses formes et ses fins*, in *Sociologie historique du droit*, Paris, 2000, p. 121 e ss.; AA. VV., *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004. In particolare, il rapporto tra Codice, mito e utopia, è analizzato da P. MALAURIE, *L'utopie et le bicentenaire du Code civil*, *ibidem*, p. 1 e ss.; R. BEAUTHIER-I. RORIVE (a cura di), *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré?*, Bruxelles, 2004.

(2) Cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005, cit., p. 37 e s. Si è parlato di « diluizione dei corpi solidi » per descrivere la crisi della legge per effetto della crisi dello Stato monoclasse borghese: cfr. M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, p. 132 e ss. Si veda inoltre F. NEUMANN, *Mutamenti della funzione della legge nella società borghese*, in F. NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna, 1973, p. 245 e ss.

sua opera nel suo insieme, a partire da una ben precisa idea-forza. Solo negli ultimi anni, e da ultimo con accelerazione crescente, si è assistito a una sorta di risveglio della storiografia giuridica: non più citazioni sporadiche e in qualche modo obbligate, ma un rinnovato interesse per il giurista di Beaune, in quanto esponente di punta di quel *renouveau* di fine Ottocento più volte segnalato dalla manualistica d'oltralpe (3).

Dopo decenni di sostanziale indifferenza (4), Paolo Grossi ha riproposto la figura di Saleilles all'attenzione della storiografia giuridica, ricostruendo la personalità umana e scientifica di uno dei più grandi giuristi europei del XX secolo (5).

Da allora, il giurista borgognone pare essere risorto a nuova vita.

Il complesso *opus* saleillesiano è tornato a suscitare l'interesse della dottrina ed è stato oggetto di indagini ripetute, condotte a partire da molteplici prospettive: la teoria delle obbligazioni (6), la riforma del metodo e il ruolo svolto dal nostro nell'aggiornamento del paradigma giuridico rivoluzionario (7), il modernismo tra diritto

---

(3) Cfr. A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société du XIX siècle à nos jours*, Paris, 1975, p. 75 e ss.; J.-L. Halperin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 1996, p. 171 e ss.

(4) I lavori più significativi dedicati all'opera di Saleilles, prima del nuovo *essor* di questi anni, sono il saggio di E. Gaudemet, *Raymond Saleilles*, in *Revue bourguignonne de l'Université de Dijon*, XXII, 1912, p. 161 e ss.; l'opera commemorativa, con contributi dei maggiori giuristi francesi dell'epoca, pubblicata nel 1914, cfr. Aa. Vv., *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, 1914; il saggio di J.-M. Trigeaud, *Raymond Saleilles (1855-1912)*, in *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n. 7, 1988, p. 210-213; la voce a cura di P. Malaurie in *Anthologie de la pensée juridique*, Cujas, 2001, pp. 239-248.

(5) Si veda P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato - Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20, 1991, pp. 193-261, ora in P. Grossi, *Nobiltà del diritto*, Milano, 2008, p. 269 e ss. L'autore è tornato a occuparsi di Saleilles in *Scienza giuridica italiana — Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. 47, 48, 75, 103, 104, 153, nonché in *L'Europa del diritto*, Roma, 2007, p. 180 e ss.

(6) Cfr. B. Gast, *Der allgemeine Teil und das Schuldrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs im Urteil von Raymond Saleilles (1855-1912)*, Frankfurt am Main, 2000.

(7) P. Remy, *Planiol: un civiliste à la Belle Epoque*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002, pp. 31-45. Si veda anche il saggio più risalente di G. Cornu, *Aperçu de la pensée juridique française contemporaine*, in *Annales de l'Université de Poitiers*, n. 1, 1960, pp. 15 e ss.

e teologia (8), l'*engagement* in occasione della crisi della separazione, la ricostruzione del complesso *réseau* di relazioni stabilito a livello europeo (9). In particolare, l'attenzione degli studiosi si è concentrata sul *tournant* di fine Ottocento (10); si sono sottolineate, cioè, le peculiarità di un periodo nel quale i giuristi si trovano improvvisamente « face au politique » (11); sono costretti, in altre parole, ad abbandonare la tradizionale neutralità, e il fascino discreto della loro professione (12), a mettere da parte i panni del « technocrate » (13), per indossare i panni più scomodi ma certamente più stimolanti del giurista *engagé*, consapevole della valenza politica del proprio *munus*, della funzione strategica svolta dal diritto nell'ottica del consolidamento della *République* (14).

La storiografia francese ha definito in termini di « secours » la funzione svolta da questa generazione di giuristi « inquiets » (15) (di

---

(8) Cfr. N. MATTHEY, *Le Code civil et le développement du droit vus par Raymond Saleilles*, in *Le Code civil — un passé, un présent, un avenir*, cit., p. 211 e ss.

(9) Cfr. A. ARAGONESES, *Recht im* fin de siècle*. Briefe von Raymond Saleilles an Eugen Huber (1895-1911)*, Frankfurt am Main, 2007.

(10) Periodo definito « temps de trublions » da A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société*, cit., p. 75 e ss. La crisi di fine Ottocento, nei suoi riflessi sulla scienza giuridica, è sinteticamente descritta da C. JAMIN, *Dix-neuf cent*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, 2003, pp. 380-384. Si veda, per un'ampia ricostruzione dei caratteri di tale *tournant*, J.-F. NIORT, *Homo civilis: contribution à l'histoire du Code civil français, 1804-1965*, Aix-en-Provence, 2004, II, p. 371 e ss., e in particolare p. 417 e ss.

(11) Cfr. C.-M. HERRERA (a cura di), *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la III République*, Paris, 2003, in particolare il saggio di J. LE GOFF, *Juristes de gauche et droit social dans les années 1880-1920*, pp. 13-33

(12) Cfr. A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société*, cit., p. 27 e ss.

(13) Cfr. A.-J. ARNAUD, *Da giureconsulti a tecnocrati: diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, trad. it., Napoli, 1993.

(14) La dottrina francese ha parlato non a caso di « invention du social » e di « régénération républicaine », cfr. C. JAMIN, *François Gény d'un siècle à l'autre*, in *François Gény, mythe et réalités. 1899-1999, centenaire de* Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique, Paris, 2000, pp. 3-33, cit., p. 9. Si veda anche, per questa chiave di lettura, C. JAMIN, *L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX et XX siècle*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, pp. 815-827; P. JESTAZ-C. JAMIN, *En relisant Eugène Gaudemet*, in E. GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Paris, 2002; O. BEAUD, *Doctrine*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, cit., pp. 384-388.

(15) M.-C. BELLEAU, *Les* juristes inquiets*: classicisme juridique et critique du droit au début du XX siècle*, in *Les cahiers de droit*, XL, n. 3, septembre 1999, pp. 507-544.

cui Saleilles è senz'altro il capofila) nei confronti delle fragili istituzioni repubblicane, individuando il tratto saliente di tale opera, in termini scientifici, nella invenzione di uno stile « néo-classique » (16), cioè nella rielaborazione del sistema giuridico napoleonico allo scopo di renderlo capace, riadattandolo dall'interno, di far fronte adeguatamente a un contesto socio-politico inedito.

In tale linea interpretativa, si è individuato l'elemento caratterizzante dell'opera di Saleilles nella messa a punto di un « droit social », unico strumento in grado di tradurre in termini tecnico-giuridici le istanze della nascente democrazia sociale (17).

Altri studi, sempre condotti in ambito francese, si sono invece concentrati sui caratteri della *méthode historique*, cercando in particolare di cogliere il rapporto esistente tra riflessione metodologica e sensibilità modernista. Altri ancora, infine, hanno approfondito il complesso cattolicesimo (18) di Saleilles e il suo impegno politico, in quanto cattolico filo-repubblicano e progressista, con particolare riferimento alla crisi innescata dalla legge del 1905.

Tali approcci, se garantiscono l'incisività dei singoli scavi, non offrono al lettore una visione d'insieme della personalità del giurista borgognone, della sua ricchissima produzione scientifica, e del ruolo di primo piano che essa riveste nella storia giuridica europea.

A costo di abusare di facili suggestioni letterarie, non è esagerato dire che la metafora più appropriata per descrivere l'opera sterminata dell'umile scrivano di *Rue Saint Guillaume* è proprio quella del mosaico bizantino, che tanto affascinava l'autore della *Recherche*. La miriade di tessere che lo compongono, tutte diverse l'una dall'altra, si fondono in una immagine grandiosa, a condizione che l'osservatore si ponga a un'adeguata distanza e possa godere di una sufficiente illuminazione. Mettendo insieme gli innumerevoli frammenti dell'opera di Saleilles, senza fretta, come l'allievo di Ruskin nella

---

(16) C. Jamin, P.-Y. Verkindt, *Droit civil et droit social: l'invention du style néo-classique chez les juristes français au début du XX siècle*, in N. Kasirer (a cura di), *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, 2003, p. 103 e ss.

(17) F. Tellier, *Le droit à l'épreuve de la société. Raymond Saleilles et l'idée du droit social*, in *Revue d'histoire du droit et de la science juridique*, n. 20, 1999, pp. 147-177.

(18) Cfr. P. Rolland, *Un « cardinal vert »: Raymond Saleilles*, in *Revue française d'histoire des idées politiques*, n. 28, dicembre 2008, p. 273 e ss.

basilica di San Marco, si può avere la fortuna di assistere a una rappresentazione imponente, priva di significati escatologici ma a suo modo notevolmente avvincente.

L'immagine che si ottiene osservando tale opera dalla giusta prospettiva è quella di un progetto ben definito, destinato a segnare in profondità un ambito certo non irrilevante del pensiero europeo in una fase cruciale della storia contemporanea (19).

Lo scopo di questa ricerca è proprio quello di ricostruire il contenuto di tale progetto esaminando congiuntamente le diverse componenti dell'opera di Saleilles (20). Così facendo, la notevole ricchezza di tale opera potrà svelarsi nella sua coerente unità e le due anime che la compongono — quella propriamente giuridica e quella teologica — appariranno strettamente interconnesse, al servizio di una lucida strategia volta a ridefinire le coordinate della *citoyenneté* repubblicana o, detto altrimenti, a dare sostanza e a tradurre nel linguaggio del diritto il nuovo paesaggio politico-giuridico contrassegnato dal passaggio dalla democrazia politica alla democrazia sociale.

Ma cosa si intende, più in dettaglio, per "progetto Saleilles"?

Esso consiste, in estrema sintesi, in un imponente sforzo di rifondazione epistemologica, che ha immediate ricadute politiche, e nel quale convergono, alimentandolo, le tre principali componenti della personalità umana e scientifica del giurista borgognone: la germanofilia, il modernismo, la complessa sensibilità cattolica.

Nel corso della seconda metà dell'Ottocento, in presenza di un contesto politico-sociale in rapida evoluzione e nel pieno della cosiddetta « crise allemande » della cultura francese, si pongono le premesse per il definitivo abbandono dell'*Exégèse* (21), cioè di quella

---

(19) Il significato complessivo dell'opera del giurista borgognone emerge con chiarezza dall'efficace sintesi che ne ha tracciato da ultimo Jean-Louis Halpérin. Si veda la voce dedicata a Raymond Saleilles in P. ARABEYRE-J.-L. HALPERIN-J. KRYNEN (a cura di), *Dictionnaire historique des juristes français*, Paris, 2007, pp. 694-696.

(20) Intendiamo, in altre parole, raccogliere l'invito formulato da Cristophe Jamin a scrivere la biografia intellettuale del giurista di Beaune. Cfr. C. JAMIN, *Quelle nouvelle crise du contrat?*, in C. JAMIN-D. MAZEAUD (a cura di), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, 2003, p. 8 e ss., cit., p. 11.

(21) Tale abbandono, com'è stato notato, è l'effetto del riconoscimento della funzione creativa della dottrina, espressamente teorizzato da Gény sulla scia della lezione

particolare mentalità scientifica sviluppatasi dopo l'avvento della codificazione che postula una sostanziale identificazione tra legge e diritto e pretende di esaurire il fenomeno giuridico entro gli angusti confini del Codice (22).

Raymond Saleilles nasce il 14 gennaio 1855, a Gigny-par-Beaune, piccolo villaggio nel cuore della Borgogna, negli anni del trionfo dell'*Exégèse*, negli anni in cui il metodo esegetico si afferma e giunge a completa maturazione, riducendo al silenzio i pochi *frondeurs* della *Thémis*: nel 1855 il *Cours de droit français suivant le Code Civil* di Alexandre Duranton, ultimato nel 1837 e più volte riedito, è già un classico per chiunque voglia dedicarsi a uno studio ortodosso del diritto civile; Charles Aubry si avvicina alla terza

---

bülowiana, e della scoperta della cultura giuridica tedesca, di cui Saleilles è uno dei principali artefici. Cfr. R. Sacco, *Il Code Napoléon: le porte chiuse, le porte aperte*, in *Atti dei convegni lincei - Il bicentenario del codice napoleonico*, cit., p. 143 e s.

(22) *Exégèse* è l'etichetta applicata dalla storiografia successiva al gruppo eterogeneo di giuristi formatisi all'ombra del Codice. La paternità di tale definizione è riconducibile a J. Bonnecase, *L'Ecole de l'exégèse en droit civil: les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, Paris, 1924. Dello stesso autore, si veda anche *La notion de droit en France au dix-neuvième siècle: contribution à l'étude de la philosophie du droit contemporaine*, Paris, 1919. Come è stato notato, « esegesi è vocabolo che viene da lontano, dagli studii sulle Sacre Scritture, nei quali si richiede allo studioso un atteggiamento doverosamente passivo di fronte a un testo ritenuto di provenienza divina e una attività puramente esplicativa della volontà in quello contenuta. Il trapianto del vocabolo dal sacro al profano ha il significato di esaltare la volontà del legislatore e ridurre la operosità intellettuale dell'interprete (scienziato o giudice) alla pura conoscenza, a un esercizio di logica, magari combinando frammenti sparsi entro il sistema legale positivo, con la consegna imperiosa di non varcare i confini del diritto legale », cfr. P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., p. 153. Si è osservato come, « quant à la prétendue Ecole de l'Exégèse, qui aurait dominé le XIX siècle français, elle n'a jamais existé qu' après coup, dans l'esprit de ceux qui ont voulu dénigrer les exégètes », cfr. P. Jestaz-C. Jamin, *La doctrine*, Paris, 2004, cit., p. 10. Si tratta in effetti di una categoria quanto mai discussa, specie all'interno della storiografia francese, soprattutto a partire dall'ormai celebre saggio di Philippe Rémy, che ne ha proposto una rivalutazione. Operazione tentata, in anni non troppo lontani, anche dalla dottrina italiana. Cfr. P. Remy, *Eloge de l'exégèse*, in *Droits*, n. 1, 1985, p. 115 e ss.; N. Irti, *La proposta della neo-esegesi*, in *Giustizia civile*, XXXII, 1982, p. 65 e ss. Contro tale impostazione, si veda P. Grossi, *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII, 1988, p. 527 e ss. La storia dell'*Exégèse* si può leggere in F. Marinelli, *La cultura del Code civil — Un profilo storico*, Padova, 2004, p. 97 e ss.

edizione del suo *Cours de droit civil français* e nel 1851, circondato di onori e di ammirazione, diventa *doyen* della Facoltà di diritto di Strasburgo; due anni dopo Jean Charles Florent Demolombe, giunto ormai al IX volume del suo *Cours de Code Civil*, è *doyen* della Facoltà di Caen; nel frattempo, mentre l'inquieto Victor-Napoléon Marcadé, teorico del cattolicesimo liberale, è alla quinta edizione della *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, Troplong lavora al *Commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire.* Ma il 1855 è anche l'anno in cui Laboulaye pubblica sulla *Revue historique du droit français et étranger* un articolo dal titolo profetico, che chiude la breve parentesi della scuola storica francese e ha tutta l'aria di un lascito testamentario: « la méthode historique en jurisprudence et son avenir » (23).

---

(23) Forniremo notizie biografiche relative a Saleilles in più occasioni nel corso del presente lavoro. In questa sede, per permettere al lettore di farsi un'idea del personaggio, utilizzeremo un profilo biografico particolarmente autorevole, scritto da Marguerite Bufnoir, la consorte del giurista di Beaune. Il 18 aprile del 1912, a poco più di un mese di distanza dalla scomparsa del marito, Madame Saleilles invia una lettera a Pierre Imbart de la Tour, che le aveva comunicato l'intenzione di pubblicare un articolo sul giurista borgognone in un numero del *Bulletin de la Semaine*. Le lasciamo volentieri la parola: « Raymond Saleilles né à Beaune en 1855, fit ses études secondaires au collège de la petite ville, remporta le prix d'honneur en philosophie au concours entre les lycées et collèges de province. Vint à Paris faire son droit qu' il commença à L'Institut Catholique récemment fondé et continua à la Faculté de l'Etat. Nommé agrégé des facultés de droit en 1884, il fut attaché quelques mois à la Faculté de Grenoble où il fut chargé d'un cours d'histoire du droit. Nommé à la Faculté de Dijon à la fin de l'année 1885, il y professa pendant 10 ans l'histoire du droit. Il fut rappelé à Paris en 1895 où il enseigna successivement le droit pénal, puis le droit civil à la mort de son beau-père M. Bufnoir. En 1901 il était chargé de fonder l'enseignement du droit comparé pour lequel lui fut créé une chaire qu' il occupa jusqu' à ses derniers jours. Parmi les ouvrages les plus importants, il faut citer: Traité de l'obligation dans le Code civil allemand; Traduction et commentaire d'une partie du Code civil allemand; un livre de droit pénal: L'individualisation de la peine; un livre de droit comparé sur la Personnalité civile et une foule d'autres monographies, articles et études sur le droit romain, le droit civil et quelques points d'histoire, dont l'énumération est immense. Il avait la passion de l'enseignement et une sympathie immense pour la jeunesse, pour les étudiants. Dans un des mots pseudotestamentaires… il suffirait cette phrase: « je désire qu' il y ait aux obsèques le plus d'étudiants possible. Il ne sauront jamais assez combien je les ai aimés ». En province il avait beaucoup lutté pour la vie des petites universités et avait fondé à Dijon la *Société des amis de l'Université* et la *Revue bourguignonne*. A Paris il fonda la *Société d'études législatives* et prépara les fêtes du centenaire du Code civil. Je n'ai pas à vous

Quando, sul finire degli anni Settanta, il giovane giurista borgognone approda alla scuola di *place du Panthéon* (dopo una breve parentesi all'*Institut Catholique*) il paradigma culturale dominante è ancora quello elaborato dai giuristi della prima metà del secolo (24): il Codice resta avvolto in un alone mitico e occupa da solo l'intero orizzonte della cultura giuridica. L'insegnamento segue rigorosamente i canoni dell'*Exégèse*.

Tuttavia, come spesso accade, l'apogeo di una scuola coincide con l'inizio della sua fine. Il modello esegetico, saldamente radicato nelle università, è ormai in affanno. L'evoluzione tumultuosa alla quale è andata incontro la società francese nel corso dell'Ottocento, già preconizzata da Pellegrino Rossi (25), ha finito per smascherare l'insufficienza dell'*Exégèse* e, con essa, l'impraticabilità scientifica e, in definitiva, la crescente inutilità del commentario. Il positivismo legalistico, che sembrava il punto di arrivo della vicenda giuridica francese, si rivela sempre più inservibile (26): lo scettro cade dalle mani del *Prince* Demolombe e dei suoi corifei.

---

parler de l'intérêt passioné qu' il gardait au domaine religieux, de ses traductions de Newman, de sa brochure sur la *Méthode historique et la Bible* qui l'avait mis en rapport avec Mgr. Mignot et M. l'abbé Birot. Vous savez également qu' il a fait partie de ces catholiques qu' on a appelés les « cardinaux verts ». Il avait été actionnaire de la *Quinzaine* où il écrivit maintes fois notamment une étude sur le *Santo*; il fut l'un des premiers abonnés du « Demain » et vous savez quelle affection il portait à votre *Bulletin*. Jusqu' au dernier jour il travailla à préparer l'introduction dans nos lois d'une législation des *Fondations* espérant toujours y parvenir. Il était l'homme des nuances, de la conciliation, avec un haut respect des traditions et de la légalité; comme nous l'écrivait Mgr. Chapon « il savait appliquer aux circonstances les principes sans excès ni défaillance ». Je vous envoie, Monsieur, en même temps un article de M. Deslandres dans le Journal de Beaune qui vous donnera peut-être quelques détails supplémentaires sur sa physionomie. Excusez ce griffonage informe, cher Monsieur, qui j'espère pourra vous rendre service et vous orienter ». Questa lettera è conservata, assieme ad altre due (del 16 maggio e del 9 giugno) presso la *Bibliothèque de l'Institut* unitamente alle lettere di Pierre Imbart de la Tour. Per il necrologio, cfr. P. Imbart De La Tour, *Raymond Saleilles*, in *Bulletin de la Semaine*, 22 maggio 1912, p. 241 e s.

(24) Definiti « technocrates » da A.-J. Arnaud, *Da giureconsulti a tecnocrati: diritto e società in Francia dalla codificazione ai nostri giorni*, cit.

(25) Cfr. P. Rossi, *Osservazioni sopra il diritto civile francese*, Napoli, 1861.

(26) Si comincia a dubitare, in altre parole, che le categorie della potestatività e della testualità esauriscano la dimensione del fenomeno giuridico e torna alla ribalta il momento della interpretazione/applicazione. Si veda, su tale profilo, P. Grossi, *La*

È proprio in questi anni, per reazione al disgusto provocato da quella sorta di indottrinamento codicistico che si pratica nelle aule della Sorbona, che Saleilles raccoglie inconsapevolmente l'invito di Laboulaye, intuendo che la scienza giuridica francese, se vuole avere un futuro, deve essere rifondata (27).

Inizia da qui un avvincente viaggio scientifico, compiuto per lo più nella solitudine di uno studio parigino, il cui risultato finale è un'opera titanica, alluvionale, ricca di infinite suggestioni, che assume progressivamente i connotati di un vero e proprio "progetto".

Saleilles non tarda a rendersi conto del fatto che la rifondazione della scienza giuridica in senso anti-formalistico ed anti-legalistico presuppone il superamento del paradigma politico-giuridico rivoluzionario: il paradigma legalistico, caratterizzato dalla centralità della *loi*, intesa in senso rousseauviano, da un lato; il paradigma individualistico, caratterizzato dalla centralità dell'individuo, inteso come soggetto sovrano e solitario, protagonista esclusivo del paesaggio giuridico regolamentato dal Codice (28), dall'altro.

---

formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico, in V. Cerulli Irelli-O. Roselli (a cura di), *La riforma degli studi giuridici*, Napoli, 2005, p. 31-55, cit., p. 37 e ss. La crisi del positivismo legalistico verrà esaminata in un noto saggio di inizio Novecento: cfr. J. Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908.

(27) Come osserva Atias, « à la fin du XIX siècle, parce que les codes avaient vieilli, parce que les règles d'interprétation s'étaient figées et étaient appliquées sans imagination, l'exégèse était ressentie comme un carcan. Saleilles fut le premier à proposer d'en sortir », C. Atias, *Premières réflexions sur la doctrine française de droit privé (1900-1930)*, in *Revue de la recherche juridique*, 1981, n. 2, pp. 189-201, cit., p. 195.

È stato rilevato come il punto di partenza della cosiddetta *Ecole scientifique* è rappresentato dall'« examen critique de la doctrine de l'Ecole de l'Exégèse » allo scopo di « libérer la doctrine de cet exclusivisme de la loi écrite ». Cfr. D. Bureau, *Les regards doctrinaux sur le Code civil*, in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, cit., p. 185. L'autore suddivide la dottrina successiva alla codificazione in quattro periodi: il primo (1804-1830), contrassegnato dalla « analyse technique du Code »; il secondo (1830-1880), dominato dall'« apogée de l'Ecole de l'exégèse »; il terzo (1880-1899), caratterizzato dal declino dell'*Exégèse* e dalla comparsa di autori di rottura, come Beudant, Labbé e Bufnoir; il quarto segnato dall'avvento dell'*Ecole scientifique*, la « doctrine de l'avenir », *ibidem*, p. 180 e ss.

(28) Si tratta di due profili legati inestricabilmente. Si è osservato a questo proposito come il mutamento o la relativizzazione del modello codicistico sia legato alla trasformazione del concetto di interpretazione e dei suoi presupposti teorici. Cfr. T.

In tale prospettiva, alla riflessione metodologica è assegnato un ruolo centrale giacché è evidente che il rinnovamento presuppone una radicale revisione del metodo consolidato. Non a caso il progetto si apre con la riflessione sul metodo, mentre tutta l'opera, nel suo complesso, appare come la coerente applicazione di un chiaro indirizzo metodologico, che ne rappresenta il fondamentale *trait d'union*.

La rifondazione della scienza giuridica attraverso la riforma del metodo non avviene tramite l'elaborazione di un compiuto *discours de la méthode*, ma è il frutto della sistematica applicazione, in ambito dogmatico, di poche, limpide direttive metodologiche la cui prima intuizione risale all'ultimo decennio dell'Ottocento. Saleilles, in altre parole, ridisegna la cultura giuridica francese dall'interno, da tecnico del diritto, da civilista, calato nella trincea infuocata della giurisprudenza di fine Ottocento; cosicché il nuovo metodo si svela attraverso le sue immediate traduzioni dogmatiche più che attraverso l'elaborazione di compiute summe di teoria generale. Esso è, in ogni caso, il frutto di una riflessione che lo accompagna per tutta la vita, alimentata dalle qualità che hanno fatto la gloria della scienza giuridica francese nella versione cara a Savigny e che il nostro personaggio possiede in misura notevole: *souplesse*, *bon sens*, *finesse*, pragmatismo, adattabilità.

Da qui egli trae le coordinate di una indagine che, partendo dalla critica al giusnaturalismo razionalistico e a taluni profili dello storicismo savignyano, approda alla definizione di un metodo sperimentale basato sulla osservazione dei fatti, sulla storia e sulla comparazione, sulla continua ricerca di una aderenza tra forme giuridiche e dimensione sociale. Il diritto viene considerato una forza viva, una rappresentazione della vita sociale, e la realtà, con i suoi bisogni sempre nuovi, prende il sopravvento sulle astrazioni frutto della logica giuridica, di cui pure non si cessa di avvertire il fascino (29).

ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in T. ASCARELLI, *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 58 e ss.

(29) L'antitesi tra fatto umano e fatto giuridico, tra sistema e storia, tra scienza giuridica come rigorosa sistematica concettuale e diritto come fenomeno regolato dal principio di evoluzione, sembra destinata a riproporsi invariabilmente nella riflessione

Nasce così la *méthode historique*, indubbiamente la « creatura » più preziosa di Raymond Saleilles, il suo principale contributo al rinnovamento della epistemologia giuridica e alla teoria della interpretazione (30).

Ma se il superamento del paradigma esegetico, consustanziale al modello giuridico liberale, costituisce al contempo il punto di partenza e uno degli elementi essenziali del progetto, non può dirsi di certo che esso ne esaurisca il contenuto. In altre parole, l'adozione di un metodo sociologicamente orientato, basato sulla osservazione, sulla sperimentazione, inserito nel tempo storico e nella concretezza dei rapporti sociali, fondato, jheringhianamente, sulla categoria del conflitto, è la risposta che Saleilles elabora per far fronte alla imponente domanda di razionalizzazione che preme dall'esterno sulla sfera del diritto. In tale contesto, il diritto civile diviene l'equivalente del diritto pubblico a fronte di una democrazia resa sensibile alla pluralità dei fini e delle rivendicazioni identitarie dei gruppi che la compongono.

Analizzeremo allora come, nel quadro del « progetto Saleilles », tale superamento non sia semplicemente il risultato di una necessità endo-disciplinare, una mera reazione alla *sécheresse* esegetica, ma sia in realtà funzionale alla costruzione di un diritto privato della

---

dei giuristi teoreticamente più consapevoli. Ne è un esempio classico l'opera di Salvatore Pugliatti, tutta incentrata sulla difficile ricerca di un compromesso epistemologico accettabile tra il necessario rigore della *scientia iuris* e l'inevitabile mutovolezza del diritto come fatto storico e sociale. Si veda in proposito P. Grossi, *Salvatore Pugliatti giurista inquieto*, in *Nobiltà del diritto*, cit., p. 531 e ss.

(30) In quest'ottica, il comparatismo, altro grande capitolo dell'opera saleillesiana, rileva soprattutto in quanto ingrediente fondamentale del più generale progetto di rinnovamento metodologico e quindi in quanto precondizione di tale auspicata palingenesi culturale. Adotteremo in questo lavoro la chiave di lettura di Paolo Grossi, secondo il quale il metodo comparatistico « nella stessa visione saleillesiana non è che un aspetto della più generale *méthode historique* ». Si veda P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., nota 101, p. 221. Altri indirizzi di ricerca hanno invece sottolineato la centralità della comparazione nell'opera di Saleilles, considerandola l'elemento di maggior rilievo nel contesto della produzione scientifica del giurista borgognone. Si veda al riguardo A. Aragoneses, *« Au-delà du Code civil mais par le Code civil ». Raymond Saleilles y la lucha por el derecho comparado*, Universitat de Girona, 2007, nonché A. Aragoneses, *Un jurista del modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*, Madrid, 2009.

solidarietà capace di tradurre e fondare giuridicamente il passaggio dalla democrazia politica, frutto dell'evento rivoluzionario, alla democrazia sociale, intesa come definitivo compimento delle promesse dell' '89; come esso, in altre parole, sia funzionale alla estensione, in senso sociale, della *citoyenneté* rivoluzionaria, ormai inevitabile alla luce del contesto politico-sociale della Francia di fine Ottocento.

Il progetto Saleilles, in sintesi, può pertanto interpretarsi come una radicale opera di rifondazione della scienza giuridica attuata a partire dal metodo, il cui obiettivo è la elaborazione di un diritto privato della solidarietà funzionale alla costruzione tecnico-giuridica della democrazia sociale.

La *méthode historique*, in tal modo, rappresenta l'elemento fondamentale di una complessa strategia di « salvataggio » della *République*, consistente nel contenimento e nella organizzazione del conflitto attraverso lo strumento della razionalità giuridica.

In tale periodo, infatti, come abbiamo anticipato, la scienza giuridica è chiamata a salvare il fragile edificio repubblicano e l'opera dei giuristi assume un carattere intrinsecamente politico (31), nella misura in cui la *République* si appella al diritto e a una

---

(31) Si veda l'articolo di J. SAVAGE, *The Social Function of the Law Faculty: Demographics, Republican Reform, and Professional Training at the Paris Law Faculty, 1870-1914*, in *History of Education Quarterly*, XLVIII, n. 2, 2008, p. 221 e ss. La naturale militanza della scienza giuridica francese non sorprende nell'orizzonte della Terza Repubblica, che è essenzialmente una Repubblica « scientifique ». Per i repubblicani francesi non può esservi neutralità della scienza, giacché la Repubblica è allo stesso tempo la condizione necessaria dello sviluppo di un sapere il più libero possibile e il regime che fa delle applicazioni del sapere e della sua integrazione in una morale la condizione stessa della sua esistenza e della sua durata. Secondo tale ideologia, la vera azione politica è una azione di carattere intellettuale, di carattere morale, se non addirittura spirituale, che passa attraverso l'educazione dispensata dallo Stato, grazie a un metodo che diventa in tal modo la chiave di volta dell'intero sistema. Il legame tra scienza, politica e consolidamento della Repubblica, particolarmente evidente in Durkheim e nel suo tentativo di dar vita a una scienza repubblicana ufficiale, è però presente, almeno a livello implicito, nella mentalità di tutti gli intellettuali dell'epoca. Cfr. C. NICOLET, *L'idée républicaine en France*, Paris, 1982, p. 311 e ss. Tale profilo è ben sintetizzato nell'affermazione fatta da Jules Ferry, nel discorso di fronte alla sala del Trocadéro, il 21 aprile 1881: « nous n'avons ni dogmes ni symboles, ni catéchisme à connaître ou à répandre, nous n'avons qu' une religion, c'est la culture intellectuelle de tous les Français », cfr. J. OZOUF-M. OZOUF, *La République des instituteurs*, Paris, 1992, cit., p. 273.

rinnovata razionalità giuridica come strumento di ridefinizione e di consolidamento della propria identità e come mezzo per individuare le condizioni di un duraturo equilibrio politico-sociale (32).

In questo senso, pertanto, possiamo parlare di progetto Saleilles per la Repubblica o di Terza Repubblica di Raymond Saleilles, in quanto le sorti di quella che diverrà « la plus longue des Républiques » (33) sono legate a doppio filo alla scienza giuridica e alla sua capacità di rinnovarsi, mentre è indubbio che ci troviamo di fronte a un giurista perfettamente consapevole del ruolo strategico del diritto e della valenza intrinsecamente politica assunta dalla riflessione giuridica in quel determinato contesto storico (34).

---

(32) Non a caso Philippe Rémy, ricostruendo la figura di Marcel Planiol, anch'egli impegnato nel rinnovamento della scienza giuridica nel « temps des trublions », ha parlato di un « juriste de combat », espressione che non è impropria neppure per Saleilles. Cfr. P. REMY, *Planiol: un civiliste à la Belle Epoque*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002, p. 31 e ss., cit., p. 31. La produzione scientifica dei giuristi della generazione di Saleilles non può comprendersi prescindendo dal contesto sociale nel quale sono immersi. Se ciò è vero per qualsiasi giurista, lo è ancora di più per i giuristi della Terza Repubblica. Cfr. D. GUTMANN, *La fonction sociale de la doctrine juridique — Brèves réflexions à partir d'un ouvrage collectif sur* Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002, p. 455 e ss.

(33) Cfr. J.-Y. MOLLIER-J. GEORGE, *La plus longue des Républiques (1870-1940)*, Paris, 1994.

(34) A conferma ulteriore di come la sfera privata, non meno del diritto pubblico sia legata da un identico vincolo di funzionalizzazione nei confronti della *salus publica*, secondo una intuizione che ha nobili e risalenti origini: cfr. P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, I, *Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette*, Milano, 1984, nota n. 199, p. 245. Sul *munus* politico dei giuristi della Terza Repubblica insiste particolarmente J.-F. NIORT, *op. cit.*, p. 429 e p. 434: « il faut insister sur le fait que cet essor, au sein d'un monde juridique qui restait largement conservateur, sera encouragé, sinon déterminé, par la poussée républicaine et démocratique, relayée par le suffrage universel, entraînant l'accroissement de l'interventionnisme législatif, notamment dans le domaine — ignoré du Code — du droit associatif et du droit du travail; et plus encore par l'arrivée au pouvoir politique du radicalisme — et de son idéologie solidariste — qui allait favoriser l'avènement des théories juridiques françaises du droit social, et plus globalement la prise en compte du « droit social », par les ouvrages juridiques et par le monde du droit ». Sul rapporto tra giuristi e politica, a partire dal primo dopoguerra, si veda M. MILET, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public. Contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, thèse pour le doctorat de science politique, Université de Paris II Panthéon-Assas, 2000.

Il metodo rinnovato permette di dar vita a un inedito *droit social*, costruito reinterpretando i principi fondamentali del sistema giuridico (mai rinnegati) a partire dalla nozione di *solidarité*, parola-chiave della cultura politico-giuridica di fine secolo, nella quale è compendiato il senso del compromesso repubblicano.

È importante però precisare come costruire la democrazia sociale non significhi soltanto far fronte attraverso il diritto alle sfide poste dall'irruzione sulla scena politica del cosiddetto quarto stato (35), ma significhi, ben più in profondità, ripensare nel suo insieme un modello istituzionale che appare anchilosato e in preda a molteplici contraddizioni. Per questo, la *République* appare in modo tutto particolare « assetata » di diritto, e fa appello ai nuovi *jurisconsultes* per consolidare le proprie fragili fondamenta e per definire la propria identità. Il diritto è al centro di una strategia di costruzione del consenso, è l'idea-forza che rende possibile oggettivare le basi del *rassemblement*, è soprattutto attraverso il diritto che, in specifiche « institutions-carrefours », si realizza l'unione delle *élites* morali del paese « au-delà des blocs » (36).

Non si riesce a cogliere il rilievo assolutamente centrale svolto dalla scienza giuridica in tale epoca se non si tiene in debita considerazione la crisi che investe la neonata *République*.

Si tratta, essenzialmente, di una grave crisi di identità (37). La

---

(35) Sulla rilevanza della questione sociale in Saleilles, si veda P. Imbart De La Tour, *Raymond Saleilles*, cit., p. 242.

(36) « Dans un monde en crise, la préoccupation des artisans des lois reste celle d'une unité à inventer et d'un équilibre à restaurer, tant sur le plan de la morale individuelle que sur celui de la conscience collective. Chez eux, on trouve toujours la hantise d'une faille à combler, d'un schisme à éviter, d'une contradiction à surmonter pour unir la France de l'Eglise et celle de la Révolution, la France du Syllabus et celle de la Déclaration des droits de l'homme: pour tout dire, « la France noire et la France rouge ». Vedremo come la ricomposizione della società avvenga in seno a leghe, associazioni, comitati, società di vario genere, nelle quali le *élites* del paese, superando le contraddizioni laceranti che scuotono la *République*, definiscono una « philosophie qui objective les bases du rassemblement en utilisant le droit comme idée-force partagée par tous ». Cfr. A. Stora-Lamarre, *La République des faibles*, Paris, 2005, cit., p. 137 e p. 156.

(37) Possono aiutarci a comprenderne la portata e il significato profondo le pagine di un testimone prezioso dell'epoca. Nel settimo capitolo dei *Déracinés* Maurice Barrès descrive con la sensibilità dello scrittore l'*état d'esprit* dominante nei primi anni di vita

Terza Repubblica, frutto di un difficile compromesso, appare fin da subito attraversata da molteplici contraddizioni. Si è osservato come la scelta di fondare la Repubblica sul suffragio popolare e non sull'insurrezione parigina abbia prodotto come risultato la fine della Rivoluzione, la trasformazione di questa in un'istituzione nazionale sancita dal consenso legale e democratico dei cittadini. Tuttavia, la dimensione progettuale e la tensione verso la rigenerazione che connotano l'evento rivoluzionario non cessano di esercitare la loro suggestione e contribuiscono a lacerare e a destabilizzare il tessuto politico-istituzionale di una Repubblica fondata su un consenso conservatore ([38]).

Ne deriva (nonostante la ricordata istituzionalizzazione dell' '89) una profonda divisione dello spirito pubblico corrispondente alla rottura del consenso che ha fatto seguito alla Rivoluzione: i primi anni di vita del nuovo regime, non a caso, sono segnati da un confronto estremamente aspro tra « républicains » e « réactionnaires », tra fautori della Rivoluzione e forze politiche o gruppi di pressione (legittimisti, orleanisti, bonapartisti) contrari alla stessa

---

della Terza Repubblica. Il protagonista, il giovane studente di medicina Roemerspacher, accompagna Hippolyte Taine nella sua lunga passeggiata quotidiana. I due si fermano ammirati di fronte a un platano nella *Esplanade des Invalides*. Contemplandone le forme e la maestà, l'autore delle *Origines* si abbandona a una lunga riflessione. Il pensiero va spontaneamente al concetto di nazionalità, all'idea che gli individui siano come foglie, aggrappate al tronco comune della nazione. Non è un caso che l'albero, come simbolo identitario, come emblema di stabilità e concretezza, eserciti una tale fascinazione. La metafora esprime ovviamente la ricerca di equilibrio, il desiderio di definire la propria identità a partire dal tempo e dalla storia, il bisogno di concretezza e di radicamento, fortemente sentito da parte di uomini che si trovano a vivere in un contesto segnato da una forte instabilità istituzionale e da aspri scontri politico-sociali. Il contesto, appunto, della Terza Repubblica, nata all'insegna del trauma di Sedan (vero evento *majeur* della storia costituzionale francese) e subito percorsa dai fremiti della emergente questione sociale e dalle tensioni prodotte dall'inasprimento della questione religiosa e in generale dall'acuirsi del conflitto tra le *deux France.* Su Taine e la Terza Repubblica si può vedere A. Pitt, *The irrationalist Liberalism of Hippolyte Taine*, in *The Historical Journal*, XLI, n. 4, 1998, p. 1035 e ss.

([38]) Cfr. F. Furet, *Critica della Rivoluzione francese*, trad. it., Roma, 1980, cit., p. 11 e ss.

forma repubblicana del paese. Il tutto aggravato dalla tendenza a utilizzare la religione come strumento di lotta politica. (39).

Non sorprende allora che a partire dagli anni Ottanta il regime sembri già in crisi, « à bout de souffle » (40). Il suo futuro, divenuto improvvisamente incerto, dipende dalla capacità della classe dirigente di far fronte adeguatamente ai problemi inediti ai quali è confrontato un paese in preda a radicali trasformazioni del tessuto sociale ed economico; dipende insomma dalla capacità di reinterpretare e di sottoporre a un profondo aggiornamento le idee repubblicane sulle quali si fonda, dato che la filosofia individualista, alla base della tradizione repubblicana, appare ormai incapace di sostenere le istituzioni di fronte ai disequilibri sociali generati da una industrializzazione rapida e anarchica. Il filo conduttore della riflessione politico-giuridica, alla luce della grave crisi istituzionale, diventa perciò la « recherche de nouvelles sources d'harmonie au sein d'une société qui ne pouvait plus se réduire à un simple agrégat d'individus » (41).

Non vi è dubbio che la principale sfida cui deve far fronte la classe dirigente della Terza Repubblica sia rappresentata dalla necessità di metabolizzare il suffragio universale, ovvero dalla necessità di ripensare il contesto istituzionale alla luce di una novità di portata storica, gestendo al contempo i disequilibri e i conflitti emergenti dal rapido mutamento del tessuto economico-sociale (42). L'introduzione del suffragio universale, in questa prospettiva, non ha infatti un valore soltanto simbolico: il popolo cessa d'ora in avanti di essere

---

(39) A tal proposito, Maurice Duverger ha sottolineato come « la III République ne fait pas plus l'objet d'un consensus véritable que les régimes précédents, au moins jusqu' en 1918 ». Cfr. M. Duverger, *Le système politique français*, Paris, 1996, p. 124 e ss., cit., p. 132. Si veda anche M. Duverger, *Le Costituzioni della Francia*, trad. it., Napoli, 1984, p. 96 e ss.

(40) Cfr. C. Jamin, *Dix-neuf cent*, cit., p. 380 e s.

(41) *Ibidem.*

(42) Si tratta di un periodo storico di estrema complessità, contrassegnato da una richiesta crescente di partecipazione e dalla ricerca delle condizioni per renderla possibile, condotta da prospettive politiche anche antitetiche. Cfr. M.-G. Dezes, *Participation et démocratie sociale: l'expérience Briand de 1909*, in *Le Mouvement social*, n. 87, *Réformismes et réformistes français*, 1974, p. 109 e ss.

soltanto una massa indifferenziata e minacciosa e diventa un soggetto politicamente rilevante (43).

L'irruzione delle masse, l'improvviso rilievo assegnato alla *foule* sulla scena politica determina, nel peculiare contesto d'oltralpe, una faticosa revisione della cultura politica e degli assetti istituzionali consolidati (44), il cui fine è la stabilizzazione della Repubblica attraverso la conciliazione tra democrazia, fraternità e individualismo, e la individuazione di una valida alternativa al modello tradizionale dello Stato-gendarme (45).

La novità del suffragio universale contribuisce inevitabilmente a rendere ancora più sensibile la questione sociale e a promuovere politiche di intervento da parte dello Stato nei confronti degli strati più fragili della popolazione allo scopo di favorirne l'integrazione (46). Ciò provoca un ulteriore allontanamento dal tradizionale universalismo rivoluzionario e una progressiva "compromissione" in senso sociale dello Stato: si delineano un po' alla volta i connotati del cosiddetto *Etat-Providence*, la cui politica sociale si articolerà sui pilastri del lavoro, dell'assicurazione e dell'assistenza (47).

---

(43) Emerge, nello specifico contesto francese, la necessità della cosiddetta nazionalizzazione delle masse, necessità presente in forme diverse in tutti i paesi del vecchio continente sul finire dell'Ottocento. Tuttavia, nell'*Hexagone*, tale novità assume una portata simbolica particolare: « bien loin d'être reçu comme une condition du pluralisme, permettant l'expression des différences professionnelles ou de la diversité des intérêts sociaux, l'avènement du suffrage universel a été compris en France comme un symbole de la concorde nationale et de l'entrée dans une nouvelle ère de la politique », cfr. P. ROSANVALLON, *La République du suffrage universel*, in F. FURET-M. OZOUF (a cura di), *Le siècle de l'avènement républicain*, Paris, 1993, p. 371 e ss., cit., p. 382.

(44) Cfr. J. BEAUDOUIN, *Dynamique démocratique et intégration républicaine*, in M. SADOUN (a cura di), *La démocratie en France*, I, *Idéologies*, Paris, 2000, p. 333 e ss.

(45) Cfr. S. MANNONI, *Une et indivisible — Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, II, *Dalla contestazione al consolidamento*, Milano, 1996, p. 193 e ss. L'autore nota significativamente come « l'esigenza di "normalizzare" la democrazia di massa diviene una priorità assoluta con l'avvento della repubblica », *ibidem*, p. 332.

(46) Per descrivere l'importanza dell'opera legislativa realizzata dalla Terza Repubblica, la storiografia parla di « éclatement du champ législatif ». Cfr. A. STORA-LAMARRE, *La République des faibles*, cit., p. 31.

(47) Cfr. P. ROSANVALLON, *Lo Stato Provvidenza tra liberalismo e socialismo*, trad. it., Roma, 1984; F. EWALD, *L'Etat Providence*, Paris, 1986; G. A. RITTER, *Storia dello Stato sociale*, trad. it., Roma, 1996. Obiettivo della *République* sarà pertanto, inevitabilmente, la difesa non soltanto delle libertà individuali, ma anche della libertà-partecipazione, che

Marc Lazar sottolinea come questo interventismo repubblicano sia finalizzato a disinnescare la "bomba" della questione sociale: si nega che esista una questione sociale in quanto tale, riducendola semmai a una serie di problemi sociali differenziati, bisognosi di un trattamento specifico. La progressiva costruzione di un modello di Stato sociale, frutto di siffatte politiche di intervento settoriale, appare così come il riflesso del tentativo di individuare, attraverso una sintesi "acrobatica", una terza via tra liberalismo di stretta osservanza e socialismo (48).

Il risultato di questa profonda trasformazione del contesto socio-economico, contrassegnato dall'emergere della *foule* come soggetto politico rilevante, è la crisi progressiva del modello giuridico borghese (49) e del paradigma individualista che ne costituisce il presupposto (con i suoi corollari: autonomia della volontà; libertà contrattuale; smaterializzazione della proprietà, considerata mera proiezione della *potestas* del titolare).

Tale modello si incentra sulla trasformazione dell'individuo in cittadino, colto alla stregua di una monade elementare e impersonale del corpo politico al quale contribuisce a dar forma nella misura in cui vi si trova inserito (50). Ciò fa sì che lo Stato divenga l'agente

---

permette al cittadino di prendere parte, per mezzo del suffragio universale, all'esercizio del potere. Lungo questo percorso, l'idea di repubblica ha subito una duplice critica: quella delle correnti liberali, legate all'idea del carattere inviolabile e sacro dei diritti soggettivi, e quella delle correnti socialiste. Stretta in questa antitesi, la repubblica si è evoluta, « s'est mise de plus en plus nettement au service de la société », assumendo progressivamente i connotati dell'*Etat-providence*. Cfr. S. Goyard-Fabre, *République*, in *Dictionnaire de philosophie politique*, p. 564 e ss., cit., p. 568.

(48) « Les républicains croyaient avoir trouvé la solution. Ils sont sûrs que le fonctionnement spontané de la société ne peut à lui seul accomplir les droits de l'homme: l'idée libérale pèche par défaut. Mais ils sont sûrs aussi qu' une fraternité conçue comme une liaison organique du corps social par la similitude des êtres conduit à la contrainte: l'idée socialiste pèche par excès ». Cfr. M. Lazar, *La République à l'épreuve du social*, in M. Sadoun (a cura di), *La démocratie en France*, Paris, 2000, II, pp. 309-406, cit., p. 331.

(49) L'erosione delle fondamenta giuridiche di tale modello sarà descritta, tra gli altri, da G. Morin, *La loi et le contrat: la décadence de leur souveraineté*, Paris, 1927.

(50) Questo modello entra in crisi a partire dalla seconda metà del XIX secolo, soprattutto a partire dagli anni '70. Si è parlato non a caso di « invention du social » per descrivere il tentativo di ricomposizione della società come espediente funzionale al superamento della crisi di fine Ottocento. Cfr. J. Donzelot, *L'invention du social-Essai*

esclusivo della costituzione e del legame sociale e provoca una forte depoliticizzazione delle appartenenze primarie dalla quale deriva, a sua volta, un vuoto di sociabilità che conduce a un ripiegamento del soggetto verso la sfera privata (51).

Tale costruzione ha come effetto, sul versante giuridico, la convinzione che sia possibile elaborare la regola giuridica a partire dalla figura teorica di un individuo astratto, avulso da ogni contesto storico, a prescindere dalla realtà concreta che lo circonda e condiziona; che la norma, in altre parole, possa essere instaurata *ex nihilo*, prescindendo dalla storia e dalla società, pretendendo cioè di affrancarsi dai vincoli della realtà.

Il progetto modernista si sviluppa pertanto in aperta polemica rispetto a tale modello, percepito come artificiale, dispotico, sterilizzante, e si sforza di recuperare e tradurre giuridicamente quella che, agli occhi di un « juriste de combat », appare come una complessità perduta: « 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

---

sur le déclin des passions politiques, Paris, 1994. Un ruolo centrale, in tale contesto, è svolto dal paradigma sociologico, elaborato da Emile Durkheim e dalla sua scuola. Cfr. L. MUCCHIELLI, *La découverte du social: naissance de la sociologie en France, 1870-1914*, Paris, 1998.

(51) Pierre Rosanvallon sottolinea come la nozione di rappresentanza elaborata dalla Rivoluzione si riveli sul finire dell'Ottocento un modello politico-giuridico ormai inservibile e parla significativamente di una rappresentanza in lotta con la "città reale", di una rappresentanza che ha l'intuizione del proprio fallimento, essendo ossessionata da ciò di cui si è appena liberata. E cioè dall'esigenza vitale di reintegrare nuovamente in sé quei contenuti di vita che ha fatto di tutto per espellere, a fronte della disgregazione e della conflittualità inevitabile in una società ridotta a una mera somma di « grains de poussière sans cohésion ». Cfr. P. ROSANVALLON, *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Paris, 1990, cit., p. 95 e ss. I temi dominanti della riflessione politico-giuridica del periodo sono rappresentati non a caso dalla riscoperta del pluralismo e dalla necessità di una ricomposizione organica del sociale: cfr. P. COSTA, *« Oltre lo Stato »: teorie pluralistiche del primo Novecento*, in *Sociologia e politiche sociali — Agire associativo e sfera pubblica*, 5, 2002, p. 11 e ss. In particolare, per il contesto francese, p. 20 e ss.

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 » (52).

L'intera riflessione scientifica di Saleilles ha per l'appunto lo scopo di favorire il ribaltamento di tale prospettiva, complicando l'orizzonte lineare ma semplicistico tipico del modello giuridico napoleonico, costruito a partire dalla rappresentazione di un uomo atemporale dotato di diritti inalienabili ed eguali e sul culto della legge che, nella sua generalità ed astrattezza, ha la pretesa di risolvere in sé l'estrema varietà della dimensione giuridica (53).

Il superamento di tale modello è possibile, nell'ottica del giurista di Beaune, attraverso l'elaborazione, resa possibile dall'applicazione di una metodologia rinnovata, di un diritto privato della solidarietà.

Costruire un diritto privato della solidarietà significa sforzarsi di tradurre, nel linguaggio del diritto, i principi della dottrina solidarista.

« Solidarité », « solidarisme », in quanto termini nei quali si condensa il significato di un fragile e prezioso compromesso (consistente nell'accogliere « tracce di solidarietà » all'interno del perdurante individualismo borghese (54)), divengono le parole chiave per comprendere la mentalità degli uomini politici e degli intellet-

---

(52) Cfr. P. Grossi, *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, in *Società, diritto, Stato*, Milano, 2006, pp. 217-232, cit., p. 226.

(53) P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., p. 183 e s.

(54) Il consenso eterogeneo suscitato dal solidarismo deriva proprio dal suo carattere compromissorio, dal fatto di presentarsi come una dottrina che predica l'apertura al sociale senza per questo postulare l'abbandono del paradigma liberal-borghese consacrato dal Codice: « buona parte della ufficialità borghese fa sua la scelta di una totale sordità di fronte alle nuove pretese e, conseguentemente, della contrapposizione frontale. Ma v'è anche chi pensa alla necessità di corrispondere (entro ben precisi limiti) alle attese e pretese del proletariato attenuando gli eccessivi squilibrii sociali e sostenendo un intervento dello Stato sul piano economico e sociale al fine di mitigare situazioni di troppo palese disagio. L'individualismo borghese accetta nel suo seno tracce di *solidarietà* verso la classe più bisogosa di aiuti. Dunque, nulla più che solidarismo », cfr. P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., p. 190.

tuali *engagés* della *Belle Epoque* (55), la cui principale preoccupazione è la ricerca di una sintesi efficace tra *liberté*, *égalité* e *fraternité*, tentata concependo la *fraternité* non più come una sintesi mistica ma come una « exigence de solidarité, sans laquelle ni la liberté ni l'égalité n'ont de sens » (56).

Le lunghe e monotone riflessioni sul significato della solidarietà come criterio ordinante del sociale, come pure i moniti di Renan sulla necessità di una riforma intellettuale e morale del paese (57) o le celebri metafore « botaniche » che costellano le *Origines* di Taine, non sono altro che tentativi di porre le condizioni di un nuovo equilibrio politico-sociale, a partire dal superamento della polarizzazione *Etat-citoyen* sul quale si fonda il modello istituzionale ereditato dalla Rivoluzione (58).

Tale dottrina, che assurge rapidamente al rango di filosofia ufficiale della Terza Repubblica (59), è il risultato della faticosa

---

(55) Un affascinante affresco di tale periodo si trova in C. PROCHASSON, *Les années électriques (1880-1910)*, Paris, 1991.

(56) Cfr. M. OZOUF, *La Révolution française et l'idée de fraternité*, in *Atti della « Natio Francorum »*, Bologna, 5-7 ottobre 1989, p. 365 e ss., cit., p. 372.

(57) Si veda E. RENAN, *Che cos'è una nazione?*, trad. it., Roma, 1993.

(58) L'idea alla base della dottrina solidarista, funzionale alla ricomposizione organica della società, è quella che Georges Gurvitch chiama « totalité immanente ». Il diritto sociale viene fondato attraverso lo sviluppo della nozione di integrazione quale alternativa alle nozioni di coordinazione, di associazione, di dominazione e di *relation avec autrui*, tipiche del modello liberale classico. Cfr. G. GURVITCH, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, 1931; *L'idée du droit social*, Paris,1932.

(59) Il solidarismo è una dottrina eclettica, funzionale alla fondazione di una strategia il cui obiettivo è « difendere la proprietà, ma auspicarne la frammentazione e la moltiplicazione, ridurre le differenze sociali senza però perseguire disegni palingenetici, in sintesi, valorizzare l'individuo, ma insistere sui legami intersoggettivi che rendono ciascuno "responsabile" solidalmente di ogni altro. È questo il messaggio che la Terza Repubblica recepisce al punto da assumerlo come la propria "filosofia ufficiale". È di questa "filosofia" che Léon Bourgeois redige nel 1896 il "manifesto", intitolandolo appunto alla *solidarité* ». Cfr. P. COSTA, *Civitas — Storia della cittadinanza in Europa*, III, *La civiltà liberale*, Roma, 2001 cit., p. 76, nonché F. MARINELLI, *La cultura del Code civil*, cit., p. 147 e s. Una analisi dettagliata della via francese al solidarismo si trova in P. COSTA, *Alle origini dei diritti sociali: « Arbeitender Staat » e tradizione solidaristica*, in G. GOZZI (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, 1997, p. 277 e ss., in particolare p. 302 e ss. Per la dottrina francese, si vedano, sul tema, i saggi di P. REMY, *La genèse du solidarisme*, in L.

ricerca di un compromesso possibile tra individualismo e collettivismo, lo strumento provvidenziale che consente di temperare l'individualismo senza scivolare nel socialismo, e si presenta come la formula ideale per una « transizione graduale e indolore dallo Stato-gendarme allo Stato-provvidenza » (60): non a caso, converge, su di essa, un ampio spettro delle forze politiche e sociali dell'epoca, dal cattolicesimo sociale al socialismo radicale.

Il nesso evidente che lega l'opera di Saleilles al solidarismo ci permette di cogliere ancora più lucidamente la sua funzione "ortopedica" nei confronti delle fragili istituzioni repubblicane, dal momento che il *droit social* e il modernismo appaiono, in tale prospettiva, tentativi di rendere giuridicamente plausibile il compromesso solidaristico da cui dipende in larga misura la sorte della *République* (61).

Ciò spiega, del pari, la natura inevitabilmente compromissoria di tale progetto giuridico (62), il quale si propone di rinnovare la scienza giuridica dall'interno (63), senza rinunciare del tutto al

---

Grynbaum-M. Nicod (a cura di), *Le solidarisme contractuel*, Paris, 2004, e di P. Mazet, *Le courant solidariste*, in L. Grynbaum-M. Nicod, *op. cit.*, p. 13 e ss. Il più efficace divulgatore della dottrina solidarista è senz'altro L. Bourgeois. Il saggio *Solidarité*, il manifesto del solidarismo, esce a Parigi nel 1896. Ma si vedano anche, dello stesso autore: *Essai d'une philosophie de la solidarité: conférences et discussions*, Paris, 1902; prefazione a *Les applications sociales de la solidarité — leçons professées à l'Ecole des hautes études en sciences sociales par C. Gide, H. Monod, G. Paulet, P. Brouardel*, Paris, 1904. Cfr. inoltre di C. Bouglè, *Note sur les origines chrétiennes du solidarisme*, in *Revue de métaphysique et de morale*, 1906, p. 251 e ss. e *Le solidarisme*, Paris, 1907.

(60) Cfr. S. Mannoni, *Une et indivisible*, II, cit., p. 406.

(61) F. Tellier, *Le droit à l'épreuve de la société*, cit., p. 147 e s.

(62) « Promoteurs d'une doctrine sécurisante en ses fondements philosophiques, les solidaristes se présentent … aux français de la Belle Epoque comme les véritables mainteneurs de la *paix bourgeoise* », cfr. A.-J. Arnaud, *Une doctrine de l'état tranquillisante: le solidarisme juridique*, in *Archives de philosophie du droit*, 1976, p. 131 e ss., cit., p. 148.

(63) Come vedremo, il superamento del paradigma giuridico rivoluzionario avviene attraverso l'elaborazione di una sorta di "terapia dolce", cioè attraverso l'elaborazione di un metodo non traumatico capace per questo di essere accolto senza eccessivi rischi di rigetto da parte della comunità dei giuristi. Tale metodo è diretta espressione dell'orizzonte culturale del nostro giurista, cattolico progressista, sensibile alla questione sociale, ma soprattutto, per quello che qui conta, cattolico *rallié*, desideroso di offrire il proprio contributo alla riconciliazione delle *deux France*. Il *ralliement* presuppone infatti l'ac-

presupposto individualista, a partire cioè da una opzione giuridico-centrica lontanissima dall'idea di un diritto collettivo fondato sui rapporti di forza.

L'obiettivo, in altre parole, è quello di razionalizzare il conflitto, giuridicizzandolo, riconducendo l'eccesso di sociale e l'eccesso di politico all'interno delle categorie ordinanti (sia pure in versione aggiornata) della scienza giuridica, individuando strumenti tecnici attraverso i quali elaborare una lettura del sociale soddisfacente, specie sotto il profilo delle risposte tecniche, ma pur sempre « médiatisée par des concepts juridiques » (64).

Il progetto Saleilles rappresenta pertanto un tentativo sistematico di rifondare intellettualmente la Repubblica sulla base di una sociologia che consenta di mettere in rilievo le caratteristiche dell'esistenza sociale dell'individuo, che riposi cioè sul presupposto della sua appartenenza naturale a delle entità, a dei gruppi, a delle associazioni che fondano la realtà sociale (65). In tale orizzonte,

---

cettazione o quanto meno la non demonizzazione dell''89, e sul piano scientifico si traduce nell'accettazione delle linee essenziali della filosofia giuridica rivoluzionaria, sia pure riletta in chiave sociale e depurata dai fanatismi rousseauviani: ciò spiega perché la *méthode historique* sia un metodo che non può e non vuole fare a meno della *loi.* Si tratta però di una *loi* profondamente diversa, trasfigurata. E difatti, il primo grande tema di fondo della riflessione di Saleilles è rappresentato dal rifiuto di una « nozione soggettiva e volontaristica in favore di una più suadente e coerente nozione oggettiva e organicistico-finalistica ». Cfr. P. Grossi, *Assolutismo giuridico*, cit., p. 233 e ss. Tale proposta metodologica rappresenta in un certo senso la formalizzazione e la sistematizzazione di una tecnica interpretativa già elaborata dalla giurisprudenza francese e impiegata in maniera crescente nel corso della seconda metà dell'Ottocento. L'interpretazione giudiziaria cessa di essere una applicazione di norme giuridiche mediante sussunzione e si apre a valutazioni sopra-legali, rese però fruibili attraverso il canale della legge Cfr. F. Wieacker, *Legge e arte giudiziale*, in *Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, Padova, 1961, p. 619 e s., cit., p. 623.

(64) Conseguentemente, i « juristes de combat » vengono considerati dalla dottrina francese alla stregua di « faiseurs de systèmes »: cfr. C. Jamin-P.-Y. Verkindt, *Droit civil et droit social*, cit., p. 110.

(65) « Forte del metodo dell'osservazione e dell'accertamento dei fatti, attenta nel ricostruirne la logica e le conseguenze, la sociologia sembra disporre degli strumenti necessari per affrontare con rigore scientifico il problema che Durkheim considera di capitale importanza, « i rapporti della personalità individuale e della solidarietà sociale », cfr. P. Costa, *Civitas*, III, cit., p. 103. Si veda inoltre F. Audren, *La science juridique entre politique et sciences humaines (XIX-XX siècle)*, in *Revue d'Histoire des Sciences Humai-*

l'elemento tecnico-giuridico è destinato a svolgere un ruolo centrale, dal momento che l'apertura al sociale deve avvenire attraverso il diritto, deve passare cioè attraverso il *medium* essenziale della razionalità giuridica, e quindi attraverso la dogmatica, la cui identità esce rafforzata (66) per effetto dell'incontro con la sociologia (67).

L'approccio solidaristico consente pertanto di superare le *impasses* del diritto rivoluzionario fondato sul modello tipicamente individualista del contratto sociale e politico, incapace di mettere in armonia le premesse fondanti del regime democratico, la libertà e l'uguaglianza (68). Come abbiamo visto, esso ha come precondizione l'abbandono del paradigma culturale dell'*Exégèse* e, in particolare, della tendenza a ridurre l'essenza del diritto alla legge positiva: nella

---

nes, n. 4, 2001, pp. 3-7. La nozione di organismo e l'idea della necessità di una ricomposizione organica del tessuto sociale tramite il recupero di istituzioni intermedie, a metà strada tra *Etat* e *citoyen*, è un tema classico della riflessione giuridico-politica dell'epoca. Si veda ad esempio A. Fouilleè, *L'histoire naturelle des sociétés humaines ou animales*, in *Revue des deux Mondes*, XLIX année, juillet 1879, p. 370 e ss., août 1879, p. 579 e ss. Si vedano inoltre i contributi di C. Didry, *De l'Etat aux groupes professionnels. Les itinéraires croisés de L. Duguit et E. Durkheim au tournant du siècle (1880-1900)*, in *Genèses: sciences sociales et histoire*, 2, 1990, pp. 5-27; *La réforme des groupments professionnels comme expression de la conception durkheimienne de l'Etat*, in *Revue française de sociologie*, 41, 2000, pp. 513-538.

(66) Il rinnovamento della scienza giuridica avviene attraverso la ripresa e il rafforzamento della dogmatica: « cette théorisation intervient contre les sciences sociales, qui se développent à cette époque et qui menacent l'autonomie du champ juridique », cfr. P. Jestaz-C. Jamin, *La doctrine*, cit., p. 8.

(67) A dispetto degli attacchi sferrati da Emile Boutmy (1835-1906, fondatore di *Sciences Po*) dalle pagine della *Revue internationale de l'enseignement* (I, 1881, p. 242 e ss.) contro l'immobilismo e la sterilità delle facoltà giuridiche, i giuristi, pur consapevoli della necessità del cambiamento, « had no wish to dilute the essentially juridical nature of their science ». Cfr. H. S. Jones, *The French State in Question*, cit., p. 34 e s. Sulla « fixation de cette méthode, qualifiée de scientifique... *contre* les sciences sociales », insiste anche G. Goubeaux, *Il était une fois...la Doctrine — A propos du livre de Philippe Jestaz et Cristophe Jamin*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, n. 2, 2004, p. 239 e ss., cit., p. 242. Sulla funzione difensiva della dogmatica, si vedano le considerazioni di R. Orestano, *Sociologia e studio storico del diritto*, in R. Orestano, "*Diritto" — Incontri e scontri*, Bologna, 1981, p. 159 e ss., cit., p. 174 e s.

(68) Tale profilo, con particolare riferimento al diritto delle obbligazioni, è trattato da J.-L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, 1992, oltre che dal più risalente lavoro di E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912.

nuova democrazia fondata sulla *citoyenneté sociale* non vi è più spazio per una concezione rigidamente meccanica e volontaristica della legge e per una concezione, per dir così, unidimensionale del diritto (69), mentre il paesaggio politico-giuridico non può più essere risolto in un semplicistico *tête à tête* tra Stato e individuo (70). Per tale ragione, l'elaborazione del diritto privato della solidarietà rappresenta il presupposto indispensabile per completare la parabola rivoluzionaria, in quanto strumento decisivo per rendere giuridicamente plausibile il passaggio verso la democrazia sociale, percepita come l'approdo finale e l'inveramento di un processo politico solo parzialmente compiuto.

Il "progetto Saleilles" è tuttavia destinato a restare incompreso laddove non si tenga in debita considerazione la dimensione religiosa che lo pervade e dalla quale trae costante alimento (71). Non è un caso che a tale riflessione si accompagni un interesse vivissimo nei

---

(69) Il nesso tra *méthode historique*, superamento del volontarismo individualista e giustizia sociale è colto lucidamente da Cristophe Jamin: cfr. C. JAMIN, *Quelle nouvelle crise du contrat?*, cit., p. 11.

(70) Cfr. M. BORGETTO - R. LAFORE, *La République sociale-Contribution à l'étude de la question démocratique en France*, Paris, 2000, p. 124. È, in altre parole, la costruzione filosofica dell'individuo-soggetto e dello Stato-soggetto, efficiente nella sfera delle idee democratiche, a rivelarsi inefficiente nella pratica del regime democratico. Ne deriva che ad essere messo in discussione è il modello complessivo emerso dalla Rivoluzione, fondato sul contratto civile come strumento centrale dell'azione sociale e sul contratto sociale come fondamento del sistema. Tale ripensamento investe anche la forma statuale ereditata dalla Rivoluzione, cioè il modello della « amministrazione statalizzata », fortemente centralizzata, caratterizzata da una inconfondibile « diffidenza verso la periferia ». Cfr. S. MANNONI, *Une et indivisible*, II, cit., p. 369 e ss.; L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma, 2004, p. 246 e ss.

(71) La comprensione del mosaico scientifico elaborato da Saleilles non può prescindere dall'approfondimento del dato biografico e dalla ricostruzione del tessuto di relazioni che fanno capo al giurista di Beaune. In questa prospettiva, la vicinanza alla *Réforme sociale*, alle idee di Paul Desjardins, al *Sillon*, i rapporti epistolari con Marc Sangnier, con i *prêtres-ouvriers*, infine i rapporti con gli esponenti del modernismo, da Fogazzaro a Loisy, contribuiscono in modo significativo alla comprensione dell'idea-forza che anima un'opera grandiosa quanto alluvionale. Per tale ragione, nel presente lavoro si è tentato di ricostruire il *milieu* socio-culturale nel quale era immerso Saleilles, soprattutto attraverso la ricerca di tracce epistolari utili per gettar luce sulla personalità del giurista borgognone. Particolarmente rilevanti, tra le lettere autografe che abbiamo reperito, quelle indirizzate all'*abbé* Birot, a Mgr. Mignot, a Pierre Imbart de la Tour, a Marc Sangnier e a Alfred Loisy.

confronti del coevo dibattito teologico (72). Lo studio dell'ermeneutica biblica esercita un fascino indubbio su Saleilles e ha evidenti ricadute nella teoria della interpretazione giuridica, in quanto favorisce l'elaborazione di uno storicismo metodologico che fa della interpretazione evolutiva un espediente decisivo per vivificare l'ordinamento giuridico superando le rigidità frutto di un sistema gerarchizzato di fonti del diritto. I due piani, quello della riflessione giuridica e quello della riflessione teologica, appaiono a tal punto intrecciati, che non sembra esagerato parlare di una produzione scientifica, specie in ambito metodologico, *façonnée* religiosamente (73).

L'approfondimento di tale profilo, al quale è assegnato un ruolo di assoluta centralità nel contesto del presente lavoro, ci ha permesso di cogliere la complessità del modernismo giuridico di Saleilles, la sua vera portata, che va ben al di là della pur significativa introduzione di un canone ermeneutico di natura storico-evolutiva (74). In altre parole, nella prospettiva del nostro giurista, prefigurare un modernismo in versione giuridica non significa soltanto individuare le condizioni alle quali l'interpretazione relativizzante di un testo autorevole diventa legittima e persino auspicabile ma anche, più in

---

(72) Si tratta di un interesse che sboccia negli anni dell'*Institut Catholique* — come ci svelano le lettere di Maurice Faucon — e che giunge a piena maturazione tra il 1903 e il 1907, periodo nel quale la sua formazione teologica viene considerevolmente approfondita: legge Blondel, Laberthonnière, Fonsegrive, segue i dibattiti promossi da riviste come gli *Annales de philosophie chrétienne*, la *Revue du clergé français*, la *Revue d'histoire et de littérature religieuse*, il *Bulletin catholique de Toulouse*, la *Revue biblique*, il *Bulletin de la semaine*, la *Quinzaine*, il *Sillon*, studia l'opera di Newman, si interessa ai lavori di Lagrange, si appassiona all'opera di Fogazzaro.

(73) È merito della storiografia giuridica italiana aver posto l'accento su tale profilo: « Saleilles, che è cattolico fervente ma che è adepto convinto delle correnti moderniste, cioè di quelle correnti teologiche che vogliono misurare la Sacra Scrittura alla luce delle variazioni storiche variando il contenuto delle sue prescrizioni secondo le mutate circostanze storiche, è "modernista" anche di fronte all'immobile testo sacralizzato del Codice civile », cfr. P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., p. 183. Si veda anche P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 200-203 nonché *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 102-108 e p. 148 e s. Sulle peculiarità della proposta metodologica di Saleilles in quanto espressione di una forma di modernismo giuridico, si veda anche C. Fantappiè, *Chiesa romana e modernità giuridica*, II, Milano, 2008, p. 978 e s.

(74) Per una visione d'insieme sui rapporti tra scienza giuridica e modernismo e sul ricorrere di tale termine nelle opere dei giuristi, si veda L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1962, nota 38, p. 219.

profondità, asserire che lo sviluppo dell'ordinamento, pur in presenza di un principio di gerarchia delle fonti, è affidato alla attività di una comunità di interpreti autorevoli, veri attori della genesi del diritto, a cui spetta il compito di predeterminare le coordinate lungo le quali deve attuarsi l'evoluzione del sistema giuridico nel suo complesso.

D'altra parte, in quanto giurista cattolico, fautore della *République*, Saleilles non può restare indifferente al conflitto religioso che agita il Paese. Il suo è un cattolicesimo complesso, difficile da etichettare (75), certamente minoritario. È vicino, per un verso, al variegato mondo dei *catholiques libéraux* i cui componenti, al di là delle diverse opzioni di carattere politico, sono accomunati da una identità di temperamento e di sensibilità: « hommes de juste milieu et de sage raison », « hommes de réflexion favorable à la libre recherche intellectuelle dans l'Eglise », fautori di un « catholicisme au visage original », un cattolicesimo « moderne », « éclairé », « progressiste » (76).

Cattolico liberale, quindi, se con tale espressione si intende definire, in senso newmaniano, il rapporto tra coscienza del credente e gerarchia, tra sensibilità religiosa individuale e autorità, e ancora

---

(75) Emile Poulat parla non a caso di « catholicisme au pluriel » e descrive la realtà sociale del XIX come un luogo di scontro e di competizione tra tre grandi forze di attrazione o di repulsione: la borghesia dominante, il cattolicesimo, il movimento socialista. In questo contesto, l'Autore delinea il profilo di un « catholicisme bourgeois », da non confondere *tout court* con la borghesia cattolica che non si identifica interamente in esso, « distinct des « prétentions romaines », et incompatible avec elle, au-delà … de ce « catholicisme libéral » qui les croyait conciliables avec les « prétentions libérales » concurrentes moyennant un peu de bonne volonté de part et d'autre ». La storia dell'anticlericalismo, in tale ricostruzione, non può essere disgiunta dall'analisi del « catholicisme bourgeois ». Osservato in tale prospettiva, anzi, l'anticlericalismo appare « une lutte non pour détruire la religion, mais pour la contenir dans l'espace que lui accordent, en conscience, ces croyants plus sensibles à la défense laïque et républicaine (ou monarchique) qu' à la « défense religieuse ». Cfr. E. POULAT, *Eglise contre Bourgeoisie*, Paris, 2006, cit., p. 34 e ss.

(76) Sono uomini fedeli a una tradizione riflessiva fondata sulla scoperta del soggetto e sull'affermazione dell'interiorità, in equilibrio tra fede religiosa e libertà di spirito, tra appartenenza convinta alla Chiesa e autonomia nell'ambito della esistenza temporale. Cfr. J. GADILLE-J.-M. MAYEUR, *Les milieux catholiques libéraux en France: continuité et diversité d'une tradition*, in *Les catholiques libéraux au XIX siècle*, Grenoble, 1974, pp. 187-207, cit., p. 203 e s.

tra libertà della ricerca intellettuale e insegnamento della Chiesa; ma anche, indiscutibilmente, cattolico-sociale (77), esponente di quella che Emile Poulat chiama la generazione della *Rerum Novarum* (78), vicino al *Sillon*, al movimento *démocrate-chrétien* e all'opera degli *abbés démocrates*, le cui tesi trovano nella sua produzione scientifica una chiara traduzione in termini tecnico-giuridici.

A partire da questo osservatorio, scomodo ma estremamente fertile, Saleilles si impegna a fondo nella ricerca dei presupposti di una non più rinviabile conciliazione tra le *deux France*, dedicandosi in prima persona ai temi più caldi dell'epoca, primo fra tutti quella *question religieuse* che scuote il paese e sembra rendere impossibile ogni tentativo di pacificazione. In tale ambito, l'impegno giuridico si trasforma in esplicita militanza politica al punto che il mite giurista borgognone accetterà di vestire i panni di un « cardinal vert » arruolandosi nella esigua pattuglia di Brunetière pur di affermare la propria idea di laicità.

È proprio su quest'ultimo profilo, così importante nella vicenda politico-giuridica della Francia contemporanea, che l'opera di "soccorso" alla *République* si manifesta in tutta la sua evidenza. Saleilles sarà infatti tra i pochi cattolici ad essere favorevole alla legge del 1905 e da giurista, utilizzando le risorse preziosissime offerte dalla tecnica giuridica, lavorerà come consulente di importanti esponenti dell'episcopato francese mostrando le potenzialità nascoste in tale legge e gli effetti benefici che essa è in grado di esercitare sul cattolicesimo d'oltralpe: il risultato è la progressiva definizione di

---

(77) Come sottolinea Poulat, « le catholicisme social est un développement historique de l'intransigeantisme qui entend répondre à un développement de la situation engendré par la nouvelle société, réduire la déhiscence, d'un type jusqu'alors inconnu — riches et pauvres affrontés classe contre classe —, inaugurée par la Révolution et opérée par l'industrialisation ». Cfr. E. Poulat, *Eglise contre Bourgeoisie*, cit., p. 117. È merito di Jean-Marie Mayeur aver sottolineato la complessità e il carattere proteiforme del cattolicesimo sociale francese, nel cui alveo si ritrovano personalità anche molto distanti dal punto di vista della sensibilità politica. Cfr. J.-M. Mayeur, *Catholicisme intransigeant, catholicisme social, démocratie chrétienne*, in *Annales*, XVII, n. 2, 1972, pp. 483-499. Sul cattolicesimo sociale, l'opera di riferimento resta lo studio monumentale di E. Barbier, *Histoire du catholicisme libéral et du catholicisme social en France: du Concile du Vatican à l'avènement de Ss. Benoït XV (1870-1914)*, Bordeaux, 1924.

(78) Cfr. E. Poulat, *Eglise contre Bourgeoisie*, cit., p. 118. Si veda anche P. Rolland, *op. cit.*, p. 291.

una laicità possibile e finalmente pacificata il cui rilievo e la cui attualità non necessitano di particolari sottolineature.

Alla luce di tutto ciò, l'opera di rifondazione propugnata da Saleilles potrebbe definirsi come una sorta di « ritorno dei *jurisconsultes* ». Essa non è altro, infatti, che un tentativo di riproporre un modello sapienziale di produzione del diritto centrato sulla ritrovata autorevolezza e creatività della dottrina, la quale torna ad essere la vera artefice dell'evoluzione del nuovo diritto pretorio (79).

Saleilles è sicuramente uno dei principali responsabili di questa recupero: l'eredità più importante che egli lascia alla cultura giuridica europea è sicuramente la riscoperta del giurista come uomo "globale" e creatura preziosa per la sua vocazione umanistica e per il suo vasto spessore culturale (e per questo, anche, come custode della integrità della *res publica*), immagine che la legolatria rivoluzionaria sembrava aver mandato definitivamente in frantumi.

Parafrasando la celebre opera di André-Jean Arnaud, si potrebbe descrivere la *Belle Epoque* come il momento di passaggio « des technocrates aux jurisconsultes ».

Al termine di questo lavoro, ripensando al tempo passato, non posso fare a meno di ricordare tutte le persone che ho incrociato nel corso degli anni, senza il cui aiuto questo libro non avrebbe mai visto la luce.

Ringrazio Paolo Grossi che ha reso possibile tutto questo accogliendomi nella sua Scuola e non ha mai mancato di manifestarmi il suo appoggio e il suo affetto. Devo a lui, inoltre, il mio incontro con il giurista di Beaune: l'idea di approfondire l'opera di Raymond Saleilles è nata infatti dalla lettura di un ormai celebre saggio sull'assolutismo giuridico.

Ringrazio Pietro Costa e Bernardo Sordi che, oltre ad aver letto parti consistenti di questo lavoro e ad avermi dato preziosi consigli, hanno accolto il libro nella Biblioteca del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno.

---

(79) Si riacquista la consapevolezza del fatto che il diritto si identifica con la conoscenza scientifica dei giuristi: cfr. P. COSTA, *Saperi, discipline, disciplinamento: verso una "nuova" storia della cultura giuridica?*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, Macerata, 1989, pp. 993-1027.

Ringrazio inoltre Stefano Mannoni, sempre prodigo di attenzioni e di suggerimenti, al quale devo la comprensione della cultura politico-giuridica dell'Hexagone; Carlo Fantappiè, il quale mi ha fornito le coordinate indispensabili per orientarmi nel complesso territorio del cattolicesimo francese; Carlos Petit, profondo conoscitore della scienza giuridica d'oltralpe, per le preziose conversazioni su Lambert e sul diritto comparato; Ricardo Marcelo Fonseca, che mi ha permesso di presentare alcune parti di questa ricerca nella splendida sede dell'Università di San Paolo e della Università Federale del Paranà; Vincenzo Durante per il continuo incoraggiamento e per la disponibilità con la quale ha accettato di sottoporre a una attenta lettura alcune parti del mio lavoro.

Ho ricevuto un aiuto decisivo da Massimo Giani, anima della Biblioteca di Scienze Sociali della Università di Firenze. La sua disponibilità e la sua eccezionale professionalità mi hanno consentito di alleviare enormemente le fatiche della ricerca.

Non posso non ricordare con profonda gratitudine gli amici e conoscenti transalpini con i quali ho avuto l'onore e il piacere di entrare in contatto: Emile Poulat, per l'interesse che ha dimostrato per il mio lavoro e per le critiche e i consigli preziosi che mi ha riservato; Gilbert Luchart, Presidente della Association Mémoire de l'abbé Lemire, il quale mi ha aperto le porte della Maison Lemire e ha messo a mia completa disposizione i documenti conservati nel Fonds d'Archives Lemire-Arbelet; Guillaume Freitag, responsabile delle Archives municipales di Hazebrouck, e la sua collaboratrice, Madame Valérie Gusbeth; Père Bernard Desprats, responsabile delle Archives diocésaines di Albi, che mi ha accolto con grande gentilezza, permettendomi di consultare liberamente fonti di notevolissima importanza per la storia del modernismo e del cattolicesimo francese.

Il ringraziamento più vivo e sentito lo devo, infine, a Paolo Cappellini. Questo libro non avrebbe mai visto la luce se, diversi anni fa, non mi avesse assegnato una impegnativa tesi di laurea su un tema che avrebbe sicuramente appassionato Saleilles e che, a me, ha fatto scoprire l'interesse per la ricerca e il valore profondo della storiografia giuridica.

PARTE PRIMA

IL CONFRONTO CON I PARADIGMI

Capitolo I
LA FORMAZIONE

1. La scoperta del diritto giurisprudenziale. — 2. 1883: sulle orme di Rudolph von Jhering. — 3. L'*agrégation* e l'insegnamento della *histoire du droit*. — 4. L'incontro con il cattolicesimo sociale. — 4.1. L'ingresso nella *Conférence Olivaint.* — 4.2. La vicinanza agli *abbés-démocrates* e al *Sillon.*

1. *La scoperta del diritto giurisprudenziale.*

L'incontro di Raymond Saleilles con il mondo del diritto non ha nulla di memorabile. I suoi primi passi da studente sono segnati da un'impressione di penoso « désarroi », da una « déception profonde », da un senso di « déroute intellectuelle ».

Non si tratta di una vicenda isolata: nel corso dell'Ottocento sono in molti a intonare il *de profundis* della cultura giuridica francese (1).

---

(1) Numerose sono le prese di posizione fortemente critiche nei confronti della qualità dell'insegnamento giuridico dispensato dalle Facoltà francesi. Lo smarrimento provato di fronte al corso di *droit civil* è ben descritto da Courcelle-Seneuil nella prefazione alla sua *Préparation à l'étude du droit* pubblicata a Parigi nel 1887. Cfr. J.-G. Courcelle-Seneuil, *Préparation à l'étude du droit: étude des principes*, Paris, 1887, cit., p. V e s.

In una lettera del 6 febbraio 1864, Edouard Laboulaye, ormai titolare di una cattedra al Collège de France e sempre più impegnato in politica, confessa all'amico Warnkoenig che la cosa che più gli rincresce « c'est de n'avoir jamais rien appris à l'Ecole de droit », confermando, nella sostanza, con toni meno caustici ma con maggior competenza, quanto scriveva Gustave Flaubert, vent'anni prima, in una lettera a Ernest Chevalier: « Ecris-moi comment tu vas et ce que tu fais. Vois-tu quelquesfois Oudot dans tes rêves? Duranton te pèse-t-il sur la poitrine quand tu as des cauchemars? Quelle belle invention que l'Ecole de droit pour vous emmerder. C'est à coup sur la plus enkikinante de la création », cfr. G. Flaubert, *Correspondance*, Paris, 1998, cit., p. 53.

Saleilles sottolinea a più riprese l'impressione di « sécheresse que donnait la vieille méthode exégétique », e pone l'accento sulla sterilità di un metodo che, mentre abbandona gli studenti nel « dédale de nos textes et de leur explication littérale », tratta con supponenza le cosiddette « fantaisies prétoriennes de la jurisprudence » (2).

Molti anni dopo, dall'alto della sua cattedra alla Facoltà giuridica di Parigi, ricorderà spesso il periodo della sua formazione, attribuendo la responsabilità di quello stato di cose al carattere incomprensibile dei programmi ufficiali più che alla incapacità degli insegnanti:

> l'on nous mettait de prime saut en face des textes, sans introduction préalable, sans un exposé de principes, sans aucune distribution méthodique des matières. Il fallait subir, tel quel, le plan du Code civil, excellent peut-être comme structure législative, détestable comme programme d'enseignement (3).

Nel clima immobile della Facoltà giuridica parigina, egli ha però la fortuna di imbattersi in alcuni maestri che riescono a farlo appassionare al diritto: Bufnoir, il padre della *Société de législation comparée*, e futuro suocero (di cui, nel 1900, uscirà una raccolta di lezioni, col titolo *Propriété et contrat*, a cura di Saleilles); Labbé, uno

---

(2) Le citazioni sono tratte da *Lettre à M. Paul Desjardins sur l'enseignement du droit*, in *Union pour la vérité. Correspondance mensuelle. Cahier annexe formant post-scriptum à la troisième série des « Libres Entretiens » sur la réforme des institutions judiciaires*, Paris, 1907, pp. 3-49, cit., p. 14 e da *Un livre d'introduction générale à l'étude du droit civil*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XXXIV, 1897, pp. 523-529, cit., p. 523. Cfr. P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 215.

(3) *Lettre à M. Paul Desjardins*, cit., p. 6.

Tale giudizio ricorda quello espresso da Lerminier, qualche decennio prima: « quand, après avoir achevé mes cours de réthorique et de philosophie, et dans l'exaltation par laquelle passent, à dix-neuf ans, les jeunes gens dont l'imagination s'éveille, il me fallut, comme on dit, faire mon droit, avec quel ennui mêlé de dédain j'ouvris les cinq codes! Retomber de mes poétiques rêveries, touchant la science et la littérature, sur les articles numérotés du code civil et du code de procédure, et n'avoir pour toute nourriture que l'étude de maigres et séches formules sans animation et sans vie! C'était donc le droit! », cfr. E. Lerminier, *Introduction générale à l'histoire du droit*, Bruxelles, 1830, cit., p. VI.

dei protagonisti dell' « âge héroïque » della giurisprudenza francese (4); Paul Gide, cui si deve, in larga misura, l'innamoramento di Saleilles per la scienza del diritto (5).

Si tratta, in tutti e tre i casi, di giuristi non comuni, capaci di segnare in modo irreversibile una formazione destinata a svilupparsi su binari di assoluta originalità: un giurista d'altri tempi, che consegna una sapienza imponderabile alla dimensione esclusiva dell'oralità e che va alla ricerca di nuovi stimoli, coltivando la comparazione e gettando le premesse, almeno nei fatti, per la messa a punto di un metodo alternativo e liberante; un giurista che si dedica pressoché esclusivamente alla topica, inaugurando un genere che sarà una delle glorie dell'Ottocento giuridico francese, e che, così facendo, sottolineerà l'essenzialità della dimensione *applicativa* come luogo in cui il diritto assume la propria concretezza spaziale e temporale, si incarna, e "parla" agli uomini (6); un giurista, infine, percorso dal senso del *movimento*, e dalla consapevolezza che l'essenza del diritto riposa nell'assimilazione e nell'aderenza tra realtà sociali e norme, al

---

(4) Età inaugurata con l'« examen doctrinal de jurisprudence » introdotto dalla *Revue critique de la jurisprudence en matière civile*, che costituisce l'antecedente diretto della *note d'arrêt*, una delle invenzioni più felici della giurisprudenza francese. Con essa si realizza quella « action dissolvante sur la lettre de la loi » e quell'apertura della legge alla « pente irrésistible des faits et des idées », che Labbé avrà cura di sviluppare fornendole un ordine e un « centre de condensation ». Cfr. E. MEYNIAL, *Les recueils d'arrêts et les arrêtistes*, in *Le Code civil (1804-1904), livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 195 e ss. Su Labbé si veda C. JAMIN, *Relire Labbé et ses lecteurs*, in *Archives de philosophie du droit*, XXVII, 1992, pp. 247-267.

(5) Probabilmente per la sua capacità di unire la precisione e il rigore concettuale al relativismo, al senso del movimento, alla percezione della fattualità e della socialità del diritto: « ...il s'efforça de dégager l'esprit du droit romain, de rendre la vie à cette législation morte. M. Gide excellait à cela...il rapprochait toujours des règles juridiques les conceptions sociales dont elles sont la traduction: il excellait surtout à montrer pourquoi et comment une institution se transforme peu à peu et change lentement de nature », così si esprime A. ESMEIN, *Paul Gide (1832-1880)*, in P. GIDE, *Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte velléien*, Paris, 1885, cit., p. IX e s.

(6) Non è certo un caso che sia tale aspetto ad affascinare maggiormente il giovane studente di diritto se si considera che la lamentata « sécheresse » è il frutto della « potestatività e testualità del diritto nel pianeta di *civil law* » e dell'« esilio della interpretazione/applicazione », cfr. P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Società, diritto, Stato*, cit., p. 257 e s.

punto da sentire il desiderio, da romanista, di studiare il diritto commerciale, considerato alla stregua del diritto romano della modernità, non ancora sclerotizzato, ancora in formazione (7).

Saleilles attribuisce a Bufnoir (8) un ruolo decisivo nel panorama della scienza giuridica francese dell'Ottocento, sottolineando come il suo contributo si sia articolato su tre livelli: la rifondazione della giuscivilistica; l'invenzione del diritto comparato; la riforma dell'insegnamento (9).

Il giudizio su Bufnoir ha un sapore quasi epigrammatico: egli è

---

(7) Gide, infatti, non si interessa soltanto di diritto romano ma anche, in misura notevole, di diritto comparato. Oltre ad essere uno dei fondatori, assieme a Bufnoir, della *Société de législation comparée*, studia e traduce la legge tedesca sul diritto d'autore e le leggi prussiane in materia di ipoteca, e, in collaborazione con Lyon-Caen e altri, il codice di commercio tedesco e la legge cambiaria. Sul ruolo di Paul Gide nella formazione di Saleilles, si veda anche P. FOURNIER, *R. Saleilles, historien du droit*, in *L'oeuvre juridique*, cit., p. 166.

(8) Per quanto riguarda le doti di giurista di Bufnoir non si può far altro che dar credito ai ricordi e ai giudizi dei suoi ex-allievi. Per Bufnoir, infatti, l'insegnamento doveva essere quasi esclusivamente un fatto orale. Si veda, per una descrizione del suo metodo, C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, Paris, 1900, p. I e ss. Recentemente tale opera è stata ripubblicata nell'ambito della *Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales* della Università di Poitiers. Cfr. C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, Paris, 2005. M. BOUDOT, nella prefazione a tale ristampa (*op. cit.*, p. IX), sottolinea il ruolo di precursore svolto da Bufnoir. Per Saleilles l'« oralità » di Bufnoir è conseguenza della sua modestia e del suo perfezionismo. Colpisce, in ogni caso, il contrasto tra il "mito" Bufnoir e il carattere frammentario, disorganico, certamente non rivoluzionario dei testi pubblicati a cura dei suoi ex-allievi. François Gény, recensendo *Propriété et contrat* sulla *Revue critique de législation et de jurisprudence* (XLIX, 1900, p. 123 e s.) non nasconde la sua delusione di fronte a un'opera che non rivela granché del talento di un maestro che veniva additato come un precursore, l'iniziatore di una scuola nuova lontanissima, nei metodi e nelle concezioni, dall' *Ecole de l'exegèse*. L'attaccamento alla legge, al di là di poche irrilevanti aperture al mondo dei fatti, gli sembra pressoché totale. Sulla stessa linea è il giudizio di J. Bonnecase, che nega ogni originalità all'opera di Bufnoir, arrivando a considerare una iattura per la memoria del civilista parigino la pubblicazione postuma delle sue lezioni. Cfr. J. BONNECASE, *L'Ecole de l'exégèse en droit civil*, Paris, 1924, p. 44 e ss. L'opera di Bufnoir fu recensita entusiasticamente anche da Souchon sulla *Revue d'économie politique*, 1900, p. 325 e ss.; da Planiol sulla *Nouvelle revue historique*, 1900, p. 274 e ss. e da Guillouard, allievo di Demolombe, nella introduzione a *Propriété et contrat*.

(9) *Monsieur C. Bufnoir, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris*, in *Archivio giuridico*, LX, 1898, p. 534 e ss.

uno dei primi *veri* giureconsulti dell'Ottocento, a lui si deve la reintroduzione in Francia del *droit civil*:

> Bufnoir, l'un des premiers tout au moins, allait fonder en France, à la place du *Code civil français*, l'enseignement du *droit civil*. Il allait être par son enseignement, comme Aubry et Rau le furent par le livre, l'un des initiateurs appelés à construire véritablement un *droit civil français*...Il y avait eu jusque là en France, et dans ce siècle, puisque nous ne parlons que de l'époque moderne, de grands *juristes*. Les jeunes sentaient, avec leur instinct profond qui va droit aux supériorités, qu'il y avait là plus qu'un *juriste*, plus qu'un *légiste* et un savant praticien, mais un vrai *jurisconsulte*, au sens le plus haut du mot (10).

La prima metà dell'Ottocento, in effetti, è caratterizzata dall'adozione di un canone metodologico rigorosamente positivistico e dall'assenza di un autentico *droit civil*.

Con la Rivoluzione l'insegnamento giuridico in Francia subisce un vero e proprio tracollo (11). Dopo l''89, le vecchie Facoltà di diritto non riescono a evitare la sorte riservata a tutte le istituzioni che appaiono come una emanazione del sistema di potere d'*Ancien Régime*. La Convenzione, con decreto del 15 settembre 1793, ne sancisce la morte: « les collèges de plein exercice et les Facultés de théologie, de médecine, des arts et de droit sont supprimées sur toute la surface de la République »: le antiche Facoltà di diritto non esistevano più. Professori vecchi e nuovi, come Martin, Gouillart, Sarreste, Delvincourt, furono costretti a trovarsi un nuovo lavoro: il *conseil officieux*, un incarico nella magistratura, o un impiego nella pubblica amministrazione, come nel caso di Delvincourt che rimase sepolto per più di dieci anni in un ufficio del ministero della Marina prima di entrare nella nuovissima *Ecole de droit* di Parigi.

---

(10) *Ibidem*, p. 536.

(11) Se l'insegnamento del diritto subisce un tracollo, non così la sua produzione, che negli anni della Rivoluzione diventa frenetica. Cfr. J.-P. LEVY, *La Révolution française et le droit civil*, in *1804-2004 Le Code civil*, cit., p. 88 e ss. Gli anni convulsi che preludono alla codificazione sono ripercorsi da Halpérin, che parla, in relazione alla Rivoluzione, di « code manqué », cfr. J.-L. HALPERIN, *L'impossible Code civil*, Paris, 1992, in particolare p. 109 e ss.

L'insegnamento del diritto e con esso l'intera giurisprudenza pagarono un prezzo altissimo: abolito l'ordine degli avvocati, reso elettivo il sistema di reclutamento dei giudici, spazzato via un sistema organizzato e coerente di studi giuridici. E tutto ciò in un clima di derisione e di diffuso disprezzo per la figura e il ruolo sociale dei giuristi, (12) giunto ormai a livelli parossistici, anche a causa della permanente incertezza delle leggi e dell'incapacità di codificare (13).

Se pochi erano disposti a credere nell'utilità della scienza giuridica e a una visione "alta" del diritto, nessuno dubitava della necessità di completare l'educazione del cittadino tipo, virtuoso e amante della Repubblica, con qualche elemento di educazione ci-

---

(12) Il trattamento riservato ai giuristi (definiti sprezzantemente « gens de rapine », « corbeaux judiciaires », « pirates judiciaires », « vampires de la République ») dalla Rivoluzione è descritto da J.-L. HALPERIN, *Haro sur les hommes de loi*, in *Droits*, n. 17, 1993, p. 55 e ss.

(13) La Rivoluzione ingaggia fin dall'inizio una strenua battaglia « contro la giurisprudenza in nome della legge ». In tal modo essa intende affermare il primato del potere legislativo contro tutte le forze che nell'*ancien régime* hanno goduto del monopolio del diritto, le quali vengono percepite come bastioni della conservazione. Cfr. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, II, *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 2005, p. 416 e ss. Il rapporto tra diritto e Rivoluzione è strettissimo al punto che si è parlato di « révolution de la doctrine juridique », cfr. O. BEAUD, *Ouverture: l'histoire juridique de la Révolution française est-elle possible?*, in *Droits*, n. 17, 1993, p. 3 e ss., cit., p. 14 e s. Presupposto della codificazione è, infatti, l'abbandono della « société de sociétés » dell'antico regime e il consolidarsi della Francia in una solida struttura statuale dalla straordinaria compattezza, esito tipico della Rivoluzione: cfr. P. GROSSI, Code civil*: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 35, Milano, 2006, I, p. 83 e ss., cit., p. 88. In questo senso, il Codice, in quanto sintesi della ideologia politico-giuridica rivoluzionaria, è chiamato a terminare la Rivoluzione, precostituendo l'impalcatura della nuova società rigenerata: cfr. L. JAUME, *Le Code civil avait-il pour finalité de terminer la Révolution française?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 35, Milano, 2006, I, p. 115 e ss. D'altra parte, la tensione verso il Codice sarà fortissima sin dagli esordi della Rivoluzione se è vero che « les révolutionnaires savaient que si les lois politiques forment le nouveau régime, ce sont les lois civiles qui le maintiennent », cfr. O. BEAUD, *op. cit.*, p. 11. Si veda sul punto P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998, p. 24 e ss. e p. 135 e ss.; E. DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile*, Torino, 2000, p. 8 e ss.; U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, 2002; P. CAPPELLINI, *Codici*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, cit., p. 117 e ss.

vica. E questo infatti era lo scopo del corso di *législation* che nasceva fin dagli inizi con intenti scopertamente minimalisti. La sua funzione doveva essere quella non di formare « de profonds jurisconsultes pas plus que des hommes consommés dans l'économie politique ou dans la science du gouvernement, ou dans celles de négociations » ma quella di « donner aux jeunes gens les sains principes de la morale privée et publique, avec les développements nécessaires pour en faire des citoyens vertueux et éclairés » (14).

L'ideologia anti-giurisprudenziale e il definitivo superamento del vecchio sistema di *ius commune* determinarono, sul versante dell'insegnamento, soluzioni ispirate a un implacabile tecnicismo e a un'idea meccanica e semplicistica del diritto (15). Il risultato concreto fu l'articolo 2 della legge del 22 ventoso anno XII (13 marzo 1804) che definiva il piano di studi delle nuove *Ecoles de droit*. In sede di discussione parlamentare, la futura legge era stata presentata come uno strumento indispensabile per « faire renaître parmi nous ces magistrats célèbres par leur mérite et leurs vertus, qui ont illustré les deux derniers siècles » e per allontanare « du temple des lois ceux qui oseraient le profaner sans titre et sans lumière ».

In realtà, però, lungi dal far risuscitare nella Francia del Primo Impero Cujas, Doneau, Dumoulin e l'intera coorte della giurisprudenza d'oltralpe, la legge del 22 ventoso si rivelava perfettamente in linea con gli obiettivi della legge dell'11 floreale anno X (I maggio 1802), sull'insegnamento pubblico in genere, che a sua volta non si mostrava particolarmente "sensibile" nei confronti di tutto ciò che avesse l'aria di essere "culturale". Gli insegnamenti "inutili" o non tecnici, infatti, dovevano finire con il liceo. Al termine del liceo, per ridurre al minimo il rischio della ricomparsa di ingombranti *philosophes* e per strozzare la pretesa libertà filosofica e scientifica del corpo docente, non era prevista la presenza di istituti destinati a

---

(14) Si veda su questo tema J. Bonnecase, in particolare: *La Thémis (1819-1831)*, Paris, 1914; *La notion de droit en France au dix-neuvième siècle*, Paris, 1919; *Le mouvement doctrinal en droit civil depuis 1905*, in G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, I, Paris, 1924, p. 368 e ss.; *L'Ecole de l'exégèse en droit civil*, cit.; *Qu' est-ce qu' une Faculté de droit?* Paris, 1929; G. Antonetti, *Les professeurs de la Faculté de droit de Paris: attitude et destin sous la Révolution et l'empire*, in *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n. 8, 1988, p. 69 e ss.

(15) Cfr. R. Ferrante, *Codificazione e cultura giuridica*, Torino, 2006, p. 17 e ss.

produrre cultura ma solo di scuole professionali: isolate, dipendenti, limitate al perseguimento del fine specifico che ne giustificava l'esistenza (16).

Da qui il contenuto scheletrico dei programmi delle nuove *Ecoles de droit*. L'art. 2 diceva infatti: « on y enseignera: le droit civil français dans l'ordre établi par le Code civil, les éléments de droit naturel et du droit des gens, et le droit romain dans ses rapports avec le droit français; le droit public français, et le droit civil dans ses rapports avec l'administration publique; la législation criminelle et la procédure civile et criminelle ».

L'impressione di artificio e di sterilità generata dal carattere ben poco ameno dei programmi era ulteriormente aggravata dal sistema dei dettati che, conformemente a una lunga tradizione risalente a un editto del 1679, costituiva la base dell'insegnamento. L'articolo 70 del decreto del IV giorno complementare ricordava infatti, non senza pedanteria, che « pendant une partie de leurs leçons, les professeurs dicteront des cahiers que les étudiants seront tenus d'écrire eux-mêmes. Les professeurs expliqueront et développeront verbalement, dans chaque leçon, le texte qu'ils auront dicté »: è facile immaginare l'entusiasmo che un metodo del genere poteva suscitare in uno studente dotato di un minimo di spirito critico, soprattutto nel contesto di un ordinamento a diritto codificato e in un clima dominato da un'ideologia rigorosamente legicentrica.

Il Codice veniva inflitto agli studenti senza alcuna introduzione, senza nulla che contribuisse a suscitare entusiasmo o a renderne lo studio meno aspro, con la pretesa che dovesse bastare a se stesso, grazie a una sorta di auto-evidenza, come le tavole dei comandamenti: il primo anno si leggeva per intero, da cima a fondo, e poi si ricominciava da capo ma in maniera più approfondita, suddividen-

---

(16) L'art. 10 del decreto del IV giorno complementare dell'anno XII (21 settembre 1804) definiva le modalità di attuazione del nuovo programma: « un professeur enseignera tous les ans les Institutes de Justinien et le droit romain. Trois professeurs feront, chacun en trois ans, un cours complet sur le Code civil des Français, de manière qu' il y ait un cours qui s'ouvre chaque année. Dans la seconde et dans la troisième année, outre la suite du Code des Français, on enseignera le droit public français, et le droit civil dans ses rapports avec l'administration publique. Un professeur fera un cours annuel de législation criminelle et de procédure criminelle et civile ». Cfr. R. FERRANTE, *op. cit.*, p. 17 e ss.

done la lettura in due anni: « il fallait subir, tel quel, le plan du Code civil », ricordava appunto Saleilles.

In questo contesto, agli occhi del giovane studente, Claude Bufnoir deve sembrare una mosca bianca. Egli, infatti, riesce a sfuggire al positivismo legalista e agli effetti sterilizzanti di tale sistema di insegnamento e getta le premesse di un rinnovamento metodologico che darà i suoi frutti nel corso della Terza Repubblica.

Tale percorso ha inizio nel 1878, anno nel quale fonda la *Société pour l'étude des questions d'enseignement supérieur*, con l'obiettivo di promuovere una profonda riorganizzazione dell'insegnamento superiore attraverso l'introduzione di importanti riforme dei programmi di studio. In particolare, sul versante delle immobili *Facultés de droit*, la *Société*, sotto l'impulso del suo fondatore, coltiva il sogno di favorire l'incontro tra gli studi giuridici e le scienze umane, le scienze politiche e la scienza dell'amministrazione (17). Nel 1893, in un articolo pubblicato sulla *Revue internationale de l'enseignement*, l'organo ufficiale della *Société*, egli ripensa l'intera struttura del corso di *licence* rivedendone radicalmente l'organizzazione (18). Il piano di studi tradizionale ne esce sconvolto. Ciò che colpisce maggiormente è il venir meno della tradizionale centralità del diritto civile e l'importanza data alle materie teorico-culturali, in special modo al diritto romano, ritenuto fondamentale per l'acquisizione dei meccanismi del ragionamento giuridico. Inoltre, la rottura con l'orizzonte culturale dell'esegesi è evidente nell'attribuzione al docente di una totale libertà nella organizzazione del proprio corso e quindi nel superamento del rigido vincolo del rispetto del « plan du Code civil » (19).

---

(17) Cfr. M. Boudot, *Présentation*, in C. Bufnoir, *Propriété et contrat*, cit., p. I e ss.

(18) Cfr. *Revue internationale de l'enseignement*, 1893, p. 35 e ss.

(19) Il programma di studi per l'ottenimento della *licence*, nel progetto elaborato da Bufnoir, è così articolato: I anno: *Histoire et institutions du droit romain (2 semestri)*; *Histoire générale du droit français (2 semestri)*; *Droit constitutionnel et organisation des pouvoirs publics (1 semestre)*; *Eléments de droit international public (1 semestre)*; *Economie politique (2 semestri)*; II anno: *Droit romain approfondi (2 semestri)*; *Droit civil (2 semestri)*; *Droit criminel (2 semestri)*; *Droit administratif (2 semestri)*; III anno: *Droit civil (2 semestri)*; *Procédure civile (2 semestri)*; *Droit coutumier ou économie politique (2 semestri)*; *Droit administratif et législation financière* ou *droit constitutionnel et droit international public (1 semestre)*; IV anno: *Droit civil (2 semestri)*; *Droit commercial (2*

Lo spirito che anima queste considerazioni rivive inevitabilmente nelle lezioni di Bufnoir. Egli ha il merito di comprendere che la rifondazione della giuscivilistica e la risurrezione del *droit civil français* è in primo luogo un problema di metodo e si sforza perciò di trasmettere ai suoi studenti gli elementi del ragionamento giuridico, superando i confini dell'esegesi e rompendo il « moule sacrosaint du Code » (20), attraverso un procedimento ermeneutico che combina diritto romano, diritto comparato, *méthode historique*, ma anche economia politica e scienze umane.

Ne emerge un metodo originale, fatto di fedeltà ai testi e di slancio creativo, di rigore logico e di sensibilità alla dimensione fattuale. I testi forniscono i principi e le idee generali e divengono il punto di partenza di un procedimento volto a definire la struttura e i caratteri di un complesso sistema giuridico, il quale, una volta elaborato, reagisce sugli stessi testi, favorendone l'interpretazione evolutiva e rendendo quindi possibile l'individuazione di soluzioni giuridiche eque e adeguate ai tempi:

> les étudiants en droit civil avaient enfin la conception d'*un droit civil français*, qui se construisait *avec les textes* pour assises, mais *au dessus des textes*, et *par delà les textes*, en vue d'un vaste édifice scientifique reposant, non plus sur ce qu'il y a toujours d'artificiel dans une législature purement positive, mais sur des lois d'observation expérimentale et historique, telles que l'évolution de la jurisprudence, les nécessités morales et économiques de l'époque, les constatations sociales en cours de progrès et de développement permanent. M. Bufnoir se montrait par là de la grande école de Von Jhering et de tous les partisans de la méthode historique, entendue au sens élargi de méthode comparative (21).

Bufnoir getta quindi le fondamenta di un metodo ispirato alla osservazione sperimentale e storica, costruito a partire dai testi, ma senza alcuna sudditanza nei confronti del dato positivo, sul presup-

---

semestri); *Droit international privé ou droit commercial maritime (1 semestre).* Cfr. C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, cit., p. V e s.

(20) *Monsieur C. Bufnoir*, cit., p. 543.

(21) *Op. cit.*, p. 538.

posto di una costante osmosi tra dimensione giuridica e dimensione sociale (22).

Le consapevolezze cui giunge grazie alla riflessione metodologica lo spingono a impegnarsi su un duplice fronte: la creazione del diritto comparato, attraverso la fondazione della *Société de législation comparée*, nella convinzione che la scienza giuridica non può non avere una dimensione sovra-nazionale; la riforma dell'insegnamento, cui si dedicherà nella sua qualità di membro del *Conseil supérieur de l'Instruction publique*, preparando l'importante riforma del 1895 (23).

Saleilles ricava dal magistero di Bufnoir due coordinate essenziali: la consapevolezza della centralità della riflessione metodologica nell'economia del discorso giuridico; la convinzione che il giurista non può limitarsi a elaborare sistemi nella solitudine di una biblioteca, ma deve impegnarsi concretamente per favorire il progresso del diritto. L'attenzione continua ai problemi del metodo e la partecipazione diretta ad istituzioni come la *Société de législation comparée* e la *Société d'études législatives* offrono una chiara testimonianza della volontà di porsi sulle orme del maestro, sviluppandone e perfezionandone il disegno scientifico.

Ma è soprattutto l'incontro con la romanistica a giocare un ruolo decisivo nella sua formazione (24). La vicenda giuridica romana dimostrava, infatti, quasi plasticamente, la bontà di un indirizzo metodologico che, in ambito civilistico, a causa della pesante ipoteca del Codice, faticava ad affermarsi nella sua "naturalità". Una impostazione che, sul versante del diritto civile, poteva segnalarsi per la sua eterodossia, costituiva al contrario la premessa per una adeguata comprensione del fenomeno giuridico nella Roma antica.

---

(22) Cfr. *Allocution à la séance de clôture de la Conférence Bufnoir*, in *Bulletin de la Conférence Bufnoir*, Paris, 1910-1911, p. 36 e s.

(23) Tale riforma porterà: allo sdoppiamento del corso di dottorato in due indirizzi, « sciences juridiques » e « sciences politiques et économiques »; alla riforma dei programmi di diritto civile per la licenza, tramite l'introduzione di un piano di studio razionale, svincolato dal rigido ordine del Codice. *Op. cit*., p. 540 e s.

(24) Cfr. P. Grossi, *op. cit.*, p. 219.

Il diritto romano appare una « oasis bienfaisante (25) » in un paesaggio scientifico segnato da una notevole aridità intellettuale.

Ciò che affascina è la capacità dei giuristi romani di conciliare forma e sostanza, logica e vita. Centrale si rivela, in tal senso, lo studio del *ius honorarium*: in esso è contenuto il segreto della difficile armonizzazione tra momento autoritativo, schema, *vestimentum*, e momento applicativo; tra la tensione fattuale, l'esigenza di sviluppo e di elasticizzazione della *regula iuris* e la coerenza logica del sistema.

Saleilles, ricordando l'entusiasmo suscitato in lui dalle lezioni di Paul Gide, considera la scoperta del diritto romano un fatto provvidenziale e ne sottolinea il valore « ricostituente »:

> quelle impression de modernisme intense produisaient les leçons d'un maître tel que Paul Gide, quels horizons elles nous ouvraient sur l'actualité même la plus récente, et quelle éducation supérieure elles nous valaient pour la suite de nos études juridiques (26).

Il merito principale del diritto romano viene individuato, significativamente, nella sua capacità di porsi come una « protestation historique et vivante contre la rigidité du principe français et de la méthode française » (27).

I romanisti della generazione intermedia hanno rivoluzionato l'insegnamento del diritto romano, presentandolo come una legislazione vivente, i cui testi trasmettono il senso del continuo « épanouissement de la vie juridique » e svelano il segreto della genesi del diritto: lo studio dell'esperienza giuridica romana, superata la tradizionale impostazione dogmatica, diventa allora la miglior forma di iniziazione al diritto, in quanto offre l'esempio di una mirabile armonizzazione tra formalismo, logica deduttiva e metodo sperimentale.

---

(25) *Lettre à M. Paul Desjardins*, cit., p. 10.

(26) *Lettre à M. Paul Desjardins*, cit., p. 12.

(27) *Ibidem.* Si veda anche E. GAUDEMET, *op. cit.*, nota 1, p. 232. Altrove preciserà ulteriormente tale affermazione: « le droit romain a une haute valeur historique, mais il a encore une plus haute valeur progressive; parce qu' il nous offre l'exemple d'une évolution constante et qu' il nous invite à le suivre, au lieu de rester figés dans nos formules et dans nos textes », *Un nouveau livre sur la cession de dettes*, in *Annales de droit commercial*, XIII, 1899, cit., p. 92.

La vicenda romana dimostra come la *regula iuris* sia il frutto dei conflitti sociali, del gioco degli interessi contrapposti, della pratica degli affari, e come i testi giuridici condensino in formule astratte dei principi nati dalla pratica e ad essa rivolti, la cui corretta interpretazione non può prescindere dallo studio del contesto storico e sociale che li ha prodotti e in cui sono destinati ad operare (28).

Tra i professori ancora in vita che Saleilles preferisce non menzionare, spicca senz'altro la figura di Joseph-Emile Labbé (29).

---

(28) Un siffatto approccio storico-sociologico ha una efficacia "divinatoria" in quanto svela l'origine di una norma giuridica e ne chiarisce il valore pratico. Allo stesso tempo, fa della scienza giuridica la scienza sociale per eccellenza: « le droit romain présenté par M. Gide n'était plus cet exposé géométrique aux formules purement abstraites qui quelquefois décourageait les débutants; c'était une législation vivante, dans toute la richesse de son éclosion successive. On nous reproche d'avoir négligé l'étude des sciences sociales; je me rappelle pour ma part certaines parties du cours de M. Gide qui eussent fourni les plus belles pages d'études sociales que l'on pût lire. Ce n'était pas seulement la formule juridique qui en constituait le centre et la matière; mais on y voyait fonctionner et s'épanouir la pratique du droit dans toutes ses manifestations, les idées se faire jour, les besoins et le frottement des affaires susciter de nouvelles tendances et forcer les anciens cadres juridiques à s'élargir; on y sentait l'effort combiné de toutes les classes sociales, la lutte de leurs intérêts; et les conflits de la vie fournissaient la diversité des matériaux juridiques: l'esprit d'abstraction des juristes s'emparait de cette matière brutale et savait en tirer la suite de ces principes solides, nés de la pratique et faits pour la pratique, dont l'enchaînement constitue l'histoire du droit romain. Les textes ont condensé cet épanouissement de la vie juridique en quelques formules abstraites dont un jurisconsulte seul peut avoir la clé, mais dont seul aussi un historien pouvait découvrir la genèse et sentir, par cette sorte de divination que donne l'étude des milieux, la valeur d'application pratique », *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XIX, 1890, pp. 482-503, cit., p. 485.

Cfr. C. Moatti, *Le sens de l'histoire dans l'interprétation juridique romaine*, in *Droits*, n. 30, 2000, p. 3 e ss. Si vedano, su tale profilo, L. Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna, 2009, p. 361 e ss.; R. Orestano, *Del problema del diritto romano e della sua storicità*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXXIX, n. 3, 1985, p. 533 e ss., in particolare p. 571 e ss.; R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Torino, 1963, p. 116 e ss. e p. 272; G. G. Archi, *Interpretatio iuris, interpretatio legis, interpretatio legum*, in *Zss*, 1970, pp. 1 e ss.

(29) Il saggio sul metodo storico, uno dei manifesti dello storicismo metodologico, è del 1890. Labbé morirà sei anni dopo.

L'inventore della *note d'arrêt* (30) ha svolto un ruolo non meno importante nella formazione del giurista borgognone.

I cinque quaderni manoscritti riempiti nel corso dell'anno accademico 1879/1880 dimostrano, meglio di qualsiasi frase di circostanza, l'interesse con il quale Saleilles dovette seguire le lezioni di Labbé (31).

Quali suggestioni ricava da questa esperienza?

Labbé ha sintetizzato il suo pensiero in una prefazione scritta nel 1891 per un libro di Edouard Cuq (32), che può essere considerata il manifesto delle sue concezioni giuridiche (33).

In essa, che ha tutta l'aria di un testamento spirituale, si ritrovano i principi ispiratori del suo magistero: l'idea di una evoluzione ininterrotta del sistema giuridico; la concezione ottimistica di una evoluzione *progressiva* del sistema, il cui fine è rappresentato dal « règne de plus en plus parfait de la liberté et de l'égalité »; il valore del formalismo e della logica giuridica, nella sua duplice valenza, pedagogica e garantistica; l'affermazione della intrinseca storicità del diritto; l'assunzione di una prospettiva storicistica e il contestuale rifiuto del fatalismo conseguente al riconoscimento della libertà individuale, della « part de l'homme libre », secondo uno schema tipico di una certa filosofia politica della III Repubblica, preoccupata di conciliare la lezione del positivismo filosofico con la riaffermazione del principio di libertà, sotto l'influsso di suggestioni neo-kantiane; il carattere mutevole dei principi giuridici e la relati-

---

(30) « Romaniste de formation, Labbé applique la tradition des glossateurs aux arrêts, mais le succès de la formule tient aussi à d'autres causes. A la charnière de 1900, alors que le Code civil s'apprête à fêter son fatidique centenaire, les auteurs évoquent l'hypothèse de son vieillissement et de son progressif remplacement par une jurisprudence qui deviendrait…le véritable droit positif. En outre, la nostalgie du jurisconsulte joue encore son rôle. La jurisprudence, en effet, a pris une importance qui oblige le docteur à la suivre, au double sens de « se tenir au courant » et « venir après », cfr. P. JESTAZ, *Doctrine et jurisprudence: une liaison de 25 siècles*, in P. JESTAZ, *Autour du droit civil — Ecrits dispersés, idées convergentes*, Paris, 2005, p. 171 e ss., cit., p. 182.

(31) Gli appunti di Saleilles sono conservati nel fondo « Réserve-Pavillon » della Bibliothèque Cujas e sono consultabili alla cote Ms 180. Cfr. anche C. JAMIN, *Relire Labbé et ses lecteurs*, in *Archives de philosophie du droit*, XXVII, 1992, pp. 247-267.

(32) Cfr. E. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains envisagées dans leurs rapports avec l'état social et les progrès de la jurisprudence*, Paris, 1891, pp. I-XV.

(33) *Ibidem*, p. XIII.

vizzazione dei dogmi tradizionali; il ruolo centrale della controversia nella genesi del diritto.

Tutti questi elementi concorrono alla definizione di una metodologia giuridica dominata dal principio di evoluzione, nella quale la legge stessa, considerata favorevolmente, diventa parte di un sistema complesso e rileva meno per il suo significato originario che per la sua capacità di adattamento e per i contenuti che è suscettibile di assumere con il tempo. Essa è un « commencement », un « point de départ », serve da stimolo alla giurisprudenza, invitandola a seguire percorsi inediti e vale nella misura in cui è capace di inserirsi nel sistema del diritto vivente, trasformandosi, nella mani dell'interprete, in un fattore di evoluzione e di progresso, « d'autant plus féconde qu'elle est oubliée dans sa tenure première » (34).

Il carattere decisivo del *ius honorarium* per la comprensione dell'esperienza giuridica romana trova conferma dalla lettura degli appunti. Nel corso della *séance avancée*, in particolare, Labbé si concentra sull'editto del Pretore (35), cercando di cogliere l'essenza della interpretazione pretoriana, nella consapevolezza che in essa si celi quello che Jhering, non a caso, definirà « Geist des römischen Rechts ».

L'approfondimento della vicenda romana offre in definitiva una formidabile lezione di metodo (36): tale diritto rappresenta, infatti, come ha sottolineato Durkheim, la miglior forma di sociologia di cui dispone la cultura dell'Ottocento, e il suo studio consente

---

(34) *Ibidem*, p. IX e s.

(35) Si veda, su tale tema, D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano: per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Padova, 1999, nonché, dello stesso autore, *Praetoris partes: la iurisdictio e i suoi vincoli nel processo formulare*, Napoli, 2003.

(36) Si veda in tal senso quanto osserva F. WIEACKER, *Eclipse et permanence du droit romain*, in *Pédagogues et juristes*, Paris, 1963, p. 59 e ss., cit., p. 71: « je vois l'humanisme le plus actuel des Romanistes d'aujourd'hui comme une phénoménologie ou une topologie des problèmes juridiques, qui trascende la matière romaine. A nos yeux, si le droit romain n'a plus valeur de révélation juridique, mais de document historique, il n'en demeure pas moins vrai qu' à la suite de conditions particulières le droit privé romain constitue la documentation de spécialité juridique la plus considérable de tous les temps. Cela ne veut d'ailleurs pas dire que les juristes romains nous présentent des solutions valables dans l'absolu…mais cela veut dire qu' ils peuvent nous présenter la façon meilleure de poser les problèmes de tous les âges. Car il n'existe aucun droit qui les surpasse par l'acuité de l'analyse ou la sûreté de l'intuition ».

perciò di mettere a fuoco tre aspetti fondamentali della dimensione giuridica:

> heureusement, nous avions le droit romain! Le droit romain, comme l'a si bien dit M. Durkheim, c'était la sociologie de l'époque. C'était de l'histoire sans doute, mais c'était plus que de l'histoire, c'était l'exposé d'une méthode. Et je crois que cette méthode est de tous les temps (37).

In primo luogo, l'intrinseca storicità del diritto e, conseguentemente, il principio di evoluzione che ne domina la genesi e lo sviluppo (38).

Ciò influisce direttamente sul modo di intendere il ruolo delle norme e, più in generale, l'essenza dell'interpretazione: la *regula iuris* appare feconda nella misura in cui si rivela capace di « perdersi » nel sistema del diritto vivente, divenendo il presupposto di un'operazione ermeneutica sostanzialmente creatrice. Svelando la dimensione storica del diritto, la vicenda romana offre « le modèle le plus parfait de cette interprétation assouplie et progressive qui rapproche le droit de la vie (39) ». Nella storicità del diritto e nell'idea che lega la fecondità della legge alla sua capacità di trasfigurarsi è già contenuto quel principio aureo dell'*assouplissement*, che diverrà uno dei capisaldi della teoria giuridica di Saleilles.

In secondo luogo, lo studio della esperienza giuridica romana rivela la centralità del ruolo del giudice nella creazione del diritto (40): il progresso giuridico è affidato all'opera di giudici, dotati di ampi poteri, che elaborano il diritto per approssimazioni successive, a partire dalle disposizioni esistenti, guardando alle tradizioni giuridiche dei popoli vicini e alle sollecitazioni della pratica, e sulla base degli schemi ordinanti predisposti della dottrina, cui spetta il

---

(37) *Lettre à M. Paul Desjardins*, cit., p. 7 e s.

(38) Come vedremo la « Geschichte als Kriterium der Wissenschaftlichkeit » è un elemento centrale nella riflessione della Scuola storica francese. Cfr. A. Bürge, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1991, p. 191 e ss.

(39) Cfr. E. Gaudemet, *op. cit.*, p. 168

(40) È quindi soprattutto attraverso l'approfondimento di tale esperienza che Saleilles scopre il diritto giurisprudenziale. Su tale nozione si veda l'ormai classico lavoro di L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1962.

compito di orientare e disciplinare l'evoluzione organica dei testi normativi (41).

Tutto ciò evidenzia, per contrasto, il carattere artificiale del paesaggio giuridico delineato dalla Rivoluzione, la superstizione legislativa che essa ha contribuito a consolidare, e quindi la carica ideologica sottesa al positivismo volontarista e al metodo esegetico che hanno contrassegnato la scienza giuridica per gran parte dell'Ottocento:

> comment voulez-vous que nos jeunes esprits n'aient pas été profondément frappés et prodigieusement intéressés par ce contraste? D'un côté, un droit rigide à application mathématique, qui prétendait tout ignorer de la vie, et c'était le droit moderne! Et de l'autre, un droit progressif évoluant et se développant sous l'influence d'une méthode de précision juridique admirable, et c'était le droit romain!... Ce que nous voyions c'était la méthode, c'était la souplesse de l'instrument, c'était le germe de progrès que le droit romain portait en lui. Et, lorsqu'on parle de cet esprit juridique qu'il servait à inculquer, bien loin que ce fût l'esprit de déduction géométrique, c'était, comme disaient les Romains eux-mêmes, le sens de l'élégance et de l'opportunité, l'esprit de souplesse et de finesse, d'ordre et de progrès tout à la fois. Si les anciens interprètes du Code civil ont appliqué celui-ci à la lettre, avec une sorte de rigueur mathématique, ce n'est pas au droit romain qu'ils le devaient. Car le droit romain leur eût appris que, bien loin d'attendre l'intervention du législateur, c'était au magistrat à devancer la loi et à se faire l'interprète du droit qui se crée. Ils le devaient à la superstition législative, à l'idée fausse que, depuis 1789, on s'était faite de

(41) « Bien loin de nous trouver en présence de textes inflexibles, ayant, pour les interpréter, un magistrat qui ne soit que l'instrument, en quelque sorte, mécanique, préposé à leur application, nous apprenions que la fonction même, la fonction propre, du magistrat était d'adapter le texte à la vie successive de la cité. Et, lorsque le texte était trop rigide, nous voyions ce même magistrat créer, presque de toutes pièces, un droit nouveau, droit secondaire, si l'on veut, qui se superposait à l'ancien, mais qui finissait par prendre sa place définitive. Ce droit nouveau était loin, d'ailleurs, d'être une création arbitraire du Préteur. C'était comme une mise au point du droit comparé, une adaptation à l'esprit juridique romain de coutumes ou des lois empruntées, le plus souvent, aux races diverses fondues dans l'immense Empire, et dont le Préteur faisait peu à peu, par voie de tâtonnements et d'essais successifs, un droit unitaire, destiné à corriger le vieux droit civil. Et tout cela se faisait, non pas à l'aveugle, mais avec une méthode sûre, avec un tact presque infaillible, une précision qui mettait partout de l'ordre, d'abord, et un peu plus de justice ensuite », *Lettre à M. Paul Desjardins*, cit., p. 7 e s.

la loi, par défiance du magistrat. On en faisait un texte hiératique et immobilisé, au lieu d'un instrument de progrès (42).

Il diritto romano sottolinea, infine, il ruolo decisivo della procedura, dell'*actio*, nella creazione del *droit subjectif* (43). È merito particolare di Jhering aver messo in risalto tale aspetto: la legge, da sola, non è sufficiente a dar vita a un diritto soggettivo: l'effettiva titolarità di un diritto è strettamente legata alla possibilità di farlo valere in giudizio attraverso un'*actio*, uno strumento processuale nel quale esso possa inquadrarsi. Così, i contratti legalmente validi sono solo quelli che appaiono dotati di una specifica forma di tutela processuale. La creazione di nuove fattispecie contrattuali, come di nuove forme di proprietà o di successione, presuppone perciò l'introduzione di adeguati rimedi giudiziali.

Evoluzione, adattamento, senso della realtà, pragmatismo, equità, logica temperata, divengono gli ingredienti e le parole d'ordine di una scienza giuridica il cui obiettivo è la costruzione di un sistema inteso come organismo dinamico e vivente. Saleilles rimediterà a lungo il messaggio interiorizzato durante lo studio del diritto romano e da esso trarrà le linee-guida del suo progetto, le cui intuizioni essenziali risalgono agli anni decisivi della formazione. Il passare del tempo e il succedersi delle esperienze nei più svariati ambiti del diritto gli permetteranno semmai di mettere a fuoco sempre meglio il *proprium* dell'esperienza giuridica romana, cogliendone il contenuto di universalità. E ciò in misura crescente man mano che si precisa il nesso che lega scienza giuridica e regime politico e il ruolo strategico che la prima è chiamata a giocare nella costruzione della nuova democrazia sociale. L'acquisita consapevolezza del ruolo politico della scienza giuridica, alla base del progetto

---

(42) *Ibidem*.

(43) La frattura fra diritto e processo è frutto della modernità giuridica e della progressiva scissione tra diritto privato e diritto pubblico. Nel contesto di una visione unitaria dello *ius*, tipica della tradizione romana, tale frattura non ha motivo di esistere. Non sorprende che un esponente del solidarismo giuridico — dottrina che punta al recupero di tale visione unitaria — sia particolarmente affascinato dal peculiare rapporto tra *actio* e *ius* caratteristico del diritto romano classico. Cfr. R. Orestano, *Azione: storia del problema*, in R. Orestano, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978, p. 13 e ss., in particolare p. 29 e ss.

modernista, lo indurrà infatti a far ritorno alla vagheggiata « oasis bienfaisante », scorgendo in essa il segreto di una corretta articolazione giuridica del regime democratico.

L'affermarsi del movimento democratico e l'accentuarsi delle rivendicazioni sociali metteranno definitivamente a nudo le insufficienze dello strumento legislativo, la sua eccessiva rigidità e lentezza, a fronte di un contesto storico in rapidissima evoluzione. Da qui, la consapevolezza che la realizzazione del progresso giuridico può essere garantita soltanto da un organo intermedio, capace di farsi interprete della domanda di giustizia proveniente dal basso, preparando indirettamente le riforme legislative, attraverso un'azione puntuale e continua. L'esperienza romana confermerà per questo il suo carattere di universalità e il suo valore paradigmatico, offrendo il modello di una soluzione "morbida" e progressiva dei conflitti sociali, al di fuori di qualsiasi prospettiva rivoluzionaria (44). L'immagine di un diritto di origine giurisprudenziale costruito empiricamente dal Pretore sulla base delle direttive e degli schemi elaborati da una dottrina autorevole diverrà l'ideale di riforma cui guardare per fondare una scienza giuridica in grado di fornire il necessario ordito tecnico all'emergente democrazia sociale (45).

Lo studio dell'esperienza giuridica romana, in conclusione, si traduce in una messa a fuoco dell'essenza e del fondamento della scienza giuridica lungo precise linee-guida: la necessità di recuperare

---

(44) Tale tesi è sostenuta nel saggio su *Le droit romain et la démocratie*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, Prato, 1904-1905, II, pp. 713-730, in particolare p. 724 e ss.

(45) « A Rome seulement, nous trouvons la double influence concomitante, d'admirables théoriciens d'une logique sûre, sans être trop tranchante, d'une habileté consommée sans être trop déliquescente, d'un doigté supérieur pour tout dire, et celle de Magistrats ayant de très larges pouvoirs, et sachant puiser partout les éléments du progrès juridique, pour les transporter dans l'Edit et les faire ainsi passer dans le droit positif de l'Empire, les empruntant sans doute à la doctrine et aux déductions des maîtres de la science, mais les empruntant plus encore aux pratiques des peuples de nationalités si diverses qui vivaient à l'ombre de la paix romaine, faisant de tous ces éléments si disparates, éléments de science déductive et éléments surtout de droit comparé, une unité progressive, systématique et vivante, qui devint le droit romain de la dernière époque, prêt à devenir, plus tard, le droit commun de toute l'Europe féodalisée ». *Ibidem.*

la dimensione storica del diritto; il ruolo centrale della giurisprudenza in quanto organo che assicura l'adattamento della *regula iuris* alla realtà sociale; l'importanza del magistero dottrinale in quanto strumento di sintesi e di razionalizzazione delle soluzioni elaborate dai tribunali (46).

Tale esperienza insomma consente di tenere in equilibrio e di sintetizzare le principali istanze culturali di cui si compone il panorama scientifico del tardo Ottocento: l'evoluzionismo darwiniano, il sociologismo di Durkheim e il rigido positivismo filosofico di Comte e Bernard, con la tensione morale e il ruolo della libertà e della responsabilità individuale tipico dello storicismo temperato di Renouvier (47).

Sono già presenti, negli appunti presi al corso di Labbé, gli ingredienti che, opportunamente rielaborati, forniranno le linee essenziali della proposta metodologica di Saleilles: la centralità di un metodo storico caratterizzato da una concezione sociologica del diritto incarnata nella giurisprudenza, cui fa da sfondo la ricerca dell'« idéal juridique », sia pure, come vedremo, nella versione relativizzante di un diritto naturale storicamente variabile (48).

2. *1883: sulle orme di Rudolph von Jhering.*

Saleilles, già da studente, intuisce il ruolo strategico della riflessione metodologica e si rende conto della necessità di introdurre nella scienza giuridica i fermenti culturali tipici del tardo Ottocento.

In realtà, il rinnovato interesse per le questioni metodologiche è la conseguenza inevitabile di un processo che, nell'ultimo quarto del secolo, subisce un'accelerazione considerevole: la rottura dell'armonia su cui si regge il modello giuridico liberale e la crisi progressiva del sistema di equilibri politici dai quali il positivismo giuridico traeva la sua forza e la sua legittimazione.

In un contesto storico sempre più conflittuale, sotto la spinta di interessi economici nuovi, di nuove ideologie sociali o rivoluziona-

---

(46) Cfr. C. JAMIN, *op. cit.*, p. 255.

(47) Su Renouvier si veda M.-C. BLAIS, *Au principe de la République. Le cas Renouvier*, Paris, 2000, in particolare p. 111 e ss.

(48) Cfr. C. JAMIN, *op. cit.*, p. 248.

rie, il formalismo idealista della privatistica dominante viene travolto dall'onda d'urto di un *mélange* culturale eterogeneo in cui confluiscono elementi disparati: dall'evoluzionismo biologico e dalle concezioni fisiche della causalità tipiche del positivismo delle scienze naturali, all'utilitarismo individualista di Bentham e di Stuart Mill.

Con tutte le loro differenze, questi indirizzi di pensiero sono concordi nel sottolineare la necessità di un superamento definitivo del formalismo e, ponendo l'accento sui concetti di *causa*, di *risultato*, di *scopo*, di *utile*, condividono la convinzione che il diritto debba essere una funzione della realtà, uno strumento al servizio di una società concepita come somma di individui soggetti a determinazione causale e di processi basati su relazioni di causa ed effetto.

L'accentuazione della valenza "funzionale" della scienza giuridica avviene in polemica con la constatata incapacità del sistema giuridico liberal-borghese, legato a una società agraria, rimasta sostanzialmente immutata per secoli, di adattarsi alle esigenze della nascente società industriale e ai nuovi modi di produzione che la caratterizzano.

Le tensioni che investono la scienza giuridica non denunciano solo l'insufficienza del deduttivismo della *Pandektenlehre* (49) ma, sottolineando il fatto che il diritto è il risultato di una lotta e di un processo di (più o meno) lenta auto-affermazione, negano la validità della tesi fondamentale della Scuola storica, e cioè la convinzione romantica di una progressiva e spontanea incarnazione del *Volksgeist* nelle successive epoche storiche di una nazione.

L'abbandono della metafisica idealistica kantiana e della metafisica storica del Romanticismo, insieme alla rinuncia di una idea vincolante del diritto situata al di là della sfera positiva, è evidente nell'opera del giurista europeo più celebre dell'Ottocento, uno dei pochi giuristi tedeschi a venir tradotto in francese: Rudolf von Jhering (50).

---

(49) Sulla Pandettistica si veda la voce di A. MAZZACANE, *Pandettistica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Milano, 1981, p. 592 e ss. Si vedano inoltre W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, trad. it., Milano, 1974, p. 75 e ss., e i due volumi di P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, I, *Genesi del sistema e nascita della "scienza" delle Pandette*, Milano, 1984 e *Systema iuris*, II, *Dal sistema alla teoria generale*, Milano, 1985.

(50) Su Jhering si vedano i lavori di M. LOSANO, *Der Briefwechsel zwischen Jhering*

La prima edizione francese di *Der Kampf ums Recht* appare nel 1875, seguita, nel 1890, dalla traduzione di De Meulenaere. Il libretto, destinato ad avere un'eccezionale fortuna, appare perfettamente in sintonia con lo spirito dei tempi e, anche per il suo stile accattivante, diverrà il manifesto della nuova fase della scienza giuridica (51).

Com'è noto, esso rappresenta il punto di approdo di un travaglio personale segnato dal passaggio dal formalismo giuridico della pandettistica alle teorie dell'evoluzionismo nate nell'ambito delle scienze naturali (52).

Il concetto di "lotta", scelto da Jhering come titolo per la sua conferenza viennese, era un riecheggiamento diretto della terminologia darwiniana ed era il frutto di un faticoso *revirement* i cui prodromi erano già potenzialmente presenti nelle riflessioni sul genio della giurisprudenza romana (53). La sua essenza, infatti, era colta non già nella perfezione logica delle sue costruzioni ma nella capacità di modellare schemi e concetti a seconda delle esigenze pratiche: ciò conferisce un'importanza decisiva, per una piena comprensione del fenomeno giuridico, ai presupposti sociologici del diritto, all'insieme delle cause e degli scopi che ne determinano l'evoluzione, e che appaiono aspetti tra loro collegati in quanto ogni spiegazione causale dell'azione umana non può che essere una spiegazione in funzione di determinati fini. Il fine del diritto diventa in tal modo il suo adattamento al mondo circostante sotto la spinta degli interessi in gioco.

Nel clima intellettuale tipico della Francia della *Belle Epoque*, caratterizzato da una crescente attrazione per il modello culturale tedesco, Jhering diventa perciò il *maître* indiscusso di una scienza

---

und Gerber, Ebelsbach, 1984 e *Studien zu Jhering und Gerber*, Ebelsbach, 1984, p. 53 e ss., nonché W. PLEISTER, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, Ebelsbach, 1982, in particolare p. 1-13.

(51) Cfr. R. VON JHERING (a cura di M. LOSANO), *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972.

(52) Le ragioni dell'adesione del primo Jhering al metodo storico-naturale e alla giurisprudenza dei concetti sono illustrate da W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, cit., p. 133 e ss.

(53) Cfr. F. WIEACKER, *Jhering und der "Darwinismus"*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, München, 1973, p. 63 e ss.

giuridica sempre più consapevole del ruolo decisivo che è chiamata a svolgere nell'orizzonte travagliato della Terza Repubblica (54).

La recezione del pensiero di Jhering da parte della scienza giuridica francese è frutto, in gran parte, dell'opera congiunta di Gény e di Saleilles.

Ad affascinare è il pensiero del secondo Jhering: l'evoluzionismo e l'applicazione al diritto del paradigma organicista; l'accento posto sul momento applicativo e sul concetto di attualizzazione; la centralità dei concetti di fine e di funzione nella dinamica giuridica (55).

Saleilles ricava dalla lettura di Jhering alcuni insegnamenti fondamentali: la consapevolezza che il diritto è un organo il cui scopo si identifica con una funzione determinata (56), che esso non è una arbitraria e casuale giustapposizione di elementi disgregati, ma è al contrario una relazione vivente di elementi che traggono il loro significato e la loro funzione dal fatto di essere parte di un complesso; la necessità di distinguere tra rapporto giuridico (*Rechtsverhältnis*) e istituto giuridico (*Rechtsinstitut*), e cioè la distinzione tra il piano del diritto come complesso dei rapporti reali tra gli uomini, e il piano della scienza giuridica, come complesso delle costruzioni concettuali che i giuristi elaborano nel loro sforzo di tradurre in formulazioni linguistiche quei rapporti (57): da ciò deriva, a sua volta, non già il rifiuto del concettualismo ma l'attribuzione ai *Rechtsbegriffe* di una funzione mera-

---

(54) Al punto che, come osserva Whitman, i giuristi nordamericani conosceranno Jhering grazie alla mediazione dei giuristi francesi. Cfr. J. Q. Whitman, *Jhering parmi les Français, 1870-1918*, in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918* (sous la direction de O. Beaud et P. Wachsmann), Strasbourg, 1997, p. 151 e ss.

(55) Jhering coglie il legame tra diritto, forza e volontà e avanza l'idea che quest'ultima sia guidata dalla legge di finalità. Cfr. J. Hummel, *La volonté dans la pensée juridique*, in *Droits*, n. 28, 1999, p. 71 e ss.

(56) « Der Zweck der Organe liegt in ihren Funktionen…Auch hier führt also erst die Kenntnis der Funktionen des Rechts zum Verständnis seiner Organe, die Physiologie zum wahren Verständnis der Anatomie...die Organe sind vorhanden, damit sie bestimmte Verrichtungen ausüben. Diesem Zwecke gemäß ist ihre ganze Organisation », *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, Basel, cit., p. 48.

(57) Cfr. G. Marini, *La storicità del diritto e della scienza giuridica nel pensiero di Jhering*, in *Jherings Erbe. Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, Göttingen, 1970, pp. 155-164, cit., p. 156.

mente sussidiaria; l'affermazione, infine, della storicità del diritto e della scienza giuridica, che non si traduce però nell'accoglimento della concezione spontaneistica di Savigny, e cioè della tesi di una originaria, naturale compiutezza del diritto, il quale appare invece il prodotto di un conflitto tra interessi contrapposti.

Ciò a sua volta si traduce in una impostazione che, assumendo come dato di partenza l'immedesimazione tra diritto e dimensione sociale, sul presupposto che il vero valore del diritto risiede nelle funzioni concrete cui è preordinato, postula la necessità di ricercare il diritto reale al di là delle strutture formali, distinguendo in particolare tra "regole di diritto" e "istituzioni" (*Rechtssätze* e *Rechtsinstitute*) (58).

Il percorso che lo condurrà a definire Jhering un « génie d'une envergure si puissante, dans lequel se résumera le progrès juridique du XIX siècle » (59) ha inizio negli annni della formazione.

Saleilles incontra per la prima volta l'opera del giurista tedesco nel 1883, durante la preparazione della tesi di dottorato (60).

L'argomento prescelto non è casuale: si tratta infatti di un tema carico di suggestioni metodologiche e di immediate implicazioni pratiche.

Saleilles si concentra su di esso per due ragioni. In primo luogo,

---

(58) Cfr. D. Pasini, *Saggio sul Jhering*, Milano, 1959; N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, p. 121 e ss.; G. Fassò, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, Roma, 2006, p. 189 e ss.; P. Olof Ekeloef, *Zur naturhistorischen Methode Jherings. Ein Diskussionsbeitrag*, in *Jherings Erbe. Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, Göttingen, 1970, p. 17 e ss.; J. Gaudemet, *Organicisme et évolution dans la conception de l'histoire du droit chez Jhering*, *Ibidem*, p. 29 e ss.; C. Helfer, *Jherings Gesellschaftsanalyse im Urteil der heutigen Sozialwissenschaft*, *Ibidem*, p. 79 e ss.; E. E. Hirsch, *Jhering als Reformator des Rechtsunterrichts. (Die Jurisprudenz des täglichen Lebens)*, *Ibidem*, p. 89 e ss.; H. J. Hommes, *Rudolf von Jherings naturhistorische Methode*, *Ibidem*, p. 101 e ss.; D. Pasini, *La sociologia interna di Jhering*, *Ibidem*, p. 177 e ss.; T. Viehweg, *Rechtdogmatik und Rechtszetetik bei Jhering*, *Ibidem*, p. 211 e ss.; W. Wilhelm, *Das Recht im römischen Recht, Ibidem*, p. 228 e ss.; K. Zweigert, *Jherings Bedeutung für die Entwicklung der rechtsvergleichenden Methode*, *Ibidem*, p. 240 e ss.

(59) *Méthode historique et codification*, cit., p. 11.

(60) Cfr. R. Saleilles, *De la possession des meubles en droit romain-De l'aliénation des valeurs mobilières par les administrateurs du patrimoine d'autrui en droit français.* Thèse pour le doctorat, Paris, 1883.

perché il diffondersi dei valori mobiliari è un elemento decisivo della storia economica contemporanea. È stato infatti il diffondersi della ricchezza attraverso il commercio e l'industria, al di fuori della proprietà terriera, a favorire l'emancipazione del Terzo Stato e a facilitare l'avvento della democrazia.

La mobilità della ricchezza, la mutevolezza dei patrimoni, la possibilità di una più equa ripartizione dei beni, al di fuori di artificiose delimitazioni, è uno dei requisiti fondamentali di una società democratica e Saleilles intravede nella continua crescita della ricchezza mobiliare, frutto dello sviluppo industriale, la possibilità di un ulteriore sviluppo della democrazia in senso sociale, con una conseguente emancipazione delle classi operaie (61). Egli scorge, in altre parole, nell'emergere della proprietà mobiliare uno degli indici più significativi della modernità giuridica e quindi della crescente inadeguatezza del Codice, se è vero che esso « è un Codice realistico che si occupa dell'individuo e dei rapporti personali nella misura in cui essi si concretano nella proprietà » (62).

Lo studio del possesso consente inoltre di mettere a fuoco un'altra questione, di carattere strettamente metodologico, la cui

---

(61) « Le fait capital de notre état économique moderne est l'importance toujours croissante prise par la fortune mobilière. On peut dire, au point de vue historique, que son développement a préparé et facilité celui de la démocratie en Europe; c'est en dehors de la possession des terres, par le commerce et l'industrie, que le tiers-état a grandi, pris de l'influence, et conquis une situation égale, sinon supérieure en fait, à celle des grands propriétaires fonciers. A la veille de la Révolution, l'intérêt de la dette publique montait à 206 millions de francs et presque tous les créanciers de l'Etat étaient du tiers. Son influence a survécu au triomphe du nouvel état politique introduit en France en 1789; après avoir été l'une des causes, elle resta comme l'un des effets les plus immédiats. Cet état de choses, en effet, contribue et se plie merveilleusement à l'élévation subite des fortunes, conséquence ordinaire des succès rapides dans toute société démocratique; plus facilement encore il se prête à leurs chutes et à leurs revers non moins fréquents; et par la mobilité avec laquelle il peut faire passer les richesses d'un patrimoine à l'autre, il opère une répartition des biens, plus changeante et moins assurée il est vrai, mais aussi plus égale et moins artificiellement limitée à un petit nombre de privilégiés. Peut-être lui devrons-nous, dans un avenir que l'on peut prévoir, l'amélioration du sort des classes ouvrières; et c'est à lui assurément qu' il faut attribuer ce merveilleux essor industriel qui est comme l'aliment, la source et en même temps l'effet direct de la richesse mobilière », *op. cit.*, p. I.

(62) Cfr. G. Solari, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, Torino, 1911, cit., p. 197.

corretta impostazione appare essenziale ai fini di un adeguato sviluppo del sistema giuridico: il rapporto tra realtà e norma, tra fatto e diritto (63).

Già nella tesi di dottorato, quindi, Saleilles sembra intuire il nesso che collega la metodologia giuridica alla efficienza evolutiva del sistema e quest'ultima alla capacità del discorso giuridico di fornire adeguati supporti allo sviluppo in senso sociale della democrazia politica emersa dalla Rivoluzione (64).

L'impostazione del lavoro segue un piano originale. La tesi è suddivisa infatti in due parti: la prima tratta *De la possession des meubles en droit romain*; la seconda tratta invece *De l'aliénation des valeurs mobilières par les administrateurs du patrimoine d'autrui.* La parte dedicata al diritto romano è divisa a sua volta in due sezioni: la prima tratta delle *Conditions d'existence de la possession des meubles;* la seconda, delle *Protections établies en vue de la possession des meubles*, e si concentra in particolare sull'*interdictum utrubi* (65).

Particolarmente interessante, in questa sede, è soprattutto la riflessione di carattere metodologico contenuta nella prima parte del lavoro, nella quale è evidente l'influsso del magistero jheringhiano.

Lo studio del possesso assume, in quest'ottica, un valore emblematico: ripercorrendone le vicende nell'ambito del diritto privato romano, Saleilles si sforza infatti di applicare il principio metodologico del giurista tedesco: concepire la storia del diritto romano non come dogmatica, come storia dottrinale e legislativa, ma come storia degli istituti, colti nella loro concretezza, in relazione al contesto

---

(63) *De la possession des meubles*, cit., p. I e s.

(64) La tesi di dottorato è stata giustamente considerata « l'étape embryonnaire…de la conscience scientifique de Saleilles », cfr. H. Moubsit, *La volonté et le contrat dans la pensée de Raymond Saleilles*, Mémoire présenté en vue de l'obtention du master droit recherche, spécialité « droit des contrats » (sous la direction de Cristophe Jamin), Lille 2, Université du droit et de la santé, 2004/2005, cit., p. 6.

(65) Saleilles dedicherà al tema del possesso altri due saggi rilevanti, che possono essere considerati uno sviluppo e una ulteriore messa a fuoco dell'analisi svolta nella tesi di dottorato: *La « controversia possessionis » et la « vis ex conventu » à propos de l'interdit « uti possidetis »*, in *Nouvelle revue historique du droit*, XVI, 1892, p. 245-313; *Etude sur les éléments constitutifs de la possession*, in *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, III, 1893, p. 121-161, p. 697-755 e IV, 1894, p. 201-218, p. 311-406.

socio-economico in cui operano (66). L'analisi dell'istituto è condotta a partire dall'analisi dello scopo cui esso appare preordinato, coerentemente con lo schema jheringhiano, che fa dell'*animus* un mero elemento negativo. In tale prospettiva, la finalità del possesso è rappresentata dalla esigenza di tutelare l'apparenza, evitando le possibili complicazioni che potrebbero derivare dall'esame della relazione esistente tra il soggetto di diritto e le cose oggetto della sua potestà (67).

Saleilles si sofferma a lungo sulla dottrina d'oltre Reno di cui ricorda le principali teorie: la teoria di Savigny, che individua come fondamento esclusivo della tutela possessoria l'esigenza di reprimere il ricorso alla violenza privata (68); le teorie di Gans (69), di Puchta e di Bruns (70), che considerano la tutela possessoria una conseguenza del riconoscimento della centralità della volontà individuale all'interno della dinamica giuridica; la teoria di Jhering, che considera il possesso come lo specchio del diritto di proprietà, inteso come principio superiore, riconosciuto e tutelato dall'ordinamento (71).

Lo studio del possesso dimostra come l'evoluzione delle nozioni giuridiche non sia il frutto di concezioni astratte o di una attività di

---

(66) E. Polay, *Beiträge zu Jherings Besitztheorie*, in *Jherings Erbe*, cit., p. 192 e ss. Cfr. inoltre E. Gaudemet, *op. cit.*, p. 171 e s.

(67) Il fenomeno possessorio ha appassionato i giuristi nel corso dei secoli. Gli esponenti delle principali correnti giuridiche europee, dai glossatori ai maestri della scienza giuridica tedesca, hanno sempre mostrato grande interesse per tale istituto, sforzandosi di chiarirne la *ratio* e le peculiarità. Si veda ad esempio per una ricostruzione storico-giuridica della tutela possessoria con riferimento al diritto consuetudinario francese il saggio di J. Poumarede, *La protection possessoire dans les coutumes du Sud-Ouest de la France au Moyen-Age*, in Aa.Vv., *Droit privé et institutions regionales: études offertes à Jean Yver*, Paris, 1976, p. 595 e ss.

(68) Cfr. G. Solari, *Storicismo e diritto privato*, Torino, 1971, p. 55 e ss.

(69) Cfr. E. Gans, *System des römischen Civilrechts im Grundrisse nebst einer Abhandlung über Studium und System des römischen Rechts*, Berlin, 1827, p. 146 e ss.

(70) Si veda in particolare C. G. Bruns, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, Tübingen, 1848. Il tema è oggetto di particolare interesse nella seconda metà dell'Ottocento. Si vedano ad esempio G. Lenz, *Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen: zur Einleitung in die Wissenschaft des römischen Rechts*, Berlin, 1860; H. Dernburg, *Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*, Weimar, 1874.

(71) Si veda in proposito J. Braun, *Der Besitzrechtsstreit zwischen F. C. von Savigny und E. Gans — Idee und Wirchlichkeit einer juristischen Kontroverse*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, IX, Milano, 1980, p. 457 e ss.

natura meramente speculativa ma risponda ad esigenze materiali, a fini determinati, ricostruibili attraverso una euristica d'impronta storico-giuridica (72).

Tale indagine finalistica, permettendo di superare le rigidità caratteristiche di un approccio rigorosamente concettuale, mette in luce le dinamiche profonde che presiedono allo sviluppo del sistema giuridico (73).

L'analisi del fenomeno possessorio secondo il modulo jheringhiano (74) consente perciò a Saleilles di interiorizzare un principio metodologico cui in seguito resterà sempre fedele: l'esigenza di adattare il diritto alla natura delle cose e alle necessità della pratica, e la centralità della dimensione fattuale nella genesi del diritto (75).

---

(72) Jhering ricorre all'analisi del fenomeno possessorio per dimostrare la superiorità del metodo realistico o teleologico rispetto al metodo formalistico o dialettico. Cfr. R. VON JHERING, *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, Stuttgart, 1968, in particolare il capitolo XIV « Innere Kritik der Subjectivitätstheorie » e il capitolo XVI « Teleologie des abgleiteten Besitzverhältnisses ».

(73) Nel ricostruire le vicende del possesso nell'esperienza giuridica romana, Jhering ribalta la prospettiva tradizionale, risalente a Savigny. Il punto decisivo di tutta la questione è rappresentato dalla determinazione delle condizioni essenziali per la configurazione del possesso, e cioè dalla individuazione degli elementi che danno vita allo stato di fatto esteriore, al *corpus*, in base al quale si è soliti distinguere tra possesso e semplice detenzione. Savigny e la dottrina dominante ritengono che il criterio differenziale risieda nella diversa qualificazione dell'*animus possidendi*. In presenza di *animus rem sibi habendi* o di *animus domini* si ha possesso; in mancanza, si ha mera detenzione. Le ipotesti di cosiddetto possesso derivato (precarista, enfiteuta, creditore pignoratizio etc.) in cui, nonostante la mancanza dell'*animus domini*, si ammette il possesso, sono da considerarsi eccezioni accolte *utilitatis causa*. Jhering adotta una prospettiva opposta: la prova del possesso è data dal mero stato di fatto esterno, dal *corpus*, il quale racchiude in sé l'*animus possidendi*. Conseguentemente, il possesso si distinguerà dalla detenzione non già in base all'elemento soggettivo, ma in base alla natura oggettiva del rapporto. Cfr. R. VON JHERING, *Besitzwille*, cit., p. 303 e ss. Si noti tuttavia come, secondo Windscheid, Jhering « ha dato alla tutela del possesso piuttosto una espressione diversa, che non un nuovo fondamento », cfr. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, parte seconda, trad. it., Torino, 1925, cit., nota 6 a p. 35.

(74) Come è stato sottolineato, Saleilles sostiene una posizione intermedia tra Savigny e Jhering. Cfr. E. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 255 e s. In realtà, la tesi di dottorato accoglie nella sostanza la tesi di Jhering e la rende fruibile ai giuristi francesi: cfr. R. SALEILLES, *De la possession des meubles*, cit., p. 3 e s.

(75) « Nous nous sommes attachés à démontrer l'inexactitude de la théorie de Savigny qui fait dépendre toujours l'acquisition de la possession de la possibilité d'une

Tale impostazione verrà ripresa e sviluppata in maniera organica e in chiave apertamente solidaristica qualche anno dopo, in un impegnativo studio di diritto comparato (76), nel quale un intero capitolo è dedicato alla « théorie possessoire objective », a conferma del fatto che a distanza di più di vent'anni la teoria jheringhiana ha conservato tutta la sua vitalità e ha incontrato il favore crescente della dottrina e della legislazione (77).

Gli argomenti della tesi di dottorato vengono precisati e la concezione della natura oggettiva del possesso viene presentata come una conseguenza del fondamentale principio di solidarietà: anche ammettendo che l'acquisto di un diritto soggettivo implichi una manifestazione di volontà, tale requisito sarà necessario solo nel caso in cui si tratta di fondare la legittimità del diritto al di fuori di ogni apparenza esterna. Ma la finalità del possesso è quella di consacrare giuridicamente uno stato di fatto esteriore, nella misura in cui si presenta come un fatto sociale rilevante rispetto a una collettvità determinata.

Proprio per questo, essendo il possesso la consacrazione di una semplice apparenza di fatto, l'essenziale non è il contenuto della volontà del beneficiario di tale relazione materiale e apparente, ma l'immagine che di lui si forma la collettività di cui è membro, il gruppo sociale al quale è solidarmente unito. La disciplina giuridica, in tal caso, ha la funzione di consacrare e di consolidare ciò che appare come il prodotto necessario dei rapporti di solidarietà che legano gli individui, indipendentemente da ciò che essi possono

---

action physique sur les choses qui y sont soumises; nous avons essayé de faire ressortir la puérilité et le formalisme de certaines solutions auxquelles elle conduisait et nous lui avons substitué cette formule: la possession est acquise dès que l'exercice du droit de propriété s'est affirmé par un fait extérieur, en rapport avec la façon normale dont le propriétaire a coutume de se comporter vis-à-vis de chacun des objets qui lui appartiennent… », *De la possession des meubles*, cit., p. 28.

(76) *De la possession des meubles. Etudes de droit allemand et de droit français*, Paris, 1907.

(77) « Si l'on examine de près le courant législatif le plus moderne sur le terrain de la théorie possessoire, il semble bien que la conception purement objective, qui paraît avoir prévalu dans la doctrine sous l'influence des idées d'Ihering, l'ait définitivement emporté en législation et en droit comparé », *op. cit.*, p. 1.

volere al di fuori di questo insieme di relazioni complesse e gerarchizzate che li inglobano (78).

È evidente, pertanto, come la scoperta dell'opera jheringhiana giochi un ruolo decisivo, di cui è difficile sopravvalutare la portata, nel contesto della *Bildung* giuridica di Saleilles. L'impostazione oggettivistica che la pervade, ben rappresentata dalla ricostruzione del fenomeno possessorio, risulta pienamente funzionale alla rielaborazione del diritto privato a partire dalla categoria centrale della solidarietà, obiettivo privilegiato del giurista borgognone. Egli stesso, del resto, si preoccupa in più occasioni di sottolineare il suo debito nei confronti di Jhering, definendolo espressamente « Maître ». E ciò non solo nei testi ufficiali. Scrivendo a Huber, nell'agosto del 1897, sottolinea come uno dei meriti principali di Jhering sia stato quello di aver contribuito, attraverso l'elaborazione del metodo teleologico, alla ricerca di un contemperamento tra le ragioni del diritto e le ragioni dell'equità, gettando le basi, in tal modo, per la soluzione della questione capitale della scienza giuridica di fine Ottocento:

> cette question du conflit du droit et de l'équité est bien l'une des plus délicates qui se présentent aujourd'hui: elle est l'analogue, pour le droit civil, de ce qui est pour le droit pénal l'antagonisme entre les théories classiques du droit abstrait et les théories nouvelles sur l'individualisation de la peine. Jhering, cet esprit génial qui a touché à tout, a remis la plupart de ces idées en faisant du point de vue du But la pierre angulaire de toute construction juridique (79).

Per questo, il pensiero di Jhering diventerà il punto di riferimento costante di un'opera di rinnovamento metodologico che trova nel diritto civile il suo terreno d'elezione. Tanto che, quando verrà il momento di assumere la cattedra di *droit civil* in sostituzione di Claude Bufnoir, Saleilles lo farà avendo in mente un obiettivo preciso: reinterpretare la tradizione civilistica alla luce della lezione jheringhiana:

> je me mettrai alors définitivement au droit civil pour lequel en effet je

---

(78) *Op. cit.*, p. 44 e s.

(79) Lettera del 20 agosto 1897, in A. ARAGONESES, *Recht im* fin de siècle, cit., p. 80.

crois qu' il y a à faire l'expérience de méthodes singulièrement rajeunies, inspirées surtout en l'œuvre colossale d'Jhering (80).

Egli si dedicherà con particolare coerenza e sistematicità alla realizzazione di questo progetto. Al punto che, come vedremo, le lezione di Jhering troverà una conferma definitiva nell'opera summatica dedicata alla *Personnalité juridique*, nella quale è evidente l'adozione di un assunto caratteristico del pensiero del giurista tedesco: il ribaltamento del rapporto tradizionale tra volontà e diritto, in base al quale il diritto non è altro che la rappresentazione della volontà in atto, e l'assunzione di un punto di vista di carattere strumentale, che fa della volontà un mezzo, sia pure essenziale, per la realizzazione del diritto (81).

3. *L'*agrégation *e l'insegnamento della* histoire du droit.

Alle soglie del Novecento, parlando ad una assemblea della *Société d'économie sociale*, Saleilles riconosce il suo debito nei confronti della storia: « c'est par l'histoire que je suis arrivé au droit (82) », afferma senza perifrasi.

Si tratta di una confessione importante, che non ha un valore meramente estrinseco ma evidenzia al contrario un evento decisivo nella sua biografia intellettuale (83).

Abbiamo visto come, da studente, Saleilles impari ad amare il diritto grazie alla storia, assistendo alle lezioni di Gide e di Labbé. Pochi anni dopo, la storia incrocia di nuovo il suo destino. Si tratta, questa volta, di un incontro ben più impegnativo, che si presenta nella veste ufficiale di un incarico accademico.

Superato il concorso per l'*agrégation*, il 12 maggio del 1884, viene chiamato dalla Facoltà giuridica di Grénoble dove rimane solo un anno. A partire dal 17 ottobre del 1885, infatti, è a Dijon, nella sua terra natale, e vi rimane sino al 1895. Sia a Grénoble che a Dijon,

---

(80) Lettera del 13 settembre 1898, *ibidem*, p. 88.

(81) *Personnalité juridique*, cit., p. 532 e ss.

(82) Cfr. R. Saleilles, *Le risque professionnel dans le Code civil* (communication à la société d'économie sociale), in *Réforme sociale*, XXXV, 1898, pp. 634-649, cit., p. 637.

(83) Cfr. P. Fournier, *Raymond Saleilles, historien du droit*, in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, cit., pp. 155-183.

gli viene affidato l'insegnamento della storia del diritto e, pochi anni dopo, nel 1892, quando la Facoltà borgognona istituisce ufficialmente la cattedra di *histoire du droit*, ne diventa il primo titolare.

Sono gli anni dell'erudizione nella sua forma più impegnativa. Saleilles vi si dedica con passione e con la straordinaria capacità di lavoro che lo caratterizza, prefiggendosi l'obiettivo di « faire comprendre la grandeur (84) » della scienza storiografica a una platea di studenti di diritto.

Nella scelta dei temi, dimostra una particolare sensibilità per le questioni che agitano il dibattito storiografico di quegli anni: i suoi due maggiori contributi storico-giuridici nascono infatti dal confronto con il pensiero del Fustel de Coulanges (85) della *Histoire des institutions de l'ancienne France*. Si tratta di tre saggi scritti uno di seguito all'altro nel giro di pochi anni: *Du rôle des scabins et des notables dans les tribunaux carolingiens* (1889); *De la participation des hommes libres au jugement dans le droit franc*; *De l'établissement des burgundes sur les domaines des gallo-romains* (86).

A partire dal 1891, l'insegnamento della *histoire du droit* al corso di dottorato lo porta ad approfondire, oltre al fenomeno possessorio di cui si è già occupato nella sua tesi, altri due temi che risulteranno

---

(84) Cfr. E. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 175.

(85) Numa Denis Fustel de Coulanges (1830-1889), direttore della *Ecole normale supérieure*, membro della *Académie des sciences morales et politiques*, nonché titolare (a partire dal 1878) della prima cattedra di Storia medievale istituita presso la Sorbona, è noto soprattutto (oltre che per la celebre polemica a distanza con Mommsen in occasione della annessione della Alsazia e della Lorena da parte della Germania di Bismarck) per l'opera *La Cité antique*, nella quale vengono ricostruiti, in chiave storiografica, i rapporti tra la proprietà e le istituzioni politico-religiose. Tutta la sua opera (di cui occorre ricordare anche l'incompiuta *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France*) si caratterizza per la particolare attenzione rivolta al problema della elaborazione di una adeguata metodologia della ricerca storiografica. Sulla complessa personalità di Fustel de Coulanges si veda P. GROSSI, *Un altro modo di possedere — L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, p. 125 e ss.

(86) Gli studi sui tribunali carolingi nascono infatti dal tentativo di ridimensionare la tesi di Fustel, che in essi vedeva una forma di giustizia amministrativa, analoga a quella dei tribunali del basso impero, e non un esempio di giustizia popolare, resa da uomini liberi in virtù del diritto consuetudinario. Saleilles, prendendo spunto da un saggio di Edouard Beaudoin, ritiene che la procedura adottata dai tribunali carolingi costituisca un antecedente diretto del giudizio feudale, e che in essi il principio della giustizia popolare sopravviva in forma indiretta, per via rappresentativa.

importanti nella successiva attività di giurista positivo: il regime dell'associazione nel diritto medievale e il diritto consuetudinario francese secondo gli *Institutes* di Loysel, con particolare riguardo al regime matrimoniale e alla comunione tra gli sposi.

Il primo risultato di questo lungo apprendistato storico-giuridico è la definizione del metodo della ricerca storiografica.

Saleilles affida le sue idee in materia a un breve scritto d'occasione, il necrologio di Edouard Beaudouin (87). Non si tratta di una scelta casuale: il decennio storico-giuridico si svolge infatti all'insegna di un confronto personale e ininterrotto con il pensiero del collega di Grénoble e del suo maestro, Fustel de Coulanges, che rappresentano i suoi punti di riferimento e i suoi interlocutori privilegiati.

La metodologia della ricerca storiografica si articola in tre fasi (88).

In primo luogo, essa comporta l'applicazione di un metodo positivo caratterizzato dalla « absence radicale de toute conclusion *a priori* » e dalla assoluta centralità delle fonti, interpretate rigorosamente, in maniera « presque mathématique ».

In secondo luogo, è necessario interpretare le fonti ricorrendo all'« esprit juridique ». Occorre intendersi sul significato del sintagma. Applicare l'« esprit juridique » alla ricerca storiografica non significa imprigionare la storia nel labirinto della logica formale e delle concezioni *a priori*. Esso è volto a ricostruire i fenomeni giuridici, nella loro dimensione teorica, senza fermarsi al dato empirico risultante dall'analisi testuale. Ciò non significa ricollegare, con illusione retrospettiva, alle istituzioni del passato costruzioni giuridiche tipicamente contemporaee, ma sforzarsi al contrario di ricostruire quell'elemento di « technique spéciale » insito in ogni manifestazione giuridica, il quale di per sé impedisce che essa possa ridursi ad una dimensione meramente fattuale.

Gli istituti giuridici, infatti, pur avendo un'origine fattuale si impongono attraverso procedimenti di natura tecnica, attraverso rappresentazioni concettuali che conferiscono loro legittimità e au-

---

(87) Cfr. R. SALEILLES, *Edouard Beaudouin, professeur à la Faculté de droit de Grénoble*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XL, 1900, pp. 310-323, estratto pp. 3-16.

(88) *Op. cit.*, p. 4 e ss.

torevolezza dal punto di vista formale. L'applicazione dell' « esprit juridique » inteso come « raisonnement souple et flexible, qui ne se concentre pas sur une ligne droite et sur un principe isolé, qui sait faire la part…de toutes les idées résultant de la complexité des faits » consente perciò di mettere in luce l'elemento tecnico, che rappresenta il dato differenziale dell'esperienza giuridica e che vale a distinguere il rapporto giuridico dall'arbitrio o dal mero rapporto di forza. L'« esprit juridique » non è altro che il « Geist » di cui parla Jhering nella sua opera monumentale e infatti, ancora una volta, la lezione del maestro tedesco si rivela decisiva. Alla base vi è la concezione che la storia non si risolve in una successione di avvenimenti separati, ma in una connessione intima di fatti, per cui compito della storia è evidenziare « die Einheit in der historischen Bewegung sämtlicher Institute » (89), senza limitarsi a far emergere le connessione esteriore.

È impossibile comprendere il diritto di un popolo o di un'epoca qualsiasi se lo si studia esclusivamente in chiave dogmatica, dal punto di vista della sua struttura anatomica, mentre al contrario è indispensabile mettere in evidenza le forze che, agendo su uno specifico organo giuridico, ne determinano il carattere e la tendenza. Per tale ragione, l'elaborazione dogmatica del diritto di un'epoca determinata non può costituire l'oggetto esclusivo della ricerca storiografica: chi, in un'epoca successiva, tenta di dar vita a una esposizione storica di tale diritto, deve sforzarsi di ricostruirne il corso dello sviluppo storico, anche attraverso fonti di carattere extra-giuridico, allo scopo « die Theorie ans Leben anzuknüpfen » (90).

Infine, la terza componente del metodo storico è di natura "artistica".

L'indagine storiografica trae origine dai testi ma non si risolve in essi, essendo finalizzata alla ricostruzione dell'organismo, del « phénomène social » complessivo di cui i testi rappresentano delle semplici testimonianze.

Ciò provoca un salto, un mutamento di marcia nella metodologia storiografica. C'è un momento, infatti, a partire dal quale la storia cessa di essere una scienza esatta e cede alle « divinations » e alle « recon-

(89) *Geist des römischen Rechts*, I, cit., p. 62.
(90) *Ibidem*, p. 58.

stitutions subjectives ». La verità storica infatti non è mai interamente contenuta nei testi. Questi, al contrario, sono il prodotto di un meccanismo o di una istituzione in pieno funzionamento, la cui esistenza è presupposta. Inoltre, dal momento che nessuna istituzione è il prodotto di un testo legislativo, ma dell'evoluzione sociale, colta nella sua complessità, un testo isolato o una serie di testi ne offrono inevitabilmente un'immagine parziale, la mostrano nel suo funzionamento meccanico e regolare, senza spiegarne l'essenza e il legame con il contesto sociale ed economico del quale è espressione. Lo storico deve fermarsi, « remonter la chaîne », risalendo dalla molteplicità degli effetti all'organismo unitario che li produce.

L'« esprit historique », alla base della ricerca storiografica, combina perciò l'elemento letterario o divinatorio con l'« esprit juridique », fatto di logica temperata e di elaborazione concettuale, e fa della storia una « oeuvre d'art incomparable, l'oeuvre d'art par excellence » (91), poiché è la sola scienza in grado di fornire una « description de l'ensemble, une reconstitution du milieu, une vue exacte, colorée, vivante, d'une époque, d'un organisme social ».

Saleilles individua infine il discrimine tra la storia del diritto e la dogmatica giuridica nel maggior margine di libertà di cui dispone lo storico del diritto. Nell'ambito della ricerca storica, infatti, non vi sono principi d'autorità cui inchinarsi, e l'unico criterio è il rispetto delle fonti e la ricostruzione del loro contenuto attraverso un metodo rigorosamente obiettivo: l'assenza della dimensione prescrit-

---

(91) Saleilles si lancia in un'ode alla storiografia dai toni quasi patetici. Essa è l'opera d'arte per eccellenza « car elle est faite, non seulement de tout ce qu' il y a de beauté dans les vies individuelles, mais de tout ce qu' il y a de poésie idéale et de grandeur impersonnelle dans la vie collective de l'humanité. Y a-t-il sensation d'art qui puisse égaler cette plasticité des résultats sociaux, tels qu' ils ressortent de ce qu' il y a eu de pensées, de sensations, de souffrances, de joies et d'efforts chez chacun des pauvres petits êtres inconnus et oubliés qui ont vécu, et qui, sans le savoir et sans le vouloir, ont travaillé, souffert et pensé pour d'autres, pour les autres? Ne semble-t-il pas que, de tous ces éléments de pauvres existances disparues, un grand et merveilleux artiste fasse une vie collective unique, qui grandit, se transforme, évolue et s'épanouit, au souffle vibrant des luttes et des mêlés d'ici-bas? Mais, pour comprendre toute cette réalité de la vie historique, il ne faut pas se contenter des petites choses qui nous en restent, et les textes sont des débris et des choses mortes; c'est la vie qu' il faut ressusciter, c'est l'oeuvre d'art qu' il faut voir », *Edouard Beaudoin*, cit., p. 9.

tiva differenzia l'attività dello storico del diritto da quella del giurista positivo (92).

Nel 1895, dopo aver trascorso dieci anni a Dijon, Saleilles viene chiamato a Parigi: è la fine di un'epoca.

L'esperienza dell'insegnamento della *histoire du droit* lo ha segnato profondamente. La sua infatuazione studentesca per la storia ne è uscita rafforzata e si è trasformata in passione. La storia, però, nella sua forma erudita, non lo soddisfa per niente. Non è esagerato dire che il risultato più significativo del periodo digionese è la definitiva messa a fuoco del ruolo che la ricerca storiografica dovrà assumere nel contesto della sua riflessione scientifica.

Nel 1900, l'anno in cui scrive il necrologio per Beaudouin, ha ormai abbandonato ogni velleità da erudito: guardare al passato ha senso, per un giurista, nella misura in cui consente di comprendere il presente e nella misura in cui può aiutare a progettare il futuro. La storia del diritto si trasforma perciò progressivamente in storia *per* il diritto; la ricerca storiografica diventa storicismo metodologico, *méthode historique* (93).

I due lavori storici della maturità, scritti a poca distanza dalla morte, la ricerca sulle *piae causae* nel diritto giustinianeo e le lezioni sulla storia della *personnalité juridique* non saranno rivolti a un pubblico di eruditi ma si inscriveranno a pieno titolo nel quadro di

---

(92) « L'histoire est bien, dans une large mesure, une science sociale; elle n'implique cependant aucun élément de discipline sociale, et n'a d'autre but que de découvrir et de constater les faits, tels qu' ils se sont réalisés; ou, même lorsqu' il s'agit de théories, de les apprécier en tant que faits, c'est-à-dire telles qu' elles auraient dû être. Ceux qui interprètent le droit, pris dans son évolution actuelle, concourent en quelque sorte à la formation incessamment progressive de la vérité juridique: il s'agit d'une vérité qui se crée tous les jours. Ceux, au contraire, qui recherchent ce qu' a été le droit dans le passé, doivent s'en tenir à une vérité constituée, à laquelle personne n'a le droit d'ajouter quoi que ce soit; dès lors, quelle part y a-t-il pour eux à faire à l'argument d'autorité? Quelle que soit la maîtrise de ceux qui ont enseigné une opinion historique, cette opinion n'a pu, même pour ceux qui l'enseignent, que ressortir des textes et des documents. Ces sont ces textes et ces documents qui sont juges des opinions; et c'est à ces textes et à ces documents seuls que nous devons nous en rapporter, et nullement à l'autorité de ceux qui les ont interprétés. Il n'est pas de tradition et il n'est pas d'autorité historique qui ne doivent être soumises à la critique individuelle. Il n'y a pas d'autre méthode historique », *op. cit.*, p. 11 e s.

(93) Cfr. P. Fournier, *Raymond Saleilles*, *Historien du droit*, cit., p. 163.

una concezione strumentale della indagine storiografica, tipica di un giurista che utilizza la storia con disinvoltura e notevole padronanza, considerandola l'unico mezzo in grado di relativizzare il fenomeno giuridico e di assicurarne una comprensione profonda.

4. *L'incontro con il cattolicesimo sociale.*

È necessario adesso affrontare un profilo che può all'apparenza sembrare eccentrico, ma che offre al contrario una chiave di lettura decisiva per la comprensione del "progetto Saleilles". Si tratta dell'incontro con il cattolicesimo sociale, della vicinanza (se proprio non la vogliamo chiamare adesione) alle sue tesi e ai suoi programmi (94). La produzione scientifica di Saleilles, infatti, rappresenta in molte sue parti una traduzione in termini tecnico-giuridici del programma elaborato dai rappresentanti di tale movimento, e ciò sia in ambito giusprivatistico che nell'ambito del diritto pubblico e della teoria della cittadinanza. La stessa costruzione della democrazia sociale, attuata con lo strumento del diritto privato della solidarietà, resta incomprensibile al di fuori della rilettura cattolico-sociale della *citoyenneté* rivoluzionaria.

4.1. *L'ingresso nella* Conférence Olivaint.

Raymond Saleilles *fait son droit* nella Parigi degli anni Settanta. Parallelamente agli studi giuridici egli si preoccupa fin da subito di coltivare e approfondire la propria scelta di fede. Ciò avviene da principio in seno all'*Institut Catholique*, dove ha luogo il primo incontro con il diritto.

Le uniche testimonianze che ci sono rimaste di questo periodo le dobbiamo a Maurice Faucon, il giovane storico dell'arte destinato

---

(94) P. ROLLAND, *« Un cardinal vert »*, cit., p. 277, esclude che Saleilles possa essere considerato un esponente del cattolicesimo sociale. Tuttavia, se non è possibile parlare di adesione, è indubbio che la vicinanza sia fortissima. D'altra parte, l'esclusione della partecipazione di Saleilles al movimento cattolico-sociale sembrerebbe muovere dalla tesi della inconciliabilità fra liberalismo e intransigentismo, quale caratteristica di fondo del cattolicesimo sociale. Ma non si deve necessariamente presupporre, anche alla luce della più recente storiografia, che vi sia una completa identificazione fra il movimento sociale e la corrente intransigente.

a diventare l'amico di una vita. Grazie alle lettere di Faucon, pubblicate in un volume (95) edito a cura dello stesso Saleilles nel 1911, per onorare la memoria dell'amico prematuramente scomparso, sappiamo con certezza che l'interesse del giovane giurista per il vivissimo dibattico teologico e scritturale dell'epoca sboccia assai presto, si sviluppa costantemente e, per così dire, esplode sul finire degli anni Ottanta.

Appena giunto nella capitale, Saleilles si appassiona a tali temi e ne segue lo svolgimento leggendo con assiduità le principali riviste del settore: le *Annales de philosophie chrétienne*, la *Revue du clergé français*, la *Revue d'histoire et de littérature religieuse*, il *Bulletin catholique de Toulouse*, la *Revue biblique*, il *Bulletin de la semaine*.

Non vi è dubbio, tuttavia, che gli stimoli maggiori e le più

---

(95) Si tratta di M. FAUCON, *Reliquiae de Maurice Faucon*, Paris, 1911. Dalle lettere contenute in tale volume scopriamo alcuni dettagli biografici interessanti per un lettore italiano. Apprendiamo ad esempio che la meta del viaggio di nozze di Saleilles fu l'Italia. Si tratta di un *Grand Tour* in piena regola anche se, a quanto consta, restano escluse Venezia, Napoli e la Sicilia. I novelli sposi sono particolarmente colpiti dalle bellezze artistiche fiorentine. Faucon, ormai stabilitosi a Roma, decide perciò di dedicargli la poesia « San Miniato », scritta in quell'anno: « j'ai pensé à te dédier mon San Miniato, malgré le souffle un peu panthéiste qui le traverse; tu m'as parlé de cette église et de ce cimetière avec un accent ému. Mme Saleilles me paraît de son côté s'être particulièrement plu à Florence… ». Saleilles aveva già compiuto due brevi viaggi in Italia, nell'aprile e nel maggio del 1882 (cfr. lettera del 25 aprile 1882 e lettera del 22 maggio 1882, *ibidem*, p. 174 e p. 175). L'interesse per la terra e per la lingua di Dante sboccia negli anni della formazione giuridica, a cavallo tra la *licence* e il dottorato. All'inizio del 1881, per esercitarsi, Saleilles spedisce a Faucon una lettera scritta in italiano: « compliments de ta lettre en italien. Moi qui le parle presque toute la journée, je n'ose pas te répondre dans la même langue, tu me trouverais trop ignorant. J'attends ton arrivée pour apprendre de toi les règles; je te donnerai en échange l'accent, l'exclamation, le geste et quelques locutions qui sont le fond de la langue… », lettera del 7 febbraio 1881, *ibidem*, p. 85.

Sempre dalla stessa fonte apprendiamo che Saleilles comincia a pianificare con entusiasmo crescente il suo viaggio in Italia già a partire dal 1881: « ton enthousiasme m'enchante, mon ami, et ravive le mien. Oui, tu es fait pour connaître l'Italie, la comprendre, l'aimer comme une patrie d'adoption ou comme une maîtresse…Que de nostalgies inconnues troubleront ton travail, et comme la plume tombera de tes mains, quand la voix du rêve murmurera à ton oreille: Colisée, Raphaël, San Miniato, Michel-Ange, Médicis, Orcagna. Tant pis pour le droit! Tant mieux pour nous, pour nos coeurs, pour nos âmes, que l'atmosphère sacrée de l'Italie aura refraîchies, rajeunies, agrandies… », lettera del I maggio 1881, *ibidem*, p. 90.

importanti occasioni di crescita, in tale ambito, egli le ricavi dal suo ingresso nella *Conférence Olivaint*, che ha luogo sul finire degli anni Settanta.

La *Conférence Olivaint*, è una associazione studentesca che vede la luce nel 1875 come « centre de reflexion politique indépendant de tout parti » (96). Essa trae origine da una congregazione studentesca fondata nel 1852 su iniziativa del Padre gesuita Jean Gagarin in seno al collegio di Vaugirard nota come « Réunion des jeunes gens de la rue de Sévres ».

Dopo aver vivacchiato qualche anno sotto forma di « conférence littéraire », tale organismo riceve un nuovo e decisivo impulso all'inizio della Terza Repubblica, allorché, in occasione del consiglio del 12 novembre 1874, la Compagnia di Gesù decide di dar vita alla « Conférence littéraire de la Réunion des jeunes gens », creando così un cenacolo di studenti, un luogo di riunione e di discussione, simile alla *Société des bonnes études* della Monarchia di Luglio. Vengono organizzate da allora conferenze a cadenza settimanale, secondo un preciso copione. La denominazione « Conférence Olivaint » verrà adottata a partire dal 10 dicembre 1876, in onore del Padre Pierre Olivaint, martire della Comune.

La *Conférence* è un luogo di reclutamento di giovani provenienti dalla nobiltà o dalla borghesia, ha quindi una natura marcatamente elitaria (97) e il suo obiettivo è la formazione cattolica e l'inquadramento (secondo le specifiche modalità della spiritualità ignaziana) della futura classe dirigente del Paese (98).

Tale organismo, in un certo senso, rispecchia fedelmente la complessità del cattolicesimo francese nel particolare contesto

---

(96) L'opera di riferimento su tale tema è la ricerca di D. COLON, *Un cercle d'étudiants catholiques sous la Troisième République: la Conférence Olivaint (1875-1940)*, Mémoire présenté pour le DEA « Histoire du XX siècle », Institut d'études politiques de Paris, 1996.

(97) Colon definisce i suoi membri « des soldats du Pape au service de la contre-révolution »: « par son recrutement, son encadrement jésuite, ses buts poursuivis, était un cercle particulièrement fermé et conservateur. Plus encore, elle se caractérisait par les prises de position ultramontaines et monarchistes (légitimistes) de ses dirigeants et de ses membres » (*ibidem*, p. 26).

(98) Cfr. D. COLON, *op. cit.*, p. 5. È significativo il fatto che la *Conférence* riceva nel 1877 l'espressa benedizione apostolica di Leone XIII, (*ibidem*, p. 29).

politico-sociale della Terza Repubblica. Se da un lato, infatti, essa ha costituito sin dall'inizio « un bastion de l'opposition la plus résolue au régime républicain », essa ha non di meno funzionato come fondamentale luogo d'incontro tra le diverse sensibilità del mondo cattolico, come « lieu de rencontre et de débat, d'échanges et de confrontations parfois vives entre les tenants d'un catholicisme social, et les catholiques intransigeants et réactionnaires » (99). Al suo interno vengono dibattuti i temi più « caldi » dell'epoca (il *ralliement*, la crisi della separazione (100), la condanna dell'*Action française*) divenendo occasione di confronto e talvolta di scontro tra posizioni e sensibilità anche notevolmente lontane.

Saleilles approda alla *Conférence* nel 1877, quando è ancora un giovane studente di diritto. All'epoca è tra i pochi, all'interno di tale organismo, a poter essere ascritto alla corrente liberale, assolutamente minoritaria. Significative, al riguardo, appaiono le parole con le quali, molti anni dopo, ricorderà il suo ingresso in seno alla *Conférence*: « j'appartenais à un petit groupe d'étudiants catholiques, très enthousiastes, très ardents et aussi très pieux, mais qui se réclamaient de Lacordaire et de Montalembert, beaucoup plus que de Louis Veuillot. Nous étions des catholiques libéraux ». La testimonianza si chiude, tra il serio e il faceto, giustificando tale esordio non proprio ortodosso con la constatazione che « chacun a sur la conscience quelque péché de jeunesse » e con una bacchettata ai suoi vecchi amici liberali (« seulement mes amis libéraux, comme je l'ai souvent rencontré chez les libéraux, se trouvaient être très

(99) *Ibidem*, p. 5.

(100) È importante notare come i membri della *Conférence* (benché descritti come « soldats du Pape ») furono lungi dallo schierarsi tutti militarmente contro la legge del 1905 (*ibidem*, p. 74). Nel caso di Saleilles, come vedremo, il sostegno a tale legge nasce, oltre che da una piena comprensione della sua effettiva portata giuridica, dalla convinzione che la fine del Concordato possa significare per il Paese la rinascita del sentimento religioso e un ritorno al cattolicesimo. Del pari, è importante segnalare come, in seno alla *Conférence* (che cercherà col tempo di collocarsi a metà strada tra il *Sillon* e l'*Action française*), l'unico tema tabù fosse, sin dalle origini, la politica (*ibidem*, p. 105). Vedremo nel prosieguo come uno dei tratti caratteristici della personalità del giurista borgognone sia il rifiuto deliberato di occuparsi *ex professo* di politica.

intolérants. Ils détestaient les Jésuites, et voulaient surtout me les faire détester ») (101).

La *Conférence* rappresenta indubbiamente, per Saleilles, un importante luogo di formazione, ricco di stimoli, un luogo di confronto, dove le appartenenze si confondono e le etichette sbiadiscono o perdono almeno in parte la loro forza coartante. Essa opera, limitatamente all'ambito cattolico, come una di quelle già ricordate « institution-carrefour » (102), così importanti nell'ottica dell'*apaisement* e della tenuta istituzionale della Terza Repubblica.

Quel che è certo è che il giovane giurista partecipa attivamente alle iniziative della *Conférence*, intervenendo come conferenziere in quattro occasioni: il 7 marzo 1877, con una relazione su *Le théâtre contemporain: Rome vaincue, Paul Forestier,l'Ami Fritz*; il 6 febbraio e il 15 maggio 1878, con una relazione su *La poésie du désespoir*; il 25 giugno 1879, presentando il *Rapport sur les travaux de l'année 1878-1879*; il 3 marzo 1880, con una relazione su *L'idée du droit en Allemagne et en Angleterre*. Infine, nell'anno 1879-1880, è addirittura eletto presidente del *bureau de la Conférence Olivaint*, ed ha quindi il compito di guidare l'associazione nei mesi tumultuosi in cui il governo decreta l'espulsione dal Paese della Compagnia di Gesù.

È importante sottolineare, nella prospettiva che qui ci interessa, come, nel corso del tempo, gli interessi della *Conférence* si indirizzino sempre di più verso la questione sociale, al punto che essa finisce per assumere l'aspetto di un « cercle littéraire aux préoccupations sociales ». A seguito della promulgazione della *Rerum Novarum*, tale questione viene posta al centro dei dibattiti che animano la conferenza, e il suo obiettivo dichiarato diventa quello di « grouper toutes les forces de la jeunesse catholique française, en vue de coopérer au rétablissement de l'ordre social chrétien » (103).

Non sorprende quindi che un personaggio come Saleilles, entrato a far parte della *Conférence* da liberale, senza peraltro aver mai completamente rinnegato tale inclinazione, si rivolga con attenzione

---

(101) *Assemblée générale 1909*, Paris, 1909, p. 33 e s. Passo citato da D. COLON, *op. cit.*, p. 32 e s. e da P. ROLLAND, *Un « cardinal vert »*, cit., p. 286.

(102) Si veda A. STORA-LAMARRE, *La République des faibles*, cit., p. 137.

(103) Cfr. D. COLON, *op. cit.*, p. 60.

ai temi sociali, nella consapevolezza di poter contribuire in maniera determinante, in quanto tecnico del diritto, alla loro soluzione.

4.2. *La vicinanza agli* abbés-démocrates *e al* Sillon.

Il progetto che Saleilles elabora nel corso della sua formazione e che troverà piena attuazione nelle opere maggiori consiste, lo si è visto, in una profonda opera di rifondazione culturale. La democrazia sociale, della quale il diritto privato della solidarietà costituisce il sostrato tecnico-giuridico, ha alla base una nozione originale di *citoyenneté*, costruita a partire da una visione organica del reale. Assumendo deliberatamente tale prospettiva, egli si propone di raggiungere due obiettivi fondamentali: superare il tradizionale modello giuridico-politico rivoluzionario e conciliare le *deux France*, affermando la compatibilità di una *citoyenneté* repubblicana e cattolica. Possiamo affermare che essere *citoyen*, per Saleilles, significa condividere un sentimento identitario (nazione), all'interno di una società fondata dallo Stato a partire da una comunità organica, e nel contesto di un processo di democratizzazione della *Cité*.

L'"incarnazione" della *citoyenneté* rivoluzionaria, attraverso la rielaborazione del paradigma filosofico-politico settecentesco e del modello giuridico che ne derivava, è uno degli effetti più significativi del cattolicesimo sociale e filo-repubblicano, incoraggiato dal magistero di Papa Pecci. Inserendosi da giurista in tale corrente di pensiero, Saleilles contribuisce pertanto alla elaborazione di un discorso specificamente cattolico della cittadinanza, in linea con il programma tracciato nella *Rerum Novarum*.

Gli ingredienti di tale discorso sono la critica del liberalismo, la presa di distanza dal socialismo, la rivendicazione di una tradizione cattolica che, forte di una propria teologia dell'ordine e di una propria antropologia (l'uomo sociale e vocato al bene comune), è in grado di conciliare la difesa della proprietà privata con la protezione dei deboli, l'attribuzione allo Stato di un compito attivo e distributivo, entro un assetto sociale dove un nuovo fervore associativo adatta l'antico "corporatismo" alla situazione mutata: sono questi i profili generali di un discorso cattolico della cittadinanza che rivendica la propria autonomia di fronte a schemi che esso ascrive alle nebulose ideologiche del "liberalismo" e del "socialismo".

La tradizione cattolico-sociale, che trova nella *Rerum Novarum* una conferma significativa, è perciò lo strumento con il quale si definisce un modello alternativo e originale di cittadinanza. Con le debite differenze, relative al maggior progressismo di Saleilles e alle sue inclinazioni moderniste, valgono, anche qui, le considerazioni che Pietro Costa dedica alla cittadinanza cattolico-sociale: « è un discorso di cittadinanza che si fa strada individuando chiaramente i propri avversari (il liberalismo e il socialismo), presentandoli come portatori di strategie opposte e tuttavia complici e responsabili del disastro della "modernità" e accreditandosi infine come una soluzione "terza" ed equilibrata rispetto ad essi. Il liberalismo infatti, espressione di una "modernità" che si afferma sulle macerie della "democrazia medievale", coincide con il primato del soggetto razionalistico ed edonistico, con la rottura delle solidarietà, con la disorganizzazione atomistica della società e genera di conseguenza un socialismo che denuncia le disastrose condizioni del presente ma propone soluzioni ancora dipendenti dal modello liberale: ancora interne cioè al circolo vizioso (il nesso obbligato fra Stato e soggetto) caratteristico della cittadinanza "moderna" » (104).

In questa prospettiva, statalismo e individualismo, anarchia e dispotismo divengono i contrassegni di una "modernità" cui il discorso "cattolico-sociale" della cittadinanza intende opporre non una mediazione ma un'alternativa: l'alternativa è l'antica idea di un ordine oggettivo, l'immagine di un assetto naturale e necessario entro il quale le relazioni familiari, le formazioni sociali, i vincoli e i doveri di solidarietà controllano e disciplinano tanto lo Stato quanto l'individuo: « se il fulcro del sistema — e lo strumento della soluzione della questione sociale — è la "corporazione" come cellula capace di riorganizzare un tessuto di relazioni giuridiche e sociali fra classi diverse e di superare per questa via la selvaggia contrapposizione degli interessi, se la stagione storica ideale è un Medioevo ancora preservato dal contagio individualistico della riforma, il discorso cattolico-sociale della cittadinanza non si esaurisce comunque in un gioco di nostalgie e di risentimenti: esso impiega piuttosto un'ontologia sociale di origini tomistico-medievali per superare le forche caudine dello "statuali-

(104) Cfr. P. Costa, *Civitas*, III, cit., p. 257.

smo" e dell'"individualismo", trova un diverso ma saldo fondamento per la libertà e la proprietà dei soggetti, ne limita le pretese in nome della solidarietà, immagina una società capace di evitare il conflitto ricorrendo all'etica del dovere, all'intervento dello Stato e a un fitto tessuto di vincoli associativi e "corporativi" » (105).

Non troviamo, nelle pagine del giurista borgognone, l'idealizzazione esplicita del Medioevo tipica del discorso cattolico-sociale, ma i temi di tale paradigma (la critica del primato razionalistico ed edonistico del soggetto, il recupero della solidarietà contro la disgregazione atomistica della società, la valorizzazione della corporazione e del fenomeno associativo) sono tutti ben presenti.

È lo stesso Saleilles a offrirci una testimonianza importante della sua vicinanza al cattolicesimo sociale in un articolo pubblicato su *La Croix* il 14 settembre del 1906 nell'ambito di una inchiesta sociale promossa dal quotidiano dei Padri Assunzionisti (106). Si tratta di un lungo articolo nel quale il nostro giurista definisce a grandi linee il progetto culturale nel quale a suo avviso sono chiamati a impegnarsi i cattolici francesi. È un documento prezioso poiché ci consente di intuire l'orizzonte generale nel quale si colloca e dal quale trae alimento quello che abbiamo chiamato "progetto Saleilles" (107).

---

(105) *Ibidem*, p. 268.

(106) Si tratta della *Lettre en réponse à l'*enquête sociale de *La Croix*, in *La Croix*, n. del 14 settembre 1906. Questo articolo ci offre una chiara conferma dell'adesione di Saleilles al cattolicesimo sociale. Non vi è dubbio, tuttavia, che l'interesse per tale movimento risalga agli anni della formazione, nei quali si colloca peraltro l'opera di Leone XIII.

(107) Il documento più importante per comprendere la posizione di Saleilles nel contesto del cattolicesimo francese è costituito da una serie di lettere conservate nel *Fonds Lemire-Arbelet* delle *Archives Municipales d'Hazebrouck*. L'abbé Jules Lemire, di cui diremo subito, è un esponente di spicco del movimento democratico-cristiano e una figura-chiave di quel cattolicesimo repubblicano e progressista che tenta, in un clima di contrapposizione frontale, di trovare la via di una convivenza durevole con le istituzioni, in linea con gli auspici a suo tempo formulati da Leone XIII. L'opera-chiave per comprendere la personalità di Jules Lemire è lo studio di J.-M. MAYEUR, *Un prêtre démocrate: l'abbé Lemire*, *1853-1928*, Paris, 1968.

Nel fondo in questione, sono conservate ventitré lettere scritte da Raymond Saleilles a Louis Birot tra il 1906 e il 1909. Louis Birot (1863-1936), sacerdote della diocesi di Albi, è vicario generale e collaboratore di Mgr. Mignot. Fautore del metodo critico, partecipa attivamente alla riflessione teologica e scritturistica innescata dalla crisi modernista e in

L'articolo è diviso in tre parti: nella prima è contenuta una sorta di rivendicazione del contributo decisivo dato dal movimento cattolico al progresso sociale di fine Ottocento; nella seconda, viene delineato un programma di politiche sociali di ispirazione cattolica; infine, nella terza, l'autore prende posizione a favore di un cattolicesimo democratico e repubblicano.

In via preliminare, Saleilles mette in guardia contro la strumentalizzazione politica di cui è oggetto il movimento cattolico nel suo insieme. Essa si manifesta in due direzioni: nella tendenza diffusa a confondere l'azione politica e l'azione sociale dei cattolici; nella tendenza a ricondurre l'azione del movimento cattolico all'area politica reazionaria.

Tale errore è frutto di una visione distorta della realtà, favorita dall'acuirsi della questione religiosa, divenuta un *enjeu* decisivo nella vita politica d'inizio Novecento. Ciò che sfugge ai più, nella viru-

---

particolare dalla pubblicazione del "*petit livre rouge*" di Loisy. Su Birot si veda E. POULAT, *Histoire, dogme et critique dans la crise moderniste*, Casterman, 1962 (opera fondamentale per la ricostruzione della parabola modernista nell'esperienza francese) p. 416 e ss., nonché G. COMBES, *L'Abbé Birot (1863-1936). Un grand esprit*, Albi, 1948.

Vi sono inoltre altre due lettere, sempre di pugno di Saleilles, indirizzate a Monsignor Mignot. Eudoxe-Irénée Mignot (1842-1918), Arcivescovo di Albi, autore, tra l'altro, delle *Lettres sur les études ecclésiastiques* e de *L'Eglise et la critique*, svolge un ruolo di primo piano nella storia politica e religiosa della III Repubblica come pure nel contesto della crisi modernista. Amico e protettore di Loisy, fu l'unico al quale Loisy affidò il manoscritto de *L'Evangile et l'Eglise*, sollecitandone i consigli. Cfr. E. POULAT, *op. cit.*, p. 448 e ss.

La presenza, nel fondo Lemire-Arbelet, di alcune lettere di Saleilles, indirizzate per di più a un sacerdote della diocesi di Albi, si deve alla solerzia di Suzanne Arbelet, segretaria personale di Lemire per più di vent'anni, la quale, dopo la morte del proprio *patron*, si preoccupò di raccogliere quanto più materiale possibile, allo scopo di costituire il fondo di archivio che sarebbe poi passato in proprietà alla costituenda *Association mémoire de l'abbé Lemire*. Nel far ciò, Suzanne Arbelet ebbe cura di ricostruire la vastissima rete di relazioni che legavano Lemire al mondo religioso, politico e culturale dell'epoca e raccolse tutto ciò che poteva riguardarlo anche indirettamente. Ciò spiega la presenza delle lettere di Saleilles. La collocazione delle lettere è la seguente: *Archives Municipales d'Hazebrouck*, *Fonds d'Archives Lemire-Arbelet*, cote 1S1/186. Oltre alle lettere e ad altre fonti di notevole interesse per la storia della III Repubblica, il *Fonds Lemire-Arbelet* conserva altresì degli estratti dei quaderni di Saleilles, interessanti soprattutto per ricostruire la sua posizione nel contesto della crisi modernista. Tali estratti sono consultabili alla cote 72 (provvisoria). Su di essi si sofferma anche J.-M. MAYEUR, *L'abbé Lemire*, cit., p. 262 e s.

lenza dello scontro politico, è il fatto che l'assenza di un partito di ispirazione confessionale, lungi dal determinare una automatica concentrazione dei cattolici nei partiti reazionari e anti-repubblicani, ne ha favorito la dispersione all'interno delle varie formazioni politiche della Terza Repubblica. Gran parte del cattolicesimo francese è stato poi all'avanguardia del movimento di riforma sociale, sulla scia del programma tracciato da Leone XIII. Giornali, associazioni, opere di ispirazione cattolica come l'*Oeuvre des cercles catholiques d'ouvriers* (108), la *Jeunesse catholique*, il *Sillon*, hanno elaborato programmi di riforma ispirati al criterio della solidarietà, e hanno avuto una parte importante nella progettazione di quelle politiche sociali che rappresentano il primo embrione di *Etat-Providence.*

La particolarità della situazione politica francese ha nascosto il contributo reale offerto dal riformismo cattolico, non lo ha reso immediatamente "misurabile", a differenza di quanto è avvenuto in Germania, in presenza di un Centro di ispirazione cristiana. Questo lo ha reso solo meno evidente ma, non per questo, meno efficace. I cattolici francesi, infatti, hanno agito indirettamente, per "infiltrazione". Il movimento cattolico, facendo breccia anche nelle classi tradizionalmente ostili all'azione sociale, ha diviso l'opposizione conservatrice, e ha favorito la diffusione delle istanze di riforma, consentendo spesso alle formazioni politiche più radicali di conseguire dei risultati che, senza la lenta attività di persuasione realizzata dal riformismo cattolico, difficilmente avrebbero potuto ottenere.

Dopo aver rivendicato il contributo dato dal movimento cattolico al progresso sociale e politico del paese, Saleilles definisce i

---

(108) *L'Oeuvre des cercles catholiques d'ouvriers* viene fondata il 23 dicembre 1871 a Parigi da Albert De Mun, René de la Tour du Pin e Maurice Maignen, fondatore dei *Cercles des jeunes ouvriers*. Successivamente, nel 1881, nasce la rivista l'*Association catholique*. Tale movimento si prefigge l'obiettivo di contenere il conflitto sociale preconizzando l'unione delle classi attraverso il recupero del modello corporativo. Nel 1878, l'*Oeuvre* conta 375 circoli, con 37.500 operai e 7.600 membri delle classi dirigenti. Organizzati su base rigidamente gerarchica, i *Cercles* intendono promuovere le tesi del cattolicesimo sociale, cercando di risolvere su base corporativa la questione sociale e sostenendo le classi economicamenre più svantaggiate. Si veda la ricerca di G. POULLAOUEC, *L'Oeuvre des cercles catholiques d'ouvriers*, Paris, 2008. Su Albert De Mun, campione del conservatorismo cattolico, si veda il lavoro di P. LEVILLAIN, *Catholicisme français et catholicisme romain du Syllabus au Ralliement*, Roma, 1983.

punti essenziali di una politica di riforma di ispirazione cattolica. Esse deve articolarsi su tre livelli: la protezione della famiglia; la tutela dei più deboli (minori, donne, anziani); la salvaguardia della dignità individuale:

> si l'on tient compte de cette idée que l'on désire, avant tout, établir une certaine correlation entre le progrès social et les idées religieuses, il suffira alors de se demander quels sont les éléments de l'organisation sociale auxquels le catholicisme se trouve plus particulièrement intéressé; ce sera donc de ce côté que les catholiques, en tant que catholiques, devront surtout porter leurs efforts. En posant ainsi le problème, il semble bien qu' il y a trois ordres de questions surtout que les catholiques, par leur principes mêmes, doivent avoir à cœur: c'est d'abord celle qui concerne la famille, puis ensuite celle qui touche à la protection des faibles au sein de la famille elle-même, l'enfant, la femme, le vieillard; enfin celles qui tendent à prevenir l'abus de l'homme par l'homme (109).

Attorno a queste linee guida si costruisce un programma di ampio respiro al quale Saleilles, mosso da un renouvierano *esprit de réforme*, consacra gran parte della sua competenza di giurista. Rafforzare la famiglia significa facilitare il matrimonio allo scopo di diminuire il numero delle unioni irregolari; reprimere l'abuso del divorzio; ammettere la ricerca della paternità; integrare la donna nella gestione economica del *ménage* garantendole la libera disponibilità del salario; rendere compatibile, attraverso idonei strumenti giuridici, l'impegno professionale con l'adempimento dei doveri domestici. Tutelare i più deboli significa salvaguardare i minori, garantire loro un'istruzione e preservarli da lavori manuali prematuri e usuranti, tali da minarne la salute e la moralità; sviluppare gli istituti di previdenza e dar vita a sistemi pensionistici e di assistenza a tutela di invalidi e anziani. Prevenire l'« abus de l'homme par l'homme » significa infine stabilire condizioni di lavoro tali da garantire il rispetto della dignità umana, assicurando a ciascun lavoratore di poter vivere una vita familiare e sociale dignitosa, sforzandosi di fare di ciascun *travailleur* un *citoyen*.

Saleilles, come si è detto, si è occupato in prima persona di molti di questi temi, dai saggi sugli *enfants naturels*, ai saggi sul regime

---

(109) *La Croix*, 14 settembre 1906.

giuridico della *femme mariée*, agli studi sul contratto di lavoro e sulla disciplina della responsabilità extra-contrattuale, specie con riferimento alla teoria del rischio come criterio per porre rimedio alla piaga degli infortuni sul lavoro. Allo stesso tempo, il tema della ricomposizione organica della società, così presente nel discorso cattolico-sociale, trova una diretta traduzione tecnico-giuridica negli studi dedicati alla *personnalité juridique* e nel recupero della fondazione di diritto privato.

Se questi sono gli obiettivi da perseguire, la modalità d'azione deve avere, per così dire, carattere "molecolare". Convinto che la profondità della fede si misuri attraverso le opere molto più che attraverso l'adesione ad un associazione caritatevole dichiaratamente cattolica, Saleilles diffida infatti di ogni etichetta confessionale e ritiene che i cattolici debbano sforzarsi di essere davvero il « levain de la pâte », debbano disperdersi, andare nel mondo, e agire ovunque vi sia bisogno di uomini di buona volontà, non disdegnando di prestare la loro opera accanto a ebrei, a protestanti, a liberi pensatori, alle « honnêtes gens » di cui parla Leone XIII.

È significativo, in tal senso, che, al momento di segnalare due iniziative sociali di ispirazione cattolica particolarmente meritevoli, Saleilles si sofffermi sul *Sillon* (110) e sui *Jardins ouvriers* dell'*abbé-démocrate* Jules Lemire. Si tratta in entrambi i casi di istituzioni aperte, di carattere popolare, organizzate democraticamente, e libere da retropensieri o da finalità di carattere politico.

La scelta, lungi dall'essere casuale, evidenzia quali sono, ai suoi occhi, gli elementi che assicurano il successo di qualsiasi iniziativa sociale di ispirazione cattolica: la netta distinzione tra azione sociale

---

(110) Il *Sillon* è un movimento cattolico-sociale fondato da Marc Sangnier (1873-1950). Nato da prima come giornale filosofico, si trasforma ben presto in un vasto movimento il cui fine primario è la conciliazione tra cattolicesimo e *République* e l'offerta al mondo operaio di una soluzione alternativa al socialismo anticlericale. Il movimento raggiunge in poco tempo un notevole sviluppo (arrivando a contare più di 500.000 membri nel 1905) godendo dell'appoggio di Pio X e dell'episcopato francese. La crisi del 1905, con l'inevitabile inasprirsi delle contrapposte posizioni, si rifletterà negativamente sul movimento, giudicato troppo modernista e filo-repubblicano. La condanna vaticana arriverà il 25 agosto 1910 con l'enciclica *Notre charge apostolique.* Sul *Sillon* si veda J.-M. MAYEUR (a cura di), *Le Sillon de Marc Sangnier et la démocratie sociale: actes du colloque des 18 et 19 mars 2004, Besançon*, Paris, 2006.

e azione politica; il rifiuto di qualsiasi strumentalizzazione del messaggio religioso e la necessità di una certa mimesi dei cattolici; in ogni caso, la promozione di un cattolicesimo democratico e repubblicano, anche allo scopo di evitare che l'impegno sociale dei cattolici venga interpretato come un mezzo per guadagnare indirettamente nuovi adepti alla causa anti-repubblicana (111).

Ciò che lo avvicina al *Sillon* è proprio il fatto che tale movimento dimostra, con i fatti e non attraverso vuote dichiarazioni di intenti, come sia possbile, in un paese tormentato dalla *question religieuse* essere al contempo « catholique et démocrate, catholique et républicain ». Saleilles, convintamente democratico, è attratto dall'« humanisme démocratique » del *Sillon* e dall'idea, centrale nel pensiero di Marc Sangnier, del valore religioso della democrazia. Tale regime rappresenta la forma di organizzazione sociale capace di elevare al massimo livello la coscienza civica di ciascun membro ed è il frutto dell'inserimento dei valori religiosi nel mondo moderno.

La *cité démocratique* nasce da un movimento convergente di adesione morale degli individui, da uno scambio vitale tra i singoli elementi e il tutto, ed ha nell'uomo il principale elemento costitutivo (112). Per questo è, essenzialmente, una forma di umanesimo. È importante sottolineare come, per Sangnier, la *cité démocratique* sia una realtà in perpetuo divenire, dominata dalla legge del progresso e protesa verso un ideale di perfezione che resta inattingibile. Essa

---

(111) « A tort ou à raison, ceux pour qui sont faites les oeuvres sociales ont la conviction que les progrès auxquels ils tiennent supposent, comme condition préalable indispensable certaines formes politiques qui en parachévent le caractère démocratique. Aussi est-il bien difficile, même pour les oeuvres les plus indépendantes et les plus désintéressées, que le peuple n'en soupçonne pas le haut personnel. Ce sont les mêmes qui, sur le terrain politique, combattent parfois les institutions démocratiques. En toute conscience, ils apportent à leur action religieuse un respect intégral du principe de neutralité, mais le peuple, qui est simpliste, admet difficilement ce dédoublement. Il soupçonne forcément ceux qui passent pour des hommes d'oeuvres de vouloir recruter par avance certains partis politiques. On va même, si invraisemblable que ce soit, jusqu'à parler de l'armée de la réaction. L'armée de la réaction dans le peuple de France du XX siècle! Tous ceux qui s'occupent d'oeuvres sont trop intelligents et aussi trop honnêtes pour avoir de telles audaces. Mais les moyens d'en persuader les intéressés directs? », *La Croix*, 14 settembre 1906.

(112) J. CARON, *Le Sillon et la démocratie chrétienne 1894-1910*, Paris, 1966, cit., p. 354.

postula, come elementi costitutivi, l'autorità, la gerarchia e l'esistenza di una *élite* e nasce dall'organizzazione spontanea dei gruppi sociali (113). Tali gruppi, costituiti e coordinati fra loro, danno vita allo Stato democratico. Tra essi e lo Stato non vi è alcuna interferenza né alcun intermediario ma vi è semmai un rapporto di identificazione. Lo Stato, nella *cité démocratique*, è mantenuto nella sua forma sociale, in quanto risultato della somma di organizzazioni sociali come sindacati e cooperative, organizzazioni che nascono dal basso, diverse dalle istituzioni propriamente politiche.

Tale visione spontaneistica e sociale non esclude la nozione di autorità che, sia pure con caratteri del tutto peculiari, resta centrale nella filosofia politica sillonista. L'autorità, intesa come salvaguardia dell'unità, viene interpretata come omogeneità, nel senso che essa non è imposta dall'esterno, da una forza che tiene insieme elementi disparati, ma deriva dalla auto-organizzazione di elementi animati da una medesima volontà e accomunati dagli stessi obiettivi. Il tipo di autorità implicato dalla nozione di omogeneità è profondamente diverso da quello tradizionale poiché risiede nella identificazione tra il comando e la volontà interna del suo destinatario.

La struttura della società democratica non esclude neppure la nozione di gerarchia intesa però come « valeur sociale ». Essa non ha nulla a che vedere con i privilegi di nascita o con forme di plutocrazia ma deriva dalle differenze intrinseche e naturali tra gli individui. In tal senso la « valeur sociale » è l'unico criterio alla cui stregua è possibile ammettere o condannare l'eguaglianza ed ogni tentativo di livellamento, perseguito attraverso la negazione delle diversità autentiche, è condannato in quanto contrario alla democrazia. Ciò comporta la necessaria presenza di *élites*; al punto che la predisposizione di meccanismi in grado di selezionarle costituisce un aspetto essenziale del funzionamento della democrazia.

Sangnier rigetta come antidemocratico un criterio di selezione di carattere quantitativo e ritiene che la individuazione delle *élites* debba avvenire attraverso criteri di carattere qualitativo. Il numero, infatti, traduce le opinioni qualitativamente diseguali di un gruppo umano, e, fondandosi su di esso, si ottengono delle maggioranze

---

(113) *Ibidem*, p. 367 e ss.

numeriche illusorie: da qui la tendenza a sostituire il principio di selezione al principio di elezione come strumento per individuare i soggetti cui affidare il governo della *cité*.

L'utopia sillonista unisce a una cultura democratica radicale una spiccata sensibilità per la questione sociale, attraverso la vicinanza al movimento sindacale e cooperativo, e attraverso forme di impegno sociale e di carità fattiva che, come abbiamo visto, incontrano il favore incondizionato di Saleilles.

Dal movimento sillonista Saleilles mutua del pari la tendenza a trasferire i valori dal piano politico al piano prettamente religioso e l'adozione di una nozione di clericalismo più complessa e articolata di quella stigmatizzata dal celebre discorso di Gambetta e ripresa in seguito da Combes.

Clericalismo va inteso in una accezione più intrinseca e meno immediatamente *politicienne* di quella impiegata dai padri fondatori della Terza Repubblica. Il termine sta a significare sia la tendenza a ricorrere a pressioni esterne o a mezzi di coercizione di carattere politico per conseguire un obiettivo religioso; sia, in senso inverso, utilizzare forze religiose al servizio di una causa politica (114). Da cio deriva una interpretazione peculiare di *laïcité*, all'epoca non comune, intesa come volontà di agire sul piano sociale e politico senza riferimento diretto alla Chiesa.

Una simile concezione colloca i suoi fautori in una posizione scomoda ed espone alla lotta sul duplice fronte del clericalismo e dell'anticlericalismo. Occorre infatti, da un lato, proteggere la Chiesa e i suoi rappresentanti dalle lusinghe della destra e, dall'altro, affermare contro l'anticlericalismo irreligioso di sinistra i diritti di una religione personale, compreso quello di poter esprimere liberamente le proprie convinzioni.

Inoltre, tale concezione del clericalismo e una visione così personale e intima della scelta di fede conduce *naturaliter* al rifiuto di una formazione poltica di carattere confessionale. Un partito cattolico rappresenterebbe infatti la consacrazione del clericalismo di destra e porterebbe ad una confisca della Chiesa da parte di un settore dello schieramento politico del Paese il quale potrebbe così

---

(114) Cfr. J. CARON, *op. cit.*, p. 441 e s.

esercitare su di essa un monopolio esclusivo (115). Ma, soprattutto, un partito confessionale, realizzando una totale commistione tra politica e religione nuocerebbe gravemente, nello specifico contesto francese, alla causa del cattolicesimo.

Alla base di questa idea vi è lo spirito che anima l'enciclica *Nobilissima gallorum gens* emanata da Leone XIII nel 1884: la convinzione che uno scontro frontale, reso più probabile dal formarsi di una formazione politica dichiaratamente cattolica, avrebbe inferto un colpo mortale alla vocazione cristiana della Francia. Saleilles fa propria questa linea di pensiero al punto che il rifiuto di un *parti catholique* costituisce una costante della sua riflessione, sulla quale ritorna in più occasioni (116).

Egli ritiene viceversa che l'ideale democratico del *Sillon* e la capacità di separare la sfera spirituale dalla sfera temporale che caratterizza l'opera di tale movimento, evitando pericolose derive confessionali, ne spieghi in larga misura il successo. La forza di tale movimento consiste nel fatto di dimostrare « que l'on peut être catholique et démocrate, catholique et républicain »; con la conseguenza che il popolo, che è in larga misura repubblicano e diffusamente anticlericale, riscopre un modello di cattolicesimo di cui ignorava l'esistenza, un cattolicesimo « qui satisfait tous les besoins de son coeur et de sa raison », totalmente disinteressato e privo di « arrière-pensée politique » (117).

---

(115) Sulle ragioni del fallimento del tentativo di dar vita a un partito cattolico, il cui fautore era Albert De Mun, cfr. J. Le Goff-R. Remond (a cura di), *Histoire de la France religieuse*, IV, Paris, 1992, p. 33 e s.

(116) Questa posizione è espressa in maniera inequivocabile all'indomani dell'entrata in vigore della legge sulla separazione il cui testo lo spaventa per ragioni ben diverse da quelle che agitano la stragrande maggioranza dei cattolici francesi (l'unilateralismo della riforma, la presunta spoliazione dei beni ecclesiastici, il rifiuto di abbandonare il modello delle *fabriques*). A lasciarlo perplesso, almeno da principio, è l'introduzione delle *cultuelles*, ma per ragioni opposte a quelle sostenute dai settori più tradizionalisti e dalla destra reazionaria: il loro regime giuridico, specie per quanto riguarda il riferimento diretto all'ortodossia e al principio gerarchico, gli appare criticabile: esse possono infatti essere facilmente strumentalizzate e possono rappresentare la premessa per la formazione di una « armée catholique », impegnata direttamente nella lotta politica: *Le régime juridique de la séparation*, in *Revue des institutions cultuelles*, II, 1907, pp. 185-208, cit., p. 186.

(117) La ragione del successo del *Sillon* è duplice: « la première est que le *Sillon*,

La vicinanza alle posizioni politiche e religiose del *Sillon* (118) è dimostrata anche dalla relazione personale con Marc Sangnier, testimoniata da due lettere dell'aprile del 1906 (119).

Saleilles ha piena consapevolezza — e lo sottolinea in più occasioni — di appartenere a un settore minoritario del cattolicesimo francese, impegnato in una strenua battaglia che si svolge su due fronti: contro l'anticlericalismo militante della Repubblica radicale, da un lato; contro l'intransigenza del Vaticano e la strumentalizzazione della religione a fini politici tipica di un vasto settore della destra reazionaria, dall'altro. E a ben guardare, più ancora dell'ostilità delle istituzioni, che ritiene tutto sommato effimera, è soprattutto l'atteggiamento dei cattolici a preoccupparlo: al punto da fargli parlare di una « période de petite terreur blanche ».

Nella corrispondenza con Sangnier (120), il nome del fondatore del *Sillon* è significativamente associato a quello di Lemire.

---

oeuvre populaire, est au contact direct avec le peuple; c'est là qu'il puise tous ses éléments. En dehors de son vaillant fondateur qui en est l'âme…on peut dire qu' il n'y a là ni dirigeants ni dirigés. Le *Sillon*, fait pour le peuple, est la chose du peuple. Il n'y a aucune doctrine que l'on impose de haut; mais des échanges de vue entre égaux qui travaillent en toute bonne camaraderie. Si l'on veut faire des oeuvres populaires, il faut que ceux à qui elles s'adressent en soient les inspirateurs immédiats. Et la seconde raison c'est que, cette fois, on sait enfin de bonne source que l'action sociale ne se confond plus avec l'action politique; derrière l'action sociale, il n'y a pas d'arrières-pensées, ni directe et avouée, ni indirecte et par contre-coup… Du côté du *Sillon*, on sait fort bien pourquoi aucun soupçon de ce genre n'est à craindre. On voit démontré par le fait que l'on peut être catholique et démocrate, catholique et républicain, et le peuple, qui est à la fois démocrate et républicain, prend contact avec un catholicisme qu'il ne soupçonnait pas, un catholicisme qui satisfait tous les besoins de son cœur et de sa raison… », *La Croix*, 14 settembre 1906.

(118) Semmai, per quanto riguarda la posizione assunta nei confronti delle grandi questioni politiche dell'epoca, come la crisi della separazione e gli *inventaires*, l'atteggiamento di Saleilles si distingue per un più spiccato liberalismo, a differenza dei sillonisti che sono invece assai più propensi ad attenersi alle direttive provenienti dalla gerarchia. Cfr. J. CARON, *op. cit.*, p. 453, dove si sottolinea l'atteggiamento critico di Sangnier nei confronti della cosiddetta « hiérarchie d'à côté », e cioè di quei laici che si sentivano legittimati a reinterpretare in modo più o meno fedele la posizione ufficiale della Chiesa.

(119) L'archivio dell'*Institut Marc Sangnier*, che ha sede a Parigi, conserva due lettere di Saleilles al fondatore del *Sillon*, del 14 e del 17 aprile 1906.

(120) A quanto risulta, Saleilles entra in contatto con Sangnier per sollecitarne

Jules Lemire, l'altra importante figura cui Saleilles allude nel suo articolo su *La Croix* è uno dei più celebri *abbé-démocrates*, e un *leader* del movimento *démocrate-chrétien* (121), originario delle Fian-

---

l'aiuto in occasione di una raccolta di fondi per la campagna elettorale dell'*abbé* Lemire, il quale è sprovvisto di comitato elettorale e vittima dell'aperta ostilità della diocesi di Cambrai. Saleilles è uno dei promotori di questa raccolta di fondi, come risulta anche dalla corrispondenza con Birot. Tuttavia, l'iniziativa è bloccata sul nascere da un decreto pontificio, emanato su sollecitazione dell'episcopato francese, il quale proibisce ai presbiteri di presentarsi alle elezioni senza l'autorizzazione dell'ordinario diocesano. Data l'ostilità dimostrata dal vescovo di Cambrai verso Lemire, la possibilità di ottenere tale autorizzazione è minima. Il 17 aprile Saleilles, che ha già ottenuto un contributo da parte di Sangnier, gli scrive per comunicargli la novità. Nella lettera del 14 aprile, scritta per ringraziarlo della sua partecipazione alla raccolta di fondi, Saleilles manifesta chiaramente la sua adesione all'ideale religioso del *Sillon*, e esprime la propria preoccupazione di fronte a una « grande machine politique » che, sovente in buona fede, crede di fare gli interessi della religione assumendo posizioni intransigenti e reazionarie: « parmi les groupements catholiques, je ne vois que le vôtre qui puisse encore représenter à notre pays égaré ce qu' il y a de christianisme dans le catholicisme; et parmi les prêtres…, je ne connais, pour en faire autant, que l'abbé Lemire. Partout ailleurs on sent une grande machine politique qui se construit à grande force d'éloquence, de mots vides et de protestations d'ailleurs parfaitement sincères. Si tout ce mouvement échoue il nous aura exposés aux plus terribles représailles; et s'il réussit, sa victoire sera plus terrible et plus funeste que n'aurait été la défaite. Car une fois de plus le catholicisme aura fait œuvre de réaction et il se sera aliéné le peuple, ce pauvre peuple que l'on traite en quantité négligeable, comme s'il n'y avait par là des âmes à sauver, autant et plus que dans les salons, et qui l'accusera d'être au service de tous les dispotismes nouveaux dont il aura à souffrir. Il n'y aura guère que des hommes comme vous et l'abbé Lemire pour fournir une réponse …a ces objections terribles … C'est pourquoi tout ce qu' il y a de catholiques vraiment catholiques devraient vous soutenir dans votre admirable campagne ».

(121) Sindaco di Hazebrouck, membro della Camera dei deputati per più di vent'anni, dal 1893 al 1928, Jules Lemire (1853-1928) è uno dei principali rappresentanti del movimento democratico-cristiano e il prototipo dei cosiddetti *abbés démocrates*. In quanto tale, egli prende posizione su tutti i temi caldi dell'epoca: l'accettazione della Repubblica da parte dei cattolici; la separazione della Chiesa e dello Stato; il rapporto tra laicità e scuola pubblica; l'applicazione della *Rerum Novarum* e la cosiddetta questione sociale; la pena di morte; il diritto di associazione. Originario delle Fiandre, una regione segnata da una forte presenza operaia e da una altrettanto forte tradizione cattolica, Lemire tenta di coniugare, nella sua attività politica e nella sua missione sacerdotale, questi due aspetti della sua terra di origine. Sul piano sociale, la sua opera si segnala soprattutto per la creazione, nel 1896, della *Ligue française du coin de terre et du foyer* (riconosciuta associazione di pubblica utilità nel 1909) e dei *Jardins ouvriers familiaux*, il cui scopo è costruire o aiutare le associazioni o società a realizzare

dre francesi regione da sempre a forte tradizione cattolica e operaia. È insomma una figura-chiave di quel cattolicesimo repubblicano e progressista che tenta, in un clima di contrapposizione frontale, di trovare la via di una convivenza durevole con le istituzioni, in linea con gli auspici a suo tempo formulati da Leone XIII. L'analisi dell'opera e della personalità di Lemire consentono di comprendere, di riflesso, gran parte della vicenda umana e scientifica di Saleilles. Vi è infatti, come vedremo, un notevole parallelismo tra l'attività politica e sociale di Lemire e i temi giuridici sui quali si sofferma, a più riprese, il giurista bargognone.

Il cattolicesimo progressista di cui è espressione il pensiero di Lemire confina per certi aspetti con il socialismo riformista e si inserisce a pieno titolo in quella coalizione radical-solidarista che, a partire dagli anni Ottanta, si sforza di elaborare una terza via, a metà strada tra il socialismo rivoluzionario e il liberalismo di stretta osservanza. Egli è una delle figure di spicco di una coalizione sociale ibrida, della quale fanno parte personaggi di diversa cultura politica, il cui scopo è la promozione e il sostegno del patto solidarista.

L'obiettivo è l'estensione della *citoyenneté* e il raggiungimento, mediante opportune politiche di intervento da parte dello Stato, di

---

dei giardini operai e della case di abitazione a buon mercato favorendo la diffusione della piccola proprietà e il contatto con la terra; la creazione della *Societé du crédit immobilier* d'Hazebrouck e della *Societé d'Habitation à bon marché*. È inoltre all'origine di tre importanti riforme: l'introduzione del riposo settimanale; i contributi per le famiglie con almeno tre figli di età inferiore ai sedici anni; la regolamentazione dell'orario di lavoro (60 ore settimanali); la regolamentazione del lavoro notturno e del lavoro di donne e bambini. Sul piano scientifico, si distinguerà soprattutto per il suo studio sul cardinale Manning (*Le cardinal Manning et son action sociale*). Personaggio scomodo, subisce l'ostilità del Vaticano e gli attacchi della destra cattolica. Nel 1914 è sospeso *a divinis* dal vescovo di Lille. Non potrà più amministrare né ricevere i sacramenti fino al 1916, anno in cui Benedetto XV revocherà tale sanzione. Su Lemire, l'opera di riferimento è la già ricordata tesi di dottorato di J.-M. Mayeur, *L'abbé Lemire (1853-1928). Un prêtre démocrate*, Paris, 1968. Si veda anche J. Dorigny, *L'abbé Lemire. Son oeuvre parlementaire*, Paris, 1914, appassionata arringa a favore del sindaco di Hazebrouck. Cfr. inoltre E. Poulat, *Naissance des prêtres-ouvriers*, Paris, 1965.

Sul cattolicesimo sociale, si può vedere, oltre alla già citata summa di E. Barbier, J.-M. Mayeur, *Catholicisme social et démocratie chrétienne. Principes romains, expériences françaises*, Paris, 1986.

una Repubblica democratica e sociale (122). Si tratta, come è stato notato, di una « régulation mixte », portatrice di un progetto politico forte, tanto che la *citoyenneté sociale* che ne è espressione rappresenta una forma alternativa e più evoluta di *citoyenneté* e non una forma di sotto-cittadinanza o di cittadinanza incompiuta (123). Il fine è la fondazione di una *citoyenneté-propriété*, cioè la promozione di un modello politico e sociale nel quale la proprietà e il patrimonio fondano la piena e intera cittadinanza (124), parallelamente alla definizione di politiche tese a integrare i cittadini non proprietari nella nuova sfera della *citoyenneté* sociale grazie a forme di intervento pubblico differenziate.

I temi sui quali si sofferma la riflessione politico-sociale di

---

(122) Cfr. J.-M. MAYEUR, *L'abbé Lemire*, cit., p. 364; *Catholicisme intransigeant, catholicisme social, démocratie chrétienne*, cit., p. 496 e s.

(123) Cfr. G. POLLET, *La régulation au confluent des coalitions sociales et politiques: l'exemple de la structuration de l' "Etat social" français (1850-1950)*, in J. COMMAILLE, B. JOBERT (a cura di), *Les metamorphoses de la régulation politique*, Paris, 1998, pp. 329-359, cit., p. 341 e ss.

(124) Uno dei cavalli di battaglia del cattolicesimo sociale francese è la diffusione e la tutela della piccola proprietà terriera come strumento per sviluppare una cittadinanza consapevole. La necessità di tutelare la « petite propriété », sottolineata da tutti gli esponenti di questa corrente di pensiero, nella scia di Le Play, si trasforma, nelle mani del giurista, in un saggio apparentemente esotico sull'*Homestead* pubblicato nel 1895 su una piccola rivista di provincia (cfr. R. SALEILLES, *Le Homestead aux Etats-Unis. Constitution d'un patrimoine de famille insaisissable*, in *Bulletin de la Société des amis de l'Université de Dijon*, III, 1895, pp. 23-42 e pp. 43-54). Sul « terrianisme », si veda la ricerca di G. LANCRY, *Le terrianisme. La petite propriété insaisissable et assurée à tous*, Dunkerque, 1899. L'opera è preceduta, significativamente, da una lunga prefazione di Jules Lemire. Il *prêtre-ouvrier* non esita a tessere un elogio incondizionato del « terrianisme » e della piccola proprietà come rimedio ai mali da cui è afflitta la Francia di fine Ottocento: « le terrianisme (est) lié à la solution de tous les problèmes sociaux contemporains. On se demande, non sans inquiétude, qui fera obstacle aux dissolvants de la société et de la famille, à l'union libre, au divorce; qui diminuera les désordres individuels, l'alcoolisme, le dévergondage des moeurs, la dépopulation; qui réfrénera la domination centralisatrice de l'Etat dispensateur de tout revenu, entrepreneur de toute industrie, directeur de tout mouvement d'idées, avant-coureur du socialisme? Devant quelle force viendront se heurter et se briser toutes les menées inquiètes et tous les agissements dangereux? Il se briseront devant le pays et la terre gardés par la famille. Dans la citadelle qu' est le foyer, et dans le patrimoine qui s'étend à l'entour se trouve la défense primitive de l'humanité, la ressource matérielle qu' elle a toujours cherchée et toujours aimée parce qu' elle est nécessaire à sa nature », *ibidem*, p. XVI.

Lemire coincidono con alcuni dei grandi temi dibattuti in seno al movimento *démocrate-chrétien*: lo sviluppo di politiche di assistenza pubblica e di un sistema di assicurazioni sociali obbligatorie; la graduale scomparsa del proletariato attraverso lo sviluppo del movimento cooperativo; lo sviluppo della piccola proprietà come elemento centrale della cittadinanza e la tendenza a mettere in luce la funzione sociale di tale diritto ([125]); la riforma del sistema elettorale funzionale alla rifondazione del *lien social* e alla integrazione delle masse a seguito della novità del suffragio universale, attraverso l'introduzione della rappresentanza proporzionale, del voto familiare e della rappresentanza professionale; in particolare, l'introduzione del diritto di associazione come volano della nuova democrazia sociale, nella convinzione che il fondamento di una autentica democrazia politica è costituito da una società differenziata nella quale il fenomeno associativo e la ricomparsa di nuovi corpi intermedi rende possibile il superamento del rigido individualismo rivoluzionario.

Lemire coglie il nesso che lega il diritto di associazione alla riforma del suffragio e all'avvio di un autentico processo di decentralizzazione, lo considera il rimedio ai mali della centralizzazione e lo strumento capace di scardinare la rigida polarizzazione Stato-

---

([125]) Saleilles sceglie di porre l'accento, tra le tante iniziative promosse dall'*abbé* Lemire, sui *Jardins ouvriers*, che rappresentano un'applicazione concreta e sperimentale di molte delle tesi contenute nel programma della *démocratie chrétienne*. Anche in questo caso, a colpirlo positivamente è l'assenza di immediate preoccupazioni di natura confessionale, e il carattere aperto, conciliante, dell'iniziativa, in linea con lo spirito del cattolicesimo sociale promosso da Leone XIII: « c'est pourquoi, comme type d'oeuvres de ce genre, j'ai choisi celle des Jardins ouvriers, que dirige M. l'abbé Lemire. C'est une oeuvre familiale et moralisatrice au premier chef. La préoccupation confessionnelle y apparaît aussi peu que la préoccupation politique au *Sillon*. Et c'est là ce qui a fait son succès; c'est à cela que nous devons de voir enfin les catholiques travailler ouvertement, loyalement, non seulement avec des protestants et des israélites mais avec des libres penseurs, avec tous les honnêtes gens, uniquement parce que ce sont d'honnêtes gens, comme disait Léon XIII dans une de ses Encycliques. Là enfin, ils se sont fait leur part, et on la leur a faite; et c'est ainsi que les préjugés tombent, que les haines s'atténuent et disparaissent. C'est par là seulement que nous préparerons les revanches que nous avons à prendre et que nous nous relèverons de défaites, dues le plus souvent à une méconnaissance réciproques des deux fractions qui se partagent le pays », *La Croix*, 14 settembre 1906.

individuo che caratterizza la cultura politica francese. Essa consente, al contempo, di liberare la Chiesa, di porre termine alla « prétention césarienne » dello Stato che connota il modello francese dall'epoca di Filippo il Bello, di sviluppare le associazioni professionali e i sindacati e quindi di arrecare una soluzione al conflitto tra capitale e lavoro. La libertà di associazione è dunque la vera chiave di volta del programma politico *démocrate-chrétien*, lo strumento indispensabile per aggiornare la *tradition républicaine* (126).

Le affinità tra i due uomini sono così numerose che, come vedremo, l'opera del giurista borgognone può essere considerata, sotto molteplici aspetti, una traduzione nel linguaggio del diritto dell'impegno sociale del sindaco di Hazebrouck e un tentativo di tradurre in termini giuridici il programma politico elaborato dalla *démocratie chrétienne.*

Gli indizi che ci permettono di ricondurre Saleilles a tale *milieu* sono dunque molteplici. Il risultato è che la proiezione democratico-sociale del progetto elaborato dal giurista di Beaune ne esce confermata. Il suo complesso cattolicesimo, in cui si intrecciano tendenze liberali e temi di carattere sociale alimenta tale progetto e fornisce ad esso una continua ispirazione.

(126) Cfr. J.-M. MAYEUR, *L'abbé Lemire*, cit., p. 180 e 192 e s.

Capitolo II
IL SUPERAMENTO DELLE COORDINATE TRADIZIONALI

1. La critica del giusnaturalismo razionalistico. — 2. Il diritto tra storia e volontà: la critica dello storicismo giuridico tedesco. — 2.1. L'eredità della *Ecole historique française*. — 2.2. La denuncia del « positivisme mystique ». — 2.3. La valorizzazione del diritto legislativo. — 2.4. Il recupero del diritto naturale oltre il giusnaturalismo. — 3. Uscire dal « sommeil dogmatique »: il rifiuto dell'*exégèse* e la centralità della riflessione metodologica. — 4. Dalla *histoire du droit* alla *méthode historique*: la nascita dello storicismo metodologico.

1. *La critica del giusnaturalismo razionalistico.*

La polemica contro il razionalismo giuridico è uno dei principali *leitmotiv* dell'opera di Saleilles (1). Essa è il frutto della adozione di una prospettiva storicistica ma assume connotati particolari, tipicamente francesi, in conseguenza del giudizio positivo sulla codificazione.

Inoltre, pur facendo propria la chiave di lettura della vicenda giuridica francese proposta dagli esponenti della *Ecole historique*,

---

(1) L'obiettivo polemico del giurista borgognone è il giusnaturalismo razionalistico, portato alle sue estreme conseguenze dalla filosofia dei Lumi e dalla Rivoluzione. Sulle diverse teorie del diritto naturale, si vedano J. Ellul, *Le fondement théologique du droit*, Neuchâtel, 1946, p. 13 e ss., e M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 2003, *passim*. Per la storia del movimento codificatorio e il rapporto tra Illuminismo e codificazione, si vedano G. Tarelllo, *Storia della cultura giuridica moderna — Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976; G. S. Pene Vidari, *Costituzioni e codici*, Torino, 1996, p. 71 e ss.; A. M. Hespanha, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, trad. it., Bologna, 1999, p. 191 e ss.; I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine — Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, 2002, p. 393 e ss.; A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa — Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 2005, p. 71 e ss.; A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa*, Bologna, 2007, p. 456 e ss.; M. Ascheri, *Il codice e i codici:* Code Napoléon*,* Abgb*, e* Bgb, in M. Ascheri (a cura di), *Costituzioni e codici*, Torino, 2007, p. 61 e ss.

egli la reinterpreta, elaborando un modello giuridico in cui è evidente l'ispirazione di carattere cattolico-sociale.

La concretezza e il senso della storia che animavano il *Discours préliminaire* di Portalis non potevano d'altra parte far dimenticare il fatto che il Codice rappresentava pur sempre il prodotto di una rivoluzione e la conquista più significativa di quel razionalismo giuridico sei-settecentesco che in esso, attraverso la mediazione di Pothier, aveva ricevuto una ammirevole traduzione legislativa.

Il modello giusnaturalistico, nella sua compiuta versione hobbesiana, aveva le sue premesse teoriche nel sogno di una *mathesis universalis*, cioè di un'estensione alla dimensione sociale dei procedimenti di analisi di carattere logico-matematico, elaborato da Cartesio sulla scorta di temi già presenti nella cultura filosofica del Basso Medioevo, ove si erano poste le fondamenta teoretiche di un modello immanente di natura e di società in grado di esprimersi attraverso un sistema scientifico autonomo (2).

La riduzione della realtà a rapporti esprimibili matematicamente è la pre-condizione per la formulazione di leggi aventi validità generale e quindi di un sistema logicamente organizzato nel quale, fissate la proposizioni-verità di partenza, le categorie e i principi generali, dovrebbe essere possibile ricavare, attraverso deduzioni logiche concatenate, le norme via via più particolari sino alle norme di dettaglio.

L'esito conclusivo di tale procedimento è rappresentato dalla costruzione di un sistema sobrio, conciso, composto di poche proposizioni generali ma suscettibile di illimitati sviluppi logici: un sistema, quindi, completo e autosufficiente (3).

---

(2) Com'è stato sottolineato, « se c'è un filo rosso che tiene uniti i giusnaturalisti e permette di cogliere una certa unità d'ispirazione in autori che sono sotto molti aspetti diversi, è proprio l'idea che sia possibile una scienza della morale, ove per scienza s'intenda ogni disciplina che abbia applicato con successo il metodo matematico », cfr. N. BOBBIO, *Il giusnaturalismo moderno*, in A. ANDREATTA-A. E. BALDINI (a cura di), *Il pensiero politico dell'età moderna*, Torino, 2003, pp. 169-196, cit., p. 171. La nascita dei primi sistemi del razionalismo giuridico è ricostruita da M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., p. 513 e ss.

(3) Cfr. P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, I, *Genesi del sistema e nascita della scienza delle Pandette*, cit., *passim*; P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, II, *Dal sistema alla teoria generale*, cit., *passim*; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982, p. 319 e ss.

Furono proprio queste idee, all'ordine del giorno nella cultura giuridico-filosofica tedesca del Seicento, a dar vita a un vero e proprio prontuario di tecnica della codificazione la cui influenza si riscontra senza eccezioni in tutte le codificazioni moderne e, *in primis*, nel *Code Napoléon* (4).

Un simile *modus procedendi* evidenzia il dualismo tra assioma ed esperienza e dà per sottintenso che, attraverso operazioni rigorosamente deduttive, muovendo dagli assiomi, sia sempre possibile adeguare il sistema ai dati dell'osservazione empirica.

Le esigenze della logica possono però imporre il sacrificio di molti aspetti del reale a favore all'armonia del sistema: ciò avviene, in particolare, in epoche di elevata complessità quando le categorie formali della dogmatica giuridica si rivelano incapaci di interpretare la realtà; con la conseguenza che il sistema appare una costruzione muta e la ragione si trasforma in artificio.

Questo è ciò che accade sul finire dell'Ottocento quando, in piena trasformazione sociale, la realtà sfugge a ogni possibilità di

---

(4) Com'è noto, le idee di Portalis sulla codificazione erano piuttosto lontane dal dogma giusnaturalista. Nel suo celebre *discours préliminaire* il padre del *Code* non esitava a lasciare *désemparés* i più convinti assertori della ideologia codificatoria, osservando come « les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si mutlipliés et leurs rapports si étendus, qu' il est impossible au législateur de pourvoir à tout », cfr. J.-E.-M. Portalis, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Aix-en-Provence, 1988, cit., p. 25. Alla figura di Portalis è stato dedicato un importante studio in occasione del bicentenario del Codice. Cfr. Aa. VV. *Le discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Paris, 2004. Si vedano inoltre P. Cappellini, *Portalis*, in *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2006, p. 8795 e ss., nonché E. Dezza, *Lezioni di storia della codificazione civile*, cit., p. 51 e ss. Com'è stato opportunamente sottolineato, quella di Portalis è una manifestazione di « lirismo giuridico », destinata a galleggiare sulla « struttura positiva di un Codice potato delle pericolose aperture che il più filosofo dei redattori avrebbe forse gradito »: cfr. P. Grossi, Code civil*: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, cit., p. 113.

Sul ruolo del diritto naturale nel Codice e sul dibattito intorno all'art. 4 del Titolo preliminare, si veda B. Beignier, *Portalis et le droit naturel dans le Code civil*, in *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n. 6, 1988, p. 77 e ss., nonché P. Malinvaud, *La loi dans ses rapports avec le droit naturel et la politique*, in Aa. VV. *Le discours et le Code*, cit., p. 53 e ss. Si veda inoltre N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 66 e ss.

controllo sistematico e viene meno, in conseguenza, la principale conquista del razionalismo giusnaturalistico: la validità di un modello culturale basato sul primato del diritto civile e di una teoria generale del diritto che, postulandone la perfetta unità, elabora una serie di dogmi destinati a contenere e a spiegare, una volta per tutte, la dimensione teorica e fenomenica del diritto.

Correlativamente, l'adozione di una prospettiva storicista induce ad abbandonare il nuovo modello antropologico che emerge dalle teorie dello stato di natura e del contratto sociale, il cui protagonista non è più un uomo-creatura di Dio o un'umanità inserita in un mondo storico, ma un soggetto astratto, solo, chiuso nel proprio individualismo, "scarnificato".

L'eccesso di astrazione, alla base del modello codicistico, è oggetto di una critica serrata i cui argomenti, in un *mélange* solo apparentemente contraddittorio, sono ricavati sia dalle opere degli scrittori controrivoluzionari, che dalle opere dei grandi teorici del liberalismo (5).

Saleilles si pone nel solco di questa corrente di pensiero e nel corso di quasi vent'anni, dal primo saggio metodologico alle lezioni sulla *Personnalité juridique* del 1910, dà vita a una polemica contro il *Vernunftrecht* il cui scopo è sottrarre la scienza giuridica alle « régions supérieures de l'idéologie abstraite », trasformandola da « science verbale », scolastica, devitalizzata, in « science sociale », scienza sociologica, basata sull'osservazione (6).

Egli non nega il valore delle dottrine del giusnaturalismo razio-

---

(5) La critica ai vizi della democrazia individualista e al giacobinismo è una costante del pensiero politico-giuridico francese dell'Ottocento, dalle *Considérations sur la France* di De Maistre a *Les principes de 1789 et la sociologie* di Durkheim, passando per i sansimoniani, i liberali e i cattolici sociali. Cfr. P. ROSANVALLON, *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, 2004, in particolare p. 158 e ss. e p. 261 e ss.; P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, II, *L'età delle rivoluzioni (1789-1848)*, Roma, 2000, p. 171 e ss.; P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, III, *La civiltà liberale*, cit., p. 67 e ss. e p. 245 e ss.

(6) Com'è stato sottolineato, il rifiuto delle basi speculative del moderno diritto borghese da cui prende le mosse l'indagine metodologica di Saleilles è il risultato della convergenza tra storicismo e cattolicesimo: cfr. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 203.

nalistico ma ne sottolinea il carattere storico, la funzione liberante, che fu affidata loro in un contesto storicamente determinato.

Esse vengono valorizzate nel loro contenuto *politico* progressivo e ne viene evidenziata la provvidenzialità in riferimento all'orizzonte complessivo della storia giuridica francese.

La storicizzazione di tali dottrine implica però il rifiuto della loro presunta universalità e delle loro caratteristiche implicazioni epistemologiche (7).

La critica ai postulati del giusnaturalismo è condotta sulla scia del metodo positivo, osservando come il diritto, fatto storico, non può essere imprigionato in formule dotate della pretesa dell'universalità:

> il n'est pas une application de l'idée de justice qui, prise en soi, et isolée de son milieu social, puisse prétendre à l'immutabilité, en vertu d'un principe de vérité absolue (8).

Pertanto, il razionalismo settecentesco viene respinto in primo luogo facendo leva sulla constatazione del carattere storico e sociale del diritto. L'argomento principale utilizzato per confutare l'idea di un diritto naturale individuato come realtà assoluta, immobile, eterna, è la consapevolezza della socialità del diritto, la constatazione « qu'il n'y a de droits que par l'effet des rapports sociaux », la concezione della società come fatto primordiale, e quindi la preesistenza del diritto sociale rispetto al diritto individuale.

La conseguenza di tale impostazione è il rifiuto integrale della modellistica rousseauviana dello stato di natura e del contratto sociale (9) e delle sue principali ricadute sul versante giuridico: il legalismo, il volontarismo, l'esaltazione del diritto soggettivo, il dogma

---

(7) Si veda F. Todescan, *Natura e stato di natura*, in *Etiamsi daremus — Studi sinfonici sul diritto naturale*, Padova, 2003, p. 83 e ss.

(8) *Ecole historique et droit naturel, d'après quelques ouvrages récents*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, I, 1902, pp. 80-112, cit., p. 97.

(9) La bibliografia sul contratto sociale è vastissima. Mi limito a rinviare alle efficaci sintesi di P. Costa, *Diritti*, in M. Fioravanti, *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*, Roma, 2002, p. 37 e ss., nonché J.-F. Spitz, *Le contrat social*, in *Droits*, n. 12, 1990, p. 25 e ss. Del contratto come di un « passaggio obbligato » parla N. Bobbio, *Il giusnaturalismo moderno*, cit., p. 182 e ss.

contrattuale, l' « individualisme dissolvant » che si rifugia sotto l'ala paterna dello Stato, nell'atomizzazione della *civitas* borghese ottocentesca, ridotta a pulviscolo di *citoyens* irrimediabilmente soli (10).

Il volontarismo e il legalismo vengono stigmatizzati in quanto conseguenze dirette della teoria « despotique » del filosofo ginevrino (11).

Saleilles elabora una critica sistematica del paradigma rousseaviano, articolata su tre livelli: denuncia dell'artificiosità del patto sociale inteso come fondamento delle istituzioni politiche; rifiuto dell'individualismo e del volontarismo giuridico; rifiuto del legalismo.

Ad essere sottoposto a critica è, in primo luogo, il fondamento stesso della filosofia politica di Rousseau, e cioè l'idea di un patto sociale istitutivo della *Cité*, attraverso il quale si realizza il passaggio dalla condizione privata alla condizione pubblica e la trasformazione del *bourgeois* in *citoyen* (12).

La teoria del contratto sociale si rivela infondata non tanto per il suo carattere smaccatamente artificiale, quanto per l'erroneità

---

(10) I caratteri dell'individualismo moderno frutto della ideologia giusnaturalista sono esaminati da P. Grossi, *Oltre il soggettivismo giuridico*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, p. 1219 e ss. In particolare, l'autore sottolinea, quali aspetti tipici della modernità giuridica, la « vanificazione della dimensione collettiva e sociale dell'individuo » e la « scelta per l'astrattezza ».

(11) Il tema del « dispotismo » rousseauviano era comune tra gli storicisti. Laboulaye, in risposta a un ministro che aveva citato Rousseau a sostegno della proposta di introduzione di una legge eccezionale a seguito dell'assassinio del duca di Berry, aveva ricordato un intervento di Constant alla Camera, nel 1820: « M. le Ministre des Affaires étrangères a invoqué Rousseau; mais toutes les fois qu' on a voulu proposer des lois contre la liberté, on s'est appuyé de l'autorité de J.-J. Rousseau. Avec beaucoup d'amour pour la liberté, Rousseau a toujours été cité par ceux qui ont voulu établir le despotisme. Rousseau a servi de prétexte au despotisme, parce qu' il avait le sentiment de la liberté et qu' il n'en avait pas la théorie. Il y a deux dogmes également dangereux, l'un le droit divin, l'autre la souveraineté illimitée du peuple. L'un et l'autre ont fait beaucoup de mal. Il n'y a de divin que la divinité, il n'y a de souverain que la justice. Il ne faut pas prendre les avis d'un ami fougueux, mais peu éclairé de la liberté, à une époque où la liberté n'était pas encore établie, et les proposer pour règles à des hommes qui ont acquis des idées plus saines par une expérience de trente ans de malheurs », cfr. B. Constant, *Ecrits politiques — textes choisis, présentés et annotés par M. Gauchet*, Paris, 1997, nota 4, p. 794.

(12) Cfr. P. Costa, *Civitas*, III, cit., p. 493 e ss.

della sua premessa logica: il carattere soggettivo e l'origine rigorosamente individuale dei diritti.

Secondo tale concezione, il diritto, in origine, è un qualcosa di puramente soggettivo. Il patto sociale ha la funzione di far coesistere pacificamente le sfere individuali e l'esercizio delle relative libertà attraverso un diritto oggettivo, incarnato nella legge, intesa come diritto oggettivo derivante dalla messa in comune dei diritti individuali. La sua fonte ha perciò natura strettamente individuale, rinviando alla sfera giuridica dei singoli associati.

Il patto sociale, così inteso, non ha una realtà concreta, non si incarna in un contratto solenne storicamente determinato, ma si realizza in primo luogo nella coscienza di ciascun individuo, e solo successivamente si attualizza e si rende visibile attraverso la partecipazione di ciascuno alla messa in comune dei diritti e delle libertà sotto forma di organismo sociale. Saleilles denuncia espressamente la anti-storicità di tale modello e le derive cui dà origine:

> c'est le pacte social que l'on retrouve partout à la base du système. Et alors en même temps que l'on proclame le droit individuel seul souverain, on fait de la loi pratiquement le seul mode créateur de tous les droits, étouffant toute création coutumière, toute germination instinctive de la vie sociale, allant parfois jusqu'à supprimer toutes les intiatives et toutes les libertés individuelles. Il n'y a plus de créations historiques, il n'y a plus que des créations contractuelles: légalisme dans le droit privé, ou individualisme dans le droit public: les poussées vitales de l'histoire ne pouvant rien contre le droit (13).

Esso comporta infatti l'assorbimento della storia ad opera della filosofia (14) e, sul piano strettamente giuridico, un duplice effetto: l'esaltazione del diritto soggettivo e del volontarismo, fondato sull'idea della libertà individuale, considerata una facoltà inerente all'individuo; il dominio incontrastato della legge, in quanto unica fonte del diritto oggettivo ammessa all'interno della *Cité*.

La posizione di Saleilles nei confronti della teoria rousseauviana risulta difficilmente comprensibile al di fuori del rifiuto della filoso-

---

(13) *L'origine du droit et du devoir*, in *Revue de philosophie*, XV, 1909, pp. 140-162, cit., p. 148.

(14) *L'origine du droit et du devoir*, cit., p. 146.

fia individualista, che di tale teoria costituisce il presupposto. Già in uno dei primi saggi metodologici, Saleilles individua chiaramente la conseguenza peggiore della filosofia politica rivoluzionaria nella disorganizzazione atomistica della società, nella solitudine dell'individuo, ridotto a numero, di fronte a uno Stato onnipotente, artefice esclusivo della socialità:

> nous avons éprouvé enfin qu'à s'isoler dans un égoïsme contraire à la loi sociale, l'homme perd le sens même des lois de l'association: et que c'est précisément la doctrine de l'individualisme, poussée à l'excès, qui tend à fortifier l'idée absorbante de l'Etat, puisque, devenu rétif aux efforts qu'exige l'association spontanée, l'individu s'en remet forcément à l'association politique du soin de tout faire dans la société (15).

Il modello di Rousseau, che è alla base della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, presuppone un realtà sociale fatta di uomini soli, chiusi in se stessi, diffidenti, asociali, tendenzialmente egoisti, e prefigura un tipo di ordinamento fondato sulla rigida polarizzazione individuo-Stato.

Tutto ciò, sul finire dell'Ottocento, di fronte alla crisi delle categorie giuridiche tradizionali, nel bel mezzo di un processo di oggettivazione del diritto privato difficilmente reversibile, appare poco credibile: le cose, i fatti, le comunità, balzano nuovamente in primo piano, e il diritto privato, con un completo ribaltamento di prospettiva, ritorna ad essere sempre più diritto "dei privati", fenomeno spontaneo, realtà che nasce dal basso.

Riacquista tutta la sua importanza, inoltre, la dimensione comunitaria (16), percepita in tutta la sua urgenza da una sensibilità

---

(15) *Fondement et développement du droit*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XXII, 1891, pp. 39-46, cit., p. 42.

(16) Si tratta di un tema centrale nella riflessione giuridica di fine secolo. Il modello giusnaturalistico presenta due vizi insanabili, frutto della sua impostazione eminentemente astratta. Il primo è quello di dimenticare che « l'individualisation et la socialisation marchent de pair », di dimenticare cioè che la società è una realtà primigenia e che l'uomo solo è una mera astrazione; il secondo è quello di ritenere che questi individui soli siano anche perfettamente uguali: « nulle observation ne permet de dire qu' à une certaine époque de l'histoire et de la préhistoire l'homme ait vécu isolé. L'homme naturel de La Boétie, de Locke et de Rousseau n'a jamais existé…Les groupements humains sont un fait du même ordre que les sociétés animales, un fait primaire, irréductible et

spiccatamente religiosa, e confermata dai fatti, dall'evoluzione sociale, dal diffondersi dell'impresa, come comunità organizzata ai fini della produzione e dello scambio, e dall'emergere delle prime organizzazioni sindacali.

La denuncia della disarticolazione atomistica della società è funzionale, come vedremo, alla elaborazione di una proposta alternativa, di ispirazione cattolico-sociale, il cui obiettivo è la ricostituzione di un ordine oggettivo contro la deriva edonistica e razionalistica e contro la rottura delle solidarietà compiutà dalla filosofia politica della modernità (17). Entro tale disegno, il fenomeno associativo gioca un ruolo decisivo. Non a caso, infatti, l'elaborazione più compiuta della critica alla filosofia individualista alla base del modello rousseauviano si trova nel lavoro dedicato alla *Personnalité juridique*, che corona la carriera scientifica di Saleilles e conferma, sviluppandole, le intuizioni degli anni della formazione.

L'opzione individualista e l'esclusione della dimensiome comunitaria è una conseguenza immediata della egemonia filosofica nella cultura politica del XVIII secolo:

> à cette époque-là tout commençait par la philosophie. On regardait d'abord en-haut, dans les nuages, pour décrire ensuite ce qui devait se

---

spontané. Fait physique, biologique ou superorganique? Peu importe; toutes ces classifications sont arbitraires, mais le fait est constant. L'homme ne vit pas isolé, mais uni à d'autres hommes. Ces relations présentent un caractère de permanence qui s'impose à l'observateur », cfr. L. DUGUIT, *Etudes de droit public*, I, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, cit., p. 31 e s. Lo stesso autore osserva poi: « les hommes ne naissent pas égaux, ils naissent différents. L'égalité absolue et naturelle des hommes a été un postulat de la philosophie du XVIII siècle. La Déclaration des droits de 1789 a proclamé que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit », formule exacte si l'on a voulu dire par là que tous les hommes avaient un droit égal à la protection de la loi positive, formule fausse si l'on a voulu dire qu' en fait les hommes étaient égaux et qu' ils devaient par suite avoir le même rôle social. Le fait de nature, comme on disait au XVIII siècle, ce n'est pas l'égalité des hommes, c'est leur inégalité, et la tendance générale de l'évolution humaine conduit à une inégalité toujours plus grande », *ibidem*, p. 41.

(17) Per una critica di questa visione della filosofia politica settecentesca e dello « stereotipo » dell'atomismo, cfr. P. COSTA, *Civitas*, I, *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma, 1999, cit., p. 573 e ss.

passer sur terre, au lieu de regarder d'abord sur terre pour voir ce qui se passe et en déduire un système capable de s'y adapter (18).

Gli unici diritti ammissibili, per la filosofia dei Lumi e per i pubblicisti della Rivoluzione, sono i diritti individuali, diritti che l'individuo possiede al momento della nascita. Tali diritti preesistono alla società, il cui fine essenziale è quello di garantirne e perfezionarne il godimento.

L'errore capitale della filosofia politica rivoluzionaria viene individuato in tale premessa. Conseguentemente, l'infondatezza del modello politico-giuridico rousseauviano viene argomentata a partire dalla dimostrazione del carattere illusorio della impostazione individualista che ne costituisce il presupposto.

A tal fine, Saleilles sceglie di porsi sullo stesso terreno degli Enciclopedisti, ragionando per astrazioni e per modelli teorici, al di fuori della storia. Le conclusioni, però, sono antitetiche: l'individuo solo, sciolto da ogni legame di carattere sociale, non ha diritti o doveri in senso proprio, ma solo obbligazioni di carattere morale o religioso. Questo perché l'uomo, nel modello robinsoniano, si muove su un terreno profondamente diverso da quello del diritto sociale: i suoi diritti non sono altro, in realtà, che le libertà concessegli da Dio, e derivano dalle concezioni che egli si costruisce sulla divinità in quanto tale e nei suoi rapporti con la natura. Egli non radica l'idea del diritto nella sua volontà, e ancor meno nella sua libertà, ma nella dipendenza nei confronti di un Essere superiore, artefice di una realtà che assegna ad ogni cosa un determinato ruolo (19).

Seguendo la logica astratta cara alla filosofia politica e giuridica dell'Illuminismo, Saleilles giunge perciò a conclusioni opposte a quelle dei *philosophes*: la preesistenza della società rispetto all'individuo e l'impossibilità di concepire i diritti, in senso stretto, al di fuori di una dimensione sociale:

> si on veut s'en tenir à la logique des idées pures, telle qu'elle ressort de la philosophie de l'époque, le droit ne se manifeste que dans le conflit entre l'homme et l'homme, ou plutôt entre l'homme et les hommes. L'homme

(18) *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, Paris, 1910, cit., p. 3 e s.
(19) *Ibidem*, p. 11.

isolé peut avoir des devoirs; il peut en avoir même vis-à-vis de la nature. Il n'a pas de droits, si ce n'est sur le terrain religieux, et ce n'est pas le nôtre. Ce n'était pas celui, à coup sûr, des hommes du dix-huitième siècle. Le droit naît du contact entre les hommes, donc de l'état de société. Philosophiquement, il y a un droit social, avant qu'il y ait un droit individuel. Et, historiquement, nous voyons partout aussi le droit collectif précéder le droit individuel (20).

La storia giuridica conferma del resto questa conclusione: nella Roma antica, considerata la culla dell'individualismo, il diritto del singolo è stato per lungo tempo condizionato dalla sua appartenenza alla *gens*; la struttura sociale dei Germani era composta da famiglie raggruppate in clan ed aveva perciò una dimensione rigorosamente comunitaria; il feudo, soprattutto ai suoi esordi, si presentava come un raggruppamento sociale fondato sull'unità territoriale.

Siamo sempre in presenza di collettività organizzate gerarchicamente, di raggruppamenti organici, dai quali ciascun individuo trae i suoi diritti, relativamente al suo gruppo, alla sua classe o al suo ordine.

In ogni caso, è il gruppo che genera i diritti e li trasmette virtualmente ai suoi membri; non sono gli individui, come vorrebbe Rousseau, che mettono in comune i propri diritti individuali per creare un tessuto sociale prima inesistente e un diritto nuovo.

Un approccio storico-sociologico consente perciò di mettere da parte le ingenuità del razionalismo settecentesco (21) e svela la

---

(20) *Ibidem*, p. 12.

(21) Ingenuità denunciate in maniera particolarmente incisiva da uno dei padri spirituali della Terza Repubblica, con il recupero di argomenti che ricorrono con insistenza per tutto l'Ottocento. Gli attori del contratto sociale sono « des hommes abstraits, qui ne sont d'aucun siècle et d'aucun pays, pure entités métaphysiques. En effet, on les a formés en retranchant expressément toutes les différences qui séparent un homme d'un autre, un Français d'un Papou, un Anglais moderne d'un Breton contemporain de César, et l'on n'a gardé que la portion commune. On a obtenu ainsi un résidu prodigieusement mince, un extrait infiniment écourté de la nature humaine, c'est-à-dire suivant la définition du temps, un « être qui a le désir du bonheur et la faculté de raisonner », rien de plus et rien d'autre. On a taillé sur ce patron plusieurs millions d'êtres absolument semblables entre eux; puis, par une seconde simplification aussi énorme que la première, on les a supposé tous indépendants, tous égaux, sans passé, sans parents, sans engagements, sans traditions, sans habitudes, comme autant d'unités arithmétiques, toutes séparables, toutes équivalentes, et l'on a imaginé que, rassemblés

autentica natura della società, del diritto e delle istituzioni politiche.

Saleilles le descrive, significativamente, ricorrendo alla metafora dell'alveare (22), nel quale l'interdipendenza organica delle parti garantisce il funzionamento di una realtà complessa, che preesiste ai singoli membri che la compongono:

> voilà ce que nous révèle l'histoire, ce que nous enseigne la sociologie, et ce que doit admettre la philosophie, si peu qu'elle veuille descendre des abstractions, pour prendre contact avec les réalités. Ne voir que le droit individuel et nier le droit social, supprimer les droits collectifs, c'est aller au rebours de ce que veut la nature humaine. Car l'homme est, avant tout, un être social, qui ne se comprend pas, qui n'existe pas, moralement parlant, en dehors de l'état de société ou de groupement organisé. L'homme, en dehors de l'état de groupement, n'est pas plus un homme normal qu'une abeille ne serait encore une abeille en dehors de la ruche (23).

La prima conseguenza di tale impostazione, di carattere politico prima ancora che giuridico, è la critica della *raideur* sociale lasciata in eredità dal terremoto rivoluzionario.

La Rivoluzione, attraverso la messa al bando del fenomeno associativo, ha prodotto un modello politico elementare, basato sulla rigida polarizzazione Stato-individuo. L'effetto più pernicioso e di più lunga durata di tale processo è rappresentato dalla polverizzazione del tessuto sociale.

Saleilles, testimone sensibile del proprio tempo, condivide i timori di molti esponenti del mondo culturale dell'epoca sulla

---

pour la première fois, ils traitent ensemble pour la première foi », cfr. H. TAINE, *Les origines de la France contemporaine*, *La Révolution*, II, *L'anarchie*, Paris, 1885, cit., p. 183 e s.

(22) Per una acuta analisi dell'utilizzo di tale metafora nel pensiero politico-giuridico, si veda P. COSTA, *Le api e l'alveare. Immagini dell'ordine fra "antico" e "moderno"*, in AA.VV., *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, 2003, pp. 375-409. L'alternanza tra organicismo e individualismo nella storia del pensiero politico è ricostruita da N. BOBBIO, *Organicismo e individualismo: un'antitesi*, in A. M. PETRONI-R. VITALE (a cura di), *Individuale e collettivo — Decisione e razionalità*, Milano, 1997, pp. 179-192.

(23) *De la personnalité juridique*, cit., p. 13.

irrapresentabilità della società, ridotta a *foule* anonima, a « poussière d'individus devenue amorphe et socialement inexistante ». (24)

L'abbandono del razionalismo settecentesco lo spingerà perciò a farsi promotore di una riscoperta del fenomeno associativo e della persona giuridica nella sua funzione di strumento di rappresentazione del sociale.

Ma il paradigma rousseauviano ha inciso a fondo anche nell'ambito della dogmatica privatistica, e la sua messa in discussione ha effetti considerevoli nel tessuto del diritto privato.

Il rifiuto del paradigma individualista provoca, in primo luogo, un netto ridimensionamento della categoria del *droit subjectif* e un distacco dal volontarismo giuridico che ha ispirato le teorie della codificazione (25).

Tale concezione, collocando la fonte del diritto nella libertà individuale e facendo di esso un attributo dell'individuo, considerava la volontà, in quanto strumento di realizzazione di tale libertà, il modo normale di produzione del diritto.

L'affermazione della socialità del diritto e il ridimensionamento dell'elelemento volontaristico consentono a Saleilles di reinterpretare criticamente i principali dogmi che l'individualismo giuridico ha introdotto nella teoria del diritto privato: il dogma dell'autonomia della volontà e il dogma contrattuale (26), con l'inevitabile corollario costituito da un sistema di responsabilità civile incentrato sulla colpa, completamente insensibile alle istanze solidaristiche derivanti da una concezione organica del sociale.

La produzione scientifica posteriore, infatti, non sarà altro che

---

(24) *Ibidem*, p. 14.

(25) Giova precisare sin da ora come tale ridimensionamento non si traduca mai in un rifiuto esplicito. Saleilles difenderà anzi apertamente la nozione di *droit subjectif* contro ogni tentativo abolizionista, frutto di approcci epistemologici pan-sociologizzanti. Ciò si spiega in forza della impostazione personalistica della sua opera, suggerita da una spiccata sensibilità religiosa. Al di là del positivismo filosofico, che ispira la sua rivoluzione metodologica, Saleilles pone la persona al centro del sistema giuridico. Ciò comporta un recupero delle categorie giuridiche kantiane, pur relativizzate, a seguito di una rilettura in senso oggettivo, imposta dalla dominante dottrina solidarista.

(26) Il nesso tra l'individualismo giuridico settecentesco e la sistematica privatistica è tratteggiato con estrema chiarezza nel saggio del 1909 dedicato a *L'origine du droit et du devoir*, cit., p. 146 e ss.

un tentativo di tradurre, a livello tecnico-giuridico, i temi attorno ai quali si articola la critica al giusnaturalismo razionalistico, rileggendo la sistematica civilistica alla luce della ritrovata socialità del diritto.

Il rifiuto dell'individualismo spiega, del pari, l'abbandono del dogma legalistico.

Il dominio della legge non è messo in discussione tanto per la inefficienza dello strumento legislativo, per la sua eccessiva rigidità e lentezza, aspetti che pure vengono sottolineati fin dai primi scritti. Il legalismo sconta il medesimo vizio di origine del volontarismo, l'uno non può fare a meno dell'altro, poiché sono entrambi conseguenze necessitate di un identico paradigma.

Il legalismo appare inaccettabile, in quest'ottica, nella misura in cui ricollega l'egemonia della legge al *droit subjectif* e fa quindi di essa la manifestazione, sul versante politico, dello stesso egoismo individualista posto a fondamento dei diritti e delle libertà.

Ne deriva, agli occhi di Saleilles, un paesaggio meccanico, desolante, privo di verità.

In esso, la legge, unica fonte normativa, nasce con lo scopo esclusivo di delimitare i diritti di ciacuno riducendo le possibilità di conflitti inter-individuali. Conseguentemente, gli spazi liberi da divieti legislativi costituiscono luoghi potenziali di attualizzazione del diritto soggettivo, il quale, per avere il crisma della legittimità, deve esprimersi attraverso un atto di volontà, contratto o dichirazione unilaterale.

Il mondo giuridico costruito a partire dalla teoria del contratto sociale è un mondo popolato da atti di volontà: un atto iniziale, per dar vita alle istituzioni, e una serie di atti successivi, al fine di esercitare un diritto soggettivo negli spazi non preclusi da leggi generali, che, a loro volta, lungi dall'essere il risultato di una lettura razionale dell'ordine delle cose, saranno il frutto di una volontà delegata, di una volontà che ragiona a partire dal punto di vista di un impalpabile ideale di ragione: l'« émanation raisonnée, rationnelle et raisonnante du droit subjectif, seule source de tous les droits » (27), un fatto puramente *filosofico*, dunque.

Nel momento di prendere congedo dai *philosophes*, Saleilles

(27) *L'origine du droit et du devoir*, cit., p. 148.

non finge di ignorarne i meriti: la filosofia di Rousseau è servita per preparare la Rivoluzione e il suo frutto migliore: la democrazia politica. Essa ha finito però per imprigionare la scienza giuridica nel regno delle astrazioni, allontanandola dalla realtà.

A tale realtà essa deve ritornare, se vuole porsi come strumento privilegiato per la costruzione di quella democrazia sociale che si presenta come l'inveramento del processo storico inaugurato nell''89. La scienza giuridica deve cessare di essere una scienza di concetti e di finzioni e deve tornare ad essere una scienza di tempo, di fatti, di uomini e di cose.

Seguendo questo percorso teorico, il giurista di Beaune si imbatte necessariamente nello storicismo giuridico tedesco, sul quale si sofferma a lungo. Vedremo subito però come l'opzione dichiaratamente anti-giusnaturalista non implichi una adesione pedissequa alla lezione savignyana. Saleilles, infatti, incontra Savigny dopo Jhering e per il tramite di Jhering; approda cioè allo storicismo nel momento in cui questo, in Germania, è stato ormai da tempo sottoposto a una significativa revisione. Ne deriva un atteggiamento complesso e necessariamente ambivalente nei confronti delle tesi caratteristiche della *geschichtliche Rechtsschule*.

2. *Il diritto tra storia e volontà: la critica dello storicismo giuridico tedesco.*

La critica allo storicismo giuridico tedesco rappresenta un momento cruciale nella formazione scientifica di Saleilles ed è una delle chiavi di accesso privilegiate per comprendere la sua proposta metodologica (28). In essa è evidente il recupero di temi già emersi

---

(28) Come è stato rilevato (cfr. C. JAMIN, *François Gény d'un siècle à l'autre*, cit., p. 17), Savigny e la Scuola storica rappresentano l'autentica « obsession du XIX siècle français ». È inevitabile quindi che il confronto con il pensiero del maestro berlinese sia un momento decisivo nella formazione scientifica di Saleilles.

Le opere più significative al riguardo sono il saggio *Ecole historique et droit naturel*, cit.; *Méthode historique et codification*, in *Atti del Congresso Internazionale di Scienze Storiche*, *Roma, 1-9 aprile 1903*, Roma, 1904, pp. 3-22, e *Le Code civil et la méthode historique*, in *Le Code civil — 1804/1904 — Livre du centenaire*, Paris, 1904, pp. 97-129. Riferimenti al tema si trovano anche nella *Lettre à M. Paul Desjardins*.

nell'ambito della riflessione storicistica francese (29), e in particolare il temperamento, in senso *volontaristico-decisionale*, degli aspetti più quietistici e "remissivi" della impostazione savignyana, in conseguenza dell'inserimento, entro tale cornice, del *valore* Codice e cioè della codificazione accettata espressamente come fattore di *progresso*.

L'analisi che ne deriva, va al di là di un vago richiamo romanticheggiante alla storia e al suo valore euristico e si traduce in una ben precisa indicazione metodologica: la dimensione storica deve trasformarsi nella naturale *Weltanschauung* del giurista e deve precostituire strumenti di lavoro idonei, non solo alla comprensione, ma anche alla organizzazione, alla applicazione e alla progettazione del diritto.

In presenza del Codice, il confine che separa storia e dogma rischia di apparire insormontabile. Sembrano confermati, a prima vista, i timori di Savigny e le ragioni che lo hanno spinto ad elaborare, in funzione difensiva, la celebre *Volksgeistlehre* (30): l'opzione codificatoria nega la validità delle premesse epistemologiche dello storicismo tedesco e quindi la centralità della storia nell'ambito della conoscenza giuridica. Il passaggio tra storia e dogma, tra diritto del passato e diritto del presente si fa meno fluido; lo scambio sembra interrompersi (31).

---

(29) Tra questi, in particolare, la riconduzione del Codice all'interno della « chaîne des temps », ovvero la sua storicizzazione. Esso non è più percepito come un momento di discontinuità frutto dell'intervento taumaturgico della *déesse Raison* o come una degenerazione patologica del sistema, ma è ricollocato nel flusso ininterrotto della storia ed è considerato un momento-chiave di una vicenda giuridica plurisecolare. Presupposto di tale operazione è quella che è stata chiamata « autocomprensione dell'organizzazione che lo ha prodotto », si veda sul punto P. CAPPELLINI, *Codici*, in *Lo Stato moderno in Europa*, cit., pp. 102-127 nonché C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, I, cit., p. XXIX e s.

(30) Si veda in proposito A. F. J. THIBAUT-F. C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, (a cura di G. MARINI), Napoli, 1982.

(31) Cfr. P. CARONI, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9, Milano, 1980, pp. 69-111, in particolare p. 74 e ss.; P. CARONI, *Il Codice rinviato. Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, in *Codici: una riflessione di fine millennio*, cit., pp. 263-307, particolarmente p. 272 e ss. Sui caratteri dello storicismo savignyano e sui rapporti tra questo e la codificazione si veda G. SOLARI, *Storicismo e diritto privato*, cit., p. 152 e ss.

Saleilles si prefigge l'obiettivo di dimostrare che la codificazione non impedisce una "apprensione" storica del fenomeno giuridico, ma, al contrario, la impone; non interrompe il "circolo" della storia ma ne esalta il valore critico e la funzione metodologica. Il ruolo decisivo della conoscenza storica, che Savigny ammetteva soltanto in presenza di un sistema giuridico non gerarchizzato come quello di diritto comune, appare confermato anche in presenza del Codice, che trasfigura il messaggio savignyano e dà ad esso un volto nuovo.

Premessa indispensabile per il raggiungimento di questo risultato, è la confutazione degli argomenti sui quali si fonda il gran rifiuto contenuto nel *Beruf* (32) e la denuncia degli aspetti inaccettabili della concezione savignyana. Questi vengono lucidamente individuati nel « fétichisme de l'exactitude minutieuse des documents », nel « nationalisme étroit », nella « résistance aux courants nouveaux », nella « prédominance exclusive de la pression sociale sur l'activité consciente » e nella « crainte irraisonnée de la loi écrite et de la codification » (33).

Tale operazione si articola perciò su tre livelli: la denuncia del positivismo mistico e del quietismo savignyani; la valorizzazione del ruolo della legge e della codificazione e quindi della dimensione progettuale, tipica del diritto legislativo; il recupero della dimensione ideale contro il relativismo frutto di un rigoroso approccio storicistico.

2.1. *L'eredità della* Ecole historique française.

La dottrina francese contemporanea ha spesso considerato Saleilles l'erede più illustre della cosiddetta *Ecole historique française* o ha quanto meno sottolineato i legami tra il suo pensiero e le concezioni espresse dai giuristi *frondeurs* della prima metà dell'Ottocento (34).

Saleilles, come sappiamo, matura ben presto la consapevolezza

---

(32) Cfr. P. Caroni, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, cit., p. 77 e ss.

(33) *Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 93 e ss. Si veda anche J.-F. Niort, *Homo civilis: contribution à l'histoire du Code civil français (1804-1965)*, II, cit., p. 436.

(34) Cfr. F. Geny, *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode dans l'oeuvre de Raymond Saleilles*, in *L'oeuvre juridique*, cit., p. 29; P. Fournier, *R. Saleilles, historien du droit*, in *L'oeuvre juridique*, cit., p. 169; O. Motte, *Lettres inédites de juristes français du XIX siècle conservées dans les archives et bibliothéques allemandes*, Bonn, 1989-1990, II, p. 1582

della necessità di un profondo rinnovamento della cultura giuridica francese. Ciò lo induce ad andare alla ricerca di modelli culturali alternativi, capaci di sostenere il suo anelito di riforma e di tracciare le coordinate di un progetto scientifico definito.

L'obiettivo polemico privilegiato di tale *esprit de réforme* è la cultura giuridica nata all'ombra del Codice, presentata come un indirizzo dottrinale sostanzialmente unitario, caratterizzato da un deciso positivismo volontarista. Ne deriva una certa stilizzazione del paesaggio giuridico ottocentesco, colto come un inesorabile processo di transizione da un rigido formalismo legalista ad un'epoca di rinnovata creatività, dominata da una giurisprudenza effervescente, tornata *compos sui*, e impegnata nella costruzione di un ambizioso *Juristenrecht.*

Nel lungo processo di maturazione e di presa di coscienza della scienza giuridica francese, conseguente alla metabolizzazione dell'evento-Codice, sono previste fasi intermedie e correnti minoritarie. La fase intermedia è dominata dalle figure di Bufnoir, di Labbé e di Paul Gide. Le correnti minoritarie, invece, scorrono parallele al grande filone esegetico, e affiorano a tratti, timidamente, senza mai riuscire a imporsi.

In che misura il progetto scientifico di Saleilles è tributario delle concezioni elaborate dallo storicismo giuridico francese (35)?

Le similitudini e i punti di contatto tra la proposta metodologica del giurista di Beaune e la riflessione frammentaria e vulcanica degli storicisti della prima metà dell'Ottocento sono innegabili.

È necessario soffermarsi un istante su questa esperienza in quanto il suo approfondimento ci consente di situare storicamente la riflessione di Saleilles e di individuare in essa possibili elementi di continuità in rapporto alla tradizione scientifica della prima metà dell'Ottocento (36).

---

(35) Sulla scuola storica francese si veda A. Bürge, *Das französische Privatrecht*, cit., p. 150 e ss.

(36) L'*Ecole historique française* è stata studiata da P. Sturmel, *L'école historique du droit a-t-elle existé?*, in *Rechtsgeschichte*, I, 2003, pp. 90-121. Sul tema, in relazione a Saleilles e allo sviluppo della comparazione, si sofferma A. Aragoneses, *Un jurista del modernismo*, cit., p. 70 e ss.

I giuristi che si raccolgono nella « petite secte » (37) sviluppano un programma (38) di riforma articolato su due livelli: la scoperta e la recezione del modello culturale tedesco; la rielaborazione originale del messaggio savignyano, in conseguenza del suo inserimento in un ordinamento a diritto codificato.

È importante sottolineare come questi giuristi non si limitino a recepire il messaggio savignyano, ma lo rielaborino, proponendone una rilettura originale: l'esito di tale operazione è rappresentato dalla esaltazione del valore strumentale della storia.

Lo storicismo dei giuristi della *nouvelle génération* di cui è espressione l'opera di personaggi quali Jourdan, Blondeau, Demante, Du Caurroy, Lerminier (39), prima, e poi di Wolowski (40) e

---

(37) Tale espressione compare in una lettera polemica indirizzata da Du Caurroy a Dupin *aîné* nel 1835. Du Caurroy, deplorando la morte prematura della *Thémis*, delinea l'essenza del suo programma: considerare il diritto come una scienza e quindi come uno strumento di conoscenza e non come una mera tecnica. Cfr. A. M. Du Caurroy, *A M. Dupin aîné, docteur en droit*, in *Revue de législation et de jurisprudence*, III, Paris, octobre 1835-mars 1836, cit., p. 450. Animatori e colonne portanti della *Thémis* e quindi della « petite secte », erano Athanase-Jean-Léger Jourdan (1791-1826), Jean-Baptiste-Antoine-Hyacinthe Blondeau (1784-1854), Antoine-Marie Demante (1789-1856) e Adolphe-Marie Du Caurroy De la Croix (1788-1850). Vi erano inoltre collaboratori più o meno occasionali come Berriat Saint-Prix, Pardessus, Cotelle, Poncelet, Isambert, Renouard e i primi amministrativisti, De Gerando, De Cormenin, Macarel. Nel corso degli anni inviarono articoli o comunicazioni giuristi e storici tedeschi quali Hugo, Savigny, Niebuhr, Mittermaier, Goeschen, Bluhme. Tra i fondatori e membri di redazione della *Thémis* figurava anche un giurista tedesco che si rivelerà fondamentale per lo sviluppo delle relazioni tra le due sponde del Reno: Leopold August Warnkoenig (1794-1866), allievo di Thibaut e successivamente professore a Göttingen e nei Paesi Bassi. Tra le opere di Warnkoenig possiamo ricordare i *Commentarii iuris romani privati, ad exemplum optimorum compendiorum a celeberrimis Germaniae iuriconsultis compositorum adornati*, pubblicato nel 1825, la *Geschichte der Rechtsquellen und des Privatrechts*, del 1848, e la *Französische Staatsgeschichte*, pubblicata nel 1846.

(38) Il programma della *Thémis*, pubblicato nel I volume della rivista a p. 5 e s., si trova anche in J. Bonnecase, *La Thémis (1819-1831) — Son fondateur, Athanase Jourdan*, Paris, 1914, a p. 168 e s. Si veda anche l'introduzione di F. Laferriere alle *Tables analytiques de la revue de législation et de la revue critique de législation et de jurisprudence*, Paris, 1860, p. III e ss.

(39) Jean-Louis-Eugène Lerminier (1803-1857) studia la Scuola storica tedesca durante un soggiorno in Germania e nel 1827 discute sotto la direzione di Du Caurroy una tesi di dottorato dedicata a Savigny: *De possessione analytica savignianeae doctrinae expositio*. Oltre alla già citata *Introduction*, Lerminier (titolare dal 1831 della cattedra di

dei suoi collaboratori, si ricollega allo sforzo di comprensione del passato recente che i liberali francesi come Michelet o Thierry compiono con intenti di stabilizzazione, nell'ottica della definizione di una genealogia della nazione francese in cui alla storia è affidata una funzione di ricucitura e di legittimazione e non la funzione di uno strumento polemico di rottura (41). Alla storia si attribuisce un compito di profilassi e di prevenzione: la si invoca per conciliare e non per creare discontinuità.

Se ciò è vero, *a fortiori*, per il suo impiego scopertamente politico, di strumento di continuità e di giustificazione in grado di favorire uno scivolamento tranquillo verso il parlamentarismo e la monarchia costituzionale, è vero altresì per il suo impiego strettamente epistemologico: nel contesto francese, la dimensione ontica e consuetudinaria del diritto, che ha nella storia il suo fondamento, è costretta a fare i conti col momento apertamente volontaristico rappresentato dalla codificazione: la presenza del Codice determina una rilettura del messaggio savignyano e una sottolineatura della valenza *metodologica* della ricerca storica. L'obiettivo fondamentale di tale corrente di pensiero sarà per questo l'elaborazione di un discorso scientifico capace di reinserire il Codice nella storia, di superare definitivamente la concezione ideolgica della codificazione,

---

Législations comparées al *Collège de France*) deve essere ricordato per la *Philosophie du droit*, pubblicata a Parigi nel 1831.

(40) Louis-François-Michel-Raymond Wolowski (1810-1876), di origine polacca, è celebre per la fondazione della *Revue de législation et de jurisprudence*, più nota come *Revue Wolowski*, il cui primo numero compare nel 1835. Tale rivista puntava sulla ricerca storiografica e sulla comparazione quali strumenti essenziali per il superamento del metodo esegetico e per il rinnovamento della scienza giuridica francese. Oltre a tali interessi di ordine metodologico e culturale, Wolowski, che dal 1839 al 1870 tenne la cattedra di *Législation industrielle et commerciale* presso il *Conservatoire des arts et métiers*, si occupò anche di temi a cavallo tra il diritto e l'economia. Vale la pena ricordare che nel 1848, in veste di deputato repubblicano alla Costituente, Wolowski depositò un progetto di legge sul credito fondiario e nel 1852 dette vita alla *Banque foncière de France*, divenuta nel 1854 il *Crédit foncier de France.* Si veda in proposito la voce di J.-P. Allinne, in P. Arabeyre-J.-L. Halperin-J. Krynen, *Dictionnaire historique des juristes français*, cit., p. 782 e s.

(41) Cfr. C. Jamin, *François Gény d'un siècle à l'autre*, in *François Gény, mythe et réalités. 1899-1999, centenaire de* Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique, Paris, 2000, p. 15 e s.

cioè l'idea di un « codice come sistema che nega la storia », che « spera di arrestare la storia », in conseguenza dell'ingresso in uno « spazio artificiale e astratto, totale, che a sua volta legittima l'introduzione di una nozione altrettanto astratta » (42).

La sintesi più compiuta del progetto scientifico della *Ecole historique française* è contenuta nella prefazione alla *Histoire du droit de propriété foncière en Occident* (1839) di Laboulaye (43) e nei *Travaux sur l'histoire du droit français* (1843) di Klimrath (44).

Il tema di fondo, che dà sostanza e coerenza al discorso, è il bisogno di affermare una *continuità.* Continuità nella vita di una

---

(42) Cfr. P. CAPPELLINI, *Il Codice eterno*, cit., p. 36. Altrove l'autore nota come il termine "codice" comporti « l'idea di una struttura appena creata, sottolineandone soprattutto il carattere artificiale, che d'altro canto, coerentemente ma altresì paradossalmente, allude ad un'introduzione basata su di un accordo "istantaneo", che rimanda appunto alla ulteriore e contemporanea creazione di un nuovo spazio politico quasi non temporale », cfr. P. CAPPELLINI, *Codificazione*, in P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici*, cit., p. 118.

(43) Su Edouard-René Lefebvre de Laboulaye (1811-1883) si veda il contributo di F. SOUBIRAN-PAILLET, *Histoire du droit et sociologie: interrogations sur un vide disciplinaire*, in *Genèses: sciences sociales et histoire*, 29, 1997, pp. 141-163, nonché la voce a cura di J.-J. CLERE in P. ARABEYRE-J.-L. HALPERIN-J. KRYNEN (a cura di), *Dictionnaire historique des juristes français*, cit., pp. 444-446. Nel 1855, insieme a Eugène de Rozière e a Rodolphe Dareste, Laboulaye fonda la *Revue historique de droit français et étranger*: « adoptant une posture spécifique, la revue fait de l'histoire un outil primordial, pour dresser la généalogie d'une institution juridique, relativiser les enjeux qui sous-tendent les règles de droit dans un contexte donné, cercher à savoir comment d'autres sociétés ont réglé par le passé des questions qui se posent encore dans le présent », cfr. F. SOUBIRAN-PAILLET, *op.cit.*, p. 148.

(44) H. Klimrath (1807-1837), dopo aver conseguito la *licence en droit* a Strasburgo nel 1828, trascorre un anno a Heidelberg, dove frequenta i corsi di Mittermaier, Thibaut e Zachariae. Di ritorno in Alsazia, consegue il dottorato discutendo una tesi dal titolo significativo: *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code civil* (1833). A partire dal *Programme* del 1835, Klimrath sostiene la necessità di superare l'interpretazione grammaticale e logica del Codice e teorizza la cosiddetta « institution historique du droit », ovvero una ermeneutica giuridica fondata sulla riscoperta della storia quale fonte del diritto. Klimrath, forse il più affascinante tra gli storicisti francesi, a causa della morte prematura non porta a compimento il proprio progetto. I suoi scritti vengono raccolti da Warnkoenig e dalla madre nella *Histoire du droit public et privé de la France*, edito a Parigi in due volumi nel 1843. Si veda la voce di F. AUDREN in P. ARABEYRE-J.-L. HALPERIN-J. KRYNEN (a cura di), *Dictionnaire historique des juristes français*, cit., p. 439 e s.

nazione, nella formazione progressiva della sua identità, continuità del diritto e delle istituzioni cui dà vita; ricerca del significato del presente nel tempo e nella storia, unica depositaria di un *senso* e di una *giustificazione*; rifiuto del "salto", della discontinuità; superamento delle rigidità e del semplicismo filosofico settecentesco (45).

Con un argomentare che ricorda quello dei critici inglesi della Rivoluzione, Burke in testa, si individua il padre spirituale di tale operazione di ricucitura in Montesquieu « plus admiré que compris par ses contemporains »; agli antipodi, come avversari e modelli da abbandonare, figurano alcuni tra i *maîtres à penser* del secolo dei lumi: Hobbes, Wolff e soprattutto la bestia nera di ogni storicista: Jean-Jacques Rousseau.

Il merito di Montesquieu è stato quello di aver mostrato che il diritto non è « ni un arbitraire ni un absolu, mais le résultat nécessaire des moeurs, des idées, de la religion, du gouvernement; que le droit, en un mot, est le criterium de la civilisation, et l'histoire du droit par conséquent l'histoire la plus certaine du développement social » (46): l'obiettivo polemico per eccellenza è, ovviamente, il giusnaturalismo e con esso il razionalismo arrogante degli illuministi.

Nel contesto di una missione, volta, in primo luogo, alla rifondazione metodologica della scienza giuridica, la carica politica che

---

(45) Di questi due autori si vedano anche: H. KLIMRATH, *Programme d'une histoire du droit français*, in *Revue de législation et de jurisprudence*, I, Paris, 1835, pp. 81-99; E. LABOULAYE, *De l'enseignement du droit en France et des réformes dont il a besoin*, Paris, 1839; *Essai sur la vie et les doctrines de Frédéric-Charles de Savigny*, in *Le droit*, 19 e 22 décembre 1841 e in *Etudes contemporaines sur l'Allemagne et les pays slaves*, Paris, 1856; *La chaire d'histoire du droit et le concours*, in *Revue de législation et de jurisprudence*, VI, Paris, 1842, pp. 129-166; *De l'enseignement et du noviciat administratif en Allemagne*, in *Revue de législation et de jurisprudence*, XVIII, Paris, 1843, p. 513 e ss. Si vedano inoltre, per cogliere l'ispirazione comune che accomuna le opere degli storicisti francesi: E. LERMINIER, *Introduction générale à l'histoire du droit*, Bruxelles, 1830; G. BRESSOLES, *De l'histoire et de la philosophie dans l'étude des lois civiles*, in *Revue de législation et de jurisprudence*, I, Paris, 1835, pp. 321-333.

(46) I giuristi della *petite secte* condividono i motivi della critica constantiana contro l'*absolu* hobbesiano e contro la « métaphysique subtile du Contrat social...propre à fournir des armes et des prétextes à tous les genres de tyrannie, à celle d'un seul, à celle de plusieurs, à celle de tous, à l'oppression constituée sous des formes légales, ou exercée par des fureurs populaires ». Cfr. E. LABOULAYE, *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, cit., p. 16.

anima il discorso dei liberali della Restaurazione (il tema della limitazione della sovranità, della garanzia dei diritti e delle libertà) rappresenta la cornice in cui si sviluppa un discorso tecnico che da essa mutua la vocazione all'equilibrio, alla mediazione, e il rifiuto dell'*assoluto*, dell'*arbitrario*. Appare così possibile, allo stesso tempo, giustificare storicamente il diritto legislativo, rifiutando la lettura savignyana della codificazione come momento patologico della giurisprudenza, e dare ad essa un fondamento storico facendo della storia del diritto la chiave di accesso privilegiata alla dimensione giuridica.

I temi forti del liberalismo post-rivoluzionario veicolano suggestioni che appaiono decisive per definire gli scenari mentali e orientare la ricerca. L'insistita ricerca del *concreto*, al di là della modellistica del giusnaturalismo, rende inaccettabile la "metafisica" dell'*Exégèse* e carica di nuove responsabilità la ricerca storica.

Ci si rende conto, infatti, che la riconduzione del diritto nell'ambito dell'assoluto provoca la dissoluzione della scienza giuridica all'interno della filosofia e l'eliminazione degli studi storici. Il diritto, invece, è una realtà concreta, estremamante variabile e poco incline a lasciarsi imprigionare entro gli schemi preconfezionati della ragione.

Il richiamo alla concretezza contro le *rêveries législatives* dei razionalisti rende possibile la riscoperta di un autore a lungo innominabile, Joseph de Maistre, che Saleilles non a caso definirà « génie solitaire et farouche », nemico di ogni astrazione, relegato dalla filosofia dominante nella catacomba degli autori blasfemi.

Con queste premesse è evidente che il discorso savignyano si riveli uno strumento provvidenziale per superare il razionalismo settecentesco, l'unico in grado di fornire una fondazione davvero *alternativa* al fenomeno giuridico, che sia, al contempo, stabilizzazione, giustificazione, accettazione dell'esistente, visto come il prodotto di un « enchaînemens de causes et d'effets qui font la vie des peuples et des Etats » (47).

Savigny ha il merito di aver portato a compimento il discorso di Montesquieu: infatti, mentre questi si era limitato a postulare l'esistenza di un rapporto necessario tra le leggi e il tipo di governo a cui

(47) *Ibidem*, p. 33.

si riferiscono, Savigny aveva intuito che il rapporto di dipendenza che presiede allo sviluppo del diritto è *intrinseco*, nel senso che il suo modo di essere non è determinato da un giudizio di opportunità sulle *forme* che di volta in volta appare conveniente assumere date certe caratteristiche geografiche e socio-culturali, ma da un legame *strettamente* genetico col passato di una nazione e con i tratti caratteristici di un popolo.

Savigny, insomma, ha saputo perfezionare lo storicismo di Montesquieu accreditando l'idea di una *chaîne* ininterrotta in cui si cela il segreto della vita e del destino degli Stati, nella quale il diritto di oggi non è altro che il « fruit contenu en germe dans le droit qui l'a précédé ».

Il continuismo, pur rassicurando, si rivela però insufficiente: gli storicisti francesi devono fare i conti col Codice e il Codice, anche se frutto di un'opera di mediazione ed esito forse inevitabile della vicenda storico-giuridica francese, rappresenta indiscutibilmente una *cesura*: con esso si legittima l'idea di un *prima* e di un *dopo* nelle mentalità e nei metodi di lavoro ed è impossibile far finta di non vedere, anche materialmente, il desiderio e insieme l'effetto di palingenesi che lo ha ispirato e che ne ha accompagnato la promulgazione.

Il Codice, pur essendo opera di discepoli e non di profeti e pur rappresentando il prodotto di un lunghissimo periodo di attesa, era non di meno il *primo* Codice in senso moderno. Ad esso, come compendio di decenni di aspettative e di speranze tradite, era affidata, consapevolmente o no, la responsabilità di aprire una nuova fase nella storia del diritto.

Per la prima volta il giurista, teorico o pratico, si trovava dinanzi a una situazione che, per secoli, era apparsa impensabile: il "nuovo mondo" del diritto era davvero iniziato. Ed era un mondo assolutamente nuovo, per certi versi misterioso, abitato da un soggetto unico e astratto, retto da norme effettivamente "poche" e "chiare", contenute in un libro piccolo, che da solo riusciva a sostituirne centinaia (48).

Anche visivamente, nell'immaginario comune, l'idea di un giu-

---

(48) Cfr. P. Cappellini, *Codici*, cit., p. 121; P. Grossi, Code civil*: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, cit., p. 95 e ss.

rista pontificale, depositario degli *arcana iuris*, artefice e custode della vita del diritto, non stava in piedi. Ben difficilmente, perciò, la coerenza filo-tedesca si sarebbe potuta spingere sino al punto di accettare l'equazione savignyana tra decadenza ed età della codificazione, tra crepuscolo del diritto e dominio della legge: in un paese *politico* come la Francia, che, nel valzer dei regimi, aveva trovato nel Codice la sua costituzione, era chiedere troppo.

Si chiarisce allora il senso dei distinguo e delle prese di distanza: « cette philosophie est pleine de grandeur, et jamais édifice n'eut un plus imposant politique; mais, à parler franchement, l'école allemande n'a pas tenu tout ce que promettait son début » (49): Savigny rimane il maestro e il punto di riferimento, con la capacità, di cui solo i "miti" viventi dispongono, di ispirare e di trasmettere entusiasmo. Le dottrine della sua scuola, però, se vogliono avere qualche speranza di attecchire sul suolo francese, devono subire alcune attenuazioni, aprendosi alla dimensione della *volontà* e della *ragione*: nel paese del Codice è impossibile ignorare il ruolo di filosofi e legislatori in nome delle virtù pedagogiche della storia.

Di qui la duplice critica alla filosofia giuridica del maestro berlinese: da un lato l'abbandono al *fatalismo* e a una sorta di *immobilizzazione* estatica frutto del conservatorismo organicistico alla base di gran parte dello storicismo romantico tedesco; dall'altro, la tendenza a chiudersi e a far opera di antiquari, ad abbandonarsi cioè ad un *eccesso di erudizione*, ammirevole per lo sforzo e la passione che lo sostiene, ma inevitabilmente sterile ed autoreferenziale.

Sono due profili di un medesimo discorso che nasce per rispondere a una ben precisa necessità e da cui traspare una fondamentale preoccupazione: inserire il Codice nella storia, evitando le assolutizzazioni ma anche le delegittimazioni anti-razionalistiche, dotandosi di uno strumento di lettura che, proprio per il suo essere *storico*, consenta di superare le antinomie di una recezione che, di fronte all'evento epocale della codificazione, non poteva che essere incompleta o anomala.

Da tale punto di vista, l'accettazione storicistica dell'esistente

---

(49) E. Laboulaye, *Histoire du droit propriété fonciére en Occident*, cit., p. 34.

spinta sino al limite del fatalismo non poteva essere accolta: il fatalismo, infatti, anche a voler inserire il Codice entro una cornice di consequenzialità storica, rende difficile "digerire" un evento come quello codificatorio che, a dispetto di tutte le pur credibili letture continuistiche, rimane un evento "rivoluzionario" prodotto dall'incontro provvidenziale tra la storia e l'elemento libero o politico, il solo in grado di assicurare il progresso e la vita delle nazioni: « dans la préoccupation où l'on était de renverser ces systèmes arbitraires de droit naturel qui en Allemagne, plus encore qu'en France, asservissaient les études juridiques, on s'est jeté dans un extreme contraire; on a trop négligé l'élément libre qui fait le progrès et la vie des législations » (50).

L'attitudine passiva suggerita da Savigny rende difficile valutare il peso degli interessi *nuovi* e quindi il valore del presente e delle tensioni che lo attraversano nella ricerca costante di un riconoscimento e di una sanzione legale: anche la vita di una realtà ontica come il diritto può essere indirizzata, modificata, accelerata da interventi esterni, da atti di *volontà* apparentemente artificiali, ma dotati di un loro valore e di una loro giustficazione: « car, pour me servir d'une comparaison que ne refusera pas M. de Savigny, autant vaudrait prétendre que la formation d'une langue est entièrement fatale et que l'influence des littérateurs et des savants n'a jamais introduit d'expressions nouvelles » (51).

D'altra parte, nemmeno la tendenza a chiudersi, riducendo la ricerca storiografica ad un gioco per pochi appassionati o ad un'opera di erudizione, può trovare il favore di chi, nella storia, ricerca soprattutto uno *strumento* di lavoro e quindi un mezzo per raggiungere dei *risultati*.

Per evitare il rischio dell'incomunicabilità e dell'isolamento occorerebbe sforzarsi di scrivere « comme politique pour des citoyens » piuttosto che « comme professeurs pour des érudits », cosa che Savigny, nella sua *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, non ha saputo o voluto fare: la poderosa intuizione storicistica che la sorregge perde di vigore e si infrange disperdendosi in mille

(50) *Ibidem*, p. 35 e s.
(51) *Ibidem*, p. 36.

rivoli nel momento in cui cede alle tentazioni della filologia e della storia letteraria.

Un'operazione di questo tipo poteva forse avere un senso in Germania; di certo non aveva più alcun significato in Francia. In un paese che ancora faceva uso del diritto romano, anche se in una versione stravolta e quasi irriconoscibile, la ricostruzione minuziosa della biografia e dei lavori dei giuristi bolognesi poteva essere qualcosa di più di una pura opera di erudizione: quel tipo di giurista, in una realtà che affidava il diritto alle cure degli uomini di legge, poteva forse conservare una sua attualità. Al contrario, in un paese trasformato dall'avvento dei codici, dove tutto sembrava risolversi in una questione di interpretazione, lo storicismo poteva avere un futuro solo se si dimostrava in grado di offrire strumenti di lettura e di comprensione di una realtà sempre più complessa e bisognosa di certezze.

La critica al fatalismo e alla sterilità insita nella tendenza alla erudizione si salda pertanto con un altro elemento tipico dello storicismo francese: l'accettazione del Codice come novità epocale e fattore di progresso « loi qui plus que toutes les autres a préparé et consommé à jamais la fusion de toutes nos provinces en un seul et beau pays, la France ».

L'argomento-chiave per sostenere la storicità del Codice è, ovviamente, la sua natura di opera di mediazione, che è poi la ragione del suo successo e della sua indiscutibile armonia

Il Codice, in quanto frutto della storia e della *ragione*, creato da uomini che hanno saputo capire e rispettare il passato senza rinunciare però ad *agire* sul presente, limitandosi a un'opera di lettura e di sistemazione completamente *impolitica*, riesce nel miracolo di conciliare e fondere insieme i due elementi essenziali della vita del diritto: l'elemento storico, tradizionale, conservatore e l'elemento riformista, razionale e filosofico (52).

Ciò spiega l'aderenza alla storia, l'attaccamento convinto alla tradizione linguistica e concettuale della dimensione giuridica d'

---

(52) I redattori del Codice hanno evitato, in altre parole, di cedere alla semplicità ingannevole dell'astrazione o alla pretesa di una regolamentazione pedante e minuziosissima: Leibniz da un lato e l' *Allgemeines Landrecht* dall'altro erano, precisamente, gli esempi da non seguire.

Ancien Régime che ha reso possibile far accettare il Codice presentandolo come il risultato di un movimento plurisecolare, come il frutto di un lunghissimo processo di maturazione, e non come un corpo estraneo caduto dall'alto in esecuzione di astratti disegni filosofici di riforma.

Ma se il Codice non è fuori della storia; se è un prodotto del tempo e dell'*enchaînement des siècles*; se, inoltre, l'equità cui si rinvia per colmarne i vuoti, per non tradursi in incertezza o in capriccio, non può che essere storica, ne deriva che la storia è l'unico strumento in grado di spiegarlo, svelandone i segreti, e il metodo storico, applicato al Codice, è l'unico metodo interpretativo davvero rigoroso e fecondo, e fornisce la base di una « exégèse plus large, plus sûre, plus scientifique » (53).

Possiamo pertanto, riassumere gli ingredienti caratterizzanti dello storicismo francese. Essi sono: l'accettazione del Codice come *valore* e come *elemento di progresso*; la necessità, conseguente, di *temperare* il quietismo storicistico savignyano con l'elemento volontaristico e razionale e quindi la ricerca costante di un equilibrio tra *tempo* e *ragione*, tra *storia* e *filosofia*; il bisogno strategico di dotarsi di uno *strumento di lettura* del Codice capace, al contempo, di valorizzare la codificazione, inserita in un orizzonte genealogico e provvidenziale, e di salvare la complessità della giurisprudenza e la dimensione culturale del discorso giuridico; l'adozione, in risposta a simili esigenze, di uno *storicismo strumentale*, frutto della valorizzazione delle potenzialità metodologiche della storia e della sua funzione pratico-operativa, cui è connessa l'adozione dei concetti di *scopo* e di *risultato* come luoghi argomentativi tipici e come criteri direttivi e principi ispiratori della stessa storiografia giuridica (ciò che spiega, tra l'altro, l'entusiasmo suscitato dalle teorie del

---

(53) Cfr. H. KLIMRATH, *Essai sur l'étude historique du droit, et son utilité pour l'interprétation du code civil*, in *Travaux sur l'histoire du droit français*, cit., p. 18 e s. L'autore prosegue notando che « pour qui sait les lire, les textes comme les discussions ramènent constamment à l'histoire (...) nous le remarquons à dessein, afin de protester contre cette manière de voir étroite, contre cette facheuse préoccupation qui réduit tout notre Droit aux deux mille et quelques articles du Code, et a fait subsister, dans l'enseignement, les mesquines proportions d'un cours de Code civil au cours complet de Droit civil français, que l'intérêt de la science réclame, aussi bien que ceux qui se destinent à la pratique ».

secondo Jhering); la tendenza, destinata ad accentuarsi in corrispondenza del fiorire del positivismo filosofico, a "deprimere" i riferimenti al valore ontico o genetico della storia a favore del suo ruolo puramente esterno di strumento di comprensione di uno stato di fatto, risultato di una concatenazione lineare di cause ed effetti; la *critica della filosofia giusnaturalista*, bersaglio polemico privilegiato, e la riscoperta del pensiero dei teorici della reazione; la ricerca, solo apparentemente contraddittoria, di un *nuovo diritto naturale*, frutto vuoi dei residui giusnaturalistici presenti in un pensiero apertamente filo-codicistico, vuoi della percezione dello sviluppo e del progressivo avvicinamento della cultura giuridica europea resa più chiara dagli apporti della comparazione, vuoi della sensibilità cristiana di quasi tutti gli esponenti di tale corrente di pensiero.

Tra molte contraddizioni e consapevoli di andare contro corrente, gli storicisti francesi imboccano pertanto una strada ambiziosa e disagevole, volta a riaffermare la dignità di una scienza che nessuno, per secoli, si era sognato di contestare e che adesso, in presenza del Codice, sembrava essere andata in frantumi. Più che contro il Codice, quella dignità andava riaffermata in sua presenza e alla sua ombra. In ogni caso, la levità scheletrica del discorso giuridico doveva cedere il passo ad un aumento di complessità, reclamato da ragioni di buon senso prima ancora che da considerazioni strettamente epistemologiche.

2.2. *La denuncia del « positivisme mystique »* (54).

La prima critica che Saleilles rivolge alle tesi savignyane ci rimanda a un *topos* dello storicismo giuridico francese della prima metà dell'Ottocento: il rifiuto del fatalismo e della tendenza alla immobilizzazione insito nella metodologia della *geschichtliche Rechtsschule*. Il giurista di Beaune, in altre parole, facendo propria la lettura jheringhiana dello storicismo tedesco e recependo il messaggio di Klimrath e seguaci, prende le distanze dalla *Gewonheitslehre* e dalla teoria del *Volksgeist*, nozioni tipiche del primo Savigny, nella versione ideologizzante e anti-codificatoria di inizio

(54) L'espressione è di E. GAUDEMET, *Raymond Saleilles*, cit., p. 222.

Ottocento. La critica al positivismo mistico si rivolge pertanto contro i concetti-chiave dello storicismo savignyano, nella sua fase genetica, mentre non troviamo alcun riferimento all'evoluzione del pensiero del maestro berlinese, alle tesi del II Savigny, del Savigny "legislatore".

La denuncia delle « conceptions quelque peu mystiques » (55) della Scuola storica implica, in primo luogo, la presa di distanza da un effetto caratteristico, anche se non inevitabile, dello storicismo giuridico tedesco: la tendenza della ricerca storiografica a mutarsi in *reazione* storica e cioè in un procedimento regressivo dal carattere ultra-conservatore.

I presupposti di un tale esito involutivo erano contenuti nel programma metodologico savignyano (56): il rigore della ricerca storica, comportava, per sua natura, una critica serrata delle fonti, volta a ricostruirle nel loro aspetto originario (57), previa eliminazione di tutte le incrostazioni successive (58), e favoriva perciò la nascita di un legalismo per abolizione del diritto giurisprudenziale intermedio, e quindi, paradossalmente, di una mentalità dai tratti tipicamente positivistici.

Tale era il fine cui tendeva la trattazione storica del diritto, secondo un disegno che non solo non rifiutava il formalismo, il sistema, le concettualizzazioni già presenti nel pensiero giusnaturalista, ma puntava espressamente a collegare il materiale storico, minuziosamente depurato, a una trattazione filosofica capace di dar vita a un sistema dotato di una struttura spirituale unitaria (59).

La storia andava incontro in tal modo a una prematura *atrofia* e rischiava di dar vita alle medesime astrazioni tipiche del razionali-

---

(55) *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, cit., p. 11.

(56) Cfr. A. Mazzacane, *Prospettive savignyane vecchie e nuove. I corsi inediti di metodologia* e R. Orestano, *Edificazione e conoscenza del "giuridico" in Savigny. Tre motivi di riflessione*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9, Milano, 1980, pp. 217-244 e p. 21-68.

(57) Il metodo storiografico adottato dalla Scuola storica è ricostruito da C. Vano, *Der Gaius der Historischen Rechtsschule*, Frankfurt am Main, 2008, p. 43 e ss.

(58) Sul Savigny filologo si veda F. De Marini Avonzo, *La filologia romanistica di Savigny*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9, Milano, 1980, p. 245 e ss.

(59) P. Caroni, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, cit., p. 96 e ss.

smo giusnaturalista: da un lato, infatti, si disperdeva nella erudizione e nello studio antiquario, dall'altro, invece, presupponendo la necessità di uno sviluppo sistematico del materiale da essa organizzato, forniva le premesse concrete per lo sviluppo del dogmatismo e per il culto della forma gettando le basi del giuspositivismo ottocentesco.

Ma ciò che appare inaccettabile nella impostazione savignyana, prima ancora degli esiti positivistici ad essa ricollegati, è il contenuto politico che anima la *Volksgeistlehre*.

La rivendicazione della storicità del diritto, infatti, più che a individuare un metodo di interpretazione e quindi uno strumento operativo storicisticamente orientato, serve ad affermare la fondamentale connessione del diritto con la continuità della cultura nella sua dimensione storica, in opposizione al razionalismo legislativo dell'Illuminismo. L'appello alla storia è funzionale alla rivendicazione di uno sviluppo non discontinuo, all'accettazione dell'esistente, a ciò che si realizza « mit innerer Notwendigkeit », al rifiuto del Codice, non tanto perché frutto delle astrazioni giusnaturalistiche ma in quanto prodotto di una *rivoluzione*.

La storia assume così, soprattutto, una funzione politica in quanto serve a espungere o a circoscrivere il ruolo della *volontà* nella determinazione degli eventi e quindi serve ad esorcizzare lo spettro della rivoluzione, in polemica con l'Illuminismo politico settecentesco e secondo quella tendenza alla staticità idilliaca, frutto della paura del disordine e del senso di minaccia, che aveva radici profonde nello spirito tedesco (60):

> il faut bien reconnaître, en effet, que l'époque de la Restauration se prêtait merveilleusement à faire bon acceuil aux idées de Savigny. La méthode historique a deux faces. Par un côté, elle est souverainement hardie, elle va de l'avant; par l'autre, elle est très respectueuse du passé et des faits acquis. Avant tout, elle est défiante de tous les systèmes *a priori*, et

(60) Un tale impiego della storia può essere considerato una manifestazione caratteristica della mentalità tedesca nella sua essenziale impoliticità. Appare in tal senso illuminante l'antitesi tra *Kultur* e *Zivilisation* sviluppata da T. MANN, *Considerazioni di un impolitico*, Milano, 2005, *passim*. Spunti interessanti si trovano anche in J. FEST, *Catastrofe tedesca oppure coerenza tedesca?*, in J. FEST, *Hitler. Una biografia*, trad. it., Milano, 1999, pp. 461-475.

surtout de tout ce qui touche de près ou de loin à la métaphysique. Elle met en garde contre les doctrines tout d'une pièce. Savigny avait surtout pris de la méthode historique son côté conservateur, et ses idées devaient plaire aux contemporains de Louis XVIII et de Charles X, sans compter que ses partis pris à l'encontre de l'auteur du Code Napoléon achevaient de le mettre en faveur (61).

La premessa politica del discorso scientifico di Saleilles è rappresentata invece dalla volontà di costruire una identità repubblicana forte e condivisa, il cui consolidamento è affidato in larga misura al diritto. In tale prospettiva, la Rivoluzione non può essere considerata un punto nero da cancellare, ma diventa, al contrario, un "luogo" decisivo della storia francese, un anello essenziale di quella *chaîne* ininterrotta cara agli storicisti e ai teorici del liberalismo della prima metà del secolo.

La denuncia del positivismo mistico comporta, in secondo luogo, la critica di quella che potremmo definire l'*improduttività metodologica* dello storicismo giuridico tedesco (62).

La presa di distanze dalla lezione del maestro berlinese rappresenta un momento determinante nella formazione di Saleilles proprio perché gli consente di cogliere il valore metodologico della storia e di sviluppare la convinzione che essa non è mai fine a se stessa ma è in primo luogo uno *strumento* da utilizzare per ottenere dei *risultati* di ordine pratico ed ha quindi un carattere eminentemente *operativo* e, in ultima analisi, *nomopoietico*:

> à mon sens, l'école historique n'a de rôle à jouer dans le domaine du droit, en dehors de celui de l'histoire, que si elle fournit une méthode d'interprétation pour contribuer à l'évolution du droit (63).

Il punto debole dello storicismo tedesco viene individuato nella tendenza a smarrirsi nel culto del passato, di un passato disseccato,

---

(61) *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 122 e s.

(62) Com'è stato notato, lo studio attualizzante del diritto romano e l'uso strumentale della storia, l'unico veramente plausibile nella prospettiva dello storicismo metodologico, è responsabile di una schisi costante tra cultura giuridica e cultura storico-letteraria, fra tradizione romanistica e conoscenza storica del diritto romano. Cfr. A. SCHIAVONE, *Ius: l'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, p. 19 e ss.

(63) *Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 93.

oggetto di una storiografia muta e impotente. In ciò si riassume il dramma di un metodo che, credendo di fare storia, fa in realtà « réaction historique », gettando le fondamenta del positivismo legalistico su cui si eleveranno gli edifici sistematici di Windscheid e compagni.

L'ammirazione incondizionata manifestata da Savigny per Cujas (64) e la sua scuola, svela il lato più pericoloso della proposta scientifica del giurista berlinese, nella quale è insito il rischio di una grave involuzione metodologica (65).

Per Saleilles, infatti, la rifondazione della scienza giuridica non può compiersi attraverso l'applicazione di una metodologia neo–umanista, sulla falsariga della giurisprudenza culta del Cinquecento: tale opzione, in presenza del Codice, si rivela del tutto anacronistica, ed è condannata alla auto-referenzialità e al fallimento. La studio della storia giuridica e del diritto romano deve avere un valore prevalentemente strumentale, superando impostazioni tradizionali di carattere filologico o antiquario.

Agli occhi di un giurista della Terza Repubblica, la contemplazione dei monumenti del passato appare molto meno stimolante dello studio degli espedienti, delle pratiche discorsive, delle *tecniche*, con le quali i pandettisti tedeschi, subito dopo la recezione, hanno saputo piegare un materiale antichissimo e disomogeno alle esigenze di una società completamente diversa da quella che lo aveva prodotto.

Quel diritto « déformé », « rajeuni », « faussé », « dénaturé », nella sua « mostruosità » è molto più interessante del diritto romano classico in quanto, attraverso lo studio dei procedimeti che ne hanno

---

(64) Sul Cujas e la dialettica tra *scientia* e *ars* nel pensiero giuridico si veda R. Orestano, *"Ratio" e "sensus communis" nella visione della giurisprudenza in Jacques Cujas*, in R. Orestano, *Edificazione del giuridico*, Bologna, 1989, p. 161 e ss.

(65) In realtà, come è stato opportunamente sottolineato, Savigny fu anche uno storico del diritto in senso proprio. L'attaccamento al diritto romano, nella prospettiva del maestro berlinese, era funzionale alla costruzione di un linguaggio tecnico efficace, realizzato il quale lo *ius civile* avrebbe potuto essere definitivamente consegnato alla storia. Cfr. M. Bretone, *Il « Beruf » e la ricerca del « tempo classico »*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9, Milano, 1980, p. 189 e ss., cit., p. 190.

favorito l'emersione, si riesce a cogliere l'essenza di un metodo dal valore universale.

Al contrario, predicando l'evoluzione spontanea come fattore genetico primario del diritto, lo storicismo ha abbandonato ogni velleità progettuale e si è rifiutato di interpretare e di indirizzare le cause che determinano tale evoluzione favorendo l'emersione del nuovo.

Per i suoi « excès d'archéologie », per il suo « esprit d'immobilisation, d'attachement au passé, et de retour presque mystique aux vieilles curiosités coutumières du droit », la Scuola storica si è condannata alla passività, trasformandosi da fattore di progresso in fattore di conservazione e di stasi:

> Savigny a pu par là rendre un service immense à l'histoire générale; mais, en le faisant, il prenait le contre-pied de la méthode historique, dans son application au développement du droit. Car la méthode historique eût consisté, tout à l'inverse, à accepter toutes les déformations apportées par l'histoire à la pensée primitive des juristes romains, et à constater toutes les adaptations modernes de textes anciens à des nécessités présentes. En faisant de l'histoire, Savigny oubliait sa fonction de jurisconsulte, il trahissait la méthode historique. Au lieu de se faire progressiste, il se faisait archaïque; au lieu d'aller de l'avant, il ramenait le droit en arrière. La méthode historique, qui est une méthode d'évolution et de progrès, devenait une méthode de régression. Il était temps qu'elle revînt à sa fonction essentielle, qui est, non pas de remonter le cours de l'histoire, mais d'en suivre les fluctuations successives et d'en accepter les résultantes finales (66).

Come si vede, Saleilles recupera temi propri dello storicismo francese (67) ma utilizza anche spunti critici provenienti dall'area tedesca, dove ormai è prossima l'apparizione del manifesto di Kantorowicz, e dove la reazione alle astrazioni mitologiche della pandettistica aveva provocato un profondo ripensamento della stesse premesse storico-filosofiche alla base dell'*essor*, per certi versi stupefacente, della *geschichtliche Rechtsschule*.

---

(66) *Méthode historique et codification*, cit., p. 11.

(67) Fondamentale per comprendere le particolarità della recezione dello storicismo savignyano nella Francia della prima metà del XIX secolo è il lavoro di D. R. Kelley, *Historians and the law in postrevolutionary France*, Princeton, 1984.

Ma la critica allo storicismo giuridico tedesco si alimenta soprattutto della fondamentale lezione jheringhiana. Jhering stigmatizza il fondamento politico di tale dottrina, il conservatorismo romantico di Savigny, considerandolo un « infelice prodotto da salottino di eruditi » (68). Si tratta infatti di un conservatorismo teso non già alla conservazione di ciò che è in quanto contiene in sé le condizioni del divenire, bensì al mero mantenimento dello *status quo*: è quindi un conservatorismo che nega il diritto del divenire, cioè nega al presente ciò che è costretto a riconoscere al passato.

Data tale premessa, l'impostazione quietistica dello storicismo e l'avversione per la dimensione volontaristica, implicita nel rifiuto della legislazione, è sottoposta a una critica radicale che si appunta proprio sul nucleo centrale di tale impostazione, rappresentato dal parallelo tra *Recht* e *Sprache*. Il movimento storico del diritto è retto dalle categorie della « lotta », del « tentativo », dello « sforzo faticoso », e differisce profondamente dalla libertà creativa e dallo spontaneismo che caratterizzano la lingua come altri ambiti della conoscenza. Mentre lo sviluppo della lingua o dell'arte avvengono senza alcuna violenta opposizione, lo sviluppo del diritto è dominato dal conflitto, dal confronto spesso violento tra interessi diversi, ed in esso assumono perciò un'importanza centrale le categorie dell'*agire* e del *volere* (69). Il quietismo savignyano è dunque falso sul piano teoretico oltre a essere pericoloso sul piano politico in quanto « fa sperare all'uomo, in un campo ove egli deve *agire*, e deve agirvi in piena, chiara coscienza dello scopo e con l'impegno di tutte le sue forze, che le cose si facciano da sé, che egli faccia meglio a starsene con le mani in mano e ad attendere fiducioso ciò che viene alla luce

(68) Cfr. R. Von Jhering, *Friedrich Karl von Savigny*, in *La lotta per il diritto e altri saggi*, pp. 49-70, cit., p. 62. Jhering unisce al rifiuto del razionalismo giuridico settecentesco la critica della Scuola storica, accusata di immobilismo. Cfr. G. Solari, *Socialismo e diritto privato*, Milano, 1980, cit., p. 71.

(69) Si veda sul rapporto tra scienza, storia e azione nella conoscenza giuridica R. Orestano, *Conoscere e agire nel sapere giuridico*, in R. Orestano, *Edificazione del giuridico*, Bologna, 1989, p. 237 e ss., cit., p. 241 e s.

del giorno poco a poco dalla presunta fonte originaria del diritto » (70).

Tali argomenti acquistano popolarità sul finire del secolo. Le riflessioni contenute nel saggio del 1902 sono suggerite, non a caso, dalla lettura di una serie di lettere anonime pubblicate nel 1901, i *Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft* di Oskar Bülow (71).

Vale la pena di soffermarsi un istante sulle lettere di Bülow per comprendere qual è la linea argomentativa seguita da Saleilles.

Nel 1901 escono i *Briefe* che, insieme al libro di Stammler e a un articolo di Leopold von Savigny costituiscono la cornice teorica che fornisce l'ispirazione che anima il saggio su *Ecole historique et droit naturel*.

Bülow sottopone a una critica radicale i postulati della Scuola storica concentrandosi in particolare su due aspetti, tra loro collegati: la validità dell'opzione epistemologica savignyana e la categoria, centrale, del *Gewonheitsrecht* (72).

L'equazione storia-diritto e la legittimità del fondamento storicistico della scienza giuridica, nella sua accezione originaria, è respinta perché ritenuta fuorviante e unilaterale: « die Rehtswissenschaft erhielt, als die Geschichte auf ihren Thron erhoben wurde, einen fremden Regenten » (73).

Savigny e la sua scuola, sull'onda dell'entusiasmo, hanno sopravvalutato il ruolo della storia che, da *Hilfswissenschaft*, è stata elevata a fondamento della giurisprudenza; con il risultato che il diritto si è dissolto nella storiografia e la scienza che se ne occupa, perdendo la sua identità, si è ridotta a uno "*Stück Geschischtswissenschaft*".

Bülow parla senza mezzi termini di uno "spodestamento" della giurisprudenza dovuto allo stravolgimento del suo statuto epistemologico. Il risultato è una serie di sovrapposizioni, confusioni meto-

---

(70) *La lotta per il diritto*, cit., p. 92.

(71) Su Oskar Bülow, cfr. R. STINTZING-E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abteilung 3, Halbband 2, Aalen, 1978, p. 954 e ss.

(72) Si veda in particolare il *vierter Brief*, *Über die historische Rechtswissenschaft*, in *heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1901, p. 56 e ss.

(73) *Über die historique Rechtswissenschaft*, cit., p. 65.

dologiche, "derive" filologiche che hanno segnato la produzione scientifica del XIX secolo tradendo l'autentica vocazione di una scienza che, prima di essere una riserva per eruditi (74), trova la sua ragion d'essere nell'elaborazione di soluzioni tecniche e quindi nella dimensione operativa (75).

In un empito di ortodossia positivistica, egli equipara la scienza giuridica alla chimica, all'elettrotecnica, alla mineralogia: scienza del presente il cui compito è conoscere e preoccuparsi del "*Werden des Jetzt*", per la quale la storia, al più, può svolgere un ruolo di supporto, di strumento di consapevolezza, come tale esterno, descrittivo, separato (76).

Specie nell'ultima lettera della raccolta, Bülow non fa altro che tirare le fila di un secolo di storia giuridica, risolvendo in modo indubbiamente originale il disagio evidente già nelle pagine del Savigny maturo (77).

---

(74) Questo fraintendimento ha origine nella cultura tedesca d'inizio Ottocento, nella *Traumleben* romantica, con la sua ricerca del bello e del vero, nella fantasia, nel culto del passato, nel senso dell'infinito e in quell' *idealer Flug* che pervade ogni manifestazione dello spirito, e che uomini come Savigny o Hugo hanno sperimentato in prima persona. Questa ventata di idealità ha fatto dimenticare che l'oggetto della scienza giuridica non è lo studio antiquario del passato né la composizione di una improbabile "poesia" del diritto ma un insieme di comandi destinati a disciplinare le relazioni sociali, che è compito del giurista elaborare, chiarire nella loro autentica portata, e garantire nella loro effettività: « in Savigny's und seiner Genossen junge Seelen tönten die holden Klänge aus des Knaben Wunderhorn berückend hinein, und die schwärmerische Begeisterung für die geheimnisvolle Herrlichkeit einer glücklicheren Vorzeit gab ihnen auch auf dem Wege zur strengeren Fachwissenschaft das Geleit », *op. cit.*, p. 60.

(75) *Op. cit.*, p. 65 e s.

(76) *Op. cit.*, p. 62 e ss.

(77) Nella introduzione al *System*, Savigny abbandona l'intransigenza del *Beruf* e si premura di ribadire una verità apparentemente ovvia: che cioè la teoria del diritto è al servizio della vita giuridica, della applicazione delle norme alle fattispecie concrete. Giudici e avvocati non trovavano nessuna utilità nella lettura dei libri ispirati alla metodologia della Scuola storica. Per tale ragione, tra i giuristi che si dedicavano esclusivamente alla teoria e disponevano degli strumenti di lavoro e delle conoscenze adeguate — ed erano spesso filologi o storici — e i giuristi che applicavano il diritto nella realtà quotidiana si era alzata una barriera insuperabile, « eine immer höhere, immer schwerer übersteigliche Scheidemauer ». Il tono dubbioso e quasi autocritico che traspare a tratti nell'introduzione al *System* è perciò il segno di una parziale ammissione di colpa. Del resto, al Savigny uomo politico, partecipe della storia del suo paese,

La constatazione della vittoria definitiva della legislazione, giunta al termine di un secolo che, al suo esordio, le aveva attribuito un attestato di incapacità, non solleva lamenti funebri sulla scienza del diritto (78).

Si osserva, curiosamente, un andamento opposto a quello francese: il diffondersi del diritto legislativo e di materie ancor più legate a una dimensione pratica, come il diritto bancario e il diritto commerciale, non provoca l'inaridimento della ricerca scientifica ma rappresenta, al contrario, un'occasione di rinnovamento, un risveglio a una vita più sana e più attenta (79).

Non solo, quindi, la codificazione non ha rappresentato la dichiarazione di morte della scienza giuridica, ma le ha offerto una possibilità di rinascita, favorendo il riavvicinamento tra teoria e prassi: i pratici si rivolgono di nuovo alla ricerca scientifica e contribuiscono al suo sviluppo col loro bagaglio di esperienze concrete ben sapendo che in essa non troveranno più (soltanto) opere di filologia o antiquariato giuridico ma sistemazioni adeguate di un materiale giuridico in continua evoluzione; allo stesso tempo, i teorici, senza rinnegare la propria formazione romanistica e i propri interessi storico-giuridici, escono dal loro isolamento e, lavorando su un materiale chiaro e semplice e non più su fonti remote e spesso lacunose e inaffidabili, hanno la consapevolezza di essere parte di un lavoro corale, svolto a stretto contatto e *a favore* della dimensione pratica.

---

testimone degli sforzi sempre più intensi, specie dopo il formarsi della lega anseatica, per superare la frammentazione giuridica e il particolarismo, non era sfuggita l'eccessiva unilateralità delle posizioni metodologiche del Savigny uomo di scienza. *Op. cit.*, p. 130 e s.

(78) « Das Jahrhundert, in dessen Anfang der Gesetzgebung ein gläubig hingenommenes Unfähigkeitsattest ausgestellt worden war, hat mit ihrem glänzendsten Siege, mit einer so außerordentlich gesteigerten, massenhaften und vielseitigen gesetzgeberischen Thätigkeit geendigt, wie sie noch nie von einem Volke erlebt worden ist », *ibidem*, p. 133.

(79) « Wir haben die frohe Erfahrung gemacht, daß die reichsrechtliche Kodifikation eines jeden Rechtsteiles einen sehr bedeutenden Aufschwung seiner theoretischen Behandlung mit sich brachte. Die Rechtswissenschaft hat durch die Gesetzgebung nicht bloß einen veränderten Gegenstand ihrer Forschungsarbeit erhalten. Sie verdankt der Gesetzgebung eine tief innerliche Erneuerung, die Erweckung zu einem regeren, gesünderen Leben », *ibidem*, p. 134.

Le idee di Bülow apparivano particolarmente adatte a sedare le ansie di chi cercava una strada per legittimare la bontà di una metodologia storica in presenza di una codificazione.

La Francia non aveva avuto il tempo di sviluppare una scienza giuridica in grado di reggere l'urto della codificazione. Il codice, benché fosse una sorta di compendio della civilistica francese d'*Ancien Regime*, restava il prodotto di una cerchia minoritaria e particolarmente "illuminata" di giuristi. Per il resto, la stragrande maggioranza dei giuristi francesi lo subì e non seppe affrontarlo con il giusto equilibrio.

Per questo la rinascita della scienza giuridica cui faceva riferimento Bülow, come conseguenza dello sviluppo della legislazione, doveva destare attenzione in quanto, oltre a non gettar fango sul diritto legislativo rifiutando l'elemento "politico" della giurisprudenza, appariva funzionale alla definizione di un compromesso, di un equilibrio possibile, tra teoria e prassi, evitando le derive esegetiche e gli eccessi di archeologia.

Non c'è da stupirsi, quindi, se la riflessione di Saleilles si riallaccia a questo filone della scienza giuridica tedesca di fine secolo.

Il saggio su *Ecole historique et droit naturel* registra fedelmente queste insoddisfazioni. La denuncia del carattere regressivo della metodologia savignyana, in quanto strumento di paralisi dell'evoluzione giuridica e di legittimazione del formalismo giuspositivistico, si riallaccia precisamente alla linea argomentativa bülowiana:

> elle s'était coupé les ailes et comme désarmée elle-même, en déclarant qu'elle ne pouvait, scientifiquement, exercer aucune action sur le développement phénomenal du droit: elle n'avait qu'à attendre, enregistrer, constater: elle se refusait à devenir une méthode, soit de création législative, soit d'interprétation doctrinale. L'école historique venait d'abdiquer. Nous avions des historiens du droit à qui il ne manquait qu'une chose, l'esprit historique ([80]).

Attendere, registrare, constatare: criteri di comportamento indubbiamente fondamentali per uno storico, ma criteri troppo minimalisti, troppo rinunciatari per uno storico che abbia la pretesa di parlare a dei giuristi. La Scuola storica, abdica di fronte alle respon-

---

([80]) *Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 95.

sabilità che le derivano dal fatto di porsi come storiografia giuridica, e cioè, appunto, come storia di un pensiero (anche) tecnicamente orientato, rinunciando così a dar vita a uno stile di creazione legislativa o di interpretazione dottrinale davvero all'altezza delle sue ambizioni:

> constater, après tout, n'est pas créer; l'un est le fait de l'histoire, l'autre est celui des sciences sociales, et de la politique sociale, qui en dérive. L'histoire, dans son application aux sciences sociales, doit devenir une force créatrice. L'école historique s'était arrêtée à mi-chemin (81).

L'incapacità di elevarsi al rango di forza creatrice risulta decisiva e chiarisce le ragioni dell'adesione condizionata alla lezione savignyana: nel paese del *Code civil*, infatti, l'obiettivo non può essere soltanto quello di ricavare, attraverso una rigorosissima critica delle fonti, un materiale giuridico depurato, da utilizzare come base di partenza per la elaborazione di una parte filosofica in linea con le preoccupazioni e i metodi di lavoro dell'idealismo post–kantiano; il problema, semmai, è quello di avvicinare diritto e giustizia, e cioè di superare l'implacabile legalismo cui l'ipoteca codicistica, con la rigida gerarchia delle fonti che la presupponeva, sembra aver condannato la scienza del diritto (82).

Ma ciò è possibile solo a condizione di dare più spazio all'elemento volontaristico, riconoscendo che l'ambito del giuridico non è fatto solo di rispetto di ciò che è, di contemplazione, di oggettività, ma anche, in larga misura, di azione, di volontà creatrice, di progettualità. Ciò sottolinea, ancora una volta, l'importanza della storia nella sua essenziale dimensione metodologica:

> l'école historique n'est, et ne peut être, une école juridique, indépen-

---

(81) *Ibidem*, p. 94.

(82) Riferimenti espressi alla funzione metodologica degli studi storici si trovano nella *Lettre à M. Paul Desjardins*, cit., p. 35 e s. : « pour le futur juriste, le droit, bien loin d'être étudié uniquement sous son aspect logique, serait envisagé, en même temps, au point de vue de l'histoire, de l'économie politique et du droit comparé. Seulement, chacune de ces disciplines, au lieu d'être érigée en une science indépendante, étudiée pour elle-même, ne serait creusée et approfondie que dans ses rapports avec la fonction juridique, en vue de la part qu'elle doit avoir, soit dans l'évolution législative du droit, soit surtout, de la part du juge, dans son interprétation doctrinale et judiciaire. Tout en respectant les droits de l'analyse, nous maintenons la synthèse ».

dante de l'histoire, que si elle fournit une méthode de progrès et d'évolution, pour interpréter, développer, créer le droit. Sinon, elle devra s'avouer vaincue devant la méthode déductive, qui, dès qu'il n'y aura plus à constater, mais à créer, reprendra sa fonction, fera jouer ses syllogismes et emportera la partie. Elle constitue une force impérieuse avec laquelle il faut compter et dont on se passera jamais (83).

La storia, assunta come pura ricerca erudita, con una completa elisione del suo potenziale valore programmatico e della sua carica provocatoria, finisce perciò per tradire il diritto e, quel che è peggio, contribuisce a chiuderlo nelle maglie della dogmatica e del deduttivismo, seguendo un procedimento involutivo, contenuto *in nuce* nella *Methodologie*; rischio che Saleilles si rivela capace di cogliere con ben altra lucidità rispetto ai suoi predecessori.

La sorte cui appare destinata la Scuola storica, proprio a causa di tale incapacità progettuale, è l'emarginazione e la rinuncia implicita a porsi come scuola *giuridica*:

> si le droit évolue, il faut que l'école historique nous dise comment il doit évoluer; si elle en est incapable ou qu'elle s'y refuse, autant dire qu'elle cesse d'être une école juridique, puisqu'elle est impuissante à fournir une méthode créatrice. Méthode d'étude peut-être; et cela peut suffire à l'historien. Cela ne suffit pas au juriste (84).

Ma quel che è più grave è il fatto che la Scuola di Savigny viene meno al suo ruolo proprio quando ciò è più necessario: nel momento della diffusione generalizzata di sistemi di diritto codificato e dello strutturarsi di sistemi costituzionali basati su una rigida gerarchia delle fonti.

Nel far ciò essa svela, oltre tutto, una mancanza di coraggio e di onestà intellettuale: proprio lo storicismo, infatti, per la sua propensione a constatare, per la sua vocazione a cogliere le grandi linee dello sviluppo storico e a elaborare suggestive visioni d'insieme, avrebbe dovuto accettare l'idea della codificazione, considerandola non più come un fatto tirannico e innaturale ma come il frutto più attuale dello spirito giuridico europeo. La ricerca della linea, come

---

(83) *Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 95.
(84) *Ibidem*, p. 96.

abbiamo visto, impone non solo di « remonter le cours de l'histoire, mais d'en suivre les fluctuations successives et d'en accepter les résultatantes finales » (85).

La centralità della *Gewohnheit*, tipica dell'impostazione savignyana, comporta, invece, paradossalmente, un effetto di ipostatizzazione del diritto codificato, trasformato in diritto consuetudinario, in un « morceau d'histoire, pris dans le passé » (86).

In quanto prodotto di un contesto storico determinato, esso viene sottoposto al medesimo approccio filologico riservato in precedenza alla consuetudine, e la ricerca della *voluntas legis* diventa l'unico criterio ermeneutico ammissibile. L'accettazione delle « résultantes finales », viceversa, consente a Saleilles di impostare il problema del metodo storico nell'unico modo davvero sensato e fecondo per uno storico che voglia fare il giurista:

> en présence de la codification qui s'impose de plus en plus, et de la faveur croissante de la méthode historique, dans le domaine de droit, quelle doit être la conception nouvelle de la méthode historique dans son application à la codification? (87).

La risposta a tale domanda passa anche attraverso la rimeditazione del ruolo del diritto legislativo e quindi, al di là degli echi ormai lontani della polemica del 1814, di un giudizio equilibrato sul suo valore e significato storico.

2.3. *La valorizzazione del diritto legislativo.*

I giuristi di fine Ottocento sono posti di fronte a sfide inedite. Sono chiamati a governare la complessità, a predisporre soluzioni

---

(85) *Méthode historique et codification*, cit., p. 11.

(86) *Ibidem*, p. 15.

(87) *Ibidem*, p. 10. Domanda che verrà riproposta, a un anno di distanza, nel saggio scritto per il centenario del Codice. Il vero problema era verificare sul campo l'asserita incompatibilità tra codificazione e metodo storico: « cette expérience séculaire, faite sur le Code civil français, dans son pays d'origine, a-t-elle donné raison à Savigny et à son école? A-t-elle démontré l'incompatibilité du droit codifié avec l'application de la méthode historique? »: domanda che Savigny non si era posto in questi termini per la semplice ragione che il suo obiettivo, in fondo, era assai poco metodologico. Cfr. *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 98 e s.

capaci di risolvere o attenuare il conflitto, ad elaborare le premesse giuridiche funzionali alla costruzione di quello che diverrà, col tempo, l'*Etat-Providence*.

Appare necessario, per questo, individuare strumenti tecnici in grado di favorire l'evoluzione del diritto e il suo adattamento ad un contesto sociale problematico ed in perpetuo movimento. « Si le droit évolue, il faut que l'école historique nous dise comment il doit évoluer »: ecco l'invito che egli rivolge alla Scuola Storica. Ma la risposta di Savigny si rivela in parte inadeguata: la *Gewohnheit* (88), infatti, non è in grado di ordinare la complessità.

Come abbiamo anticipato, l'obiettivo privilegiato della critica di Saleilles è la *Gewohnheitsrechtstheorie* savignyana (89). È evidente, anche sotto tale profilo, l'adesione del giurista di Beaune alla linea argomentativa adottata da Oskar Bülow. Quest'ultimo, infatti, non cessa di segnalare come la mitizzazione del ruolo della consuetudine, frutto di una visione distorta del passato, abbia condotto alla elaborazione di una teoria delle fonti viziata da unilateralità.

Il romanticismo giuridico savignyano, in polemica con la rivoluzione, ha ricollegato il legicentrismo ottocentesco alle teorie del giusnaturalismo razionalistico e alla dottrina politica di Rousseau senza rendersi conto che esso è il frutto di una vicenda storica complessa, la cui corretta ricostruzione consente invece di conciliare

---

(88) Per un inquadramento del ruolo della consuetudine nella teoria delle fonti e della interpretazione, si vedano J.-M. Carbasse, *Coutume, temps, interprétation*, in *Droits*, n. 30, 2000, p. 15 e ss.; J. Carbonnier, *Flessibile diritto*, trad. it., Milano, 1997, cit., p. 93 e ss.; M. Troper, *Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement*, in *Droits*, n. 3, 1986, p. 11 e ss.

(89) Come nota Bruno Oppetit, la diffidenza nei confronti della consuetudine radicata nella mentalità dei giuristi francesi è frutto di un solido retroterra ideologico che trova nella filosofia dei Lumi e nei principi della codificazione napoleonica il suo principale fondamento. Si tratta di un orizzonte culturale che non viene mai meno completamente: « même quand les auteurs modernes… ne se réclament pas ouvertement de cette dogmatique des sources du droit, ils n'en adhèrent pas moins, implicitement, en lui donnant la forme d'un constat, à un postulat selon lequel il n'est d'autre droit que celui qui a pour origine l'Etat, dans toutes ses manifestations; et le véritable culte voué en France à la jurisprudence depuis le début du siècle n'a nullement affaibli cet attachement à la suprématie absolue de la loi », cfr. B. Oppetit, *Sur la coutume en droit privé*, in *Droits*, n. 3, 1986, p. 40 e ss., cit., p. 41.

lo spontaneismo della *Gewohnheit* con la natura apparentemente arbitraria della *Gesetzgebung*.

Il passaggio della gestione del diritto, dalla *richterliche Gewalt* alla *Gesetzgebung* mette in crisi la validità della *Gewohnheitsrechtstheorie* poiché, svelando la necessità di una dinamica centripeta, denuncia la differenza essenziale tra il meccanismo che presiede alla formazione della lingua e il meccanismo che regola lo sviluppo del diritto: solo nel primo caso si può parlare di sviluppo spontaneo, diffuso, decentralizzato, frutto del tempo e della consuetudine: solo la formazione linguistica è concepibile in assenza di una specifica dimensione potestativa.

Il diritto, se vuole produrre unità e porsi come strumento di limitazione dell'arbitrio individuale, ha bisogno di innescare un processo di centralizzazione del potere, di individuare una *zentrale Macht* cui affidare il compito di dare effettività e forza vincolante a pretese giuridiche fondate sugli usi di una comunità.

In quest'ottica, allora, la consuetudine assume una portata ben diversa, non è più la *nebelhafte*, *vage Gesamtvorstellung* della teoria savignyana, ma è il serbatoio di legittimazione cui attinge la *zentrale Macht* statuale, giudiziaria prima, legislativa poi, nel tentativo di individuare soluzioni giuridiche, limitate a casi singoli o dotate della pretesa della generalità, che siano espressione del sentimento giuridico della comunità e non creazioni arbitrarie di organi investiti di autorità.

La consuetudine non rappresenta perciò l'arcadia di un diritto senza padroni, decentralizzato, e totalmente spontaneo; è semmai il luogo in cui si esprime il sentimento giuridico della comunità, il suo bisogno di regole e di certezze giuridiche, e su cui si fonda la legittimità dell'azione accentratrice del potere statuale volta a stabilizzare e a rendere effettive e giuridicamente vincolanti pretese altrimenti fondate su mere convinzioni di giuridicità.

Due sono gli esiti più significativi di tale impostazione: da un lato, l'accostamento tra *Recht* e *Macht* e la necessaria presenza di un momento centripeto e potestativo come tratto distintivo della vicenda storico-giuridica è sufficiente per negare validità all'ipotesi dell'esistenza di un'epoca di "spontaneismo" giuridico, caratterizzata dalla presenza di un diritto privo di sanzione statuale, mero prodotto organico della « unorganisierte Volksmasse », esistente di per sé, come puro condensato di consuetudini ritenute vincolanti in quanto defi-

nizioni ideali di leggi generali: « die ganze Gewonheitsrechtstheorie ist ein Erzeugnis der romantisch-historischen Phantasie! ».

D'altra parte, il parallelismo tra *richterliche Gewalt* e *Gesetzgebung*, definisce un processo di progressivo accentramento della dimensione giuridica, della produzione e della applicazione del diritto, volta a garantire stabilità, effettività e certezza alle posizioni giuridiche soggettive, il cui esito estremo e più sofisticato è rappresentato dalla legge generale ed astratta e quindi, *a fortiori*, dai codici.

Il passaggio della *zentrale Macht*, indispensabile per la creazione del diritto, dall'ambito della *iurisdictio* a quello della legislazione, costituisce dunque un duplice progresso in quanto, da una parte, proietta la ricerca della certezza e della effettività, che giustifica la presenza di un'istanza centralizzante, dalla irripetibilità del caso concreto su cui si esercita l'autorità delle corti alla previsione di una serie di casi futuri e indefiniti; dall'altra, perché il diritto legale, proprio per il suo carattere di astrattezza, offre una garanzia di uguaglianza e di imparzialità ben maggiore rispetto alla *richterliche Gewalt*, al punto che il diffondersi della legislazione non costituisce la spia della decadenza di un diritto che ha smarrito il suo slancio creativo, ma rappresenta, al contrario, un progresso, un ulteriore perfezionamento di quel processo di centralizzazione, necessario per garantire l'effettività delle norme giuridiche, che aveva trovato nell'autorità dei tribunali la sua prima manifestazione.

Il giudizio positivo sulla legislazione era implicito nell'affermazione bülowiana del carattere progressivo del passaggio della *zentrale Macht* dalle corti al legislatore e trovava del resto una chiara affermazione nell'ultimo *Brief* della raccolta dedicato al *Sieg der Gesetzgebung über die historische Rechtswissenschaft*.

L'indiscutibile successo del diritto legale, tratto caratteristico della storia giuridica continentale del XIX secolo, contrariamente alle idee di Savigny, aveva prodotto un sensibile riavvicinamento tra teoria e prassi e un rinnovamento complessivo della scienza giuridica.

Il ridimensionamento del *Gewohnheitsrecht* savignyano trova ampia eco nello storicismo metodologico di Saleilles in conseguenza del rifiuto della opzione anti-codicistica tipica della Scuola storica e della valorizzazione del ruolo di legge e legislatore rispetto a una

fonte, la consuetudine, sentita come insufficiente e inadeguata a far fronte ai bisogni della società moderna.

L'ideale della Scuola Storica è quello di una trasformazione lenta e spontanea del diritto, indipendente da interventi esterni. La stessa *Gewohnheit*, in tale impostazione, non è capace di manifestarsi in modo organico per mancanza di strumenti adeguati. Il compito di offrire una risposta alle aspirazioni sociali, specie in periodi storici particolarmente turbolenti, è affidato alla capacità ordinante della dottrina. Essa, però, nell'ideale di Savigny, è tenuta a rispondere alle richieste di progresso giuridico attraverso la riproposizione di una versione depurata del diritto romano classico.

Così facendo, a giudizio di Saleilles, lo storicismo si condanna all'impotenza: non è infatti brandendo l'arma della filologia che si può assicurare l'evoluzione del sistema giuridico:

> à prendre l'école historique dans sa conception primitive, l'idéal eût été de laisser le droit évoluer par voie de déformation lente, sans lui fournir aucun organe de transformation. Elle niait, bien entendu, qu'un code pût être un élément de progrès, par le mouvement d'idées qu'il évoque, par l'éveil qu'il produit. Mais, on n'offrait même pas à la coutume, seule en possession du terrain, aucun mode de manifestation organique. Et alors comment donner une expression positive à toutes ces aspirations vagues et imprécises, issues des masses populaires, et laissées en état de perpétuel flottement, tant qu'elles ne trouvent aucun moyen de s'incarner en une formule qui s'impose? On s'en remettait, il est vrai, à la science et à la doctrine. Mais la doctrine vivait de conceptions abstraites. Bien plus, là où elle pouvait avoir à chercher ses modèles chez les chefs d'école eux-mêmes, ce qu'on lui offrait, c'était de revenir au droit romain initial, dégagé des scories de l'évolution historique, c'était la critique des textes, c'était la condamnation de cet usus modernus des Pandectes, dont s'accomodait le temps présent, pour remonter aux sources pures du passé. Le peuple rêvait de progrès sociaux, et on lui proposait de faire de la philologie! (90)

Il confronto con la dottrina savignyana lo spinge perciò ad andare alla ricerca di fondamenti teorici capaci di definire l'identità dello storicismo francese; di soluzioni, cioè, che gli consentano di chiarire, al di là della mera affermazione del valore progressivo del

---

(90) *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 99.

Codice, il ruolo effettivamente svolto dalla legge nel contesto di un orizzonte interpretativo e metodologico storicistico.

Riveste un carattere decisivo, in questa prospettiva, la scoperta delle opere di Alfred Fouillée e in particolare della dottrina (91) dell'idea-forza, con la quale Fouillée tempera in senso spiritualistico gli eccessi meccanicistici del positivismo (sfociati nella teoria dell'*homme-machine*) saldando il determinismo dei processi naturali con la libertà della coscienza. Al contempo, riconoscendo che le idee e i sentimenti sono fattori di evoluzione, introduce nel determinismo un fattore di reazione su se stesso.

Tutto ciò, nell'ottica della ricerca di una conciliazione tra storicismo e codificazione, appare funzionale a una rivalutazione del ruolo della volontà, individuale o collettiva, in quanto fattore capace di produrre delle discontinuità, e quindi in quanto elemento carico di progettualità. Il rifiuto della nozione caricaturale di *loi* accolta dai positivisti, appare funzionale alla rivendicazione di un margine di libertà, e quindi di un futuro in certa misura indeterminato, da costruire attraverso scelte consapevoli, ed offre un quadro teorico interessante per una riflessione giuridica incalzata dall'origine e dalla natura rivoluzionaria del Codice.

Dal tentativo di conciliare libertà e determinismo messo in atto da Fouillée, Saleilles ricava indicazioni preziose per un superamento

---

(91) L'opera di Fouillée incide profondamente nel panorama intellettuale degli ultimi trent'anni dell'Ottocento. Uno dei temi di fondo della sua riflessione riguarda il rapporto tra libertà e determinismo, che sfocia nella elaborazione di una sorta di evoluzionismo spiritualistico il cui obiettivo è la realizzazione di una sintesi superiore tra le esigenze dello spirito e il meccanicismo tipico del positivismo filosofico. Tra i suoi scritti principali possono ricordarsi: *La liberté et le déterminisme*, Paris, 1872; *L'idée moderne du droit en Allemagne, en Angleterre et en France*, Paris, 1878; *La théorie de l'Etat et le rôle de l'idée de contrat dans la science sociale contemporaine*, in *Revue des Deux Mondes*, XXXII, 1879, pp. 759-793; *L'histoire naturelle des sociétés humaines ou animales (I) L'organisme social*, in *Revue des Deux Mondes*, XXXIV, 1879, pp. 370-405; *L'histoire naturelle des sociétés humaines ou animales (II), La conscience sociale*, in *Revue des Deux Mondes*, XXXIV, pp. 579-614; *La pénalité et les collisions de droits d'après la science sociale contemporaine*, in *Revue des Deux Mondes*, XXXVI, pp. 392-426; *La science sociale contemporaine*, Paris, 1880; *Les transformations du droit. Etude de sociologie*, Paris, 1893; *La psychologie des idées-force*, Paris, 1893; *La démocratie politique et sociale en France*, Paris, 1910. Sull'importanza di Fouillée nel contesto della Terza Repubblica, si veda Cfr. A. Stora-Lamarre, *La République des faibles*, cit., p. 137 e ss.

dell'attitudine contemplativa savignyana in nome del Codice, da attuarsi non in alternativa ma contestualmente alla riaffermazione del *credo* storicista.

La critica alla pretesa legifobia savignyana, elaborata a partire da tali suggestioni, ripropone, nel contesto di una concezione spiccatamente organicista, molti dei temi che erano affiorati nella riflessione degli storicisti della prima metà del secolo.

I riferimenti al tema del valore della legge nel contesto di un metodo storicistico sono sparsi in una serie di scritti compresi tra il 1901, anno della pubblicazione dello studio sull'atto giuridico nel codice civile tedesco, e il 1911 in occasione del suo ultimo intervento pubblico.

Le prese di posizione più significative, tuttavia, sono contenute in due articoli del 1904, la *Conférence sur les rapports du droit et de la sociologie*, pubblicato nella *Revue internationale de l'enseignement* e *Le Code civil et la méthode historique*, il contributo scritto per il libro collettaneo pubblicato in occasione del centenario del Codice.

Il determinismo predicato da Savigny attraverso la celebre analogia tra diritto e lingua, il cui esito principale è un deciso ridimensionamento del ruolo della legge nella genesi del diritto, viene attaccato con un'argomentazione tesa a rivendicare, proprio sul piano storico, l'importanza dell'elemento *soggettivo* e *volontaristico*.

Per individuare argomenti a sostegno della sua tesi, Saleilles fa appello alla storia del diritto. La *forma*, la *scelta* deliberata di una data sistemazione tecnica, si sono rivelate decisive, in epoche storiche risalenti, ai fini dello sviluppo di precisi assetti istituzionali. Così, non solo l'esercizio di una *volontà*, per quanto collettiva, non ha urtato contro la « masse amorphe » di tradizioni e di consuetudini in cui si celava, apparentemente, l'unico criterio di legittimazione giuridica, ma è servita, al contrario, per rivelare l'importanza che assumono in certi casi le « créations raisonnées ».

In determinate ipotesi le forze interiori che agiscono silenziosamente, cui Savigny attribuisce la paternità esclusiva di ogni manifestazione giuridica, hanno avuto bisogno di concentrarsi in un momento deliberativo, ricorrendo a una manifestazione di *volontà* da cui scaturiva l'adozione di modelli astratti di regolamentazione che non avevano ancora raggiunto una piena e compiuta elaborazione da

parte della coscienza giuridica popolare: è il caso del modello giuridico alla base del sistema feudale, e cioè uno schema contrattuale sul tipo degli *Herrschaftsverträge* (92), le cui soluzioni tecniche vengono codificate, in origine, nell'Italia settentrionale e si trasmettono poi, sotto forma di « droit d'emprunt », in ogni angolo d'Europa: l'analogia con il Codice civile, "esportato" un pò ovunque in giro per il mondo, anche se non esplicitata, è evidente.

È un contratto, e cioè uno schema giuridico legato, per eccellenza, al momento della volontà e della soggettività, a diffondersi come schema ordinativo di un insieme di rapporti di fedeltà, di assistenza e di protezione che, presenti allo stato fluido, nel tessuto sociale, sotto forma di bisogni più o meno chiaramente percepiti, acquistano sostanza e consapevolezza traducendosi in una forma giuridica precisa frutto di un atto di volontà e di una scelta deliberata.

L'introduzione, in un tessuto di consuetudini in continua evoluzione, di soluzioni tecniche tratte da un simile « droit d'emprunt », lungi dal provocare il rigetto di un tessuto giuridico estraneo, determina invece un'acquisizione di consapevolezza che ha il merito di "incarnare" l'insieme di bisogni e di rivendicazioni presenti confusamente nel corpo sociale in ideali di giustizia, di equità, di garanzia individuale, dotati adesso di uno strumento giuridico, frutto di un momento di discontinuità, che offre loro cittadinanza e possibilità di realizzazione. Quel che appare più significativo è proprio il fatto che questo « droit d'emprunt », innestandosi su un complesso di consuetudini preesistenti, provoca una reazione, un mutamento di direzione e l'acquisizione di una nuova consapevolezza.

Saleilles intravede inoltre una profonda analogia, a livello di "genetica" giuridica, tra la vicenda delgli *Herrschaftsverträge* e l'effervescenza della legislazione sociale di fine Ottocento: un insieme di leggi a vocazione sociale, frammentarie, insufficienti, mal applicate, si rivelano capaci, contro ogni attesa, di instillare l'idea della solidarietà e di promuovere una revisione dei dogmi tradizionali, incidendo quindi in profondità sulla coscienza giuridica di una intera nazione:

---

(92) Si veda sul punto M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne – Le libertà fondamentali*, Torino, 1995, p. 20 e ss.

de tout cet ensemble de lois qui tendent toutes au même but, la protection des faibles, naît peu à peu un sentiment, un peu vague d'abord, et qui se précise peu à peu, celui d'un droit nouveau en voie de formation, fondé sur une intelligence et une pénétration plus intense de la solidarité qui nous relie tous les uns aux autres et qui ne permet plus à ceux qui profitent de la collaboration des autres de les abandonner à leurs propres forces, c'est-à-dire à leur faiblesse (93).

La legge può svolgere pertanto una funzione pedagogica di portata fondamentale, contribuendo alla sviluppo e al consolidamento di quella nozione di solidarietà, la cui corretta articolazione giuridica costituisce un *enjeu* decisivo sulla via della costruzione tecnica di un regime democratico-sociale.

L'esempio degli *Herrschaftsverträge* conferma la bontà della intuizione bülowiana sulla necessaria presenza di un momento centripeto e potestativo come tratto distintivo della vicenda storico-giuridica ed elemento trainante della vita del diritto, e quindi della volontà, persino in epoche di diffuso "spontaneismo" giuridico.

Il diritto consuetudinario è considerato alla stregua di una galassia multiforme e caotica, dominata da una considerevole forza d'inerzia. L'esperienza storica ha dimostrato come la consuetudine presenti una tendenza pressoché assoluta all'immobilismo, costituisca cioè una « matière inerte » sulla quale le volontà individuali hanno scarsa presa (94).

La sua evoluzione presuppone l'attivazione di una quantità tale di forze latenti e inafferrabili che « ceux qui pourraient peut-être donner le branle y renoncent, se découragent et laissent faire » (95).

---

(93) *Les rapports du droit et de la sociologie*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XLVIII, 1904, pp. 420-432, cit., p. 427.

(94) L'invito a abbandonare l'idolatria del diritto consuetudinario è una ulteriore conferma dell'influsso esercitato dal magistero jheringhiano. Cfr. O. JOUANJAN, *Science juridique et codification en Allemagne, 1850-1900*, in *Droits*, n. 27, 1998, p. 76 e ss.

(95) « Alors que la masse des intéressés se figure qu' elle n'a qu' une faible poussée à produire pour obtenir un avantage, ou même quelquefois un changement considérable, dans le domaine du droit public, elle se rend compte que, pour changer un point infime dans les usages traditionnels en matière de droit privé, il lui faudrait atteindre, non plus collectivement, mais individuellement, toutes les volontés particulières: c'est un effort irréalisable. Et ainsi se perpétuent des coutumes dont personne, individuellement, ne veut plus, mais que tout le monde conserve, parce que, si tous sont d'accord pour les

I pratici, che sono gli artefici esclusivi della sua evoluzione, sono anche i principali interessati al mantenimento dello *status quo*: il sistema giuridico consuetudinario è perciò intrinsecamente conservatore e può funzionare solo in epoche caratterizzate da una relativa stabilità e coesione sociale.

È necessario per questo individuare un organo in grado di porsi come elemento centripeto, come « zentrale Macht », capace di attivare una sorta di forza gravitazionale suscettibile di rimettere in movimento la massa del diritto consuetudinario accelerandone e orientandone lo sviluppo. È a questo punto che entra in scena la legge in quanto unico organo in grado di esprimere e realizzare la volontà collettiva degli interessati, di constatare « ce qui n'est plus » e di consacrare « ce qui devrait être », di « trancher dans le vif, en séparant les choses mortes des réalités vivantes; et c'est le rôle de la loi » (96).

La capacità del diritto legislativo di introdurre momenti di discontinuità che incidono sulla vita del diritto come catalizzatori, luoghi di verifica, stimoli, spinge Saleilles a sottolineare l'importanza della legge in quanto momento "propulsivo" dello sviluppo giuridico: nell'alternativa tra *Gesetzgebung* e *Gewohnheit*, egli propende senza esitazioni per la prima:

> la loi...est un effet, mais elle est aussi une cause. Elle est le point de départ d'une orientation nouvelle; et comme telle elle a une valeur évolutive qu'on ne saurait nier, et que Savigny a eu le tort de méconnaître. Elle agit comme élément de progrès et de développement dans la grande chaîne historique qui relie les unes aux autres les institutions juridiques (97).

Riaffiora, non a caso, la parola magica presente nelle pagine degli storici liberali e dei giuristi *frondeurs* della prima metà del secolo: il richiamo alla *chaîne* giustificatrice, nella quale l'evento Codice finisce per trovare la sua collocazione, nel contesto di una lettura fisiologica delle vicende della storia giuridica francese (98).

---

détruire, personne n'a pris conscience des formes nouvelles qu' il conviendrait de leur substituer », cfr. R. Saleilles, *Mélanges de droit comparé*, I, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, 1904, cit., p. 11 e s.

(96) *Ibidem.*

(97) *Ibidem*.

(98) È tipico di tali autori, come vedremo, il richiamo alla storia non per rifiutare

Il Codice, nell'evoluzionismo spiritualistico alla Fouillée cui Saleilles si ricollega, rappresenta quindi lo strumento capace di introdurre nel determinismo giuridico un elemento di corto-circuito e di reazione su se stesso, che rende possibile un mutamento di direzione e l'accumulo di un "nuovo" diritto consuetudinario:

> si les moeurs créent les lois, bien souvent aussi les lois créent les moeurs. Elles les créent à la façon de ces idées-force dont a si bien parlé M. Fouillée, qui agissent sur la conscience individuelle et finissent par devenir en cela un instinct qui l'entraîne. Croyez-vous que le Code civil français n'ait pas fait à la France des moeurs juridiques nouvelles, et que, même dans les classes aristocratiques qui lui furent réfractaires, il n'ait pas fait pénétrer le sentiment d'égalité dans les partages et d'indépendance dans la propriété? (99).

È evidente perciò l'accettazione della codificazione come evento positivo e progressivo e quindi come valore da promuovere nell'ambito di una impostazione scientifica che, come vedremo, dà un rilievo centrale alla distinzione tra Scuola storica e metodo storico.

Il processo di accelerazione nello sviluppo del diritto, reso possibile dall'intervento dell'istanza centripeta rappresentata dalla legge, è reso più urgente, e anzi si impone, tutte le volte in cui un paese ha raggiunto una sufficiente consapevolezza della propria unità. Ciò genera inevitabilmente il desiderio di superare il particolarismo giuridico, traducendosi in un « mouvement irrésistible vers la communauté de droit privé », che supera l'orizzonte consuetudinario e fa appello all'efficacia unificante della legge.

Saleilles avanza dunque l'idea della ineluttabilità della forma-Codice, almeno nel panorama giuridico dell'Europa continentale. Il codice cui fa riferimento, però, conformemente alla metafora organicista che alimenta la sua riflessione, deve essere un prodotto organico della evoluzione giuridica di una nazione. Esso deve integrarsi nell'organismo giuridico esistente, migliorandone la funziona-

---

il Codice ma per comprenderlo: « il convient de préciser que si les auteurs susceptibles d'être rattachés à ce courant s'inspiraient de la méthode historique allemande, celle-ci devait alors servir à comprendre le Code, à le critiquer même sous certains aspects, mais non à le rejeter », cfr. D. Bureau, *Les regards doctrinaux sur le Code civil*, in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, cit., p. 186.

(99) *Les rapports du droit et de la sociologie*, cit., p. 427.

lità, non deve presentarsi come un sistema astratto, senza radici nel passato, elaborato a partire da principi di giustizia razionale, come pretendeva erroneamente la scuola di Thibaut (100).

A questa condizione, il codice rappresenta, in determinate epoche storiche, il solo strumento capace di favorire l'evoluzione storica del diritto. Storicismo e idealismo, perciò, si fondono in una concezione che fa della volontà individuale un elemento del processo storico, al di là di qualsiasi deriva fatalista, sottolineando il ruolo di un « idéal juridique » la cui fonte deve essere ricercata non nella « région pure des abstraction rationnelles », ma nel dominio mutevole della storia:

> la vérité est, quoi qu'en ait dit et pensé Savigny, que la codification devient, à certains moments de l'histoire, comme le seul procédé possible de l'évolution historique du droit. L'histoire n'est pas cette force inerte, aux germinations fatales, où la volonté de l'homme n'ait aucune prise, telle que l'avait cru et soutenu l'Ecole historique. Elle travaille sur des volontés humaines, lesquelles ont part à son action, et il arrive un moment, qu'aucune volonté individuelle, sans doute, n'a, ni créé ni voulu, ce qui est la part essentielle à faire au déterminisme historique, mais où la volonté individuelle devient un instrument indispensable du processus historique, le seul procédé de réalisation que l'histoire ait jamais connu pour hâter et confirmer l'évolution définitive des transformations sociales qui s'accomplissent (101).

Saleilles recupera infine un tema caratteristico dello storicismo francese: il Codice non è un ostacolo allo sviluppo della scienza, ma è al contrario uno stimolo. Con buona pace delle illusioni di Napoleone, il Codice reclama la scienza, ne sollecita l'intervento, in quanto segna un nuovo « commencement », un nuovo « point de départ », verso orizzonti ancora da esplorare.

Ribadendo la compatibilità tra storicismo e codificazione, egli riconosce al Codice la capacità di chiarire, precisare, rendere più

---

(100) Si è notato come la riduzione della polemica tra Savigny e Thibaut a mero contrasto tra storicismo e razionalismo non renda giustizia a Thibaut, « il quale è storicista nel senso più profondo di interprete del proprio tempo, di genuina e schietta voce della borghesia tedesca », cfr. N. Irti, *Il fantasma napoleonico e la "polemica sulla codificazione"*, in *Atti dei convegni lincei — Il bicentenario del codice napoleonico*, cit., p. 117 e ss., cit., p. 120.

(101) *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, cit., p. 13.

efficace e sicuro il compito di svelamento e di elaborazione del diritto (102) che Savigny attribuiva alla giurisprudenza: se il diritto è un prodotto della storia e si deposita nella consuetudine sarà compito della scienza giuridica estrarlo dallo stato diffuso che lo caratterizza e cristallizzarlo in formule positive.

Ma questo compito di individuazione e di messa in opera di regole giuridiche appare più agevole, non tanto in presenza di una consuetudine inerte, quanto in presenza di un testo positivo « générateur d'idées et de doctrines vivantes, prêtes à évoluer dans le sens d'un développement progressif ».

Viene ribaltato così il principale argomento su cui faceva leva Savigny per negare l'opportunità della codificazione: il diritto legislativo, e quindi il Codice, non è il frutto di una fase di decadenza, ma rappresenta, al contrario, un'occasione in più, offerta alla scienza del diritto, per continuare a svolgere il suo ruolo di guida giuridica della comunità.

Essa potrà infatti contare non su una massa più o meno informe di disposizioni accumulatesi per via consuetudinaria, ma su un testo che chiarisce e dà un nuovo volto a quello stesso tessuto consuetudinario trasferendolo in disposizioni chiare e facilmente individuabili.

Il Codice potrà però rappresentare un evento *progressivo* e quindi un fattore di sviluppo per la scienza giuridica solo a condizione che il suo testo, « aux mailles très lâches, aux formules très souples », più che una regolamentazione minuziosa di ogni singola fattispecie, offra uno schema di riferimento, un insieme di principi da cui partire per mettere in atto quella interpretazione evolutiva che è poi l'essenza del metodo storico applicato alla giurisprudenza.

2.4. *Il recupero del diritto naturale oltre il giusnaturalismo.*

Il terzo profilo della critica allo storicismo savignyano ci conduce ad esaminare l'altro grande tema da cui prende le mosse la

---

(102) Il Codice è così in grado di assicurare al contempo la chiarezza, la coerenza, la sicurezza e l'accessibilità del diritto, cfr. G. BRAIBANT, *Utilité et difficultés de la codification*, in *Droits*, n. 24, 1997, p. 64 e ss.

riflessione di Saleilles: il problema del diritto naturale, di quello che Stammler definisce « objektives Prinzip » (103).

Il confronto col giusnaturalismo appare inevitabile sia perché le ideologie del razionalismo giuridico, che di esso rappresentano una particolare declinazione, hanno contribuito in misura considerevole alla rivoluzione codicistica, sia perché la filosofia giusnaturalistica, pur con tutti i suoi eccessi, ha veicolato da sempre una immagine ideale del diritto e una concezione del giurista come uomo dei valori, come promotore di valori, conferendo alla scienza del diritto e ai suoi rappresentanti una innegabile dignità. Infine, la ricerca, oltre il modello giusnaturalista, delle condizioni di pensabilità di un diritto naturale reinterpretato in chiave oggettiva è la naturale conseguenza di una riflessione giuridica che trova alimento in una sensibilità religiosa profondamente radicata.

La ricerca di un ideale giuridico sollecitata dallo studio critico dello storicismo savignyano (104) spinge Saleilles a ricercare, all'interno della stessa scienza giuridica tedesca, voci discordi e indirizzi alternativi, rispetto alla dominante impostazione, tipicamente *Wertfrei*, della Pandettistica. Decisivo, in questo senso, si rivela l'incontro con il pensiero di Rudolph Stammler (105), che ispira in parte il saggio del 1902.

Si tratta di un saggio apparso nel 1888 nei *Festgabe zu Windscheid fünfzigjährigem Doctorjubilaeum* (106).

Non siamo di fronte ad un semplice resoconto sul metodo della Scuola storica: nelle pagine di Stammler appare già evidente la tendenza ad allontanarsi dal positivismo giuridico di fine Ottocento e a ricercare una sintesi tra storicismo e diritto naturale.

---

(103) Cfr. E. GAUDEMET, *Raymond Saleilles*, cit., p. 222 e s.

(104) Sul contrasto tra Scuola storica e dottrina del diritto naturale, si veda ad esempio G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato (1906)*, Milano, 1980, cit., p. 53 e ss.

(105) Su Stammler e sul neo-kantismo si veda C. MÜLLER, *Die Rechtsphilosophie des Marburger Neokantianismus: Naturrecht und Rechtspositivismus in der Auseinandersetzung zwischen Hermann Cohen, Rudolph Stammler und Paul Natorp*, Tübingen, 1994, nonché G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, III, *Ottocento e Novecento*, cit., p. 219 e ss.

(106) Cfr. R. STAMMLER, *Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie*, in *Festgabe zu Windscheid fünfzigjährigem Doctorjubilaeum*, Halle, 1888, p. 3 e ss.

L'autore osserva infatti come, in epoche di forte tensione sociale, una spiegazione storicistica appaia come una non-spiegazione, una fuga dalla realtà, e si manifesti, per questo, l'esigenza di non considerare il dato, l'esistente, come una gabbia insuperabile ma come una materia su cui lavorare, nella ricerca dell'ideale giuridico del proprio tempo, e cioè nella tensione verso il compimento della giustizia materiale.

La ricerca della giustificazione degli ordinamenti non si ferma alla considerazione dell'interno di un sistema giuridico e utilizza una unità di misura indipendente dal diritto storico, ricercando un fondamento oggettivo da porre a base e a fondamento di legittimità delle singole norme (107).

Stammler parla espressamente di « objektives Prinzip », di « Wille vernünftiger Subjekte »: è il presupposto della ricerca del « ce qui devrait être » di cui parla Saleilles, il fondamento di quella capacità d'intervento sul diritto che esige la rinuncia a un'attitudine contemplativa e lo sviluppo di uno spirito critico che non può non tradursi in una diversa considerazione del ruolo della legge.

Il metodo della Scuola storica teso a individuare le forze nascoste che guidano la formazione del diritto appare allora inaccettabile proprio perché, legando la genesi del diritto a più o meno definite *Naturkräfte*, si risolve in un rigido determinismo, nel quale il "dato" si impone in quanto prodotto di una serie di cause che sfuggono ad ogni possibilità di controllo: il giurista può osservare, ordinare, sistematizzare, ma non può far esercizio di volontà, progettare un ordine diverso, migliore.

Ciò rende impossibile, in particolare, far evolvere il sistema in senso sociale, gettando le basi per la costruzione giuridica di una « sozialdemokratische Forderung » (108).

---

(107) Max Weber sottoporrà a una critica serrata la teoria giuridica stammleriana accusando l'autore di scarso rigore metodologico, frutto della continua confusione tra la prospettiva sociologica, dogmatica e filosofico-giuridica. Cfr. M. WEBER, *Rudolf Stammlers Überwindung der materialistischen Geschichtsauffassung* e *Nachtrag zu dem Aufsatz über R. Stammlers Überwindung der materialistischen Geschichtsauffassung*, in M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen, 1968, pp. 291-383. Si veda in proposito M. COUTU, *Weber, lecteur de Stammler: quels horizons pour la sociologie du droit?*, in *Droit et Société*, 73, 2009, pp. 667-685.

(108) Il giudizio sottilmente ironico di Stammler non dev'essere certo sfuggito a

Stammler rifiuta per questo di aderire alla filosofia rinunciataria dello storicismo giuridico delineata già nella introduzione alla *Zeitschrift*: « das Verwerfen des Gegebenen ist der Strenge nach ganz unmöglich, es beherrscht uns unvermeidlich, und wir können uns darüber täuschen, nicht es ändern » (109).

Sorgono allora spontanee alcune domande: la formazione del diritto è sottoposta a un rigido principio di causalità (110)? Ogni interrogativo sul *sollen* del diritto deve essere respinto perché inaccettabile e privo di significato? L'insieme delle cause empiriche che concorrono alla sua formazione contengono una carica di necessità tale da escludere ogni possibilità d'intervento della volontà e della ragione o queste, al contrario, possono giocare un ruolo decisivo nella determinazione della genesi del diritto (111)?

La necessità di rispondere a questi interrogativi porta Stammler a ricercare una composizione tra la dimensione storica e la dimensione ideale, capace di fornire una base per la determinazione del « ce qui devrait être » e lo spinge dopo quasi un secolo di abbandono a riprendere la riflessione sul *Naturrecht* (112).

Il richiamo alla dimensione assiologica presente nelle pagine di Stammler accende l'interesse di Saleilles per il quale la riflessione sul contenuto meta-positivo del diritto, prima di essere un dovere di carattere scientifico e metodologico, costituisce l'espressione di un'esigenza personale; esigenza umana e spirituale, che si traduce in una concezione "ideale" del giurista, e in una concezione complessa della giurisprudenza, quale scienza che non si rassegna alle miserie e alla rigida prevedibilità del materialismo evoluzionistico, ma che

---

Saleilles, considerato il valore della posta in gioco: « wer möchte einer sozialdemokratischen Forderung mit der Geschichtserzaehlung begegnen, wie beispielshalber die jetzige kapitalistische Produktionsweise oder diese oder jene Gestaltung des Privateigenthums sich entwickelt habe! Oder bedarf es noch der besonderen Hinweisung, dass die verhängnissvolle Auskunft "es erklärt sich geschichtlich" letzlich doch nichts bedeutet, als dass das also "Erklärte" jetzt —wie man gemeiniglich zu sagen pflegt- keinen Sinn und Verstand mehr habe! », *ibidem*, p. 15.

(109) *Ibidem*, p. 16.

(110) *Ibidem*, p. 16.

(111) *Ibidem*, p. 18.

(112) *Ibidem*, p. 19.

accoglie in sé elementi imponderabili, squisitamente umani e soggettivi: il sentimento, la fede, l'irrazionale.

Saleilles sperimenta qui la più grave tra le aporie che fanno da sfondo alla sua riflessione, frutto inevitabile di una impostazione scientifica tesa a rivendicare il carattere *universale* (113) della scienza giuridica: "naturalista", sociologo, nemico di ogni *a priori*, fautore della fattualità e della sperimentalità dell'indagine giuridica, nel momento in cui afferma la storicità e il divenire di ogni costruzione scientifica, riconosce la miseria cui conduce l'adesione incondizionata a un evoluzionismo giuridico che fa del giurista il semplice spettatore di un processo cieco, causalmente orientato e del diritto un materiale asettico, privo di ogni contenuto ideale (114).

Nel confronto dialettico con il pensiero di Savigny, si palesa inoltre il contrasto più generale tra azione e constatazione; contrasto che è prima di tutto spirituale, e che rimanda, ben al di là di una circoscrittta *querelle* tra giuristi, a un aspetto che è parte del genio nazionale e del diverso modo di concepire il rapporto del pensiero con la realtà.

Saleilles appartiene al paese della politica, al paese della *Zivilisation*, al paese che ha inventato l'idea di costituzione-indirizzo, che ha realizzato, per primo, un'autentica codificazione.

Tutto ciò non può restare senza conseguenze: il giurista si carica di responsabilità che non sono di natura meramente culturale ma anche, in certo senso, politica, se per politica si intende un'attitudine che non si limita a osservare ma che nell'osservazione ricerca criteri utili per dar vita a proposte, a ipotesi di intervento, a elaborare progetti di riforma.

---

(113) *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XLIV, 1902, pp. 313-329, cit., p. 317.

(114) Tale profilo è colto chiaramente da H. S. JONES, *op. cit.*, p. 43 e s.: « the crucial point in the evolution of Saleilles' thought — the point in which he came to recognize the inadequacy for legal science of the socio-historical determinism of Savigny's school — came with his perception that the relation between social reality and legal institutions was not a simple relation of cause and effect. Rather, legal institutions were inevitably value-laden, and as such they had to respond not merely to material interests in civil society, but also to reigning ideals and values. But ideals and values have an internal logic and as a result legal institutions could not merely be determined by social forces, but themselves helped to mould social moeurs ».

Ciò spiega la necessità di collegare la ricerca giuridica a un principio-guida, a un « but fixe », a un « guide ferme », a un « point d'appui », a quell'irrinunciabile idea di giustizia che i giuristi inseguono da sempre e che, pur nell'ambito di una proposta metodolgica rigorosamente positivistica, svela la differenza qualitativa che separa la giurisprudenza, al contempo, dalla sociologia e dalle tendenze antiquarie della scuola di Savigny:

> l'école historique aurait donc échoué pour avoir voulu éliminer de son domaine toute idée de droit naturel. Elle a refusé de croire à cette loi sociologique, d'après laquelle, si ce sont les intérêts qui mènent le monde, les hommes ont un intérêt d'ordre sentimental peut-être, mais qui n'est pas moins indestructible, à mettre la satisfaction de leurs besoins économiques d'accord avec un idéal de raison et de justice. Tout système économique s'organise, socialement parlant, autour d'une idée de justice. De sorte que, pour aider à l'évolution du système, il ne suffit pas de constater les intérêts qui deviennent prépondérants, encore faut-il en faire un système organique dans lequel l'idée de justice trouve sa place, et au-dessus duquel plane l'idéal d'une harmonie sociale, à la fois plus stable et plus douce. Il n'y a pas de système politique qui n'ait pris pour mot d'ordre une idée de raison et de justice; et c'est par là qu'ils ont triomphé ([115]).

La critica al minimalismo assiologico savignyano lo conduce, perciò, di fronte al tema fondamentale della filosofia giuridica di ogni epoca, col quale sa di doversi confrontare. Nel far ciò Saleilles, date le premesse storicistiche e sociologizzanti che connotano la sua riflessione, non può fare a meno di interpretare il « but fixe » di cui è alla ricerca alla stregua di un universale relativo, di un diritto naturale storicamente orientato e perciò variabile, da ricostruire attraverso un metodo empirico. È anche per questo che nelle sua pagine non vi è alcun riferimento al diritto naturale assoluto che è invece al centro della *libre recherche* dell'amico e collega Gény. Si tratta infatti, in questo caso, di un diritto naturale incompatibile con la proposta metodologica del giurista di Beaune, di un diritto naturale classico (per di più utilizzato con non celate finalità politiche), radicalmente incompatibile con un approccio durkheimiano al fenomeno giuridico.

([115]) Cfr. *Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 96. Si veda anche P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., nota 58, p. 210.

Questo è il senso del titolo dato al saggio del 1902; il quale, però, è solo un momento particolarmente significativo di una riflessione che si sviluppa senza interruzione per più di vent'anni.

3. *Uscire dal « sommeil dogmatique »: il rifiuto dell'*exégèse *e la centralità della riflessione metodologica.*

Abbiamo visto come, durante gli anni della licenza, Saleilles resti disgustato dalla *sécheresse* del metodo esegetico, al punto da sviluppare un « mépris souverain » per la scienza giuridica, ridotta al rango di « science de légistes ».

Il principale difetto del metodo di insegnamento seguito nelle Facoltà francesi viene individuato nella tendenza a presentare ogni testo di legge come una realtà autosufficiente (116).

---

(116) Il diritto, nell'età della codificazione, appare, nelle sue origini e nella sua applicazione, un prodotto della volontà umana, un volontà libera orientata nel senso di un ideale di giustizia e di ragione: « le Code, oeuvre de raison autant que collection de règles instrumentales, a déclaré un droit qui se prête à un travail rationnel ». Cfr. P. REMY, *Recodification civile*, in *Droits*, n. 26, 1998, p. 3 e ss., cit., p. 8. Secondo Max Weber, com'è noto, la codificazione rappresenta l'emblema della modernità in quanto forma di razionalizzazione del discorso giuridico. Il diritto, in questa prospettiva, si sviluppa passando, per tappe intermedie, da una combinazione di formalismo magicamente condizionato sino ad arrivare a una razionalità giuridica e a una sistematica sempre più specializzata e quindi a un grado sempre maggiore di sublimazione logica e di rigore deduttivo: cfr. M. WEBER, *Economia e società*, III, *Sociologia del diritto*, trad. it., Milano, 1995, cit., p. 188. Il Codice, così configurato, realizza un sistema giuridico conchiuso che nel suo insieme « attua in grado diverso l'idea individuale da un punto di vista essenzialmente giuridico, sciogliendola cioè dagli elementi etici, religiosi, politici prevalenti nel diritto privato dell'antico regime e del periodo rivoluzionario », cfr. G. SOLARI, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, cit., p. 183. In questo senso esso rappresenta la carta dei diritti dell'individuo post-rivoluzionario, cfr. B. CLAVERO, *Codigo como fuente del derecho y desagüe de constitución*, in *Codici: una riflessione di fine millennio*, cit., pp. 69-147. La codificazione, il cui primo teorico è il filosofo e riformatore utilitarista inglese Jeremy Bentham (1748-1832), « è stata generata da quella che può essere definita l'"alleanza" fra Giusnaturalismo e Illuminismo e trova il suo culmine secolarizzante definitivo, non per caso, a partire dall'esperienza rivoluzionaria francese cristallizzata da Napoleone, nel *Code civil* del 1804 », cfr. P. CAPPELLINI, *Codificazione*, in P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici*, cit., p. 116.

Le implicazioni della codificazione, a livello metodologico ed ermeneutico, nonché, più in generale, sul piano della epistemologia giuridica, sono messe in luce da P. CAPPELLINI, *Il Codice eterno*, cit., p. 47 e ss., e da C. PETERSON, *Le implicazioni*

Ciò impedisce di cogliere i principi e le costruzioni d'insieme sulle quali si fonda il diritto e rende impossibile, in ultima analisi, la formazione di una autentica cultura giuridica. La sudditanza nei confronti del dato positivo si traduce in programmi di insegnamento, centrati sul dettato, che circoscrivono l'orizzonte del giurista nei limiti angusti dei testi legislativi, nell'illusione della loro completezza.

Saleilles, al contrario, si rende conto ben presto che il primo principio da interiorizzare, quando ci si avvicina al diritto, e specialmente al diritto civile, è il principio di incompletezza. I giuristi, specie negli anni della formazione, devono imparare per prima cosa che nessun testo può aspirare alla completezza e alla immutabilità ma deve essere considerato quale elemento di un sistema complesso e dinamico (117).

L'episodio decisivo al quale si può far risalire il suo distacco dal metodo classico e al quale si deve l'"illuminazione" circa la vera essenza del diritto è rappresentato, come sappiamo, dalla scoperta

---

metodologiche della codificazione, in *Codici*, cit., p. 431 e ss. Per comprendere l'altissimo valore simbolico e identitario del Codice, si veda il saggio di J. CARBONNIER, *Le Code civil*, in P. NORA (a cura di), *Les lieux de mémoire*, II, *La Nation*, Paris, 1986, p. 293 e ss., nonché D. DE BECHILLON, *L'imaginaire d'un code*, in *Droits*, n. 27, 1998, p. 173 e ss. Sul Codice come strumento di unità, a vari livelli — linguistico, stilistico, territoriale, intellettuale —, ha particolarmente insistito Gérard Cornu. Cfr. G. CORNU, *L'unité du Code civil*, in *Droits*, n. 42, 2005, p. 147 e ss. Tale bisogno è all'origine anche delle varie raccolte di *coutumes*, sempre più numerose soprattutto a partire dal XV secolo, nelle quali però non può scorgersi un codice in senso moderno. Cfr. J.-L. GAZZANIGA, *Rédaction des coutumes et codification*, in *Droits*, n. 26, 1998, p. 71 e ss.

(117) « Il faut qu' ils sachent, et qu' ils comprennent dès le début, qu'aucun texte de droit ne se suffit à lui seul et qu' aucun n'est susceptible d'explication isolée: c'était l'impression que nous avions avec l'ancienne méthode; assurément, nos maîtres cherchaient à faire des rapprochements qui en soi auraient pu être féconds. Etions-nous, lors de ce premier contact avec les textes, capables d'en comprendre la portée? Tout ce que nous comprenions, c'est qu' on nous expliquait le Code civil texte par texte, l'un après l'autre; et, quelque méthode qu' y sût mettre le professeur, cela nous laissait toujours au début l'impression d'un enchaînement de dispositions sans coordination, sans rayonnement d'ensemble. L'esprit, dès ce premier début, était faussé: nous restions convaincus que chaque texte se suffisait à lui-même et nous n'entrevoyions pas les constructions d'ensemble qui dussent former les ailes de l'édifice juridique », *Un livre d'introduction générale à l'étude du droit civil*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XXXIV, Paris, 1897, pp. 523-529, cit., p. 526.

dello spirito del diritto romano, cioè dalla comprensione della esperienza giuridica romana alla luce della metodologia di Jhering. Ciò gli permette di comprendere che la scienza del diritto è il risultato di una adeguata combinazione di logica e di empirismo e trova nella dimensione equitativa il luogo privilegiato di realizzazione.

La scoperta dell'*aequitas*, in particolare, risulta decisiva, in quanto evidenzia che il segreto della ricerca della giustizia materiale risiede non nella affermazione meccanica di un diritto soggettivo astratto, ma nella conoscenza dei bisogni e degli interessi generali della collettività e dell'insieme dei rapporti economici e sociali, condizione indispensabile per la formulazione di soluzioni giuridiche davvero giuste e condivise.

Ciò gli permette di cogliere, per contrasto, la grave sterilità dell'esegesi, e il fatto che, cedendo ad essa, il diritto ha cessato « d'être une science pour devenir oeuvre d'interprétation servile » (118).

È importante sottolineare come la scienza giuridica francese della prima metà dell'Ottocento, pur nella sua eterogeneità, sia oggetto di una rappresentazione unitaria: agli occhi di Saleilles, lo stile dottrinale nato all'insegna del Codice è caratterizzato infatti da una sostanziale unità di metodo, tanto da assumere i caratteri di una scuola, la quale opera in conformità ad una ispirazione comune e ad un ben preciso ideale giuridico (119). È importante precisare che il

---

(118) Citato da P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 215.

(119) Si veda sul punto U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, cit., p. 120 e ss. Com'è noto, la storiografia giuridica più recente ha tentato di riabilitare la vituperata *Ecole de l'exégèse*. In tale prospettiva, la scienza giuridica francese della prima metà dell'Ottocento ha svolto un ruolo decisivo nel processo di "acclimatazione" del Codice. Contestualmente, tale indirizzo storiografico ha messo in luce l'illusione retrospettiva di cui è stata oggetto l'opera di Labbé e degli altri giuristi considerati "intermedi". I rappresentanti della cosiddetta *Ecole scientifique*, per ragioni identitarie, avrebbero dato vita, attraverso una indebita stilizzazione, al mito fuorviante dell'esegesi, accreditando l'idea che la scienza giuridica ottocentesca si sia sviluppata seguendo un movimento tripartito: il passaggio dalla tradizione esegetica (caratterizzata da un presunto positivismo volontarista) alla moderna dottrina di inizio Novecento, sarebbe stata preparata da una dottrina intermedia, segnata da un'apertura alla storia e da un crescente interesse per la giurisprudenza. Essa, a sua volta, avrebbe avuto delle ascendenze nascoste in quelle correnti dottrinali minoritarie, riconducibili a un Jourdan o a un Klimrath, che, in piena

giurista di Beaune non adotta la terminologia di Julien Bonnecase, non fa mai riferimento, in particolare, a una presunta « Ecole de l'exégèse ». Ciò nonostante, la convinzione che la scienza giuridica nata all'ombra del Codice sia caratterizzata da una sostanziale unitarietà emerge in varie occasioni.

Ricordando il periodo della sua formazione, egli parla, significativamente, di una « sécheresse de méthode qui regnait encore ça et là, vers 1875, chez *quelques représentants attardés d'une école disparue* » (120).

L'anno precedente, in una lettera a Huber, sottolinea come le difficoltà che rallentano l'elaborazione dello ZGB nella Svizzera francese siano da imputare alle resistenze opposte da una « vieille école, restée classique (121) ». Nell'agosto del 1897, rallegrandosi dell'interesse suscitato dalla teoria del rischio e dell'allargamento del dibattito in materia di responsabilità extra-contrattuale, osserva

---

temperie esegetica, non rinunciavano a proporre una visione eterodossa della scienza giuridica. Paul Gide, Joseph-Emile Labbé, Claude Bufnoir, Charles Beudant sarebbero stati i più celebri rappresentanti di questa corrente intermedia, preludio all'*essor* della scuola scientifica. Quale che sia il giudizio sulla qualità intrinseca della scienza giuridica francese della prima metà dell'Ottocento, sulla necessità storica dell'esegesi, sulla sua presunta omogeneità dottrinale, è però indubbio il fatto che Raymond Saleilles ricava dall'impatto con il metodo di insegnamento seguito nelle Facoltà francesi e dal confronto con i suoi maestri gli elementi essenziali di un programma scientifico di riforma che si afferma in dichiarata opposizione nei confronti di una tradizione percepita come unitaria, dominata dal formalismo e dal culto della legge. All'origine di questo *revirement* storiografico si pone il già ricordato saggio di P. Remy, *Eloge de l'exégèse*, in *Droits*, n. 1, 1985, p. 115 e ss., seguito da *Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIX siècle*, in *Annales d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, p. 91 e ss. Seguendo tale indirizzo, a partire dalla metà degli anni Ottanta, la storiografia francese prevalente ha progressivamente rivalutato la scienza giuridica dell'Ottocento, denunciando, in particolare, il carattere pretestuoso e artificiale della etichetta attribuita alla cosidetta *Ecole de l'Exégèse*. Essa non sarebbe altro che un'etichetta inventata strumentalmente dai suoi detrattori, sotto la quale si cela al contrario una realtà estremamente eterogenea e certamente non unitaria. Cfr., in tal senso C. Jamin, *Relire Labbé et ses lecteurs*, cit.; P. Jestaz e C. Jamin, *La doctrine*, cit., p. 134. Di "mito" dell'*exégèse* parla anche D. Bureau, *Les regards doctrinaux sur le Code civil*, cit., p. 196 e s.

(120) Il corsivo è mio. La citazione è tratta dalla *Lettre à M. Paul Desjardins*, cit., p. 4.

(121) Lettera del 4 settembre 1901, in A. Aragoneses, *Recht im* fin de siècle, cit., p. 105.

come « ces problèmes commencent enfin à nous préoccuper en France, nous n'avons que trop vécu sur l'interprétation purement exégétique d'un texte! » (122).

Nel febbraio del '99, annunciando la pubblicazione della *Méthode* di Gény, la presenta come un'opera di prim'ordine, destinata a « donner le coup de fouet dont nous avions besoin, au moins en France, pour sortir de nos routines et élargir nos méthodes » (123).

Infine, nel 1902, trasmettendo a Huber un estratto del saggio su *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, afferma che si tratta di una « conférence de vulgarisation », preparata per gli studenti, « en vue de leur ouvrir des horizons plus élargis » (124).

Si fa strada, insomma, l'idea di una comunità di giuristi, animati da una identica preccupazione scientifica e caratterizzati da un comune indirizzo metodologico; di una « école classique », dagli orizzonti particolarmente limitati, che ha fatto del Codice l'oggetto esclusivo della sua indagine.

Saleilles, analogamente a Gény, accredita l'immagine di una « méthode traditionnelle » (125), i cui difetti principali sono l'esage-

---

(122) Lettera del 20 agosto 1897, *ibidem*, p. 81.

(123) Lettera del 21 febbraio 1899, *ibidem*, p. 89.

(124) Lettera del I novembre 1902, *ibidem*, p. 119.

(125) Tale espressione è utilizzata da François Gény nella *pars destruens* della sua opera. Cfr. F. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Paris, 1932, p. 61 e ss. L'idea di trovarsi di fronte ad uno stile dottrinale unitario emerge a più riprese. Scrivendo a Saleilles nel 1897, Gény parla espressamente di « méthode d'interprétation en vigueur », per indicare una tradizione scientifica dalla quale intende prendere le distanze. Cfr. C. Jamin, *François Gény d'un siècle à l'autre*, cit., p. 5. La stilizzazione della vicenda giuridica francese dei primi tre quarti dell'Ottocento, di cui Saleilles e Gény sono tra i principali artefici, risponde ad esigenze di carattere dialettico, ed assolve ad una funzione definitoria, comprensibile laddove si pensi che questi giuristi si prefiggono il compito di rifondare la scienza giuridica in polemica con il passato. In questo senso, la *reductio ad unum* compiuta da Saleilles, pur discutibile, ricorda da vicino l'atteggiamento assunto dai rappresentanti della Scuola positiva italiana nei confronti del passato, definito, *tout d'un coup*, "classico": « le doyen François Gény, en particulier, a su définir très précisément sa cible. Son autorité et le succès emporté par sa « libre recherche scientifique » ont été acquis contre les excès de l'exégèse vieillissante; mais ceux-ci ne pouvaient être efficacement combattus un par un, sans plan d'ensemble. C'est pourquoi le brillant dialecticien a d'abord construit une théorie de l'interprétation exégétique, extrêmement simplifiée, schématique à l'extrême, outrée à

razione dell'elemento legale, la ipostatizzazione del Codice, un « manque de plasticité » e l'esasperato logicismo, dietro il quale si nasconde in realtà un soggettivismo disordinato.

La critica è sia interna che esterna. Nel primo caso, essa mette in luce la dipendenza scritturaria tipica dell'esegesi, l'abuso del concettualismo e l'abuso di costruzioni logiche. Nel secondo caso, essa evidenzia l'incapacità del sistema giuridico liberale di adattarsi alle trasformazioni sociali in atto e quindi la sua incompatibilità con il principio di evoluzione (126).

Ciò che conferisce un carattere di scuola e una indubbia unitarietà a un indirizzo dottrinale che sul finire dell'Ottocento è ormai divenuto « classique » è l'adesione al postulato fondamentale del legalismo.

Gli esegeti considerano diritto soltanto la norma contenuta in un testo legale o nel sistema giurisprudenziale edificato sopra quel tipo di norma mediante operazioni di ordine puramente logico (127). Saleilles rifiuta di ridurre l'insegnamento del diritto all'« idéal un peu terre à terre des méthodes de logique pure ».

Alla base di questo metodo « prétendue classique », che si traduce in realtà in una « absence de méthode », scorge l'influenza nefasta delle teorie del razionalismo giuridico. Il metodo esegetico è il risultato dell'applicazione, nell'ambito del diritto individuale, della « pure et néfaste théorie du *Contrat social* » (128). Alla base di essa vi è l'idea di un diritto individuale assoluto, di un individuo sovrano, disposto a obbedire soltanto al patto concluso in suo nome dalla maggioranza. Il fondamento della autorità della legge risiede perciò nel consenso individuale. In conseguenza, l'obiettivo esclusivo della

---

plaisir et, par conséquent, aussi vulnérable que possible; c'est cet adversaire imaginaire — aucun des grands exégètes n'aurait appliqué une telle théorie — qu' il a pu ensuite pourfendre sans grand danger, ni rémission. Il a vaincu parce qu' il a su définir avec précision les conséquences de sa proposition… », C. Atias, *Théorie contre arbitraire*, Paris, 1987, cit., p. 163.

(126) Cfr. M.-C. Belleau, *Les* juristes inquiets, cit., p. 516 e ss.; P. Jestaz, *La doctrine*, cit., p. 133 e ss.

(127) L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 241.

(128) *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, in *Réforme sociale*, 1902, 2°, XLIV, pp. 865-888. Riprodotto in *Revue internationale de l'enseignement*, 1902, 2°, XLIV, pp. 313-329, cit., p. 319.

ermeneutica giuridica è la ricerca della volontà legale, che non è altro, in sostanza, che una volontà di carattere contrattuale.

Da qui l'idea che la legge esaurisca i confini del giuridicamente rilevante e che il sistema costruito a partire dal dato positivo attraverso procedimenti di carattere logico sia necessariamente completo e in grado di offrire risposte tecniche adeguate (129).

Saleilles mette a nudo la relatività e i limiti della ideologia legalista, con i suoi corollari della completezza e del logicismo:

> l'idée, par trop sommaire, que le texte suffit à tout et qu' en brodant sur les textes, d'analogie en analogie, ou de syllogisme en syllogisme, on peut faire rentrer dans le cadre du droit positif, prévu et voulu par le législateur, toutes les espèces présentes et futures que la vie pourra faire surgir, est une fiction désormais percée à jour et que personne…ne défend plus (130).

Essa è una necessità storica in presenza di un Codice di recente promulgazione: l'evento-Codice è destinato a monopolizzare l'attenzione dei giuristi e ad imporre loro un notevole sforzo di carattere esegetico (131).

---

(129) Questa, com'è noto, non era affatto la mentalità dei codificatori, il cosiddetto « esprit Portalis », improntato a saggezza, moderazione, senso del limite, e per nulla entusiasta del legicentrismo rivoluzionario: « une distance existe…entre l'idéologie dominante sous la Révolution, à la fois idéaliste et dogmatique, et la pensée des rédacteurs du Code Napoléon, emprunte de relativisme et de pragmatisme. Alors que Condorcet affirme: « ce n'est point dans la connaissance positive des lois établies par les hommes qu' on doit chercher à connaître ce qu' il convient adopter, c'est dans la raison seule »; Portalis répond que les lois doivent être « indiquées par l'expérience », cfr. P. SERRAND, *La loi dans la pensée des rédacteurs du Code civil*, in *Droits*, n. 42, 2005, p. 31 e ss., cit., p. 39. Come ha notato Alain Sériaux, i redattori del Codice erano « avocats cultivés qui, presque d'instinct, se plaçaient au dernier maillon d'une longue, très longue chaîne de juristes…grands ou obscurs, qui contribuèrent chacun à leur manière à l'élaboration de cette histoire sans fin que constitue en quelque façon le droit ». In essi, pertanto, la formazione giuridica prevaleva sul fervore ideologico rivoluzionario. Cfr. A. SERIAUX, *Le Code civil entre artisanat et idéologie*, *ibidem*, p. 119 e ss., cit., p. 129.

(130) *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducatin intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 321.

(131) Ciò avviene naturalmente per il « peso che esercita sull'interprete un ordine sistematico predisposto dallo stesso legislatore e rivestito della forma, distaccata e intangibile, della legge », cfr. A. FALZEA, *Code civil e scienza giuridica*, in *Atti dei convegni lincei - Il bicentenario del codice napoleonico*, cit., p. 113.

Ma l'ideologia legalista non regge alla prova del tempo (132); prova che, nella mentalità di Saleilles, dominata dal principio dell'evoluzione, si rivela decisiva.

Di fronte alle sfide del divenire, essa appare fallace in quanto innaturalmente statica e si presenta a sua volta come un prodotto storicamente determinato del pensiero giuridico, emerso in risposta ad un contesto segnato da precise istanze di carattere sociale e politico, rappresentate dalla definitiva affermazione della borghesia, sulle rovine dell'Antico Regime; ciò in un orizzonte socio-economico ancora caratterizzato da una relativa stabilità dei rapporti e da una prevalenza, almeno nel contesto francese, di una economia di carattere agricolo.

Appare evidente, in altre parole, il contenuto di politicità insito nel legalismo, « fiction désormais percée à jour », ed emerge, più in generale, il significato politico di ogni opzione metodologica.

Il fatto di considerare il diritto una « maison rassurante et neutre au premier chef...où l'on discute sur des textes, et non sur des idées pures » (133), non è solo la naturale conseguenza dell'effetto dirompente provocato dal Codice, ma è la risposta della scienza giuridica alle specifiche aspettative della classe sociale divenuta egemone.

La metodologia apparentemente sprovveduta degli esponenti della scuola classica è in realtà la traduzione in termini giuridici di una ben precisa strategia politica (134).

Saleilles ne deduce che ogni scelta metodologica, anche la più inconsapevole, non può mai avere la pretesa della neutralità: « il n'y a de neutralité nulle part, il faut avoir le courage de le reconnaître » (135).

L'« empirisme dépourvu de direction consciente et voulue » impresso agli studi giuridici dalle concezioni soggettive e volontari-

---

(132) A riprova di ciò, Jean Carbonnier eleva al rango di primo teorema della sociologia giuridica la constatazione che il diritto non si esaurisce nell'insieme delle fonti formali. Cfr. J. CARBONNIER, *Flessibile diritto*, cit., p. 21 e ss.

(133) *Ibidem*, p. 314.

(134) Cfr. P. GROSSI, *op. cit.*, p. 203 e ss.

(135) *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 319.

stiche frutto della filosofia giuridica rousseauviana non è privo di conseguenze ma implica, al contrario, un'idea precisa della giurisprudenza e si traduce in un processo di negazione che relega nell'insignificanza ogni considerazione di carattere extra-giuridico, generando opposizioni e antagonismi latenti, tra legge ed equità, tra diritto ed economia, tra storia e giurisprudenza.

La *sécheresse* del metodo esegetico non è priva di un suo retroterra filosofico, più o meno consapevole, il cui fine è la tutela dell'ordine borghese (136), uscito dalla rivoluzione, attraverso lo sviluppo di un tessuto giuridico astratto, "apolitico", indifferente ai valori, costruito attraverso semplici procedimenti di logica formale (137). Da qui, la convinzione fuorviante che, nelle cose del diritto, « un peu de logique devait suffire à tout » (138).

La messa a fuoco del carattere storicamente determinato della ideologia legalista ne consente la relativizzazione e quindi il superamento, imposto da una fase storica che non cessa di evidenziare le lacune della legge e l'insufficienza, sotto molteplici profili, del diritto legislativo.

La critica all'esegesi si amplia e finisce per ricomprendere il concettualismo della *Begriffsjurisprudenz*, dove gli effetti aberranti prodotti dall'abuso della logica sono ancora più evidenti. Lo spirito logico dei giuristi non si accontenta di una topica giuridica ma elabora a partire dal dato positivo dei sistemi concettuali sempre più perfetti che tendono a divenire autosufficienti e finiscono per soffocare la realtà.

Non vi sarebbe alcun inconveniente se le costruzioni giuridiche fossero soltanto degli strumenti, elaborati a titolo personale dai singoli giuristi, per dare coerenza ad un insieme di soluzioni particolari. Ma il problema è che ogni costruzione è una « échelle double »: in senso ascendente, essa conduce dalle soluzioni positive al principio generale; in senso discendente essa conduce dal principio generale alla soluzione delle questioni incerte o controverse.

La tendenza a ricavare dal principio generale conseguenze

---

(136) Cfr. A.-J. Arnaud, *La paix bourgeoise*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, Milano, 1973, p. 147 e ss.

(137) *Méthode historique et codification*, cit., p. 16.

(138) *Les méthodes d'enseignement du droit*, cit., p. 317.

applicative immediate rappresenta la tentazione più pericolosa del metodo deduttivo e la fonte degli abusi commessi attraverso l'impiego dei procedimenti giuridici. Il risultato è che esigenze nuove, nate dalla pratica, vengono costrette entro schemi concettuali elaborati a partire da soluzioni legali riferibili a uno stato sociale da tempo superato, con la conseguenza che la *méthode de construction logique* finisce per mettere in contrapposizione forme giuridiche e realtà sociale (139):

si le point de vue juridique consiste à dresser sur la scène du droit des fictions verbales, je dirais volontiers des chimères, pour nous cacher la réalité et nous enlever la vision des nécessités de fait, nous n'avons pas le droit de nous laisser arrêter par des prétendus principes qui n'ont rien d'absolu et qui n'ont de vérité que celle qu'ils puisent dans leur concordance avec les exigences de l'équité et celles de la justice sociale. S'ils sont en désaccord, faisons brèche aux principes et cherchons-en d'autres qui soient en harmonie avec ce qu'exige l'intérêt général bien entendu. L'art des constructions juridiques n'a pas d'autre but à se proposer (140).

La denuncia dei difetti della scuola classica e la consapevolezza delle implicazioni politiche di ogni opzione metodologica generano in Saleilles un autentico *engoument* per le questioni di metodo. Egli si convince che il compito precipuo di chi fa scienza sia, in primo luogo, la elaborazione di una « méthode scientifique d'investigation et de recherche de la vérité » (141):

je suis de ceux qui sont surtout portés à voir les dangers et les abus de cette méthode dogmatique et presque géométrique et qui croient qu' il est grand temps d'inculquer une tournure différente et de les incliner à d'autres directions (142).

---

(139) *Les théories allemandes sur les droits, qui, au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivie en paiement, lorsque son adversaire, de son côté, n'exécute pas ses engagements (Exception de refus de paiement pour inexécution ou exception « non adimpleti contractus »)*, in *Annales de droit commercial*, VI, 1892, pp. 287-296 e t. VII, 1893, pp. 175-216.

(140) *Bulletin de la Société d'études législatives*, VIII, 1909, cit., p. 110.

(141) *Les méthodes d'enseignement du droit*, cit., p. 315.

(142) M.L. Mouchet, professeur de droit civil à la Faculté de droit de Dijon, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, XVIII, 1893, pp. 774-779, cit., p. 776.

I risultati, eventuali, esercitano un influsso secondario, a paragone del fascino esercitato dall'applicazione di un metodo conseguente e rigoroso. La riprova della centralità della questione metodologica (143), agli occhi del nostro personaggio, è dimostrata dalle opere di due mostri sacri del panorama culturale della Terza Repubblica: il fascino esercitato dalla *Vie de Jésus* di Renan è frutto in gran parte di quell'atmosfera di « doute supérieur » e di « dilettantstisme scientifique » che pervade l'opera; allo stesso modo, il successo delle *Origines* di Taine è imputabile alla capacità dell'autore di rivelare, attraverso un metodo positivo e una serrata ricerca documentaria, il carattere pressoché ineluttabile degli esiti sociologici caratteristici delle differenti epoche storiche. La coerenza metodologica di tali opere ne spiega il fascino molto più della presunta originalità dei risultati.

Per tale ragione, il rinnovamento della scienza giuridica e il superamento dell'esegesi, funzionale alla realizzazione del compito politico di cui sono investiti i giuristi nell'orizzonte agitato della

---

(143) È interessante notare come la prima "chiamata alle armi" per una riforma integrale del metodo giuridico sia contenuta nel saggio del 1898 su *L'individualisation de la peine*. Saleilles si prefigge l'obiettivo di elaborare una teoria della individualizzazione della pena fondata sulla responsabilità morale, e quindi sul riconoscimento della libertà individuale, capace di unire in una sintesi superiore gli elementi migliori delle due principali scuole di pensiero e nella quale è evidente l'influsso del magistero di Fouillée, in particolare dello studio su *La liberté et le déterminisme*. Ma, al di là del contenuto strettamente tecnico-giuridico di tale ricerca, interessa qui soprattutto rilevare come il fenomeno della individualizzazione della pena venga considerato l'espressione di un processo generale della storia del pensiero giuridico: « il se produit aujourd'hui un mouvement général ayant pour objet de détacher le droit des formules purement abstraites qui, pour le vulgaire tout au moins, paraissaient le soustraire au contact de la vie. Il n'est pas douteux que le droit civil, tôt ou tard, subira une transformation de ce genre. En attendant, c'est par le droit pénal que l'évolution commence; et on peut dire qu' elle est hardiment commencée ». Cfr. R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*, Paris, 1898, cit., p. 5. Nella prefazione, scritta con un'enfasi inusuale, compaiono affermazioni che riecheggiano le tesi del Saleilles pubblicista e numerosi passi della corrispondenza privata. Particolarmente significativo è il riferimento ai sintomi diffusi di « cette heureuse indépendance de doctrine », alla tendenza a relativizzare ogni principio apparentemente immutabile, nella certezza che « l'histoire n'est que l'éclatante démonstration, en matière de conduite humaine et surtout en fait de lois sociales, de l'éternelle faillite de l'absolu et des prétendus principes qui s'en imprègnent », *op. cit.*, p. 17.

Terza Repubblica (144), passa inevitabilmente attraverso le forche caudine della riflessione metodologica, nella convinzione dichiarata che « tout professeur ne vaut que par ses méthodes et très peu par ses résultats » (145).

La riforma del metodo diventa perciò il primo e sicuramente il principale obiettivo della riflessione scientifica di Saleilles (146), nella speranza di riuscire in tal modo a mettere la scienza giuridica al passo con i tempi riscoprendo la funzione ordinante (e pacificante) del diritto.

---

(144) Il nesso che lega la riforma del metodo alla costruzione giuridica della democrazia sociale è lucidamente delineato dal giurista di Beaune: « plus le mouvement démocratique s'accentuera, plus se manifesteront ces impatiences des foules conscientes de leur droit à voir se réaliser progressivement et par étapes successives ce droit qu' elles attendent et qu' elles considèrent comme devant être le leur. Eh, loin de croire que la loi se fera plus rapide, il y a tout à craindre que l'appareil en devienne de plus en plus lourd et complexe; car, plus les situations deviennent collectives, plus elles sont difficiles à organiser et à réglementer dans leur ensemble. Plus s'accentuera le mouvement démocratique, plus se manifestera la nécessité d'un organe intermédiaire qui prépare les solutions législatives par la réalisation partielle et continue du progrès juridique. Cet organe sera forcément la jurisprudence et la jurisprudence ne réalise le progrès que par l'application d'une bonne méthode scientifique. Là encore, ce qu' il faut à la démocratie, c'est une science du droit fondée sur une base largement progressive et armée d'une méthode aussi objective que possible, instrument de justice et progrès tout à la fois ». Vi è quindi la chiara consapevolezza del fatto che una metodologia giuridica efficiente sia un presupposto indispensabile del regime democratico: « ce dont la démocratie a besoin, avant tout, c'est d'une bonne méthode juridique, pour concilier incessamment les exigences de la justice individuelle avec celles de la justice sociale. Cette méthode doit être une méthode juridique, et la méthode juridique est faite, à la fois, de logique abstraite et d'emprunts à la réalité, toujours illogique; la logique déductive servant à rattacher le décousu des faits empruntés à la réalité, au système d'ensemble de la loi du pays », cfr. R. Saleilles, *Le droit romain et la démocratie*, cit., p. 724 e p. 729.

(145) *Les méthodes d'enseignement du droit*, cit., p. 315.

(146) Come osserva F. Geny: « le résultat le plus universel, le plus clair, le plus incontestable, des travaux de Saleilles, est précisément d'avoir fait envisager désormais les questions les plus générales de la science du droit comme formant, en elles-mêmes, partie intégrante de celle-ci, et devant, par leur constante élaboration, inspirer et soutenir, pour les mener à bien, les investigations, les concepts, les raisonnements, les solutions, qui constituent son contenu propre, sur le terrain positif », *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond Saleilles*, cit., p. 11 e s.

4. *Dalla* histoire du droit *alla* méthode historique*: la nascita dello storicismo metodologico.*

Come abbiamo anticipato, durante il periodo digionese avviene un episodio decisivo dal punto di vista scientifico: il passaggio dalla storiografia giuridica allo storicismo metodologico.

La conversione alla *méthode historique* è favorita da una pluralità di fattori, in parte già evidenziati: l'insegnamento della *histoire du droit*; lo studio della codificazione tedesca; l'approfondimento della lezione savignyana; l'incontro con la miscela culturale tipica del tardo Ottocento (147).

Dopo un primo lavoro sul diritto carolingio, l'attenzione di Saleilles si concentra infatti sull'epoca contemporanea e il suo sguardo si rivolge a Est, alla Germania, dove è in corso l'elaborazione del BGB. Escono, nel 1889, l'*Etude sur la théorie générale des obligations d'après le projet de Code civil allemand* e l'*Etude sur les sources de l'obligation dans le projet de Code civil pour l'empire d'Allemagne*, seguiti, l'anno successivo, dall'*Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*: dopo la tesi di dottorato, a metà strada tra diritto romano e diritto civile e l'apprendistato storico-giuridico svolto su un tema di diritto alto-medievale, Saleilles affronta perciò una realtà *in fieri*, sconosciuta alla maggioranza dei giuristi francesi, il tema della codificazione nel *Reich* guglielmino.

Gli studi sulla codificazione tedesca, successivi alle ricerche sul diritto alto-medievale, sollevano una serie infinita di spunti di riflessione: il rapporto tra codice e storia, il ruolo della storia del diritto in un ordinamento a diritto codificato, la storicizzazione del codice, il rapporto tra codice e tempo: l'erudizione non è in grado di rispondere a nessuna di queste domande (148).

Contemporaneamente, la critica allo storicismo giuridico tedesco, alla « faillite » di Savigny e della sua scuola, gli consente di

---

(147) Cfr. P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 209. A partire dall'inizio degli anni Novanta, si moltiplicano inoltre gli impegni accademici: alla storia del diritto si aggiunge, nel 1892, l'insegnamento del *droit constitutionnel*, che viene messo a frutto con la pubblicazione di alcuni significativi saggi dedicati ai temi più caldi del dibattito costituzionalistico dell'epoca.

(148) Cfr. P. Grossi, *op. cit.*, p. 214 e s.

mettere a fuoco quello che, a suo giudizio, deve essere il ruolo della indagine storiografica nell'ambito della scienza del diritto.

Saleilles intuisce che lo studio della storia, per un giurista, assume un significato particolare.

Laboulaye, stigmatizzando le tendenze antiquarie degli storicisti tedeschi, ammoniva: « il ne suffit pas pour être un grand homme et imposer des idées à son siècle d'être admirable dans de petites choses: c'est la grandeur du but qu' il faut envisager, ce n'est pas la perfection du détail » (149).

D'altra parte, il ruolo politicamente sensibile assunto dalla scienza giuridica nella agitata cornice della Terza Repubblica favorisce il salto dalla storia allo storicismo metodologico. Realizzare la « grandeur du but », nel contesto del tardo Ottocento, significa recuperare l'identità culturale della giurisprudenza, ricercare le condizioni capaci di assicurare l'aderenza tra forme giuridiche e realtà sociale, riscoprire la dimensione della effettività, fare del diritto uno strumento di inclusione e un mezzo di controllo e di gestione della crescente complessità sociale.

La storia, in questa prospettiva, balza di piano e rileva non in quanto fine in sé, ma in quanto strumento, in quanto chiave di accesso e mezzo di comprensione del fenomeno giuridico; lo storicismo metodologico (150) nasce perciò dall'esigenza di ritrovare, attraverso il recupero di un « esprit de conscience historique », il significato autentico della scienza giuridica, intesa come strumento di ordinamento del sociale.

La conversione alla *méthode historique* può dirsi compiuta all'inizio degli anni Novanta. Manifesto di tale concezione è un saggio pubblicato in sordina sulla *Revue internationale de l'enseignement*, una autentica « révélation », come dirà anni dopo François Gény.

Riprendendo un argomento caro agli storicisti della prima metà dell'Ottocento, Saleilles sottolinea come il merito principale dell'insegnamento della *histoire du droit* sia stato quello di ricollocare il Codice nel suo « milieu historique », presentandolo non come un'opera isolata, ma come il coronamento di una vicenda storico-

(149) Cfr. E. Laboulaye, *Histoire de la propriété foncière en Occident*, cit., p. 38.

(150) Prendo a prestito tale sintagma da P. Grossi, *op. cit.*, p. 206.

giuridica plurisecolare. Allo stesso tempo, entro questa complessa cornice storica, esso appare non come un approdo definitivo, come l'ultima parola in fatto di progresso giuridico, ma come un punto di partenza, un esordio.

Il compito della storiografia giuridica non si esaurisce perciò in una opera di contestualizzazione e di relativizzazione del Codice. Neppure la trasformazione della storia del diritto in storia delle codificazioni può considerarsi un'evoluzione sufficiente. Per non parlare delle sirene minacciose dell'erudizione: in presenza di un Codice, infatti, la ricerca storica, invece di cedere alle lusinghe dell'erudizione, deve sentirsi particolarmente sollecitata e caricata di importanti responsabilità. Saleilles infrange le barriere disciplinari a favore di una osmosi tra storiografia e dogmatica giuridica e formula una domanda, dal contenuto provocatorio, nella quale si condensa il significato profondo della sua intuizione metodologica:

> nous nous acheminons ainsi peu à peu vers la barrière que l'on dit infranchissable, celle qui sépare le domaine du passé de celui de la législation civile actuelle. C'est, de l'aveu de tous, le terrain réservé à la pure méthode dogmatique. Et cependant en est-on bien sûr? Je me rends compte que je touche ici à quelques points délicats; mais je touche aussi à quelque gros préjugé qui n'est que trop accrédité: est-il donc vrai que la méthode historique n'ait rien à voir avec l'interprétation du Code civil lui-même? (151).

Il confronto con lo storicismo giuridico tedesco e la confutazione dei principali argomenti impiegati dal Savigny del *Beruf* si rivela decisivo: non solo la legislazione, e in particolare il diritto codificato, non rappresentano una fase di decadenza nella vita del diritto e la fine del ruolo-guida della scienza giuridica, ma, proprio in presenza del Codice, l'appello alla storia assume un valore particolare, tanto che la deriva erudita della storiografia giuridica assume il valore di un autentico tradimento.

La promulgazione di un Codice, specie con i presupposti politici che accompagnarono l'opera napoleonica, pone immediatamente il problema della individuazione di una istanza capace di assicurare l'evoluzione del sistema giuridico e degli strumenti tecnici

---

(151) *Quelques mots*, cit., p. 488.

e concettuali utilizzabili per promuovere tale evoluzione. In una realtà come quella della Roma antica nella quale il diritto si esprimeva attraverso una molteplicità di istanze, o come quella della *ancienne France*, dove la *coutume* rimaneva una fonte vitale e aperta al progresso giuridico, non vi era il pericolo di un rallentamento o di una paralisi nella evoluzione del diritto. Le giurisdizioni di *equity*, in Inghilterra, correggono o completano il diritto tradizionale. L'*heutiges römisches Recht*, in Germania, rappresenta un diritto di produzione dottrinale, elaborato a partire dalla tradizione giuridica romana e sottoposto alla evoluzione costante del pensiero giuridico preso nella sua più alta accezione.

La Francia, al contrario, a partire dall'entrata in vigore del Codice, è uno dei pochi paesi nei quali il diritto può manifestarsi soltanto attraverso la legge. Da qui il rischio di paralisi del sistema, conseguente alla totale perdita di libertà del diritto, trasformato da scienza a « art plus ou moins subtil » (152).

La ricerca di una istanza capace di relativizzare e di rendere elastico il Codice, colto come l'Editto dell'età moderna, in un'epoca che ha ormai dato per acquisito il valore progressivo del diritto codificato, porta alla ribalta la *méthode historique* come strumento di *aequitas* e garanzia di evoluzione del sistema.

« Quelle doit être la conception nouvelle de la méthode historique dans son application à la codification? »: la riflessione metodologica ruota attorno a questa domanda fondamentale, nella convinzione che la risposta alle esigenze evolutive dell'ordinamento possa ottenersi soltanto attraverso una rivalutazione della dimensione progettuale della storiografia giuridica.

Conseguentemente, la ricerca storica, nella sua applicazione al diritto, acquista un senso nuovo e particolare. Essa non si risolve più soltanto nell'insieme di quelle discipline ritenute indispensabili per la comprensione del passato, ma si rivolge a un sistema giuridico ed è funzionale alla produzione e alla interpretazione del diritto (153). Il

---

(152) *Ibidem*, p. 490.

(153) « Saleilles croit…que, si l'historien peut se contenter d'une méthode d'analyse, le juriste a besoin d'une méthode juridique capable d'apporter un instrument créatif pour le développement du droit », cfr. M.-C. Belleau, *Les* juristes inquiets, cit., p. 539.

progresso del diritto, in presenza della forma-Codice, si traduce, in maniera solo apparentemente paradossale, non in un esilio della dimensione storica ma in una sua rivalutazione, a patto che si accolga una nozione di storia-strumento, di una storia al servizio del diritto positivo, e quindi di una « histoire du présent », volta alla « recherche de ce qui est et non de ce qui a été » (154):

> le droit, comme toutes les sciences sociales, trouve dans l'histoire la vérification des lois qui en dominent le développement. Il est donc impossible de prendre contact avec l'histoire du droit sans qu' immédiatement un problème d'une ampleur capitale se pose à l'esprit, problème qui intéresse au même degré, et les historiens et les jurisconsultes. Ce problème consiste à savoir quels sont les enseignements qui résultent de l'histoire, soit pour l'application du droit moderne, soit pour sa confection et ses progrès. La méthode historique, dans son application au droit, prend un sens nouveau et particulier. Elle ne vise plus seulement les disciplines considérées comme les meilleures pour parvenir à la connaissance des institutions du passé. Elle vise un système juridique; elle a en vue un système de confection ou d'interprétation du droit (155).

Questa intuizione, apparentemente semplice, si trasforma nel filo conduttore di una ininterrotta riflessione metodologica, destinata a incidere in profondità sulla storia del pensiero giuridico francese. La storia, recuperata in chiave strumentale, assume un valore metodologico di prim'ordine e da essa dipende in larga misura la tenuta dell'ordinamento e, in fondo, la sopravvivenza della forma-Codice:

> l'histoire, pour de futurs juristes, ne doit pas être étudiée en elle-même, mais en fonction du but de méthodologie qu'elle doit remplir, comme une haute leçon de sociologie juridique. Ce sont ces procédés de développement et de progrès du droit qu'il faut surtout dégager, et non des minuties de procédure archaïque, dont le souvenir n'aura jamais la moindre valeur, même éducationnelle, pour un moderne (156).

Fare la storia del presente significa osservare la storia in corso di realizzazione. Per questo, nel momento in cui getta le fondamenta

---

(154) *Méthode historique et codification*, cit., p. 12.
(155) *Ibidem*, p. 3.
(156) *Lettre à M. Paul Desjardins*, cit., p. 12 e s.

della *méthode historique*, sollecitato dai suoi interessi per il diritto tedesco e dalla lezione di Bufnoir, Saleilles intuisce il ruolo determinante del diritto comparato. Esso offre un'istantanea della storia nell'atto di farsi, assicura una visione « orizzontale » e non più soltanto verticale della dinamica storica del diritto. Inoltre, il diritto comparato rappresenta, al contempo, il serbatoio cui il giurista può attingere per condurre una *libre recherche* che resti comunque ancorata all'elemento tecnico, nonché, grazie alla tendenza alla unificazione/universalizzazione che esso segnala, lo strumento per aprire il discorso giuridico alla dimensione meta-positiva.

La pubblicazione del saggio su *Le droit commercial comparé* (157) solo un anno dopo il « manifesto » del 1890 si comprende solo collocandosi all'interno di questa ambiziosa prospettiva: assieme alla *histoire du droit*, il diritto comparato diventa il secondo fondamentale pilastro della *méthode historique*.

(157) *Le droit commercial comparé. Contribution à l'étude des méthodes juridiques*, in *Annales de droit commercial*, 1891, V, pp. 217-227.

PARTE SECONDA

MODERNISMO GIURIDICO

Capitolo I
L'ELABORAZIONE DELLA *METHODE HISTORIQUE*

1. I caratteri della *méthode historique*. — 1.1. La giurisprudenza come scienza di osservazione. — 1.2. L'equivalenza tra storia e sociologia. — 1.3. La distinzione tra *conceptions* e *solutions* e il carattere presuntivo delle disposizioni legali. — 1.4. L'evoluzione organica del sistema come finalità della *méthode historique.* — 2. La crisi modernista del pensiero giuridico: il fondamento teologico della riflessione metodologica. — 2.1. La dialettica tra principio di autorità e principio di evoluzione: la *méthode historique* e la Bibbia. — 2.2. Il « protestantisme fondu dans le catholicisme » e la difficile ricerca di una via media. — 2.3. La nozione di *développement* come categoria fondamentale dell'ermeneutica giuridica. — 2.4. La scienza giuridica come comunità di interpreti. — 3. La *méthode historique* e il Codice: il rifiuto delle tesi del *Beruf* e l'affermazione del valore progressivo della forma-Codice.

1. *I caratteri della* méthode historique.

L'*Ecole classique*, nata insieme al Codice, ha commesso l'errore di abbandonare l'« esprit Portalis », scavando un « abîme » (1) tra la concezione scientifica del diritto (2) e la realtà sociale, dalla quale esso emana e nella quale deve trovare applicazione.

---

(1) *Allocution à la conférence Bufnoir*, cit., p. 36.

(2) La filosofia giuridica illuminista e le dottrine della Rivoluzione favoriscono il consolidarsi di una nozione soggettiva e razionale del diritto la cui origine esclusiva viene posta nella volontà del legislatore, « que l'on disait, ou qui se croyait, épris de raison pure » (cfr. R. Saleilles, *Les rapports du droit et de la sociologie*, cit., p. 424). Arnaud, presentando il codice come la manifestazione di una « réalité socio-économique », come sintesi delle « prémisses philosophiques de toute législation bourgeoise », nota come esso sia « le premier texte officiel à présenter, selon la systématisation propre au mouvement des codifications modernes, un renouvellement complet des objets du discours juridique », cfr. A.-J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code civil français — La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1973, cit., p. 11, 16 e 20. Si veda anche

Il superamento dell'esegesi e del metodo geometrico (reso difficile dalla tradizionale sensibilità dei giuristi al fascino della logica) presuppone l'elaborazione di una metodologia sufficientemente precisa e rigorosa, tale da offrire una valida alternativa alla « méthode dogmatique et presque géométrique » degli esegeti.

La miscela culturale complessa di fine Ottocento, composta da ingredienti disparati (sociologismo, storicismo, evoluzionismo) tenuti insieme, a livello politico-giuridico, dal contenitore versatile del solidarsimo, favorisce il recupero di una nozione di diritto molto lontana da quella tipica del concettualismo esasperato della Pandettistica e del positivismo volontaristico dell'esegesi. D'altra parte, la complessità crescente del contesto politico-sociale e la rottura del tradizionale equilibrio codicistico rendono ormai inservibile il metodo elaborato all'ombra rassicurante del *Code* dalle menti migliori della cosiddetta *Exégèse*. L'elaborazione della *méthode historique* si inserisce in questo articolato orizzonte culturale ed ha come premessa la riscoperta dei tre attributi essenziali del fenomeno giuridico, ovvero la storicità, la fattualità e la socialità del diritto.

È importante ricordare quali sono le tappe essenziali del percorso concettuale che porta Saleilles alla elaborazione di tale canone ermeneutico, inteso come strumento-chiave per rinnovare dall'interno la scienza giuridica francese del suo tempo. La premessa è l'accettazione del Codice, frutto della Rivoluzione, come elemento di progresso, logica conseguenza del convinto repubblicanesimo del giurista borgognone. L'accettazione del Codice non implica, tuttavia, l'adesione al metodo esegetico, al rigido legalismo della cosiddetta *école classique*, il cui orizzonte epistemologico occupa gran parte dell'Ottocento giuridico francese.

Il superamento dell'apparente contraddizione che deriva dalla accettazione del Codice e dal contestuale rifiuto dell'*Exégèse* è reso possibile dalla apertura all'orizzonte culturale tedesco, allo storicismo giuridico savignyano. Si tratta però di uno storicismo riletto alla luce della lezione jheringhiana: Saleilles, in altre parole, conosce Savigny attraverso Jhering, il cui pensiero, come sappiamo, influenza

---

X. MARTIN, *Fondements politiques du Code Napoléon*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, n. 2, 2003, p. 247 e ss.

in maniera determinante la produzione scientifica del giurista francese. Da tale combinazione di ingredienti nasce la *méthode historique*, ovvero uno storicismo sociologicamente orientato e non antigiusnaturalistico.

Lo storicismo metodologico, caratterizzato dalla sostanziale equivalenza tra storia e sociologia e dalla rivalutazione della socialità e della fattualità del diritto, consente a Saleilles di salvare la centralità della legislazione e l'alto valore simbolico della *loi.* Ciò è possibile perché la legge, in un orizzonte epistemologico segnato da una visione oggettiva del fenomeno giuridico, è intesa non come espressione della volontà storica del legislatore ma come « organisme vivant », cioè come cellula dell'ordinamento, soggetta a una incessante evoluzione.

Decisive, in questa prospettiva, risultano le suggestioni provenienti dalla riflessione teologica. È proprio attraverso la teologia, infatti, che lo storicismo metodologico di Saleilles evita il rischio di risolversi in una versione annacquata, ad uso della giurisprudenza, del sociologismo durkheimiano, e acquista i tratti originali di un autentico modernismo giuridico. L'utilizzo della teologia, in questo senso, si rivela fondamentale per definire i caratteri di un metodo storico effettivamente evolutivo, in quanto offre la chiave per comprendere il rapporto tra interpretazione e dogmatica, tra l'elemento stabile e l'elemento mobile del diritto, gettando luce al contempo sulla dimensione essenzialmente comunitaria dell'operazione ermeneutica.

1.1. *La giurisprudenza come scienza di osservazione.*

L'affermazione della storicità del diritto costituisce un merito indiscutibile della Scuola storica, alla quale si deve il superamento del dogma legalista e della connessa identificazione tra *loi* e *droit*. Abbiamo visto qual è l'accusa che viene rivolta a Savigny, quella cioè di essersi fermato a « mi-chemin », di aver tradito le aspettative iniziali, cedendo a un « esprit d'immobilisation » e di « attachement au passé » ([3]); ma la Scuola storica ha non di meno il grande merito di aver ribadito la *Geschichtlichkeit* del diritto, il suo essere cioè un

([3]) *Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 93.

fenomeno ontico e non il prodotto effimero di una manifestazione di volontà. Saleilles mutua pertanto dallo storicismo tedesco, riletto attraverso la fondamentale mediazione jheringhiana, il recupero della intima *storicità del diritto* (4).

Tale riscoperta ha un valore decisivo in quanto suggerisce l'idea che proprio attraverso la rivendicazione della storicità del diritto sia possibile salvare l'esistenza della scienza giuridica, evidenziandone il valore euristico, al di là della paralizzante alternativa tra tecnica e teologia, nella quale essa rischia di essere schiacciata (5).

La riaffermazione della storicità del diritto rende possibile un secondo, decisivo recupero: il diritto non si identifica più con la volontà vera o presunta del legislatore ma ha una origine fattuale: collegare il fenomeno giuridico alla storia permette così di coglierne la *fattualità*. Occorre perciò rompere l'involucro dei testi e rivolgere lo sguardo al territorio dei fatti. Il diritto ha per sua vocazione fondamentale di ordinare i fatti sociali. Ne deriva che la sua essenza dovrà consistere in una conoscenza immediata, non mediata, di questi fatti (6).

---

(4) Come si è osservato, « la storia non è l'incursione di un modo *altro* nella vita, in sé già perfetta, del diritto. Non è nemmeno un'aggiunta ornamentale, un fiocco civettuolo. La storia è la vita, la struttura del diritto. Senza storia, ossia privo di quanto essa implica, della temporalità, il diritto non è incompleto, ossia più debole o meno convincente. Semplicemente non c'è, non esiste, non è pensabile, quindi nemmeno visibile », cfr. P. Caroni, *La solitudine dello storico del diritto*, Milano, 2009, cit., p. 123. Sul diritto come fenomeno storico, sociale e fattuale, si veda la sintesi di P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma, 2008, p. 10 e ss.

(5) L'importanza di tale recupero per il consolidamento dello statuto epistemologico della scienza giuridica è una delle più feconde intuizioni di Savigny: « molto più profondo di quello con la geografia è il legame con le fonti mitiche del sapere storico-giuridico. Esse ci sono state rese accessibili da Johann Jakob Bachofen, ma non dobbiamo dimenticare i numerosi suggerimenti del geniale Jules Michelet. Bachofen è il legittimo erede di Savigny. Egli ha sviluppato, rendendolo infinitamente fruttuoso, ciò che il fondatore della scuola giuridica storica intendeva per storicità. Si tratta di qualcosa di diverso dall'archeologia e dal museo. Tocca la questione stessa dell'esistenza della scienza giuridica, che oggi si trova schiacciata tra teologia e tecnica, se non riesce ad affermare in una dimensione storica rettamente conosciuta e resa fruttuosa il terreno della propria esistenza », cfr. C. Schmitt, *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello* jus publicum europaeum, trad. it., Milano, 1991, cit., p. 14. L'edizione è curata da F. Volpi, con traduzione e postfazione di E. Castrucci.

(6) Cfr. P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 216 e ss.

Tale recupero concettuale è favorito dal diffondersi del paradigma sociologico, dalla comparsa cioè di una scienza nuova, che studia la società con un metodo rigorosamente positivo (7). Si tratta sicuramente di uno dei fenomeni culturali più significativi della Terza Repubblica, espressione del più generale processo di apertura alla cultura tedesca: nel momento in cui la Repubblica conosce la sua prima significativa crisi ed è costretta a ridefinire la propria identità, l'incontro con il pensiero di alcuni autori tedeschi le offre gli strumenti indispensabili per la elaborazione di tale progetto. È infatti lo studio del pensiero di autori come Schaeffle, , Schmoller, Wundt, a fornire gli elementi per la costruzione di una scienza

---

(7) L'interesse di Saleilles per il sociologismo durkheimiano può farsi risalire alla fine degli anni Ottanta. Dello stesso periodo è l'interesse per il metodo delle *enquêtes sociales* inaugurato da Le Play. L'opera di Pierre Guillaume Frédéric Le Play (1806-1882) ha inciso profondamente sul panorama culturale della Terza Repubblica. Le Play è un sociologo paternalista, tra i primi teorici dell'economia sociale e del corporativismo come strumento di rinnovamento del sistema economico attraverso la cooperazione delle classi coinvolte nella produzione. Ispiratore di iniziative come la *Société d'économie sociale* e la *Société de la paix sociale*, esercita una grande influenza sul cattolicesimo sociale e sul pensiero di autori come René de la Tour du Pin e Albert de Mun. Presupposti della « paix sociale » sono la tutela della famiglia in quanto « véritable molécule sociale », della piccola proprietà, specie agraria, e l'organizzazione corporativa della produzione, secondo uno schema che fa propria la metafora ricorrente della comunità di « abeilles ». Nel 1935 i due organi del movimento leplaysiano, *La Réforme sociale* e *La Science sociale*, si fondono dando vita alla rivista *Les Etudes sociales*, organo della *Société d'économie et de sciences sociales*.

Alla figura di Le Play è stato dedicato un convegno nella sede della *Ecole des mines*: *Frédéric Le Play (1806-1882), sciences, techniques et société*, 30 novembre–I dicembre 2006. Sul rapporto tra il pensiero di Le Play e la cultura giuridica, cfr. *Les Etudes sociales*, n. 135-136, 2002, dedicato a *Les juristes et l'Ecole de Le Play*, e in particolare i contributi di F. AUDREN, *Les mondes leplaysiens du droit (1855-1914) ou l'art et la manière d'être un « juriste leplaysien »*, p. 175 e ss.; K. WEIDENFELD, *La réforme du droit privé dans* La Réforme sociale *(1881-1901)*, p. 97 e ss.; J.-L. HALPERIN, *Le Play et ses continuateurs face aux exemples juridiques étrangers*, p. 137 e ss. Saleilles, nel 1901, partecipa al XX Congresso della *Société d'économie sociale* dedicato a *La condition de la femme* presentando una relazione su *L'oeuvre de l'action sociale de la femme*, pubblicato in versione sintetica sul volume XLII, anno 1901, della *Réforme sociale* (rivista ufficiale della *Société*), p. 86-87. Tre anni prima, aveva presentato una relazione alla *Société d'économie sociale* su *Le risque professionnel dans le Code civil*, pubblicato su *La Réforme sociale*, XXXV, 1898, pp. 634-649.

sociale capace di guidare le giovani e fragili istituzioni repubblicane (8).

Nella celebre lezione inaugurale del corso di « science sociale » tenuta nel 1888 alla Università di Bordeaux (9), Durkheim presenta la sociologia come una scienza generale, composta a sua volta da un certo numero di scienze speciali, aventi ad oggetto problemi determinati, tra le quali rientra la scienza giuridica; quest'ultima, specie a seguito della rivoluzione epistemologica indotta dalla riflessione di giuristi come Jhering o Post (10), è divenuta un capitolo della sociologia e da essa deve mutuare l'impostazione e il metodo di indagine. Ne deriva che i giuristi devono concentrare la loro attenzione sui fenomeni giuridici in quanto tali piuttosto che sui testi di legge e devono considerare il diritto come un "fait social". I "faits sociaux", inoltre, nell'impostazione durkheimiana, sono "cose".

Trattare i fatti sociali come cose implica, da un lato, applicare ad essi un metodo di indagine basato sulla osservazione e sulla sperimentazione, dall'altro, eliminare dal discorso scientifico ogni no-

---

(8) Cfr. L. MUCCHIELLI, *La découverte du social*, cit., p. 158 e ss.

(9) « Science sociale » è una denominazione generica, certamente non adeguata, per descrivere la disciplina cui Durkheim ha intenzione di dedicarsi. La lezione contiene una sorta di appello ai giuristi, in quanto cultori della più nobile tra le scienze sociali, e persegue un duplice obiettivo: da un lato serve a precisare l'identità della sociologia, nascosta dietro la generica etichetta di « science sociale », distinguendola dalla scienza giuridica, considerata da sempre la scienza sociale per eccellenza; dall'altro mira a conquistare i giuristi al metodo sociologico, attraverso la riconduzione della scienza giuridica ad un ambito specifico della sociologia. Dopo aver brevemente ripercorso il cammino della sociologia (dal *Cours* di Comte al *Bau und Leben des sozialen Körpers* di Schaeffle, passando per l'evoluzionismo di Spencer e le *Sociétés animales* di Espinas), Durkheim ne consacra l'elevazione al rango di scienza. Essa ha un oggetto e un metodo definiti: lo studio dei *faits sociaux* attraverso l'osservazione e la sperimentazione indiretta, e cioè attraverso la comparazione. Cfr. L. MUCCHIELLI, *op. cit.*, p. 176 e s.

(10) Albert Hermann Post (1839-1895) è tra i fondatori della moderna antropologia giuridica. Cfr. A. H. POST, *Entwurf eines gemeinen deutschen und hansestadtbremischen Privatrechts auf Grundlage der modernen Volkswirtschaft*, Bremen, 1866-1887; *Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis*, Oldenburg, 1880-1881; *Die Grundlage des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte*, Oldenburg, 1884; *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, Oldenburg, 1894-1895. Cfr. A. LYALL, *Early German legal anthropology: Albert Hermann Post and his questionnaire*, in *Journal of African Law*, 52, 2008, pp. 114-138.

zione di carattere metafisico (11). I giuristi francesi di fine Ottocento ricavano dunque dalla lezione durkheimiana un duplice insegnamento: il diritto è un « fait social »; un « fait social » è una cosa, un *datum*, da analizzare con metodo rigorosamente positivo (12).

Si tratta di una impostazione che non nega l'esistenza di valori metapositivi, di idee *a priori*, ma se ne disinteressa, ritenendoli inconoscibili e quindi non suscettibili di divenire oggetto di conoscenza scientifica. Ciò che l'analisi sociologica rileva non è il contenuto di un'idea morale ma è l'insieme delle regole che determinano oggettivamente le relazioni sociali. Ammesso che la società in un'epoca determinata sia il prodotto di certe nozioni, queste possono essere colte soltanto attraverso la realtà fenomenica che le esprime.

Saleilles fa proprio il metodo sperimentale basato sull'osservazione promosso da Durkheim, nella convinzione che « la pure méthode d'observation est indispensable aujourd'hui, non pas seulement pour faire la critique de la loi, mais pour marquer les étapes de son évolution interprétative » (13) ed assume come punto di partenza la convinzione che il diritto sia una « science de faits », una « science du dehors », che trae dalla natura delle cose i suoi elementi di formazione; ma rifiuta di abbandonare le categorie « metafisiche » della tradizione giuridica liberale, portate al massimo grado di perfezione dalla Pandettistica tedesca, dal momento che, per ren-

---

(11) Tale è la tesi centrale di un saggio del 1895, considerato uno degli atti di nascita della moderna sociologia. A proposito della reificazione dei *faits sociaux* Durkheim osserva: « les phénomènes sociaux sont des choses et doivent être traités comme des choses. Pour démontrer cette proposition, il n'est pas nécessaire de philosopher sur leur nature, de discuter les analogies qu'ils présentent avec les phénomènes des règnes inférieurs. Il suffit de constater qu'ils sont l'unique *datum* offert au sociologue. Est chose, en effet, tout ce qui s'impose à l'observation. Traiter des phénomènes comme des choses, c'est les traiter en qualité des *data* qui constituent le point de départ de la science…Il nous faut donc considérer les phénomènes sociaux en eux-mêmes, détachés des sujets conscients qui se les représentent; il faut les étudier du dehors comme des choses extérieures; car c'est en cette qualité qu'ils se présentent à nous », cfr. *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, 1895, cit., p. 35 e s.

(12) J.-F. NIORT, *Homo civilis: contribution à l'histoire du Code civil français (1804-1965)*, II, cit., p. 427.

(13) Cfr. R. SALEILLES, *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 323.

dersi comprensibile ai giuristi, deve salvaguardare la dogmatica e non può quindi fare a meno degli elementi meta-positivi del discorso giuridico.

L'invito a ricercare il significato delle regole giuridiche non sulla base di teorie astratte ma « d'après la nature même de la réalité » diventa così il principio-guida di una impostazione metodologica che, nella sua semplicità, assume una portata rivoluzionaria; dovendo descrivere il significato di questa rivoluzione, Saleilles afferma, significativamente, che essa consiste nell'interpretare i testi di legge, alla luce della realtà, come espressione di fatti sociali:

> les textes sont l'objet du droit, les idées pures celui de la philosophie. Il importe de ne pas déplacer les rôles. Rassurez-vous…nous ne prétendons pas mettre des idées, des idées d'idéologues, à la place des textes: Dieu nous en garde! Mais nous avons la prétention, sous les textes, de voir les faits — je dis les faits et non les idées — et cela même est déjà toute une révolution (14).

L'epistemologia giuridica tradizionale ne esce profondamente modificata: il suo fondamento non si identifica più con il *systema iuris*, non è più colto nella capacità della scienza giuridica di dar vita a un edificio concettuale purissimo, estraneo alla realtà, che trova in se stesso la propria ragion d'essere, ma nella fattualità del diritto, considerato un fenomeno che nasce dal basso, dalla natura delle cose, un fenomeno che ha la sua origine nella complessità delle relazioni sociali, che nasce e si modifica sotto la spinta dei bisogni e delle rivendicazioni collettive.

Da ciò emerge il terzo decisivo recupero posto a fondamento della *méthode historique*, costituito dall'affermazione della intrinseca *socialità* del diritto. Si tratta di un profilo già delineato in occasione della critica al giusnaturalismo razionalistico, ma che trae nuova linfa dagli argomenti del positivismo filosofico e dall'emergere del paradigma sociologico. Costruire una « science de faits » significa infatti spostare il centro di gravità dell'attività giuridica dal testo al sociale (15), trasformando il *munus* del giurista, il quale non è più

---

(14) *Ibidem*, p. 314.

(15) Ciò significa puntare l'attenzione sul momento della *effettività*, in una prospettiva pluralistica, abbattendo il recinto chiuso innalzato dal formalismo legalista,

chiamato a svolgere una attività di carattere strettamente logico-deduttivo ma uno studio tecnico della realtà sociale, propedeutico alla evoluzione organica del sistema e alla razionalizzazione giuridica dei complessi processi economico-sociali (16):

> les hommes de science, et j'entends par là les jurisconsultes, n'ont plus le droit de se désintéresser de la façon dont se fera l'interprétation évolutive de la loi; mais c'est à eux de prendre les devants et d'en préparer les disciplines objectives. A l'objectivité résultant du texte, base éminemment précieuse de certitude juridique, il faut joindre désormais l'objectivité résultant des réalités économiques et sociales. Le jurisconsulte n'a plus le droit ne n'être comme jadis qu' un bon logicien. Il faut qu' il soit un économiste et un sociologue (17).

Alla base di ciò sta la visione del diritto come *institution* che, pur nel contesto di un approccio assai più pragmatico e sostanzialmente indifferente alle sirene della speculazione, Saleilles condivide con Maurice Hauriou, anticipando ricostruzioni destinate ad avere notevole fortuna anche in Italia. Si tratta di un punto decisivo, sul quale torneremo meglio in seguito, ma che occorre sin da subito sottolineare: l'invito ad analizzare l'« objectivité résultant des réalités économiques et sociales », che fa il paio con la sollecitazione di Durkheim a penetrare nelle « entrailles mêmes de la société » per cogliere il funzionamento dei meccanismi che presiedono alla genesi del diritto, non è altro che il frutto di una mentalità per la quale i rapporti giuridici non sono altro che « créations de la conscience collective des individus unis en société ».

Le prime manifestazioni giuridiche hanno ad oggetto non la protezione dei diritti degli individui ma l'organizzazione delle collettività nelle quali essi si trovano inseriti. Il diritto non è una manifestazione di volontà, non deriva da una concessione iniziale di carattere legale, ma è un fatto organico, razionale, prodotto delle *institutions*, la cui esistenza si esprime attraverso il diritto:

---

quale ideologia che costruisce il diritto come dimensione formale fondata non sui fatti ma sulla legge quale appropriatrice e interprete unica dei fatti. Cfr. P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, cit., p. 42.

(16) Cfr. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 220.

(17) *Méthode historique et codification*, cit., p. 19.

nous ne voyons nulle part le droit provenir d'une concession initiale de la loi, car je ne parle pas des concessions individuelles, faites à titre privé par le titulaire d'un droit, celles des seigneurs, par exemple, qui ne faisaient qu' user en cela de leur droit de propriétaires. Je parle d'un fondement initial du droit, émanant d'un pouvoir collectif, interprète de la solidarité sociale, et je dis que nous ne voyons cela nulle part (18).

Da ciò deriva un ribaltamento della tradizionale concezione volontaristica a favore di una visione oggettiva del fenomeno giuridico:

la volonté n'est pas créatrice, mais révélatrice de droit; il n'y a de sources du droit que celles qui viennent des lois positives du monde social. Et parmi ces lois, l'une des principales, celle qui ressort de la vie en commun et des liens qu' elle implique, est la loi de solidarité (19).

Il diritto è dunque il prodotto di gruppi organizzati di individui. Trova la sua origine nel fatto della interdipendenza sociale e non in una dichiarazione di volontà, « sa formation procède de transformations suscitées par les besoins économiques et sociaux beaucoup plus que de satisfaction donnée à la logique » (20). La storia dimostra come le prime realtà giuridicamente rilevanti siano costituite da istituzioni organizzate che regolano la propria esistenza e il proprio funzionamento per mezzo del diritto. Si tratta, da principio, di istituzioni organizzate gerarchicamente, superiori alle individualità che le compongono, il cui modello è la famiglia patriarcale, il clan, la comunità di fedeli o di vassalli che formano le strutture del mondo feudale. Ne deriva che i primi processi di produzione del diritto « nous apparaissent comme le produit d'organisations plus ou moins rudimentaires, destinées à agir sur le terrain juridique et à produire des effets de droit » (21).

L'individualismo rivoluzionario non può quindi essere invoca-

---

(18) *De la personnalité juridique*, cit., p. 556.

(19) *Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 91.

(20) Cfr. R. Saleilles, recensione a R. De La Grasserie, *De la classification scientifique du droit*, Paris, 1892, in *Nouvelle revue historique de droit*, XVII, 1893, pp. 783-789, cit., p. 788.

(21) *De la personnalité juridique*, cit, p. 564.

to per negare la dimensione sociale del diritto, che è invece un requisito essenziale del fenomeno giuridico, nella quale esso trova la sua genesi e la sua ragion d'essere. Il diritto è il meccanismo regolatore capace di coordinare le attività individuali rendendo possibile la vita collettiva organizzata, la vita sociale, che si manifesta in primo luogo in forme giuridiche.

Ricorrendo alla storia, sottolinenando come « l'histoire a connu, avant tout, des droits appartenant à des corps et à des individus », Saleilles non intende negare il carattere progressivo della *Déclaration*, né la titolarità soggettiva dei diritti da essa sancita, ma vuole evidenziare il carattere primordiale della *institution*, in quanto « première des réalités juridiques » e « mode par excellence d'appartenance des droits » (22).

1.2. *L'equivalenza tra storia e sociologia.*

Tutti questi ingredienti, ovvero l'appello alla storia colta nelle sue decisive potenzialità metodologiche, la concezione oggettivistica del diritto inteso come *fait social* prodotto di una *institution*, e la costruzione della *méthode historique* come procedimento di osservazione dei *faits sociaux*, considerati all'origine della norma giuridica, si risolvono in una sostanziale identificazione tra storia e sociologia (23), teorizzata espressamente, sulla scia della riflessione di Fustel de Coulanges:

---

(22) « Toute résultante de la vie collective organisée, ce que nous appelons la vie sociale, est une résultante juridique. Le problème pour l'homme est de vivre, et la vie n'est possible que par la coordination des activités individuelles; toute coordination implique un mécanisme régulier, et par suite des rapports de dépendance et de soumission, soumission soit à un individu, soit à des habitudes, que ces habitudes se nomment une coutume ou des lois, peu importe. Ce qui est certain, c'est qu'il n'y a pas de collectivité humaine organisée sans règles, donc sans une réglementation d'ensemble; et les règles qui gouvernent un petit groupement humain, c'est ce que nous appelons une institution juridique. C'est ce qui constitue le droit », *Les rapports du droit et de la sociologie*, cit., p. 422.

(23) Com'è stato opportunamente notato, la storia di Saleilles « appartiene al laboratorio delle scienze sperimentali », cfr. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 221.

M. Fustel de Coulanges, dans la préface de son dernier livre, disait en faisant allusion à sa propre méthode: « chaque société est un être vivant; l'historien doit en décrire la vie. On a inventé depuis quelques années le mot *sociologie*. Le mot *histoire* avait le même sens et disait la même chose, du moins pour ceux qui l'entendaient bien. L'histoire est la science des faits sociaux, c'est-à-dire la sociologie même (24).

Siamo in presenza di un tratto caratteristico del pensiero del giurista di Beaune sul quale si è soffermata a più riprese la dottrina contemporanea (25).

Abbiamo visto come egli resti particolarmente colpito dalla capacità di Paul Gide di presentare la storia come una « haute leçon de sociologie juridique » (26). Il giurista, attraverso le scienze sociali, e in particolare attraverso la comprensione storica del diritto, si forma una conoscenza scientifica della realtà e la traduce in diritto per mezzo di costruzioni giuridiche e principi che rappresentano il coronamento della *méthode historique*. La scienza giuridica, così ricostruita, non è altro che la « mise en formule positive d'idées rationnelles, tirées du point de vue social » (27).

L'operazione posta in essere è dunque speculare a quella di Durkheim. Quest'ultimo considera la scienza giuridica un ambito particolare della sociologia (28). Per Saleilles comprensione sociolo-

---

(24) *Quelques mots*, cit., p. 487.

(25) F. Geny, *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'oeuvre de Raymond Saleilles*, in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, cit.; P. Grossi, *op. cit.*, p. 221 e s.; C. Atias, *Premières réflexions sur la doctrine française de droit privé (1900-1930)*, cit., p. 189 e ss.; D. Bureau, *Les regards doctrinaux sur le Code civil*, cit., p. 171 e ss.; C. Jamin, *Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité — A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris*, in *Revue internationale de droit comparé*, n. 4, octobre-décembre 2000, pp. 733-751, cit., p. 247 e ss.; C. Jamin, *L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX et XX siècle*, cit., p. 815 e ss.; C. Jamin, *Dix-neuf cent: crise et renouveau dans la culture juridique*, cit., p. 380 e ss.; C. Jamin-P.-Y. Verkindt, *Droit civil et droit social: l'invention du style néo-classique chez les juristes français au début du XX siècle*, cit., p. 103 e ss.

(26) *Lettre à M. Paul Desjardins*, cit., p. 12; P. Grossi, *op. cit.*, p. 222.

(27) *Droit civil et droit comparé*, in *Revue internationale de l'enseignement*, LXI, 1911, pp. 5-32, cit., p. 20; P. Jestaz, *La doctrine*, cit., p. 143.

(28) Cfr. F. Chazel, *Emile Durkheim et l'élaboration d'un programme de recherche*

gica e comprensione giuridica della realtà si identificano. In ogni collettività umana, infatti, vi sono regole fisse preposte al governo dell'organismo sociale. Tali regole non sono altro che il diritto particolare di un gruppo o di una nazione. L'insieme delle relazioni che compongono la vita sociale si manifestano e si incarnano perciò in regole e in relazioni di carattere giuridico. Diritto e sociologia appaiono così « deux faces d'un même aspect de la vie sociale ».

La breve ma fruttuosa vicenda accademica della storia del diritto dimostra del resto la verità di tale asserzione. Saleilles, come sappiamo, è affascinato dall'idea contrattuale che domina la cultura giuridica medievale esercitando una forza ordinante senza pari. La ricostruzione del sistema giuridico alto-medievale, cui la storiografia si è dedicata a partire dalla introduzione della cattedra di *histoire du droit français*, ha svelato le affinità tra indagine sociologica e indagine giuridica. La comprensione della peculiarità di un pensiero che, nel caos delle invasioni e nella caduta delle strutture istituzionali romane, ha dato vita a un nuovo ordine sociale e politico a partire dall'idea di contratto, è stata possibile grazie all'opera di giuristi che hanno saputo cogliere l'identità tra storia, diritto e sociologia: « il n'en est pas un qui, restant jurisconsulte tout en devenant historien, n'ait trouvé en lui l'étoffe d'un parfait sociologue, car le droit et l'histoire sont les deux éléments de la sociologie » (29).

Ne deriva che il metodo sociologico basato sull'osservazione dei *faits sociaux* deve essere applicato anche al diritto, che è uno dei fenomeni sociologici di primaria importanza. La *méthode historique*, in quanto stumento funzionale alla conoscenza dei fatti che determinano tale evoluzione, non è altro che la versione giuridica del metodo sociologico o, il che è lo stesso, il metodo sociologico applicato alla conoscenza del diritto, dal momento che il procedimento conoscitivo dell'organismo sociale, nella molteplicità delle sue manifestazioni fattuali, è stato perfezionato e messo a punto proprio dalla ricerca sociologica:

---

en sociologie du droit, in F. CHAZEL-J. COMMAILLE (a cura di), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, 1991, pp. 27-38.

(29) *Quelques mots*, cit., p. 488.

la méthode historique est la méthode scientifique par excellence. Dégagée de tout élément subjectif, elle s'en tient aux faits et aux réalités, elle les classe et en déduit les lois générales qu' ils comportent. Appliquée au droit, elle n'a d'autre objectif que de mettre le droit en conformité avec la vie (30).

La messa a punto della *méthode historique* si conclude perciò con la definizione di una ermeneutica giuridica intesa come « méthode d'évolution et de progrès » (31), basata sulla identità tra storia e sociologia (32), frutto dell'applicazione all'ambito del diritto di una epistemologia tipicamente positivista, fondata sulle categorie della *observation* e della *expérimentation* (33).

Conseguentemente, a partire dal saggio del 1890, Saleilles costruisce la giurisprudenza come scienza di osservazione sulla base della identificazione tra « méthode historique » e « pure méthode d'observation ».

La convergenza sul principio della « observation » non è casuale poiché esso rappresenta un punto di incontro metodologico dei principali indirizzi culturali dell'epoca. Lo storicismo metodologico, infatti, è il frutto di una visione sincretistica, che unisce le suggestioni del positivismo filosofico alla lezione storicista, e trova nel sociologismo di fine Ottocento un luogo di verifica e un fondamentale modello ispiratore. Per questo, la *méthode historique*, nella sua applicazione all'ambito del diritto, non è altro che l'applicazione del metodo sperimentale basato sulla osservazione alla interpretazione giuridica (34):

---

(30) *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 99; C. Jamin, *Relire Labbé et ses lecteurs*, cit., p. 251.

(31) *Méthode historique et codification*, cit., p. 11.

(32) Secondo A. Aragoneses, *Un jurista del modernismo*, cit., p. 75, Saleilles « utilizaba un historicismo vestido de sociología », ove il riferimento al metodo sociologico era più nominale che reale.

(33) « Nous savons aujourd'hui que la raison doit s'appliquer uniquement à observer, comprendre et diriger les éléments que lui fournit la nature; et qu'à construire des systèmes en abstraction sur la base d'une justice idéale, non seulement elle n'entraîne pas la société avec elle, mais qu'elle entrave la marche naturelle du progrès, et la marche spontanée des choses vivantes ». Cfr. *Fondement et développement du droit*, cit., p. 42.

(34) *Les théories allemandes sur les droits, qui, au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivie en paiement, lorsque son adversaire, de son côté,*

qu'est-ce donc que ce procédé d'interprétation, sinon la pure méthode d'observation, et la méthode historique, transportée dans le domaine, beaucoup plus élastique qu'on ne voulait le faire croire, du Code civil! (35).

Come abbiamo anticipato, ciò provoca un mutamento radicale della natura della interpretazione e, con essa, del ruolo dell'interprete. La scienza giuridica si trasforma in una « science de faits », in una « science du dehors », con la conseguenza che il dato testuale perde la sua centralità e diventa uno degli elementi di un circolo ermeneutico complesso, teso a stabilire un collegamento e un'osmosi costante tra forme giuridiche e realtà, e il cui centro di gravità è collocato in basso, nel mondo dei fatti, i quali appaiono dotati di una intrinseca capacità nomopoietica:

> le rôle de l'interprète qui s'en tient au sens des mots est fini depuis longtemps, j'en conviens; mais le rôle de l'investigateur qui suit l'évolution des faits et cherche à adapter le droit aux phénomènes sociaux qui se font jour, celui-là n'est jamais fini; je ne dirai pas qu'il commence à peine…mais je reconnais facilement que, pour le public qui se tient en dehors de ce qui se passe dans nos Facultés, ce rôle est à peine soupçonné. Pour moi, je suis convaincu que, sous l'influence de l'esprit d'investigation qui pénètre partout et rajeunit nos méthodes, toute la théorie des obligations, la clé de voûte de notre Code civil, sera renouvelée d'ici à peu de temps, sinon pour le fond qui est et qui restera un chef-d'oeuvre de bon sens, mais pour ce qui est de l'étendue et de la variété des applications, le seul point sur lequel nos cadres soient un peu étroits et demandent à être élargis (36).

Il principio fondamentale cui deve ispirarsi la nuova metodologia è la ricerca della concordanza tra dimensione giuridica e realtà, il che presuppone la verifica dei risultati pratici di una dottrina o di una soluzione giuridica e provoca indirettamente una sorta di responsabilizzazione del pensiero giuridico: così facendo, infatti, si

---

n'exécute pas ses engagements (*Exception de refus de paiement pour inéxecution ou exception* non adimpleti contractus), in *Annales de droit commercial*, VI, 1892, pp. 287-296, cit., p. 293. La *méthode historique*, dirà espressamente Saleilles « n'est autre chose que l'observation des phénomènes d'évolution sociale au fur et à mesure de leur apparition ». Cfr. R. SALEILLES, *Quelques mots*, cit., p. 483.

(35) *Ibidem*, cit., p. 495.

(36) *Ibidem*, p. 493.

sostituisce allo « scepticisme de la méthode dogmatique », indifferente alla dimensione della effettività, il « sens de la responsabilité scientifique et morale qui dérive de la méthode sociologique ».

1.3. *La distinzione tra* conceptions *e* solutions *e il carattere presuntivo delle disposizioni legali.*

La *méthode historique*, basata sulla osservazione e sulla sperimentazione, non è altro che un procedimento teso a tradurre e razionalizzare giuridicamente la complessità economico-sociale. Nel far ciò l'interprete si muove incessantemente tra la dimensione della effettività e la dimensione della validità, tra i fatti e le norme, sforzandosi di dare una veste giuridica alle mutevoli aspettative sociali.

Già a partire dal saggio del '90 Saleilles offre una sintetica esposizione dell'*iter* logico di tale procedimento e lo immagina suddiviso in tre fasi: l'esame dei fatti; l'enucleazione del principio giuridico in essi implicito; l'applicazione del principio ai fatti nuovi che emergono nell'ambito della pratica.

Preliminare all'applicazione della *méthode historique* è però la distinzione tra *conceptions* e *solutions* (37) e, nell'ambito di queste ultime, tra norme di carattere imperativo e norme di carattere meramente presuntivo. Le *solutions*, di esclusiva competenza del legislatore, sono le disposizioni legali, dal contenuto circoscritto, emanate per disciplinare specifiche fattispecie. Le *conceptions*, essendo legate al processo sociale, sfuggono alla competenza del legislatore, sono « livrées à la jurisprudence, à la doctrine, à l'évolution historique » (38), e dalla loro elaborazione dipende in larga misura il progresso del sistema.

Le *conceptions* emergono di solito in ambito giurisprudenziale, a fronte della necessità di risolvere casi pratici inediti, e vengono in

---

(37) *Quelques mots*, cit., p. 491 e s.; *De la cession de dettes*, in *Annales de droit commercial*, IV, 1890, pp. 1-47, cit., p. 27; *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, in *Annales de droit commercial*, XI, 1897, pp. 29-49, cit., p. 47 e s.; *Les accidents de travail et la responsabilité civile* (Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle), Paris, 1897, cit., p. 47; *Un nouveau livre sur la cession de dettes*, cit., p. 92; *Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 109.

(38) *Un nouveau livre sur la cession de dettes*, cit., p. 92.

seguito raccolte e ordinate dalla dottrina in costruzioni teoriche compiute, le quali costituiscono a loro volta la premessa di una successiva riforma di carattere legislativo. Nella maggior parte dei casi, adottando delle « solutions précises et concrètes », il legislatore si limita a tracciare delle coordinate, a definire la disciplina di massima di una determinata fattispecie, la quale però non ha un contenuto dogmatico, « figé dans une formule », ma è aperta alle evoluzioni successive indotte dall'emergere di nuove *conceptions* che ne modificano e ne adeguano il significato (39). La *méthode historique* opera perciò direttamente sulle stesse *solutions*, modificandone la portata, a patto però che esse abbiano un contenuto « disponibile ».

Qui entra in gioco l'altra distinzione, tra norme imperative e norme di carattere presuntivo, convenzioni. Nel caso di disposizioni strettamente imperative, motivate da una ragione di ordine pubblico o di interesse generale, l'interprete è vincolato dal tenore letterale della legge e deve attendere l'intervento del legisaltore. Si tratta però di ipotesi circoscritte, soggette ad una evoluzione lenta nelle opinioni e nella pratica del diritto, e quindi tali da non intralciare il progresso giuridico.

L'ambito delle convenzioni, viceversa, è quello maggiormente soggetto a trasformazioni. Il Codice, com'è noto, fissa i principi generali nella parte dedicata alle obbligazioni e le disposizioni di dettaglio nella parte relativa ai singoli contratti. Ma l'unico principio imperativo in materia di obbligazioni è il principio della libertà delle convenzioni (40). Al di fuori dell'ambito di operatività di tale principio, le soluzioni legali in tema di obbligazioni non sono altro che « présomptions de volonté », le quali possono essere smentite dalla prova di nuovi usi contrari. In mancanza del contenuto di imperatività che deriva dall'essere espressione di un principio di ordine pubblico, le disposizioni legali, e quindi anche

---

(39) « Nous sommes en présence de quelques solutions consacrées par la loi, mais dont la formule est laissée au contraire en voie de formation doctrinale: nous sommes en présence d'une formule en train de se construire, et non en présence d'un dogme tout fait que la loi nous impose », cfr. R. SALEILLES, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, cit., p. 47.

(40) Cfr. J. CARBONNIER, *Flessibile diritto*, cit., p. 118.

le norme del Codice, conservano un carattere meramente presuntivo: ciò significa che il legislatore, constatando la frequenza di un determinato uso lo ha sussunto nella norma pensando che ciò fosse accetto ai privati:

> sur ce terrain, la solution légale n'indique qu'une préférence au cas de doute, afin d'écarter l'incertitude et l'arbitraire, elle ne constitue pas un dogme qui s'impose. Elle n'est que la consécration d'idées, d'usages ou de doctrines, représentant l'opinion courante à une époque donnée; l'état économique d'un pays à un moment determiné, idées usages ou formules destinés à se modifier au cours de l'évolution des faits (41).

La *méthode historique* trova pertanto piena applicazione in tale ambito poiché, al fine di determinare il senso di una convenzione, non è sufficiente limitarsi a ciò che è stato espresso ma occorre tener conto delle concezioni nuove, emerse nella pratica del diritto e che possono averle ispirate.

La *méthode historique*, come procedimento di osservazione teso all'adattamento del sistema giuridico alla realtà sociale, determina, specie nell'ambito del diritto delle obbligazioni, il sorgere di una presunzione generale favorevole all'interpretazione estensiva e quindi all'adeguamento/superamento del dato testuale. Le disposizioni di legge, frutto di una presunzione operata dal legislatore, mutano così di significato e possono perdere efficacia se l'interprete-applicatore constata circolante la presenza di un uso diverso e contrario (42).

---

(41) *Etudes sur l'histoire des sociétés en commandite*, cit., p. 48.

(42) Saleilles invoca, a riprova della bontà di tale impostazione metodologica, il caso emblematico della responsabilità extra-contrattuale, di cui il saggio del 1890 fornisce un primo, sintetico assaggio. Il tema è quello, incandescente, della responsabilità dei datori di lavoro in caso di infortuni. Egli osserva come coloro che hanno sollevato il problema di un adeguamento di tale disciplina hanno avuto il merito di impostare correttamente la questione, concependola in termini di presunzione di volontà, tenendo quindi presenti i fatti economici, gli usi industriali e le condizioni della vita moderna. Il capovolgimento dell'impostazione tradizionale in materia di responsabilità extra-contrattuale costituisce la dimostrazione concreta del sistema di interpretazione basato sulla *méthode historique* di cui il saggio del 1890 rappresenta un primo tentativo di sistematizzazione: « l'étude des faits, la constatation des phénomènes économiques et industriels, n'est donc pas seulement nécessaire comme jadis pour la critique de la loi, et

La *méthode historique*, inoltre, non deve limitarsi a constatare i fatti ma deve anche condurre alla formulazione di leggi generali e di principi giuridici, in conformità agli obiettivi di ogni scienza sperimentale. Saleilles riconosce l'importanza dei principi: il primo carattere del diritto dev'essere infatti la certezza e la prevedibilità. La formulazione del criterio di applicazione di una disposizione giuridica presuppone l'astrazione dell'idea che la giustifica in modo da ricondurre sotto la sua disciplina tutti quei casi nei quali tale idea si manifesta.

Questo procedimento di astrazione ha come esito finale l'elaborazione di un principio, come accade nelle scienze sperimentali, nelle quali l'elaborazione di una legge presuppone il compimento di una serie di esperimenti reiterati. Il principio, enucleato a partire da elementi contingenti di natura sociale, contiene in sé una nozione astratta suscettibile di conseguenze pratiche ma priva del contenuto di necessità assoluta e di immutabilità che caratterizza le leggi dell'ordine naturale.

L'elaborazione di principi è un compito fondamentale della dottrina. Essa non può infatti limitarsi a scoprire, attraverso l'osservazione dei fatti combinata con l'idea di giustizia, la diffusione di un uso nuovo, ma deve sforzarsi di individuare l'idea razionale presente in ogni rapporto giuridico e sulla quale si fonda l'uso rilevato, elaborando in tal modo una concezione generale nella cui sfera possono essere ricondotti i casi analoghi (43).

---

pour en préparer la réforme. Ces procédés empruntés à la méthode expérimentale sont aujourd'hui l'inspiration vivante de l'interprétation juridique ». Cfr. R SALEILLES, *Les méthodes d'enseignement du droit*, cit., p. 323. Si tratta di un procedimento che, basandosi su una presunzione di volontà elaborata a partire dalla osservazione diretta delle circostanze e non su una costruzione teorica di carattere dogmatico, si distingue per la sua flessibilità, per la sua capacità di adattarsi alla diversità degli usi e di « saisir toutes le nuances de la volonté des parties ».

(43) Si è osservato come le costruzioni logico-giuridiche siano, a un tempo, necessarie e strumentali, in quanto « costituiscono uno strumento euristico insostituibile per scoprire tutta la portata della norma giuridica, per svilupparla, ed applicarla. Servono ad assicurare la continuità del diritto nelle sue varie applicazioni, ed esercitano così una funzione essenziale nella conquista della certezza nel diritto e dell'uniformità della sua applicazione », cfr. T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit., p. 72 e s. Lo stesso autore nota inoltre come « formalismo e sociologismo nell'interpretazione in realtà non si contrappongono, seppure possono

Saleilles recupera così nell'ambito del diritto civile, per ragioni di certezza e di stabilità del sistema, il metodo deduttivo (44), combinandolo con la *méthode historique*, che rimane il procedimento-base, cui è affidata l'evoluzione e la tenuta complessiva dell'ordinamento:

> les deux méthodes ont leur part et se prêtent un mutuel appui: la méthode d'observation doit saisir la multiplicité des phénomènes juridiques, la méthode de raisonnement doit en même temps en déduire la valeur au point de vue de la justice, et en abstraire le principe rationnel qu'ils recouvrent; ce principe formulé, les deux méthodes se retrouvent, se prêtant le même appui, pour en procurer l'application, l'une examinant les faits, l'autre en déduisant la relation avec le principe admis (45).

---

distinguersi dato il maggior o minor rilievo di considerazioni strutturali o considerazioni funzionali e secondo un maggior o minor rilievo delle esigenze della certezza o di quella dell'equità della soluzione ». Ciò in quanto « le categorie giuridiche…non possono essere intese astratte dalla storia e indipendentemente dal riferimento ad una realtà sociale, ma questa non può a sua volta essere giuridicamente valutata fuori da una inquadratura concettuale », cfr. T. ASCARELLI, *Diritto comparato e teoria dell'interpretazione*, in *Atti del primo convegno nazionale di studi giuridico-comparativi*, Roma, 1953, pp. 19-70, cit., p. 36.

(44) « Les constructions logiques doivent conserver leur rôle capital dans toute méthode de droit positif. Mais, une condition s'impose, et s'impose absoluement, pour les maintenir dans les limites, qui, seuls en justifieront et en légitimeront l'emploi. C'est que notre science ne perde jamais de vue le caractère, essentiellement idéal et subjectif, de ces procédés, qu'elle se résigne, par conséquent, à n'en tirer que de simples *hypothèses*, toujours dominées par les faits, acceptables dans la mesure seulement où elles facilitent l'œuvre téléologique de la jurisprudence, prêtes à s'assouplir et à se transformer devant les exigences de la vie, au besoin, même à céder sans résistance à l'évidence du but pratique qui les contredirait », *Méthode*, cit., p. 146. È stato osservato come le oscillazioni tra storicismo e razionalismo all'interno del pensiero di Saleilles sono la conseguenza del tentativo di conciliare, a livello teoretico, metodo storico e metodo deduttivo. Ciò è evidente anche nel "manifesto" del 1890: « early in his career Saleilles was inclined to play down the gulf between the juridical method and empirical methods: in an article published in 1890 he discussed the role of the historical method in legal studies, and maintained that private law scholarship was much less text-bound, much less deductive and more historical than the usual caricature allowed. Even at this stage, however, he analyzed the limitations of the historical methods and highlighted the role to be played by the deductive method in complementing it », cfr. H. S. JONES, *The French State in Question*, cit., p. 40.

(45) *Quelques mots*, cit., p. 497 e s.

Come vedremo, la combinazione del metodo induttivo e del metodo deduttivo, assicurata dalla *méthode historique*, sarà funzionale alla elaborazione delle cosiddette *constructions juridiques*, costruzioni generali di origine dottrinale, il cui scopo è la predeterminazione delle condizioni e dei limiti della evoluzione organica del sistema. Così concepito, tale procedimento, pur fondandosi su una presunzione generale di evoluzione e sulla necessaria elasticità del dato testuale, offre non di meno sufficienti garanzie di certezza grazie al magistero alimentato incessantemente dalla comunità dei giuristi.

1.4. *L'evoluzione organica del sistema come finalità della* méthode historique.

Saleilles definisce epigrammaticamente la *méthode historique* come « procédé du but à atteindre ». In ossequio al magistero jheringhiano, la considerazione dello *Zweck im Recht* diventa il criterio-guida del processo di produzione di « nuovo » diritto a partire da un tessuto normativo dato, un criterio che l'*Ecole nouvelle* utilizza come base per una interpretazione storico-evolutiva (46).

Il principio finalistico, portato alla ribalta da Jhering, diventa in altre parole, la chiave di volta della nuova *méthode*, attraverso la quale è possibile assicurare la libertà dell'interprete e l'evoluzione del sistema scongiurando lo spettro dell'*arbitraire*:

---

(46) L'obiettivo di tale metodo, chiamato anche « méthode d'adaptation historique », è la definizione di una tecnica di interpretazione evolutiva, capace di superare la « superstition de la loi » e di assicurare l'adattamento e la corrispondenza tra forme giuridiche e realtà sociale. L'indagine metodologica deve precostituire un procedimento interpretativo in grado di conciliare la libertà del giudice con il rispetto del testo, tramite criteri conformi alle tradizioni e al diritto costituzionale francese. Il merito di Jhering è stato quello di aver applicato il criterio finalistico al « droit à l'état dynamique », alla scoperta del diritto futuro. Ciò che appare determinante, infatti, è la individuazione della forza latente che presiede allo sviluppo del diritto e il procedimento attraverso il quale è possibile ottenere, a partire dal diritto esistente, soluzioni nuove, adeguate alle esigenze sociali che emergono di volta in volta. Cfr. R. SALEILLES, *Méthode historique et codification*, cit., p. 18; P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 227.

ceux qui…connaissent bien les chefs-d'œuvre de von Ihering ne me démentiront pas si je place le fond et comme l'essentiel de toute cette méthode d'interprétation juridique dans l'idée de *but*, le *Zweck im Recht*. Ce qu' il faut avoir constamment en vue, c'est beaucoup moins le texte, que le but social, le but pratique de la loi: qu' a-t-elle visé, quel résultat sociale a-t-elle voulu atteindre, quelle unité avait-elle pour fin de réaliser? C'est ce but que le juge doit atteindre en adaptant, non pas la solution pratique à la rigidité du texte, mais le texte lui-même au but supérieur qu' en attend la société (47).

Il criterio fondamentale della ermeneutica giuridica consiste perciò nell'interpretare una legge a partire dalla ricerca della finalità pratica perseguita dal legislatore: nel caso di convenzioni tra privati, l'interprete dovrà ricercare il fine perseguito dalle parti; nel caso di leggi statali, l'interpretazione dovrà invece sforzarsi di mettere in luce il fine verso il quale converge l'insieme dell'evoluzione sociale del paese. In ogni caso, l'interpretazione finalistica, alimentata da un « esprit de conscience historique », soppianta l'interpretazione esegetica o sistematica e diventa la chiave di volta dell'efficienza evolutiva del sistema. L'idea essenziale è che una regola giuridica esiste, si comprende e si sviluppa soltanto in funzione del risultato sociale che la sua applicazione è volta a realizzare (48):

ce qu'il faut se demander avant tout dans l'interprétation d'une matière, ce n'est pas quel principe abstrait la domine, mais à quel but elle correspond; et à cette idée doivent se rattacher les conséquences à en tirer, au lieu de les faire découler d'un principe abstrait par voie de déduction logique et rigoureuse (49).

Il problema emerge con particolare intensità in presenza di un ordinamento a diritto codificato. Il Codice è infatti un « tout organique », che attrae a sé ogni norma particolare e orienta nel suo complesso l'evoluzione dell'ordinamento. Esso, come ogni altro organismo, è soggetto alle ingiurie del tempo: ecco allora la questione: in che modo è possibile far vivere un organismo che non

(47) *Lettre à M. Paul Desjardins*, cit., p. 17 e s.
(48) Cfr. E. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 228.
(49) *Les théories allemandes*, cit., p. 293.

risponde più ai bisogni giuridici di una nazione? In che modo preparare la riforma della codificazione? Attraverso quale procedimento è possibile riconciliare la realtà e la storia con il diritto applicato nei tribunali e nella pratica extra-giudiziaria?

Affermata la natura organica della codificazione, non è possibile procedere a riforme parziali se non a rischio di mettere in crisi la tenuta complessiva e la coerenza del sistema: separare e rendere indipendenti determinati ambiti del diritto privato equivale infatti a mettere in discussione il principio stesso della codificazione, favorendo il ritorno a un sistema di tipo anglosassone, caratterizzato da una serie di leggi organiche tenute insieme da un fondo comune di precedenti giudiziari e di consuetudini. Si tratta, insomma, di una questione giuridico-politica dalla cui soluzione dipende il futuro della forma-Codice.

La storia, colta come metodo, è lo strumento privilegiato per assicurare lo sviluppo del sistema organico nato con la codificazione e il suo adattamento alle diverse contingenze storiche. La *méthode historique* si presenta perciò come un procedimento intermedio, « qui, du texte ancien toujours respecté, fasse sortir une note nouvelle et comme un droit nouveau » (50), capace di attenuare i rigori del formalismo, in attesa che i fattori sociologici, in continua evoluzione, provochino una riforma espressa del diritto:

> à ce problème il n'y a qu' une solution. La mise au point du droit et de l'histoire ne peut se faire, ni par le procédé législatif, qui ne répond qu' à des réformes partielles, ni par celui des revisions de codification, qui vient trop tard; il ne peut se réaliser complètement que par la méthode jurisprudentielle et doctrinale d'interprétation, devenue une méthode d'adaptation (51).

La precisazione che la *méthode historique* è essenzialmente una « méthode d'adaptation » riveste un carattere, allo stesso tempo, tecnico e politico, di primaria importanza.

Come abbiamo visto, infatti, questo profilo investe il nesso che lega la scienza giuridica allo sviluppo di un regime democratico. Il problema della individuazione dello strumento attraverso il quale è

---

(50) *Les rapports du droit et de la sociologie*, cit., p. 429.

(51) *Méthode historique et codification*, cit., p. 15.

possibile aggiornare il sistema giuridico può esporre, alternativamente, al rischio di contraddire il principio democratico o di negare il fondamento della scienza giuridica.

L'integrazione delle masse, non più amorfe, rese politicamente rilevanti dall'introduzione del suffragio universale, impone di individuare una istanza capace di far evolvere il sistema a prescindere da un ricorso diretto e continuo allo strumento legislativo. Infatti, risolvere il problema del diritto sociale e della domanda di integrazione soltanto attraverso la legislazione, a colpi di riforme, può produrre come effetto collaterale l'abolizione della scienza giuridica, ridotta a mero commento di un dato normativo.

Ma se il rischio di ridurre la scienza giuridica a mera legislazione è una delle possibili conseguenze che possono derivare dalla necessità di tradurre giuridicamente le nuove istanze di democrazia sociale, non è tuttavia pensabile immobilizzare il sistema giuridico vigente, attraverso una velleitaria difesa dello *status quo*. Occorre pertanto guardarsi da una duplice tentazione: affidare lo sviluppo del regime democratico e il soddisfacimento del bisogno di integrazione al solo strumento legislativo, o pretendere di immobilizzare il sistema, affidando il progresso giuridico a riforme di ampio respiro, dotate di carattere sistematico e sufficientemente distanziate nel tempo:

> ce rêve d'immobilisation partielle du droit a été fait à chacune des grandes périodes de codification. Il a toujours été contredit par l'histoire. Avant que se construisent les grandes réglementations d'ensemble, il faut que les individus vivent, et ils ne peuvent vivre socialement que par la mise en œuvre de rapports juridiques. Pour croire que, si la réglementation de ces rapports juridiques est incomplète ou défectueuse, il faudra subir ces défauts et ces injustices, jusqu' à ce qu' une loi d'ensemble ait tout renouvelé, il faut vraiment ne rien connaître, ni des exigences de la justice individuelle, ni des exigences sociales. Les grandes réglementations d'ensemble ne peuvent se succéder à jets continus; sinon, ce serait l'anarchie législative, autre forme de l'anarchie sociale. Aucune société n'a pu survivre à des révolutions successives continues. Quoi que l'on fasse, les lois d'ensemble, et c'est fort heureux, n'interviendront qu' à de longs intervalles; et dans cet intervalle, il faudra que les intéressés s'accommodent de ce qui existe, et pour qu' ils s'en accommodent il faudra adapter le mécanisme légal aux nécessités individuelles, et surtout aux nécessités

sociales qui se font jour. Cette adaptation de la loi à la vie, est l'objet propre de la science du droit (52).

Il *punctum dolens* della *Ecole nouvelle* è la individuazione di una regola fissa di interpretazione, di un criterio solido e affidabile, al pari dei criteri elaborati dal metodo tradizionale, per mezzo del quale individuare la finalità di una norma e applicare in modo certo il principio finalistico al « droit à l'état dynamique ». Il rischio di tale rivoluzione metodologica può essere insomma la caduta nell'*arbitraire*, che rappresenta da sempre lo spauracchio più temibile per ogni giurista.

Saleilles dà a tale questione una risposta improntata al realismo: la *méthode d'adaptation historique* ha in sé le potenzialità per scongiurare lo spettro dell'arbitrio o derive soggettivistiche sul modello del *bon juge*; ma un metodo giuridico che abbia la pretesa di essere davvero efficace non può fornire soluzioni semplicistiche e brutali, nella loro perfezione geometrica, sulla falsariga del concettualismo e del deduttivismo della Pandettistica.

Il carattere sperimentale della *méthode historique*, basata sulla osservazione della realtà e sulla ricostruzione delle leggi sociologiche che regolano lo sviluppo dei gruppi umani, fornisce gli elementi di indagine e le garanzie necessarie per elaborare un diritto capace di rispondere alla « complexité infinie » e alla « combinaison de choses » tipiche della realtà sociale senza cadere nell'arbitrio individuale. L'interpretazione storico-evolutiva, ancorata al criterio finalistico e basata sulla osservazione, permette di adeguare la *regula iuris* alla complessità del sociale:

> à l'objectivité résultant du texte, base éminemment précieuse de certitude juridique, il faut joindre désormais l'objectivité résultant des réalités économiques et sociales (53).

L'adozione di un punto di vista finalistico, volto a realizzare l'*adaptation historique* della regola giuridica, evidenzia inoltre il carattere soggettivo e strumentale delle costruzioni logiche. Si tratta

---

(52) *Le droit romain et la démocratie*, cit., p. 722 e s.
(53) *Méthode historique et codification*, cit., p. 19.

di procedimenti importanti per l'elaborazione del diritto, ma di carattere ideale e, in certa misura, arbitrari. Da essi è possibile ricavare esclusivamente delle ipotesi, sempre soggette a una verifica fattuale e accettabili nella misura in cui facilitano l'opera teleologica della giurisprudenza, « prêtes à s'assouplir et à se transformer devant les exigences de la vie, au besoin, même à céder sans résistance à l'évidence du but pratique qui les contredirait » (54).

Il metodo deduttivo avrà perciò un ruolo sussidiario e dovrà essere utilizzato solo in due casi: in primo luogo, come criterio per la determinazione della volontà delle parti, nei casi in cui non sia chiaro lo scopo perseguito. Il procedimento deduttivo, infatti, è una operazione di carattere psicologico che si impone a chiunque si trovi nella necessità di applicare una disposizione legislativa a una fattispecie concreta non prevista dal legislatore; in mancanza di una norma precisa, le parti possono fare appello allo spirito della legge, che emerge dall'insieme di una materia, dalla comparazione e dalla conciliazione dei suoi elementi diversi, e quindi da un saggio di costruzione giuridica.

Il metodo deduttivo si dovrà pertanto impiegare nei casi in cui risulta evidente che le parti, per regolare una fattispecie concreta non prevista dalla legge, hanno fatto ricorso ad una deduzione logica costruita a partire dalle norme esistenti e sempre che non risulti chiaro lo scopo da esse effettivamente perseguito.

In secondo luogo, tale metodo deve essere impiegato quale strumento di realizzazione pratica e di coordinamento sistematico di idee giuridiche rimaste disaggregate, in modo da facilitarne la generalizzazione e la applicazione, a condizione però che il sistema così elaborato non abbia alcuna pretesa di immutabilità, ma evolva e si trasformi come si trasformano incessantemente le idee particolari di cui si compone.

Fatte salve queste ipotesi, del resto di carattere residuale, l'adesione al paradigma evoluzionista e al metodo sociologico e la recezione incondizionata della teoria giuridica jheringhiana spingono Saleilles a costruire la sua *méthode historique*, in alternativa alla interpretazione dogmatica tradizionale, come « système nouveau

(54) *Ibidem*.

fondé sur l'observation des faits concrets et la considération du but et des conséquences pratiques ».

Evoluzione e adattamento sono così le parole magiche di una impostazione metodologica che cerca nella storia solide fondamenta epistemologiche.

2. *La crisi modernista del pensiero giuridico: il fondamento teologico della riflessione metodologica.*

Il discorso sul metodo elaborato da Saleilles risulta difficilmente comprensibile nel suo pieno significato e nella sua profonda originalità se non si tiene presente la parallela riflessione teologica (55).

Siamo infatti in presenza, come nel caso di Gény, di un pensatore profondamente religioso, la cui riflessione è segnata da una contaminazione e da un interscambio incessante, non solo a livello suggestivo, tra dimensione religiosa e dimensione giuridica, al punto che non è azzardato parlare di una mentalità giuridica *façonnée* teologicamente (56). La singolarità scientifica di Saleilles è data proprio dalla perfetta coincidenza tra dimensione teologico-religiosa e dimensione giuridica, coincidenza che trova nella ininterrotta riflessione sulla nozione di dogma, al contempo, il suo principale alimento e il suo luogo privilegiato di manifestazione. Infatti, se è vero che l'impegno dei modernisti di inizio Novecento è volto a rendere "intellettualmente abitabile" la religione, possiamo dire che lo stesso

---

(55) La necessità di approfondire i rapporti tra esperienza religiosa ed esperienza giuridica come chiave di accesso all'antiformalismo di determinati autori è sottolineata da A. TANZI, *L'antiformalismo giuridico*, cit., p. 34.

È significativo inoltre il fatto che la riflessione metodologica di Saleilles sia coeva all'interesse per le questioni teologiche. Entrambe sono riconducibili agli inizi degli anni Novanta, come testimoniano le lettere di Maurice Faucon, in particolare le lettere del 15 marzo 1890 e del 3 marzo 1894.

(56) Il tema del rapporto tra cultura giuridica e cultura teologica rappresenta una delle idee-forza della riflessione di Michel Villey, secondo il quale « il est manifeste que l'histoire doit réintégrer — si elle veut être véridique, échapper aux déformations et aux ignorances monstrueuses que, depuis Voltaire, lui ont fait subir les préjugés du laïcisme — la dimension religieuse et théologique… », cfr. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., p. 279.

obiettivo, ovvero l'esigenza di affermare l'"abitabilità intellettuale" della scienza giuridica, ispira l'attività di Saleilles (57).

È opportuno inoltre ricordare come, a livello estrinseco, il carattere di giurista militante, di giurista che crede nell'importanza delle riforme legislative e vi si impegna a fondo, mettendosi in gioco in prima persona, trovi la sua ragion d'essere nella dichiarata appartenenza ad una corrente del cattolicesimo che pone al centro delle sue preoccupazioni la questione sociale.

È importante inoltre sottolineare come la riconduzione della riflessione in ambito metodologico all'identico nucleo concettuale (il

---

(57) Possiamo senz'altro affermare che l'indagine metodologica di Saleilles « si nutre della scoperta della necessaria libertà del giurista nel trovare il diritto » ed è l'espressione della necessità di un « margine di scelta personale e responsabile che non può essere eliminato neppure dalla codificazione più esauriente », cfr. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 216. Sul finire del secolo, l'identità della crisi che investe i due ambiti di conoscenza (il diritto e la teologia) contribuisce a metterne in luce le similitudini, tanto che è stato notato come « il modernismo ha sollevato presso i teologi…le stesse inquietudini feconde che sollevarono nello stesso tempo fra i giuristi il fallimento del liberalismo individualista e quindi l'invasione del sociologismo positivista: l'opera del Padre A. Gardeil corrisponde a quella di Fr. Gény ». Cfr. G. RENARD, *Contributo allo studio dei rapporti tra diritto e teologia*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1936, pp. 477-521, cit., p. 496. D'altra parte, le analogie esistenti tra diritto e teologia sono state evidenziate a più riprese dalla dottrina: si vedano, oltre agli autori già citati, J. CARBONNIER, *La religion, fondement du droit?*, in *Archives de philosophie du droit*, XXXVIII, 1993, pp. 17-21 e in generale l'intero tomo XXXVIII, espressamente dedicato al rapporto tra *droit* e *religion*; S. E. STUMPF, *Contribution de la théologie à la philosophie du droit*, in *Archives de philosophie du droit*, V, 1960, pp. 1-26. Sul rapporto tra scienza giuridica e modernismo e sul ricorrere di tale termine nelle opere dei giuristi, si veda L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., nota 38, p. 219. In ambito giuridico, infatti, analogamente a quanto avviene in ambito religioso, assume un ruolo centrale la nozione di sacralizzazione, intesa come fissazione di un testo in una formulazione canonica. Dal momento che il diritto moderno si compone di testi "sacri", di cui il *Code Napoléon*, come in precedenza il *Corpus iuris*, rappresentano i modelli per eccellenza, non sorprende che l'interpretazione giuridica venga ricostruita in primo luogo come rapporto fra interprete e testo, sulla falsariga dell'interpretazione biblica, e che la metodologia giuridica venga ripensata attraverso un riferimento costante, anche se implicito, alla parallela riflessione teologica. Cfr. M. BARBERIS, *Il sacro testo. L'interpretazione giuridica fra ermeneutica e pragmatica*, in *Ars interpretandi*, 1999, pp. 273-292, cit., p. 273 e 278. Cfr. anche M. BARBERIS, *Sacralizzazione di testi giuridici. Storia e teoria*, in *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Torino, 1999, pp. 17-31, in particolare p. 26 e ss.

rapporto tra principio di autorità e principio di evoluzione) che caratterizza la riflessione in ambito teologico consenta di dar vita a un discorso dotato di un sufficiente margine di coerenza e di rigore logico, a dispetto delle innumerevoli aporie ed eclettismi che connotano spesso la speculazione dei giuristi. Il nostro, infatti, è indubbiamente un esponente di spicco di quella « generazione jheringhiana », il cui scopo principale è « liberare il giurista dai concetti per metterlo di fronte alla realtà della vita, alle forme non statali e non giudiziali di regolamentazione, ai conflitti di interessi », anche a costo di incorrere in « un certo grado di confusione tra scienze descrittive e scienze prescrittive » (58).

Come è stato evidenziato a più riprese dalla dottrina, tali incertezze sono in parte il frutto della dialettica intrinseca delle scienze sociali, le quali non possono essere ricondotte interamente né alle scienze naturali, in quanto creazioni dello spirito, né alle scienze astratte, in quanto studiano una esperienza, e presentano inoltre una spiccata tendenza a sviluppare una metodologia autoreferenziale (59).

L'elaborazione di una teoria della interpretazione a partire da una comune riflessione di carattere teologico-giuridico consente viceversa a Saleilles di dar vita a una proposta metodologica caratterizzata da una singolare unità di ispirazione, nella quale il problema centrale diventa la legittimazione e la concreta definizione di un canone ermeneutico il cui fine è la relativizzazione di un testo autorevole, sia esso un passo della sacra scrittura o un testo di legge (60).

L'ambiziosa scommessa del giurista borgognone consiste, come sappiamo, nel tentativo di superare il rigido steccato esegetico, l'implacabile divisione del lavoro che, nella ideologia giuridica rivoluzionaria, assegna ai giuristi un compito ragionieristico, rinnovando

---

(58) Cfr. L. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 234.

(59) A tal proposito Leoni parla, significativamente, di peregrinazione della scienza giuridica nel « globus intellectualis », cfr. B. LEONI, *Il problema della scienza giuridica*, Torino, 1940, p. 35 e ss. Il carattere problematico del rapporto tra sistema e storia, tipico della scienza giuridica, come pure il problema della conoscibilità della vita giuridica concreta attraverso i concetti della scienza, è magistralmente descritto da G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, cit., p. 25 e ss.

(60) Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 103.

radicalmente la mentalità, i metodi di lavoro, gli orizzonti della scienza giuridica e dei suoi cultori. Il ritorno dei *jurisconsultes* e il superamento della figura del giurista « technocrate » sintetizza bene il significato profondo di tale rivoluzione, nella misura in cui presuppone la riscoperta della dimensione sapienziale della giurisprudenza.

Si tratta di un ribaltamento di prospettiva che ha immediate ricadute sul versante politico-istituzionale. Il ritorno dei *jurisconsultes*, cioè di una comunità di giuristi-sapienti, detentori del "mistero" del diritto e dei meccanismi della sua evoluzione, presuppone il ripensamento dei dogmi giuridici ereditati dalla Rivoluzione, in particolare il dogma della centralità della *loi*, intesa in senso rousseauviano, e il dogma della separazione dei poteri, che trasforma i giudici in meri applicatori e i dottrinari in grigi tecnocrati. Il problema di Saleilles è insomma quello di conciliare la ritrovata creatività dei giuristi con un equilibrio politico-istituzionale che, almeno in teoria, ne postula l'asservimento.

Da qui una serie apparente di antinomie che a prima vista sembrano compromettere la coerenza logica di una proposta metodologica destinata invece a incontrare un notevole successo sul piano pratico-operativo. In che modo è possibile affermare la creatività della interpretazione giuridica, nel contesto politico-istituzionale ereditato dalla Rivoluzione, senza che tale affermazione assuma necessariamente una valenza iconoclasta?

Questo, in estrema sintesi, è il nocciolo della questione: rivendicare la libertà del giurista, il suo ruolo di produttore del diritto, nella Francia della Terza Repubblica, senza aderire alle soluzioni eversive del *bon juge* o della *Freie Rechtslehre*.

Il giurista borgognone individua una soluzione credibile, come abbiamo detto, utilizzando, in ambito giuridico, le suggestioni provenienti dalla ermeneutica teologica, nella fase travagliata della crisi modernista (61).

---

(61) L'indagine ermeneutica ha evidenziato come una delle implicazioni più ovvie, anche se apparentemente paradossali, della teoria delle fonti in ambito sia teologico che giuridico sia la convinzione che dagli stessi testi possono essere ricavati significati sempre nuovi, con la conseguenza che la soluzione di problemi inediti deve sempre essere formulata nei termini stessi di tali testi, e giustificata come loro interpretazione, anche

Per cogliere tale profilo, ci è parsa decisiva la distinzione tra *crisi* modernista ed *eresia* modernista (o singole posizioni ereticali conseguenza del frantumarsi del movimento in crisi individuali uniche e irripetibili) tematizzata da Pietro Scoppola (62). Due sono gli elementi che distinguono il teologo modernista dal modernista eretico, alla Loisy: il fatto che, nel definire i criteri della interpretazione attualizzante, questi coglie il dogma come una realtà complessa, distinguendo in esso un nucleo centrale e immodificabile, nel quale si condensa il suo contenuto di verità e la sua cifra soprannaturale, e una sfera esterna, mutevole e perciò soggetta a differenti rappresentazioni storiche, sulla quale può esercitarsi l'interpretazione evolutiva; il fatto che la interpretazione evolutiva non è eversiva nella

---

quando risulta del tutto improbabile che l'autore abbia mai inteso riferirsi alla questione. Cfr. M. BARBERIS, *op. cit.*, p. 278 e s. La scienza giuridica, come la teologia, nella ricerca del fondamento di verità delle proprie argomentazioni è costretta, prima o poi, a fare i conti con la dimensione misterica (si pensi, ad esempio, al fondamento della capacità di disporre *mortis causa*), la quale, non potendo essere dimostrata razionalmente, viene assunta attraverso formulazioni di carattere dogmatico. Cfr. G. RENARD, *op. cit.*, p. 497 e ss. Come il teologo, il giurista modernista si trova confrontato a dogmi, dogmi secolarizzati ma non per questo meno pertinaci. L'architettura complessiva costruita attorno a un simile ordito dogmatico sembra incapace di reggere all'urto della modernità. Si profilano due alternative opposte, entrambe inaccettabili: la dissoluzione della struttura dogmatica della scienza giuridica, la sua riduzione a mera empiria, in una scepsi relativizzante che finisce per negarne in radice lo statuto epistemologico; l'arroccamento difensivo entro una struttura dogmatica rigorosa ma priva di vita e, per questo, "inabitabile". Il problema sarà allora quello di assicurare l'evoluzione del sistema senza cedere a tentazioni nichiliste, aggiornando i principi senza disconoscerne l'intrinseca verità. Per tale ragione, il problema del metodo, e più precisamente del valore delle risorse linguistiche e concettuali si pone in modo molto simile nel diritto e nella teologia, dal momento che i due ambiti di conoscenza hanno in comune il problema delle fonti, al quale corrispondono il dogma di fede e la regola giuridica, e il problema dei processi di elaborazione scientifica, al quale corrispondono i sistemi giuridici e teologici. La dottrina tedesca, in particolare, ha evidenziato come l'opera del giurista e l'opera del teologo siano caratterizzate da un identico *Aufgabe*. Cfr. G. RADBRUCH, *Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung. Ein Beitrag zum juristischen Methodenstreit*, in G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, I, Heidelberg, 1987, p. 409-422, cit., p. 415. Per una ricostruzione del rapporto tra dogma e scienza giuridica e per la storia della dogmatica, tra giurisprudenza e medicina, si veda M. HERBERGER, *Dogmatik: zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Frankfurt, 1981.

(62) Cfr. P. SCOPPOLA, *Crisi modernista e rinnovamento cattolico in Italia* Bologna, 1961, cit., p. 335 e ss.

misura in cui non è mai l'opera di un singolo interprete, ma si inserisce in un orizzonte comunitario, in una tradizione che conferisce ad essa legittimità, predefinendone le condizioni di sviluppo nel senso di una conformità attualizzante (63).

Come si vedrà, la rivendicazione della creatività della interpretazione giuridica, e in primo luogo della interpretazione giudiziale, pur in presenza di un sistema costituzionale retto dal principio della separazione dei poteri e della gerarchia delle fonti, è possibile e può essere logicamente sostenuta, senza scivolare su posizioni giusliberiste, proprio in virtù di un simile approccio modernista, così come le suggestioni metodologiche del modernismo non sono incompatibili con la salvaguardia di una ortodossia cattolica (64).

È significativo infatti notare come, a differenza di quanto farà Cesarini Sforza (65) osservando il fenomeno con gli occhi del filosofo idealista, Saleilles non ritenga che il modernismo, teologico e giuridico, sia destinato al fallimento in quanto persegue, nell'ambito di

---

(63) Emilio Betti, coglie il punto osservando come « nell'orbita di una comunione religiosa che abbia raggiunto un certo grado di espansione sociale, si avverte un pericolo di disintegrazione nel libero esame rimesso alla credenza individuale del fedele e, col pericolo, si riconosce la necessità di ridurre al minimo o di circoscrivere in più angusto margine l'incertezza nell'apprezzamento del dogma o del precetto. E a ciò si provvede, sia col riservare ad un'autorità superiore la competenza a un'interpretazione autentica, o comunque, impegnativa, dei testi sacri; sia col vincolare l'interprete, nell'attività da spiegare per la formazione del proprio convincimento circa il senso del dogma o del precetto, a una dogmatica teologica ben definita o ai criteri ermeneutici fissati da una tradizione chiesastica », cfr. E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*, II, Milano, 1990, cit., p. 873 e s.

(64) Il modello di giudice cui guarda Saleilles è lontano dal modello prefigurato da Kantorowicz e dalla maggioranza dei giusliberisti tedeschi. Prova ne è il netto rifiuto del « phénomène Magnaud », che si spiega non solo per le intemperanze, le ingenuità, e l'atteggiamento "profetico", assunto dal presidente del Tribunale di Chateau-Thierry, ma proprio perché Magnaud incarna un modello di giurisdizione incompatibile con la visione di Saleilles, che colloca nelle *constructions juridiques*, e quindi in primo luogo nell'opera metodica e prudente dei dottrinari, il fondamento dell'evoluzione del sistema.

(65) Cfr. W. Cesarini Sforza, *Il modernismo giuridico*, in W. Cesarini Sforza, *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, Milano, 1967, pp. 9-17, saggio pubblicato originariamente nel 1912 sulla rivista *Il Filangieri*. Si veda per una dettagliata esposizione del pensiero di Cesarini Sforza, P. Costa, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, cit., p. 438 e ss.

una determinata sfera di esperienza, un obiettivo che, in quella sfera, è inattingibile. Nella prospettiva di Cesarini Sforza, l'aspirazione alla libertà caratteristica delle due forme di modernismo è realizzabile solo attraverso una definitiva *Aufhebung* degli ambiti di esperienza che l'hanno determinata (e quindi attraverso un superamento dialettico della religione e della scienza giuridica) (66). Per Saleilles, viceversa, le tesi metodologiche del modernismo (non, come vedremo, l'eresia modernista) sono destinate ad essere recepite, presto o tardi, dalla stessa teologia cattolica; ed anzi, le istanze di libertà di cui esse sono portatrici trovano proprio nell'organizzazione comunitaria della Chiesa cattolica, a differenza di quanto avviene nel caso del protestantesimo, un ambiente ideale nel quale attecchire senza distruggere, per così dire, le condizioni di esistenza dell'organismo ospitante.

Discorso analogo vale per il modernismo in ambito giuridico: l'interpretazione attualizzante postulata dalla *méthode historique* apparirà legittima e non eversiva nella misura in cui muove dalla visione del dogma come realtà complessa e stratificata e quindi, entro certi limiti, relativizzabile, e nella misura in cui si mantiene all'interno di un orizzonte comunitario e quindi di una tradizione che, legittimandola, ne predetermina le coordinate.

2.1. *La dialettica tra principio di autorità e principio di evoluzione: la* méthode historique *e la Bibbia.*

Nei primi anni del nuovo secolo Saleilles si getta a capofitto in una attività frenetica. I suoi interessi si allargano considerevolmente e la riflessione si apre a innumerevoli suggestioni. Nel 1903, lo stesso anno di *Méthode historique et codification*, traendo spunto da un lavoro di Lagrange, scrive un saggio sull'esegesi vetero-testamentaria; due anni dopo, traduce e cura l'edizione dei discorsi universitari di Oxford di

(66) La *Freirechtsbewegung*, in questo senso, conduce soltanto all'abbandono delle forme giuridiche date e alla loro sostituzione con forme giuridiche diverse, alla liberazione *da una* legge e mai alla liberazone *dalla legge*. La conclusione di Cesarini Sforza, per questo, è impietosa: « gli assertori del diritto libero hanno cognizione della libertà dello spirito, senza poterla raggiungere: chi la raggiunge è l'uomo che agisce eticamente, che ascende cioè a quello spazio ideale in cui del mondo giuridico non vive neppur più il ricordo », cfr. W. CESARINI SFORZA, *Il modernismo giuridico*, cit., p. 17.

John Henri Newman (67); nel 1906, è ancora la volta di Newman, di cui traduce un'antologia dei sermoni (68); sempre nel 1906, pubblica un lungo saggio su *Il Santo* di Fogazzaro (69). Mette a frutto l'immobilità alla quale è condannato da una delle sue ricorrenti crisi di neurastenia. Il 25 giugno del 1905 annota sul suo diario:

pour occuper mes nouveaux loisirs, j'essaie de traduire quelques autres discours (de Newman) sur le chrétien, qui se trouvent dans les sermons on *subjetcs of the day*. Je voudrais, si je puis réaliser le projet, en faire la surprise à l'abbé Lemire dont l'âme admirablement chrétienne et si noblement sacerdotale me semble dépeinte et prise sur le vif dans toutes ces descriptions du chrétien idéal. C'est à lui que j'en dédicacerais le volume;

---

(67) Cfr. J. H. NEWMAN, *La foi et la raison* (six discours empruntés aux discours universitaires d'Oxford), Paris, 1905, con prefazione, pp. VII-XXXV.

(68) Cfr. J. H. NEWMAN, *Le Chrétien* (choix de discours extraits des sermons de Newman), Paris, 1906, con prefazione e lettera all'abbé Lemire, pp. IV-XXXII.

(69) Saleilles dedica a tale opera un lungo studio, pubblicato nel febbraio del 1906 sulla rivista di Fonsegrive. Al di là del suo discutibile valore letterario, *Il Santo* è il classico esempio di un'opera che incarna lo spirito dei tempi e riflette aspettative e desideri diffusi nelle *élites* intellettuali europee. La traduzione francese, a cura di Georges Hérelle, appare a puntate sulla *Revue des Deux Mondes* dal 15 gennaio al 15 marzo 1906. L'apparizione del *Santo* dà vita a un vero e proprio caso letterario e alimenta gli scontri che imperversano tra cattolici liberali e cattolici integralisti, tra clericali e anticlericali. La consacrazione dello scrittore italiano ha luogo nella sede prestigiosa della *Ecole des hautes études sociales*, dove Fogazzaro, nel gennaio del 1907, tiene una conferenza su *Les idées religieuses de Giovanni Selva.* Cfr. L. PORTIER, in A. AGNOLETTO-E. N. GIRARDI-C. MARCORA (a cura di), *Antonio Fogazzaro in Francia*, Milano, 1984, p. 477 e ss. Nelle lettere a Birot e a Imbart de la Tour, Saleilles fa espresso riferimento alla venuta di Fogazzaro e alla conferenza del gennaio 1907. Fogazzaro è considerato un uomo "superiore" sul quale si addensano, inesorabilmente, le nubi della condanna. Sappiamo con certezza che, nel gennaio 1907, Fogazzaro è ospite a casa Saleilles. È lo stesso Saleilles a parlarne nella lettera a Birot del 7 gennaio: « je dois avoir ce jour-là…Fogazzaro qui a accepté de nous donner une fin d'après-midi. Je tiendrais à donner à cette petite réunion le moins d'apparat possible, afin de lui garder son caractère de réception intime, sans qu'on puisse y voir aucune intention de manifestation. Mais dans ces conditions, qui seront presque celles de l'incognito, je ne sais s'il serait prudent d'insister auprès d'un évêque pour lui demander d'être des nôtres. Tout se sait; et là même où il n'y aurait qu'une réunion d'amis désireux de prendre contact avec un homme supérieur, on en arriverait vite à parler de complot ». Grazie a una lettera inviata a Imbart de la Tour il 6 gennaio del 1907, sappiamo di per certo che Fogazzaro è a casa Saleilles lunedì 21 gennaio di quello stesso anno. Le lettere a Pierre Imbart de la Tour sono conservate alla Bibliothèque de l'Institut, alla cote Ms 4165.

et ce serait un juste hommage à lui rendre et une compensation à toutes les calomnies dont on l'abreuve dans les nobles faubourgs (70).

Non si tratta di mera evasione: la messa a fuoco del principio di evoluzione e di adattamento e l'elaborazione di una « conception dynamique du droit » (71) devono molto a queste apparenti evasioni. Si tratta con tutta evidenza di una coincidenza non casuale, indice di una riflessione che si muove su binari paralleli e segue una identica ispirazione, svelando la « profonda unità del personaggio e delle sue scelte metodiche » (72).

La storiografia giuridica ha evidenziato a più riprese il legame tra questi ambiti del suo pensiero (73). Già nel 1912, Pierre Imbart de la Tour sottolineava l'importanza dell'incontro con Newman, osservando che « c'est la théorie newmanienne du « développement » qui va lui donner l'accord qu'il recherche » (74). La comprensione del suo pensiero in un campo apparentemente eccentrico rispetto a quello del diritto, appare perciò di fondamentale importanza per ricostruire l'origine e il motivo ispiratore della *méthode historique*.

È lo stesso Saleilles, del resto, a rivelarci, sia pure di sfuggita, il nesso che unisce il modernismo teologico alla *nouvelle vague* giuridica:

> à une époque où les dogmes eux-mêmes évoluent, et où cette transformation organique de tous les produits de la pensée humaine est admise dans le domaine de l'orthodoxie religieuse pour la partie au moins formelle des entités métaphysiques qui en constituent le *credo*, à plus forte raison doit-il y avoir une évolution des concepts d'équité et de justice (75).

La riflessione religiosa del giurista di Beaune è animata dal desiderio di favorire un ritorno al cattolicesimo. Egli delinea, a tal

---

(70) *Cahiers Saleilles* in *Archives Municipales d'Hazebrouck*, cote provisoire 243.

(71) Cfr. E. GAUDEMET, *Raymond Saleilles*, cit., p. 213.

(72) Cfr. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 201.

(73) Cfr. E. GAUDEMET, *op. cit*., p. 202 e s.; P. GROSSI, *op. cit*., p. 200 e ss.; N. MATTHEY, *Le Code civil et le développement du droit vus par Raymond Saleilles*, in *Le Code civil — un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004, p. 211 e ss.

(74) Cfr. P. IMBART DE LA TOUR, *Raymond Saleilles*, cit., p. 242.

(75) *Méthode historique et codification*, cit., p. 9.

fine, una strategia articolata su due livelli: per recuperare le masse, occorre evitare di accreditare l'idea dell'esistenza di un legame politica-religione attraverso la creazione di un partito di ispirazione cattolica; per recuperare le *élites*, è necessario invece superare la crisi intellettuale, frutto dell'apparente incompatibilità tra il pensiero teologico e le più recenti scoperte del metodo scientifico.

Vale la pena soffermarsi sul secondo profilo, che è quello che qui interessa.

Sul versante della crisi intellettuale, Saleilles segue con attenzione i tentativi di conciliare il pensiero religioso con i progressi della scienza che preludono alla crisi modernista: le controversie filosofiche suscitate dai libri di Blondel, Laberthonnière, Fonsegrive, i dibattiti promossi da riviste come gli *Annales de philosophie chrétienne*, la *Revue du clergé français*, la *Revue d'histoire et de littérature religieuse*, il *Bulletin catholique de Toulouse*, la *Revue biblique*, il *Bulletin de la semaine*, la *Quinzaine*, il *Sillon*, le opere di Newman, i lavori di Lagrange, gli studi di Lemire su Manning e sulla teologia americana, rappresentano ai suoi occhi il segno di un fermento intellettuale destinato a rinnovare in profondità il cattolicesimo francese ed europeo.

Il tentativo di conciliare lo spirito religioso con le più recenti conquiste del metodo scientifico ha portato a un superamento della « littéralité » e della « dépendance scripturaire » e ha trasmesso nuova vita agli studi biblici e teologici. L'analogia, anche cronologica, con le vicende attraversate dalla giurisprudenza è sorprendente:

> il a fallu s'éveiller de ce rêve un peu dangereux et qui avait un peu trop duré; descendre de ces hauteurs devenues inaccessibles ou plutôt indifférentes à la plupart des esprits modernes; il a fallu, d'une science qui tendait peu à peu, dans sa quiétude, à n'être plus qu'une science morte, faire une science vivante, en contact et en relation d'échanges réciproques avec toutes les autres sciences. Aujourd'hui, la vie circule dans toute cette poussière; l'éveil a sonné, la résurrection commence (76).

L'apprezzamento per il movimento culturale degli ultimi vent'anni dell'Ottocento e la sensibilità per il nascente moderni-

(76) *Op. cit.*, p. 385.

smo (77) si inquadrano nella peculiare religiosità di Saleilles, nel suo modo di vivere la fede e di concepire i rapporti tra questa e la ragione. Le sue convinzioni religiose sono espressione di un cattolicesimo liberale e progressista, vicino alla moderazione e all'utopia evangelica del fondatore del *Sillon* e lontano dagli eccessi della destra reazionaria e dalle *rêveries* di una *ancienne France toute catholique* care ad Albert de Mun.

Si tratta di una religiosità inquieta, animata dalle stesse preoccupazioni che ritroviamo espresse dai partigiani della *laïcité* nel corso dell'Ottocento: l'idea che la religione, caratterizzata dalla sua non-evidenza, sia soprattutto un fatto privato e non possa essere sanzionata e, per così dire, resa esecutiva, da una specifica autorità temporale; l'idea che la società civile e la società religiosa sono due società coesistenti, libere e indipendenti; la convinzione (che si potrebbe definire pascaliana) che la pluralità delle religioni e persino delle confessioni cristiane sia la necessaria conseguenza di un *Deus absconditus*, di un Dio che vuole essere cercato, da cui deriva l'idea del carattere provvidenziale del protestantesimo in quanto presenza problematica che obbliga il cattolicesimo a mettersi costantemente in discussione.

Con queste premesse, non sorprende che l'interesse per la teologia e per la sacra scrittura rifletta tali tensioni interiori e sia alimentato dai temi tipici della sensibilità modernista; in primo luogo, la necessità di conciliare le verità della fede con le istanze dell'uomo moderno, la Rivelazione con le evidenze del progresso scientifico.

Da qui la rivendicazione della libertà del credente (78) e la

---

(77) Sul modernismo in generale si veda la voce a cura di J. RIVIERE in *Dictionnaire de théologie catholique*, Paris, 1929, p. 2010 e ss.

(78) Si tratta di un profilo sul quale Saleilles non si stanca mai di tornare. Così, nel ritratto del cristiano perfetto delineato in riferimento a Newman, egli osserva come « trouver Dieu en soi, en communion avec la collectivité des saints, ce qui n'est autre que la définition de l'Eglise universelle, il n'y a pas d'autre christianisme; et voilà pourquoi on pourrait presque, d'après saint Jean, donner du chrétien cette seule définition, qui résume tout le reste: le Chrétien, c'est une âme libre. On ne fera jamais d'un chrétien le soldat pur et simple d'un parti, quel qu'il soit; et, si la discipline qui s'impose à tous oblige à s'encadrer, ce ne sera jamais pour abdiquer, ni sa personnalité, ni sa pensée. Ainsi en fut-il de Newman, devenu catholique; et de même en est-il de tous les vrais

formulazione di un programma di ricerca personale, finalizzato a comporre tali inquietudini, di cui troviamo testimonianza in una lettera del 1906, scritta sulla scorta delle suggestioni ricavate dalla lettura della *Letter to a friend, who is professor of anthropology in a continental University* di Padre Tyrrell (79):

> je ne me crois…en droit de laisser entendre que, à l'exemple de tant d'autres, je ne prenne pas ma foi au sérieux et que j'en accepte le contenu comme un catéchisme purement formel, auquel ne s'adaptent ni mon intelligence ni mon coeur. Autant il serait ridicule que nous autres laïcs eussions la prétention de définir ce qui est de foi et ce qui ne l'est pas, autant il nous est légitime de prendre conscience de notre état d'âme et de dire, en toute franchise, comment nous comprenons, pour notre compte personnel, les choses de la religion, quel est l'état, si je puis dire, de nos relations intellectuelles avec Dieu, sans vouloir que cet état soit le même pour tous (80).

Saleilles imposta la sua analisi inquadrando le polemiche e le opposizioni, anche frontali entro una cornice più vasta, concepen-

---

catholiques, encore qu'ils se soient soumis librement à une consigne, et qu'ils aient, sur le terrain politique, fait choix d'un drapeau. La discipline qu'ils observent ne doit être que pour affranchir plus encore leur individualité, en lui indiquant le but à poursuivre et en l'aidant, par la coopération des autres, à mieux user de ses moyens à elle », cfr. prefazione a J. H. NEWMAN, *Le Chrétien*, cit., p. XIII e s.

(79) George Tyrrell (1861-1909), gesuita e teologo irlandese, è stato uno dei massimi esponenti della corrente modernista. Fu espulso dalla Compagnia di Gesù nel 1906 e successivamente sospeso *a divinis*. Fece molto discutere il rifiuto di concedergli la sepoltura religiosa. Episodio sul quale si sofferma anche Saleilles nel suo epistolario con l'*abbé* Birot. Cfr. G. TYRRELL, *Nova et vetera: informal meditations*, London, 1902; *Lex orandi: or prayer and creed*, London, 1904; *Lex credendi: a sequel to Lex orandi*, London, 1906; *Da Dio o dagli uomini?*, trad. it., Milano, 1907; *Medievalism: a reply to cardinal Mercier*, London, 1908; *Christianity at the cross-roads*, London, 1909; *The Church and the future*, London, 1910; *Lettera confidenziale ad un professore d'antropologia*, trad. it., Roma, 1910; *Il Papa e il Modernismo*, trad. it., Roma, 1912; *Giorgio Tyrrell: autobiografia (1861-1884) e biografia (1884-1909)*, trad. it., Milano, 1915, a cura di M. D. PETRE; *The principles of petrology: an introduction to the science of rocks*, London, 1926. Su Tyrrell si possono vedere i lavori di: R. GOUT, *L'affaire Tyrrell: un épisode de la crise catholique*, Paris, 1909; G. PIOLI, *G. Tyrrell e il suo epistolario*, Roma, 1921; D. GRASSO, *La conversione e l'apostasia di G. Tyrrell*, Roma, 1957; S. TROIANI, *L'esperienza religiosa nel pensiero di G. Tyrrell*, Roma, 1972; D. ROLANDO, *Cristianesimo e religione dell'avvenire nel pensiero di G. Tyrrell*, Firenze, 1978.

(80) Lettera a Birot del 23 marzo 1906.

dole come la manifestazione fisiologica di quel gioco di azioni e di reazioni che, nella tensione tra tradizione ed evoluzione, ha contrassegnato da sempre la storia della Chiesa, e dalla quale essa ha saputo trarre profitto per raggiungere nuovi e più stabili equilibri.

L'idea di un deposito di tradizione che rappresenta, al tempo stesso, una forza di conservazione e un valore progressivo, lo porta a teorizzare l'identità, apparentemente assurda, tra tradizione ed evoluzione, e a relativizzare il significato e la portata di condanne che paiono senza appello, proprio in quanto tappe di un cammino teso al raggiugimento di una composizione superiore. I contrasti che hanno attraversato il pensiero cattolico sul finire del secolo non sono perciò il segno di una crisi inarrestabile ma rappresentano semmai le manifestazioni transitorie di un periodo doloroso e fecondo, la cui ragion d'essere è la ricerca di un progresso e di una evoluzione resi necessari dalla duplice natura umana e divina, della Chiesa. Il messaggio cristiano, pur nella intangibilità dei suoi dogmi fondamentali, deve essere capace di piegarsi, adattandosi alle diverse situazioni intellettuali e alle diverse formazioni scientifiche, mantenendo la sua credibilità sia agli occhi di coloro che ritengono la fede un'esperienza personalissima e incomunicabile, sia agli occhi di coloro che si nutrono di logica pura e che faticano per questo ad accettare un messaggio incompatibile con le conquiste, anche metodologiche, del pensiero scientifico moderno.

Il carattere "intellettuale" della crisi che scuote la scienza religiosa deve essere inteso, pertanto, in maniera differente. Il problema non è quindi quello di indagare le cause di una inesistente crisi culturale del cattolicesimo, ma semmai quello di verificare se la rinascita degli studi religiosi e l'emergere della scuola critica di Loisy e seguaci non abbia messo in evidenza l'impotenza radicale del cattolicesimo, in quanto religione dogmatica, ad adattarsi al pensiero contemporaneo (81).

---

(81) Ciò che accomuna i cattolici vicini in varia misura alla sensibilità modernista è proprio la ricerca di un punto di incontro e di sintesi tra fede religiosa e dimensione intellettuale. È interessante notare, a questo proposito, quanto scrive il vescovo di Albi nel marzo del 1904 al barone von Hügel a proposito del suo protetto, Alfred Loisy: « ce que veulent les adversaires, c'est moins la condemnation de la personne de M. Loisy que la condemnation, en sa personne, de la critique biblique; mais les idées nouvelles ont fait

Sembrerebbe infatti che il solo fatto dell'esistenza di dogmi precisi e considerati immutabili nella loro essenza, a dispetto di tutte le teorie più o meno timide postulanti una loro evoluzione, sia del tutto inconciliabile con le nozioni scientifiche e filosofiche moderne; con la conseguenza che non solo il cattolicesimo sarebbe costituzionalmente incapace di assimilare le conquiste della scienza moderna, ma che tali conquiste ne rappresenterebbero la negazione, nel loro terreno specifico, cioè nel campo scientifico, storico e filosofico, nella misura in cui esso, facendo uso delle acquisizioni di tali discipline va incontro a una crisi irreversibile del proprio impianto dogmatico.

Del resto, l'estraneità della struttura concettuale del cattolicesimo rispetto al movimento intellettuale moderno si è alimentata anche grazie all'indifferenza pressoché assoluta di molti credenti nei confronti delle concezioni dogmatiche, ritenute impalcature razionali elaborate da un piccolo gruppo di iniziati, sprovviste di qualsiasi valore attivo per la pratica della vita spirituale.

Proprio per questo, il concetto di dogma è stato posto al centro della riflessione inaugurata dalla grande corrente di idee che ha preso vita sul finire dell'Ottocento, nel tentativo di restituire ai dogmi quella vitalità interiore in grado di elevarli al rango di verità

---

trop de chemin pour qu'il soit possible de les arrêter…Il faut savoir gré à M. Loisy d'avoir par son martyre obtenu droit de cité pour des idées qui lui avaient valu son renvoi de l'Institut catholique. Malgré mon affection pour M. Loisy et même à cause de cette affection, je pense que le mieux pour lui est de garder le silence. Vous ne sauriez croire combien est petit en France le nombre de ceux qui lui sont sympathiques dans le clergé et les fidèles. Notre mentalité est très différente de la vôtre. Ce qui caractérise nos fidèles c'est l'ignorance totale de la question biblique et leur facilité à croire à l'hérésie! Moins ils savent plus ils croient ». Lettera del 29 marzo 1904 conservata nel *Fonds Mignot* delle *Archives diocesaines d'Albi*, cote 1 D–5.03.

Come abbiamo anticipato, e come vedremo anche in seguito, i rapporti con il vescovo di Albi e con il suo vicario, Louis Birot, sono importanti per comprendere la sensibilità religiosa di Saleilles e il suo interesse per il modernismo. Le *Archives diocesaines d'Albi* contengono documenti di notevole importanza per la ricostruzione della crisi della separazione e della parabola modernista. Basti pensare che tra i *courriers triés reçus entre 1890 et 1918* (cote 1 D–5.07), si trovano lettere di Batiffol, Combes, Duchesne, Ferrata, Fonsegrive, Imbart de la Tour, Laberthonnière, Lamy, Lemire, Mathieu, Richard, Sabatier, Thureau-Dangin.

concrete, dense di contenuti spirituali, per tutti coloro che aderiscono alla fede cattolica (82).

Già nel nel saggio del 1902 Saleilles accenna, *en passant*, alla tematica religiosa. Essa è utilizzata come argomento *a fortiori*, in grado di dimostrare l'infondatezza di ogni sistema giuridico che abbia la pretesa all'immutabilità. Tale carattere è proprio del dogma religioso, inteso come « vérité objective trascendante », ma soltanto per ciò che attiene al « fond » e all'« essence », e non alle sue diverse rappresentazioni teologiche, che sono mutevoli e soggette ad evoluzione. Affiora qui, sia pure fugacemente abbozzata, la sua particolare concezione di dogma e si conferma il nesso che lega, ben al di là di un mero fatto di suggestione, la tematica religiosa alla riflessione nell'ambito della metodologia giuridica (83).

Tuttavia, il senso della sua riflessione religiosa non si comprende a pieno se non si ha presente la finalità politica che la ispira. Occorre insistere su questo punto: l'obiettivo di Saleilles è il « retour au catholicisme » e la sua indagine è volta a chiarire le condizioni che lo possono agevolare: se il ritorno al cattolicesimo, nei confronti della grande massa, può avvenire solo a condizione di una separazione netta e irreversibile della religione dalla sfera della politica, nei confronti delle *élites* intellettuali esso sarà possibile solo facendo cessare le interferenze tra religione e scienza, separando l'ambito della vita soprannaturale da quello del pensiero scientifico, domi-

---

(82) Rivière, parlando di « application du pragmatisme au dogme chrétien », osserva, in relazione all'articolo del matematico Edouard Le Roy (*Qu'est-ce qu'un dogme?*, in *La Quinzaine*, LXIII, 16 aprile 1905, p. 495 e ss.), come « croyant constater une aversion irréductible de la pensée moderne à l'égard de la foi catholique, il en attribuait la cause aux démonstrations classiques de celle-ci, et tout particulièrement, à la notion…du dogme qui les commande. C'est donc ce concept fondamental qu'il s'agissait de reviser », cfr. J. RIVIERE, *Modernisme*, cit., p. 2021.

(83) « Il y a donc tel ordre juridique et social, dans lequel la solution toute opposée à celle que l'on donnait jadis comme l'expression immanente de la justice va apparaître comme incarnant à son tour le droit naturel de l'époque. Il n'y a qu'en matière religieuse, lorsqu'on touche au domaine du surnaturel, et en tant qu'il s'agit de vérité objective transcendante, que l'on peut parler de dogme et d'immutabilité, au moins en ce qui concerne le fond et l'essence du dogme, et en mettant à part les explications théologiques qu'on en puisse donner, lesquelles évoluent comme tout le reste », *Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 98.

nato sempre più dalla legge dall'osservazione e dal metodo sperimentale.

Tale è l'obiettivo delle riflessioni contenute nel saggio su *La méthode historique et la Bible*, pubblicato a Ginevra nel 1903 e mai messo in commercio (84).

Saleilles dimostra una conoscenza approfondita del dibattito teologico contemporaneo: da *Babel und Bibel* di Delitzsch a *Das Wesen des Christentums* di Harnack, da *Die Gottesfrage und der Ursprung des alten Testaments* di König al famigerato *petit livre* di Loisy. All'origine del saggio — che rappresenta un importante momento di sintesi nella sua riflessione teologica e scritturale — vi è però, soprattutto, la pubblicazione di un importante lavoro di Marie-Joseph Lagrange (85).

Gli argomenti trattati, di importanza capitale, investono la nozione di dogma e il suo rapporto con la storia così come il ruolo e l'autorità della Chiesa cattolica. Al termine di tale percorso, Saleilles arriverà, da un lato, a concepire il dogma come una struttura concettuale complessa, composta da un nucelo rigido e immutabile, il *fait surnaturel* che ne costituisce il contenuto essenziale, e da una parte mobile, variabile, composta dalle rappresentazioni concettuali che di tale fatto vengono elaborate nelle diverse contingenze storiche; dall'altro, concepirà la Chiesa come una entità dinamica, fatta per evolvere e progredire, individuando il fondamento della sua autorità nel magistero, elaborato a partire dal dato scritturale e soggetto a un continuo sviluppo organico.

---

(84) Una copia di tale saggio è conservata presso la biblioteca dell'*Institut Catholique* di Parigi. Si tratta di un'opera fondamentale per comprendere la posizione di Saleilles nel contesto assai variegato della crisi modernista. Tale lavoro, tuttavia, forse per la sua difficile reperibilità, non è mai stato preso in considerazione da parte della storiografia giuridica europea.

(85) Si tratta di M.-J. LAGRANGE, *La méthode historique, surtout à propos de l'Ancien Testament*, Paris, 1903. Marie-Joseph Lagrange (1855-1938), teologo domenicano, fondatore della *Ecole biblique et archéologique française* di Gerusalemme e della *Revue biblique*, è una delle più significative personalità del cattolicesimo francese tra Ottocento e Novecento. Si vedano sul tema i lavori di J. GUITTON, *Portrait du Père Lagrange: celui qui a réconcilié la science et la foi*, Paris, 1992, e di B. MONTAGNES, *Le Père Lagrange (1855-1938): l'exégèse catholique dans la crise moderniste*, Paris, 1995; *Marie-Joseph Lagrange: une biographie critique*, Paris, 2004.

La sua analisi prende le mosse dalla constatazione dei progressi della *méthode historique* e della ricerca scientifica e degli effetti della sua applicazione all'ambito della teologia. In un primo momento, ciò può far dubitare della autenticità e della canonicità dei testi biblici in quanto i fatti in essi raccontati si rivelano inesatti, poiché non hanno avuto luogo, o si sono svolti in maniera diversa da come vengono raccontati dall'autore; in secondo luogo, la critica testuale può dimostrare la storicità di un dogma o il carattere ecclesiastico e non apostolico di una istituzione religiosa; infine, il progresso delle scienze rivela l'erroneità delle concezioni scientifiche contenute nella Bibbia.

Da principio i teologi hanno reagito arroccandosi nella loro fortezza, sostenendo che l'interpretazione delle sacre scritture sfugge alle regole del metodo scientifico e che il fatto storico può essere compreso solo attraverso le categorie dogmatiche e gli *a priori* della teologia. Tale tesi, definita non senza una leggera ironia, « héroïque », non è più accettabile: la teologia elabora i dogmi seguendo metodologie specifiche, ma non può pretendere di contestare i risultati della ricerca storica attraverso procedimenti di carattere puramente sillogistico. Essa è destinata a mutare natura, trasformandosi in un « document historique »:

> il faut en prendre parti. La théologie ne dominera pas l'interprétation historique; ou, si elle le fait, ce sera dans…la mesure où elle même deviendra un élément d'interprétation susceptible de fournir à la critique des indices sur l'état des croyances contemporaines. Elle ne sera plus elle-même qu' un document historique; elle se pliera à l'histoire, bien loin de façonner l'histoire à sa mesure. Voilà le fait. Il ne saurait être contesté (86).

La chiave di tale impostazione risiede nella distinzione tra rivelazione e ispirazione. La rivelazione concerne i fatti insegnati direttamente da Dio e come tale è immutabile e necessariamente vera. L'ispirazione rappresenta invece una forma di intevento indiretta da parte della divinità, la quale lascia l'autore sacro libero di agire in piena indipendenza, secondo la propria personalità. Il testo scritto per effetto di una ispirazione divina è dunque a pieno titolo

---

(86) *La méthode historique et la Bible*, cit., p. 18 e s.

un'opera umana, immersa nella storia, soggetta ai procedimenti di analisi e di critica testuale tipici della ricerca storica. L'elaborazione del dogma avviene a partire da un substrato complesso, nel quale si intrecciano in proporzione diversa rivelazione e ispirazione.

L'elaborazione di una teologia dogmatica costituisce la missione principale della Chiesa. La necessità di un procedimento di interpretazione organica destinata a distinguere, nel contesto del racconto ispirato, gli elementi oggetto di una autentica rivelazione, discende inevitabilmente dal fatto di considerare la Bibbia fonte di insegnamento dogmatico.

Nel processo di definizione di una verità dogmatica, la Chiesa investe la sua infallibilità sul contenuto essenziale del dogma e non sugli elementi esterni utilizzati per enuclearlo. Accade sovente che la Chiesa fondi la verità di un dogma di fede su una rivelazione contenuta nella scrittura, senza tuttavia pretendere che i passaggi utilizzati per definirlo siano stati oggetto di rivelazione nella forma e con i dettagli storici richiamati dall'autore sacro.

Un esempio tipico di questo *modus procedendi* è rappresentato dal dogma del peccato originale: dire che esso è rivelato dalla scrittura non significa infatti imporre come verità di fede il racconto biblico della caduta. Il contenuto essenziale di tale dogma è il fatto di una caduta iniziale, che spiega il miracolo della redenzione, mentre il racconto biblico non è altro che un espediente narrativo, un simbolo, frutto dell'immaginazione dell'autore, come tale oggetto non di rivelazione ma di ispirazione.

Quando la Chiesa stabilisce un dogma, afferma la realtà oggettiva di un fatto dell'ordine soprannaturale. In quanto fatto rivelato, la sua essenza e la sua realtà obiettiva sono immutabili. A mutare sono invece le rappresentazioni soggettive di un fatto ritenuto esistente: le spiegazioni metafisiche o filosofiche del fatto soprannaturale non fanno parte del dogma ma fanno parte della teologia che, come abbiamo visto, è un *corpus* di concezioni teoriche soggetto ad evoluzione (87). Data l'immutabilità del dogma, le diverse rappre-

(87) Nel 1908, nell'articolo su *Les conditions du retour au catholicisme*, Saleilles ribadisce tale concezione, volta a distinguere, all'interno del dogma, un nucleo centrale, immutabile, espressione del *fait surnaturel* che ne costituisce l'essenza, e la rappresentazione storica di tale contenuto, in quanto tale variabile e in perpetua evoluzione: « il est

sentazioni che se ne sono date costituiscono tentativi storicamente variabili di esprimere, secondo i linguaggi e gli schemi mentali delle diverse epoche, un contenuto di fede che resta il medesimo.

Bisogna quindi distinguere il « fait pris dans son adfirmation dogmatique », come ad esempio la divinità del Cristo o l'unità di sostanza delle persone divine, dalle concezioni metafisiche o teologiche che possono essere di volta in volta elaborate « sinon pour expliquer ce qui est inexplicable, mais du moins pour adapter le fait à ce que peut en saisir la mentalité humaine, pour le faire cadrer avec l'ensemble du système religieux, ou même plus simplement avec le développement de l'évolution historique » (88). Queste ultime, al

---

bien certain aussi que toutes ces formules et toutes ces explications, qu'essaye de balbutier la pauvre intelligence humaine avec le mystère, ne sauraient jamais être une représentation adéquate de la réalité au fait qu'elles expriment. Et si le fait, tel qu'il est affirmé, est à lui seul toute l'essence du dogme et le seul point qui en soit intangible, toutes les approximations dont on l'a revêtu pour en reproduire l'idée, ou plutôt l'impression intellectuelle, ne sont que des explications qui, par cela seul qu'elles sont forcément et radicalement insuffisantes, sont empreintes d'un caractère purement relatif et ont besoin elle-mêmes d'explications. C'est ce qui fait que chacun, étant donné qu'elles ne répondent à aucune idée qui ait son équivalent dans l'ordre des choses intelligibles, ne peut s'en faire qu'une notion approximative et toute relative, répondant à sa mentalité propre, et répondant, à chaque époque successive, à la mentalité générale de l'humanité, aux vues nouvelles que jettent dans le débat et les solutions scientifiques définitivement acquises et les courants philosophiques qui deviennent dominants. De toutes ces impressions individuelles se forme..une conscience collective, une vue générale et unique qui, sans toucher à la réalité du fait dogmatique, en éclaire l'explication rationnelle; et, dès que cette vue générale devient susceptible d'exprimer comme une parcelle de la réalité objective, mieux entrevue, l'Eglise s'en empare pour l'insérer, non pas dans son Credo, qui est invariable, mais dans sa théologie qui est incessamment révisable et réadaptable », cfr. R. SALEILLES, *Réponse à l'enquête philosophique et religieuse du Dr* MARCEL RIFAUX *« Le retour au catholicisme…? »*, in M. RIFAUX, *Les conditions du retour au catholicisme*, Paris, 1907, pp. 371-401, cit., p. 397 e s.

(88) *La méthode historique et la Bible*, cit., p. 34 e s.: « on se trompe étrangement…lorsque du fait, pris dans son affirmation pur et simple, on passe aux explications métaphysiques et philosophiques que l'on en donne. Ces dernières ne font plus partie du dogme, elles ne font partie que de la théologie, ce qui est très différent…surtout, quant aux conclusions logiques que, de syllogisme en syllogisme, on croit pouvoir en tirer, soit sur le terrain du dogme, soit sur celui de la pratique religieuse ce sont là de purs tâtonnements de l'esprit humain, cherchant à mettre ses croyances en harmonie avec ses propres conceptions. Nous revenons au domaine propre de l'évolu-

pari di ogni altra costruzione intellettuale, sono contingenti e soggette ad evoluzione.

Entro una simile prospettiva, il limite posto alla variabilità delle concezioni individuali nella loro forma collettiva di sviluppo organico risulta accettabile in quanto rappresenta la garanzia, in materia soprannaturale, del principio di certezza obiettiva, posto a presidio della verità cristiana.

L'argomento *ex auctoritate*, che consente di fissare tale limite, non entra in conflitto con la *méthode historique*, in quanto la teologia e la ricerca storica si muovono in ambiti diversi: l'osservazione, sulla quale si basa la *méthode historique*, rivelando la formazione progressiva di un dogma, non risulta incompatibile con il carattere soprannaturale e immutabile del fatto che ne costituisce il contenuto; ciò vale anche nel caso in cui essa riveli la degenerazione di un dogma: questa infatti non è una prova del conflitto tra *méthode historique* e verità dogmatica e quindi una dimostrazione del carattere relativo del *depositum fidei*, ma è semmai l'indice di una confusione tra la realtà soprannaturale del fatto, una volta affermata, e l'insegnamento teologico successivo.

L'importanza di queste acquisizioni risulta ancora più evidente alla luce delle conseguenze prodotte dall'applicazione della *méthode historique* alla Bibbia. La ricerca storica, infatti, dimostrando il carattere leggendario oppure strettamente storico e etnologico di interi passaggi delle sacre scritture e rivelando la falsità delle concezioni scientifiche in esse contenute, ha contribuito a mettere in luce il significato profondo della Bibbia, e cioè la definzione della « histoire du développement religieux de l'humanité » (89).

---

tion, c'est-à-dire à ce qui est livré aux changements survenus dans l'état des esprits, par suite des découvertes de la science ou d'une vue plus haute de la raison ».

(89) Compaiono argomentazioni non prive di reminescenze pascaliane: « si la Bible a une signification et si elle témoigne en quelque sorte de son but inspiré, ce ne peut être que de révéler, de la première origine de l'humanité jusqu'à la veille même du Christianisme, l'idée de Dieu, d'un Dieu unique, puissant et juste, paternel et miséricordieux, s'imposant à l'homme, triomphant de tous les obstacles, et s'incarnant, en dépit de tous les paganismes ambiants, dans un système religieux très haut et très pur, dont toute l'Ecriture n'est que l'expression historique et progressive. La critique historique aura beau émietter, fractionner, mutiler, la Bible dans son authenticité et sa composition, il n'en restera pas moins qu'à un moment donné de l'histoire du genre humain un recueil scripturaire s'est trouvé réuni, homogène dans sa diversité, progressif

Il valore della Bibbia, al di là del corredo di nozioni storiche e scientifiche più o meno pertinenti, risiede nella affermazione della esistenza di un Dio unico e della redenzione come fatto centrale della storia religiosa dell'umanità (90). In conseguenza di ciò « deux ou trois faits dogmatiques surnagent du milieu de ces incertitudes et subsistent sous leur forme purement abstraite »: alcune verità dogmatiche emergono da un *corpus* complesso, del quale è fondamentale saper cogliere il senso, al di là delle contraddizioni o delle ingenuità testuali. L'affermazione della « vérité objective trascendente » contenuta nelle scritture e la custodia del « fond » e dell'« essence » del dogma assume perciò un'importanza fondamentale al fine della comprensione del disegno soprannaturale che ispira la Bibbia e che è rimasto immune dagli effetti dissolventi della critica storica (91).

La Chiesa cattolica è nella posizione migliore per difendere la

---

dans son unité, qui contenait sur Dieu, sa providence et son action ultérieure dans le monde, tout un système si haut et toute une doctrine si profonde, que la philosophie, comme la foi des peuples modernes, n'ont pu mieux faire que de l'adopter comme base de leurs propres concepts. Et que ce livre ait été non pas dicté par Dieu, mais composé par des hommes avec des procédés humains, en vue d'aboutir à un tel résultat, c'est pour les croyants, une preuve bien plus puissante encore de son caractère inspiré et de son but divin », *op. cit*., p. 45.

(90) « Les mystères qui touchent à l'histoire n'exigeaient pas vraiment une révélation spéciale, pas plus que ceux relatifs aux phénomènes scientifiques; mais ceux qui visaient à l'ordre surnaturel appelaient un secours de ce genre. Car l'homme, par ses seules lumières, ne pouvait les pénétrer; et, faute du secours divin, il risquait de s'égarer dans les conceptions fabuleuses. Sur ce point, mais sur ce point seulement, Dieu s'est fait son guide. Il a inspiré les récits relatifs à l'origine de l'humanité en vue d'en orienter la trame et le texte dans un sens qui, sans rien découvrir des vérités purement humaines, ne pût risquer d'induire en erreur dans le domaine des vérités de l'ordre surnaturel; et enfin, dans la mesure où ces dernières ne pouvaient ressortir des procédés de connaissance mis à la disposition de l'homme, il a fait plus qu'inspirer, il a révélé. Telle est la conclusion où finira par aboutir toute l'exégèse catholique », *ibidem*, p. 56.

(91) In questo senso, si è notato come « ben lungi dal poter riconoscere al metro razionale-antropologico la funzione metodica di un criterio legittimo per sceverare il semantema mitico dalla realtà del messaggio cristiano, noi dovremmo allora domandarci se quel semantema, oltre che al racconto evangelico, non inerisca alla stessa coscienza religiosa di ogni tempo, per la necessità che avvertiamo di servircene come di una categoria mentale adeguata alla realtà della fede, per appercepire e descrivere l'oggettività religiosa », cfr. E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, cit., p. 882.

verità delle sue asserzioni dogmatiche poiché, avendo rimesso ad una autorità esterna la definizione delle verità di fede, è in grado di superare gli ostacoli che la critica storica può sollevare: essa si presenta infatti non come garante della infallibilità dei testi, che le servono come base, ma come garante della infallibilità del dogma.

La verità del dogma, che presuppone la messa a fuoco degli elementi essenziali della rivelazione, è frutto di un'opera di interpretazione collettiva, affidata a una comunità di interpreti particolarmente autorevoli. Tale attività interpretativa ha valore nella misura in cui ha natura organica e si inserisce in un processo dinamico di evoluzione e di adattamento:

> l'Eglise catholique est constituée pour progresser et pour évoluer, c'est en cela que consistent sa valeur historique et sa valeur sociale. Elle vit de l'Ecriture et trouve en elle son point de départ et le germe de sa vie spirituelle, elle ne lui est pas asservie, elle n'est pas immobilisée en elle. Comme son fondateur, qu' elle déclare être homme et Dieu, elle participe par l'immutabilité de son dogme, pris dans sa réalité abstraite, de l'absolu des vérités éternelles; mais plus encore participe-t-elle de ce qu' il y a de relatif, de mouvant, d'incessamment progressif et vivant, dans tout ce qui se fait par l'homme, dans tout ce qui s'adapte à l'homme et dans tout ce qui se construit, à titre définitif, des investigations de sa pensée, de sa raison et de sa foi: elle est avant tout une entité sociale, elle vit comme vivent les sociétés. Elle s'est constituée sur le fondement d'une interprétation biblique littérale et très étroite; elle s'épanouira au souffle d'une interprétation large et largement historique (92).

Richiamando espressamente Newman, Saleilles afferma che la verità di ordine generale rivelata dalla Bibbia è la « vitalité organique de tout système fondé sur une révélation initiale » (93). Tale movimento, pur avendo il punto di partenza nel testo, ne è indipendente; con il risultato che, ove muti il senso del testo, la rivelazione di cui esso è stato l'organo e il dogma che ne risulta conservano la loro validità. L'autorità della Chiesa è perciò il frutto dello sviluppo organico del magistero elaborato a partire dal dato scritturale ed è essa stessa colta come realtà dinamica, in continua evoluzione.

---

(92) *La méthode historique et la Bible*, cit., p. 58 e s.
(93) *Ibidem*, p. 30.

2.2. *Il « protestantisme fondu dans le catholicisme » e la difficile ricerca di una* via media.

L'*identikit* del cattolico modernista tracciato con particolare acume analitico dalla *Pascendi* descrive sotto molteplici aspetti l'orientamento spirituale del giurista di Beaune. Saleilles, tuttavia, si ferma a *mi-chemin*: pur assomigliando al fedele descritto dall'enciclica non vi si identifica. Si può sostenere che egli aderisce al modernismo in quanto momento di crisi del pensiero religioso, ma rifiuta l'eresia modernista, respinge cioè l'approdo dissolvente che rappresenta l'esito conclusivo del percorso personale di molti esponenti di tale corrente (94).

Abbiamo visto come egli possa considerarsi a tutti gli effetti un illustre esponente della eterogenea galassia dei cattolici liberali, fautori di un cattolicesimo moderno, illuminato, progressista, preoccupati di conciliare religione e modernità, della quale accettano peraltro la Rivoluzione quale evento fondante. « Homme des nuances, de la conciliation, avec un haut respect des traditions et de la légalité », come lo definisce Marguerite Bufnoir nella lettera a Pierre Imbart de la Tour, spirito moderato e incline al compromesso, secondo il suo allievo Eugène Gaudemet, Saleilles è dominato dal senso del relativo e della durata, frutto della sua formazione di

---

(94) La sua posizione è riconducibile a quell'ampio e generico atteggiamento di spirito, tipico in particolar modo della fase preparatoria della crisi modernista, su cui si è soffermato Pietro Scoppola; un atteggiamento fatto di una « salda fede nella Chiesa unita alla visione di una necessaria crescita all'interno di essa, di un rinnovamento…religioso e culturale ». Con la conseguenza che tali uomini « di fronte agli sviluppi della vicenda, si trovarono divisi fra le esigenze della fede e della obbedienza e i risultati della ricerca scientifica » e « non per questo, e soprattutto non tutti, rinunciarono a quella più ampia base di partenza, anche se il punto della conciliazione e della sintesi tra i diversi valori restava, ai loro occhi, avvolto nella nebbia ». P. SCOPPOLA, *Crisi modernista e rinnovamento cattolico in Italia*, cit., p. XIII e s. L'esito finale, per molti, sarà la perdita della fede: « si impone per molti una scelta decisiva: l'obbedienza e il silenzio divengono impossibili senza un'autentica fede nella divinità della Chiesa, che giustifichi i sacrifici umanamente più gravosi; la speranza di una conciliazione del cattolicesimo con il pensiero moderno è delusa o quanto meno proiettata in un lontano ed oscuro avvenire, e non può sopravvivere che negli spiriti in cui la convinzione e il sentimento cattolico prevalgono su ogni convincimento o certezza umana », P. SCOPPOLA, *op. cit.*, p. 335.

storico e del gusto per la ricerca intellettuale, condotta avendo come criteri-guida la fedeltà alla Chiesa e lo spirito di libertà (95).

Gli stessi argomenti che ispirano il saggio su *La méthode historique et la Bible* balenano anche nella corrispondenza privata. Troviamo qui un Saleilles più intimo, quasi lacerato, impegnato nella ricerca di quella che lui stesso definisce una *via media*, intesa come criterio-guida del credente che si interroga sulla propria fede e rivendica il diritto insopprimibile della coscienza, nel tentativo di individuare un difficile punto di equilibrio tra fede e ragione.

Il tema di fondo è la ricerca del difficile discrimine tra libertà e arbitrio, tra personalismi consentiti e derive moderniste (96).

---

(95) Cfr. J. Leclerc, *La spiritualité des catholiques libéraux*, in J. Gadille-J.-M. Mayeur, *Les milieux catholiques libéraux en France*, cit., pp. 367-419. Si tratta certamente, com'è stato notato, di una fede molto più difficile e sofferta rispetto a quella di cui fa mostra l'amico e collega François Gény. Cfr. P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p, 201.

(96) In questo senso, possiamo affermare che il giurista borgognone aderisce al modernismo in quanto in esso vede un indirizzo metodologico che ha il suo punto di forza nella rivendicazione della libertà e della dignità del credente, nella prospettiva di una umanità integrale; nella prospettiva, cioè, di uno sviluppo integrale dell'uomo cattolico, nella sua dimensione spirituale e nella sua dimensione intellettuale. La nota aggiunta al saggio scritto per l'inchiesta del dottor Rifaux dopo la promulgazione della *Pascendi* contiene una presa di posizione diretta nei confronti della crisi modernista: « pour que la vérité se dégage, il faut que toutes les contradictions se produisent. Tout n'est qu'action et réaction. Pour qu'une petite vérité se dégage, il faut que beaucoup d'erreurs se fassent jour; c'est à force d'hypothèses, qui successivement sont reconnues fausses, que la science parvient à découvrir les secrètes, que lui cachait le mystère de la nature. Il en est ainsi du divin et du surnaturel. Pour en pénétrer les secrets, il faut passer par beaucoup de conjectures aventurées…Soyons reconnaissants aux pionniers hardis, à qui nous serons redevables des quelques progrès que nous ferons plus tard, lorsque l'heure en sera venue, dans le sens d'une connaissance plus approfondie et plus adéquate de la réalité divine; mais soyons le plus encore à ceux dont c'est la mission de crier « Casse-cou », et qui, par leur intervention, auront obligé les autres à prendre une vue plus nette de leurs propres doctrines et de leur adaptation au système d'ensemble du catholicisme. Pour toutes ces raisons, je ne suis donc, ni effrayé de certaines hardiesses qui ont pu se produire en ces derniers temps, ni scandalisé de certaines interventions qui ont pu en étonner beaucoup… », *Les conditions du retour au catholicisme*, cit., nota 1, p. 371. Si vedano al riguardo le considerazioni di Mignot nella lettera a von Hügel del 9 Ottobre 1907: « ce que je regrette dans l'encyclique c'est qu'elle se borne à condamner en son nom…ce qu'on peut croire sans être « modernistes ». Quand est-on modernistes, quand ne l'est-on pas? Où commence le modernisme, où finit-il? Le Saint Pontife affirme

L'ammirazione e la stima manifestate nei confronti dell'abbé Lemire, l'*abbé-démocrate* per eccellenza, modello di un cattolicesimo progressista e socialmente orientato, ci permettono di chiarire ulteriormente i caratteri della religiosità di Saleilles e il suo modello di cristianesimo.

In anni segnati da aspre dispute teologiche e da continui tentativi di strumentalizzazione politica della religione, egli riesce nella difficile impresa di conciliare la verità della Chiesa con la libertà e la dignità del credente (97). Nella *Lettre à Lemire*, premessa a guisa di introduzione al *Chrétien* di Newman, è contenuta una sorta di apologia del sindaco di Hazebrouck, considerato il modello di *prêtrise* prefigurata dal grande teologo inglese, il cui elemento

---

qu'il est partisan de la Science, mais de quelle Science?…L'Eglise, par sa constitution même, doit s'occuper d'histoire, de critique, d'exégèse, de philosophie, de géologie etc., etc. D'aillerus Pie X manifeste la volonté de constituer une académie des savants. Quelles seront les limites de leur domaine scientifique? Quant à ce problème l'encyclique ne répond pas! Les discussions vont forcément recommencer. Est-ce l'Eglise qui sera appelée à juger de la nature de telle découverte archéologique ou autre? Ce ne sera plus seulement la philosophie qui sera theologiae ancilla, ce sera l'astronomie, la géologie, la chosmologie…? Va-t-il falloir revenir à la chosmologie d'Aristote? Redevenir géocentristes? Non assurément, ce n'est pas ce qu'a voulu dire le Pape, mais alors qu'a-t-il voulu dire? J'ai regretté aussi que le Souverain Pontife regarde les « modernistes » comme des orgeuilleux — Ceux que je connais aiment Dieu de tout leur coeur, attestant sa gloire et la gloire de l'Eglise, rien de plus. C'est une grosse épreuve pour les âmes intélligentes et sincères. Je crains que l'Encyclique faite pour pacifier et unir les esprits et les coeurs n'ait un résultat contraire et ne retarde pour longtemps l'union des Eglises si vivement désirée… ». *Fonds Mignot* delle *Archives diocesaines d'Albi*, collocazione 1 D-5.03.

(97) Tra i due esisteva, come sappiamo, un rapporto molto stretto, agevolato dalla forte affinità intellettuale che li legava. Lemire si serviva inoltre di Saleilles come consulente giuridico per le sue molteplici iniziative, come testimonia questo biglietto dell'*abbé* datato 2 ottobre 1903: « vous souvenez-vous, cher Monsieur Saleilles, que je vous consultai à brûle pourpoint dans le jardin du Luxembourg sur la question suivante: étant donné un groupe de pauvres gens cultivant un jardin, comment faire pour qu'ils en aient la jouissance toujours, sans la propriété individuelle? Ella sera posée au Congrès dont je vous joins le programme, cette question. N'êtes vous pas homme à ménager 3 pages de réponse, à venir au Congrès, à adhérer, à discuter? ». Il biglietto (conservato insieme ad altre lettere e biglietti dell'*abbé* a Saleilles nel *Fonds Lemire-Arbelet* delle *Archives Municipales d'Hazebrouck*, *correspondance Saleilles 1903-1912*) fa riferimento al *Congrès des jardins ouvriers* in programma per la fine del 1903 al quale Saleilles prenderà effettivamente parte. Cfr. *Compte rendu du Congrès*, in *Bureaux de la Ligue du Coin de terre et du Foyer*, Paris, 1904, p. 143, 150, 151, 165, 319.

caratteristico è la presenza di una « forte individualité de libre chrétien », ovvero la capacità di attuare il messaggio evangelico al di là delle lotte confessionali e resistendo a ogni tentazione di strumentalizzazione politica (98).

I diari e la corrispondenza privata ci forniscono ulteriori ragguagli: in un frammento del 27 novembre 1903, Saleilles spiega qual è, a suo avviso, il contenuto di verità della corrente modernista: l'affermazione della assoluta libertà della ricerca scientifica, nella consapevolezza che la scelta di fede, per essere valida, debba essere una scelta di libertà e non il frutto di un cieco indottrinamento:

> aujourd'hui nous avions le Père Monpeurt et l'abbé Lemire à déjeuner…Que l'abbé Lemire a été séduisant et charmeur! Quelle bonté, quelle sainteté au vrai sens du mot! Et surtout quelle sincérité! Quelle façon toujours douce et ménagère des autres de dire toute sa pensée, quelque impression qu'elle puisse produire. Sur la question de l'abbé Loisy il a été parfait. Sans défendre ses conclusions, pour lesquelles il faudrait être plus armés que nous ne sommes, il revendique la liberté pour ses méthodes. Il ne veut pas que le prêtre absorbe et domine le savant; et comme il a raison (99)!

La meditazione sul margine di libertà lasciato aperto al credente si precisa, sempre con l'aiuto di Lemire, sulla scorta di riflessioni che riecheggiano la distinzione di Charles Péguy tra dimensione autoritativa e dimensione mistica del cristianesimo (che coincide poi con la tradizionale e solo apparente antitesi tra carisma e istituzione) e che fanno del protestantesimo una presenza provvidenziale e, paradossalmente, un elemento vivificante per il cattolicesimo (100):

---

(98) Significativa, in particolare, è la sottolineatura del « christianisme intérieur » e l'ennesimo rifiuto dell'impiego della religione a fini politici. Cfr. J. H. NEWMAN, *Le Chrétien*, cit., p. I e ss.

(99) Si tratta del frammento del 27 novembre del 1903 del *Cahier 1903/1904*, in *Archives Municipales d'Hazebrouck*, *Fonds d'Archives Lemire-Arbelet*, cote 72 (provvisoria).

(100) Il rapporto di Saleilles con il protestantesimo è piuttosto complesso e meriterebbe di essere approfondito. Occasioni di incontro con il *milieu* protestante, minoritario ma particolarmente vivace, non gli mancavano: si pensi soltanto all'amicizia che lo legava a Charles Gide, uno dei padri del movimento cooperativo ed esponente di spicco del protestantesimo francese. Nei suoi scritti emerge a più riprese un innegabile *attrait* per il protestantesimo e per la sua spiritualità. In una lettera del 30 dicembre 1909

l'abbé Lemire nous dit: « n'avez-vous remarqué ce qu'il y a de profond dans cette tradition du catholicisme à ne jamais séparer Pierre et Paul et à les donner tous deux comme les organisateurs du Christianisme après le Christ. Or Pierre représente l'élément doctrinal, et représente l'autorité; mais Paul représente l'inspiration personnelle, l'élément indépendant et libre au sein de l'unité et sous le couvert de l'autorité. C'est que l'Eglise a voulu que les deux choses en elle fussent inséparables, elle a voulu que dans les limites tracées par l'autorité s'exerçât la libre et noble indépendance du chrétien, et que, à côté du dogme intangible, il y eut place pour toutes les variétés d'une inspiration personnelle, pour toutes diversités des consciences individuelles ». Ce fut alors pour moi comme un trait de lumière, après ce que j'ai si souvent dit, et médité à ce sujet. Mais, M. l'abbé Lemire, c'est donc le protestantisme fondu dans le catholicisme, ou plutôt ne pouvant désormais prouver sa plénitude de vie que dans le catholicisme et par le catholicisme (101).

Il richiamo all'« inspiration personnelle », all'« élément indépendant et libre » come componente essenziale del cattolicesimo, incarnato nel magistero paolino, risulta decisivo. Esso, infatti, da un lato sottointende una concezione della religione come fatto personalissimo e in certa misura irripetibile e incomunicabile; dall'altro offre uno spiraglio e suggerisce una via da percorrere a un credente che, di fronte alle sfide della modernità, si chiede, senza giri di parole, come sia possibile che coloro i quali sostengono di aver trovato Dio « semblent moins aptes que d'autres à comprendre, à

---

sottolineerà il ruolo provvidenziale di certi eccessi di individualismo religioso e i « bienfaits de l'hérésie », nella convinzione che il protestantesimo rappresenti, per i cattolici, una garanzia di salvaguardia della indipendenza di coscienza e della dignità personale: « si nous autres catholiques nous rêvons à entretenir les derniers restes de foi religieuse objective que garde le Protestantisme, nos frères séparés sont la seule garantie que nous ayons de garder un peu d'indépendance de conscience, de dignité personnelle et de vertus humaines. Cela est l'économie du plan divin. Ne la troublons pas par un zèle déconsidéré. Et, puisque, individuellement, les autres, dans leur bonne foi, sont mis sur la même ligne que nous au point de vue du salut, respectons la loi divine qui n'a pas voulu que la vérité intégrale devînt la vérité universelle. L'humanité ne serait pas de taille à la supporter », cfr. Lettera del 30 dicembre 1909, *Archives Municipales d'Hazebrouck*, *Fonds d'Archives Lemire-Arbelet*, cote 1S1/186.

(101) Cahier 1905/1907, frammento del 1906, in *Archives Municipales d'Hazebrouck*, *Fonds d'Archives Lemire-Arbelet*, cote 72 (provvisoria).

pratiquer même les vertus de probité scientifique qui sont la marque de notre époque? » (102).

Tale metodo, accettato nel suo valore umanistico e liberante, viene però rifiutato nel suo approdo agnostico, nella misura in cui la tendenza relativizzante è spinta sino al limite estremo dello smarrimento e della disperazione. Gli approdi conclusivi di certo modernismo e il conflitto che ne è derivato all'interno della Chiesa lo lasciano « désemparé ». Il modernismo, inteso nella sua accezione più radicale, è in realtà una dottrina priva di un effettivo contenuto religioso, è una sorta di socialismo mistico o, nella migliore delle ipotesi, un forma di vago protestantesimo (103).

L'ultimo Loisy, il Losy delle *Lettres*, gli appare « écoeurant ». A tale tentativo riduzionistico, Saleilles oppone la divinità del Cristo come dato fondante del Cristianesimo, verità che nessuna *méthode historique* può pretendere di mettere in crisi. Contro simili tesi dissolventi e contro gli eccessi dei cattolici reazionari, fa appello a una difficile *via media*, fatta di moderazione, di buon senso, di libertà condizionata. Ma, a riprova della complessità di una simile opzione, è significativo il fatto che l'approdo agnostico di Loisy venga considerato una dura prova per l'« espoir de *via media* » di cui egli sa fa interprete.

---

(102) Si noti come nella prefazione ai suoi *Essais d'histoire et de philosophie religieuses* Alfred Loisy auspicasse che « la science de la religion se constituât aussi dans l'Eglise et pour elle », cfr. E. POULAT, *Critique et mystique*, Paris, 1984, cit., p. 25. In tale opera vengono pubblicati i *mémoires* che raccontano l'avventura modernista di Loisy.

(103) « Je viens de lire la dernière chronique italienne de la Revue du clergé: j'y ai vu ce à quoi avaient abouti tous ces excès des modernistes, comment on les jugeait même du dehors, et aussi par quels moyens on les combattait du camp opposé. Tout cela laisse une impression lamentable. On se sent désemparé. Et de plus en plus, je reste convaincu que la vérité, au moins la vérité de conduite, car l'autre qui l'atteindra jamais?, est au centre, et que ce que l'on appelait jadis l'enseignement du « juste milieu », bien loin d'être des apeurés sans courage ni logique, sont les seuls qui pratiquent un système raisonné et voulu, dans courage et logique, en vue de faire la volonté de Dieu ici-bas. Et, je m'en tiens là. Je vois des maux énormes, tels qu'il est impossible que Dieu les ait voulus, tolérés tout au plus. Le modernisme entendu comme en Italie n'est plus une religion, à peine un protestantisme libéral et vague; c'est un socialisme mystique, et peu autre chose; le choix de l'âge d'or ici bas et supprimé là-haut. J'aime encore mieux l'inverse, souffrir ici bas, et connaître la vérité plus tard », lettera a Louis Birot dell'11 gennaio 1909, in *Archives Municipales d'Hazebrouck.*

Tutte queste considerazioni vengono sviluppate in una lunga lettera a Birot datata 9 aprile 1908, che cito quasi integralmente poiché vi è contenuta in sintesi l'essenza della sensibilità religiosa del suo autore:

par les temps si durs que nous traversons, il faut mettre une sourdine à nos investigations dissolvantes et faire du bien aux âmes, à commencer par la nôtre, par les moyens de pratique et d'expérience religieuse que le christianisme nous fournit. Voilà de l'excellent pragmatisme. Et Rome ne se doute pas qu' en condamnant avec sa brutalité ordinaire le prétendu pragmatisme intellectuel, elle réduit toute notre philosophie religieuse à une pratique d'expérience que l'on juge à ses fruits. Est-ce que, d'ailleurs, l'Evangile nous présente d'autre systématique de la religion? Est-ce que la foi, même chez Saint Paul, est autre chose qu' un état, ou une vertu, analogue à l'amour, et qui même lui est beaucoup inférieure. C'est un élan, une marque de confiance, une aspiration à l'au-delà.

Quant à se présenter comme un formulaire dogmatique exclusif de toute action morale, il a fallu attendre la scolastique pour en arriver là et aboutir ainsi à des professions de foi auxquelles adhérent par simple tradition jusqu' à des libres penseurs.

Combien il est plus consolant, au milieu de ces équivoques et de cette anarchie religieuse, de faire pratiquement du bien aux âmes, d'agir ainsi, non pas *in anima vili*, mais *in anima nobili*. C'est cette noble et grande solidarité des âmes qui fait tout naître du catholicisme, indépendamment des diversités intellectuelles qui nous séparent, qui sont inséparables de la diversité des esprits. Quand donc renoncera-t-on à cette chimère de l'unité catholique qui n'a jamais existé, et qui existera de moins en moins? Je ne reconnais qu' une pierre de touche du christianisme, la foi en la divinité du Christ, garantie par l'Eglise. Une fois cela admis, sur tout le reste nous différons tous à l'infini. Mais nous n'en sentons pas moins solidaires de la même discipline, du même idéal, et du même amour.

Mais en revanche, qui ne l'admet plus, n'est plus ni catholique ni chrétien. Et à ce point de vue le dernier petit livre de Loisy « Quelques lettres » est écoeurant. Car, en somme, si intangible et si haute que soit la conscience individuelle, il nous faut bien reconnaître, d'après quelques lettres où il livre tout le fond de son âme, qu' au moment même où il prétendait s'unir à l'Eglise, rester dans l'Eglise et se proclamer catholique, il ne croyait plus à la divinité du Christ, et semblait incertain lui-même de savoir s'il croyait encore en un Dieu personnel!

Alors quelle chute! Et aussi quelle impitoyable logique! Il faut avoir le courage de dire et de reconnaître, que, si l'on renie l'essentiel du christianisme, c'est toute certitude religieuse qui s'effondre. Il n'y a plus place que pour l'agnosticisme le plus absolu. Dieu nous aurait laissé dans l'ignorance

de son existence et de sa Providence. Autant dire que Dieu n'est plus ce qui implique l'idée même de Dieu!

Mais aussi quelle épreuve pour l'espoir de *via media* qui était la nôtre, qui n'en reste pas moins la mienne! Car plus je crois à l'Eglise, plus j'entrevois le rôle de l'humanité et des lois humaines dans sa constitution, son développement et son action historique. Il en est de l'action de l'esprit, comme de la Révélation, qui ne se sont jamais manifestées que par des organes humains. C'est Dieu perçu à travers l'homme et l'humanité.

Et alors n'est-ce pas une raison pour nous détourner en tout de l'absolu, qui appartient à un domaine étranger à l'humanité, et pour ne voir, même en matière religieuse, que cette part de relatif, donc de modération, de compromis et de *via media*, qui est le signe et la marque de toutes les œuvres où l'homme a sa part, même quand Dieu y a aussi la sienne? (104).

La posizione che emerge dal saggio del 1903 e dalla corrispondenza privata è ribadita, con toni decisamente più sfumati, in un breve articolo pubblicato nel 1907 sul *Mercure de France* in risposta a un questionario sulla crisi religiosa. Dopo aver precisato come, a suo avviso, la questione religiosa che interessa l'Europa, e la Francia in particolare, abbia una natura essenzialmente politica, e quindi transeunte, e non rappresenti per questo un pericolo concreto per la sopravvivenza dell'« idée religieuse », Saleilles ripete in estrema sintesi le sue idee-forza in materia di religione.

In primo luogo, manifesta la sua simpatia per i fautori di un « catholicisme élargi », i modernisti, nella misura in cui essi sostengono non tanto la possibilità di un cattolicesimo liberato da ogni apparato dogmatico, perché ciò equivarrebbe alla sua dissoluzione, ma la possibilità di fondare filosoficamente la credenza in un Dio

---

(104) Lettera a Birot del 9 aprile 1908, in *Archives Municipales d'Hazebrouck*.

Lo stesso Mignot, in una lettera a von Hügel del 9 marzo 1908, prende le distanze dal suo protetto: « pourquoi a-t-il voulu se confiner dans un rôle exclusif d'historien et n'a-t-il pas voulu tenir compte de la Tradition? Pourquoi a-t-il coupé toutes les amarres? Des deux choses l'une: ou bien il n'a plus la foi telle que nous la concevons dans l'Eglise — et alors il trouvera infructueuses toutes nos observations; ou bien il est encore croyant — et dans ce cas il doit rassurer ceux qui ont cru en lui et qui ont été heureux de le prendre pour guide », *Fonds Mignot* delle *Archives diocesaines d'Albi*, collocazione 1 D.-5.03.

personale, e quindi di conciliare il messaggio cristiano con le esigenze della ragione (105).

In secondo luogo, osserva come non vi sia alcun rapporto tra gli atteggiamenti antireligiosi di inizio secolo e l'anticristianesimo di matrice rivoluzionaria. Non sembra al contrario fuori luogo rilevare un recupero del sentimento religioso e persino una certa percezione del mistero dell'aldilà. Ormai, l'ostilità contro la religione ha soltanto un fondamento politico, non più filosofico, ha quindi una natura molto più superficiale, e dietro ad essa si nasconde « non pas l'indifférence, mais tout au contraire la curiosité, des choses religieuses » (106).

In terzo luogo, esprime la convinzione che la crisi modernista sia destinata ad esercitare una influenza positiva sulla vita della Chiesa, la quale è perfettamente in grado di metabolizzarla, mentre rileva il

---

(105) Tale profilo è sottolineato con estrema chiarezza a proposito della conversione di Newman: « il faudrait bien se garder de croire que…une fois arrivé au port, l'immobilisation se fût désormais substituée à l'investigation et à la recherche. C'est une idée fausse que l'on se fait trop souvent du catholicisme, et rien n'est plus funeste. Sans doute, l'indispensable est trouvé; l'âme a juste l'essentiel sans lequel elle ne saurait vivre; ella a…ce qu'il lui faut pour vivre sa vie religieuse. Et, de fait, beaucoup s'en contentent ou croient pouvoir s'en contenter…Mais les autres? S'il ne s'agit plus, sans doute, de problèmes vitaux à trouver, il s'agit encore de détails à éclairer. Il n'y a plus à chercher vers le ciel pour y découvrir l'astre central d'où vient la lumière; mais, le foyer découvert, il faut en suivre les rayons dans tous les recoins où l'ombre s'allonge encore…On voit que ce ne sont pas les problèmes qui font défaut, et que, plus on a trouvé, plus il reste à découvrir. Chaque question appelle l'autre. Et voilà pourquoi toute vie religieuse, entendue d'une vie intellectuelle, est une vie de recherches, de problèmes et d'analyses: une vie de raisonneur et de savant », prefazione a J. H. NEWMAN, *Le Chrétien*, cit., p. VIII e s.

(106) *Mercure de France*, I gennaio 1907, pp. 449-451, cit., p. 449 e s.: « comparez l'attitude des socialistes…avec celle des radicaux ou des franc-maçons de la vieille école. Comparez celle des intellectuels au sens nouveau du mot. Combien y en a-t-il qui veulent de ce qu'ils appellent un catholicisme élargi, et qui l'attendent avec une sympathie non dissimulée? Je ne suis pas de ceux qui croient à une mainoeuvre hypocrite de leur part, mais bien à une sincérité réelle. Alors c'est donc qu'ils croiraient compatible avec leurs propres convictions philosophiques l'utopie d'un catholicisme qui ferait bon marché de ses dogmes. Je dis utopie, car il cesserait d'être le catholicisme. Mais sous cette illusion réside l'idée, mal dissimulée, que l'on pourrait donc encore admettre la croyance en un Dieu personnel philosophiquement, et c'est le seul mystère qui importe. Ceci admis, tout le reste n'est rien. Alors c'est l'idée de Dieu qu'affirme, qu'on le veuille ou non, toute notre génération ».

fallimento progressivo di tutte le religioni fondate sul libero esame, alle quali la critica storica toglie ogni fondamento razionale.

Infine, ribadisce la tesi centrale del saggio del 1903, l'immagine cioè di un cristianesimo fondato su una Chiesa colta come realtà organica in costante evoluzione, che ha il suo punto di partenza nella realtà storica del Cristo, l'idea cioè che « tout ce qui restera de Christianisme dans le monde tendra à se concentrer autour de l'idée d'Eglise, autour d'une institution ayant son point de départ dans la réalité historique du Christ et se développant comme un organisme incessamment progressif et vivant » (107).

Saleilles è consapevole del carattere altamente problematico di tale posizione, della difficoltà di far comprendere e accettare la sua *via media* ai cattolici francesi a fronte di una gerarchia che, specie a Roma, ha adottato una « pratique de secte » (108). Si rende conto, in altre parole, di far parte di una minoranza nel contesto del cattolicesimo francese, di un piccolo gruppo cui appartengono figure come Sangnier, Brunetière, Fonsegrive, Imbart de la Tour, Gayraud e lo stesso Lemire; un gruppo combattivo ma destinato a soccombere di fronte alla marea inarrestabile dell'oltranzismo e di quella che egli stesso definisce la « politique des casse-cou » (109).

La miglior testimonianza dell'atteggiamento ambivalente e dello spirito *frondeur*, modernista ma non eretico di Saleilles, è contenuta nella lettera indirizzata ad Alfred Loisy nell'aprile del 1904. Si tratta di una lettera di solidarietà, scritta dopo la messa all'Indice degli scritti di Loisy e dopo la decisione di questi di abbandonare l'insegnamento alla *Ecole de Hautes Etudes*.

Saleilles si fa interprete del pensiero dei « nôtres », del piccolo gruppo di cattolici inquieti al quale appartiene. Dichiarando di ammirarne l'onestà intellettuale, si premura di comunicare a Loisy il

---

(107) *Ibidem*, p. 451.

(108) *Ibidem*.

(109) Le lettere di Maurice Faucon ci rivelano, indirettamente, le inquietudini che fin dagli anni Ottanta agitano l'animo di Saleilles e il carattere problematico della sua religiosità. In molte occasioni, lo scambio di idee con il confidente ed ex-compagno dell'*Institut catholique* dà vita ad una polemica amichevole ma serrata, attraverso un susseguirsi di lettere « à crayons rompus ». Si vedano, in particolare, la lettera del 15 marzo 1890 e la lettera del 14 settembre 1904, in M. Faucon, *Reliquiae*, cit., p. 293 e ss. e p. 373 e ss.

sostegno di chi, al pari di lui, condivide la medesima fede e i medesimi scrupoli di carattere scientifico. È importante cogliere il senso generale della lettera: solidarietà e ammirazione per lo studioso, rivendicazione della libertà di ricerca e della dignità anche intellettuale del credente, accoglimento pieno dei metodi di ricerca e delle idee direttrici di Loisy, presa di distanza dalle sue conclusioni dogmatiche: la *via media*, difficile e scomoda da percorrere, ne esce confermata:

> j'apprends par les *Débats* la décision tout à fait héroïque et vraiment admirable que vous venez de prendre.
>
> Je crois que, de la part de ceux qui ne partagent pas votre foi, elle soit mal comprise et qu' elle ne vous attire de ce côté de nouvelles calomnies.
>
> Apaisera-t-elle tout au moins chez ceux dont vous êtes, et qui ont été si durs à votre égard, la violence de leurs rancunes, faites de la profondeur de leur ignorance!
>
> Je voudrais l'espérer, sans oser le croire.
>
> Vous allez traverser assurément une phase où, comme beaucoup de grands chrétiens dans le passé, vous aurez contre vous la fureur de ceux qui ne sont pas chrétiens et l'indifférence, pour ne pas dire plus, de ceux qui le sont.
>
> Ce sont de ces moments où l'on se trouve bien seul, seul avec Dieu, il est vrai.
>
> Permettez-moi donc, puisque j'ai déjà eu l'honneur de correspondre avec vous, de vous renvoyer l'écho de quelques consciences de chrétiens qui vous comprennent, qui ressentent vos angoisses et qui partagent, en même temps que votre foi, tous vos scrupules scientifiques. Ils n'en admirent que plus l'acte de conscience et de sacrifice que vous faites.
>
> Et pour ma part, je me rappelle ce mot qu' un de mes anciens maîtres disait un jour, un peu dédaigneusement il est vrai à un de mes amis, qui avait refusé ses idées, ce qu' il n'admettait guère: historia paucorum scientia! Le mot était de Fustel de Coulanges et adressé à mon ami Beaudouin alors Professeur de droit romain à Grenoble.
>
> Vous venez vous-même d'en éprouver la réalité. Mais croyez bien que le germe a été jeté, il fera son œuvre, et devant un quart de siècle, je ne dis pas les conclusions auxquelles vous arrivez, mais vos méthodes et vos idées directrices seront monnaie courante chez tous les catholiques (110).

In ogni caso, al di là di tali profili, ciò che importa ancora una

---

(110) La lettera, del 3 aprile 1904, è conservata alla *Bibliothèque Nationale*, cote NAF 15661.

volta segnalare, ai nostri fini, è la coincidenza cronologica e la profonda affinità contenutistica che lega la riflessione teologica e la riflessione giuridica, espressione di una personalità religiosa « destinata a straripare, invadere e connotare anche l'uomo di cultura » (111), e quindi il giurista.

L'interpretazione relativizzante di un testo autorevole, sia esso la legge nella sua accezione rivoluzionaria o un dogma cattolico, viene teorizzata a partire da una riflessione che unisce, non solo a livello suggestivo, la tematica religiosa e la tematica giuridica. Il principio della interpretazione relativizzante di un testo autorevole, frutto delle suggestioni moderniste, si riflette nell'ambito del diritto e modella l'ermeneutica giuridica (112). L'idea che il valore della legge sia legato alla sua efficienza evolutiva, frutto della interpretazione organica assicurata dalla comunità dei giuristi, si riallaccia direttamente all'idea che l'autorità del magistero petrino derivi da uno sviluppo organico del *depositum fidei*.

Vedremo quali ricadute avrà tale impostazione sulla teoria delle fonti e in particolare sul modo di concepire la *loi* repubblicana. Per il momento, occorre invece verificare come la messa a punto della *méthode historique*, nel duplice ambito teologico e giuridico, si rifletta sul modo di concepire il Codice, un Codice che, nel corso dell'Ottocento, all'interno della comunità dei giuristi, è assurto al rango di sacra scrittura, di libro dei libri, fonte di un'evidenza quasi coranica.

2.3. *La nozione di* développement *come categoria fondamentale dell'ermeneutica giuridica.*

Il fine principale della riflessione metodologica è rappresentato dalla definizione di una teoria della interpretazione capace di assicurare l'efficienza evolutiva del sistema. In questa prospettiva le nozioni di *évolution* e di *développement* assumono una assoluta centralità nel quadro di una metodologia che appare tesa a definire

---

(111) Cfr. P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 199.

(112) Cfr. L. Mossa, *Modernismo giuridico e diritto privato*, in L. Mossa, *L'impresa nell'ordine corporativo*, Firenze, 1935, pp. 31-57; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 103 e ss., dove si individuano in Kohler e in Bülow gli antesignani del movimento modernista.

le condizioni dello sviluppo integrativo della norma a fronte della evoluzione dei rapporti sociali, realizzando quella che Betti definisce « eterogenesi degli scopi »: la valutazione latente, oggetto della iniziale ricognizione interpretativa, si modifica gradatamente, via via che la norma assicura, accanto alla soluzione del suo primitivo problema pratico, e quindi in luogo del suo primitivo scopo, il raggiungimento di un esito ulteriore, che giustifica la sua conservazione (113).

Gaudemet ha sottolineato per primo (114) come, a partire dalle nozioni centrali di « développement » e di « évolution », Saleilles elabori una « conception dynamique du droit », elevata a necessaria *forma mentis* del giurista, e non ridotta a episodica via di fuga di un metodo altrimenti rigorosamente dogmatico: « il n'est pas de ceux qui parlent d'évolution pour prendre le ton à la mode, sauf à raisonner en géomètres sur tous les problèmes concrets » (115).

L'elemento che contribuisce ad imprimere particolare profondità e coerenza alla proposta metodologica di Saleilles, impedendole di ridursi ad una forma annacquata di sociologismo, è proprio il collegamento delle suggestioni evoluzioniste interiorizzate già a partire dal magistero di Gide con la imponente riflessione newmaniana.

L'analogia con l'ambito religioso non è superficiale, non si tratta dell'affermazione meramente estrinseca della necessità di un aggiornamento del significato di un testo incompatibile con la realtà storica o contraddetto dai progressi della scienza. Non è soltanto la similitudine tra dogma religioso e dogma giuridico, il loro carattere di immutabilità e di conformità ineluttabile, ad attrarre l'attenzione di Saleilles, ma è il carattere complessivo dei due ambiti di conoscenza, teologica e giuridica, che si esprime nelle due coppie concettuali dogma-tradizione e legge-applicazione.

Egli intuisce come l'analogia tra teologia e dogmatica giuridica risieda nel rapporto tra legge e attuazione e come entrambe elaborino dogmi che vengono presentati come interpretazione di precetti

---

(113) *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 112 e s.

(114) Seguito a breve distanza da F. GENY, *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'oeuvre de Raymond Saleilles*, cit., p. 43 e s.

(115) E. GAUDEMET, *Raymond Salailles*, cit., p. 213.

rivelati laddove, spesso, si tratta del frutto di una vera e propria opera creativa (116). Il discorso sul metodo si alimenta del suggestivo confronto tra la tradizione, che nell'ambito della religione, sviluppa incessantemente il significato della rivelazione, e l'applicazione, che nell'ambito del diritto consente di adeguare la legge scritta alle esigenze proprie della realtà sociale dell'interprete.

Il dogma appare così una sorta di verità in corso di progressiva realizzazione, senza che ciò implichi una negazione del contenuto di trascendenza che lo caratterizza (117); allo stesso modo la norma legale è suscettibile di assumere aspetti differenti nella vita giuridica senza che ciò determini la negazione della sua natura formale. Il precetto in tal modo può piegarsi, adattandosi a realtà nuove, senza mutare esteriormente, ed appare possibile relativizzare il dogma della completezza della legge pur in presenza di un ordinamento che postula il divieto di *non liquet* e si fonda sul principio della divisione dei poteri (118).

L'interpretazione attualizzante, tuttavia, per non degenerare in arbitrio, necessita di un solido principio-guida e di ben precisi punti di riferimento. La semplice considerazione del *but à atteindre* non è sufficiente, in altre parole, a garantire la stabilità e la certezza

---

(116) Questo aspetto è chiaramente delineato da E. PARESCE, *La genesi ideale del diritto. Saggio sulla attuazione spontanea del diritto e la sua creatività*, Milano, 1947, cit., p. 58 e ss.

(117) Appare appropriata, a tal riguardo, la nozione di *conformità innovatrice*, utilizzata da Enrico Paresce per descrivere questo approccio, frutto di uno storicismo in cui sono evidenti gli echi bergsoniani. Essa esprime chiaramente la tensione che caratterizza l'operazione ermeneutica, segnata dalla conformità alla norma, da un lato, e dall'apporto creativo dell'interprete, dall'altro; e ne sottolinea il carattere di libertà condizionata, cioè di creazione storicamente circostanziata e determinata, valida in quanto posta in essere all'interno di una tradizione. Cfr. E. PARESCE, *op. cit.*, p. 64 e s.

(118) Assai significativo è a tal proposito l'accostamento operato da Gustav Radbruch, con riferimento alla teologia protestante, tra « religiöses Bewusstsein als Offenbarungsquelle » e « Rechtsbewussstsein als Rechtsquelle »: cfr. G. RADBRUCH, *Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung*, cit., p. 418 e s. Saleilles ritiene che il « Bewusstsein » dell'interprete sia valido come « Offenbarungsquelle » nella misura in cui si inserisce nella cornice legittimante della « Tradition » dalla quale deve ricevere una decisiva autenticazione. Allo stesso modo il « Bewusstsein » del giudice è valido come « Rechtsquelle », non in quanto atto creativo isolato, ma in quanto saggio di interpretazione organica inserito nel quadro della « Tradition » elaborata dai giuristi dottrinari.

dell'operazione ermeneutica ma è al contrario indispensabile individuare dei criteri interpretativi attraverso i quali distinguere l'evoluzione legittima dalla evoluzione arbitraria. Nella descrizione del funzionamento della *méthode d'adaptation historique* si percepisce chiaramente l'influenza del pensiero di Newman (119) e in particolare l'eco della lettura dell' *Essay on the development of christian doctrine*, che Saleilles aveva ben presente. La definitiva messa a punto dello storicismo metodologico deve quindi molto all'incontro con l'opera del grande teologo inglese, approfondita nel biennio successivo alla pubblicazione del saggio sulla *méthode historique* e la Bibbia.

La individuazione dei criteri ermeneutici che garantiscono la corrispondenza della *adaptation* della legge ad una evoluzione legittima e coerente in rapporto all'insieme del sistema giuridico richiama la distinzione operata da Newman tra « genuine development » e « corruption ». Si tratta di uno dei passaggi-chiave dell'*Essay* (120).

La riflessione dell'autore prende le mosse dal canone di Vincenzo Lerinense nel quale l'anglicanesimo scorge il proprio principio fondatore. Questi, con lo pseudonimo di *Peregrinus*, scrisse intorno al 434 il *Commonitorium adversos haereticos* in cui forniva un metodo per riconoscere e confutare tutti gli errori che si opponevano alla fede cattolica (121). La sua regola consiste nell'attenersi

---

(119) È merito della storiografia francese recente aver messo in rilievo tale aspetto. Si veda, in particolare, N. MATTHEY, *Le Code civil et le développement du droit vus par Raymond Saleilles*, cit., p. 212 e ss.

(120) Tale opera, nella quale la nozione di *development* viene considerata il presupposto essenziale per la comprensione della storia del cristianesimo, contiene già, in nuce, le ragioni alla base della conversione di Newman. Si tratta certamente della nozione centrale di tutta la teologia newmaniana: « vidi che la teoria dello sviluppo non solo spiegava certi fatti, ma rappresentava in se stessa un avvenimento filosofico importante, che imprimeva un carattere a tutto il corso del pensiero cristiano. Si poteva individuarla fin dai primi anni dell'insegnamento cattolico fino al giorno d'oggi ed essa dava a quell'insegnamento unità e carattere. Era una specie di prova, che gli anglicani non potevano offrire, che Roma era in verità le antiche Antiochia, Alessandria e Costantinopoli, così come una curva matematica ha la propria legge e la propria espressione », cfr. J. H. NEWMAN, *Apologia pro vita sua*, trad. it., Milano, 1995, cit., p. 222.

(121) Sulla vita e l'opera di Vincent de Lérins, si veda la voce a cura di G. BARDY nel *Dictionnaire de théologie catholique*, Paris, 1950, p. 3045 e ss. e la voce a cura di

a ciò che è stato insegnato in tutti i luoghi e in tutti i tempi: « in ipsa item catholica Ecclesia magnopere curandum est ut id teneamus quod ubique, quod semper, quod ab omnibus creditum est » (122).

I teologi anglicani risolvono il problema delle incongruenze e delle alterazioni storiche della dottrina cristiana tramite l'applicazione di tale principio, ovvero riducendo ad armonia e coesione la molteplicità di tali fenomeni e cioè eliminando e respingendo come delle corruzioni tutti quegli usi, quelle pratiche, quelle opinioni e quei principi che non hanno la sanzione della prima età cristiana.

Contro la tradizione anglicana, Newman osserva come tale formula, considerata letteralmente, sia causa di molteplici contraddizioni. L'insegnamento della Chiesa presenta infatti numerose differenze nel corso della storia: gli scritti teologici anteriori al concilio di Nicea, ad esempio, contengono, su temi quali la Trinità e l'eternità dell'Inferno, formulazioni ambigue, che possono sembrare più vicine alla dottrina di certe eresie future che ai dogmi che saranno fissati dai concili successivi. L'applicazione del canone di Vincenzo Lirinense deve perciò avvenire tenendo conto del fatto che la dottrina cristiana non ha potuto assumere sin dal principio una forma totalmente esplicita e definitiva. La nozione di *development* si rivela per questo decisiva (123).

A. HAMMAN nel *Dizionario patristico e di antichità cristiane*, Casale Monferrato, 1984, p. 3594 e ss. Oltre a Newman, si sono occupati di Vincent de Lérins, U. I. REILLY, *Quod ubique, quod semper, quod ab omnibus. Etude sur la règle de foi de Saint Vincent de Lérins*, Tours, 1903; J. MADOZ, *El concepto de la Tradición en S. Vincent de Lérins. Estudio historico-critico del Commonitorio*, Roma, 1933; A. D'ALES, *La fortune du Commonitorium*, in *Recherches de sciences religieuses*, XXVI, 1936, pp. 334-356; W. O'CONNOR, *S. Vincent…und S. Augustine*, in *Doctor communis*, XVI, 1963, pp. 123-257.

(122) « Arrivo così all'idea dello sviluppo della dottrina della Chiesa cristiana a cui dedicai i miei pensieri alla fine del 1842…Certamente essa è presente nel Trattato di Vincenzo di Lérins che tanto spesso è stato considerato la base dell'anglicanesimo…Nel 1843 cominciai a studiarlo attentamente; lo presi come tema del mio ultimo sermone universitario il 2 febbraio », cfr. J. H. NEWMAN, *Apologia pro vita sua*, cit., p. 221. L'autore fa riferimento al sermone su *The Theory of Developments in Religious Doctrine*, l'ultimo dei *Fifteen Sermons Preached before the University of Oxford*.

(123) Cfr. J. H. NEWMAN, *Lo sviluppo della dottrina cristiana*, trad. it., Bologna, 1967, p. 14 e ss.

Facendo ricorso a tale principio, ci si accorge ben presto che le differenze riscontrabili all'interno del magistero cattolico sono solo apparenti: esse appaiono comprensibili se solo si riflette sul fatto che i primi padri della Chiesa, a seconda degli avversari ai quali si sono dovuti opporre, sono stati costretti a sottolineare in maniera spesso unilaterale un aspetto specifico del dogma; inoltre, più in generale, il loro significato si chiarisce ove si consideri che, in molti casi, il dogma, benché già sostanzialmente presente, non ha raggiunto ancora una formulazione piena e definitiva.

Newman chiarisce tale profilo ricorrendo a una metafora: a differenza di un fiume, che è più chiaro in prossimità della fonte, le credenze religiose divengono più uniformi, più pure, più forti mano a mano che il letto nel quale si sviluppano e progrediscono si fa più profondo, più largo e più ricco di acqua (124). Proprio per questo può sostenersi che la fede cristiana non è variata ma ha semmai sviluppato progressivamente il proprio contenuto di verità, nel corso di una evoluzione che ha il significato di una esplicitazione di ciò che è implicito e di un pieno compimento delle virtualità insite nel messaggio primitivo. Lo sviluppo della dottrina cristiana discende liberamente e provvidenzialmente dalla vitalità divina di una verità intemporale e trascendente entrata a contatto con gli uomini e si chiarisce storicamente tramite la formulazione di proposizioni singole le quali danno vita al *consensus doctorum*.

Nella riflessione del giurista borgognone è presente l'idea, ricavata evidentemente dalla lettura di Newman, che la teologia non sia altro che un'opera collettiva di razionalizzazione delle acquisizioni del *sensus fidei*. Nella prefazione a *La foi et la raison* Saleilles presenta la teoria newmaniana dello sviluppo religioso come una sorta di ricostruzione della psicologia collettiva della fede sotto l'influenza della ragione. L'applicazione della ragione all'ambito religioso favorisce la nascita di una filosofia della fede, necessaria

---

(124) « Le verità più sublimi e più meravigliose, sebbene siano state rese note al mondo una volta per tutte da maestri ispirati, non avrebbero potuto essere subito comprese da coloro a cui erano trasmesse, ma, poiché erano ricevute e trasmesse da menti non ispirate e attraverso degli strumenti che erano soltanto umani, hanno avuto bisogno di un tempo più lungo e di ripensamento più profondo per essere poste nella loro piena luce », cfr. J. H. NEWMAN, *Lo sviluppo della dottrina cristiana*, cit., p. 35 e s.

all'uomo in quanto essere razionale, la quale non è altro che il frutto della elaborazione e della sistematizzazione successiva delle aspirazioni presenti nella massa dei credenti, intesa come « organisme vivant », ad opera di interpreti qualificati del pensiero religioso in una determinata epoca storica.

Nei sermoni di Oxford Newman accenna appena al problema della conciliazione tra sviluppo del pensiero religioso e mantenimento delle verità oggettive della Rivelazione, ma le linee principali e gli attori di tale processo sono già adombrati: lo scopo della evoluzione dogmatica realizzata dalla comunità dei credenti, attraverso l'opera dei suoi interpreti più autorevoli, è quello di adeguare le rappresentazioni esterne del dogma senza intaccarne l'essenza. Su tale profilo si sofferma con particolare attenzione Saleilles, sottolineando come:

> le caractère fondamental du développement dogmatique…est de mieux faire apparaître une réalité une fois acquise, de la mieux faire concevoir, d'en déduire les aspects nouveaux, et d'en montrer les faces diverses, surtout enfin d'en mieux établir les rapports nécessaires avec l'ensemble des vérités du monde physique et moral, mais jamais d'en détruire ni même d'en transformer, la substance intrinsèque: expliquant, développant, illuminant, agrandissant; ne diminuant, ne restreignant, n'abolissant jamais! Ce sont des richesses nouvelles qui s'ajoutent, des clartés plus grandes qui se répandent; et non des ruines qui s'amoncellent, ou des ténèbres qui prennent la place de la lumière (125).

Spostando l'attenzione da Newman all'ambito più prosaico dell'ermeneutica giuridica, Saleilles precisa come quest'ultima non sia altro che il procedimento di cui si serve il giudice per realizzare la triplice funzione della legge: perseguire la sua finalità iniziale, attraverso la messa a fuoco delle necessità sociali che ne hanno determinato la nascita; dare una risposta adeguata alle esigenze dell'avvenire; ribadirne il ruolo di direttrice generale della vita giuridica della collettività.

L'interpretazione giuridica, nota epigrammaticamente Saleilles, « s'appuie sur le passé, donne satisfaction au présent et garantit

---

(125) Cfr. J. H. Newman, *La foi et la raison*, cit., p. XXX e s.

l'avenir » (126): prende le mosse da una ricerca da compiersi nel passato, allo scopo di svelare la finalità originaria della legge, ha per funzione attuale l'« adaptation au présent » del testo interpretato, ed è tesa a garantire il mantenimento di una direzione generale della vita collettiva, conformemente alle leggi dell'evoluzione giuridica.

L'interpretazione svolge un ruolo sociale e non esclusivamente individuale e tale finalità può essere adeguatamente soddisfatta solo considerando la legge sotto il duplice profilo dell'insieme del sistema giuridico e della vita sociale collettiva. Nessuna legge, infatti, è una realtà autosufficiente ma si ricollega a un sistema generale e unitario rappresentato dall'ordinamento giuridico e non è altro che un ingranaggio necessario al funzionamento generale del sistema. L'ordinamento giuridico, considerato nel suo insieme, non è altro che un modo di organizzazione della vita sociale che, grazie al diritto, esce da uno stato di disorganizzazione e diviene un organismo completo, destinato allo sviluppo complessivo delle indvidualità che lo compongono.

Come per Newman la definizione di uno sviluppo autentico non è mai un atto individuale e soggettivo, lasciato all'arbitrio individuale del credente, ma necessita della garanzia di una autorità fondata sulla vita religiosa della comunità, così per Saleilles la legge è un elemento di un organismo complesso e l'attività interpretativa che ne rende possibile l'adattamento ha valore nella misura in cui si colloca in tale orizzonte comunitario, ponendosi come procedimento di regolamentazione della vita sociale. Ciò vale, *a fortiori*, per il Codice, del quale è pertanto indispensabile definire un criterio interpretativo tale da garantirne una evoluzione coerente con l'insieme di principi che lo fondano.

Ma quali sono i criteri che regolano lo sviluppo organico di un asserto dogmatico permettendo di stabilire la legittimità della interpretazione attualizzante di un testo autorevole?

Newman designa espressamente corruzione uno sviluppo non autentico e quindi illegittimo. Il termine non è scelto a caso ma qualifica il processo involutivo di una realtà organica. Il concetto di

---

(126) *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, cit., p. 99.

corruzione, infatti, può essere applicato soltanto a delle sostanze organiche, la corruzione è una disgregazione di ciò che è vivente, è una fase che prelude alla sua fine (127).

Il concetto di corruzione, così come è applicabile al corpo mistico della Chiesa e alla sua dottrina, allo stesso modo è applicabile a un ordinamento a diritto codificato in forza della peculiare natura organica che il Codice imprime al sistema giuridico nel suo complesso. Newman distingue la corruzione, così intesa, dagli sviluppi sani di un'idea sulla base dei seguenti criteri: non si dà corruzione se lo sviluppo conserva un unico e stesso tipo, gli stessi principi, la stessa struttura; se le sue fasi iniziali lasciano prevedere le sue fasi susseguenti e se le sue manifestazioni posteriori conservano quelle originarie e sono ad esse subordinate; se dimostra di avere, dall'inizio alla fine, un potere di assimilazione e una intensa vitalità. Tali criteri vengono infine formalizzati e ridotti a sette: la permanenza di un unico tipo; la continuità dei principi; il potere di assimilazione; la coerenza logica; l'anticipazione dello sviluppo futuro; l'azione conservatrice sul passato; il vigore perenne.

La messa a frutto delle suggestioni newmaniane è evidente nella definizione della *méthode d'adaptation historique* quale metodo di interpretazione volto a rendere possibile l'applicazione positiva della legge conformemente al suo scopo e in vista del suo adattamento alle necessità presenti, nel rispetto dell'unità del sistema giuridico:

> l'interprétation pourra se définir la science positive de l'application de la loi, conformément à son but initial, en vue de son adaptation aux nécessités du présent, et sous la garantie d'une orientation générale des relations collectives de l'avenir, mais à la double condition de l'envisager dans ses rapports avec l'unité du système juridique et dans ses rapports avec l'ensemble de la vie sociale du pays (128).

In tal modo, l'operazione ermeneutica, pur assicurando l'efficienza evolutiva del sistema, conserva quei caratteri di certezza e di prevedibilità indispensabili per un corretto sviluppo organico dell'ordinamento. L'interpretazione attualizzante, condotta secondo

---

(127) Cfr. J. H. NEWMAN, *Lo sviluppo della dottrina cristiana*, cit., p. 182 e s.

(128) *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, cit., p. 100. Cfr. N. MATTHEY, *op. cit.*, p. 222.

tali criteri, provoca una radicale trasfigurazione della legge, la quale non si presenta più come il prodotto di un atto di volontà ma come un organismo complesso il cui sviluppo è affidato all'opera comunitaria del ceto dei giuristi.

Proprio la dimensione comunitaria della *interpretatio* rappresenta il secondo importante presupposto della ermeneutica giuridica nella prospettiva teologico-giuridica tipica della crisi modernista della scienza del diritto.

2.4. *La scienza giuridica come comunità di interpreti.*

Il modernismo di Saleilles si basa sulla intuizione della identità tra tradizione e applicazione, in particolare per quanto concerne il fondamento comunitario di tali processi, elemento indispensabile a garanzia della legittima manifestazione di tale libertà ermeneutica. Ciò che rende particolarmente pregnante e denso di implicazioni il parallelo tra ermeneutica giuridica ed ermeneutica teologica, è l'accostamento tra le modalità di evoluzione del magistero dottrinale e le modalità di sviluppo del sistema giuridico, specie per quanto concerne gli attori di tale processo dinamico (129).

Infatti, il corretto funzionamento del principio di evoluzione è assicurato dalla presenza di una comunità di interpreti autorevoli chiamata a predeterminare le coordinate lungo le quali deve svolgersi l'interpretazione evolutiva del testo, individuando criteri grazie ai quali è possibile distinguere le evoluzioni autentiche e consentite dalle evoluzioni arbitrarie o corruzioni: in un caso tale compito sarà affidato alla gerarchia cattolica, nell'altro alla comunità dei *jurisconsultes*, la quale dovrà, attraverso l'elaborazione di adeguate « constructions juridiques », predeterminare le condizioni dell'evoluzione organica di un testo di legge.

Saleilles, in altre parole, attribuisce un ruolo metodologico decisivo alla nozione di *legal community*, e cioè all'idea che la scienza giuridica si identifichi con una comunità di interpreti autorevoli cui

---

(129) Sul rapporto tra autorità e comunità, sul diritto come comunità interpretativa, e sull'esigenza di continuità, che avvicina in parte l'ermeneutica giuridica all'ermeneutica religiosa, cfr. F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 61 e ss.

è demandata l'applicazione e l'evoluzione del diritto (130). Il giurista, nello svolgimento della sua attività, si muove all'interno di un orizzonte di valori, pratiche, metodi, definiti da una specifica tradizione che lo condiziona ma che egli al tempo stesso contribuisce a modellare. L'applicazione e l'evoluzione del diritto sono pertanto processi eminentemente intersoggettivi (131).

Ciò spiega l'avversione per il « phénomène Magnaud » e la reiterata accusa di « subjectivisme » rivolta al presidente del tribunale di Chateau-Thierry: l'interpretazione, infatti, non nasce dal nulla, non è il frutto di una esperienza soltanto individuale, ma si costruisce attraverso un dialogo tra testo e interprete, nel quale quest'ultimo si situa come attore all'interno di un contesto e di una tradizione (132). La comunità degli interpreti, che definisce tale tradizione, ha inoltre una natura dinamica e costruttiva, poiché la sua funzione non si risolve nella perpetuazione di forme di vita precostituite e nella loro applicazione a situazioni storiche differenti ma mira a dar forma alla vita sociale. Nel far ciò, essa elabora un orizzonte di senso fatto di significati normativi intersoggettivi, nel cui ambito si sviluppa la cooperazione, e che non si identifica né con i comandi originari dell'autorità né con le opinioni soggettive dei singoli membri della comunità di interpreti.

Conseguentemente, l'autore di una interpretazione evolutiva non è tanto il singolo giudice quanto l'insieme dei giuristi teorici che prepara e suggerisce tale soluzione. La presenza di un orizzonte autorevole entro il quale si colloca l'operazione ermeneutica adeguatrice, se da un lato impedisce all'interprete di un testo sacro di scivolare nell'eresia, dall'altro non lascia il giudice solo con se stesso e consente una evoluzione ordinata del sistema giuridico, attraverso una pratica ermeneutica comunitaria che, almeno in linea teorica, è lontana dalla

---

(130) È il fondamento comunitario del processo ermeneutico a rendere particolarmente pregnante il confronto tra teologia e diritto e a connotare teologicamente la riflessione metodologica di Saleilles. Si veda, su questo profilo, il saggio di F. VIOLA, *La comunità interpretativa nella religione e nel diritto*, in F. VIOLA, *Identità e comunità. Il senso morale della pratica*, Milano, 1999, pp. 137-156.

(131) Cfr. E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino, 2000, p. 15 e ss.

(132) Cfr. F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 239 e ss.

freie Rechtsfindung e quindi da approdi rigorosamente giusliberisti.

Appare significativo a tal proposito il fatto che proprio la Chiesa cattolica venga considerata l'istituzione maggiormente capace di metabolizzare i fermenti del modernismo, senza per questo veder minacciato il proprio fondamento di autorità. Per Saleilles, che si colloca ancora una volta sulla scia di Newman, la crisi modernista ha un carattere transeunte e provvidenziale, dal momento che l'evoluzionismo è già, di fatto, un principio inscritto nel magistero, che si gioca tutto nel rapporto dialettico tradizione/progresso, nel senso di una conformità innovatrice (133).

La reazione della gerarchia alla crisi modernista deve essere interpretata come il rifiuto di una opzione ermeneutica aperta ad un esasperato individualismo il cui esito ultimo è l'eresia; ma ciò non significa che la religione sia condannata all'immobilità, per effetto della antitesi insormontabile tra immutabilità del dogma ed evoluzione storica, perché la validità del contenuto teologico della rivelazione è assicurata dalla incessante attività di interpretazione e di aggiornamento posta in essere dalla comunità ecclesiastica.

Compito della gerarchia come della comunità dei giuristi è infatti favorire e controllare l'interpretazione evolutiva del testo sacro e della legge/organismo. L'inserimento dell'operazione ermeneutica in questa cornice comunitaria produce un duplice effetto: la stabilizza, preservandola dal rischio dell'arbitrario, e la rende, in larga misura, prevedibile e certa; ribadisce e rafforza l'autorità della Chiesa-istituzione e della comunità dei giuristi, presentandoli come custodi e garanti di un sapere vitale, capace di rinnovarsi senza mettere però in discussione

---

(133) Il singolo interprete, infatti, di fronte al dogma, teologico o giuridico, si trova in possesso di una libertà condizionata, i cui limiti sono definiti dall'orizzonte ermeneutico tracciato dalla comunità degli interpreti, la quale è chiamata a predeterminare le coordinate di una evoluzione legittima. Betti parla, a tal proposito, di « esigenza di direttive e limiti alla competenza interpretativa dei fedeli con riguardo alle ripercussioni della visione escatologica sulla coscienza morale e sulla condotta pratica individuale », e sottolinea come, nell'interpretazione in funzione normativa tipica della teologia « si rinviene…un'antinomia, familiare ai giuristi, fra l'esigenza di stabilità, che vorrebbe definitività e certezza, dall'un lato, e l'esigenza di libertà nell'apprezzamento dell'agere secundum fidem, che non vorrebbe essere inceppata da rigidi schemi o da inflessibili direttive », cfr. E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*, II, cit., p. 873 e 875 e s.

le verità essenziali sulle quali si fonda. La riflessione giuridica, come la riflessione teologica, acquistano valore e si presentano come fenomeni storicamente significativi, nella misura in cui rifuggono dalla solitudine e si radicano in tale orizzonte comunitario.

La riconduzione dell'operazione ermeneutica, e più in generale della vicenda giuridica, all'interno di una dimensione comunitaria, è inoltre funzionale alla strategia di superamento/perfezionamento del modello politico-giuridico ereditato dalla Rivoluzione. Come è stato sottolineato dalla storiografia giuridica contemporanea, il rinnovamento avviato da Saleilles e dagli altri esponenti della cosiddetta *Ecole scientifique* è rivolto alla elaborazione di uno stile interpretativo il cui obiettivo è la rifondazione della scienza giuridica francese attraverso la riaffermazione del primato della dottrina (134).

Collocando il fondamento dell'evoluzione giuridica in un orizzonte comunitario, Saleilles è in grado di rileggere la relazione che si instaura tra diritto e autorità: riconoscere un ruolo determinante alla comunità degli interpreti significa infatti spostare il luogo dell'autorità dall'esterno della comunità dei giuristi al suo interno, attraverso una sorta di superamento del modello illuministico, strutturato dal principio della separazione dei poteri, nel quale l'autorità promana esclusivamente dal potere legislativo, mentre ai giuristi spetta un ruolo di meri applicatori di una volontà precostituita (135). Il ceto dei giuristi, in questa prospettiva, punta a riproporsi come elemento essenziale nell'ambito di quel « circuito inevitabile e irresistibile » tra « burocrazia e forma legislativa del diritto », fra potere statuale e genesi del diritto, tornando ad essere « custodi del diritto », « custodi di una legittimità sostanziale ».

La riconquista del primato da parte della comunità dei *jurisconsultes* è il riflesso di un mutamento nel modo di pensare l'autorità: non più un modello monistico, nel quale una autorità posta al di fuori della comunità giuridica produce il diritto che questa interpreta e applica, ma un modello pluralista, fondato implicitamente su

---

(134) Cfr. In particolare C. JAMIN-P.-Y. VERKINDT, *Droit civil et droit social: l'invention du style néo-classique chez les juristes français au début du XX siècle*, cit., p. 107 e ss.

(135) E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, cit., p. 16 e s.

una poliarchia di fonti e nel quale l'autorità è interna alla pratica giuridica. Insomma, un modello "orizzontale" e diffuso di gestione e di condivisione del potere, in una visione nella quale l'ideale della giurisprudenza romana si combina con le suggestioni provenienti dal radicalismo democratico del *Sillon*.

La messa a fuoco della categoria della *évolution/développement* in relazione al riconoscimento della dimensione comunitaria dell'operazione ermeneutica rappresenta inoltre una esigenza vitale per la scienza giuridica. Saleilles sottolinea infatti il nesso che lega il processo di democratizzazione in atto al mutato ruolo della comunità dei giuristi. Da un lato, il suo *esprit de réforme* lo porta a valorizzare lo strumento legislativo come elemento di integrazione e di progresso, nella prospettiva della *inclusion*, e quindi come efficace antidoto alla tensione crescente innescata dalla questione sociale; dall'altro, egli si rende conto che l'equazione progresso/integrazione/legge accreditata dal processo di democratizzazione rappresenta un pericolo mortale per la scienza giuridica nella misura in cui rischia di ridurla a mera legislazione frammentandola, nella migliore delle ipotesi, in una serie di scienze particolari relative a specifici ambiti legislativi.

L'evoluzione del sistema politico e il passaggio alla democrazia sociale costituisce perciò una sfida decisiva per i giuristi, i quali devono soddisfare la richiesta di diritto che tale fenomeno accentua, senza che il processo di democratizzazione offra la definitiva conferma della *Unwissenschaftlichkeit* della scienza giuridica, conseguenza del più generale processo di appiattimento culturale, che è uno dei rischi connessi al pieno inveramento del regime democratico. Saleilles evidenzia l'effetto destabilizzante che le tensioni evolutive frutto del passaggio alla democrazia sociale esercitano sulla struttura dogmatica della scienza giuridica e le paragona al rischio di dissoluzione che minaccia la teologia per effetto della diffusione della critica storiografica:

> si le catalogue juridique ne peut se renouveler que par à coups législatifs, il n'y a plus de science du droit. Il pourra y avoir une science particulière de chacune des matières au sujet desquelles la loi aura à intervenir, il n'y a plus de science du droit, considéré en lui-même. La démocratie qui nous envahit doit-elle donc abolir peu à peu la science du

droit, comme on peut presentir, ou comme on prétend, que les sciences historiques vont se substituer peu à peu à la théologie déductive (136)?

Il rischio della dissoluzione della scienza giuridica nella legislazione può essere scongiurato solo a condizione che la comunità dei giuristi ritrovi la propria identità e riacquisti consapevolezza della propria funzione, facendosi carico di garantire l'efficienza evolutiva del sistema. La scienza giuridica può farsi interprete del processo di democratizzazione e aspirare a guidarlo solo traducendo in termini dottrinari le istanze di progresso, provvedendo, in quanto comunità di interpreti autorevoli, all'aggiornamento e alla evoluzione organica del sistema normativo e quindi precostituendo le condizioni per l'interpretazione attualizzante che il giudice, rappresentante qualificato di tale comunità e « organe intermédiaire qui prépare les solutions législatives par la réalisation partielle du progrès juridique » è chiamato ad assicurare.

In tal modo, la tematica modernista conferma il suo ruolo di assoluta centralità come nucleo ispiratore di un progetto politico-giuridico che passa in primo luogo per una riforma di carattere metodologico. In un caso e nell'altro, la diagnosi e la terapia sono simili, mentre identico è l'*enjeu*: interpretare correttamente l'esigenza di *évolution* e individuare gli attori di tale processo evolutivo.

3. *La* méthode historique *e il Codice: il rifiuto delle tesi del* Beruf *e l'affermazione del valore progressivo della forma-Codice.*

L'incontro tra la *méthode historique* e il Codice provoca un effetto di demitizzazione del monumento legislativo napoleonico (137). Dopo aver fatto ingresso nel territorio austero della teologia dogmatica, l'evoluzionismo investe la scienza giuridica producendo un duplice effetto: stimola la ricerca di un diritto naturale a contenuto flessibile il quale, pur soddisfacendo il bisogno di idealità che il positivismo della Scuola storica non era riuscito a cancellare, supera l'immobilismo e la rigidità geometrica del vecchio

(136) *Le droit romain et la démocratie*, cit., p. 722.

(137) P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 247.

Vernunftrecht; precostituisce uno strumento di interpretazione capace di relativizzare il contenuto del *Code Napoléon*.

Il primo effetto di tale incontro è la messa in evidenza della storicità della codificazione e del suo contenuto ideologico. Il Codice dei Francesi è in realtà il codice della borghesia uscita vittoriosa dalla Rivoluzione (138). La progressiva formalizzazione delle categorie giuridiche, il controllo del diritto da parte del potere politico, la connessa trasformazione dei giuristi in tecnocrati (139), sono premesse indispensabili per il consolidamento della *bourgeoisie*, che individua nel codice lo strumento ideale per una definitiva *régénération* (140) della nazione.

L'Ottocento, in Europa, è stato il secolo del codice nella misura in cui le diverse nazioni, sia pure in tempi diversi, hanno riconosciuto la « fonction attribuée à la loi codifiée comme mode de progrès juridique, ou tout au moins d'évolution juridique » (141), e hanno saputo cogliere il significato politico della codificazione.

Saleilles, come abbiamo visto, constata con Bülow il *Sieg der Gesetzgebung.* Ma, a distanza di un secolo, il mondo di Portalis gli appare una sorta di *Welt von Gestern*. Dire che il Codice è un prodotto storico significa infatti immergerlo nel tempo e nella contingenza, svelarne la senescenza:

> lorsque un siècle a passé sur un Code, et que, dans le milieu social, politique et économique, tout s'est modifié, état des fortune et des moeurs, conceptions sociales et jusqu'aux conceptions morales, que l'industrie s'est renouvelée d'une façon intégrale et qu'elle a fait se renouveler la face du

---

(138) Sul Codice si concentrano infatti le aspirazioni della classe politica divenuta egemone, di Napoleone, per il quale esso rappresentava « una delle masse di granito della sua autocrazia », e dei giuristi, agli occhi dei quali la codificazione « costituiva l'oggetto di un inestimabile *monopolio di ceto* », cfr. S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon — Il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano, 1998, cit., p. 117 e s. Il Codice, per tale ragione, non è specchio fedele della società nel suo farsi, ma forza strutturante della società civile in senso forte: cfr. P. CAPPELLINI, *« Napoleone contro Montaigne ». Il modello napoleonico e lo sguardo dell'altra Europa*, in *Atti dei convegni lincei — Il bicentenario del codice napoleonico*, Roma, 2006, cit., p. 45.

(139) Il riferimento è ovviamente a A.-J. ARNAUD, *Da giureconsulti a tecnocrati*, cit.

(140) La *régénération* giuridica è una *species* della *régénération* globale che ispira l'intera Rivoluzione. Cfr. M. OZOUF, *L'homme régénéré*, cit., p. 120 e ss.

(141) *Méthode historique et codification*, cit., p. 4.

monde, qui donc oserait prétendre que la façon dont se présente le moindre des problèmes juridiques, pour chacune des espèces qui le fasse surgir, concorde encore, de près ou de loin, avec les prévisions du législateur? (142).

A un secolo di distanza dalla sua entrata in vigore, il Codice non è più al passo con l'evoluzione economica e sociale del paese (143). Dopo aver contribuito a consolidare un determinato assetto sociale, esso tende a preservarlo, anche nel caso in cui questo appaia ormai anacronistico, esercitando così un pericoloso effetto di immobilizzazione (144).

In effetti, l'ideale sociale che sembra orientare il cammino della civilizzazione e lo sviluppo del diritto è lontano dal quadretto bucolico immortalato dai codificatori, al punto che, sul finire dell'Ottocento, il Codice rischia di apparire un corpo estraneo che galleggia su una realtà in ebollizione. Idee nuove, figure economiche inedite hanno fatto la loro comparsa e hanno rivoluzionato il rapporto tra capitale e lavoro, favorendo l'emersione di diritti di carattere sociale, sconosciuti all'individualismo giuridico di inizio secolo. Gli equilibri dell'ordine giuridico liberale sono stati alterati: da un lato si assiste a un « surcroît d'autonomie propre », dall'altro la sicurezza delle relazioni e le esigenze del credito hanno svelato l'insufficienza del libero gioco delle volontà, la perdita di supremazia del contratto e l'apertura nei confronti di « créations juridiques, nées

---

(142) *Ibidem*, p. 321 e s.

(143) Due anni prima della morte tornerà sul tema con argomenti analoghi: « nos codes sont si vieux! Ils ont plus d'un siècle d'existence; et quel siècle! Celui qui a vu s'opérer la plus grosse transformation économique et industrielle qu'ait connue l'histoire. Tout s'est modifié, dans l'assiette des fortunes, dans les conceptions sociales. Nous avions un code civil fait pour une société essentiellement individualiste; et nous allons de plus en plus vers une organisation des droits collectifs. Puis, au début, quand un code est tout neuf, on l'interprète forcément…d'une façon étroite et littérale. Il a tout prévu. Il ne peut surgir, à si brève échéance, aucune situation nouvelle. Mais, à un siècle de distance, tout est nouveau au contraire. Nos tribunaux ont vu se poser des questions d'assurances, de risques du travail, de transformation de la fortune mobilière, que nos textes ignoraient totalement. Ces questions, il a fallu les résoudre, et pour cela trancher dans le vif. Et comment le faire sans tomber dans l'arbitraire? », *Les méthodes juridiques. Leçons faites au Collège libre des Sciences sociales en 1910*, Paris, 1911, cit., p. XVII.

(144) *Ibidem*, p. 14.

d'une éclosion coutumière et spontanée, inspirée par un sentiment de justice et d'équité, par je ne sais quelle intelligence d'une solidarité plus étroite et plus complète » (145).

Eppure, a dispetto dei suoi acciacchi, il Codice ha retto all'urto della storia. Storicizzare il Codice non significa infatti sancirne il superamento. Il Codice ha bisogno di essere modificato, è necessario un aggiornamento, ma non è certo giunta l'ora di metterlo definitivamente in soffitta, la forma-Codice non deve essere abbandonata. Saleilles non si sogna neanche per un istante di criticare la bontà dell'opzione codicistica, a favore di un ritorno all'antico.

L'acquisizione di questa consapevolezza passa attraverso la critica dello storicismo giuridico tedesco: la riflessione sui postulati della *geschichtliche Rechtsschule* si rivela ancora una volta decisiva. In effetti, il successo della opzione codicistica ha lasciato sul terreno, nel corso dell'Ottocento, un « vaincu de marque » (146), la Scuola storica di Savigny. Se i postulati dello storicismo tedesco fossero stati esatti si sarebbe dovuto assistere, nel contesto francese ed europeo del XIX secolo, a seguito del diffondersi dei codici, a un regresso scientifico e a una immobilizzazione dello sviluppo sociale. Ma ciò non è avvenuto.

Saleilles distingue nettamente, come sappiamo, la Scuola storica dalla *méthode historique* e, sulla base di tale distinzione, precisa i termini del problema (147): occorre verificare se il Codice e il diritto nato dalla sua applicazione si sia rivelato refrattario alla *méthode historique* e quindi se, concordemente alle idee di Savigny, il successo della codificazione sia indice di una situazione di patologica involuzione del sistema giuridico. Ribaltando l'impostazione savignyana, avanza una tesi che avrebbe fatto inorridire il maestro berlinese: il Codice è un fattore di progresso e di evoluzione mentre tra *méthode historique* e diritto codificato si stabiliscono rapporti peculiari e si innesta un circolo virtuoso che giova allo sviluppo della scienza giuridica.

Nella definizione dei raporti tra Codice e *méthode historique*

---

(145) *Préface*, cit., p. XIV.

(146) *Méthode historique et codification*, cit., p. 14.

(147) Cfr. N. MATTHEY, *Le Code civil et le développement du droit vus par R. Saleilles*, cit., p. 214.

gioca un ruolo non secondario la sfiducia di Saleilles verso la *Gewohnheit*, tanto cara a Savigny. La necessità di individuare un criterio-guida e uno strumento di intervento in grado di indirizzare lo sviluppo del diritto, colto nella sua storicità, fa convergere l'attenzione sul Codice, e lo fa apparire nella veste inedita di elemento propulsivo e di alleato di una scienza giuridica gelosa della propria libertà.

« Les codes sont le produit de l'histoire mais en même temps ils la créent en lui imprimant une orientation nouvelle » (148): il Codice non ostacola la genesi storica del diritto, ma la orienta e la razionalizza; offre una base sicura agli interpreti, un testo generatore di idee capace di favorire lo sviluppo progressivo del sistema assai meglio di un insieme variegato e inerte di consuetudini. Al posto di un insieme di fonti spontanee e isolate a cui è demandato il progresso giuridico entro un ordinamento a diritto consuetudinario, l'organismo giuridico, in presenza della codificazione, attira a sé tutti gli elementi della vitalità giuridica di un paese e ne favorisce una evoluzione più coerente e meno disarmonica (149).

Tale concezione, puntando sulla codificazione in quanto strumento che favorisce lo sviluppo storico del diritto attraverso una razionalizzazione dell'attività degli interpreti presuppone però una nozione di Codice profondamente diversa da quella cara a Napoleone.

L'incontro con la *méthode historique* modifica la percezione del Codice, analogamente a quanto avviene nell'ambito dell'ermeneutica biblica. La Bibbia, di fronte all'indagine storica, va incontro a una profonda revisione: si svela il carattere storico, meramente contingente, di molte sue parti, al punto che di essa, come abbiamo visto, dopo la prova dell'analisi storica, « deux ou trois faits dogmatiques surnagent du milieu de ces incertitudes et subsistent sous leur

---

(148) *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 128.

(149) « Si d'après l'école historique elle-même, le droit naît de l'histoire, encore faut-il lui fournir les organes nécessaires pour se dégager de l'état diffus qui est celui de la coutume, et pour se cristalliser en forme positive. Cet organe ne peut être que la jurisprudence. Et alors il s'agit de savoir si la jurisprudence sera mieux à même de remplir sa fonction en face d'une coutume inerte qui ne lui laisse qu'un rôle de constatation muette, au lieu d'un texte générateur d'idées et de doctrines vivantes, prêtes à évoluer dans le sens d'un développement progressif », *ibidem*, cit., p. 100.

forme purement abstraite ». Qualcosa di analogo avviene nell'ambito del Codice: in quanto parte di un organismo giuridico in divenire, esso è soggetto ad una incessante evoluzione, dalla quale emerge il carattere storicamente contingente di molte sue parti, che non sono altro che recezioni di usi, di concezioni, di pratiche in vigore al momento della sua redazione, destinate a modificarsi con il trascorrere del tempo. Così come la critica storiografica, applicata alla Bibbia, svela la storicità o il carattere meramente etnografico di certe sue parti, senza però intaccarne l'impianto dogmatico fondamentale, la *méthode historique*, applicata al Codice, ne modifica il nucleo esterno, le disposizioni caduche e naturalmente transeunti, ma non ne compromette il disegno formale originario:

> un code, en ouvrant des voies nouvelles, en suscitant des idées, en déblayant le terrain, en écartant les conceptions parasites, en consacrant quelques grands principes, en suscitant quelques courants bien nettement dessinés, peut donner un essor fécond au progrès. Mais il faut pour cela que l'interprétation s'en tienne à l'esprit, au lieu de s'arrêter à la lettre. Les solutions qu'il pose ne sont pas un point d'arrivée au-delà duquel il n'y ait plus qu'hétérodoxie; ce sont des bases destinées à une évolution nouvelle dont la direction appartienne à la doctrine et la consécration pratique à la jurisprudence. Il y a donc avant tout dans toute œuvre de codification une sorte de départ à établir, comme en théologie par exemple et ce rapprochement ne manque pas d'être fécond en conséquences, entre ce qui est d'autorité publique, en théologie on dirait d'autorité dogmatique, où la volonté de la loi reste intangible, et ce qui est du domaine de la liberté, et par conséquent simple constatation d'usage, et en matière de droit privé c'est la partie de beaucoup la plus considérable. Sur ce terrain, la solution légale n'indique qu'une préférence au cas de doute, afin d'écarter l'incertitude et l'arbitraire, elle ne constitue pas un dogme qui s'impose (150).

La codificazione diventa perciò un punto di partenza e non punto di arrivo; non imprigiona il diritto in un reticolo di norme immutabili, ma si presenta come fattore progressivo (151), come un'occasione per uno sviluppo più organico e razionale del sistema

---

(150) *Etudes sur l'histoire des sociétés en commandite*, cit., p. 47 e s.

(151) « Un Code n'est pas un monument immobilisé, qui arrête la marche du droit; c'est, au contraire, un mécanisme destiné à susciter partout la vie et à faire fructifier tous les éléments de vie qui se font jour. C'est un instrument d'évolution et non d'immobilisation », cfr. *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, cit., p. 101.

giuridico di un paese. Ciò è possibile a patto che si modifichi la forma-Codice, a condizione che il Codice sia inteso come « régulateur du pouvoir judiciaire », insieme di principi, di linee-guida, che rinviano a consuetudini, opinioni dottrinali, soluzioni giurisprudenziali (152). Il Codice si allea alla *méthode historique* e si trasforma in uno strumento di progresso nella misura in cui si compone di formule vaghe e imprecise e dà vita ad una legislazione « souple et flexible », nella misura in cui si presenta come un'opera di « transaction et de compromis », allo contempo « savante » e « pratique », « progressive » e « modérée » (153), e si rivela capace di piegarsi alle « complexités de la vie sociale d'un peuple qui n'entend pas s'immobiliser dans une formule hiératique, qui acceptera bien de la prendre pour guide, et non d'en faire un lien qui l'enchaîne » (154):

> le remède ne serait-il pas dans un assouplissement de nos méthodes de codification, dans un élargissement du texte, qui consistât à ne codifier que les points fondamentaux et essentiels, pour laisser la réglementation des détails se faire peu à peu par la voie judiciaire (155)?

Saleilles ricorda i dubbi e il realismo dei redattori del Codice, in particolare di Portalis, e richiama l'articolo XI del titolo peliminare, poi soppresso, nel quale si valorizzava il ruolo del giudice in quanto ministro di equità in caso di silenzio della legge: « dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive ».

Il fatto che tale disposizione sia rimasta fuori dal Codice non ha nulla di strano: compito della legge, infatti, dev'essere quello di individuare « solutions » e non quello di elaborare « conceptions ». Non di meno, egli approva l'idea di Codice che essa presuppone, come risulta evidente dal suo giudizio sullo ZGB, considerato un

---

(152) P. Grossi, *op. cit.*, p. 248.

(153) Sono i caratteri che rendono esemplare lo ZGB: cfr. lettera a Huber del 4 settembre 1901, in A. Aragoneses, *Recht im* fin de siècle, p. 104 e s.

(154) *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 103.

(155) *Lettre à M. Paul Desjardins*, cit., p. 17.

« monument d'une science infinie et d'une souplesse d'adaptation pratique vraiment prodigieuse » (156).

Nella corrispondenza con Eugen Huber, Saleilles ci fornisce un'idea esatta del suo ideale di codice. La concezione cui approda è il frutto di una serie di riflessioni favorite da una esperienza personale che gli consente di formarsi, *naturaliter*, una visione unitaria della scienza giuridica. La messa a fuoco dell'essenza della codificazione e del ruolo del codice in ambito privatistico è facilitata dallo studio del diritto penale e dall'approfondimento del diverso significato che la codificazione riveste in tale ambito.

Il Codice ripropone, in versione giuridica, la dialettica centro-periferia, generale-particolare, e la sua capacità di porsi come elemento di progresso dipende, in larga misura, dalla sua capacità di comporre tale dialettica. Saleilles si rende conto della necessità di introdurre nel contesto francese una istanza di decentralizzazione. Tuttavia, la decentralizzazione, per essere efficace, presuppone un forte elemento di unità, che deriva da un legame politico consolidato. In ambito penale, l'unificazione del diritto rappresenta la conseguenza necessaria dell'unità politica di uno Stato. La pena, infatti, è una misura di ordine politico, presuppone che in ogni parte del territorio nazionale vi sia una identica concezione della società e della difesa sociale. Il particolarismo, in ambito penale, rimanda a una dimensione pre-statuale, ad una concezione privatistica della pena, intesa come prezzo di un rischio, di cui ciascuno deve rispondere a titolo personale entro i limiti delle consuetudini locali. Il concetto di pena tipico della legge salica è incompatibile con una unità nazionale e politica, che reclama invece una forte centralizzazione degli apparati di repressione e una rigorosa uniformità della norma penale.

La dialettica centro-periferia assume, al contrario, un carattere più articolato in ambito privatistico. La legge, e in particolare il Codice, è un alleato del progresso giuridico perché, precostituendo una *zentrale Macht*, un elemento di ordine e di razionalizzazione, rende più agevole l'attività interpretativa dei tribunali, da cui dipende l'efficienza del sistema. La centralizzazione, entro determinate proporzioni, è quindi un fatto positivo e una garanzia di progresso.

---

(156) *Méthode historique et codification*, cit., p. 5.

Ma vi è una differenza fondamentale tra un codice penale e un codice civile: quest'ultimo, infatti, al di là dei significati costituzionali di cui è stato caricato soprattutto nel contesto francese, ha una funzione sociale prima ancora che politica. Il suo obiettivo è il consolidamento della « unité sociale » di un paese. Per tale ragione, l'unità, intesa come frutto della centralizzazione, deve essere in questo caso una sintesi delle diversità, deve garantire l'equilibrio tra le esigenze di unità tipiche del centro e le aspirazioni legittime alla diversità che emergono dalla periferia. La funzione di un codice civile, perciò, deve essere quella di stabilire i principi fondamentali del sistema, necessari per garantire l'unità sociale, lasciando ampio spazio, per ciò che attiene alla disciplina dei rapporti particolari, alle consuetudini locali.

Il Codice francese, pur mettendo fuori gioco le *coutumes*, è riuscito attraverso la sua vaghezza a garantire l'evoluzione del sistema, lasciando un ampio margine di azione alla iniziativa dissimulata dei giudici (157). Esso non è inoltre un'opera astratta ma è espressione della vicenda storica francese: secondo Adhémar Esmein, che riprende spunti analitici degli storicisti di metà Ottocento, il punto di forza del Codice è precisamente quello di essere una « codification longtemps préparée et bien faite » la quale contiene « un droit historique et national, non imaginé mais vécu, l'âme des générations, non le rêve des individus » (158).

Gli autori del BGB, invece, si sono fatti prendere la mano, hanno ceduto alle sirene del concettualismo, realizzando un codice dall'ordito troppo fitto, che difficilmente potrà consentire una corretta articolazione del rapporto centro-periferia, essenziale per un equilibrato sviluppo del sistema di diritto privato (159).

---

(157) Ciò grazie al già ricordato « esprit Portalis », cioè, in sostanza, alla convinzione che il Codice fosse un prodotto della storia e non potesse mai aspirare alla completezza. Cfr. J.-B. D'Onorio, *L'esprit du Code civil selon Portalis. D'un siècle à l'autre*, in *Droits*, n. 42, 2005, p. 75 e ss.

(158) Cfr. A. Esmein, *L'originalité du Code civil*, in *Livre du Centenaire*, cit., p. 16. Il Codice non è, del resto, piovuto dal cielo, ma è il frutto di una vicenda giuridica plurisecolare e della rielaborazione della tradizione giuridica romana, cfr. M. Humbert, *Portalis et Justinien, ou les épaules d'Enée*, in *1804-2004 Le Code civil*, cit., p. 39 e ss., secondo il quale, « le modèle dont s'est inspiré le Code civil est la conjonction d'une double tradition: les *Institutes* de Justinien, d'une part…et le *Digeste* d'autre part », cit., p. 43.

(159) « Il faut…qu'un Code pour la minutie de ses détails étouffe l'essor du Progrès

Il codice ideale, al contrario, dev'essere « très peu codifié », dev'essere un codice « qui laisse une place considérable au développement des usages particuliers » (160). Il suo scopo primario dev'essere quello di « faire le partage entre ce qui doit être, en matière civile, de réglementation légale » (161).

Il codice ideale è pertanto quel codice che, consapevole dei suoi limiti, non soffoca la dinamica giuridica sovrapponendovi un reticolato opprimente di norme, ma, poste le coordinate essenziali del sistema, dà libero corso alle « floraisons particulières résultant des tendances locales » (162), garantendo l'evoluzione naturale e organica delle leggi sociali.

Questo ideale giuridico si realizza nel monumento di Eugen Huber, l'ultimo e il più originale dei codici promulgati nel continente europeo. Lo ZGB appare a Saleilles il prodotto di una legislazione popolare, « œuvre à la fois si savante et si pratique, si progressive et si modérée, œuvre de transaction et de compromis, comme doit être toute législation écrite » (163), nel quale il diritto si armonizza con la realtà, senza pretendere di imprigionarla in un labirinto di concetti.

Il codice svizzero incarna il modello perfetto di codificazione in quanto, nella sua veste di codice « très peu codifié », definisce un insieme di principi che costituiscono la base della attività interpretativa dei giudici e fa della giurisprudenza una istanza di individualizzazione e di concretizzazione della regola giuridica (164). Esso si

---

juridique. Je crains que ce ne soit là le défaut du Code civil allemand, oeuvre de jurisconsultes de premier ordre qui, emportés par leur logique et leur esprit d'analyse, ont songé surtout à faire une grande et imposante construction doctrinale. L'ossature en est trop serrée et laissera peu de place aux floraisons particulières résultant des tendances locales là où la loi doit faire place à la coutume et par suite à ce qu'on appelle la liberté et qui n'est que l'évolution naturelle des lois sociales et organiques en matières juridique », lettera del 14 dicembre 1896, in A. ARAGONESES, *op. cit.*, p. 76 e s.

(160) *Ibidem.* Si tratta di indicazioni che conservano oggi una indubbia attualità in presenza di fenomeni quali l'emergenza di un diritto sempre più a carattere sovranazionale, nel quale un ruolo preponderante è svolto dai tribunali. Cfr. B. OPPETIT, *L'avenir de la codification*, in *Droits*, n. 24, 1997, p. 73 e ss.

(161) *Ibidem*.

(162) *Ibidem*.

(163) Lettera del 4 settembre 1901, in A. ARAGONESES, *op. cit.*, p. 105.

(164) *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 103. Cfr. A. ARAGONESES, *Un*

presenta inoltre come una legislazione popolare, rispettosa della consuetudini locali e sensibile al principio di solidarietà:

> c'est surtout le Code civil suisse qui nous ouvre des perspectives nouvelles. Législation populaire, issue du peuple et faite pour le peuple, elle a recueilli des usages et de vieilles coutumes dans lesquels palpite comme un souffle de désintéressement, et parfois même transparaît comme une lueur de poésie. Il y est question de fondations et d'indivisions de famille, on y respecte toutes les collectivités par lesquelles se manifeste le besoin essentiel de cohésion et de solidarité humaine, on y met en valeur les droits de l'épouse et de la mère. Le droit s'y est associé à la vie, au lieu de s'en abstraire et d'y superposer. N'est-ce pas son rôle de donner une frappe juridique à tout ce qui, dans les usages populaires, prend une valeur sociale et un caractère de permanence, d'ordre et de stabilité? Est-ce que, par hasard, le désintéressement, le respect des traditions, la poésie elle-même à certains égards, se seraient plus des formes de la vie, même de la vie juridique? A plus forte raison, ce droit nouveau…est-il moins rigide dans l'interprétation des contrats et laisse-t-il, sur bien des points, de plus larges pouvoirs d'interprétation au juge. C'est à lui désormais, qu'il appartiendra, à côté du droit strict, de faire toujours plus grande la part de l'équité et, sans ébranler les principes fondamentaux qui sont une barrière contre l'arbitraire, d'individualiser de plus en plus et de concrétiser le droit au contact de la réalité (165).

Emblematico è, in tal senso, il giudizio espresso sull'art. I dello ZGB, il quale prevede, com'è noto, che « nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore ».

Huber si convinse della necessità di introdurre nel codice una simile disposizione, che rompeva l'assolutismo giuridico d'impronta rivoluzionaria a favore di un ruolo creativo della giurisprudenza, dopo un approfondito esame della tradizione giuridica elvetica, di

---

jurista del modernismo, cit., p. 121 e ss. Sulla figura di Eugen Huber, sul processo di unificazione del diritto svizzero e sullo ZGB, si vedano i lavori di P. CARONI, *L'unification du droit privé suisse au 19. siècle: méthodes et problemes*, Fribourg, 1986; *Eugen Huber. Il mito svelato*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 110, 1991, pp. 381-419; *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, Basel-Frankfurt am Main, 1996.

(165) *Allocution à la séance de clôture de la Conférence Bufnoir*, in *Bulletin de la Conférence Bufnoir*, Paris, 1910-1911, pp. 31-47, cit., p. 42 e s. Di una « perte de poésie » come effetto negativo della codificazione parla G. BRAIBANT, *Utilité et difficultés de la codification*, cit., p. 66.

cui le *Betrachtungen über die Vereinheitlichung des schweizerischen Erbrechts* costituiscono una tappa significativa (166).

La teoria della *libre recherche* di Gény, che Huber conosce grazie all'attività "promozionale" (167) di Saleilles gioca un ruolo importante, se non decisivo, per la formulazione di tale articolo, come riconosce lo stesso giurista elvetico. Si può quindi affermare che esso è il prodotto dell'attività congiunta dei migliori giuristi dell'epoca, il prodotto di una riflessione comunitaria, nella quale il giurista borgognone esercita un ruolo non secondario. Non sorprende dunque il fatto che, scrivendo a Huber, Saleilles manifesti tutta la sua ammirazione di fronte a una norma che costituisce la realizzazione delle sue più vive aspirazioni:

> je suis dans l'admiration de votre avant-Projet de Code civil que je viens de recevoir, et dont l'art. I, pour ne parler que de lui, répond tellement à mes idées que je voudrais le voir traduit et affiché dans tous nos tribunaux (168).

Si comprende quindi come l'appello a rompere il « moule sacrosaint du code » non vada inteso come un invito ad abbandonare la forma-Codice, a favore di un ritorno al passato, a una sorta di sistema di diritto comune, o a un ordinamento giuridico di stampo anglosassone, retto da un insieme di leggi fondamentali tenute insieme da un tessuto organico di tradizioni e di usi giurisprudenziali; ma semmai come un invito a preferire un codice

---

(166) L'opera viene pubblicata a Basilea nel 1895.

(167) Nel 1898 Saleilles e Huber si incontrano alla Pierre-à-Voir, in Svizzera. L'anno successivo Saleilles gli scrive comunicandogli la pubblicazione del libro di Gény e lo prega di farlo conoscere ai giuristi svizzeri: « je vous avais parlé lors de notre rencontre à la Pierre-à-Voir d'un livre que préparait un de mes amis, Professeur à la Faculté de Dijon, M. Gény, sur les méthodes d'interprétation juridique, et qui devait avoir une importance de premier ordre. Il vient de paraître, et je crois qu'il est de nature à donner le coup de fouet dont nous avions besoin, au moins en France, pour sortir de nos routines et élargir nos méthodes. Je serais très désireux qu'il fût connu et étudié à l'étranger; je crois qu'il y aurait tout profit à susciter sur tous ces points une série d'études parallèles de provenance diverse. Je me permets donc de vous le faire envoyer. Peut-être pourriez-vous même en parler dans votre Revue suisse, ou trouver quelqu'un qui en parlât », cfr. A. ARAGONESES, *op. cit.*, p. 89 e s.

(168) Lettera del 7 dicembre 1900, in A. ARAGONESES, *op. cit.*, p. 103.

essenziale, tale da affidare lo sviluppo del sistema giuridico alla interpretazione evolutiva realizzata all'interno della comunità dei giuristi.

Capitolo II
LA COMPARAZIONE

1. La comparazione come pilastro della *méthode historique*. — 2. La genesi del diritto comparato e la costruzione di una « science nationale du droit comparé ». — 2.1. Il diritto comparato all'*Exposition Universelle*. — 2.2. Diritto comparato e interpretazione. — 2.3. La comparazione come fonte di un nuovo diritto naturale: il « droit commun de l'humanité civilisée ». — 3. La comparazione come "protesi" per la Repubblica: la seconda « crise allemande » della scienza giuridica francese.

1. *La comparazione come pilastro della* méthode historique.

L'esperienza culturale più stimolante vissuta da Raymond Saleilles fu probabilmente il contributo alla nascita del diritto comparato come disciplina scientifica autonoma (1).

---

(1) Si veda, su questo, il fondamentale contributo di H. Capitant, *Conception, méthode et fonction du droit comparé d'après R. Saleilles*, in *L'oeuvre juridique*, cit., p. 67 e ss. *Le droit commercial comparé. Contribution à l'étude des méthodes juridiques.* La produzione comparatistica di Saleilles è assai vasta. Tra gli scritti che trattano della comparazione da un punto di vista metodologico si veda in particolare: *Le droit commercial comparé. Contribution à l'étude des méthodes juridiques.* A propos d'un livre de M. A. Sraffa (*La liquidazione delle società commerciali*), in *Annales de droit commercial*, V, 1891, p. 217-227; *Congrès international de droit comparé — Rapport présenté à la commission d'organisation sur l'utilité, le but et le programme du Congrès*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XXIX, 1899-1900, pp. 228-236, nonché in *Procès-verbaux des séances et documents du Congrès international de droit comparé de 1900*, I, Paris, 1900; *Conception et objet de la science du droit comparé* (Rapport présenté au *Congrès international de droit comparé* de 1900 sur la première question du programme), in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XXIX, 1899-1900, pp 383-405, nonché in *Procès-verbaux des séances et documents du Congrès international de droit comparé de 1900*, I, Paris, 1905, pp. 167-189; *Rapport d'ensemble résumant les rapports divers présentés au* Congrès international de droit comparé de 1900, in *Procès verbaux des séances et documents*, I, Paris, 1905, pp. 141-153; *Partecipation aux discussions et*

Sul finire dell'Ottocento, grazie all'impegno di un gruppo eterogeneo di giuristi, il diritto comparato abbandona il ruolo di un puro *divertissement* e assume gradualmente una identità scientifica precisa, con un oggetto, un metodo e una funzione definiti (2). Nel corso del secolo, in realtà, il comparatismo aveva già fatto la sua comparsa: la *Themis*, le riviste di Foelix e di Wolowski, la *Revue historique de droit français et étranger*, dedicavano ampio spazio allo studio della legislazione straniera; nel 1831, al Collège de France, era stata attivata una cattedra di « Histoire générale et philosophique des législations comparées », mentre, nell'ambito del diritto commerciale, venivano pubblicate le prime opere di taglio comparatistico, come la *Collection des lois civiles et criminelles des Etats modernes* di Foucher e la *Concordance entre les codes de commerce étrangers et le code français* di A. de Saint-Joseph (3). Ma si tratta di uno studio di carattere frammentario e marcatamente utilitaristico,

---

échanges de vues du Congrès international de droit comparé de 1900, in *Procès verbaux des séances et documents*, I, Paris, 1905, pp. 25-26, pp. 60-61, p. 86, p. 94, p. 109, p. 110, p. 112, p. 117, p. 137; *Rapport général sur les travaux du* Congrès international de droit comparé de 1900, in *Procès verbaux des séances et documents*, I, Paris, 1905, pp. 141-153; *Toast au banquet du* Congrès international de droit comparé de 1900 (2 août 1900), in *Procès verbaux des séances et documents*, I, Paris, 1905, pp. 162-164; *La fonction juridique du droit comparé*, in *Juristische Festgabe des Auslandes zu Josef Kohlers 60 Geburtstag*, Stuttgart, 1909, pp. 164-175; *Droit civil et droit comparé* (Deux leçons d'introduction faites à la Faculté de droit de Paris à l'ouverture du cours de droit comparé pour l'année scolaire 1910-1911), in *Revue internationale de l'enseignement*, LXI, 1911, pp. 5-32.

A ciò si deve poi aggiungere il saggio su *Le Homestead aux Etats-Unis. Constitution d'un patrimoine de famille insaisissable* (Conférence publique faite sous le patronage de la *Société des amis de l'Université de Dijon*, le 5 décembre 1894), in *Bulletin de la Société des amis de l'Université de Dijon*, III, 1895, p. 23-42; *La législation italienne relative à la conservation des monuments et objets d'art. Etude de droit comparé*, in *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, V, 1895, p. 1-94, avec appendice: Arrêt de la *Cour d'appel d'Ancône du 12 octobre 1894*, pp. 95-98.

(2) Momenti significativi di questa fioritura sono, nel 1869, la nascita della *Société française de législation comparée*, seguita, nel 1881, dalla pubblicazione della *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* e dalla fondazione, nel 1895, della *Society for Comparative legislation*, a Londra, e della *Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, a Berlino. Occorre ricordare, poi, l'insegnamento di *Droit criminel et législation pénale comparée* inaugurato da Ortolan nel 1846.

(3) Cfr. J. Hilaire, *Le comparatisme en matière commerciale au XIX siècle*, in *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n. 12, 1991, pp. 126-142, cit., p. 129 e ss.

di una « étude de législateur bien plus encore que de jurisconsultes » (4), privo della coerenza e della sistematicità che derivano da una visione d'insieme del fenomeno-comparazione e quindi della definizione di solide fondamenta epistemologiche.

La stessa *Société de législation comparée* nasce (1869) con un obiettivo tutto sommato modesto, circoscrivendo la propria attività all'« étude des législations étrangères et la recherche des moyens susceptibles d'améliorer la législation » (5). Si tratta però dell'avvio di una lunga e laboriosa gestazione, che darà i suoi frutti alla fine del secolo, dopo la crisi degli anni Settanta e l'apertura più o meno forzata alla *Rechtswissenschaft* tedesca: il diritto comparato, in quanto disciplina autonoma, è infatti una invenzione della scienza giuridica della seconda metà dell'Ottocento e Saleilles ne è uno dei padri nobili (6).

Il giurista di Beaune è convinto che il diritto sia animato da una tendenza crescente alla universalizzazione. Tale visione universalistica, alimentata da molteplici ingredienti culturali (basti ricordare la concezione religiosa progressista, di cui è espressione l'utopia del *Sillon*, lontana dal cattolicesimo nazionalista dell'*Action française*, o il permanere di una *forma mentis* sostanzialmente neo-kantiana nella quale si stemperano gli eccessi deterministici del positivismo filosofico e dell'evoluzionismo) lo rende naturalmenre incline ad aprirsi alle suggestioni della comparazione.

Ma, pur nella molteplicità degli apporti culturali che plasmano il suo orizzonte intellettuale, il discorso di Saleilles, a livello strettamente giuridico, si colloca nel solco della riflessione inaugurata da Jhering, la cui critica allo storicismo giuridico savignyano contiene in nuce la possibilità di un'apertura alla dimensione comparatistica (7).

---

(4) *Ibidem*, p. 139.

(5) Cfr. M. Gutzwiller, *Ein Jahrhundert Société de législation comparée*, in *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 111, 1969, pp. 473-488.

(6) Si veda su questo C. Jamin, *Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité — A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris*, in *Revue internationale de droit comparé*, n. 4, octobre-décembre 2000, pp. 733-751.

(7) Cfr. K. Zweigert, *Jherings Bedeutung für die Entwicklung der rechtsvergleichenden Methode*, in F. Wieacker-C. Vollschläger, *Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstag von Rudolph von Jhering*, Göttingen, 1970, pp. 240-251.

Oltre che alla assimilazione della lezione jheringhiana (8), l'interesse del giurista di Beaune per la comparazione come fondamentale strumento di ricerca giuridica deve molto all'influsso considerevole esercitato su di lui dal magistero di Claude Bufnoir.

Questi ha il merito di aver saputo evidenziare le affinità, di metodo e di risultati, tra la ricerca storiografica e la comparazione. Si tratta, anzi, di una delle idee-forza del suo magistero, al punto che, in uno dei suoi ultimi interventi di fronte alla *Société de législation comparée*, Bufnoir non esita a dichiarare che « ce que l'histoire fait pour les institutions d'un pays dans le passé, la science de la législation comparée le fait pour les institutions des divers peuples rapprochées dans une observation commune » (9).

Risalendo all'origine delle istituzioni e seguendole nelle fasi successive del loro sviluppo, la ricerca storiografica si sforza di cogliere il segreto della loro evoluzione nelle diverse epoche della società. Essa dà vita in tal modo a una nuova forma di filosofia del diritto, la quale ricerca il fondamento e la ragion d'essere delle regole giuridiche non più in principi stabiliti *a priori* ma nell'osservazione dello sviluppo naturale di una società, nella sua concretezza storica. La ricerca storiografica, quindi, nella prospettiva di Bufnoir, met-

---

(8) Jhering, « l'homme de génie qui en a le premier conçu toute la portée », ha posto per primo le condizioni di sviluppo del diritto comparato ed è all'origine di un processo che porta al superamento del nazionalismo giuridico e alla riscoperta di una « communauté de droit ». L'argomento-chiave per superare il nazionalismo giuridico tipico dello storicismo tedesco è offerto dalla storia del diritto romano. Essa presenta uno scenario ben diverso rispetto a quello vagheggiato da Savigny: l'immagine di un sistema giuridico il cui sviluppo è frutto dell'incontro tra tradizioni culturali diverse e dell'influenza esercitata dalle legislazioni particolari dei paesi inglobati nell'impero. Si tratta di una vicenda di penetrazione e di unificazione progressiva il cui esito è la creazione di un tessuto giuridico comune che ha come attore principale il pretore, è cioè un organo della giurisprudenza. Il giurista, socialmente consapevole e attento al contesto politico-economico del suo tempo, individua nella vicenda giuridica europea dinamiche simili a quelle messe in luce dalla indagine storiografica di Jhering: l'incontro e la penetrazione reciproca tra i sistemi giuridici dà vita a un fenomeno di *concentrazione*, in forza del quale si attenuano le differenze e le incompatibilità e si moltiplicano i punti di contatto. In questa prospettiva, la comparazione assume un valore strategico decisivo, cfr. R. Saleilles, *La fonction juridique du droit comparé*, cit., p. 165 e p. 172.

(9) *Allocution à la Société de législation comparée*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XX, 1890-1891, pp. 65-78, cit., p. 66.

tendo in luce il principio che domina l'evoluzione di un sistema giuridico determinato, consente di individuare in via empirica il fondamento del diritto, storicizzando il diritto naturale caro al razionalismo giuridico settecentesco. Si tratta, in nuce, del « Naturrecht mit wechseldem Inhalt » teorizzato pochi anni dopo da Stammler, il quale trova nella comparazione, attraverso la definizione di tipi giuridici ideali, uno dei canali privilegiati per manifestarsi.

Le idee di Bufnoir sono patrimonio comune di un piccolo gruppo di giuristi, tra i quali spiccano i nomi di Laboulaye, de Rozières, Dareste (10) e Ginoulhiac, cui si deve la fondazione della *Revue historique de droit français et étranger* (11). La rivista nasce con l'ambizione di dare un seguito alla effimera ma combattiva rivista di Foelix. L'articolo inaugurale, scritto da Laboulaye, traccia un bilancio di più di trent'anni di storicismo, individua i terreni ancora da esplorare e coglie significativamente il nesso che lega la ricerca storiografica alla comparazione. Alla rivendicazione non nuova dei meriti dello storicismo, si aggiungono talune notazioni che mostrano il grado di maturità raggiunto da questa corrente di pensiero e svelano gli orizzonti ambiziosi che le si schiudono davanti quasi naturalmente, come conseguenza dei presupposti teorici di partenza.

La percezione del movimento, privilegio della storiografia giu-

---

(10) Rodolphe-Madeleine-Cléophas Dareste de la Chavanne (1824-1911) è stato consigliere presso la *Cour de cassation*, in sostituzione di Charles Rau, dal 1877 al 1899, nonché membro del *Comité de législation étrangère* presso il *Ministère de la Justice* e membro della *Académie des sciences morales et politiques.* Insieme a Laboulaye fonda la *Revue historique de droit français et étranger* e cura l'edizione della *Institution au droit français* dell'*abbé* Claude Fleury e del *Grand Coutumier de France* di Jacques d'Ableiges. Personaggio eclettico, i suoi interessi si concentrano principalmente sulla storiografia giuridica e sulla comparazione. È tra i primi a studiare l'Egitto, il diritto israelita, il diritto mussulmano, i codici braminici, il codice di Ammurabi, l'antico diritto slavo e scandinavo, e persino il diritto dell'estremo Oriente. Tali saggi sono stati riuniti in tre raccolte: *Etudes d'histoire du droit*, Paris, 1889; *Nouvelles études d'histoire du droit*, Paris, 1902; *Nouvelles études d'histoire du droit*, 1906. Da ricordare infine, oltre a *La science du droit en Grèce* (1893), frutto del suo interesse per il diritto ellenico, anche il più risalente *Traité du contentieux administratif*, edito nel 1862 e successivamente nel 1897. Si veda la voce a cura di J.-J. Clere in P. Arabeyre-J.-L. Halperin-J. Krynen (a cura di), *Dictionnaire historique des juristes français*, cit., p. 231 e s.

(11) Cfr. la voce dedicata a tale rivista da A. Tardif in *Bibliothèque de l'Ecole des chartes*, XVII, 1856, pp. 395-397.

ridica, consente allo storico di sollevare lo sguardo, di godere di un'appassionante visione d'insieme, senza perdersi nei dettagli o nelle contraddizioni apparenti frutto di una percezione atemporale del diritto. E nell'orizzonte che si apre dinanzi allo storico, si delinea, lontana ma non irraggiungibile, l'immagine di un diritto comune europeo, o almeno di un *fondo* comune destinato ad espandersi: « nous ne rêvons pas un même Code pour toute l'Europe, non plus qu'une même langue; mais nous sentons que la part de la diversité se réduisant de jour en jour par le mélange inévitable des peuples, il y aura un fond commun de législation qui grossira sans cesse, et qu'à ce rapprochement nul ne peut assigner de limites » (12).

Gli storicisti francesi colgono in tal modo quel legame tra prospettiva storica e prospettiva comparatistica che lo storicismo tedesco, a causa del suo rigoroso nazionalismo, non aveva saputo o voluto evidenziare. Ed emerge così il tema di una progressiva omogeneizzazione del diritto europeo attraverso lo sviluppo di una legislazione dal carattere sempre più « européen », « général », « humain », la quale si intreccia con la ricerca, non dichiarata ma evidente, di un *nuovo* diritto naturale, di un diritto naturale le cui caratteristiche sono la mutevolezza e la flessibilità e che ha il suo fondamento non più nella filosofia ma nella storia e nella comparazione.

La storiografia giuridica e la comparazione presentano quindi notevoli analogie (13): entrambe appaiono finalizzate alla riscoperta di una dimensione autenticamente sapienziale del diritto ed hanno il compito di mettere in luce il « juristischer Geist », e cioè il principio che ne domina l'evoluzione: la prima in relazione ai sistemi giuridici del passato, la seconda a livello sovra-nazionale, presentandosi come

---

(12) Cfr. E. Laboulaye, *La méthode historique en jurisprudence et son avenir*, cit., p. 40.

(13) Cfr. A. Aragoneses, *Un jurista del modernismo*, cit., p. 92 e ss. Si vedano inoltre M. Reimann, *Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte im Dialog*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 7, 1999, pp. 496-512; A. Flessner, *Die Rechtsvergleichung als Kundin der Rechtsgeschichte*, *ibidem*, pp. 513-520; K. Luig, *Was kann die Rechtsgeschichte der Rechtsvergleichung bieten*, *ibidem*, pp. 521-530.

« histoire en marche » (14). In questo senso, riallacciandosi alla lezione di Bufnoir e degli storicisti francesi, Saleilles afferma che il diritto comparato « n'est que le prolongement dans le présent de ce qui constitue l'histoire dans le passé » (15), è storia che si realizza:

> le droit comparé n'est-il pas la comparaison des choses présentes, comme l'autre est la comparaison des choses successives? La science du droit comparé, c'est de l'histoire réduite à un point dans le temps, comme l'histoire est du droit comparé appliqué à l'évolution des institutions (16).

Non è strano perciò che, sotto l'influsso dei suoi maestri, Saleilles sottoponga il diritto comparato al medesimo trattamento della storia. Al pari della ricerca storiografica, la comparazione viene colta essenzialmente nella sua dimensione strumentale. Essa non è un fine in sé ma è uno strumento al servizio di una ambizione metodologica il cui obiettivo è il superamento della dottrina giuridica classica (17).

La comparazione, come la storia, può rivelarsi utile per il giurista solo se non perde il contatto con la realtà, solo se riesce a tracciare le linee-guida di una metodologia rinnovata, capace di mettere la scienza giuridica al passo con i tempi. Non si tratta quindi di "mistica" giuridica né di uno strumento di ricerca volto a costruire una antropologia del diritto, ma di una risorsa indispenabile per costruire un metodo, la cui ragion d'essere deve trovarsi, prima di tutto, nella dimensione applicativa. La prima funzione del diritto comparato è perciò quella di fornire strumenti per la corretta interpretazione del diritto vigente, è cioè quella di dar vita a una « science nationale du droit comparé » funzionale alla applicazione del diritto interno attraverso un opportuno orientamento dell'attività giurisprudenziale, compito dei giuristi teorici, nel loro ritrovato ruolo di custodi dell'ordinamento.

La comparazione viene così ricondotta a componente della *méthode historique*, in quanto ingrediente fondamentale del processo di evoluzione organica del sistema: essa è uno strumento

---

(14) *Lettre à M. Paul Desjardins*, cit., p. 23.
(15) *Conception et objet de la science du droit comparé*, cit., p. 395.
(16) *Le droit commercial comparé*, cit., p. 219.
(17) Cfr. C. Jamin, *Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité*, cit., p. 736.

essenziale, in grado di precostituire una « base objective » dell'operazione ermeneutica, indispensabile per "stabilizzare" la *méthode historique* e per fornire una garanzia di certezza di tale evoluzione, che ha nell'*assouplissement* dei testi il suo momento centrale:

> il y a des cas où les textes, même rapprochés, comparés et torturés, ne peuvent rien donner. Il faut juger d'après d'autres données et d'après d'autres directions, étrangères aux textes et supérieures aux textes. Quelles seront donc ces directions? Le grand danger, en pareil cas, est le subjectivisme des opinions et des tendances individuelles. Ce sont les théories a priori. Or, la grande loi qui doit dominer l'interprétation juridique, c'est l'objectivité. Un texte de loi, quand on en a un, net, clair, c'est une base objective, c'est une garantie contre l'arbitraire. Mais, quand le texte fait défaut, où trouver une garantie objective analogue…? Telle est la question qui se pose. Ne peut-on pas être tenté de croire alors, si tel est le problème, que, dans bien des cas…le droit comparé peut fournir une base objective, non pas, sans doute, absoluement équivalente à celle d'un texte, mais qui soit presque de la même nature, puisqu'elle dérive d'un rapprochement des textes et d'une exégèse construite sur des données comparatives entre lois étrangères, au lieu de l'être sur des analogies empruntées au droit interne? (18).

La comparazione ha, quindi, in primo luogo, una funzione di carattere metodologico: si tratta di un ingrediente fondamentale del discorso sul metodo e dalla corretta comprensione del suo ruolo dipendono le sorti della *méthode historique* e la possibilità di una autentica rifondazione epistemologica della scienza giuridica (19).

---

(18) *La fonction juridique du droit comparé*, cit., p. 169.

(19) Con la comparazione, in altre parole, siamo al cuore della *méthode historique* e del modernismo giuridico. Essa ne integra infatti tutti i presupposti: in primo luogo, precostituendo dei « procédés techniques d'interprétation », offre uno strumento essenziale per l'« élargissement » dei testi e per la loro interpretazione in chiave evolutiva; in secondo luogo, gettando le basi per la nascita di un nuovo « droit commun », consente di superare il modello normativistico lasciato in eredità dal giacobinismo e di ripensare in radice la forma-Codice (cfr. P. Grossi, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 554 e s.); infine, riporta in primo piano la comunità dei *jurisconsultes*, restituendo al diritto una veste sapienziale e affidandone l'evoluzione a una comunità di interpreti chiamata a svilupparlo incessantemente, in un rapporto dialettico fra tradizione e innovazione, nel senso di una conformità innovatrice, analogamente all'evoluzione del magistero cattolico teorizzata da Newman. Nella comparazione si realizza la sintesi ideale dei principali ingredienti della personalità intellettuale di Saleilles: la sensibilità, tipica di un giurista

Nel settembre del 1901, alle soglie della inaugurazione del corso di *législation civile comparée*, Saleilles ha ormai chiara consapevolezza di quale sia la posta in gioco e, confidandosi con Huber, manifesta senza giri di parole il timore che il suo messaggio resti incompreso:

> je vais inaugurer à la rentrée l'enseignement du droit civil comparé à l'Université de Paris. C'est une tâche qui m'effraie un peu, car de la façon dont elle sera comprise et remplie dépend tout l'avenir de nos méthodes et de nos disciplines juridiques. Il est possible que j'ai quelques fois recours à vous pour m'y aider (20).

Diversi anni dopo, invitato da Gierke a partecipare al Congresso di scienze storiche, che ha luogo a Berlino nell'agosto del 1908, e non potendovi partecipare per motivi di salute, non rinuncia non di meno all'idea di scrivere una memoria e ne anticipa il tema al corrispondente tedesco: « il est possible…que je vous prépare un court Mémoire sur les Rapports entre la Méthode historique et le droit comparé »: a conferma del fatto che il nesso tra comparazione e storicismo metodologico rappresenta un nucleo tematico essenziale della sua concezione giuridica (21).

Tuttavia, considerare la comparazione alla stregua di un elemento costitutivo della *méthode historique* comporta una conseguenza ulteriore: significa esaltarne, del pari, la funzione progettuale,

---

cattolico che ha ricevuto una profonda formazione storica, per l'esperienza di *ius commune* medievale e post-medievale; l'attenzione per l'universo culturale di *common law* e per il modello di cittadinanza elaborato oltre Manica, in un ordinamento retto da un *judge made law*, fortemente decentralizzato, immune da tentazioni stataliste e dal legalismo tipico della cultura politica rivoluzionaria; la ricerca di una conciliazione tra principio di autorità e principio di evoluzione che consenta di superare il dogma legalista senza smarrire per strada il valore della certezza del diritto, che lo spinge ad arricchire, non solo a livello suggestivo, la riflessione giuridica con innesti provenienti dal calderone modernista; infine, in conseguenza del superamento del modello normativistico, la riaffermazione del primato della dottrina, come fonte materiale, e la riproposizione del modello archetipico di giurista elaborato dalla tradizione romana.

(20) Lettera a Huber del 4 settembre 1901, in A. Aragoneses, *op. cit.*, p. 105.

(21) A conferma di ciò si veda P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., nota 101, p. 221, secondo il quale « il metodo comparatistico, nelle mani del giurista…non è che un aspetto della più generale « méthode historique ». Si veda anche, sul ruolo determinante di Saleilles per lo sviluppo del diritto comparato, P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., p. 198 e ss.

la funzione *de iure condendo*, in linea con la riappropriazione del principio di evoluzione dell'ordinamento da parte dei *jurisconsultes*, che rappresenta il nucleo autentico del modernismo giuridico (22). Il progresso del diritto interno avviene attraverso i canali della riforma legislativa e della interpretazione dottrinale e giurisprudenziale con i quali è possibile innestare all'interno di uno specifico ordinamento soluzioni giuridiche accolte in ordinamenti stranieri.

Lo sviluppo della funzione progettuale della comparazione favorisce inoltre la progressiva elaborazione di ideal-tipi giuridici, costruiti empiricamente, a partire dai quali si innesca un processo di « internationalisation lente et progressive du droit » (23). Ciò determina, in ultima analisi, l'emergere di un nuovo « droit commun » e permette così alla *méthode historique* di raggiungere un ultimo, decisivo, risultato: la definizione di un « idéal juridique », ricavato *ex post*, il quale modera la radicale scepsi relativista presente nei principali modelli culturali di riferimento e rende plausibile una sorta di storicismo temperato, in linea con l'impostazione renouvierana.

La comparazione, pertanto, descrive il progresso giuridico come un processo di tendenziale universalizzazione di pratiche e concezioni, guidato dalla scienza, da cui emergono modelli giuridici comuni, espressione di quello che Kohler definisce « fondo di cultura degli Stati civilizzati », e rende perciò possibile la concreta attuazione della funzione progettuale che, al pari della funzione strettamente ermeneutica, costituisce un elemento essenziale della *méthode historique*. Essa fornisce gli elementi di un nuovo *ius commune* a partire dal quale è possibile « déduire la loi qui doit être » (24). Non si tratta, è opportuno ripeterlo, della registrazione passiva di un processo evolutivo inesorabile, ma di un processo che può e deve essere controllato e diretto dai giuristi, attraverso la

---

(22) Come è stato acutamente osservato: « comparative law has no point of reference (the State, its codes or its judges) other than the affirmations of the jurists themselves; it exists only in classrooms and in law firms; it is updated by means of institutes and congresses; its ontology is significantly resolved by methodology », cfr. C. PETIT, *From Paris to the Hague: Edouard Lambert and Droit commun législatif*, in *History and European Private Law — Development of Common Methods and Principles*, Lund, 1997, pp. 137-150, cit., p. 140.

(23) *Droit civil et droit comparé*, cit., p. 28.

(24) *Ibidem*.

individuazione di tipi giuridici comuni corrispondenti allo sviluppo attuale della civilizzazione.

La comparazione, pertanto, nella sua duplice funzione, interpretativa e progettuale, completa la *méthode historique*, di cui è una componente ineliminabile, e rende possibile la definitiva riscoperta di un diritto autenticamente sapienziale, favorendo la riappropriazione da parte della comunità dei giuristi del principio di evoluzione del sistema e del controllo dei processi legislativi.

2. *La genesi del diritto comparato e la costruzione di una « science nationale du droit comparé ».*

La nascita del diritto comparato come disciplina giuridica autonoma è il risultato di un processo scientifico particolarmente complesso (25). Come ha sottolineato Capitant, la creazione di una « science du droit comparé au sens juridique du mot » è a lungo ostacolata dalle grandi correnti culturali che dominano la scienza giuridica europea, il giusnaturalismo e lo storicismo giuridico tedesco.

Il razionalismo esasperato che alimentava la dottrina del diritto naturale non favoriva l'osservazione dei fatti sociali e delle istituzioni esistenti, ritenute deformazioni volgari di un diritto ideale, di cui solo la ragione poteva scoprire i principi eterni e immutabili. Lo studio delle legislazioni dei paesi vicini, imperfette come ogni legislazione positiva, era incapace di svelare il modello verso il quale tendeva ogni sistema giuridico.

La storicismo tedesco, al contrario, esaltando la concretezza e la socialità del fenomeno giuridico, sembrava favorevole almeno in teoria alla valorizzazione scientifica della comparazione. Ma lo studio dei diversi sistemi giuridici nazionali, che la reincarnazione storica del diritto avrebbe dovuto stimolare, fu ostacolato dalla polemica anticodicistica di Savigny e dalla svalutazione del diritto legislativo (26).

---

(25) Si vedano sul tema i lavori di K. Zweigert, *Introduzione al diritto comparato*, trad. it., Milano, 1998; R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992; G. Gorla, *Prolegomeni ad una storia del diritto comparato europeo*, in R. Sacco (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, pp. 267-298; R. Rodiere, *Introduction au droit comparé*, Paris, 1979.

(26) L'impostazione savignyana, infatti, considerando il diritto un *unicum*, appar-

Per tutte queste ragioni, il diritto comparato ha faticato non poco a raggiungere una propria dignità epistemologica. Tale obiettivo verrà conseguito soltanto nel momento in cui, superata la tendenza a considerare la comparazione un semplice *divertissement* o una mera giustapposizione di testi legislativi compiuta a scopi utilitaristici, prenderà finalmente piede l'idea che la finalità precipua del diritto comparato è rappresentata dalla scoperta di quelle linee comuni, di quei « courants communs de la vie juridique » che superano le barriere e la diversità delle legislazioni per tradursi lentamente in uniformità giuridiche e il cui moltiplicarsi costituisce la premessa della formazione di quel nuovo *droit commun* che dovrebbe essere l'oggetto e il fine dell'indagine comparatistica. In tale prospettiva, lo scopo del diritto comparato è la definizione, a partire dall'insieme delle istituzioni giuridiche particolari, di un « fond commun », di punti di incontro suscettibili di far risaltare, al di là della diversità puramente esteriori delle forme, l'« identité foncière de la vie juridique universelle » ([27]).

Si tratta in realtà di una intuizione non nuova, della quale si trova traccia nelle pagine dei pionieri di tale scienza.

Vale la pena ricordare come, già a metà Ottocento, il giurista palermitano Emerico Amari ([28]), sforzandosi di cogliere il ruolo

---

tenente alla nazione che lo ha prodotto, alla stregua di un abito fatto su misura, dotato di tratti caratteristici e inconfondibili, non era in realtà favorevole allo sviluppo di una scienza autonoma del diritto comparato. Bisogna inoltre tener presente il fatto che la tendenza al particolarismo e alla chiusura nazionalistica si accentua sul finire del secolo, in conseguenza della crescente tensione politica e della diffusione incontrastata della forma-Codice anche in quei paesi che si erano rivelati più a lungo refrattari alle lusinghe del modello napoleonico. Cfr. H. Capitant, *Conception, méthode et fonction du droit comparé*, cit., p. 69. In questo contesto, la presentazione del diritto comparato alla *Exposition universelle* può senz'altro essere letta come un tentativo eccezionale di opporsi a un nazionalismo giuridico ormai dilagante, riproponendo l'idea di una « communauté de droit » sul modello dell'Europa di *ius commune*. J.-L. Halperin, *L'approche historique et la problématique du* jus commune, in *Revue internationale de droit comparé*, n. 4, octobre-décembre 2000, pp. 717-731, cit., p. 730; J.-L. Halperin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, in *Les voies du droit*, Paris, 1999, pp. 87-131.

([27]) *Rapport général sur les travaux du Congrès international de droit comparé*, cit., p. 6. Cfr. L.-J. Constantinesco, *Il metodo comparativo*, trad. it., Torino, 2000, p. 275.

([28]) Su Amari si veda il contributo di E. Jayme, *Das Zeitalter der Vergleichung — Emerico Amari (1810-1900) und Friedrich Nietzsche (1844-1900)*, in *Die deutsche und die italienische Rechtskultur im « Zeitalter der Vergleichung »*, Berlin, 1995, pp. 21-29.

della comparazione alla luce della dialettica tradizione-progresso, ne individuasse la funzione ultima nella costruzione della « dottrina giuridica della civiltà universale » e nella enucleazione delle unità sostanziali del diritto, quindi di un « fond commun » svelato attraverso il ricorso al « paragone metodico » (29).

Facendo ampio ricorso a Romagnosi e a Vico (che sappiamo essere uno dei *maîtres à penser* dei liberali francesi del XIX secolo) Amari interpreta il ruolo della legislazione comparata alla luce della filosofia della storia, ritenendo che essa sia espressione del « nesso di coesistenza e di comunicazione tra la stesse umane cose, ovvero della civilizzazione delle nazioni » (30) e abbia il compito di svelare l'« archetipo dell'ottimo sociale », cioè un modello giuridico universale verso il quale tendono spontaneamente le nazioni allorché hanno raggiunto un identico livello di civilizzazione. Nel far ciò, essa opera anche come « science nationale » nel senso che sarà evidenziato da Saleilles, cioè come strumento per il progresso e l'interpretazione del diritto interno: « la scienza della legislazione comparata…è quella che raccoglie e paragona metodicamente le leggi dei popoli, per ricavarne la dottrina giuridica della civiltà universale, e provvedere mediante studiati confronti ai bisogni politici economici e storici delle nazioni: alla imitazione delle leggi da farsi, alla esatta interpretazione di quelle già imitate: alla esperienza dei legislatori colla notizia delle vicende della fortuna delle leggi: alla dimostrazione d'un diritto universale della ragione, e del progresso provvidenziale del genere umano sulla idea d'una natura comune delle genti, e per mezzo della tra-

---

(29) « Il primo sentimento, che occupa l'animo di chi contempla le leggi dei cento popoli della terra in un dato momento coesistenti, è quello d'una dolorosa confusione. Diverse, capricciose, violente, le une alle altre spesso avverse, pare che gli uomini si sieno dati le leggi per lasciare un monumento perenne della loro ignoranza, delle loro passioni e degli odii loro. Ma appena la scienza imparziale e serena adopra il suo mirabile criterio del paragone metodico, il tumulto cessa, l'ordine splende di mezzo alla confusione, ed il principio della unità prevale sulle apparenti diversità. La legislazione comparata scopre certe uniformi idee nelle più singolari leggi, che fanno fede esserci qualche cosa più alta e potente della volontà dell'uomo nell'opera delle sue istituzioni ». La citazione è tratta dalla ristampa dell'opera di Amari, la cui prima edizione è del 1857, curata dalla Regione Sicilia. Cfr. E. Amari, *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*, II, Edizioni della Regione Siciliana, cit., p. 158.

(30) *Op. cit.*, p. 156.

smissione preordinata della civiltà, e tutto ciò ragiona sopra un modello ideale dell'ottimo civile, il quale serve a lei di norma alla scelta, all'ordinamento ed ai paragoni delle leggi, e di criterio a tutta la filosofia civile; onde ella riesce una storia, una filosofia, ed una teodicea universale delle leggi del genere umano, una dottrina dell'archetipo e del progresso delle umane società » (31).

Come si vede, l'idea che la comparazione sia in grado di portare alla luce a partire dalle diversità delle singole legislazioni nazionali, un sostrato giuridico comune, e che esso a sua volta esprima la tendenza dei sistemi giuridici considerati a convergere verso un unico modello di civilizzazione universale, è già presente nella riflessione giuridica dell'Ottocento (32).

Si tratta però di una intuizione che non riesce ad affermarsi e resta minoritaria in anni dominati dal commento, nei quali il riferimento alla legislazione straniera risponde a finalità essenzialmente esegetiche. Le idee di Amari, giurista solitario e a lungo dimenticato, si affermeranno soltanto qualche decennio dopo, beneficiando della particolare atmosfera *fin de siècle*, caratterizzata dal moltiplicarsi degli scambi internazionali e dal superamento, anche a livello culturale, degli angusti confini nazionali (33).

---

(31) *Op. cit.*, p. 213, citato da E. JAYME, *Das Zeitalter der Vergleichung*, cit., p. 27 e s.

(32) Inoltre, distinguendo il diritto comparato dalla scienza della legislazione, dalla filosofia e dalla storia del diritto e dalla giurisprudenza, l'autore ne consacra l'autonomia scientifica: « la legislazione comparata è senza dubbio una *dottrina giuridica della civiltà*, ma non è la filosofia del diritto né la giurisprudenza: è una *biologia* delle leggi, ma non è la scienza della legislazione: è una *filosofia*, una *teodicea*, una *storia universale* delle leggi e del loro progresso, ma non è la storia, né la filosofia della storia: al pari di questa è la *voce di Dio parlante nella storia dell'umanità*, ma parlante la sola lingua delle leggi. Onde è forza conchiudere, che la la legislazione comparata comprende tale ordine di studii, che non ostante le affinità e le condizioni che ha con altre scienze comuni, pure per li metodi, i principii, gl'intenti, e gli ufficii affatto suoi propri, dalle altre tutte si distingue; e però non solo può, ma deve coltivarsi come scienza separata ed indipendente: ne merita il nome, e ne ha tutti i caratteri e la dignità, e meglio di tante altre a cui per consentimento antico ed universale non si contrastano », *ibidem*, p. 231.

(33) Sulla genesi della comparazione si vedano i saggi di G. GANGEMI, *Genesi e sviluppi della comparazione: uno, nessuno o centomila metodi?*, in G. SARTORI-L. MORLINO (a cura di), *La comparazione nelle scienze sociali*, Bologna, 1991, pp. 47-75, e di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Le origini ottocentesche del comparatismo giuridico*, in W. WOLODKIEWICZ-M. ZABLOCKA (a cura di), *Le droit romain et le monde contemporain.*

Ciò renderà possibile l'emersione di una duplice consapevolezza: in primo luogo, l'idea che le nazioni sono legate da una comunità di vita e da forme di solidarietà collettiva e, secondariamente, che esse sono partecipi di una « marche progressive de l'humanité », destinata a a tradursi, a livello giuridico, in processi di universalizzazione di pratiche e concezioni a partire da esperienze storiche determinate.

Queste idee troveranno una chiara e compiuta elaborazione nella dottrina europea di inizio Novecento anche a seguito di un evento culturale di notevole portata: l'organizzazione a Parigi, in occasione della *Exposition universelle* del 1900, del primo congresso internazionale di diritto comparato.

2.1. *Il diritto comparato all'*Exposition Universelle.

Lo studio del diritto comparato, nell'impostazione scientifica di Saleilles, acquista significato nella misura in cui facilita la comprensione e il progresso del diritto interno. In quanto fonte materiale (34), esso è funzionale alla elaborazione organica del diritto da parte della comunità degli interpreti, offre cioè un contributo decisivo alla costruzione di quel diritto dei *jurisconsultes* che per sua natura non può che avere un respiro sovra-nazionale (35).

Mélanges à la mémoire de Henryk Kupiszewski, Varsovie, Faculté de Droit et d'Administration, 1996, pp. 91-103.

(34) Cfr. J.-H. ROBERT, *Saleilles et le comparatisme*, in *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n. 12, 1991, p. 143 e ss., cit., p. 146.

(35) Il corrispondente svizzero si rivela estremamente prezioso come fonte di informazioni e canale attraverso cui ottenere importanti documenti legislativi, oltre che come intermediario con i giuristi di lingua tedesca. Grazie a Huber, Saleilles si viene così a trovare al centro di una fitta rete di relazioni internazionali che facilitano la realizzazione del suo "sogno" comparatistico: « je vous remercie bien vivement des nouveaux renseignements que vous voulez bien me donner; j'avais eu connaissance déjà de l'étude de M. Stammler que j'avais fait venir avant mon départ de Paris et que j'y ai laissée; et quant à la dernière publication de M. le Professeur Gretener, *Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage*, je suis occupé en ce moment à la parcourir et à l'étudier avec soin en vue de la reprise de mon enseignement de droit pénal. Mais ce qui me serait en effet de la plus haute utilité, ce serait le Protocolle de la commission de préparation du Code pénal que vous voulez bien me proposer de me faire avoir, et qui sera excessivement précieux. Je vous serais extrèmement reconnaissant de l'offre que vous m'avez faite, puisque cette publication n'est pas dans le commerce ». Lettera del 28 settembre 1897,

La corrispondenza con Huber ci offre la migliore testimonianza di tale attitudine. Essa ci svela come Saleilles, nel momento di affrontare i diversi ambiti del diritto nazionale, scelga deliberatamente il punto di vista comparatistico, ritenendo che esso fornisca la chiave di accesso più efficace per raggiungere una piena comprensione della materia trattata. Il corso di diritto penale, il cui insegnamento gli viene affidato con decreto del 26 settembre 1895, viene infatti impostato in chiave comparatistica e si concentra sull'esame del progetto di revisione del codice penale francese, condotto sulla falsariga del progetto di codice penale svizzero redatto da Stoos ([36]), con il quale egli spera di poter entrare in relazione grazie ai buoni uffici del collega elvetico ([37]).

---

in A. ARAGONESES, *op. cit.*, p. 90 e s. La corrispondenza ci rivela inoltre l'abilità di Saleilles nello sfruttare ogni spazio concesso dal rigido regolamento universitario per insinuarvi un po' alla volta la comparazione, che fino ad allora non era prevista nei programmi di studio delle facoltà giuridiche francesi. Quando, dopo la scomparsa di Bufnoir, viene nominato ufficialmente professore di diritto civile nella Facoltà parigina, è di nuovo la dimensione comparatistica alla quale pensa per elaborare il proprio corso: « Monsieur et savant Maître, j'ai été bien long à vous remercier de la nouvelle partie que vous avez bien voulu m'adresser de votre beau Projet de Code civil. Cela m'intéresse d'autant plus, que depuis cet hiver j'ai dû abandonner le droit criminel pour passer au droit civil; et je compte m'en occuper surtout au point de vue des théories générales et du droit comparé. A ce point de vue le travail d'unification qui se prépare en Suisse a une valeur de premier ordre ». Lettera del 29 giugno 1898, in A. ARAGONESES, *op. cit.*, p. 94.

([36]) Carl Stoos (1849-1934), *Privatdozent für bernisches Prozess und Zivilprozessrecht* nella Università di Berna nel 1879 e a partire dal 1882 ordinario di *Strafrecht, Strafprozess und Zivilprozessrecht* nello stesso Ateneo, pubblicò il 5 agosto 1893 un *Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch*. Tale progetto era stato preparato da due importanti ricerche sul diritto penale elvetico: *Die schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt*, pubblicato a Basilea nel 1890 e *Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts im Auftrage des Bundesrathes vergleichend dargestellt*, pubblicato a Basilea nel 1892-1893. Da segnalare, dello stesso giurista, la pubblicazione, nel 1908, di un *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts.*

([37]) « Me trouvant mis maintenant au droit criminel, et ayant à faire la rentrée prochaine un cours spécial de doctorat dont le sujet est laissé à mon libre choix, j'ai l'intention de traiter, par voie de comparaison, du Projet de revision de notre code pénal français, dont le texte initial a paru en 1893, et de l'Avant-Projet de code pénal suisse, tel qu'il a été redigé par M. Stoos, de Berne, aujourd'hui, je crois, à Vienne. Or, je désirerais entrer en relation avec M. Stoos, pour lui demander quelques renseignements et indications bibliographiques qui me seraient nécessaires pour cet enseignement », Lettera del 10 settembre 1897, in A. ARAGONESES, *op. cit.*, p. 82.

Ma la comparazione non serve soltanto a fini didattici: essa può fornire preziosi ausili *de iure condendo*, per la politica legislativa e la progettazione del diritto futuro, ponendosi come « élément de fécondation du droit national » (38).

La valorizzazione della natura strumentale della comparazione e il fatto che essa venga considerata un ingrediente fondamentale della *méthode historique* conduce al definitivo superamento della concezione sino ad allora dominante in materia di diritto comparato. È proprio tale obiettivo, ovvero la definizione di una precisa identità scientifica della comparazione e la sottolineatura delle sue notevoli potenzialità metodologiche (39), lo scopo che egli si prefigge di raggiungere attraverso l'organizzazione del congresso internazionale di diritto comparato.

È opportuno infatti ricordare come sul finire dell'Ottocento il diritto comparato abbia ancora una identità scientifica labile: il suo insegnamento fatica a trovare spazio all'interno dei programmi accademici, non vi è chiarezza né sul suo oggetto né sulla metodologia che dovrebbe guidarlo (40).

La prima timida comparsa della comparazione all'interno delle austere facoltà giuridiche francesi risale al 1838 quando, grazie all'impegno di Salvandy, la Facoltà parigina istituisce la cattedra di *Législation pénale comparée*, affidandola a Joseph-Louis-Elzéar Or-

---

(38) *Rapport général sur les travaux du Congrès international de droit comparé*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, Paris, 1900, pp. 3-18, cit., p. 6. Occupandosi ad esempio del tema spinoso del regime matrimoniale tra coniugi, uno dei punti dolenti del sistema giuridico napoleonico, Saleilles va alla ricerca di una tendenza comune all'interno del diritto europeo, cui far ricorso per orientare l'interpretazione giurisprudenziale e l'evoluzione legislativa, a conferma della funzione eminentemente progettuale della comparazione. Si veda la lettera del 22 marzo, in A. Aragoneses, *op. cit.*, p. 93 e s.

(39) Come noterà a tal porposito Ascarelli, « il diritto comparato offre un aiuto indispensabile al progresso giuridico dei diversi paesi, permettendo a ciascuno di giovarsi delle esperienze altrui. Nella pratica, esso, non solo è indispensabile per l'esame e la soluzione dei frequenti problemi che in ogni sistema giuridico esigono l'applicazione di una legge straniera, ma per l'organizzazione e lo sviluppo delle relazioni economiche internazionali », cfr. T. Ascarelli, *Premesse allo studio del diritto comparato*, in T. Ascarelli, *Saggi giuridici*, cit., p. 5.

(40) Cfr. H. Capitant, *Conception, méthode et fonction du droit comparé*, cit., p. 78 e s.

tolan (41). Questo insegnamento andava ad aggiungersi all'unico corso di diritto comparato sino ad allora esistente, il *Cours d'histoire générale et philosophique des législations comparées*, attivo al *Collège de France*.

È interessante notare come le aspettative che si ricollegano all'insegnamento del diritto comparato, già nella prima metà dell'Ottocento, non sono molto diverse da quelle che formula Saleilles più di mezzo secolo dopo.

Nella prolusione pronuciata in occasione dell'apertura del corso, infatti, Ortolan formula una diagnosi implacabile sullo stato della giurisprudenza francese: « nous nous sommes faits presque exclusivement pratiques, arrêtistes ou commentateurs », dirà, « avec les cinq Codes dans les mains, nous nous sommes imaginés avoir le droit en notre possession; nous avons imité le mathématicien qui, après de grands travaux à la poursuite de grands problèmes, ayant trouvé quelques formules de solution, jeterait au vent et à l'oubli la théorie qui l'aurait conduit à ce résultat » (42).

Egli imputa un simile inaridimento a tre cause specifiche: il disprezzo per le tradizioni del passato e per l'indagine storica; l'ostilità delle istituzioni nei confronti di tutto ciò che ha il sapore della filosofia; la centralità dei temi politici nel discorso scientifico.

I giuristi francesi, dopo l'ubriacatura illuminista e la traduzione presunta dei principi di ragione nelle disposizioni del Codice, si sono concentrati soltanto sulla dimensione pratico-applicativa della scienza giuridica, tralasciando completamente di occuparsi della componente storico-filosofica. Per questo, la ripresa, seppur lenta, dell'interesse per lo studio storico e comparatistico appare a molti un principio di resurrezione. Ortolan, con parole che ricordano molto da vicino le tesi di Saleilles, sottolinea la complementarietà tra

---

(41) La nuova cattedra di *législation pénale comparée* istituita presso la Facoltà giuridica parigina è affidata a Joseph-Elzéar Ortolan (1802-1873) tramite un'ordinanza del 12 dicembre 1837. Giurista di tendenze liberali, Ortolan partecipa alla redazione del nuovo codice penale portoghese e alla revisione del *Code d'instruction criminelle.* La sua riflessione in ambito penalistico è strettamente legata all'attenzione per le questioni di carattere socio-economico di cui si occupa concretamente in qualità di delegato presso i *conseils généraux de l'agriculture, du commerce et des manufactures* del *Var*.

(42) Cfr. J.-L.-E. Ortolan, *Cours de législation pénale comparée (introduction)*, in *Revue de législation et de jurisprudence*, VIII, Paris, 1838, cit., p. 67.

storia e comparazione nel contesto di una formazione giuridica consapevole e completa: « se tenir dans l'étude de la législation, attaché à un seul pays et à une seule époque, c'est être immobile sur un point; y joindre l'étude historique de la science, c'est se mouvoir dans une seule direction, en remontant vers le passé; y ajouter enfin la méthode comparative, c'est se mouvoir en tout sens. L'histoire fait suivre la ligne ascendante, la ligne de génération; car le présent est fils du passé; la loi de génération est une loi commune, aussi bien pour l'intelligence et pour les idées, que pour les êtres vivants et pour les corps organisés. La méthode comparative fait suivre la ligne collatérale, la ligne d'alliance; car s'il y a filiation dans les idées et les systèmes de l'époque présente à l'époque qui précéda, il y a parenté, alliance entre les nations dans leurs systèmes contemporains » (43).

Si tratta però, tutto sommato, di una *vox clamantis in deserto*: la lenta avanzata della comparazione nella seconda metà dell'Ottocento è infatti dovuta all'impegno di pochi pionieri, che operano per lo più in istituzioni esterne all'Università, come la *Société de législation comparée*. Si tratta di una fase embrionale, dominata dal diffondersi della pratica della legislazione comparata, consistente in una giustapposizione di testi giuridici di differente origine effettuata allo scopo di valutarne differenze e analogie, senza l'ambizione di costruire una scienza della comparazione, ciò che presuppone, al contrario, l'elaborazione dei dati raccolti attraverso gli strumenti della sociologia e della storia del diritto. L'*Annuaire de législation étrangère* edito a partire dal 1870 a cura della *Société de législation comparée*, nel quale vengono pubblicate le traduzioni dei principali provvedimenti normativi stranieri, risponde a tale finalità pratico-informativa. Esso ha il merito di concentrare l'attenzione su un nuovo oggetto di studio, il *droit étranger* (44). Tuttavia, per passare dal *droit étranger* al *droit comparé* è necessario un salto di piano,

(43) *Ibidem*, p. 71.

(44) A. Aragoneses, *Raymond Saleilles y la lucha por el derecho comparado*, cit., p 105, sottolinea l'importanza di questa fase propedeutica notando come « la comparatística moderna apareció gracias al camino iniciado por la legislación comparada. Esta había conseguido constituir una infraestructura básica para el estudio del derecho extranjero, había dirigido el creciente interés de los juristas por los ordenamientos jurídicos extranjeros. En definitiva podemos afirmar que la *Société* había generado un público y un foro para el derecho extranjero en Francia ».

conseguenza a sua volta di una rinnovata impostazione metodologica (45).

Per questo non è esagerato dire che il successo del diritto comparato nel corso del XX secolo è legato in gran parte a un evento che si pone significativamente all'inizio del nuovo secolo, ovvero al primo Congresso di diritto comparato, che si svolse a Parigi dal 31 luglio al 4 agosto 1900 in occasione della *Exposition Universelle.* Fu il momento di consacrazione della nuova disciplina e la conclusione ideale di un cammino lento e faticoso avviato dagli spiriti più inquieti della Monarchia di Luglio (46).

Come è stato notato, il Congresso è figlio del proprio tempo, si alimenta della euforia tipica della *Belle Epoque*, con la sua fede nel progresso umano come conseguenza inevitabile dello sviluppo della scienza (47). L'universalismo, per certi versi ingenuo, su cui si fondano le ambizioni della nascente disciplina, trae slancio dall'ottimismo scientista che pervade gli ambienti culturali di fine Ottocento. La stessa sede prescelta per tenere a battesimo la nuova creatura ha un forte valore simbolico in quanto luogo per eccellenza

---

(45) Tale passaggio avviene in tre tappe: « on est passé de la curiosité cosmopolite à la considération des *lois*, puis de la « législation étrangère » à la « législation comparée », pour aboutir enfin au « droit comparé », c'est-à-dire à la science juridique comparative proprement dite », cfr. M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, 1971, cit., p. 17.

(46) Sul tema si vedano i due saggi di C. PETIT, *From Paris to the Hague*, cit., p. 142 e ss.; *Lambert en la* Tout Eiffel*, o el derecho comparado de la* belle époque, in A. PADOA SCHIOPPA (a cura di), *La comparazione giuridica tra Otto e Novecento*, Milano, 2001, cit., p. 24 e ss. A. ARAGONESES, *op. cit.*, p 82 e ss., espone le varie letture date dalla dottrina al Congresso del 1900 e le diverse interpretazioni del ruolo di Saleilles nella nascita della moderna scienza del diritto comparato, sottolineando il carattere decisivo del contributo del giurista borgognone.

(47) Sul rapporto tra l'*Exposition* e il clima culturale della *Belle Epoque*, è particolarmente suggestiva la lettura della pagine di C. PETIT, *Lambert en la* Tout Eiffel, cit., p. 27 e s. In relazione alla qualifica « international » assegnata al Congresso, naturale in un'atmosfera dominata da un sentimento universalista, l'autore osserva come « *internacional* en razón de su objeto el congreso de Saleilles representa perfectamente…una utilísima vía para superar el drama intelectual del jurista *fin de siècle* que se sabe, a un tiempo, operador experto de un *ordenamiento* estatal, pero también cultor de una *Ciencia* jurídica que, si quiere en verdad ser tal cosa, debe localizarse mas allá de la experiencia limitada de una Nación y un Estado », *op. cit.*, p. 28 e s.

in cui si celebrano i fasti dell'Europa della scienza e della tecnica. L'evento, che può dunque essere considerato l'approdo finale di un'avventura intellettuale resa possibile dall'*état d'esprit* di un'intera epoca, viene preparato da una fitta serie di incontri e conferenze internazionali che hanno luogo soprattutto a partire dall'ultimo ventennio del secolo, allo scopo di valutare la possibilità di un progressivo avvicinamento dei sistemi giuridici europei. Vale la pena ricordare le conferenze di Berna del 1886 e del 1890 in materia di diritto di autore e di disciplina del trasporto internazionale, le conferenze tenute all'Aia, a partire dal 1895, in materia di unificazione del diritto internazionale privato, con particolare riguardo alla disciplina procedurale e alla disciplina del matrimonio, del divorzio, della tutela e delle successioni (48).

Il Congresso fu, per così dire, la creatura prediletta di Saleilles e rappresentò il momento decisivo del suo itinerario umano e scientifico. Consapevole che la sopravvivenza e la fortuna degli studi comparatistici dipendevano da un definitivo chiarimento contenutistico e metodologico, egli si impegnò affinché fosse creata, nell'ambito del Congresso, una sezione incaricata esclusivamente dell'esame delle questioni di carattere generale (49), il cui scopo era « définir la fonction et l'utilité du droit comparé pour les différentes branches du droit, de rechercher surtout les méthodes qui doivent présider tant à l'étude et à la constatation du droit étranger qu'à la pénétration spontanée ou voulue des différentes législations les unes par les autres » (50): la sorte del diritto comparato appare in tal modo legata alla sua capacità di dialogo con le discipline positive, alla possibilità di precostituire strumenti capaci di agevolare la comprensione e l'applicazione del diritto vigente.

Non si esclude, certo, la possibilità di una comparazione "fine a se stessa", priva di immediate preoccupazioni di carattere applica-

---

(48) Cfr. M. Ancel, *op. cit.*, p. 20 e s.

(49) « The problem of method proved to be the key issue during the Paris congress and it was discussed by the most eminent of those present », cfr. C. Petit, *From Paris to the Hague*, cit., p. 143.

(50) *Sur l'utilité, le but et le programme du congrès*, cit., p. 234. I profili metodologici saranno trattati, oltre che da Saleilles, da Joseph Kohler, Frederick Pollock, Adhémar Esmein, Rudolf Sohm e Gabriel Tarde.

tivo, una « science principale », il cui scopo non è la definizione di specifici indirizzi di politica legislativa ma l'elaborazione di una politica giuridica disinteressata, cioè la determinazione, attraverso la comparazione, dei criteri di sviluppo di un sistema giuridico in presenza di uno stato sociale determinato (51). Ma l'attenzione si concentra in particolar modo sulla messa a punto della comparazione come « science auxiliaire par rapport à une branche juridique déterminée » (52): è questa la filosofia che ispira i due principali contributi scritti in occasione del congresso, il *Rapport présenté à la commission d'organisation sur l'utilité, le but et le programme du Congrès*, e il saggio su *Conception et objet de la science du droit comparé* (53).

In effetti, l'organizzazione del congresso, e in particolare l'istituzione della sezione metodologica, si rivela un'impresa particolarmente ardua (54). Saleilles si rende conto che per affermare la

---

(51) *Conception et objet*, cit., p. 384.

(52) *Ibidem*.

(53) Altro momento decisivo, nel disegno scientifico e organizzativo elaborato da Saleilles, deve considerarsi la relazione affidata al giovane e promettente allievo Edouard Lambert: cfr. E. LAMBERT, *Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'enseignement du droit*, in *Congrès International de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, I, Paris, 1905, pp. 26-60. I rapporti tra Saleilles e Lambert sono ricostruiti da C. PETIT, *Lambert en la* Tour Eiffel, cit., p. 5 e ss. Si tratta di una autorità magistrale da intendersi « en sentido puramente literario », dal momento che Lambert, più giovane di Saleilles di soli undici anni, non ha mai frequentato i corsi del giurista di Beaune: cfr. C. PETIT, *op. cit.*, p. 25. I temi centrali della relazione di Lambert — tra cui la distinzione tra *histoire comparative* e *droit civil comparé* e tra quest'ultimo e la *politique législative* — verranno ripresi nell'opera ciclopica pubblicata pochi anni dopo: cfr. E. LAMBERT, *Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé. Première série: le régime succesoral. Introduction: la fonction du droit civil comparé. Tome premier: les conceptions étroites ou unilaterales. Les moyens d'action du droit commun législatif et les sources du droit national — La politique juridique, la jurisprudence et la théorie romano-canonique de la coutume — Les rapports du droit romain et du droit comparé*, Paris, 1903. Su Lambert, oltre ai saggi già citati, si veda C. PETIT, *Absolutismo jurídico y derecho comparado. Método comparativo y sistema de fuentes en la obra de Edouard Lambert*, in P. CAPPELLINI (et al.), *De la Ilustración al Liberalismo. Symposium en honor al Profesor Paolo Grossi*, Madrid, 1995, pp. 121-137.

(54) Il criterio organizzativo del congresso è spiegato in una lettera a Liszt del 12 luglio 1899: « nous avons en effet divisé le plan d'études du Congrès en Sections

nozione di comparazione che gli sta a cuore è necessario superare un cumulo di idee preconcette e di scorciatoie intellettuali che stravolgono l'essenza del diritto comparato (55).

In primo luogo, occorre evitare di cadere nell'errore di considerare la comparazione alla stregua di una mera rassegna di legislazioni straniere, aggiunta all'esame di ciascuna questione di diritto nazionale, secondo lo stile semplicistico e freddo adottato dalle principali riviste francesi dell'epoca.

La valorizzazione in chiave strumentale della storia e della comparazione ne esalta al contrario la funzione tecnica e sottolinea l'identità degli scopi cui entrambe devono tendere. Così, se l'obiettivo della storiografia non può essere soltanto quello di fornire una tavola comparativa delle istituzioni giuridiche del passato messe a confronto con le istituzioni presenti, ma si identifica con la ricerca delle ragioni di un determinato sviluppo storico e della *ratio* di un determinato istituto, lo scopo della comparazione deve essere la messa a punto, da parte della comunità dei giuristi, di un criterio interpretativo ricavato dall'esame delle diverse tradizioni giuridiche nazionali, necessario per perfezionare l'interpretazione del diritto interno, superando eventuali oscurità o lacune, e per progettare specifici interventi di politica legislativa:

> de même que la méthode historique ne fournit pas seulement un tableau comparatif des institutions du passé par rapport au droit actuel, mais un moyen de pénétration des unes par les autres; de même la science du droit comparé doit exercer son influence sur le développement actuel

---

spéciales correspondant aux différentes branches du droit; parce que le rôle et l'utilité du droit comparé ne sont pas les mêmes suivant les domaines de la science juridique. Puis, pour chaque partie spéciale, nous posons une question de principe et de méthode ainsi formulée: quels sont les rapports du droit comparé avec telle branche du droit (droit civil, droit public, droit criminel); quels peuvent être son rôle et son utilité! — Après cette question générale, portant sur un des problèmes législatifs se référant à ce domaine particulier, et pour laquelle on pourra montrer les services et la part revenant au droit comparé », O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes français*, II, cit., p. 1602 e s.

(55) Si è parlato non a caso, in relazione all'impegno profuso da Saleilles a favore della comparazione, di « lucha por la autonomía del derecho comparado », cfr. A. ARAGONESES, *Un jurista del modernismo*, cit., p. 82 e ss.

des différents droits nationaux; elle doit fournir, en se combinant avec les traditions de chaque pays, le point d'orientation vers lequel doit se diriger l'interprétation juridique, si peu que les textes laissent une certaine liberté d'allure (56).

Il problema è che alle soglie del Novecento la comparazione, nell'immaginario della maggioranza dei giuristi francesi, non è altro che una rassegna di legislazioni straniere o, nella migliore delle ipotesi, una « méthode auxiliaire de la critique législative » (57). In questa prospettiva, dedicarsi al diritto comparato significa semplicemente approfondire la disciplina che ciascuna questione ha ricevuto nelle diverse legislazioni europee. Ma questo non è altro che un inizio di diritto comparato (58); si tratta, più che di una autentica comparazione, di una « juxtaposition » meccanica di testi (59).

La grande scommessa di Saleilles è invece quella di trasformare il Congresso nell'atto di nascita della moderna scienza del diritto comparato, il che significa scontrarsi con la mentalità dominante sconvolgendo le abitudini consolidate all'interno della comunità dei giuristi (60).

---

(56) *Sur l'utilité, le but et le programme du congrès*, cit., p. 220.

(57) *Conception et objet*, cit., p. 383.

(58) Cfr. A. Mazzacane, *Alle origini della comparazione giuridica. I carteggi di Carl Joseph Anton Mittermaier*, in Aa. VV., *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento*, Milano, 2001, pp. 15-38. Si veda anche A. Aragoneses, *Un jurista del modernismo*, cit., p. 76 e ss.

(59) Si veda in proposito L.-J. Constantinesco, *Il metodo comparativo*, cit., p. 106 e ss.

(60) Ciò spiega perché, alla fine del 1899, la celebrazione del Congresso appaia ancora molto lontana e tutt'altro che certa: « nous n'avons pas abandonné notre Projet de Congrès de droit comparé pour le 1er Août 1900. Mais je lutte contre bien des difficultés, dont la principale est de faire entendre à beaucoup de gens, qui ne s'en doutent pas, ce qu'est que le droit comparé. Pour eux, c'est étudier une question de droit d'après la règlementation diverse qu'elle a reçu dans les diverses législations. Cela, c'est le commencement seulement du droit comparé; c'est une juxtaposition, ce n'est pas une comparaison. C'est comme si on disait qu'on a fait du droit romain lorsqu'on a établi l'exacte version des textes. De la juxtaposition il faut tirer des résultats; du reste ces résultats se tirent d'eux-mêmes, par la compénétration inconsciente des usages et des doctrines. Ihering l'a admirablement montré. Or à côté de la compénétration inconsciente il faut organiser une compénétration consciente et scientifique, et c'est cela le droit comparé », lettera a Huber del 17 dicembre 1899, in A. Aragoneses, *Recht im* fin

In secondo luogo, la definizione della identità epistemologica della comparazione imponeva di prendere le distanze dalla tentazione diffusa, specie in Germania, di diluire il diritto comparato nella sociologia o nella ricerca etnologica, esaltandone la dimensione culturale a scapito della essenziale vocazione tecnico-giuridica (61). Appariva necessario, soprattutto, distinguere il diritto comparato dalla *sociologia* e dalla *storia comparata delle istituzioni*.

Il diritto comparato, nella ricerca del *tipo* ideale di un'istituzione determinata, prende le mosse dalla sociologia e dalla storia comparata delle istitituzioni ma vi aggiunge però un *quid pluris* caratteristico rappresentato dalla deduzione giuridica. Per questo, la ricerca dell'identità metodologica del diritto comparato implica la messa in evidenza del contenuto propriamente giuridico di tale disciplina, presuppone cioè l'innesto sul metodo sperimentale di matrice sociologica di una tecnica astratta e logico-deduttiva e il riferimento a una dimensione assiologica.

Infatti, in una prospettiva rigorosamente sociologica, il diritto (benché « facteur le plus puissant de l'évolution des peuples, élément à la fois de conservation persistante et de transformation incessante, de respect traditionnel à l'égard des formules, en même

---

de siècle, cit., p. 91 e s. Tale impostazione è ridabita e sviluppata nel saggio sulla concezione del diritto comparato presentato al Congresso: « lorsqu'on parle de droit comparé, on entend généralement par là une méthode auxiliaire de la critique législative, méthode qui consiste à apprécier et à juger la loi nationale en la comparant aux lois similaires ou aux intitutions analogues des autres pays. Souvent même cette fonction critique est totalement absente de l'exposé parallèle que l'on présente des législations étrangères. On se contente d'une juxtaposition de textes empruntés à des législations de pays différents, sans qu'aucune méthode, ni critique, ni rationnelle, préside à cette sorte de nomenclature. Il va de soi que cette façon de faire du droit comparé ne saurait en aucune manière correspondre à l'idée d'une science indépendante, ayant son objet propre, ses lois et sa méthode. C'est l'absence même de toute discipline scientifique. Ce que l'on fournit ainsi, ce sont des documents, et de mauvais documents; car il s'agit d'insitutions exposées d'après les textes qui les régissent, c'est-à-dire d'après l'ossature inerte qui leur sert de charpente, et non d'après leur foncionnement pratique et la façon dont elles agissent et dont elles vivent », *ibidem*, p. 383.

(61) Non è un caso che, in relazione all'opera di Lambert in seno al Congresso, Carlos Petit parli di una vera e propria « *actio finium regundorum* at the inception of Contemporary Law concerning some previous comparative essays in which archaeology, folklore and history seemed to be lend together », cfr. C. PETIT, *From Paris to the Hague*, cit., p. 144.

temps que d'évolution constante et radicale du sens qu'elles recouvraient » (62)) rappresenta solo *uno* dei possibili ambiti di indagine ed è percepito più come fattore di evoluzione sociale che come strumento capace di favorire il progresso del diritto. Inoltre, ciò che più di ogni altra cosa differenzia la sociologia dalla giurisprudenza è la sua incapacità di formulare proposizioni circa il dover essere sociale, proposizioni che non possono prescindere da un certo contenuto ideale e dalla ricerca di un *quid pluris*, rappresentato dall'idea di giustizia.

Nel tracciare il discrimine tra sociologia e scienza del diritto, Saleilles recupera temi già emersi nella sua polemica anti-savignyana: il progressismo mite dei giuristi, il loro essere artefici del futuro e attori consapevoli del presente, più che eruditi bloccati in una contemplazione estatica del passato: è questo l'elemento che salva ed eleva la giurisprudenza, impedendole di ridursi al meccanicismo delle scienze della natura o di finire inghiottita nel gorgo del positivismo filosofico (63).

L'altra disciplina da cui il diritto comparato andava tenuto nettamente distinto era la storia comparata delle istituzioni, il cui organo ufficiale e più autorevole, a livello europeo, era la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, diretta da Kohler (64), e in

---

(62) *La fonction juridique du droit comparé*, cit., p. 165.

(63) « La sociologie, comme toutes les sciences d'observation pure, si elle montre ce qui est, n'enseigne pas ce qui doit être (...). Elle laisse bien prévoir ce qui devra survenir, en tant qu'il s'agit de l'application de lois sociales tirées de la nature même des choses; elle peut indiquer ce que l'on pourrait appeler le devenir social, elle ne suffit pas à révéler le devoir social, c'est-à-dire ce qui, à un moment de l'histoire de l'humanité, et dans des conditions économiques et sociales déterminées, se présente comme la solution la plus adéquate aux nécessités présentes. Ce devoir social doit tenir compte, sans doute, des résultats et des conséquences de la sociologie; mais il doit s'adapter également aux conceptions dominantes en matière de justice; il doit s'inspirer, enfin, des nécessités économiques. C'est la part de l'action réfléchie et voulue dans le développement du droit, part qui vient se superposer à l'action spontanée et incosciente, telle qu'elle résulte de l'évolution naturelle des phénomènes sociologiques », *Conception et objet de la science du droit comparé*, cit., p. 387 e s.

(64) Josef Kohler (1849-1919) ha insegnato *Bürgerliches Recht*, *Handelsrecht*, *Strafrecht*, *Zivilprozess* e *Rechtsphilosophie* nella Università di Berlino. Nel 1909 fonda, insieme a Ernst Rabel, la *Rheinische Zeitschrift für Zivil und Prozessrecht.* Tra le sue innumerevoli pubblicazioni, si vedano in particolare: *Deutsches Patentrecht. Systematisch*

generale l'etnologia giuridica, elaborata sulla falsariga della *etnologische Jurisprudenz* di Post (65).

Kohler, nel rapporto presentato al Congresso, chiarì che il suo metodo consisteva nel considerare « chaque droit national comme un membre adéquat de la civilisation humaine et d'examiner son rôle par rapport au développement de l'humanité » (66). Scopo di tale indirizzo di ricerca era quello di mettere a fuoco i tratti mutevoli delle istituzioni giuridiche di carattere pubblico o privato e di studiare le forme che esse assumono di volta in volta nelle diverse fasi del loro sviluppo. La sua attenzione si concentrava di preferenza sulle fasi originarie della vita sociale, sulla preistoria dei popoli (67). Partendo dall'idea che tale evoluzione segue leggi identiche, la storia comparata delle istituzioni tenta di ricostruire la storia primitiva delle formazioni umane, studiando i costumi e le tradizioni delle popolazioni selvagge contemporanee.

---

bearbeitet unter vergleichender Berücksichtigung des französischen Patentrechts, Mannheim, 1878; *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1902; *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin, 1906-1909; *Grundriss des Zivilprozesses mit Einschluss des Konkursrechts*, Stuttgart, 1907; *Lehrbuch des Rechtsphilosophie*, Berlin, 1909; *Internationales Strafrecht*, Stuttgart, 1917; *Grundlagen des Völkerrechts*, Stuttgart, 1918.

(65) Si vedano in particolare i *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, Oldenburg, 1894-1895.

(66) Cfr. H. CAPITANT, *Conception, méthode et fonction du droit comparé*, cit., p. 84.

(67) « On se prit de passion pour le droit des peuples de civilisation orientale, bien éloignés à coup sûr des origines de l'humanité, mais immobilisés depuis longtemps dans des traditions presque immuables. C'était le cas des Chinois et des anciens Japonais. Puis, ce fut le tour de toutes les petites tribus sauvages de l'Amérique du Sud et de l'Afrique. On put faire à cet égard les rapprochements les plus intéressants; on put constater les analogies de plus en plus frappantes de ces coutumes de races restées étrangères à notre civilisation moderne avec le droit, soit des Hindous ou des anciens Aryens, soit même des Germains de l'époque de Tacite. En histoire, comme en sociologie, on faisait à cet égard les plus précieuses découvertes; et l'on ne saurait trop redire les grands services qu'ont rendu, à ce point de vu, les travaux considérables de Mr. le Professeur Kohler et de la revue allemande de droit comparé qu'il inspire et dirige. Mais il n'est pas douteux que, sur le terrain des applications pratiques, en dehors des lois sociologiques qui gouvernent l'évolution des sociétés, on ne pouvait avoir la prétention d'avoir quoi que ce fût à retirer de toutes ces découvertes pour le développement du droit moderne. Il s'agissait de pures constatations historiques. On planait en pleine impassibilité et en pleine indifférence scientifiques », *La fonction juridique du droit comparé*, cit., p. 165 e s.

Il fine di questa disciplina, come nel caso della sociologia, era di carattere puramente scientifico, si cercava cioè di cogliere le leggi generali che regolano la vita dei gruppi sociali o di tracciare delle *regolarità*, di segnalare le fasi comuni attraversate dalle varie civiltà nel loro processo di sviluppo. Mancava in ogni caso in questi autori, che planano « en pleine impassibilité et en pleine indifférence scientifique », ogni preoccupazione di carattere pratico e ogni velleità d'*intervento*. Il metodo comparativo, in ambito storico, consisteva nello studio, condotto secondo la metodologia della ricerca storiografica, delle istituzioni giuridiche e sociali di ciascun popolo, preso nella sua concreta individualità, ed aveva come obiettivo l'impiego, entro determinati limiti, dei modelli esplicativi elaborati nell'ambito di sistemi istituzionali frutto di contesti sociali il più possibile analoghi. Era del tutto assente, in ogni caso, quell'elemento di « création ou de construction juridique » (68) che rappresenta il tratto distintivo del diritto comparato in quanto disciplina propriamente giuridica.

Una volta delimitato l'ambito di ricerca del diritto comparato, occorreva precisarne l'oggetto e la funzione; occorreva cioè definirlo *in positivo*, sforzandosi di tenere insieme una identità fragile, abbandonata agli arbitri individuali e alle licenze cui dava adito una disciplina il cui metodo sembrava consegnato all'improvvisazione dei singoli studiosi.

Infatti, se la comparazione non si riduce a una giustapposizione di testi legislativi né si identifica con la sociologia o con la storia comparata delle istituzioni, non si risolve neppure nello studio approfondito di un particolare diritto nazionale. Saleilles, che aveva frequentato a lungo il diritto civile tedesco, sapeva bene che lo studio del diritto straniero, per quanto approfondito, era solo l'anticamera del diritto comparato. Una volta individuati i sistemi legislativi di riferimento era necessario seguirne la vicenda storico-giuridica al fine di individuare le diverse forme giuridiche assunte, in ciascuna epoca e nei vari ordinamenti, dalle istituzioni considerate.

Ma ciò che rendeva particolarmente complessa la ricerca in ambito comparatistico era il fatto che la comparazione, per produrre

---

(68) *Conception et objet de la science du droit comparé*, cit., p. 386.

risultati significativi, doveva assumere a proprio oggetto il diritto vivente di ciascuno dei sistemi esaminati: la comparazione non poteva limitarsi a confezionare tavole sinottiche di leggi: anche a questo proposito Saleilles non manca di sottolineare l'artificiosità e l'insufficienza della legge, semplice « ossature dépouillée de ce qui en fait la vie », « mécanisme au repos », strumento incapace di gettar luce su un ordinamento giuridico nella sua multiforme complessità.

La vera anima di un sistema giuridico è racchiusa nel diritto vivente, prodotto spontaneo delle relazioni umane, nel diritto della pratica, applicato e creato giorno dopo giorno dai tribunali, difficile da cogliere perché ricco di sfumature e insofferente a irrigidimenti testuali (69). La messa a fuoco del diritto vivente, che per un giurista positivo rappresenta spesso il punto di arrivo dell'attività di ricerca, per un comparatista è soltanto il punto di partenza. Solo una volta che si sarà riusciti a individuare il diritto vivente di ciascun sistema (70) sarà infatti possibile intraprendere l'opera di comparazione segnalando i punti di contatto o le divergenze tra le varie discipline osservate e verificando se le diverse legislazioni si ispirano a concezioni lontane o se, al contrario, costituiscono manifestazioni di una medesima corrente.

Delimitato l'ambito specifico del diritto comparato, Saleilles ne definisce l'oggetto con riferimento alla finalità pratica perseguita dalla comparazione e ne individua i tre momenti essenziali: lo studio critico di ciascuna legislazione straniera considerata dal punto di vista economico e sociale; la ricerca dei punti di contatto espressione

---

(69) Sulla nozione di diritto vivente si vedano A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milano, 1994; L. MENGONI, *Il diritto vivente come categoria ermeneutica*, in L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, pp. 141-163; F. MACARIO, *Dottrina del diritto vivente e sistema delle fonti del diritto civile*, in N. LIPARI (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Napoli, 2006, pp. 59-91;

(70) Così, ad esempio, T. ASCARELLI, *Premesse allo studio del diritto comparato*, cit., p. 9: « per intendere nel suo valore la soluzione giuridica, occorre…collocarla nel suo ambiente, metterla in relazione col suo svolgimento storico, con le caratteristiche del paese, con la costituzione economica di questo, e così via ». Lo stesso autore precisa come « è solamente dopo che le varie soluzioni giuridiche siano intese, nella loro portata reale, che la comparazione può avere un senso, e che le varie soluzioni possono venire avvicinate, comprendendo e valutando criticamente le loro analogie e le loro differenze ».

di un processo evolutivo comune a diversi paesi; la determinazione, per ciascuna istituzione, di uno o più tipi giuridici verso i quali deve orientarsi la politica del diritto dei paesi caratterizzati da un analogo livello di sviluppo sociale.

Il primo momento assume un carattere strettamente storico: si tratta di descrivere uno stato di fatto attraverso un procedimento di pura osservazione sociale, senza alcuna finalità normativa: le istituzioni vengono comparate allo scopo di evidenziarne i punti di contatto e le affinità, senza preoccuparsi di fissare i principi dominanti di ciascuna legislazione né le costruzioni dottrinali che a partire da essi sono state elaborate. Il secondo momento, attraverso lo studio parallelo dei sistemi giuridici, punta a chiarire entro quale misura le similitudini tra tali sistemi sono espressione di correnti giuridiche comuni a popoli più o meno affini. A tale scopo, i differenti sistemi legislativi devono essere raggruppati sulla base delle similitudini e delle finalità che li caratterizzano nel tentativo di evidenziare, al di là delle differenze puramente esteriori, le identità profonde, espressione di concezioni e di necessità pratiche analoghe. Fin qui, come Saleilles ha cura di precisare, siamo ancora in un ambito propriamente sociologico: in questa fase la ricerca assume ad oggetto un essere e non un dover essere, in quanto si concentra sulla individuazione delle convergenze incoscienti e spontanee tra sistemi giuridici, frutto di interferenze di carattere naturale più che di un processo evolutivo consapevole.

La comparazione fuoriesce da una dimensione puramente storica o sociologica quando assume ad oggetto della propria indagine un dover essere connotandosi in senso prescrittivo. Quando ciò avviene, la comparazione acquista una identità giuridica e si trasforma in diritto comparato il quale deve, per sua natura, formulare una « direction pour l'avenir », e quindi « marquer un choix et une orientation ».

Il terzo momento, la determinazione di uno o più « types juridiques » verso i quali, con riguardo a uno specifico istituto, deve orientarsi la politica giuridica dei diversi paesi, rappresenta l'ambito caratteristico del diritto comparato. È importante precisare che per « politique juridique », Saleilles intende una evoluzione allo stesso tempo naturale e cosciente del diritto, frutto della iniziativa della ragione generale dell'umanità mossa da un'idea di dovere sociale. In

tal senso, essa si distingue dalla sociologia, che invece si riferisce all'idea di una evoluzione naturale e spontanea del diritto, e in quanto procedimento volto a definire i caratteri che un determinato istituto deve assumere nei suoi elementi generali, la « politique juridique » si fonda sui dati che emergono dalla comparazione delle legislazioni e dall'esame degli obiettivi da esse perseguiti.

Il diritto comparato rappresenta una *species* di tale « politique juridique », in quanto, trascurando gli elementi contingenti e accidentali che entrano in gioco nella politica del diritto, permette di giungere alla elaborazione di tipi giuridici purificati, i quali rappresentano la risultante finale della comparazione legislativa e il tipo più adatto in relazione al risultato perseguito (71):

> le droit comparé cherche à définir le type d'idéal tout relatif qui se dégage de la comparaison des législations, de leur fonctionnement et de leurs résultats, pour une institution déterminée, en tenant compte de l'état économique et social auquel il doive correspondre, mais sans se placer au point de vue de ses possibilités d'application. Il représente la part rationnelle qui doive intervenir dans la genèse et le développement du droit, en tant qu'elle prend pour objectif, non pas l'évolution d'une législation particulière, mais le courant général qui se dégage de l'ensemble des législations relatives aux pays à formation sociale sensiblement similaire (72).

Ciò non significa ridurre ad una sorta di unità forzata i diversi gruppi legislativi nel tentativo di enucleare un tipo unico verso il quale deve orientarsi lo sviluppo giuridico della « humanité civilisée »: l'elaborazione di tipi giuridici uniformi dovrà avvenire in relazione ai singoli ambiti del diritto e sarà più agevole in determinate ipotesi, come nel caso della definizione degli strumenti destinati

---

(71) Nel far ciò, il diritto comparato prende le mosse dalla « histoire comparative des institutions » e dalla sociologia, aggiungendo a tale base di partenza l'elemento logico-deduttivo: « il a sa double base dans l'histoire comparative des institutions, et dans la sociologie; dans l'une pour étudier les faits dont il a besoin, dans l'autre pour rechercher les lois naturelles du développement social qu'il doive respecter. Mais à cette double base il doit joindre la part indispensable de déduction juridique, ou de logique juridique, que la raison générale lui fournit en vue de formuler l'idéal qui paraisse s'imposer à l'inititative juridique de l'humanité, prise à un moment donné de son histoire », *Conception et objet de la science du droit comparé*, cit., p. 389 e s.

(72) *Ibidem*.

a regolamentare il commercio internazionale o nel caso di teorie che rispondono a criteri diffusi di equità o di psicologia sociale.

In ogni caso, la carica progettuale del diritto comparato, che si esprime attraverso una tensione alla uniformità, non deve produrre schemi generali e astratti, riproducendo gli « errements de l'ancienne école du droit naturel », ma deve dar vita, per così dire, a modelli generali a contenuto variabile, adottando il principio della « unité des résultats dans la diversité des formes juridiques d'application » (73). Il risultato finale della comparazione sarà quindi, come vedremo, l'elaborazione progressiva delle condizioni di pensabilità di un nuovo diritto naturale, coincidente grosso modo con il *Naturrecht mit wechseldem Inhalt* di Stammler.

Una volta chiarita la natura e la funzione del diritto comparato, Saleilles si preoccupa di stabilire in che modo le regole generali ricavate a partire dall'esame delle legislazioni straniere riescono a penetrare nel diritto interno. Ciò può avvenire per mezzo di riforme legislative o attraverso l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale. Egli è consapevole che il progresso del diritto, l'adattamento delle regole giuridiche ai bisogni mutevoli della società, è rimesso soprattutto all'opera della dottrina e della giurisprudenza, cui è demandato l'uso dello strumento progressivo della comparazione. Il diritto comparato assume un'importanza centrale nel contesto della teoria dell'interpretazione elaborata da Saleilles poiché fornisce al giurista un campo di osservazione nuovo, un fondamentale banco di prova su cui verificare il valore e la solidità delle costruzioni giuridiche nazionali, e se del caso modificarle o introdurne di nuove, a patto che si rivelino in armonia con l'insieme del diritto interno.

Ciò spiega il particolare stile di Saleilles: uno stile "veloce", apparentemente sbrigativo, utilitaristico: non si tratta di riflettere sopra i massimi sistemi, di dividere in gruppi omogenei le singole legislazioni e di studiare, nel loro insieme, quelle che appartengono alla medesima famiglia; si tratta, al contrario, di condurre la ricerca a partire da un istituto determinato e in funzione delle sue esigenze

(73) *Ibidem*, p. 394.

pratiche, studiandone il funzionamento in una o più legislazioni determinate allo scopo di valutarne i vantaggi e gli inconvenienti.

2.2. *Diritto comparato e interpretazione.*

Il diritto comparato, nella impostazione del giurista di Beaune, svolge un ruolo-chiave in ambito ermeneutico. La comparazione, infatti, integra la *méthode historique* e facilita l'*assouplissement* dei testi in quanto favorisce la messa a fuoco delle finalità proprie della fonte oggetto dell'operazione ermeneutica e precostituisce dei « procédés techniques d'interprétation » che guidano il giudice nella corretta soluzione della fattispecie (74). La « science nationale du droit comparé » si traduce in tal modo in una sorta di « interprétation internationale du droit », e cioè in una tecnica interpretativa che affida l'evoluzione organica del sistema al magistero della dottrina, ovvero all'opera di una comunità di interpreti la quale ha un carattere naturalmente sovra–nazionale.

Il rapporto che Saleilles stabilisce tra diritto comparato e teoria della interpretazione richiama i criteri elaborati nel 1890 nel "manifesto" dello storicismo metodologico, a conferma del fatto che la comparazione rappresenta un capitolo di un progetto unitario di riforma metodologica portato avanti con coerenza per più di un ventennio.

In particolare, l'interprete deve osservare i seguenti criteri: nel

---

(74) Il crescente impiego del diritto comparato a livello giurisprudenziale, per effetto della accresciuta interdipendenza e della sempre più stretta correlazione degli atti e degli ordinamenti giuridici, è analizzato da B. Markesinis-J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero — La pratica del diritto comparato*, Bologna, 2009. Da segnalare, in particolare, il contributo di Guy Canivet, Primo Presidente della *Cour de Cassation*. L'alto magistrato, dopo aver sottolineato come la scoperta e la valorizzazione del diritto comparato siano da ascriversi alla *Ecole scientifique*, evidenzia i casi nei quali le corti fanno ricorso alla comparazione per perfezionare il diritto interno. Ciò avviene: quando il diritto nazionale presenta una lacuna, un anacronismo, o deve essere modernizzato; quando il giudice nazionale si pronuncia su questioni sociali fondamentali; quando un problema è comune a molti paesi; quando vi è l'occasione di verificare l'efficacia delle evoluzioni giurisprudenziali suggerite dal diritto straniero; quando la soluzione ha un fine economico che eccede i limiti del sistema giuridico in cui viene applicata. Cfr. G. Canivet, *La pratica del diritto comparato nelle corti supreme*, in B. Markesinis-J. Fedtke, *op. cit.*, p. 413 e ss., in particolare p. 421 e s. e p. 425 e ss.

caso in cui la legge stabilisca una prescrizione precisa per una fattispecie determinata, l'interprete è tenuto ad applicarla e, laddove la ritenga sbagliata, potrà utilizzare il diritto comparato come strumento per dar vita a una corrente di opinione favorevole alla riforma legislativa. Ma, al di là di tale funzione polemica, il diritto comparato non ha, in una simile ipotesi, alcun ruolo come elemento di interpretazione. È interessante notare come Saleilles ricomprenda, a tal fine, nella nozione di « loi positive » non soltanto la legge propriamente detta, ma « toute forme écrite du droit positif », come ad esempio un decreto, un regolamento amministrativo o il regolamento di un corpo, che rappresenti la norma di riferimento per l'insieme della collettività o per un gruppo determinato.

Al contrario, nel caso in cui determinati istituti siano il frutto di innesti effettuati a partire da esperienze straniere, il punto di vista comparatistico assume un rilievo centrale. Esempi in tal senso si possono trovare nella vicenda del feudalesimo, che fu oggetto di esportazione e la cui disciplina uniforme, a livello europeo, fu il risultato di pratiche interpretative guidate dalla comparazione, e nella diffusione del regime parlamentare, la cui genesi ricorda molto da vicino quella seguita dal modello feudale.

Escluse queste due ipotesi estreme, la comparazione svolge un ruolo importante nel caso in cui il significato della legge non sia chiaro e inequivocabile. In questo caso, infatti, tale significato si chiarisce, nella misura in cui si tratti di un istituto rispondente a bisogni generali di natura universale, guardando alla esperienza comparata delle legislazioni straniere relative alla medesima materia, suscettibili di rivelare il funzionamento più appropriato di un meccanismo giuridico e la pratica più adeguata all'ideale perseguito. Ovviamente, il diritto comparato non sarà l'unico criterio interpretativo impiegato ma, nel contesto di una operazione ermeneutica complessa nella quale entrano in gioco la diversità delle pratiche e delle tradizioni nazionali, costituirà una importante fonte di ispirazione.

Infine, il ruolo della comparazione sarà ancora maggiore in tutti quei settori nei quali le prescrizioni giuridiche hanno valore presuntivo, rappresentano cioè la semplice sussunzione in un testo di legge di usi e consuetudini vigenti in un determinato momento storico, suscettibili di modificarsi con il trascorrere del tempo. In tal caso, la

disposizione legale ha natura puramente interpretativa e il suo significato è destinato a mutare con il mutare dell'uso che ne costituisce il fondamento. In tale ambito, perciò, in presenza di una tendenza crescente ad ammettere nella pratica del diritto la rilevanza di usi comuni di carattere internazionale, la funzione ermeneutica della comparazione emerge in tutta la sua importanza (75).

Siamo in presenza della prima preconizzazione di quella pratica degli « innesti giuridici » che sarà tematizzata, un secolo dopo, dai sociologi del diritto e dai teorici del diritto globalizzato. Si tratta di un fenomeno di passaggio da un ordinamento all'altro di novità giuridiche (sentenze, norme, usi giurisprudenziali, riferimenti dottrinali) attraverso percorsi di tipo giudiziario (76).

La comunità degli interpreti alla quale è affidata l'elaborazione del « droit commun » è l'artefice di tali innesti ed è responsabile, attraverso l'opera delle singole giurisprudenze nazionali, della universalizzazione delle pratiche giuridiche maggiormente innovative. Saleilles teorizza esplicitamente tale procedimento tutte le volte in cui fa ricorso alla giurisprudenza straniera per introdurre nell'ordinamento francese un principio giuridico nuovo, come nel caso del principio della responsabilità del proprietario per danni provocati da oggetti inanimati, argomentato a partire da una sentenza della Corte superiore del Canada (77).

La pratica degli innesti risulta particolarmente feconda sul versante dottrinale, poiché la comparazione permette di svelare una « géographie des idées », che rappresenta la premessa per la elabo-

---

(75) Ciò purché si tenga presente come lo scopo dello studio comparatistico non sia « la soluzione del caso, che deve coordinarsi con un diritto determinato, ma l'allargamento della nostra esperienza…come avviene negli studi storici », cfr. T. Ascarelli, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Rivista del diritto commerciale*, LII, 5-6, pp. 157-184, cit., p. 175 e s. Sul tema, dello stesso autore, si veda il già citato saggio *Diritto comparato e teoria della interpretazione.*

(76) Cfr. M. R. Ferrarese, *La comparazione nel mondo globale: un'avventura della serendipity*, in V. Bertorello (a cura di), *Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come, perché?*, Milano, 2003, pp. 101-113, cit., p. 107 e s.

(77) Si veda R. Saleilles, *La responsabilité du fait des choses devant la Cour supérieur du Canada*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, X, 1911, pp. 23-59. Sulla possibilità di utilizzare a fini giurisprudenziali la comparazione, si veda A. Somma, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001.

razione di costruzioni teoriche sovra-nazionali destinate a favorire l'universalizzazione di soluzioni giuridiche relativamente ad ambiti determinati:

> il importe peu, au point de vue du droit comparé, c'est à dire au point del vue de l'influence d'imitation que les lois, comme les idées, ont les unes par rapport aux autres, qu'il s'agisse surtout de doctrines qui se propagent ou de Projets qui s'élaborent, plutôt que de législations en vigueur. Il y a une géographie des idées, comme il y a une géographie des lois; et lorsqu'il s'agit d'idées juridiques, cette géographie des doctrines constitue un élément du droit comparé tout aussi bien que la comparaison des textes de lois, et même mieux encore. Car les idées qui se propagent représentent le droit de demain; les textes qui s'effritent sont déjà le plus souvent du droit historique. Montrer comment ces doctrines gagnent de proche en proche, comment elles s'installent peu à peu dans l'enseignement, voire même, ce qui est plus curieux encore, dans l'interprétation des tribunaux, comment enfin elles se font jour dans tous les projets de lois et comment elles préparent l'unité sur le terrain d'un domaine commun, et en vue d'un but unique, qui est le même pour tous les pays…n'est-ce pas…faire du droit comparé, et du meilleur? (78).

L'antiformalismo di Saleilles trova nella comparazione la garanzia di un progressismo temperato, capace di ampliare le coordinate tradizionali dell'interpretazione giuridica senza sconvolgerle, grazie alla affidabilità di un metodo che si fonda, ancora una volta, sull'osservazione della realtà e sulla sperimentazione. La comparazione offre così un serbatoio pressoché inesauribile di soluzioni capaci di alimentare il procedimento ermeneutico conferendogli

---

(78) Lettera a Liszt del 4 aprile 1900, in O. MOTTE, *op. cit.*, p. 1605. La convinzione della centralità delle concezioni dottrinali nello sviluppo del diritto comparato e dei singoli sistemi giuridici nazionali si chiarisce anche attraverso la piccola polemica con Stoos di cui la lettera a Liszt conserva traccia. La questione verte sulla nozione di « Kriminalpolitik » e sulla opportunità o meno che essa possa divenire oggetto di studio da parte del diritto comparato. Stoos, in risposta a una lettera di Cuche, dubita che ciò sia possibile adducendo il carattere esclusivamente dottrinale della nozione di « Kriminalpolitik ». Saleilles osserva al contrario che innumerevoli riforme di carattere legislativo (condanna e liberazione condizionale, riforma dell'ordinamento penitenziario, trattamento penale degli alienati etc.) si ispirano a precisi indirizzi di politica criminale, a dimostrazione del fatto che le nozioni teoriche esercitano un influsso pari, e talvolta superiore, a quello esercitato dalla legislazione o dalle pronunce giurisprudenziali.

quello slancio evolutivo indispensabile per assicurare lo sviluppo e la sopravvivenza del sistema giuridico (79).

Egli si presenta perciò fin da subito come uno dei più convinti assertori della natura strumentale della comparazione al punto da elevarla a chiave di volta di una teoria dell'interpretazione profondamente rigenerata, liberata dalla superstizione del legalismo, in un orizzonte scientifico segnato dalla contrapposizione tra « esprit de la norme juridique » e « esprit de discipline juridique » (80): la comparazione, allora, rappresenta la prova del nove di una teoria dell'interpretazione che, animata da una aperta ostilità verso le ingessature del metodo esegetico e guidata dalla parola d'ordine dell'*assouplissement*, ha però bisogno di una ricaduta concreta, di un termine *ad quem*, che consenta di rendere effettivo e efficace un criterio che, diversamente, rischia di perdersi nel cielo delle astrazioni:

> on peut donc prévoir, à supposer que l'idée puisse sembler quelque peu prématurée actuellement, que le droit comparé deviendra dans l'avenir la source d'interprétation en quelque sorte normale du droit positif. Le droit en arrivera forcément, en effet, à s'assouplir et à échapper aux rigueurs de ce que l'on pourrait appeler le principe d'immobilisation de la norme juridique, pour laisser plus de place à l'initiative organique de ceux qui l'appliquent (81).

La comparazione consente in tal modo di superare la « superstition de la loi, envisagée comme une norme inflexible, comme une règle morte destinée à asservir à perpétuité le présent au passé » (82), presentandosi come un possibile luogo strategico di conciliazione tra le esigenze del progresso e la garanzia della certezza del diritto. Il diritto comparato, in quanto ingrediente essenziale della *méthode historique*, favorisce l'abbandono dell' « esprit de norme ju-

---

(79) Cfr. A. Esmein, *Le droit comparé et l'eseignement du droit*, in *Bulletin de la société de législation comparée*, XXIX, 1899/1900, p. 373 e ss. Questo essenziale ruolo della comparazione è stato da ultimo ribadito anche in relazione al diritto costituzionale: cfr. G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge — Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, p. 149 e ss.

(80) Cfr. P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 202.

(81) *Conception et objet*, cit., p. 403 e s.

(82) *Ibidem*.

ridique », caratteristico dell'esegesi, e la sua sostituzione con l'« esprit de discipline juridique », il cui tratto dominante è la *souplesse*, conseguenza di una nozione di legalità parimenti inflessibile ma « tournée vers le but de la loi » e quindi « sollicitée vers les procédés d'initiative les plus aptes à la réalisaton de ce but légal » (83).

Negli ultimi due lavori dedicati alla comparazione, *La fonction juridique du droit comparé*, pubblicato nel 1909 nei *Juristische Festgabe des Auslandes zu Joseph Kohlers 60 Geburtstag*, e *Droit civil et droit comparé*, pubblicato nel 1911, un anno prima della morte, nella solita *Revue internationale de l'enseignement*, la nozione di « science nationale du droit comparé » viene ulteriormente precisata, soprattutto attraverso un approfondimento della analogia con il diritto internazionale privato (84). Quest'ultimo, essendo costituito dalle leggi elaborate da ciascun paese per la soluzione dei conflitti che possono sorgere sulle più importanti questioni di diritto privato, rappresenta una sorta di nazionalizzazione del diritto internazionale. Le regole interpretative, in questa materia, devono ispirarsi, a meno che i testi non vi si oppongano formalmente, a dei principi comuni ammessi come principi internazionali da una sorta di scienza obiettiva del diritto internazionale.

Lo stesso processo di nazionalizzazione delle acqusizioni internazionali che opera nell'ambito del diritto internazionale privato può operare anche in materia di diritto comparato. Quando, in un sistema giuridico nazionale, si constata una rottura o una lacuna, e, per colmarla, si va alla ricerca di un modello da seguire, non è pensabile adottare in blocco quella, tra le diverse legislazioni straniere, che appare più idonea a soddisfare le esigenze di riforma,

---

(83) *Ibidem*.

(84) Vengono riproposte le tre diverse concezioni del diritto comparato: la comparazione che si occupa della ricostruzione storica delle tradizioni giuridiche dei differenti popoli allo scopo di cogliere i rapporti che le legano ai successivi stadi della civilizzazione; la comparazione che ha per oggetto la descrizione delle rispettive istituzioni delle nazioni appartenenti a una medesima civilizzazione allo scopo di raggrupparle in categorie omogenee e di determinare, tra i diversi tipi individuati, quelli maggiormente rappresentativi dello stato attuale della civilizzazione, con il risultato di preconizzare il tipo di istituzione verso il quale tenderà ad orientarsi l'evoluzione parallela delle differenti legislazioni nazionali; infine, la comparazione che si ispira al *modus procedendi* e ai criteri del diritto internazionale privato.

poiché ciò equivarrebbe a trapiantare, senza precauzioni e con evidenti rischi di rigetto, un elemento estraneo all'interno di un organismo giuridico unitario.

Perciò, se si vuole che il legislatore possa, a un certo momento, adottare proficuamente una legge straniera, mettedola in armonia con le istituzioni giuridiche del paese, occorre che, grazie a un lento processo di preparazione "spirituale" e a un adattamento progressivo del sistema nazionale, essa si presenti come il frutto dell'evoluzione interna del diritto del paese, piuttosto che come una legge imposta artificiosamente dall'esterno.

Ed è questo, precisamente, il fine della « science nationale du droit comparé »: studiare i sistemi giuridici stranieri in funzione del diritto nazionale, cioè in previsione dei contributi che la dottrina può rivelarsi in grado di fornire alla costruzione del sistema giuridico nazionale, anche in vista di un previo avvicinamento delle tendenze giurisprudenziali (85). È anzi proprio sul versante della giurisprudenza che la comparazione è destinata a giocare il ruolo più significativo. Tale impostazione, oltre a distinguersi nettamente dalla nozione di comparazione propria di Lambert (86), attribuisce al diritto comparato una funzione davvero decisiva, poiché ne fa il principio di progresso e di rinnovamento dell'intero sistema civilistico:

> le droit comparé devient ainsi, de plus en plus, un des facteurs, non plus incoscients, mais raisonnés et vraiment scientifiques, de l'élaboration du droit civil. Il tend à devenir pour le droit privé, ce qu'est la comparaison des constitutions étrangères pour le droit public (87).

---

(85) Un esempio significativo dello sviluppo progressivo di un diritto comune internazionale in grado di colmare le lacune del diritto interno è offerto dal tema delle assicurazioni sulla vita, cfr. R. SALEILLES, *La fonction juridique du droit comparé*, cit., p. 170 e s.

(86) In un'ottica utilitaristica, infatti, non è più necessario percorrere l'intero ciclo delle legislazioni straniere, studiandole e raggruppandole in classi omogenee. Sarà invece sufficiente studiare a fondo quella tra le legislazioni vicine che sembra, di volta in volta, rispondere nel modo migliore alle concezioni che si hanno in mente e in base alle quali si vorrebbe modificare il diritto nazionale. Si tratterà, in altre parole, di studiare, in una o più legislazioni determinate, il funzionamento dell'istituto al quale ci si vuole ispirare, esaminandone l'organizzazione pratica e i vantaggi e gli svantaggi evidenziati da una applicazione pregressa.

(87) *Droit civil et droit comparé*, cit., p. 31.

La certezza delle potenzialità operative della comparazione rappresenta insomma il vero contenuto di originalità del messaggio di Saleilles. Ad esso si manterrà fedele sino all'ultimo laciandolo in eredità alle generazioni future.

2.3. *La comparazione come fonte di un nuovo diritto naturale: il « droit commun de l'humanité civilisée ».*

Tra le molteplici contraddizioni che segnano la *Belle Epoque* ve n'è una che non sfugge agli intellettuali più attenti: a fronte di un crescente e sempre più aggressivo nazionalismo politico, preludio della grande catastrofe bellica, si assiste alla tendenza, indotta dal moltiplicarsi delle relazioni economiche e dalla rivoluzione industriale, al superamento dei nazionalismi giuridici.

« La terre s'ouvre à l'universalisme des transactions », osserva non a caso Saleilles: il carattere sovra-nazionale dei processi economici impone l'unificazione o quanto meno la standardizzazione degli strumenti giuridici, a cominciare da istituti particolarmente sensibili, quali la tutela del diritto di autore o la disciplina del trasporto internazionale (88). Si tratta di un fenomeno che egli mette a fuoco lucidamente già a partire dal 1891, recensendo un libro di Sraffa sulla *Liquidazione delle società commerciali*, che, insieme al saggio dell'anno precedente, inaugura la lunga stagione della riflessione metodologica.

Prendendo spunto dal diritto commerciale, Saleilles fa riferimento a un « droit commun du monde civilisé », le cui premesse sono da scorgere nei nuovi usi commerciali e negli strumenti elaborati in piena libertà e senza alcun riguardo ai confini nazionali dagli operatori giuridici europei, dai pratici, da quelle che oggi si definirebbero *law firms* (89). L'individuazione, a partire dalla diversità

---

(88) La comparazione realizza qui il suo compito più alto e più nobile: la constatazione della tendenza alla universalizzazione in atto nel diritto moderno. Come si è osservato, « Saleilles préconise les études de droit comparé comme méthode permettant de garantir l'objectivité dans l'évolution du droit et de contribuer ainsi à contruire une communauté de droit qui ne soit pas conçue comme un retour au passé mais comme un projet d'avenir », cfr. M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit — Le relatif et l'universel*, Paris, 2004, cit., p. 35.

(89) Il tema della produzione del diritto da parte dei cosiddetti "pratici", attraverso

delle legislazioni esistenti, di un « fond commun » è la finalità ultima e più importante della comparazione (90).

Bisogna allora decidere quale sia il metodo migliore da adottare per giungere alla definizione di questa nozione di « droit commun du monde civilisé »: occorre scegliere, ancora una volta, tra l'« esprit philosophique », fondato sull'antica concezione del diritto naturale, e l' « esprit pratique », basato sulla osservazione sperimentale dei fatti sociali. Tra il metodo che consiste nel prendere per obiettivo di ogni creazione giuridica il punto di vista di un ideale di ragione, o una qualsiasi altra concezione *a priori*, e il metodo che, pur senza rinunciare ad ogni contenuto ideale, riesce a collegarlo all'osservazione delle leggi naturali, e che sceglie di orientare verso un ideale di giustizia le forze creatrici che nascono nella profondità dei gruppi sociali e la cui principale ragion d'essere, in ambito giuridico, è sempre il perseguimento di determinati fini di carattere pratico.

Il processo di costruzione di tale « droit commun » si chiarisce solo attraverso l'individuazione del « but collectif » perseguito dai popoli e dagli individui nel loro movimento continuo verso il progresso sociale. Solo il consenso unanime dei popoli civilizzati, evitando che il concetto di scopo giuridico si pieghi a interpretazioni personali e a riflussi giusnaturalistici, permette di rivelare la direzione definitiva e il senso del progresso giuridico, il cui esito, in ambito commercialistico, sembra quello della ricostituzione di un

---

canali autonomi, che sfuggono in gran parte al controllo del potere politico, è di estrema attualità ed è da tempo oggetto di un vivo dibattito. Cfr., su questo, Y. Dezalay, *I mercanti del diritto: le multinazionali del diritto e la ristrutturazione dell'ordine giuridico internazionale*, Milano, 1997; P. Grossi, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXIX, 2000, p. 551-558; *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 279-300; *Aspetti giuridici della globalizzazione economica*, in *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 301-312; M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; M. R. Ferrarese, *Diritto sconfinato*, Roma, 2006.

(90) « Pour Saleilles, la mission créatrice du droit comparé est de fournir aux sociétés un instrument efficace de rapprochement et d'unification générale », così secondo A. Stora-Lamarre, *La lacune et le remède: la tâche du législateur républicain*, in *Revue de l'histoire de l'enfance irrégulière*, n. 2, 1999. Il rapporto tra universalismo giuridico e comparazione è studiato da M. Ancel, *La tendance universaliste dans la doctrine comparative française au début du XX siècle*, in H. Dölle-M. Rheinstein-K. Zweigert (a cura di), *Festschrift für Ernst Rabel*, I, Tübingen, 1954, pp. 17-38.

comune tessuto normativo sovra-nazionale, sull'esempio del sistema giuridico medievale:

> c'est ainsi que, lorsqu' il s'agit tout au moins d'usages commerciaux, et par suite de relations internationales, il se fait forcément un échange de tous les progrès réalisés entre nations qui soient en rapports d'affaires, et ceux de ces usages particuliers qui répondent le mieux à la vie commerciale universelle tendent à l'emporter partout et à se faire reconnaître comme droit universel, à la façon de ces institutions du droit Romain qui jadis devenaient peu à peu le droit commun de tous les peuples, en ramenant à elles la transformation des usages particuliers (91).

Prende forma, dal basso, sulla spinta dei fatti, una sorta di diritto commerciale universale, svelato dalla comparazione, che chiede di essere riconosciuto come diritto comune dei popoli civilizzati, come è avvenuto nel caso del diritto internazionale, sia privato che pubblico, il quale, pur non essendo un diritto codificato, ha tuttavia assunto una identità giuridica precisa e una sua indubbia positività.

Saleilles immagina che vi siano, tra le nazioni, legami di natura solidaristica, analoghi a quelli che si vanno costruendo nel settore economico e industriale. Il contesto storico d'inizio Novecento è caratterizzato dallo sviluppo di un sistema economico il cui orizzonte è ormai sovra-nazionale e da una sorta di "industrializzazione" del diritto privato. Si genera così uno spazio ideale, una « frappe commune », il cui attore principale è la comunità dei giuristi, nella quale avviene lo scambio delle nozioni giuridiche e la condivisione dei risultati. Si tratta di un processo inevitabile innescato dallo sviluppo esponenziale del sistema economico: il paese che rifiuta di beneficiare di tale condivisione è destinato ad essere messo ai margini della comunità di vita che lega le nazioni e finisce per trovarsi escluso dalla « marche progressive » nella quale è impegnata l'« humanité civilisée » (92).

Il ruolo assunto dal giurista moderno, in quanto esponente di una comunità sapienziale a carettere sovra-nazionale, è paragonato al ruolo svolto dai giuristi d'*Ancien Regime*, da Dumoulin a Pothier.

---

(91) *Le droit commercial comparé*, cit., p. 221 e s.

(92) *Rapport général*, cit., p. 7.

Il diritto consuetudinario francese era lacunoso, frammentario, ed era perciò causa di frequenti conflitti e incompatibilità. I giuristi d'*Ancien Regime* riuscirono a far fronte a simili incongruenze elaborando un diritto comune sussidiario, capace di colmare le lacune dell'ordinamento e di fornire una guida per l'interprete in assenza di una previsione formale. Tale diritto era il prodotto di trasformazioni consuetudinarie costanti, nasceva dalla fusione dei diversi diritti consuetudinari modificati, trasformati, attenuati, alterati o confermati dalla vicinanza delle concezioni romane. Il « droit commun de l'humanité civilisée » di cui parla Saleilles, con riferimento a determinati istituti privatistici, dovrebbe svilupparsi in base a un procedimento analogo.

Appare evidente, in tal modo, come il diritto comune, che la comparazione permette di rivelare non sia altro che un ideale destinato a rimpiazzare il vecchio diritto naturale caduto in disgrazia; un diritto naturale, però, variabile, storico, contingente, legato al diritto vivente di una determinata epoca, un diritto naturale « descendu de sa sphère immuable et abstraite pour prendre corps dans un droit vivant, né du conflit des intérêts eux-mêmes, et de la sélection naturelle des faits sociaux » (93). Il diritto comparato reca perciò in sé una forte carica di universalità, è l'unica versione modernamente plausibile di diritto naturale (94):

> le droit comparé porte en lui, pour un temps donné et une civilisation donnée, ce principe d'universalité qui est le propre du droit naturel (95).

---

(93) *Le droit commercial comparé*, cit., p. 222.

(94) L'idea di un nuovo « droit commun » fu sostenuta, al Congresso, anche se su un piano in parte diverso, da Edouard Lambert, il quale introdusse il concetto di « droit commun législatif ». L'appellativo « législatif » che qualifica il « droit commun » elaborato attraverso l'indagine comparatistica è scelto a ragion veduta, è una terminologia « de combat », e mira a un duplice risultato: in primo luogo, a scongiurare il rischio di un più o meno velato ritorno del diritto naturale, che Lambert, da buon libero pensatore nutrito di filosofia positiva aborre, come appare evidente, in particolare, dalla critica serrata rivolta alla *libre recherche* di Gény, nella misura in si traduce nel recupero di un « irréductible droit naturel »; in secondo luogo, l'abbandono del riferimento alla « humanité civilisée » consente di allargare l'orizzonte della ricerca comparatistica superando la visione eurocentrica basata sul primato dello *europäisches Völkerrecht* tipica di Saleilles. Cfr. C. Petit, *From Paris to the Hague*, cit., p. 148.

(95) *Ibidem*.

Saleilles riscopre così, dopo la scepsi storicistica, quella carica ideale di cui non aveva mai cessato di sentire il bisogno, e lo fa nel modo apparentemente più banale: riproponendo la via di fuga del diritto naturale. Si tratta, però, di un diritto naturale ben diverso rispetto a quello teorizzato dai giuristi del Sei-Settecento; è un diritto naturale generato *ex post*, in coseguenza di un progressivo e spontaneo avvicinamento dei sistemi giuridici europei, il cui risultato è la produzione di un diritto *comune*, la cui generalità archetipica non è il frutto di una combinatoria astratta ma nasce dalla concretezza di processi storici determinati (96).

Questa idea rappresenta il nucleo centrale delle sue concezioni in materia di diritto comparato. La comparazione non deve fornire il pretesto per facili assimilazioni o per prestiti affrettati e privi di reale valore scientifico; i suoi risultati contano nella misura in cui definiscono un tipo giuridico ideale verso il quale è possibile orientare l'evoluzione del diritto nazionale. Lo scopo, perciò, sarà quello di trasferire gli esiti dell'analisi comparatistica all'interno degli schemi legislativi tradizionali, conservando le forme e l'armonia dell'insieme e favorendo al contempo l'accettazione progressiva e la realizzazione finale dei risultati raggiunti attraverso la critica comparata delle legislazioni:

> il s'agit, en somme, pour chaque pays, de concourir à cette formation d'un droit commun de l'humanité civilisée, qui soit, pour l'ensemble des Etats, ce qu'était, dans les pays à variétés coutumières, ou à legislations locales diverses, comme l'ancienne France ou l'Allemagne avant son Code civil, la construction progressive et doctrinale d'un droit unitaire se formant par dessus et au delà des diversités juridiques particulières. Et, d'ailleurs,

---

(96) Cfr. A. Aragoneses, *Un jurista del modernismo*, cit., p. 107. Un'idea non dissimile sarà alla base del cosiddetto *Unidroit*, e dell'*Uniform Commercial Code*, esperimenti nei quali taluno crede di poter scorgere l'attuazione dei *desiderata* di Saleilles e di Lambert: « le comparatiste doit analyser en profondeur les droits étrangers pour en faire profiter son propre droit ce qui passe nécessairement par l'étude de l'ensemble des sources du droit et notamment la jurisprudence et la doctrine. Le droit comparé a alors pour objet la recherche d'un fond commun à toutes les législations nationales et qu'il s'oriente rapidement vers la perspective d'une unification législative internationale », cfr. M. Clermont, *Le rapprochement du droit européen des contrats, enjeux et perspectives*, Mémoire de Dea sous la direction du Professeur Cristophe Jamin, Promotion 2002-2003, Lille2 - Université du droit et de la santé, cit., p. 3.

n'est-il pas étrange que cette idée d'un droit commun de l'humanité, considéré comme une sorte de devenir social, paraisse, aujourd'hui, à notre époque qui se prévaut de ses progrès humanitaires, comme une chimère, ou, pour quelques-uns, comme un scandale, alors que, dans l'Europe chrétienne du moyen âge, on a vu cette unification se réaliser presque définitivement par des procédés divers, au moins sur certains terrains partiels? Ce fut le rôle, avant tout, du droit canonique, et, également, du droit féodal; ensuite, du droit romain. Il est vrai qu'à l'époque du XVIII siècle, on a voulu substituer à ces disciplines vraiment vivantes une discipline morte et stérile, celle d'un droit naturel purement abstrait. A cet idéal dépourvu de réalité, substituons à nouveau une discipline de vie, celle de l'évolution progressive du droit, telle qu'elle résulte du mouvement comparatif des législations. Mais, pour cela, il faut que la doctrine et la jurisprudence, dans chaque pays, loin de s'isoler, se rapprochent de ce mouvement d'ensemble et de ce processus collectif de la science juridique universelle (97).

Con un occhio rivolto alla realtà giuridica medievale (98), e in polemica col razionalismo giusnaturalistico, Saleilles immagina perciò sistemi giuridici nazionali sempre più vicini, tenuti insieme da un tessuto giuridico sovra-nazionale il cui scopo principale è quello di servire da guida all'interpretazione e all'evoluzione del diritto nazionale cui è affidato un ruolo di primo piano. La sussidiarietà del diritto comparato fa sì che esso trovi la sua ragion d'essere non già nel tentativo di fondere il diritto locale in un sistema unificato all'interno del quale ciascuna legislazione sarebbe soltanto un elemento di un tessuto giuridico complesso: il problema anche qui, come nel caso della storia, sarà quello di individuare, attraverso la

(97) *Conception et objet du droit comparé*, cit., p. 396 e s.

(98) Nella recensione al libro di Sraffa, Saleilles traccia uno schizzo veloce della storia giuridica francese. Essa appare segnata dal passaggio dall'universalismo dell'età medievale alla frammentazione dell'età moderna e presenta, nell'età contemporanea, i segni di una nuova forma di universalismo, favorito dal progresso tecnico-scientifico (*Le droit commercial comparé*, cit., p. 220). Egli, tuttavia, non vagheggia una sorta di cosmopolitismo giuridico: il progresso è frutto della libertà e la libertà significa necessariamente spontaneità e diversità. Ma se la diversità degli usi è il prodotto dell'infinita varietà delle realtà sociali, è non di meno evidente come lo sviluppo delle società europee sia caratterizzato da una progressiva tendenza alla coesione e all'unità. Ciò lo porta a teorizzare l'identità, in ambito giuridico, tra evoluzione e processo di unificazione: « l'unification progressive est la loi de tout ce qui évolue et le droit est en voie constante d'évolution », cfr. R. SALEILLES, *La fonction juridique du droit comparé*, cit., p. 167.

comparazione, soluzioni capaci di colmare le lacune o le insufficienze dei singoli diritti nazionali.

Saleilles intuisce così fin da subito il *messaggio* di cui è portatore il diritto comparato: la comparazione è il mezzo che consente di individuare un nuovo diritto comune, un linguaggio giuridico universale sul modello dell'*utrumque ius* medievale, che, in quanto strumento di legittimazione in grado di fondare il valore positivo di ogni istituto di diritto privato, rappresenta la versione rinnovata, storica, empirica, del diritto naturale classico e delle astrazioni giusnaturalistiche dell'età moderna (99):

> ce droit commun universel prendrait ainsi la place, par rapport aux relations juridiques qui touchent au commerce, qu' occupait jadis le droit Romain considéré comme raison écrite, et se substituerait par ce fait même à la conception d'un droit naturel supérieur à tous les droits particuliers et vers lequel tous doivent tendre; ce serait, si l'on veut, le droit naturel descendu de sa sphère immuable et abstraite pour prendre corps dans un droit vivant, né du conflit des intérêts eux-mêmes, et de la sélection naturelle des faits sociaux; dégagé sans doute de tout système a priori, mais d'autant plus rapproché de l'idée de justice par la force même de la doctrine et de la science juridique, dont la mission est précisément de ramener à l'harmonie et par suite aux exigences de la justice sociale tous les phénomènes juridiques spontanés (100).

Con la teoria del « droit commun », la voce di Saleilles assume toni profetici ed anticipa temi che un secolo dopo diverranno centrali nella teoria del diritto: la concezione di una « marche progressive de l'humanité », di una evoluzione intesa come processo di universalizzazione, l'idea della trasformazione radicale dell'orizzonte culturale del giurista per effetto del diffondersi del regime capitalistico e del mutato rapporto di forza tra diritto ed economia. Il « droit commun » è un diritto per sua natura elastico, fluido, "orizzontale", centrifugo, è una "cosa" dei giuristi e non un'inven-

---

(99) Sulla comparazione come strumento di elaborazione di un nuovo diritto naturale e come strumento di unificazione del diritto umano insisterà in quegli anni anche Giorgio Del Vecchio. Cfr. G. Del Vecchio, *Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato*, Torino, 1909, cit., p. 19 e p. 21 e ss.

(100) *Le droit commercial comparé*, cit., p. 222.

zione del potere politico (101). A partire dal saggio sul « droit commercial comparé », scritto all'inizio degli anni Novanta, Saleilles intuisce il formarsi di una *lex mercatoria*, creata autonomamente dal moderno capitalismo industriale e modificata in accordo con le proprie esigenze di evoluzione. Ma il diritto commerciale, come abbiamo visto, è solo un'avanguardia; è solo un tassello di un nuovo *ius commune* la cui origine sfugge ai tradizionali canali di normazione e mette in discussione il monismo giuridico tipico del modello francese (102).

Il fatto che il richiamo della vicenda giuridica medievale fondi la premessa della riflessione sul « droit commun » svela il significato dell'operazione messa in atto da Saleilles: tale vicenda non è presentata come un modello coartante ma come un messaggio ricco di suggestioni, che può aiutare a comprendere la specificità di una fase storica nella quale la « marche progressive » ha subito una improvvisa accelerazione, il giuridico torna ad essere appannaggio della società (103), la legge è in evidente affanno, e la scienza giuridica, i

---

(101) Si tratta di un diritto di origine dottrinale « que serviría de base al derecho positivo legislado o jurisprudencial », cfr. A. ARAGONESES, *Un jurista del modernismo*, cit., p. 106. L'autore sottolinea il sottofondo elitista e reazionario del *droit commun*, in quanto espressione di un diritto dei *jurisconsultes* teso a circoscrivere o a controllare l'assolutismo legislativo della Terza Repubblica.

(102) Il punto sarà messo in evidenza lucidamente dai teorici e dai sociologi del diritto contemporanei. Cfr. M. R. FERRARESE, *Riflessioni sul diritto nel mercato globalizzato*, in *Conflitti e diritti nella società transnazionale*, Milano, 2001, pp. 257-262.

(103) Il Codice, in questa prospettiva, è solo un importante punto di snodo di una rete complessa, la cui evoluzione sfugge in larga misura alle capacità di controllo e di previsione del potere legislativo. Essendo chiamato a svolgere una funzione di orientamento e non a stabilire una regolamentazione soffocante del diritto privato, esso deve essere il più possibile essenziale, "lacunoso", ricco di clausole generali e di formule vaghe. Il Codice ideale è, come sappiamo, quel Codice che « formule son droit et en même temps laisse place pour l'expansion de la vie ». Questo è, ai suoi occhi, il merito principale del Codice svizzero, come scrive a Huber nella lettera del 23 dicembre 1907, nella quale si felicita per la definitiva approvazione dello ZGB: « mon bien cher collègue et ami, merci de votre précieux envoi de votre beau Code civil. On peut dire du vote de l'Assemblée fédérale ce que disent les Allemands de celui du Bundesrath pour l'unification du droit civil, que ce fut le plus précieux cadeau de Noël qui pût être fait au peuple allemand. Vous venez de doter le peuple suisse d'un cadeau de Noël qui me paraît plus précieux encore, car il formule son droit et en même temps laisse place pour l'expansion de la vie. Et c'est bien à vous qu'il le doit. Tous vos amis et les amis de la Suisse doivent s'en féliciter. Veuillez donc en recevoir aussi mes félicitations comme un

doctores, riacquistano la loro funzione originaria, il compito di ordinare giuridicamente il tessuto socio-giuridico del tempo attraverso la produzione di un appropriato *Juristenrecht* (104).

Il diritto commerciale, in questa prospettiva, non è altro che il precursore di un generale processo di universalizzazione, nel quale, come abbiamo visto, risiede il segreto della evoluzione giuridica e la lezione profonda della comparazione: la tensione verso un diritto comune frutto della compenetrazione dei diritti locali di origine storica di cui è necessariamente la risultante. Si capisce meglio, alla luce di quanto detto, perché la vicenda svizzera assuma ai suoi occhi un valore emblematico e perché egli ritenga così importante la collaborazione con il padre dello ZGB: siamo in presenza, in effetti, di un processo originalissimo di codificazione, che si presenta come un modello di unificazione frutto di una sintesi non distruttiva di un tessuto giuridico complesso e fortemente connotato in senso consuetudinario. In questo senso, il codice elvetico rappresenta un « beau monument de droit comparé », se è vero che tale disciplina ha inizio con lo studio dei sistemi giuridici nazionali e si sviluppa in vista della costruzione di un « droit commun » sovranazionale (105).

---

petit cadeau de Noël que mon amitié et mon admiration sont heureux de vous offrir », cfr. A. ARAGONESES, *op. cit.*, p. 197.

(104) Saleilles ha la capacità di intuire, all'inizio del secolo, il destino che attende la scienza giuridica della post-modernità o della cosiddetta modernità liquida. Le pagine dedicate al nuovo *droit commun* quale prodotto della progressiva internazionalizzazione dei sistemi giuridici sembrano anticipare la riflessione sulla post-modernità come luogo di un possibile « medioevo prossimo venturo ». Su tale tema, cfr. P. GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo venturo?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXI, 2002, pp. 40-57, in particolare p. 52 e ss.

(105) « Je suis bien en retard pour vous parler de notre Congrès de droit comparé, dont vous avez dû recevoir depuis longtemps la circulaire, en même temps qu'un rapport de moi expliquant le but du Congrès…J'avais en effet l'intention de demander une communication sur votre avant-projet suisse étudié au point de vue de l'unification du droit civil en Suisse et de la part faite à la compénétration des droits locaux historiques dont il est la résultante. C'est en effet là un beau monument de droit comparé, car si le Droit comparé commence par l'étude et la constatation des diversités nationales c'est en vue de favoriser la formation ultérieure d'un Droit commun qui facilite les rapports entre les hommes. Vous avez réalisé la première fonction du droit comparé dans votre belle histoire du droit suisse, et la seconde dans votre avant-projet de Code civil. Vous nous donnez là une leçon superbe de droit comparé », Lettera del 22 marzo 1900, *ibidem*, p. 93 e s.

Saleilles mette così a frutto, in un solo colpo, grazie alle suggestioni della comparazione, spunti, progetti, insoddisfazioni, idealità, che fin dagli esordi avevano animato la sua riflessione scientifica: l'idiosincrasia per il razionalismo giusnaturalistico; l'ansia metodologica, palese nella tendenza a cogliere il lato strumentale ed operativo contenuto nelle discipline giuridiche culturali e a servirsene in quanto chiavi di accesso a un discorso che trova nella tecnica giuridica la sua dimensione privilegiata; la lezione stammleriana e lo sforzo costante per trovare una conciliazione tra i due grandi capitoli della scienza giuridica ottocentesca: lo storicismo e la dottrina del diritto naturale.

3. *La comparazione come "protesi" per la Repubblica: la seconda « crise allemande » della scienza giuridica francese.*

Gli interessi comparatistici di Saleilles si concentrano in particolare sull'esperienza giuridica elvetica e sul diritto tedesco.

Il modello svizzero assume un valore ideale poiché offre una conferma sul campo della bontà della *méthode historique*, come unione di storicismo metodologico e di comparazione. La codificazione svizzera, infatti, nasce da una approfondita analisi storiografica delle tradizioni giuridiche elvetiche ed è quindi un saggio emblematico di storicismo metodologico. Inoltre, il processo che ha portato alla creazione dello ZGB conferma la centralità della comparazione in quanto strumento attraverso il quale si definisce, tramite un processo di libero adattamento e di estensione progressiva di esperienze locali, un « droit commun » a carattere universale ma storicamente connotato. Nel contesto svizzero, ciascuno dei cantoni, dotato di una legislazione autonoma, diventa un modello e un laboratorio di esperienze per gli altri e attraverso la messa in comune dei risultati, si innesca un processo di emulazione il cui esito è la definizione di un tessuto giuridico uniforme (106).

Il carattere esemplare della vicenda giuridica elvetica viene

---

(106) Si veda la recensione a E. Huber, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes*, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, Paris, 1894, pp. 764-776, cit., p. 765 e s.

considerato un prodotto della particolare configurazione costituzionale del paese. Ed è proprio attraverso lo studio di questa esperienza che Saleilles sviluppa un interesse crescente per il modello federale, cui guarda con attenzione, in coerenza con il progetto politico del cattolicesimo sociale, basato in larga misura sulla rivitalizzazione delle autonomie locali e dei corpi intermedi (nell'ottica di una progressiva decentralizzazione), e in generale sulla reintroduzione di istanze rappresentative della società in grado di alleviare la solitudine del *citoyen*.

La nascita di un tessuto giuridico unitario a partire dalla messa in comune di esperienze locali gli appare inoltre un processo destinato ad estendersi a livello europeo: la formazione di un « droit commun » attraverso la comparazione assume ai suoi occhi il carattere di un processo culturale irreversibile, il cui risultato non secondario è la diffusione, anche a livello continentale, dell'idea federale. È presente a livello esplicito nel giurista borgognone l'idea, non priva di suggestioni neo-kantiane, che la diffusione del modello federale, favorita dalla costruzione di un tessuto giuridico comune, costituisca il presupposto per il superamento del nazionalismo e, in ultima istanza, una garanzia di pace per un continente che all'inizio del secolo appare percorso da una tensione crescente (107).

La Svizzera rappresenta pertanto un punto di riferimento costante sotto il profilo della teoria delle fonti, del ruolo assegnato alla codificazione, e dell'assetto istituzionale complessivo, specie per quanto concerne il rapporto centro-periferia.

Ma il compito di individuare nuove fondamenta tecniche e culturali per la scienza giuridica, e in particolare per la civilistica

---

(107) « Ce qui me frappe surtout c'est la mission que semble avoir reçue votre pays de faire, à l'avant garde des autres, et pour les autres, les expériences qui, dans de grands Etats centralisés, couteraient quelques fois des révolutions. La forme fédérative, celle de l'avenir, me semble faite pour cette marche par étapes, avec tentatives localisées, qui se propagent ensuite, lorsqu'elles réussissent jusqu'à parvenir à l'unification pour tous les pays. Je suis très frappé des services que, sous ce rapport, et dans tous les domaines, droit civil, droit pénal, législation économique et sociale, la Suisse rend à l'Europe. Pendant que les grands pays ne songent qu'aux moyens de se défendre ou de s'espionner, vous ne songez qu'aux moyens d'apporter un peu de paix, un peu de progrès et un peu plus de bonheur dans la vie de l'humanité; et, peu à peu, vous y réussissez! », lettera a Huber del 22 aprile 1899, in A. Aragoneses, *Recht im* fin de siècle, cit., p. 90 e s.

francese, è affidato alla scoperta del diritto civile tedesco, la cui rivelazione oltre Reno è uno degli obiettivi principali e più ambiziosi del suo programma scientifico (108). La frequentazione del diritto tedesco inizia presto, già negli anni della formazione digionese, con l'*Etude sur la théorie générale des obligations d'après le projet de Code civil allemand* del 1889 e riceve, per così dire, un suggello formale con la traduzione dell'*allgemeiner Teil* e del primo libro del BGB, redatta su incarico del *Comité de législation étrangère* (109). È un

(108) « S'il a connu, aussi bien que personne en France, le droit anglais, le droit italien et le droit suisse, c'est à l'oeuvre allemande que son effort, de tout temps, s'est de préférence appliqué », cfr. E. GAUDEMET, *Raymond Saleilles et le Code civil allemand*, in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, cit., pp. 117-151, cit., p. 118.

(109) Uno studio del Saleilles comparatista non può prescindere dall'esame della sua sterminata produzione sul diritto tedesco. Si veda a tal proposito: *Etude sur la théorie générale des obligations d'après le projet de Code civil allemand*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XVIII, 1888-1889, p. 166-264 e p. 492-523; *Etude sur les sources de l'obligation dans le projet de Code civil pour l'empire d'Allemagne*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XVIII, 1888-1889, p. 583-670; *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, Paris, 1890; *Les théories allemandes sur les droits, qui, au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivie en paiement, lorsque son adversaire, de son côté, n'exécute pas ses engagements (Exception de refus de paiement pour inexécution ou exception « non adimpleti contractus »)*, in *Annales de droit commercial*, VI, 1892, p. 287-296 e VII, 1893, p. 175-216; *Etude sur la théorie générale des obligations dans la seconde rédaction du projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XXIV, 1894-1895, p. 721-798; *Une nouvelle étude sur la transportation en Allemagne* (W. MITTERMAIER, *Kann die Deportation im deutschen Strafensystem Aufnahme finden*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, XIX, 1898, p. 85-132), in *Revue pénitentiaire*, XXIII, 1899, p. 115-119; *Note sur l'acquisition de la personnalité civile dans le Code civil allemand*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XXVIII, 1898-1899, p. 260-281; *Note sur l'article 54 du Code civil allemand relatif aux associations dépourvues de la personnalité*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XXVIII, 1898-1899, p. 452-459; *Le droit au nom individuel dans le Code civil pour l'empire d'Allemagne (Note sur l'article 12 du Code civil allemand)*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XXIX, 1900, p. 94-101; *Notes sur deux articles du Code civil pour l'Empire d'Allemagne (I — Des personnes morales du droit public: art. 89; II — La responsabilité délictuelle des personnes morales: art. 31)*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XXIX, 1900, p. 149-160; *Note sur la théorie de la capacité dans le Code civil pour l'empire d'Allemagne, articles 2, 3, 6 et 104 à 115 du Code civil*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XXIX, 1899-1900, pp. 237-245; *Théorie de l'absence dans le Code civil allemand (Notes sur les art. 13 à 20)*, in *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, X, 1900, pp. 113-134; *De la déclaration de volonté. Contribu-*

compito al quale si dedica con entusiasmo, allo scopo dichiarato di contribuire alla volgarizzazione della dottrina tedesca, la cui conoscenza è ritenuta indispensabile per costruire un diritto civile all'altezza dei tempi:

> le premier volume de notre traduction du Code civil allemand vient enfin de paraître. C'est celui qui représente ma part de collaboration. Il est de moi tout entier. A ce titre j'ai pu en avoir quelques exemplaires à ma disposition. Et je me fais un plaisir de vous offrir un de ces exemplaires en vous priant de ne chercher là qu'une oeuvre de vulgarisation, destinée à faire pénétrer chez nos compatriotes certaines idées scientifiques devenues courantes dans la doctrine allemande, plutôt que l'expression d'un travail personnel et original. Tel qu'il est, je crois qu'il peut rendre en France, et même à l'étranger en dehors de l'Allemagne, quelques services ([110]).

L'attrazione irresistibile per la *Rechtswissenschaft* si comprende sino in fondo solo collocando l'opera di Saleilles nel contesto politico e culturale del tardo Ottocento, nel quale si verifica una sorta di seconda « crise allemande » del pensiero giuridico francese. Essa si presenta infatti come la ripresa, in un contesto politico radicalmente diverso e con ben altra urgenza, di un interesse in realtà mai sopito per la cultura tedesca, un interesse che segna l'intero XIX secolo.

Quella che può considerarsi la prima « crise allemande » del pensiero giuridico francese può collocarsi nel periodo di tempo compreso tra la Restaurazione e la Monarchia di luglio.

---

tion à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144), Paris, 1901; *Les personnes juridiques dans le Code civil allemand (commentaire des art. 21-89)*, in *Revue du droit public*, XV, 1901, pp. 193-250, pp. 428-464 e XVI, 1901, pp. 212-264; *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, Paris, 1901; *La condition juridique de la femme dans le nouveau Code civil allemand (Rapport au XX Congrès de la Société d'économie sociale, en 1901, sur la condition de la femme)*, in *Réforme sociale*, 1901, 2°, XLII, pp. 90-91 e pp. 717-744. A ciò si deve poi aggiungere la traduzione di parte del BGB e gli studi sull'Homestead e sulla legislazione italiana a tutela dei beni culturali: cfr. *Code civil allemand, promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le I janvier 1900 (traduction française publiée par le Comité de législation étrangère avec le concours de la Société de législation comparée)*, I, Paris, 1904. *Introduction*, pp. I-XXXIX. *Lexique*, pp. XLI-XLIV. *Livre I, partie générale (art. 1 à 240). Livre II, sections I à VI (art. 241 à 432)*.

([110]) Lettera a Huber del 13 maggio 1904, in A. ARAGONESES, *Recht im* fin de siècle, p. 124 e s.

Negli anni immediatamente successivi alla caduta del regime napoleonico, l'attenzione di alcuni tra i migliori giuristi si rivolge infatti verso la Germania e la sua scienza giuridica. Si tratta di un gruppo ristretto di "visionari", che si volgono a Est, intuendo che *outre-Rhin* sta avvenendo una autentica rivoluzione culturale. Per questi giuristi, introdurre in Francia il modello culturale tedesco, attraverso una sorta di apostolato ininterrotto, diventa ben presto un dovere irrinunciabile (111), che si traduce in un'opera dal carattere pionieristico, il cui scopo è destinato a restare a lungo incompreso.

È un lavoro che parte dal basso, che sfugge ai canali ufficiali di produzione e di diffusione del sapere e che predilige i tempi lunghi (112). L'obiettivo perseguito dalla *Thémis* e dalle altre riviste di avanguardia è quello di promuovere un rinnovamento radicale degli studi giuridici, allo scopo di riportare la giurisprudenza francese ai fasti di un tempo (113).

Il modello tedesco assume, in tale contesto, un valore decisivo poiché, come intuisce felicemente Lerminier, rivelare la Germania ai giuristi francesi significa restituire alla giurisprudenza la sua dimensione essenziale, teorico-pratica, in quanto consente di combinare l'erudizione e i virtuosismi della teoria, dominio indiscusso dei giuristi tedeschi, con gli aspetti migliori di una mentalità pratica, caratteristica della scienza giuridica in versione francese (114). Tale

---

(111) « Si je pouvais réussir à répandre dans mon pays et les idées et l'esprit de l'Ecole historique, je croirais, tout obscur que je suis, n'avoir pas rendu un médiocre service à mes concitoyens », scrive Laboulaye nella dedica del suo *Essai* su Savigny. Cfr. O. MOTTE, *Savigny et la France*, cit., p. 136.

(112) È quanto scrive Jourdan, con estrema lucidità, in una lettera del 1822: « la réforme doit commencer par la jeunesse: il faut détruire avec l'autorité des textes l'autorité usurpatrice des commentateurs. On était engagé dans une fausse route, il faut retourner avec courage au point de départ et reprendre la science à son berceau: nous n'ésperons pas de convaincre et de ramener les praticiens; c'est pour l'avenir, ce n'est pas pour le passé qu'il faut stipuler les intérêts de la jurisprudence », cfr. O. MOTTE, *Lettres inédites*, cit., p. 984.

(113) L'obiettivo dichiarato era: « rendre à la science du droit en France l'éclat qu'elle y avait possédé dans le passé, provoquer une renaissance juridique comparable à celle qui se produisait à la même époque dans plusieurs pays étrangers ».

(114) Si tratta di un fenomeno di recezione non circoscritto alla sola Francia. La storiografia giuridica ha infatti ricostruito i rapporti tra la scienza giuridica della Restaurazione e la Scuola storica con riferimento alla vicenda italiana. Cfr. L. MOSCATI,

intuizione è sviluppata con estrema coerenza in una serie di articoli pubblicati sul *Globe* tra il 1825 e il 1830, i quali definiscono le coordinate di un progetto scientifico originale.

Esso si inaugura con l'articolo di Warnkoenig, pubblicato sul primo numero della *Thémis* (115), e si chiude nel 1855, l'anno di nascita di Saleilles, con la pubblicazione, da parte di Laboulaye, di un articolo che, già dal titolo, ha il sapore di un lascito testamentario: « La méthode historique en jurisprudence et son avenir » (116).

L'articolo di Warnkoenig non è altro che una rassegna sugli sviluppi della scienza giuridica tedesca tra la fine Settecento e i primi vent'anni dell'Ottocento. Vi si parla, ovviamente, di Hugo (117), del Savigny del *Besitz* e della polemica sulla codificazione, di Thibaut, di Hufeland (118), di Feuerbach (119) e dei primi cultori del diritto pubblico, Möser (120) e Pütter (121). Non manca un cenno alla

---

Italienische Reise — Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione, Roma, 2000, p. 18 e ss., nonché L. Moscati, *Da Savigny al Piemonte — Cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e l'unità*, Roma, 1984.

(115) *De l'état actuel de la science du droit en Allemagne, et de la révolution qu'elle y a éprouvée dans le cours des trente dernières années*, in *Thémis ou bibliothèque du jurisconsulte*, I, Paris, 1819, pp. 7-24.

(116) In *Revue historique de droit français et étranger*, I, 1855, p. 1 e ss.

(117) Su Gustav Hugo e in generale sugli esponenti della scienza giuridica tedesca tra Settecento e Ottocento citati qui e di seguito, si veda P. Cappellini, *Systema iuris*, II, *Dal sistema alla teoria generale*, cit., p. 5 e ss

(118) Gottlieb Hufeland (1760-1817) ha insegnato a Jena, Würzburg e Landshut. Tra le sue opere principali, si vedano in particolare: *Versuch über den Grundsatz des Natrurrechts*, Leipzig, 1785; *Einleitung in die Wissenschaft des heutigen Deutschen Privatrechts nebst einem Entwurfe einer vollständigen Darstellung derselben*, Jena, 1796; *Primae lineae doctrinae protestationis cambiali*, Jena, 1799; *Lehrbuch des in deutschen Ländern geltenden gemeinen Civilrechts*, Goldbach, 1808-1814; *Über den eigenthümlichen Geist des römischen Rechts im Allgemeinen und im Einzelnen mit Vergleichungen neuer Gesetzgebungen*, Giesen, 1815.

(119) A Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833) si deve l'elaborazione del nuovo codice penale per il Regno di Baviera, in sostituzione del precedente codice del 1751, nonché, su incarico del governo bavarese, la redazione di un codice civile ispirato al *Code Napoléon*. Lo stesso Feuerbach lavorò inoltre a partire dal 1811 alla revisione del *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*.

(120) Sul giurista di Osnabrück si vedano i lavori di J. Schröder, *Justus Möser als Jurist*, Köln, 1986 e di K. H. L. Welker, *Rechtsgeschichte als Rechtspolitik. Justus Möser als Jurist und Staatsmann*, Osnabrück, 1996, quest'ultimo recensito da P. Cappellini in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 26, 1997, pp. 468-476.

organizzazione delle Univerità e in particolare alla figura dei *Privatdocenten*, ritenuti decisivi per la crescita delle Università e per lo sviluppo della cultura tedesca. Il metodo in voga al di là del Reno viene definito "critico", cosa difficile da accettare nella sua normalità in un paese che aveva da poco iniziato a chiosare la sua creatura prediletta: studiare criticamente il diritto significa confrontarsi con le fonti con l'ausilio della storia, della conoscenza delle lingue, della filosofia, considerando il diritto romano come il fondamento dell'intera giurisprudenza, ben al di là del ruolo ancillare riconosciutogli dalla legislazione napoleonica (122). Le pagine un pò sbrigative di Warnkoenig sono la prima avvisaglia di un cambiamento in atto. Anche la giurisprudenza, almeno nelle sue avanguardie più illuminate, inizia a comprendere le parole di Madame de Staël: « j'ai donc cru qu' il pouvait y avoir quelques avantages à faire connaître le pays de l'Europe où l'étude et la méditation ont été portées si loin qu' on peut le considérer comme la patrie de la pensée » (123).

Il dubbio inevitabilmente si insinua. Ci si comincia a chiedere se dietro queste parole si nasconda qualcosa di più dello snobismo culturale di un personaggio scomodo come la figlia di Necker. Il sospetto non tarda a trasformarsi in certezza: la pubblicazione, da parte dello stesso Warnkoenig, di una approfondita analisi del *Besitz* di Savigny suscita profonda impressione. L'indifferenza e l'abituale senso di superiorità cedono il passo alla consapevolezza che, non lontano, sta avvenendo una rivoluzione discreta e grandiosa allo stesso tempo, una rivoluzione puramente culturale impossibile da decifrare con le tradizionali chiavi di lettura politiche (124).

---

(121) Oltre al diritto pubblico, tali autori si dedicano anche allo studio enciclopedico e alla metodologia giuridica: cfr. ad esempio J. S. Pütter, *Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie*, Göttingen, 1767.

(122) « Dans tous les ouvrages où cette méthode est scrupuleusement suivie », conclude Warnkoenig, « on cherche surtout à éviter la confusion qui règne dans les livres des anciens commentateurs, et qui, de-là, passait ordinairement dans l'esprit de ceux qui les avaient étudiés. A cet effet, on s'efforce de substituer aux divisions arbitraires de ces mêmes commentateurs, un ordre systématique et raisonné, seul moyen d'éclairer la science, et d'en graver les principes dans la mémoire », *op. cit.*, p. 24.

(123) G. De Staël, *De l'Allemagne*, Paris, 1968.

(124) All'ammirazione per la cultura tedesca si mescolerà presto il disappunto per

Significativo di questo innamoramento per la cultura tedesca, è l'elogio della Germania, « mine féconde, mine d'une richesse immense », contenuto nel primo numero della *Nouvelle revue germanique* (125), pubblicato nel 1829. Tra le polemiche (126), si apre una breccia che risulterà decisiva per lo sviluppo della scienza giuridica francese ed europea tra Ottocento e Novecento: compaiono le prime traduzioni, spesso rimaneggiate e precedute da prefazioni che, senza limitarsi a parlare dell'opera che le ha occasionate, fanno il punto sullo sviluppo della scienza giuridica tedesca o riassumono la filosofia che la ispira: nel 1839, dopo due tentativi andati a vuoto (127), Charles Guenoux traduce la *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* e la fa precedere da una *Notice sur la vie et les ouvrages de Frédéric-Charles de Savigny*, il primo profilo biografico dedicato al fondatore della Scuola storica da parte di un giurista francese; più o meno in quegli anni Pellat traduce il *Précis d'un cours sur l'ensemble du droit privé des Romains* di Marezoll, e l'*Encyclopédie juridique* di Falck; lo stesso anno, Laboulaye, accettando volentieri il compito ingrato del traduttore, volge in francese l'*Histoire de la procédure civile chez les Romains* di Ferdinand Walter e pubbli-

---

l'atteggiamento di degnazione e di distaccato compiacimento con cui i giuristi tedeschi reagiscono alle attenzioni degli "allievi" francesi: cfr. F. LAFERRIERE, *Histoire du droit français*, Paris, 1838, II edizione con il titolo *Essai sur l'histoire du droit français depuis les temps anciens jusqu'à nos jours y compris le droit public et privé de la révolution française*, Paris, 1859, cit., p. IX e ss.

(125) Cfr. O. MOTTE, *Lettre inédites*, cit., I, p. 40 e s.

(126) Di cui è un perfetto esempio l'ostracismo cui furono condannati gli "apostati" filo-tedeschi. Il mondo dell'accademia e in particolare la *Faculté de droit* di Parigi — Duranton in testa — si opposero in tutti modi all'ammissione di un giurista scomodo e incontrollabile come Jourdan: « il m'est difficile de réussir dans le concours. Les partisans des anciennes méthodes ont juré une haine mortelle aux méthodes allemandes et j'ai pour juges trois des auteurs que j'ai vivement critiqué dans la Thémis », lettera di Jourdan a Clossius del 3 gennaio 1822, in O. MOTTE, *op. cit.*, I, p. 909.

(127) La prima, iniziata a Ginevra, con l'appoggio di Rossi, nell'ambito delle *Annales de législation et de jurisprudence*, ad opera di A. Cerclet e di L. Meynier non fu portata a termine a causa della cessazione della rivista; la seconda, affidata dai redattori della *Thémis* (cui era stato ceduto il manoscritto della traduzione parziale realizzata da Cerclet e Meynier) a L. Etienne non vide la luce a causa della morte di Jourdan, il 27 agosto 1826.

ca l'*Histoire du droit de propriété foncière en Occident* nella cui introduzione cita e traduce i passaggi più significativi dell'articolo di presentazione scritto da Savigny per il primo numero della *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*; l'anno successivo, mentre Warnkoenig prepara una versione aggiornata della sua rassegna del '19, lo stesso Laboulaye, forte di una raccomandazione di Victor Cousin, allora ministro dell'istruzione, parte per la Germania allo scopo di studiare l'organizzazione e il funzionamento del sistema universitario tedesco: il primo frutto di questa spedizione sarà un *Essai sur la vie et les doctrines de Frédéric Charles de Savigny*, pubblicato nel 1842 e dedicato a Bluntschli, Homeyer e Warnkoenig.

È naturalmente l'occasione per ribadire lo spirito che anima questo sforzo di divulgazione: contribuire all'unione scientifica tra Francia e Germania, preludio di una più alta unione politica e spirituale, nella convinzione che farsi apostoli delle dottrine della Scuola storica significhi rendere un servizio importante al proprio paese. « Se saisir de l'oeuvre allemande », sarà questa la preoccupazione principale di questa generazione di giuristi, come lo stesso Laboulaye non mancava di ricordare, nel '39, in una lettera indirizzata a Mittermaier: « faire connaître l'Allemagne à la France qui ne l'apprecie point assez, rapprocher l'un de l'autre deux grands peuples, sortis des mêmes souches, et faits pour s'aimer mutuellement, tel a été l'un des motifs qui m'a soutenu dans mon travail » (128).

È importante sottolineare come l'interesse per la cultura giuridica tedesca e il connesso dibattito sulla necessità di una riforma dell'insegnamento (129), nella Francia della Restaurazione e della

---

(128) Lettera a Mittermaier del 7 settembre 1839. Cfr. O. MOTTE, *Letters inédites*, cit., p. 118.

(129) Il lavoro più completo scrito in quegli anni sulla riforma dell'insegnamento è l'*Essai sur la réorganisation de l'enseignement du droit en France et sur l'introduction des études politiques et administratives* di Georges-Philippe Hepp. Hepp, professore a Strasburgo, appartiene a quel gruppo di giuristi alsaziani che ebbero un ruolo determinante nello sviluppo delle relazioni franco-tedesche. Nato a Wissembourg il 22 agosto 1791, dopo gli studi a Strasburgo e a Heidelberg (dove conobbe Mittermaier e Zachariae), fu nominato supplente alla Facoltà di Strasburgo il 16 febbraio 1820. Il saggio citato venne pubblicato sulla rivista di Wolowski a partire dal t. XIII, janvier-juin 1841, p. 299 e ss. Hepp ditingueva tra *cours généraux* e *cours de droit*. I primi

Monarchia di Luglio, non sia un fatto esclusivamente culturale ma sia anche un modo per dare equilibrio e consapevolezza a un sistema fragile, che sperimenta per la prima volta, e non senza tensioni, una forma ancora embrionale di parlamentarismo: le Università tedesche, insomma, sono un modello non solo perché producono cultura ad altissimi livelli ma anche perché sono un elemento di coesione e di equilibrio per l'intera nazione. Il modello tedesco affascina i liberali francesi poiché costituisce ai loro occhi un fattore, politicamente assai apprezzabile, di unità nazionale.

Dunque, guardare alla Germania non significa soltanto sforzarsi di assumere il metodo della giurisprudenza tedesca per scrivere nella lingua di Montaigne opere in grado di rivaleggiare con quelle pubblicate al di là del Reno; vuol dire anche, e in misura non trascurabile, cercare di adottare *quel* sistema con tutte le sue particolarità, "importare" il modello universitario tedesco rivoluzionando l'organizzazione e la mentalità delle asfittiche *Facultés de droit* francesi. A partire dalle *Considérations sur l'état de la science du droit en France* pubblicato da Jourdan sul terzo volume della *Thémis*, la questione della riforma dell'insegnamento diventa perciò un tema obbligato nella polemica anti-esegetica degli storicisti, nel quadro di una strategia che si fa sempre più consapevole con il passare del tempo: la riaffermazione della libertà della cultura, percepita come

---

comprendevano gli insegnamenti di *Encyclopédie et Bibliographie générale du droit et des sciences politiques et administratives*; *Philosophie du droit et de la législation*; *Histoire du droit français, public et privé*. I secondi comprendevano invece gli insegamenti di *Droit romain*; *Droit civil français*; *Droit commercial français et comparé*; *Droit criminel français et comparé*; *Droit judiciaire français et comparé*; *Droit public ou Droit constitutionnel français*; *Droit administratif français*; *Droit des gens*. *Op. cit.*, XIV, juillet-décembre 1841, p. 82 e ss. È interessante notare l'affollarsi dei contributi in tema di insegnamento nel decennio che va dalla metà degli anni '30 alla metà degli anni '40. LABOULAYE è il più prolifico: nel '39, all'età di ventotto anni, pubblica una *brochure* dal titolo eloquente: *De l'enseignement du droit en France et des réformes dont il a besoin*; nel '43, come risultato del suo viaggio in Germania, scrive *De l'enseignement et du noviciat administratif en Allemagne*, seguito, nel '45 da *Quelques réflexions sur l'enseignement du droit en France à l'occasion des réponses faites par les facultés aux questions proposées par M. le Ministre de l'Instruction publique*, e, nel '47, dall'esame del progetto di legge elaborato da Salvandy, *Examen du projet de loi sur l'enseignement du droit*, tutti pubblicati sulla rivista di Wolowski. Il 1839 è anche l'anno in cui compare, sulla rivista di Foelix, *Des écoles de droit en France et de leur réforme* di Warnkoenig.

una risorsa e non come un pericolo, e la riscoperta del suo enorme potenziale politico, prezioso elemento di stabilizzazione delle istituzioni (130).

La verità di queste intuizioni e l'urgenza di dar lor un seguito appare con flagrante evidenza dopo il Settanta quando, a seguito della catastrofe, i *maîtres à penser* dell'epoca stigmatizzano la « mollesse » francese e sottolineano le origini culturali della sconfitta (131).

Il trauma di Sedan produce un effetto catartico la cui portata è difficile sopravvalutare. La disfatta dell'*armée*, l'assedio di Parigi, la mutilazione del territorio nazionale, gettano il paese in uno stato di smarrimento e di prostrazione, dal quale si tenta di uscire approfondendo le cause di una *défaite* tanto imprevista quanto disastrosa.

---

(130) Durante la Monarchia di Luglio il tema della riforma dell'insegnamento divenne una priorità di carattere politico. Le insoddisfazioni emerse nei primi trent'anni del secolo trovarono finalmente una cassa di risonanza di livello istituzionale. Per iniziativa di Achille de Salvandy, ministro dell'istruzione dal 1837 al 1839 e successivamente nel 1845, fu creata una *Haute Commission des Etudes de Droit* i cui membri erano, tra gli altri, Rossi, Portalis, Dupin, Giraud, Schutzenberger, Troplong, Laferrière e Laboulaye. Il suo compito era quello di esaminare l'organizzazione delle scuole valutando l'opportunità di introdurre nuovi insegnamenti. Al termine dei lavori, la Commissione elaborò un progetto che aveva le seguenti caratteristiche: introduceva nelle Facoltà giuridiche, sull'esempio delle Facoltà di medicina, l'istituto della *agrégation*; ribadiva la centralità del *concours*, come strumento per il recultamento del corpo docente, aprendo tuttavia le Facoltà ai *bâtonniers* o agli *anciens bâtonniers* dell'ordine degli avvocati, ai magistrati, ai consiglieri di Stato e ai membri dell'*Institut*; riteneva inopportuna l'introduzione dei *Privatdocenten*; introduceva notevoli cambiamenti nell'organizzazione degli studi, distinguendo tra *cours fondamentaux* e *cours spéciaux*. Tra i primi, figuravano: *Introduction générale à l'étude du droit, ou droit naturel; Code civil; Code de commerce; Code de procédure civile; Code d'instruction criminelle; Code pénal; Droit administratif; Droit romain, particulièrement les Institutes* (insegnamenti obbligatori per la licenza). Tra i secondi: *Histoire du droit ancien et moderne; Droit romain, particulièrement les Pandectes; Droit des gens; Droit maritime; Droit constitutionnel; Economie politique; Histoire des traités; Législations comparées.* Poco tempo prima di essere chiamato a far parte della *Haute Commission* di Salvandy, Laboulaye scrive un altro importante saggio, frutto del suo viaggio in Germania e del suo continuo interesse per i problemi dell'insegnamento e lo pubblica nel 1845 sulla rivista di Wolowski. In esso riporta, tra gli altri, il piano di studi della Facoltà di diritto di Bonn considerato da lui stesso come il piano di studi preferibile per la maggior parte degli studenti di diritto: cfr. LABOULAYE, *Quelques réflexions*, cit., p. 309 e ss.

(131) Si veda, per tutti, il notissimo saggio di E. RENAN su *La réforme intellectuelle et morale de la France*.

Sul tema fiorisce ben presto un'abbondante letteratura, segnata da un rapporto di amore-odio nei confronti dei vincitori.

L'odio e il *revanchisme* erano la conseguenza più logica di una sconfitta percepita come ingiusta ed umiliante. Ma limitarsi a coltivare lo spirito di rivalsa sarebbe stato troppo facile e soprattutto sterile. Occorreva capire, individuare le cause del disastro, evitare il ripetersi dei medesimi errori, ricostruire. La sconfitta viene ben presto interpretata come un segno della superiorità culturale tedesca ed è quindi in primo luogo alla *Kultur* che si rivolge l'attenzione degli intellettuali francesi (132): la comparazione, in questa prospettiva, diventa la componente essenziale di una strategia di salvataggio della cultura (giuridica) realizzata tramite innesti di origine tedesca, nel contesto di quel duplice sentimento di attrazione-repulsione, tipico di vasti settori del mondo intellettuale francese nei confronti di tutto ciò che viene dalla Germania, e particolarmente diffuso tra gli appartenenti alla inquieta generazione degli anni Settanta (133).

Lo spirito di Saleilles è immune dalle passioni della politica, non si lascia travolgere dall'emotività che annebbia la vista di molti suoi connazionali. Il suo obiettivo è ricostruire, e alla ricostruzione si dedica con una costanza ammirevole, facendo proprio il monito di Madame De Staël: « nous avons tellement épuisé tout ce qui est superficiel que, même pour la grâce, et surtout pour la variété, il faudrait, ce me semble, essayer d'un peu plus de profondeur » (134).

Nel giro di pochi anni stringe rapporti epistolari con alcuni tra i più importanti maestri d'oltre Reno, tra cui Gierke, Liszt, Stoos, e diventa un punto di riferimento per il dialogo franco-tedesco in ambito giuridico. In quanto membro di spicco della facoltà giuridica parigina viene considerato il maggior rappresentante in Francia della cultura giuridica tedesca (135), ruolo di cui ha piena consapevolezza:

---

(132) Cfr. C. DIGEON, *La crise allemande de la pensée française: 1870-1914*, Paris, 1992, p. 364 e ss.

(133) L'atteggiamento intellettuale di Saleilles assomiglia a quello di Gabriel Monod, il direttore della *Revue historique*, campione della corrente germanofila, il cui germanesimo si traduce in un liberalismo culturale e in un cosmopolitismo aperto a tutto ciò che è straniero e in particolare a tutto ciò che è tedesco. Cfr. C. DIGEON, *op. cit.*, p. 373 e s.

(134) *Ibidem*, p. 47.

(135) « Dire que la pensée de Saleilles fut profondément marquée par l'Allemagne,

nell'agosto del 1908, ridotto all'immobilità dall'ennesima crisi di neurastenia, è costretto a declinare l'invito di Gierke al Congresso di scienze storiche di Berlino, ma, nella lettera in cui comunica la sua indisposizione, insieme al dispiacere, traspare l'orgoglio di chi sa di aver contribuito in misura determinante ad avvicinare due scuole giuridiche rimaste a lungo estranee:

> peut-être n'aurais-je eu d'autre titre à parler au Congrès que les efforts constants que j'ai faits pour affirmer et réaliser cette solidarité de nos deux grandes Ecoles juridiques, toutes deux travaillant sur des bases en partie communes, toutes deux empreintes des mêmes méthodes et du même esprit, toutes deux faisant à l'histoire une part égale et se rapprochant par des voies parallèles de l'idéal social qui est leur but commun (136).

Il *droit civil*, ormai anchilosato, non è in grado di rispondere alle sfide che la modernità presenta ai giuristi. I tempi nuovi, segnati dallo sviluppo dirompente del capitalismo, gettano lo scompiglio nella cittadella liberale edificata con molte perplessità dalla sapienza giuridica di Portalis.

Saleilles imputa, significativamente, al diritto francese un « manque de réalisme et de subtilité » (137). Già a partire dall'*éssai* e in misura crescente col passare degli anni, egli interpreta il diritto tedesco come una decisiva fonte di ispirazione per la riforma del *droit civil*, nell'ottica di quella rifondazione culturale dell'*Hexagone* attraverso innesti di matrice germanica che, in ossequio al monito di Renan, rappresenta una costante del movimento intellettuale dell'epoca (138). Dato il ruolo immediatamente politico assegnato alla

---

c'est énoncer une vérité d'évidence mais qui recouvre plusieurs aspects distincts. C'est souligner d'abord cette étrange affinité avec la science allemande sur laquelle, durant son existence comme après sa disparition, on s'est beaucoup interrogé mais qu'il nous suffit de constater. C'est exprimer aussi le fait qu'il s'agit, en cette fin de siècle, de l'un des derniers sinon du dernier disciple de l'Ecole historique en France; d'un disciple d'ailleurs qui, s'il se réfère explicitement à Savigny, le dépasse cependant pour s'en séparer nettement. Surtout, c'est marquer la place prépondérante qu'occupe dans sa réflexion de comparatiste le code civil allemand », cfr. O. MOTTE, *Lettres inédites*, cit., II, p. 1581 e s.

(136) Lettera a Gierke del I agosto 1908, in O. MOTTE, *op. cit.*, p. 1597.

(137) Cfr. J.-H. ROBERT, *Saleilles et le comparatisme*, cit., p. 145.

(138) Assai significative, in questo senso, le parole utilizzate per presentare alla comunità scientifica francese il saggio sulla *Déclaration*: « il en est du droit français

scienza giuridica nel fragile contesto istituzionale della Terza Repubblica, non è esagerato affermare che il *bürgerliches Recht* viene utilizzato come una sorta di protesi, per puntellare un edificio pieno di crepe, al quale si chiede niente meno che di reggere all'urto della inedita questione sociale e di sopravvivere al complesso processo di nazionalizzazione delle masse (139).

Ma quali sono le « idées scientifiques devenues courantes » alle quali fa riferimento nella lettera a Huber e qual è il contenuto del contributo "ortopedico" che la cultura giuridica di area tedesca è in grado di apportare alla riflessione dei giuristi francesi?

La revisione del modello giuridico liberale conseguente alla crisi di fine Ottocento dà vita a un fenomeno di progressiva oggettivazione delle categorie giuridiche privatistiche. È l'epoca della « lutte contre le classicisme » (140), nella quale una crescente complessità economico-sociale agita la statica cittadella dei privati edificata all'inizio del secolo e vi introduce il movimento, la velocità, rivoluzionando le categorie fondamentali del modello napoleonico e spostando l'accento dalla titolarità alla circolazione (141), dalla volontà alla dichiarazione, dalla proprietà all'impresa (142).

---

comme de la langue française. Il est fait pour donner droit de cité aux idées qui ont une valeur universelle; elles ne prennent cette valeur d'universalité que lors qu'il les a marquées au coin de ses formules claires, précises; dégagées de toute théorie inutile, orientées vers le pur côté pratique des choses. Or il s'agit de savoir aujourd'hui si, en face de certaines idées vers lesquelles toutes les législations paraissent s'orienter, le droit français saura garder son rôle à la tête du progrès juridique universel, ou s'il passera l'hégémonie à d'autres », *De la déclaration de volonté*, cit., p. VII e s.

(139) Cfr. C. JAMIN, *Le vieux rêve*, cit., p. 733 e ss.; *Dix-neuf cent*, cit., p. 382; J.-F. NIORT, *Homo civilis*, p. 417 e ss.; M.-C. BELLEAU, *Les* juristes inquiets, cit., p. 511 e ss.

(140) Cfr. A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société*, cit., p. 105. Ascarelli, non a caso, in relazione alle difficoltà incontrate dalla dottrina per dare una veste giuridica adeguata alla nuova società dominata dal capitalismo industriale noterà come « a volte…la nostra dottrina sembra un accademico latino che disprezza il volgare! », cfr. T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Il diritto dell'economia*, I, 1955, pp. 1-25, cit., p. 16.

(141) Un esempio particolarmente significativo di tale spostamento è rappresentato dalla elaborazione — sempre a partire dallo studio della dottrina tedesca — di una specifica regolamentazione della complessa materia dei titoli al portatore. I punti di riferimento di Saleilles sono le opere di due autori: J. E. KUNTZE, *Die Lehre von der Inhaberpapieren oder Obligationen* au porteur*, rechtsgeschichtlich, dogmatisch und mit*

L'oggettivazione delle categorie giuridiche privatistiche, specie nell'ambito delle obbligazioni (143), risponde perciò a una duplice esigenza: da un lato, è funzionale al rafforzamento della tutela del credito e favorisce la circolazione della ricchezza; dall'altro, consente l'apertura del sistema a istanze solidaristiche, alle ragioni dell'equità e della giustizia sociale, e quindi favorisce la socializzazione del sistema, nell'ottica della costruzione giuridica della democrazia sociale, che è l'obiettivo ambizioso del giurista borgognone (144).

Berucksichtigung der deutschen Partikularrechte, Leipzig, 1857, e H. SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht: eine germanistische Studie*, Berlin, 1873, ristampa, Aalen, 1969, cit., p. 44. Per un *excursus* dei contributi realizzati dalla dottrina tedesca in materia di titoli di credito, cfr. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, cit., nota n. 2, p. 139 e s. Cfr. R. SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation*, cit., p. 303 e ss.

(142) Per una visione d'insieme delle linee di tendenza del periodo, cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 39 e ss.

(143) Nell'ambito della teoria generale dell'obbligazione, assistiamo al superamento della concezione personalistica di stampo romanistico a favore di una visione oggettiva, che fa dell'obbligazione una sorta di « valeur passive ayant une existence réelle ». Cfr. P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *La contribution essentielle de Raymond Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté*, in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, cit., p. 397 e ss. I riferimenti di Saleilles, in tale ambito, sono il primo *Entwurf* del Codice civile tedesco (dal cui esame deriverà *L'Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, 1889) la *brochure* di Joseph Unger sulla *Schuldübernahme* (cfr. J. UNGER, *Schuldübernahme*, Wien, 1889), nonché lo studio di B. DELBRÜCK, *Die Übernahme fremden Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte*, Berlin, 1853. Si vedano in particolare: Compte rendu de: J. UNGER, *Schuldübernahme*, Wien, 1889, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XIX, p. 150-152; *De la cession de dettes*, in *Annales de droit commercial*, IV, 1890, pp. 1-47; *Un nouveau livre sur la cession de dettes* (E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Paris, 1898), in *Annales de droit commercial*, XIII, 1899, pp. 82-94. Cfr. in proposito P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 256 e ss., nonché A. ARAGONESES, *Un jurista del modernismo*, cit., p. 135 e ss.

(144) Una delle opere nelle quali è più evidente il nesso che lega socializzazione del diritto e oggettivazione delle categorie fondamentali della dogmatica privatistica è il saggio del 1901 sulla *Déclaration de volonté*, nel quale l'autore analizza i paragrafi 116-144 del BGB. Nella misura indispensabile alla tutela del credito, la volontà negoziale deve essere interpretata oggettivamente, utilizzando come parametro di riferimento la legge e gli usi commerciali: cfr. R. SALEILLES, *Déclaration de volonté*, cit., p. 132. Sulla teoria dell'atto giuridico nella dottrina francese recente si possono consultare J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral: essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Paris, 1951; M. BASTIT, *Suggestions sur les origines philosophiques de l'acte juridique*, in

Il processo di revisione del sistema giuridico privatistico alla luce della nuova tensione oggettivante prende le mosse da una significativa relativizzazione del dogma della autonomia privata. Ciò presuppone una rilettura del rapporto tra diritto e volontà. Ci si chiede se la volontà sia l'unico elemento creatore del diritto, la fonte iniziale da cui esso deriva; se il diritto non sia altro che la volontà in atto; se sia possibile ipotizzare la presenza di limiti di carattere oggettivo al pieno dispiegarsi dei dogmi dell'autonomia privata e della libertà contrattuale, in conseguenza dei nessi di interdipendenza sociale, di esigenze di equità e di giustizia sociale.

Il ridimensionamento del dogma della autonomia privata, come sappiamo, ha come presupposto logico la messa in discussione del modello politico-giuridico elaborato dal giusnaturalismo razionalistico. Abbiamo visto con quali argomenti Saleilles attacca tale modello: esso si basa su una concezione puramente astratta, sull'idea dell'« homme en soi », che non tiene in alcun conto i fatti e la storia; gli uomini al contrario si presentano sempre in uno stato di interdipendenza sociale, che è il loro stato naturale; lo stato di natura di cui parla Rousseau è lo stato sociale e il diritto non è che la conseguenza o la messa in opera di questo stato sociale; ogni stato sociale presuppone una organizzazione, e quindi i concetti di ordine, armonia, gerarchia, poteri consacrati, riconosciuti e limitati da una volontà collettiva; i diritti sono la manifestazione di questi poteri riconosciuti agli individui, nelle diverse modalità in cui essi sono capaci di esercitarli.

In questo modello politico-giuridico "reincarnato", che si fonda sulla nozione di solidarietà, il diritto non si presenta come la volontà in atto, ma come un fine superiore che si realizza attraverso la volontà (145).

Droits, n. 7, 1988, p. 11 e ss.; J.-J. BIENVENU, *De la volonté interne à la volonté déclarée: un moment de la doctrine française*, in *Droits*, n. 28, 1999, cit., p. 4 e ss; J.-L. AUBERT, *L'acte juridique: le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, Paris, 2000; J. FLOUR-J.-L. AUBERT-E. SAVAUX, *Les obligations*, I, *L'acte juridique*, Paris, 2000, p. 358 e ss. Particolarmente significativo, nella prospettiva che ci interessa, è poi A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, 1961. Il rapporto tra volontà e obbligazione è indagato, a livello teorico-generale, da M.-A. FRISON-ROCHE, *Volonté et obligation*, in *Archives de philosophie de droit*, n. 44, 2000, p. 129 e ss.

(145) Ciò è particolarmente evidente in ambito contrattiuale: il contratto non è più concepito come manifestazione per antonomasia della autonomia privata, ma come *fait*

La libertà in quanto tale, pur essendo un postulato essenziale del diritto, non coincide con esso, non è altro in realtà che la forza, intesa come forza psicologica che alimenta la dinamica sociale. Ciò che la trasforma in diritti soggettivi, è il suo adattamento alla macchina sociale, la sua attuazione in funzione della vita sociale e quindi il riconoscimento e l'adozione da parte della comunità. Anche sotto il profilo strettamente filosofico, libertà e volontà non sono altro che forze brute, una sorta di materia prima che chiede di essere adattata e regolamentata attraverso la gerarchia delle forze sociali, la quale soltanto è in grado di fare di esse delle facoltà giuridiche.

Si tratta pertanto di individuare un principio di regolamenta-

---

social. Saleilles afferma che esso « n'est pas le fait de maîtrise d'une volonté créatrice de droit; mais le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs, pour la satisfaction des intérêts individuels réciproques ». Ne deriva che esso deve essere interpretato « d'après le but social de ce procédé de solidarité juridique, et non d'après la fantaisie individuelle de chacun de ceux qui y prennent part » (*Déclaration de volonté*, cit., p. 229). Tale conclusione, favorendo la critica e la progressiva erosione dei principi tradizionali, è all'origine di quel fenomeno che la storiografia francese ha definito « éclatement de la conception classique du contrat ». Cfr. J.-L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, cit., p. 194. Si vedano inoltre J.-L. Halperin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, cit., p. 197; C. M. Herrera, *Le droit, la gauche, la doctrine*, in *Les juristes face à la société*, cit., p. 10 e ss. Si veda anche sul punto l'opera di G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1925, cit., p. 93. Com'è stato notato, « l'objectivation du contrat, sorte de compromis entre le modèle contractuel classique et le modèle statutaire, a donné corps à une véritable « doctrine », dorénavant dénommée « solidarisme contractuel », cfr. P. Lokiec, *Contrat et pouvoir — Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, 2004, p. 113 e ss., cit., p. 113. Sul solidarismo contrattuale si vedano C. Jamin, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in Aa.Vv., *Le contrat au début du XXI siècle. Etudes offertes à J. Ghestin*, Paris, 2001, p. 441 e ss., nonché L. Grynbaum, *La notion du solidarisme contractuel*, in L. Grynbaum-M. Nicod (a cura di), *Le solidarisme contractuel*, cit., p. 25 e ss. Utili spunti sul tema si trovano in T. Revet, *Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique?*, in C. Jamin-D. Mazeaud, *La nouvelle crise du contrat*, cit., p. 91 e s. Sulla nozione di « incomplétude naturelle » des contrats e sulla « bonne foi » come criterio ermeneutico fondamentale, si veda H. Moubsit, *La volonté et le contrat dans la pensée de Raymond Saleilles*, cit., p. 72. Parte della dottrina, stigmatizzando gli eccessi cui ha condotto tale oggettivazione, ha parlato criticamente di un contratto che sfugge al controllo delle parti, di una « judiciarisation » del contratto, di una sua « processualisation ». Di un contratto che diventa « lui-même procédure », « lui-même procès ». Cfr. B. Fages, *Nouveaux pouvoirs. Le contrat est-il encore la« chose » des parties?*, in C. Jamin-D. Mazeaud, *La nouvelle crise du contrat*, cit., p. 153 e ss., cit., p. 154 e 159.

zione di origine sociale capace di risolvere il conflitto tra le libertà, il quale, introducendo delle garanzie collettive per il loro esercizio, le trasforma in facoltà legali, e cioè in diritti soggettivi (146).

L'impostazione radicalmente volontarista tipica del modello giuridico napoleonico viene pertanto rifiutata poiché ritenuta incapace di dar conto del mondo giuridico reale. Considerato nello specchio delle legislazioni positive, il diritto soggettivo non appare più come un mero potere di volere, ma come il potere di pretendere la soddisfazione di interessi legittimi, considerati in armonia con il bene della comunità e con l'ordine generale delle cose.

Saleilles definisce perciò il diritto soggettivo come il « pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social, et exercé par une volonté autonome » (147). Esso non è quindi semplicemente la libertà della volontà, non si esaurisce nella libera affermazione della volontà, ma coincide con la volontà nell'atto di perseguire un interesse legittimo, un bene. Ogni diritto è perciò un potere messo al servizio di fini obiettivamente giusti, un potere corrispondente a una funzione sociale:

> pourquoi vouloir faire dépendre tous les droits subjectifs d'un acte de la volonté individuelle, comme si la volonté créait le droit? Le droit est créé par le lien de concordance avec les exigences sociales, et en ce sens il est toujours objectif, que l'on y voie un lien de solidarité ou une loi de moralité sociale, peu importe; la volonté n'est un instrument de création juridique que dans la mesure où elle s'adapte à ces nécessités objectives supérieures, qui sont l'élément créateur du droit. Et, là où la volonté n'a pas entendu se plier à ces nécessités objectives, ce sont celles-ci qui la feront plier à leurs exigences… Il semble donc qu'en définitive il faille revenir, purement et simplement, et toute contradiction juridique à part, à ce dont le droit paraît avoir le plus de méfiance à dire: « cela est, parce que cela est juste ». Les juristes veulent pouvoir dire: « cela est juste parce que cela a été voulu ». Il faut désormais que l'on dise: « cela doit être voulu, parce que cela est juste (148).

---

(146) Il ruolo della volontà nella dogmatica giuridica tedesca del XIX secolo — decisivo, come vedremo, in relazione alla teoria della persona giuridica — è studiato da O. JOUANJAN, *La volonté dans la science juridique allemande du XIX siècle: itinéraires d'un concept, entre droit romain et droit politique*, in *Droits*, n. 28, 1999, p. 47 e ss.

(147) *De la personnalité juridique*, cit., p. 543.

(148) *Déclaration de volonté*, cit., p. 351.

Questo è il principio adottato per rileggere il dogma della autonomia della volontà alla luce del peculiare contesto economico-sociale di fine Ottocento (149). Si tratta, come abbiamo detto, di una revisione resa possibile dallo studio del diritto tedesco, destinata ad esercitare una influenza capitale in ambiti fondamentali del diritto privato, quali la teoria delle obbligazioni, la teoria della dichiarazione di volontà e la nozione di contratto (150).

---

(149) La critica puntuale di tale dogma si trova nel famoso saggio di E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé — Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912. Il presupposto di tale revisione è rappresentato da una fondamentale inversione di tendenza di carattere teorico-generale, consistente nell'abbandono, o almeno nel ridimensionamento, della *Willenstheorie*, ovvero della teoria individualista tradizionale elaborata dai romanisti tedeschi, alla quale la dottrina francese del XIX secolo si è sempre tenuta saldamente ancorata. Cfr. sul punto A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX siècle*, in *Archives de philosophie du droit — Le rôle de la volonté dans le droit*, Paris, 1957, p. 125 e ss. Come osserva Villey, « l'idée volontariste était à ce point irréalisable, que l'âge même du libéralisme à son zénith n'a pas su la mettre en pratique », cfr. M. VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, in *Archives de philosophie du droit — Le rôle de la volonté dans le droit*, Paris, 1957, p. 87 e ss., cit., p. 93.

(150) A tal proposito, vale la pena di ricordare una importante "scoperta" che la scienza giuridica deve a Raymond Saleilles: il *contrat d'adhésion*. La dottrina francese riconduce unanimente la paternità di tale istituto al giurista borgognone. Cfr. V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Paris, 2007, p. 274. Si vedano inoltre V. BOLGAR, *The contract of adhesion: a comparison of theory and practice*, in *The American Journal of Comparative Law*, XX, n. 1, 1972, p. 53 e ss.; J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, cit., p. 193; J. GHESTIN, *Traité de droit civil — La formation du contrat*, Paris, 1993, cit., p. 77. Tale fattispecie rappresenta un classico ambito di azione del solidarismo giuridico, nel senso che la nozione classica di contratto viene modificata tramite l'intervento diretto dello Stato, allo scopo di correggere il disequilibrio provocato dal fenomeno della produzione di massa di beni e servizi: cfr. H. MAZEAUD-L. MAZEAUD- J. MAZEAUD-F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, II, *Obligations*, Montchrestien, 1998, p. 24 e ss. Su tale fattispecie si vedano i lavori di O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat — Etude de quatre contrats d'adhésion usuels*, Paris, 1999 (con prefazione di J. GHESTIN), di G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, 1976, nonché lo studio più risalente di G. DEREUX, *De la nature juridique des contrats d'adhésion*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910, p. 503 e ss. Agli inizi del Novecento, il tema è oggetto di numerose tesi di dottorato. Si vedano ad esempio i lavori di V. PICHON, *Les contrats d'adhésion: leur interprétation et leur nature*, Lyon, 1912, e di J. DOLLAT, *Les contrats d'adhésion*, Paris, 1915.

Capitolo III
LA TRASFIGURAZIONE DELLA LEGGE

1. « *Au-delà du Code civil mais par le Code civil* »: l'elaborazione di un metodo legicentrico ed anti-legalistico. — 2. La *loi* come « organisme vivant » e l'interpretazione come « assouplissement »: la *méthode historique* come forma di bartolismo per la Repubblica. — 3. La distinzione tra sviluppo organico e deriva soggettivistica: la *freie Rechtsbewegung* e il *phénomène Magnaud* come forme di eresia modernista. — 4. Saleilles *versus* Gény: *méthode historique* e *libre recherche* a confronto. — 4. I giudici come incarnazione della concezione storico-sociologica del diritto. — 5. Il ritorno dei *jurisconsultes*: le « constructions juridiques » e il primato della dottrina.

1. *« Au-delà du Code civil mais par le Code civil »: l'elaborazione di un metodo legicentrico ed anti-legalistico.*

Dopo aver esaminato gli elementi essenziali della *méthode historique*, dobbiamo adesso verificarne le ricadute sul versante ermeneutico.

Saleilles, come sappiamo, è parte attiva di un complesso *projet républicain* il cui obiettivo è la individuazione delle condizioni giuridiche in grado di assicurare una stabile armonia sociale (1). La sua riflessione si inquadra in un movimento intellettuale di rifondazione dell'ideale repubblicano volto a ripensare giuridicamente le condizioni di un rinnovato *lien social*. Essa appare finalizzata a razionalizzare il conflitto, giuridicizzandolo, e a ricondurre l'eccesso del sociale e l'eccesso di politico all'interno delle categorie ordinanti della scienza giuridica.

L'aggiornamento della cultura giuridica francese implica la presa in considerazione del *social* e il suo inserimento all'interno di

---

(1) Cfr. C. Jamin, *François Gény d'un siècle à l'autre*, cit., p. 13; *Doctrine*, cit., p. 132.

un sistema di impronta indvidualista, di cui non si rinnega peraltro l'impostazione generale e il principio ispiratore (2).

La chiave di accesso al sociale, lo strumento in grado di aggiornare il sistema senza precipitarlo in una crisi irreversibile, è rappresentato in primo luogo da un opportuno discorso sul metodo (3). La risposta alle questioni nuove poste da una società in continua evoluzione non può infatti essere trovata nella interpretazione grammaticale della legge. Non è strano perciò che la dottrina ridefinisca la propria identità a partire da una riflessione di carattere metodologico.

L'applicazione della *méthode historique* e della comparazione, rende possibile una rilettura originale del sistema delle fonti. Il risultato è un metodo che potremmo qualificare come legicentrico ed anti-legalistico, è rappresentato cioè dal superamento del dogma della onnipotenza della legge nel contesto di una impostazione che tiene fermo il valore centrale della *loi* all'interno del discorso giuridico.

Assumere come punto di partenza della operazione ermeneutica la legge soddisfa in primo luogo il bisogno di *certitude*, considerata una qualità indispensabile del sistema giuridico, oltre che un requisito fondamentale per la tenuta e la coerenza dell'ordinamento (4).

La ricostruzione della metodologia giuridica attraverso il principio evoluzionistico e il concetto di *but à atteindre* solleva il problema della individuazione delle condizioni necessarie per assicurare la stabilità di un edificio che appare altrimenti destinato a perdere la propria unità sistematica e a dissolversi nel relativismo e in una ingovernabile empiria.

Un metodo giuridico deve offrire in primo luogo adeguate garanzie contro lo spauracchio dell'*arbitraire* e contro la tentazione del *subjectivisme*. Saleilles scongiura tale pericolo valorizzando la legge in quanto elemento di stabilizzazione del sistema: l'operazione ermeneutica deve assicurare il raggiungimento di un *au-delà* che resti

---

(2) Cfr. C. JAMIN-P.-Y. VERKINDT, *Droit civil et droit social: l'invention du style néo-classique chez les juristes français au début du XX siècle*, cit., p. 142 e ss.

(3) Cfr. C. JAMIN, *Dix-neuf cent*, cit., p. 382.

(4) « La certitude du droit est la première des garanties sociales, celle que la loi doit assurer avant tout aux citoyens », *Droit civil et droit comparé*, cit., p. 18.

sotto la copertura del testo, di un *au-delà* legittimato dalla lettera della legge, di cui si riconosce la supremazia (5):

> il s'agit de concilier l'idée d'une sorte de droit coutumier judiciaire, avec le maintien de la suprématie légale; et ceci ne se fait pas par les à-coups de subjectivisme et d'arbitraire d'un ou plusieurs « bons juges ». Il y faut une élaboration scientifique très sûre et très longue, une éducation pratique très traditionnelle et une psychologie très pénétrante (6).

Una corretta pratica ermeneutica presuppone l'esame dei profili sociali e delle correnti di opinione che influiscono sull'insieme del diritto nazionale: ma entro quali limiti la considerazione di idee nuove e di profili estranei alle preoccupazioni degli autori della legge appare legittima?

La questione non può essere risolta semplicemente scegliendo la soluzione che appare più conforme all'equità e alla sensibilità giuridica corrente, in quanto ciò espone al rischio dell'incertezza, « c'est la porte ouverte à bien des arbitraires » (7); il giudice può essere tentato di far prevalere la propria opinione filosofica, politica o sociale, contro le esigenze della pratica e contro ogni ragione di equità; gli interessi privati si trovano così alla mercè del soggettivismo dell'interprete e, anche nell'ipotesi in cui la soluzione adottata sia la migliore, date le circostanze, vi è sempre il rischio che la giurisprudenza subisca improvvisi *revirements*, e sia perciò incapace di offrire sufficienti garanzie alle relazioni tra privati.

Una interpretazione di carattere filosofico o sociale, conforme a determinate correnti di opinione, anche se risponde a idee giuste e a esigenze effettivamente presenti nel corpo sociale, rischia infatti di condurre a esiti imprevisti, tali da minare in radice la certezza del diritto. È necessario fondare gli elementi di interpretazione ricavati dall'ambito sociale ed economico su una base oggettiva, in modo da consentire agli interessati di formulare previsioni sufficientemente precise, entro una cornice giuridica sicura e nei limiti del possibile predefinita.

La sfida cui deve rispondere la ricerca metodologica è rappre-

---

(5) Cfr. E. Gaudemet, *op. cit.*, p. 249.

(6) *Lettre à M. Paul Desjardins*, cit., p. 48.

(7) *Droit civil et droit comparé*, cit., p. 18.

sentata dalla definizione delle condizioni in grado di conciliare esigenze apparentemente opposte, l'esigenza del rispetto del diritto in quanto norma astratta e formale e l'esigenza dell'equità, intesa come processo di individualizzazione e di adattamento della legge alla realtà.

Saleilles attenua l'antitesi *equité/droit*, tratto costante della vicenda storica del diritto, reso più acuto dall'avvento della codificazione, immaginando un'equità che penetra nel sistema giuridico senza stravolgerlo, attraverso procedimenti definiti, che seguono precise regole direttrici (8).

L'argomento *ex auctoritate*, assicurato dal riferimento al dato testuale, costituisce la principale garanzia per una interpretazione evolutiva del diritto che intenda attribuire rilevanza a considerazioni di carattere equitativo senza cedere alle sirene del soggettivismo o ai richiami della *Freirecthtslehre*. Da qui deriva il richiamo alla *loi* come elemento essenziale di *certitude*, e momento di *validitas* del discorso giuridico, nel quadro di una operazione ermeneutica sostanzialmente creatrice.

Saleilles è dunque un neoterico, ma un neoterico profondamente francese, immerso in una tradizione giuridica e in una cultura politica che non intende rinnegare.

Il recupero della *loi* come ancoraggio necessario e momento di legittimità di una interpretazione creativa si spiega inoltre per ragioni identitarie, che rimandano alle opzioni politiche proprie di un cattolico liberale, che riconosce il valore progressivo della Rivoluzione e ne accetta i principi. Gli echi del legicentrismo si riflettono su una indagine metodologica che si sforza di contemperare l'individualizzazione del diritto con la salvaguardia, entro certi limiti, del formalismo e della coerenza logica del sistema.

Saleilles, a differenza di Gény, non è animato dal desiderio di mettere fuori gioco una legge considerata, nel contesto storico di fine Ottocento, l'espressione di un potere ideologicamente ostile, ma punta semmai a recuperare quello che rimane l'emblema della Francia repubblicana per attribuire *validitas* ad una operazione ermeneutica tesa a lavorare dall'interno l'edificio giuridico, senza

(8) *Allocution à la conférence Bufnoir*, cit., p. 46.

sconvolgimenti apparenti e in maniera relativamente indolore, fornendo così una base giuridica rinnovata a una Repubblica a corto di idee e a « bout de souffle » (9).

La convinta appartenenza all'orizzonte culturale francese è confermata dalle molteplici aspettative di cui continua ad essere caricata la *loi*, a dispetto della stigmatizzazione degli effetti aberranti provocati dalla ideologia giuridica rousseauviana. La legge, infatti, è destinata a conservare la propria centralità nel contesto delle fonti del diritto poiché solo per suo tramite può esprimersi a pieno l'*esprit de réforme* che caratterizza il giurista borgognone. Il recupero della *loi* appare necessario in quanto essa è l'unico strumento a partire dal quale è possibile alimentare l'inedito *interventisme* statuale, volto a favorire la costruzione giuridica dell'*Etat-Providence* e a definire i contenuti, le ambizioni e i limiti del nuovo *droit social*.

Maurice Deslandres ha sottolineato come tutta l'opera di Saleilles e la sua personalità di giurista possa essere spiegata a partire dalle sue preoccupazioni di carattere sociale. Non siamo in presenza di un giurista che si accontenta di studiare il diritto vigente, in maniera statica, per scrutare i testi, determinarne il senso e la portata, colmarne le eventuali lacune, risolvere le contraddizioni o le ambiguità, e costruire, sulla base delle leggi esistenti, l'edificio completo e definitivo del diritto; siamo in presenza di un giurista che osserva il diritto da un punto di vista dinamico allo scopo di favorirne l'evoluzione adattandolo alle condizioni mutevoli della società: « Saleilles ne fut pas un commentateur, mais un réformateur, parce qu'il fut un social ».

Per questo, la dimensione sulla quale occorre soffermarsi, per coglierne la personalità, prima ancora di quella metodologica, è quella della *réforme législative*, la dimensione *de lege condenda*, dove le aspettative di riforma e di progresso sociale sono affidate, nonostante le sue imperfezioni e le critiche giustificate da un secolo di legolatria, allo strumento legislativo (10).

---

(9) C. JAMIN, *Dix-neuf cent*, cit., p. 380.

(10) Cfr. M. DESLANDRES, *Les travaux de Raymond Saleilles sur les questions sociales*, in *L'œuvre juridique*, cit., p. 267. Si veda anche F. GENY, *La conception générale du droit, de ses sources et de sa méthode dans l'oeuvre de Raymond Saleilles*, cit., p. 27 e ss. Cfr. anche J.-F. NIORT, *Homo civilis: contribution à l'histoire du Code civil français (1804-1965)*, II, cit., p. 441.

La partecipazione a istituzioni come la *Société d'études législatives* o la *commission pour la législation étrangère* attiva presso il Ministero della giustizia deve essere inquadrata in questo orizzonte mentale: non si tratta soltanto del desiderio di seguire le orme di Bufnoir, raccogliendone l'esempio, ma di un impegno che nasce dalla personale convinzione del ruolo decisivo della legge come strumento di progresso del diritto (11). Saleilles matura la convinzione che l'attività legislativa rappresenti l'elemento trainante del progresso giuridico di un paese e che l'immobilismo, in tale ambito, sia l'anticamera della paralisi e della decadenza. L'attività creatrice della giurisprudenza, oltre un certo limite, non è più sufficiente per garantire il progresso del sistema a causa del carattere disordinato e frammentario dell'aggiornamento che essa è in grado di offrire (12).

La migliore testimonianza della centralità che viene assumendo la legislazione come strumento di progresso giuridico nella riflessione scientifica di Saleilles è contenuta nella lettera che egli invia al presidente della *Société d'études législatives* nell'ottobre del 1904.

L'oggetto è la revisione del Codice, di cui è in corso la celebrazione del centenario.

A distanza di un secolo, il monumento napoleonico mostra i segni del tempo: il centenario è l'occasione per osservare il Codice con sguardo obiettivo, per tentare di storicizzarlo, superando lo

---

(11) Cfr. F. Geny, *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode dans l'oeuvre de Raymond Saleilles*, cit., p. 49.

(12) « Ce qui serait une perte d'influence définitive pour un grand pays comme la France, ce serait de s'en tenir à un droit aujourd'hui séculaire, que l'on ait la prétention d'immobiliser, alors que l'économie politique et sociale du monde se modifie du tout au tout…C'en serait fait des traditions juridiques françaises et de leur influence dans le monde scientifique. Il resterait, sans doute, notre jurisprudence, qui est merveilleuse de souplesse, et qui, à l'exemple de la jurisprudence du préteur, a fait du droit véritable, tel qu'il s'applique dans notre pays, quelque chose de très différent du droit immobilisé dans nos textes. Mais qui donc à l'étranger pourrait se reconnaître dans ce dédale judiciaire? Lorsqu'on cite le droit français, est-ce aux résultats définitifs de notre jurisprudence que l'on se réfère? Où en trouver la synthèse et l'exposé intégral? Ce que l'on cite, ce sont des textes qui ne s'appliquent plus, ou tout au moins qui s'appliquent juste à l'opposé de leur sens littéral; cependant c'est sur ces textes que l'on nous juge; et, comme ils ont vieilli, on passe à d'autres disciplines », *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, cit., p. 122 e s.

smarrimento degli esordi e l'ebbrezza da evento epocale che aveva paralizzato i giuristi per buona parte dell'Ottocento. Il risultato di questo approccio disincantato è la scoperta che i principali capitoli del diritto privato risultano bisognosi di un profondo aggiornamento, dal diritto di famiglia alla disciplina del credito, dal diritto successorio alla disciplina dei contratti speciali, specie per quanto concerne la disciplina del rapporto di lavoro.

Di fronte a un tale stato di cose, unanimemente riconosciuto, i giuristi si dividono: da una parte vi è chi, soprattutto a causa delle lungaggini tipiche della procedura parlamentare, non crede nella possibilità di una revisione generale del Codice e ritiene preferibile adottare riforme parziali attraverso una serie di leggi speciali; dall'altra, vi è invece chi, come Saleilles, è convinto della necessità di riscrivere integralmente il Codice. Ed è questo, precisamente, il motivo che lo induce a scrivere la lettera. La scelta di procedere a riforme parziali gli sembra poco condivisibile in quanto espone al rischio di dar vita a sottosistemi legislativi difficili da armonizzare con l'insieme dei principi del Codice, che al contrario, in quanto « tout organique », deve essere ripensato nella sua integralità.

Ma non è una preoccupazione di ordine sistematico il vero motivo che lo spinge a farsi promotore di una revisione generale. La ragione profonda è in realtà la convinzione, molto francese, che una autentica riforma non può che avere carattere legislativo. Dottrina e giurisprudenza sono chiamate a tessere il sistema e a gestire l'ordinaria amministrazione, colmando le lacune, adeguando le disposizioni esistenti, preparando il terreno alle riforme; ma il salto di qualità nella vita del diritto può avvenire soltanto attraverso la *loi*. Questo spiega l'impegno a favore della revisione e il legicentrismo di una proposta metodologica che, per certi aspetti, confina con il campo minato della *Freirechtsbewegung*:

> nul plus que moi n'a jamais réclamé plus large liberté d'allure en faveur de l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle. Peut-être même a-t-on pu me reprocher, avec quelque raison, de dépasser parfois en cette matière les limites permises. Et cependant, si larges que soient les pouvoirs d'interprétation que l'on accorde aux tribunaux, toute réforme de notre Code civil, qui viserait l'ensemble des matières qu'il comprend, et qui ne comporterait que des remaniements partiels, étayés sur une jurisprudence flottante, serait une réforme manquée, sans valeur scientifique, sans effet pratique, sans

influence sur la direction générale du progrès juridique. Il n'est pas de jurisprudence au monde, en effet, qui puisse aller contre une disposition positive de la loi; et le plus souvent c'est cette disposition positive qu'il faudrait réformer. Il n'est pas de jurisprudence qui puisse supprimer un rouage créé par la loi, et le plus souvent ce sera un rouage qui fonctionne mal. A plus forte raison, si la jurisprudence est impuissante au point de vue de la suppression et de l'abrogation des lois, est-elle plus impuissante encore lorsqu'il s'agit de créer d'emblée tout un organisme d'ensemble et de l'introduire dans la loi (13).

Siamo dunque in presenza di una dichiarazione di impotenza della giurisprudenza, o quanto meno di una presa d'atto dei limiti congeniti della interpretazione giudiziale, la cui creatività non può spingersi oltre un certo limite. E ciò per ragioni che attengono da un lato all'orizzonte istituzionale tipico dello stato di diritto continentale, dall'altro alle caratteristiche fisiologiche della sua azione, inevitabilmente topica e frammentaria, e quindi incapace di sviluppare una coerente azione di riforma. A tale dichiarazione corrisponde, per forza di cose, la presa d'atto che la riforma del sistema non può avvenire che attraverso la legge, per quanto imperfetta, e benché sovente, come non si manca di sottolineare, un meccanismo creato dalla legge sia un meccanismo che funziona male. Saleilles sembra quasi schernirsi, come se la sua presa di posizione rappresentasse una smentita flagrante delle tesi che da tempo sosteneva in materia di metodo giuridico e di teoria della interpretazione.

Ma non si tratta, in questo caso, come osserva Ambroise Colin, della manifestazione di una sorta di « opportunisme » costruttivo, tipico di un giurista sempre alla ricerca del compromesso, dotato di un forte senso della realtà, e capace pertanto di modulare la propria posizione in funzione delle effettive possibilità di attuazione di una idea (14). Questa presa di posizione a favore della legislazione è in realtà il naturale approdo di un giurista che ha in mente un preciso disegno politico ispirato a un autentico *esprit de réforme*, per la cui realizzazione lo strumento privilegiato non può che essere la legge.

---

(13) *Lettre à M. le Président de la Société d'études législatives sur la revision du Code civil*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, IV, 1904, pp. 77-79, cit., p. 79.

(14) Cfr. A. Colin, *Saleilles et son oeuvre en législation positive*, in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, cit., p. 292.

Questo spirito riformista emerge chiaramente nella corrispondenza con Huber, nella quale Saleilles, in più occasioni, si sofferma a raccontare la sua esperienza in seno alla commissione di revisione del Codice, per la cui istituzione si era impegnato in prima persona. Superata a fatica la malattia che lo ha tenuto lontano dalla celebrazione del centenario del Codice, sul finire del 1904 si reca per la prima volta ad una riunione di tale commissione. L'impressione, però, è tutt'altro che positiva:

> j'ai pu, sans en courir de trop grands risques, aller, il y a huit jours, à la première réunion de cette commission de Revision du Code civil que vient de nommer le Ministère de la Justice. Mon impression est, de plus en plus, que ce n'est pas encore cette première Commission qui accomplira l'oeuvre tant désirée. Il y a trop de coutumes et de préjugés accumulés contre nos Projets de réforme. Dans tout le monde du Palais, chez les magistrats et avocats, on est très décidé à procéder par voie d'obstruction. Et c'est un peu, croyez-le bien, ce sentiment, qui était déjà dans l'air, et que les partisans des réformes cherchaient à ménager par avance, qui a quelque peu gêné notre ami Gény dans les entournures et l'expression de ses idées foncières, lorsqu'il rédigea l'article dont vous me parlez. Mais, en dépit de tout, c'est déjà quelque chose et comme un grand succès d'avoir posé chez nous, sur un sol aussi réfractaire, la question de la revision. C'est un mouvement qui commence et qui ne fera que s'accentuer, jusqu'à ce que nous parvenions enfin à le faire aboutir (15).

Tutto ciò non contrasta con le tesi sostenute in ambito metodologico né con l'idea di un ritorno a una sorta di diritto sapienziale, la cui evoluzione è affidata in primo luogo alla comunità dei giuristi teorici. Il suo impegno diretto in organismi che hanno il compito di progettare nuove leggi non è affatto una sorta di *extrema ratio*, una dichiarazione di resa da parte di un giurista costretto a prendere atto del carattere velleitario delle sue teorie, ma rappresenta lo sbocco coerente di una concezione che vede nella comunità dei *jurisconsultes* non i recettori passivi dei comandi del sovrano, ma i costruttori del diritto, impegnati in prima persona nella sua progettazione, e quindi dediti allo sviluppo della legislazione. Il movimento legislativo, nella sua visione, deve essere indirizzato dai giuristi, i quali esercitano su di

---

(15) Lettera del 29 dicembre 1904, in A. Aragoneses, *Recht im* fin de siècle, cit., p. 130 e s.

esso un'influenza analoga a quella dei teologi sugli sviluppi dogmatici, e le leggi nuove non sono la manifestazione di una volontà arbitraria, ma il naturale precipitato di un lungo processo di elaborazione teorica portata avanti dalla riflessione ininterrotta dei dottrinari.

Tale passione per la legislazione, presente a livello embrionale nella critica allo storicismo savignyano, risulta difficilmente comprensibile al di fuori del complesso scenario di fine Ottocento segnato dalla progressiva costruzione dell'*Etat-Providence* cui dà un contributo decisivo la definitiva affermazione del suffragio universale.

L'ingresso delle masse sulla scena politica favorisce una loro diversa percezione. Il popolo non è più una massa indifferenziata e minacciosa ma un soggetto politicamente rilevante. La novità del suffragio universale contribuisce a rendere ancora più sensibile la questione sociale e a promuovere politiche di intervento da parte dello Stato nei confronti degli strati più fragili della popolazione allo scopo di favorirne l'integrazione. Ciò porta ad un abbandono del tradizionale universalismo rivoluzionario e ad una progressiva "compromissione" in senso sociale dello Stato. È attraverso tale processo che si delineano un po' alla volta i connotati di quello che sarà definito "Etat-Providence", la cui politica sociale si articolerà sui pilastri del lavoro, dell'assicurazione e dell'assistenza.

Questo interventismo repubblicano è finalizzato a disinnescare la "bomba" della questione sociale. Si nega in altre parole che esista una questione sociale in quanto tale, riducendola semmai ad una serie di problemi sociali differenziati, bisognosi di un trattamento specifico. La progressiva costruzione di un modello di Stato sociale, frutto di queste politiche di intervento settoriale, è il riflesso del tentativo di individuare, attraverso una sintesi problematica, acrobatica, una terza via tra il liberalismo di stretta osservanza e il socialismo (16).

Abbiamo osservato come l'emergere delle dottrine del diritto sociale sia strettamente correlato al tentativo di consolidamento dell'edificio repubblicano attraverso politiche di carattere sociale finalizzate ad integrare masse popolari dotate di un inedito ruolo

(16) Cfr. M. Lazar, *La République à l'épreuve du social*, cit., p. 331.

politico e come tale strategia di integrazione attribuisca un ruolo decisivo alla dimensione giuridica.

I giuristi, infatti, hanno il compito di razionalizzare il conflitto, aggiornando dall'interno il sistema giuridico, senza peraltro modificarne i presupposti teorici di partenza. Si tratta di un conflitto interno al sistema, frutto di un approccio scientifico ormai datato, riflesso, a sua volta, di un conflitto esterno, derivante dal contrasto tra un sistema giuridico pensato per una società d'altri tempi, con un contesto in rapida evoluzione. Razionalizzare il conflitto significa pertanto, da questo punto di vista, aggiornare il sistema dando cittadinanza a soggetti e a rapporti altrimenti condannati alla insignificanza.

Tale razionalizzazione si traduce, in taluni casi, in un disegno di contenimento della questione sociale attraverso la sua frammentazione in una serie di questioni concrete, oggetto di un approccio pragmatico: contratto di lavoro, regime giuridico della donna sposata, dei minori, dei figli naturali, responsabilità extra-contrattuale, abuso del diritto etc.

Questa sorta di politica dei piccoli passi, da compiersi attraverso una razionalizzazione e una tecnicizzazione del conflitto, si inquadra del resto nell'orizzonte della dottrina solidarista, come via media, soluzione alternativa capace di scardinare la rigida antitesi tra liberalismo e socialismo rivoluzionario, e trova ampio spazio nel programma politico di Marc Sangnier (17) cui Saleilles esprime, come abbiamo rilevato, tutta la sua ammirazione.

Il recupero della *loi*, nel progetto-Saleilles, si spiega anche per l'esigenza di contribuire, dal versante giuridico, alla stabilizzazione delle istituzioni repubblicane, attraverso la metabolizzazione del suffragio, conformemente alla *tradition républicaine* e nel senso della *démocratie républicaine* teorizzata da Gambetta (18). La valorizzazione della *loi* come esito di una dialettica democratica in seno ad una assemblea rappresentativa della unità sociale e politica del paese

---

(17) Si tratta del resto di una posizione condivisa anche da altri movimenti espressione di un cattolicesimo progressista come la *Sozialpolitik* austriaca. Cfr. J.-M. Mayeur, *Catholicisme intransigenat, catholicisme social, démocratie chrétienne*, cit., p. 495 e s.

(18) Cfr. O. Rudelle, *Le légicentrisme républicain*, cit., p. 448 e ss.

è funzionale alla concretizzazione delle virtù taumaturgiche riconosciute al suffragio universale, considerato un « cérimonial d'inclusion » (19), volto alla trasfigurazione politica del *lien social*.

Sul finire dell'Ottocento la domanda di integrazione si fa sempre più pressante e si perfeziona lo spostamento sul versante politico e sociale della domanda di inclusione: mentre, in precedenza, l'obiettivo dell'inclusione veniva perseguito sul terreno dei diritti civili, attraverso la distruzione dei privilegi e la soppressione delle distinzioni legali tra gli individui, e il suffragio non faceva altro che prolungare sul terreno politico il compimento di una società di individui riconosciuti come eguali, a partire dalla Monarchia di luglio, e in misura via via crescente, la questione dell'eguaglianza si gioca sulla scena politica e sociale e non più su quella dei diritti civili. Si sviluppa un legame identitario tra Repubblica e suffragio universale, nel quadro di una rinnovata apprensione dei rapporti tra il sociale e il politico, che fa della vocazione sociale l'immediata ricaduta di una idea repubblicana segnata dalla valenza inclusiva del suffragio. La *loi*, in questo contesto, assume un significato paticolare, poiché non è più "soltanto" lo strumento per la distruzione dei privilegi, ma il risultato indiretto del suffragio universale, nella sua natura di « sacrement de l'unité sociale » (20), in quanto strumento e simbolo di una più alta unità sociale.

Abbiamo visto, inoltre, come il suo impegno scientifico rappresenti in gran parte una traduzione in termini giuridici del programma politico del movimento *démocrate-chrétien*. La ricerca di una democrazia sociale è un ingrediente essenziale di tale movimento. Essa punta, attraverso lo sviluppo della pratica associativa e di una forma di democrazia che sia « pour le peuple » e « par le peuple », al superamento di una società gerarchizzata e al raggiungimento di una forma superiore di eguaglianza. Il concetto di partecipazione e quindi l'imperativo dell'inclusione diventa una delle parole d'ordine del cattolicesimo sociale nel tentativo di definire un « système d'action sociale » (21).

---

(19) Cfr. P. Rosanvallon, *La république du suffrage universel*, cit., p. 380.

(20) *Ibidem*.

(21) Cfr. G. Goyau, *L'Encyclique sur la démocratie chrétienne*, in *La Quinzaine*, 16 marzo 1901, citato da J.-M. Mayeur, *L'abbé Lemire*, cit., p. 190.

Contemporaneamente, l'« humanisme démocratique » tipico dei sillonisti sviluppa l'equazione cristianesimo/democrazia, individuando l'espressione approssimativa dell'ideale democratico nella celebre trilogia rivoluzionaria (22). Ciò provoca un'apertura o una degenerazione — a seconda dei punti di vista — verso posizioni scopertamente filo-rivoluzionarie, e rende possibile quel *mélange* di cattolicesimo sociale e di liberalismo cattolico che caratterizza il pensiero di Saleilles, nel quale l'adozione dell'alfabeto rivoluzionario rappresenta la pre-condizione per la progettazione di un ordine sociale e politico al contempo alternativo e credibile.

Le ragioni che inducono Saleilles ad elaborare una metodologia di carattere legicentrico e risolutamente anti-legalistico non si comprendono a pieno se non si tengono presenti gli ingredienti che vi contribuiscono, i quali sono di diversa natura: tecnico-giuridica, politica, ideologica: il bisogno di una istanza capace di assicurare la cosiddetta « frappe juridique » e quindi il recupero della legge come momento di validità; il valore della *loi* nell'ambito di un discorso metodologico elaborato da un giurista cattolico liberale e convintamente filo-repubblicano; la funzione strategica della *loi* come strumento essenziale di un *esprit de réforme* volto a concretizzare inedite politiche di intervento statuale, allo scopo di disinnescare la questione sociale e quindi ad esorcizzare lo spettro, onnipresente, del socialismo rivoluzionario.

2. *La loi come « organisme vivant » e l'interpretazione come « assouplissement »: la* méthode historique *come forma di bartolismo per la Repubblica.*

La definizione dei canoni interpretativi caratteristici della *méthode historique* ricorda da vicino il procedimento tipico dei commentatori. Saleilles distingue tra *loi* come incarnazione del diritto e *loi* come condizione di giuridicità. La vecchia mentalità esegetica viene messa al bando grazie ad una riflessione metodologica che, mentre rifiuta la *loi* intesa in senso rousseauviano, fa di essa il luogo per eccellenza della giuridicità, e nella quale la legge, trasfigurata,

(22) Cfr. J. Caron, *Le Sillon et la démocratie chrétienne*, cit., p. 343 e ss.

costituisce la base e il punto di riferimento essenziale per l'opera di una scienza giuridica tornata consapevole della propria autonomia e del proprio ruolo creativo (23).

Ne deriva una teoria della interpretazione che assume come presupposto una nozione di legge intesa come « organisme vivant », come « milieu du développement juridique ». Al centro della proposta metodologica di Saleilles, in altre parole, vi è la sostituzione del volontarismo giuridico settecentesco con una nozione oggettiva e organicistico-finalistica della legge e del diritto. La premessa di questa rivoluzione è rappresentata, sul versante della teoria generale del diritto, dall'abbandono dei postulati cari all'*Ecole de l'exégèse*, dietro ai quali non era difficile scorgere l'ombra famigerata di Jean-Jacques Rousseau (24):

> la fiction était de croire, non pas à proprement parler que la loi suffisait à tout — tout le monde sait qu'il n'est aucune loi codifiée qui puisse embrasser et prévoir tout l'ensemble des rapports juridiques — mais que la jurisprudence, et également la doctrine, en interprétant la loi, ne se plaçaient qu'au point de vue d'une recherche de volonté, et qu'elles ne faisaient que tirer les solutions logiques qu'eût acceptées le législateur; non

---

(23) Considerata la immediata valenza politica di questa opera di rifondazione epistemologica, che trova nel discorso sul metodo il suo punto di forza, si sarebbe tentati di definire la *méthode historique* una sorta di "bartolismo per la Repubblica". La costruzione tecnico-giuridica della democrazia sociale avviene infatti elaborando in via dottrinale e giurisprudenziale soluzioni normative nuove a partire dalla legge, intesa come momento di validità, e quindi come riferimento *formale* obbligato del discorso giuridico. Cfr. F. Calasso, *Bartolismo*, in *Enciclopedia del diritto*, V, pp. 71-74. L'analogia con il *modus procedendi* dei giuristi medievali si rivela particolarmente feconda. Saleilles, come pure altri giuristi a lui contemporanei, quali Bülow, Kohler, Cimbali, Gabba, Simoncelli etc., riduce la legge « a un vaso vuoto che la vita giuridica successiva alla promulgazione si premura di riempire dei contenuti più varii, e si parla di interpretazione teleologica di essa, di una sua elasticità e disponibilità ad appropriarsi di futuribili… », cfr. P. Grossi, *Ripensare Gény*, cit., p. 36. Per una esposizione della *interpretatio* medievale, si veda P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma, 1995, p. 160 e ss.

(24) La concezione rigidamemte volontaristica della legge rappresenta, come è stato notato, una sorta di « stumbling-block to the fruitful interaction of law and sociology », rende cioè impossibile la proficua contaminazione tra metodo storico e metodo deduttivo, che è poi l'essenza della *méthode historique*. Cfr. H. S. Jones, *op. cit.*, p. 42.

pas le législateur moderne, mais l'auteur même de la loi, quel que fût l'intervalle à jeter en bloc entre le passé et le présent (25).

Il punto di partenza è dunque il rifiuto della interpretazione intesa come ricerca della *voluntas legis*, cioè come attribuzione alla legge di un significato corrispondente alla volontà presunta del suo autore, e la sua sostituzione con una nozione di interpretazione intesa come attività progressiva, volta a « mettre les textes en harmonie avec l'ensemble du droit du pays, donc avec l'ensemble des principes qui le dominent et en dirigent le développement au moment même où l'on doit en faire l'application » (26).

Saleilles fa propria la convinzione di Montaigne, secondo la quale « les loix prennenet leur auctorité de la possession et de l'usage. Il est dangereux de les ramener à leur naissance; elles grossissent et s'annoblissent en roulant, comme nos rivières. Suivez-les contremont jusqu'à leur source, ce n'est qu'un petit surion d'eau à peine reconnaissable » (27). La legge perciò non è un atto di volontà, paragonabile a un testamento, come nell'impostazione di Gény, ma è un « principe d'ordre social », un « procédé de réglementation de la vie organique », viene emanata dal legislatore come un « principe qui doive se suffire à lui-même », ed ha ad oggetto non soltanto la soddisfazione dei bisogni del momento, che ne hanno determinato la promulgazione, ma la soddisfazione dei bisogni permanenti della collettività, nella misura in cui si ricollegano all'oggetto che essa ha previsto e disciplinato. Essa, quindi, non è una fonte isolata e autosufficiente, ma è parte di un meccanismo giuridico, nel quale si inserisce come un ingranaggio necessario al funzionamento generale. Da tutto ciò deriva una conseguenza fondamentale: l'interpretazione è essenzialmente adattamento ed evoluzione, dal momento che la

---

(25) *Préface*, cit., p. XIV.

(26) Come è stato sottolineato, il diritto « va cercato in questa *tensione* tra l'*essere* delle cristallizzazioni passate e il *dover essere* richiesto dalla situazione concreta affinché il diritto sia sempre sentito come "giusto" da coloro che partecipano alla pratica giuridica, cioè sia conforme, in ogni momento, ai valori ritenuti essenziali dalla società », cfr. M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto*, cit., p. 207.

(27) Citato da E. Betti, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, cit., p. 124 e da M. Villey, *Philosophie du droit,* II*, Les moyens du droit*, Paris, 1984, cit., p. 159 e s.

legge-organismo muta incessantemente per assicurare il corretto funzionamento del sistema complesso nel quale è inserita.

L'organicismo di Saleilles nasce proprio dalla constatazione che l'interpretazione in materia di legge non può avere lo scopo di ricostruire una *volontà*, che la pretesa di svelare la volontà del legislatore è cosa vana, impossibile, puramente fittizia, dal momento che equivarrebbe a ricercare le volontà di tutti i partecipanti al voto e a ricavare dalla media di queste la volontà generale della maggioranza: operazione inutile, oltre che impossibile, perché il legislatore non emette una legge in quanto atto di volontà ma in quanto principio di ordine sociale, organismo, entità vivente, destinata a entrare in rapporto con la società e a progredire e a evolversi con essa. La volontà si consuma senza lasciare traccia al momento dell'approvazione della legge: è questa l'idea centrale che ispira l'intero discorso metodologico di Saleilles: formulata in maniera inequivocabile in un passaggio del lavoro dedicato alla teoria della dichiarazione di volontà nel codice civile tedesco:

> le législateur émet la loi comme un principe d'ordre social, qui doive se suffire à lui-même, dans son adaptation constante aux exigences sociales. La loi est un instrument de réglementation sociale; elle doit s'interpréter de la façon la plus conforme au bon fonctionnement du mécanisme créé par le législateur. Et comme la matière sociale est une matière organique, en voie de transformations constantes, la réglementation qui s'y applique doit suivre l'évolution progressive du milieu pour lequel elle est faite. L'adaptation de la loi se moule en quelque sorte à la plasticité des éléments auxquels elle s'applique; de sorte qu'elle devient, elle-même, un organisme qui se développe et qui porte ses fruits, précisément par l'interprétation incessament progressive qui en est faite ([28]).

La natura della legge muta radicalmente, non è più un comando ma un principio di regolamentazione della vita sociale avente natura organica ed è quindi soggetta ad uno sviluppo indipendente dalla volontà che l'ha posta in essere ([29]), ma, collocata al centro di un

---

([28]) *De la déclaration de volonté*, cit., p. 212 e s.

([29]) « La loi ne lui apparaît plus comme une formule hiératique qui ne sache plus inspirer au monde moderne que scepticisme ou dédain, mais comme un organisme vivant qui se développe sous la pression des faits et plus encore sous l'influence des doctrines, comme une arme mise à notre portée, pour le bien comme pour le mal, qui

tessuto giuridico complesso, viene colta nella sua dimensione oggettiva, dove ciò che conta non è « un preteso Urwille bensì il reticolato di nessi di cui quel testo è occasione tutte le volte che la comunità lo accoglie e lo rivive » (30).

Lo spostamento dell'attenzione dal momento della emanazione del provvedimento alla sua vita nel tempo e nello spazio, e quindi al momento applicativo, fa sì che il discorso sul metodo si trasformi in un discorso sulla interpretazione: il baricentro dell'ordinamento si sposta da un testo immobilizzato, mitizzato, alla sua interpretazione, intesa come intermediazione tra testo e fatti successivi.

Ciò non significa, vale la pena ripeterlo, introdurre nell'ordinamento la figura del *bon juge* o del *juge-roi*. Il primo principio del diritto moderno, senza il quale non vi è che arbitrio e incertezza, è che il giudice è tenuto a rispettare e ad applicare la legge tutte le volte in cui si trova di fronte ad un caso da essa espressamente disciplinato. L'interprete non ha il diritto di metterla da parte col pretesto della sua presunta ingiustizia: è il principio posto a fondamento della codificazione contro il quale si è scagliato Savigny.

Il problema sorge nei casi che non rientrano in nessuna delle fattispecie legali esistenti: è nota la soluzione scelta dal legislatore napoleonico: il principio recepito nell'articolo 4 del titolo preliminare impone di ricostruire la volontà fittizia del legislatore, domandandosi cosa avrebbe voluto se si fosse trovato davanti al caso di specie. La soluzione è dunque necessariamente presente nel sistema, aleggia nell'ordinamento, di cui si postula la completezza, e deve essere cercata dall'interprete a partire dai dati normativi esistenti (31).

In realtà, però, qualsiasi giudice, col pretesto di determinare il contenuto della volontà passata del legislatore storico, si domanda, quanto meno a livello inconscio, quale sarebbe la volontà del

---

a très peu de valeur par elle-même, mais qui en a une très considérable par l'usage que nous saurons en faire », *ibidem*.

(30) Cfr. P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 236.

(31) Si è sottolineato a questo proposito come l'integrazione della legge, realizzata mediante una interpretazione di carattere storico-evolutivo, assuma, rispetto alla nomogenesi, un carattere complementare, esplicativo di valutazioni già implicite, e risponda all'ideale della coerenza dinamica e della congruenza oggettiva. Cfr. E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*, II, cit., p. 820 e s.

legislatore attuale; il che significa, in sostanza, considerare determinante, ai fini della interpretazione, il contesto presente e non quello esistente all'epoca dell'entrata in vigore della legge.

Il giudice, nel far ciò, non ha di fronte una *tabula rasa*, ma ha un testo di legge, il quale, pur non avendo previsto il caso di specie, ha tuttavia stabilito delle regole, dotate di un valore generale, dalle quali è possibile ricavare principi suscettibili di una applicazione estensiva. Ciò significa che, pur dovendo tener conto del presente, il giudice è vincolato dal passato, nel senso che è obbligato a mettere la soluzione in armonia con l'insieme dei testi di cui ha la custodia, facendo costante riferimento alle leggi esistenti, intese come « milieu du développement juridique, le seul qu'il puisse avoir et où il doive se mouvoir, dans un pays à législation codifiée ».

L'operazione ermeneutica è pertanto il risultato di due attività speculari, affidate all'interprete: l'« assouplissement », cioè l'interpretazione evolutiva e relativizzante del testo legale, che viene piegato ai mutevoli contenuti di realtà proposti dalle differenti contingenze storiche; l'« encadrement », cioè la riconduzione di tali contingenze, dei fatti, nell'involucro reso flessibile del testo legale, considerato il « couvert nécessaire » dell'operazione ermeneutica. Essa è quindi il frutto di un rapporto dialettico tra dimensione giuridica e realtà fattuale la cui corretta articolazione è demandata al giudice, il quale procedendo per *assouplissements* e per *encadrements* successivi assicura il raggiungimento di una soluzione conforme alle aspettative sociali, espressione della vitalità dell'organismo giuridico nel suo insieme.

Questo procedimento complesso genera una azione reciproca, fatta di compromessi, di transazioni, di scambi, di prestiti, a seguito della quale la legge si piega, assumendo significati e contenuti conformi alle esigenze presenti, e « matura un esito sociale ulteriore, ancorché non intenzionale, consistente nel comporre il conflitto fra altre categorie d'interessi all'infuori di quelli previsti » (32). La legge diventa, com'è stato detto con formula felice in relazione a pratiche interpretative medievali, un « vaso vuoto »:

---

(32) Cfr. E. Betti, *op. cit.*, p. 825.

le texte n'a pas changé; l'intelligence du texte s'est élargie. La loi est devenue un moule très flexible qui donnera l'empreinte du droit aux phénomènes nouveaux issus de la loi, et qui recevra d'eux à son tour une empreinte sociale incessamment progressive. A toute époque, la jurisprudence a plus ou moins inconsciemment obéi à ces règles d'élargissement; seulement elle le fait d'instinct, sans trop oser le dire, sans règles précises et sans bases scientifiques. Ce sont ces bases scientifiques de l'interprétation évolutive qu'il nous appartient aujourd'hui de rechercher et de fixer (33).

Il compito della dottrina è dunque quello di fissare le basi oggettive della interpretazione evolutiva partendo dal presupposto che i principi ispiratori della ermeneutica giuridica devono essere ricercati non tanto nei testi quanto nelle grandi correnti di opinione che influenzano le istituzioni. Trattandosi di principi obiettivi predeterminati a livello dottrinale, non vi è il rischio di incorrere in derive soggettivistiche o di riprodurre gli arbitri e gli *a priori* tipici della vecchia scuola del diritto naturale.

Si tratta insomma di rendere esplicito e di stabilizzare attraverso la predisposizione di appositi criteri ermeneutici un procedimento naturale ed inevitabile in un ordinamento a diritto codificato, un procedimento che i giudici francesi hanno adottato spontaneamente nel corso dell'Ottocento.

Saleilles ricorda le novità più eclatanti introdotte in via giurisprudenziale: la teoria della causa impulsiva, distinta dalla condizione in senso proprio, volta a fondare la dichiarazione di nullità di atti di liberalità sprovvisti di causa; la teoria del doppio legato condizionale, tesa a superare il divieto di sostituzioni testamentarie; l'ammissione del legato *sub condicione*, finalizzata alla introduzione surrettizia della fondazione di diritto privato in un ordinamento radicalmente ostile al fenomeno della personalità giuridica e allergico al diritto di associazione.

Ancora più emblematico è il caso della assicurazione sulla vita: considerata addirittura un atto illecito all'epoca della redazione del Codice, tale figura si fa strada nell'ordinamento grazie all'opera della giurisprudenza: un parere del Consiglio di Stato del 28 maggio 1818

(33) *Les rapports du droit et de la sociologie*, cit., p. 429 e s.

autorizza la costituzione di una società anonima cha ha ad oggetto la prestazione di assicurazioni sulla vita sostenendo che tale genere di contratto è assimilabile ai contratti aleatori espressamente previsti dal Codice e merita inoltre di essere incoraggiato in quanto forma legittima di previdenza; negli anni successivi, innumerevoli sentenze di merito e di legittimità ribadiscono la ammissibilità della fattispecie sostenendo che l'elemento caratterizzante di essa, e cioè l'interesse del terzo alla morte dell'assicurato, si ritrova in altre fattispecie, pienamente legittime, quali la costituzione di usufrutto o la rendita vitalizia. In tutte queste fattispecie, i giudici fanno dire alla legge qualcosa di nuovo, reinterpretandone il significato alla luce delle mutate esigenze sociali.

Ma l'esempio estremo è fornito senz'altro dalla vicenda dell'art. 1382, uscito trasfigurato dalla rilettura giurisprudenziale di fine Ottocento: da articolo « écrit sur le roc », consacrazione icastica della responsabilità aquiliana, saldamente ancorata alla *faute* (34), è divenuto il fondamento della teoria del rischio, e cioè un criterio di attribuzione della responsabilità extra-contrattuale ormai totalmente svincolato dal requisito della colpa in conseguenza di una ricostruzione rigorosamente oggettiva della fattispecie (35).

---

(34) La dottrina, a tal proposito, parlerà non a caso di « évanescence du rôle et du domaine de la faute », cfr. G. ROUHETTE, *D'une faute à l'autre?*, in *Droits*, n. 5, 1987, p. 9 e ss., cit., p. 14. Cfr. sul tema G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, 1991; *Critiche sociali al codice e crisi del modello ottocentesco di unità del diritto*, in *Codici — Una riflessione di fine millennio. Atti dell'incontro di studio Firenze, 26-28 ottobre 2000*, Milano, 2002, p. 309 e ss. Il problema della responsabilità extra-contrattuale appassiona anche i giuristi italiani. Tra i più attivi, su questo fronte, è Giacomo Venezian. Questi, formatosi alla Scuola positiva di Ferri e affascinato dall'universo di *common law*, introduce la nozione di torto come « realtà oggettiva sociale »: cfr. G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana*, cit., pp. 265-300 e P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 48 e ss. La vicenda della responsabilità extra-contrattuale è ricostruita, in ambito francese, nell'imponente studio di A. VIGNON-BARRAULT, *Intention et responsabilité civile*, Aix-en-Provence, 2004. Per una ricostruzione storico-giuridica delle vicende della *faute*, si vedano J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, 1992, p. 233 e ss., dove è ricostruita la storia che conduce dalla pena privata alla responsabilità; F. EWALD, *La faute civile, droit et philosophie*, in *Droits*, n. 5, 1987, p. 45 e ss.; J.-L. GAZZANIGA, *Notes sur l'histoire de la faute*, *ibidem*, p. 17 e ss.; L. HUSSON, *Les transformations de la responsabilité. Essai sur la pensée juridique*, Paris, 1947.

(35) Saleilles gioca un ruolo decisivo nella elaborazione della cosiddetta teoria del

La teorizzazione della *méthode historique* parte dalla presa d'atto dello sviluppo inarrestabile di un diritto giurisprudenziale creativo ed è pensata per la dottrina, è un invito alla scienza a « prendre le devant », a riconoscere espressamente tale fenomeno e a farsene interprete e parte attiva. Osservando la quantità di « brèches inavouées » aperte nel tessuto del Codice e soprattutto « ce Protée qu'est…l'article 1382 », Saleilles nota come il destino di tale norma abbia finito per essere simile a quello della legge finanziaria divenuta il « lieu géométrique de toutes les réformes que l'on veut faire passer par surprise » e come il giudice si comporti ormai in maniera analoga al parlamento, il quale « s'embusque derrière la loi de budget pour introduire, sous forme d'additions ou de suppressions de crédits, une foule de lois nouvelles en dehors de la procédure réglementaire de la loi ». È necessario invece rendere esplicite le tecniche ermeneutiche attraverso le quali ci si sforza, quasi di soppiatto, di dare attuazione agli imperativi della giustizia materiale. L'impiego consapevole e non dissimulato della *méthode*

---

rischio, cioè nel processo di oggettivazione della responsabilità extra-contrattuale, alla base della legge in tema di infortuni del lavoro promulgata nel 1898 e del celeberrimo *arrêt Teffaine*. Cfr. R. SALEILLES, recensione a P. RENCKER, *De la non-responsabilité conventionnelle* (Thèse de doctorat en droit, Dijon, 1893-1894), in *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, IV, 1894, p. 647-666; *Les accidents de travail et la responsabilité civile* (Essai d'une théorie objective de la responsabilité delictuelle), Paris, 1897; *Le risque professionnel dans le Code civil* (communication à la société d'économie sociale), in *Réforme sociale*, XXXV, 1898, p. 634-649; *La responsabilité du fait des choses devant la Cour supérieure du Canada*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, X, 1911, pp. 23-59. Si veda sul tema il contributo di C. MASSIGLI, *Les travaux de Raymond Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extra-contractuelle*, in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, 1914, p. 437 e ss. All'epoca di Saleilles, il tema era stato oggetto di due importanti studi in ambito francese. Si vedano C. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles-Paris, 1884; *accidents de travail, responsabilité et garantie*, in *Revue de droit belge*, 1888, p. 401 e ss.; M. SAUZET, *De la responsabilité du patron vis-à-vis des ouvriers dans les accidents de travail*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1883, p. 506 e 608; E. TARBOURIECH, *La responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail: histoire, jurisprudence et doctrine, bibliographie, travaux parlementaires jusqu'à la date du 24 mars 1896*, Paris, 1896. Si veda anche, dello stesso autore, *Des assurances contre les accidents du travail: assurance collective et de responsabilité civile, avec un examen des législations étrangères et un projet de loi voté par la Chambre des Députés le 10 juillet 1888*, Paris, 1889.

historique fornisce all'interprete gli strumenti necessari per assicurare l'evoluzione del sistema senza doversi nascondere dietro al paravento puramente formale di un principio logico dotato di « frappe juridique »:

> dès que l'on a pu s'abriter sous un principe rationnel qui ait une frappe juridique, on se croit en règle avec les disciplines du droit; peu importe que ce concept ne soit qu'une sorte de paravent introduit pour réaliser tel progrès que l'on avait en vue et donner satisfaction à tel postulat imposé par l'équité. Alors pourquoi ne pas le reconnaître, pourquoi ne pas le dire? Pourquoi ne pas mettre au premier plan ce qui, dans la conscience de ces juristes progressistes, était en effet le fond initial de tous leurs raisonnements? (36).

A questa domanda darà finalmente risposta Aléxis Ballot-Beaupré, nominato primo Presidente della *Cour de cassation* (37) (a

---

(36) Si tratta di un eccesso di timidezza favorito dalla *forma mentis* tipica del giurista, sensibile all'ordine e alla prevedibilità. Ma si tratta anche della tendenza a dissimulare i meccanismi autentici che regolano l'applicazione giudiziale del diritto ancora più radicata a seguito della diffusione del modello giuridico rivoluzionario: « sans doute, on veut rendre hommage, par cet excès de discrétion, à ce principe fondamental, que tout progrès réalisé par voie d'interprétation ne doit intervenir que sous le couvert de certaines règles qui constituent, à elles seules, tout l'art du juriste et sans lesquelles il n'y aurait plus qu'arbitraire, confusion et chaos. Je le veux bien, et je serai le premier à reconnaître la valeur de ces règles et de ces mécanismes, qui forment comme le Palladium de notre art et le secret de notre science de juristes; ce sont ces formes protectrices dont il devient de mode de sourire aujourd'hui, comme d'une défroque usée, et dont je vous montrerai, au contraire, l'utilité souveraine et l'inéluctable nécessité; car sans elles nous tomberions dans l'anarchie judiciaire, laquelle est le pire des fléaux. Mais si on les croit usées, artificielles et vaines, c'est précisément parce qu'on a eu le tort de dissimuler le fait initial qui en constitue la justification et qui leur donne la vie, je veux dire le besoin primordial de faire servir le droit, avant tout, au progrès de la justice dans le monde. Et c'est parce qu'il en est ainsi, et qu'il y a là une vérité d'expérience consacrée par toute l'histoire de la législation, depuis les hardiesses du Préteur, jusqu'aux créations purement jurisprudentielles des Cours d'équité du droit anglais, en passant par les constructions savantes de notre Cour de cassation, qu'il ne faut pas craindre de dire ce qui est, et de reconnaître, sauf à se demander par quel procédé d'évolution juridique les choses se passent ainsi, que le sens et la portée des textes changent avec l'évolution de mœurs et des idées », *Droit civil et droit comparé*, cit., p. 11 e ss.

(37) Alexis Ballot-Beaupré (1836-1917), Primo presidente della *Cour de cassation*

partire dal 2 ottobre 1900, in sostituzione di Charles Mazeaud), in un celebre discorso pronunciato il 29 ottobre 1904 in occasione dei festeggiamenti per il centenario del Codice. Dopo aver reso omaggio al « Palladium » di regole e di principi di cui parla Saleilles, dichiarando, come da copione, « qu' il n'existe pas, à proprement parler, d'autre source de droit civil que la loi », l'alto magistrato non esita ad offrire una interpretazione tutta personale dell'art. 4 del Titolo preliminare: il giudice, come si sa, non può rifiutarsi di decidere « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi »; ma la decisione non ha niente di meccanico: in caso di ambiguità di un articolo o in presenza di una apparente lacuna normativa, il giudice dispone dei « pouvoirs d'interprétation les plus étendus », ed ha la facoltà di « adapter libéralement, humainement, le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne » (38).

Ballot-Beaupré risponde, in sostanza, all'invito di Saleilles: abbatte il « paravent » dietro il quale si nascondono i giudici nel tentativo di favorire il progresso giuridico e svela il « fond initial de tous leurs raisonnements ». Ne deriva una esplicita consacrazione dell'*assouplissement* e della *méthode historique*; metodo applicato, di fatto, prima della sua precisa formulazione teorica, dai giudici transalpini per tutta la seconda metà dell'Ottocento: come dimostra il caso emblematico di « Protée », la norma *passe-partout* sulla responsabilità extra-contrattuale.

---

dal 1900 al 1911, è celebre soprattutto per aver contribuito alla soluzione dell'*Affaire*, dimostrando la colpevolezza di Esterhazy, autore del falso *bordereau* all'origine dell'incriminazione per alto tradimento del capitano Alfred Dreyfus. Si può vedere, sul tema, l'intervento di G. CANIVET tenuto in occasione del colloquio del 19 giugno 2006, *De la justice dans l'affaire Dreyfus*, organizzato dalla *Cour de Cassation*, dalla *Société internationale d'histoire de l'affaire Dreyfus*, dall'*Ordre des avocats au Conseil d'Etat* e dall'*Ordre des avocats au barreau de Paris*. Cfr. AA.VV., *De la justice dans l'affaire Dreyfus* (CD-Rom), Paris, 2006.

(38) Cfr. C. JAMIN, *Un modèle original: la construction de la pensée juridique française*, cit., p. 2. Su Ballot-Beaupré si soffermano anche P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 105, e M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., p. 133 e ss.

3. *La distinzione tra sviluppo organico e deriva soggettivistica: la* freie Rechtsbewegung *e il* phénomène Magnaud *come forme di eresia modernista.*

La distinzione tra crisi modernista ed eresia modernista, tematizzata in ambito teologico, risulta particolarmente illuminante per comprendere il significato profondo della strategia scientifica adottata. La posizione di un Kantorowicz o del più umile *bon juge* Magnaud è assimilata alla posizione dell'ultimo Loisy, che non a caso Saleilles definisce « écoeurant », del Loisy che spingendo sino alle estreme conseguenze la scepsi relativista arriva a negare addirittura il dogma della divinità di Cristo, e cioè il dogma fondante del cristianesimo. La crisi modernista, al contrario, è tale perché, senza intaccare l'immutabilità del *fait surnaturel* che costituisce il nucleo essenziale del dogma, si sforza di adeguarne la rappresentazione teologica, e cioè la parte storicamente contingente, nel tentativo di conciliare le acquisizioni della scienza con il messaggio cattolico e di raggiungere una sintesi superiore tra fede e ragione.

La crisi modernista del pensiero giuridico appare particolarmente complessa, piena di ombre e di apparenti contraddizioni, proprio perché, rifuggendo dalla radicalità semplificante dell'eresia, non si presenta come un modello dal contenuto sovversivo, totalmente incompatibile con la tradizione giuridica continentale, ma costituisce al contrario un tentativo di riforma interna, perseguita attraverso un riequilibrio nei rapporti tra gli attori della dinamica giuridica, presentandosi quindi più come un recupero e una riscoperta, sia pure difficile e non priva di tensioni, che non come una rottura epocale e irrimediabile. Il cattolico modernista cui guarda Saleilles è il cattolico della *via media*, il cattolico che rifugge dagli eccessi, dalla tentazione di ridurre la propria fede a una sorta di « socialisme mystique » (39), e "soffre" nel tentativo problematico di

(39) Saleilles, come abbiamo visto, non manca di definire « écoeurant » l'ultimo Loisy (lettera del 9 aprile 1908). Altrettanto significativa è, del pari, la presa di distanza dalla nozione di « catholique » recepita da Paul Sabatier, come traspare dalla lettera del 7 agosto 1909, nella quale Saleilles si sofferma sulla vicenda di Padre Tyrrell: « vous avez dû, comme nous tous, cruellement souffrir de ces tristes démêlés qui suivent la mort du pauvre Tyrrell. Il y a eu, à côté d'un vrai courage, si rare chez les catholiques, bien des maladresses commises. Pourquoi dire d'avance qu'il ne se serait jamais rétracté! Qu'en

attualizzare il fondamento dogmatico delle proprie credenze senza abbandonare l'orizzonte del cattolicesimo.

La stessa operazione viene tentata in ambito giuridico nella misura in cui la *méthode historique* non può essere ridotta a una variante francese del giusliberismo ma è semmai un tentativo di aggiornamento di un modello politico-giuridico definito e pienamente accettato attraverso una redistribuzione dei ruoli e delle funzioni interne alla comunità dei giuristi.

Il riferimento al *bon juge* chiarisce la posizione di Saleilles nei confronti delle derive soggettivistiche e, più in generale, di impostazioni riconducibili al filone della *Freirechtslehre*.

François Gény, nella *Méthode*, stigmatizza il *bon juge*, rifiutandosi di seguirne l'esempio. Gény si sofferma a lungo sulle « saillies d'indépendance continue et tapageuse » del Tribunale di Château-Thierry allo scopo di dimostrare che il metodo critico e la *libre recherche* non conducono necessariamente all'anarchia giudiziaria (40). Magnaud evita per partito preso di adottare la *forma mentis* del giurista preferendo lo stile del tribuno e, invece di dire il diritto in conformità agli elementi destinati a rivelarlo, si preoccupa di giudicarlo dall'altezza del proprio spirito. Magnaud capovolge la metodologia tradizionale: invece di prendere le mosse dalla legge, interpretandola testualmente o attraverso l'intenzione del legislatore, per poi passare all'esame della dottrina e della giurisprudenza, correggendole o interpretandole in piena indipendenza, ma riser-

---

sait-on? Puis, il y a bien des façons de se rétracter, depuis la plus servile jusqu'à la plus noble. Tyrrell ne se serait pas discrédité en faisant profession de cette dernière; et il serait alors vraiment resté des nôtres. Jamais son évêque, si on n'eût pas prononcé ce mot malheureux, ne lui eût refusé la sépulture religieuse. Je lisais dans le Christian Commowealth un bel article sur Tyrrell, répondant aux Anglicans qui lui reprochent de n'être pas venu à eux; et il y avait cette phrase: « si nous portons gravé au cœur le symbole qui résume toute notre âme et toute notre vie et que l'on pût voir dans le cœur Tyrrell, on y trouverait gravé au fond, bien au fond, un seul mot, celui de « catholique ». Malheureusement, l'auteur de l'article l'entend à peu près au sens de Sabatier dans son livre sur la modernité; et ce n'est plus le nôtre. Il pouvait y avoir telle façon de se rétracter qui maintînt à Tyrrell le bénéfice de ce catholicisme étayé, tout en lui laissant le privilège du catholicisme le plus orthodoxe; et je regrette qu'on ne l'ait pas compris. Il aurait fait ainsi beaucoup de bien; j'ai peur qu'on ne lui fasse faire beaucoup de mal ». Lettera del 7 agosto 1909, in *Archives Municipales d'Hazebrouck — Fonds Lemire-Arbelet*.

(40) *Méthode*, cit., p. 288.

vando un ruolo limitato all'apprezzamento individuale, il *bon juge* attribuisce a quest'ultimo un peso determinante e ne fa il perno del procedimento decisionale.

L'apprezzamento individuale, inoltre, non deriva da una analisi degli elementi scientifici del diritto, ma è il frutto di vaghe considerazioni, che risulta impossibile ricondurre a principi stabili o a strumenti pratici definiti, costitutivi nel loro insieme di un sistema omogeneo. Magnaud ricorre a formule generiche le quali, pur presupponendo una visione alta e nobile della funzione giudiziaria, non forniscono elementi sufficienti per la realizzazione di un ideale del resto appena abbozzato. Altre volte, invece, oppone al diritto puro, incarnato nella legge o nella giurisprudenza, un'entità superiore, il diritto naturale o, più spesso, l'equità, considerata come il fondamento e la giustificazione del libero apprezzamento individuale, senza alcun legame, pertanto, con l'*aequitas* romana. Ne deriva una sorta di « impressionisme anarchique dans l'application du droit positif » (41), una giurisprudenza capace di appagare il vago sentimento popolare di una giustizia immanente, attraverso l'evocazione di idee sentimentali e umanitarie « dont la séduction paraît due, à ce qu'elles flattent le penchant, quelque peu anarchique, qui réside au fond du coeur humain, sans qu'elles présentent véritablement aucune prise sérieuse à la justice objective » (42).

Gény non nega i meriti del *bon juge*: la valorizzazione del concetto di solidarietà sociale; il tentativo di superare le formule astratte e la rigidità del diritto scritto per mettere in primo piano le realtà concrete e i fatti della vita sociale; la rivendicazione dell'indipendenza del magistrato e della dignità della sua funzione. Ma, al di là di tali aspetti positivi, il « phénomène Magnaud » è in opposizione manifesta con le più elementari esigenze del diritto positivo e le tendenze « primesautières, sentimentales et simplistes » che lo animano non hanno nulla da spartire con il rigore del metodo critico che l'*Ecole scientifique*, con diverse sfumature, si preoccupa di elaborare (43).

Saleilles, sotto questo profilo, condivide in pieno il giudizio di

---

(41) *Ibidem*, p. 303; P. Grossi, *Ripensare Gény*, cit., p. 33.

(42) *Méthode*, cit., p. 300 e s.

(43) *Ibidem*, p. 305 e s.

Gény. L'anarchia giudiziaria è considerata « le pire des fléaux ». Il rinnovamento metodologico deve tendere a conciliare la libertà del giudice con il rispetto dei testi, attraverso procedimenti conformi alle tradizioni e al diritto pubblico francese:

> ce que je crains, tant que les nouvelles méthodes ne se seront pas fondues dans un tout harmonique, c'est que, de tout cet empirisme, nos jeunes gens ne rapportent cette impression qu'il suffit d'une iniquité légale, d'une discordance de la loi avec la réalité, ou d'un besoin urgent qui se fait jour, pour que le juge, de son autorité propre, ait qualité pour abroger les textes, les fausser ou les laisser périmer. Nous aurions le Préteur, sans l'Edit prétorien, ce qui serait grave. Ou bien nous aurions le *Lord Chief Justice* d'Angleterre sans avoir, pour garantie, le fond solide et traditionnel du *Common Law* anglais. C'est donc à concilier la liberté du juge avec le respect du texte, par des procédés conformes aux traditions françaises et au droit public français, que doivent tendre nos recherches et nos études actuelles de méthodologie. Car, si nous voulons le progrès, si nous voulons avoir sous la main un instrument sûr d'évolution et de développement de notre système juridique, encore faut-il nous garder de l'anarchie judiciaire; ce qui serait, cette fois, un mal sans remède (44).

I *bons jugements* appaiono, in quest'ottica, una mera affermazione delle concezioni individuali del giudice, fanno appello a un ideale personale di giustizia, che rappresenta, indirettamente, un ritorno agli arbitri tipici della scuola del diritto naturale (45). Le decisioni di Magnaud costituiscono il risultato di « essais purement individualistes et un peu archaïques d'une justice d'équité », ai quali Saleilles oppone un diritto che si fonda su basi oggettive, di natura scientifica e sociologica, capace di assicurare una giustizia sociale e progressiva (46).

Il protagonista dello storicismo metodologico non è un giuslibe-

---

(44) *Lettre à M. Paul Desjardins*, cit., p. 16.

(45) Come si è osservato, lo sviluppo integrativo della norma, come momento centrale dell'operazione ermeneutica, teso ad assicurare l'efficienza evolutiva della interpretazione, pur esaltando l'elemento valutativo e assiologico, non appiattisce la funzione giurisdizionale al livello della discrezionalità, « giacché l'apprezzamento interpretativo rimane pur sempre vincolato e subordinato alla linea di coerenza logica e assiologica che si dimostra immanente all'ordine giuridico considerato nella sua organica totalità », cfr. E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*, II, cit., p. 822.

(46) *Les rapports du droit et de la sociologie*, cit., p. 431.

rista proprio perché non è solo, perché, grazie alla preliminare riappropriazione comunitaria del principio di legalità che fonda la legittimità della interpretazione attualizzante, è capace di scongiurare il « péril d'arbitraire » e il « péril d'incertitude juridique » (47). L'interprete-applicatore, in ambito giuridico, non adotta soluzioni eretiche nella misura in cui agisce come esponente qualificato di una comunità che ha predefinito i requisiti di una evoluzione legittima, nel senso di una conformità innovatrice, distinguendola da una « corruption », in senso newmaniano.

4. *Saleilles* versus *Gény:* méthode historique *e* libre recherche *a confronto.*

Come è stato ripetutamente sottolineato, la proposta metodologica di Saleilles, pur condividendone gli obiettivi, differisce però profondamente da quella elaborata dal suo amico e collega lorenese. Non fu soltanto la storiografia posteriore a rilevare tali differenze ma esse balzarono agli occhi degli stessi interessati. La pubblicazione della *Méthode* fornì infatti l'occasione per un importante confronto che mise in luce le differenze che caratterizzavano i due discorsi sul metodo. Il primo ad avviare la polemica fu François Gény (48).

Sappiamo che la lettura del saggio del 1890, che può essere considerato l'atto di nascita dello storicismo metodologico, fu per Gény una autentica « révélation ». Se si eccettua l'ormai articolata riflessione metodologica tedesca, la *méthode historique* rappresentava infatti quanto di meglio era stato pensato in terra francese per superare la *raideur* esegetica e rifondare su nuove basi la scienza giuridica. È naturale pertanto che Gény, durante la laboriosa stesura del suo "manifesto", facilitata oltre tutto dal sostegno e dall'incoraggiamento del vecchio collega digionese, dedichi uno spazio considerevole all'esame della *méthode historique*.

Le lettere inviate a Saleilles ci rivelano, a tratti, un Gény disorientato, travolto dalla mole di un lavoro che lievita di giorno in

---

(47) *Droit civil et droit comparé*, cit., p. 19.

(48) Sulla vita e l'opera del giurista lorenese, oltre alle opere già citate, si veda il saggio di P. KAYSER, *La vie et l'oeuvre de François Gény*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20, 1991, p. 53 e ss.

giorno, timoroso di non riuscrire a portare a termine un *monstrum* che, come spesso accade con le grandi opere, sembra ormai aver assunto una vita propria (49). Tutto lascerebbe presagire un discorso sul metodo condotto nel solco della riflessione sviluppata in maniera vulcanica dal suo mentore. Ma non è così: Gény, animato dalle stesse preoccupazioni di Saleilles, entra a gamba tesa nel dibattito metodologico, proponendo una soluzione alternativa, che chiarisce in parte la propria identità attraverso un confronto e una critica serrata della *méthode historique*. I termini di questo confronto, e in particolare le argomentazioni di Saleilles, risultano estremamente interessanti poiché gettano luce sui motivi ispiratori di un metodo che ha nel recupero e nella trasfigurazione della vecchia *loi* repubblicana il suo punto di forza.

Gény avvia la sua critica notando come due tendenze, opposte nella loro origine e nel principio che le ispira, abbiano spinto la maggior parte degli interpreti moderni, esagerando la fecondità e l'importanza della legge scritta, a snaturare profondamente il ruolo che essa deve avere in quanto fonte di regole giuridiche valide *erga omnes*.

La prima tendenza, dominante nel corso dell'Ottocento, è frutto delle illusioni razionaliste del XVIII secolo. La legge è considerata alla stregua di una immagine divina, di una rivelazione perfetta e completa del diritto positivo, parte di un sistema dotato di una precisione matematica. Essa viene interpretata perciò attraverso procedimenti di carattere rigorosamente logico allo scopo di ricavare le soluzioni adeguate alle più diverse fattispecie concrete. Quando essa tace, l'interprete non può prescinderne e deve sacrificare al culto della legge le più pressanti esigenze fattuali giungendo a conclusioni sconcertanti per il più elementare buon senso (50).

Questa tendenza ha prodotto, per reazione, una tendenza opposta, esemplificata nei lavori di Saleilles, che Gény considera non meno pericolosa e fuorviante della prima. Ritenendo che il principale difetto della teoria classica della interpretazione risieda nella

---

(49) Cfr. C. Jamin, *François Gény d'un siècle à l'autre*, cit., p. 12 e ss.

(50) *Méthode*, cit., I, p. 257 e s. Si veda, in proposito, J. L. De Los Mozos, *Algunas reflexiones a proposito de la teoría de la interpretacíon en la obra de François Gény*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20, Milano, 1991, p. 127 e ss.

eccessiva rigidità attribuita al testo di legge, tale indirizzo propone di modificarne radicalmente la concezione, conferendogli una elasticità tale da consentire un agevole adattamento alle multiformi esigenze della pratica. Tale concezione si basa sull'assunto che la legge non è tanto un atto di volontà espressione di una intenzione immutabile quanto un elemento di organizzazione sociale, variabile al pari di questa (51).

Gény considera la teoria dell'*assouplissement* una filiazione della teoria del *Volksgeist* tipica dello storicismo giuridico tedesco. Savigny e Puchta considerano la coscienza popolare la fonte intima delle regole di diritto positivo mentre la legge scritta, la consuetudine e il diritto di elaborazione dottrinale non sono altro che derivazioni di tale coscienza. Tale impostazione non è incompatibile con il rispetto, almeno apparente, della formula legale, benché ne riconosca il valore solo ove essa traduca fedelmente le direttive del *Volksgeist*.

Tuttavia, se il pensiero del legislatore, quale si ricava dal significato naturale del testo, ripugna all'interprete, in quanto ritenuto contrario alla coscienza giuridica popolare, questi non esiterà a mettere da parte la legge, per riferirsi direttamente a questa fonte comune e più profonda. Il testo legale diventa così una entità isolata dalla sua fonte, sottoposta al principio di evoluzione, suscettibile di essere stravolta e violentata a seconda delle esigenze.

Individuate le ascendenze teoriche della dottrina dell'*assouplissement*, Gény la attacca frontalmente riccorrendo a una duplice argomentazione: essa priva la legge scritta del suo ruolo sociale essenziale, che è quello di garantire la stabilità e la fissità della norma giuridica; limita la libertà del giurista imponendogli, tutte le volte in cui deve risolvere situazioni impreviste, di tener conto di una forma vuota, il cui contenuto non potrà che essere rideterminato in maniera artificiosa (52).

---

(51) *Méthode*, cit., II, p. 248 e s.

(52) *Méthode*, cit., I, p. 262 e ss.; *La conception générale du droit, de ses sources et de sa méthode dans l'oeuvre de Raymond Saleilles*, cit. Tale critica è ripresa da Gaudemet, che ritiene la metodologia di Saleilles una soluzione di transizione tra l'esegesi e la *libre recherche* di Gény, ritenuta più cristallina e maggiormente pluralisata, al di là (e proprio grazie al) dichiarato ossequio nei confronti della nozione tradizionale di legge. Cfr. E. GAUDEMET, *L'oeuvre de Saleilles et l'oeuvre de Gény en méthodologie juridique et en*

In primo luogo, tale impostazione, pur avendo il merito di fondare la soluzione innovativa sulla base solida e rassicurante del testo di legge, trascura, in linea con la lezione savignyana, in forza di un determinismo esclusivo, il ruolo dell'azione cosciente e riflessa esercitato dall'uomo nella produzione del diritto. L'interprete, riconoscendo che la società-organismo è dominata dal principio di evoluzione, non deve confondere il contesto nel quale l'attività ermeneutica si inserisce e al quale si rivolge, con l'oggetto di essa, la legge scritta, disconoscendone così la natura e l'identità caratteristica.

Questa critica discende direttamente dalla tesi centrale sviluppata in precedenza in materia di interpretazione della legge, funzionale a quello che potrebbe definirsi una sorta di esilio rispettoso della *loi* repubblicana: l'interpretazione di un testo legislativo assomiglia all'interpretazione di un atto giuridico di natura solenne, il cui contenuto è espresso dalle formule autentiche che ne precisano nettamente i contorni (53). La formula legale è illuminata dalla volontà legislativa che l'ha determinata, proprio come la volontà è l'anima di ogni atto giuridico, dal momento che « la loi n'est pas autre chose qu'une volonté, émanant d'un homme ou d'un groupe d'hommes et condensée en une formule » (54). Considerare la legge un prodotto immediato e diretto del contesto sociale significa sna-

---

philosophie du droit, cit., p. 11 e ss. Una critica simile, anche se formulata in termini indubbiamente più benevoli nei confronti di Saleilles, si ritrova in P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 241. L'autore evidenzia l'aporia derivante da una posizione mediana, in quanto « l'inquadramento dei fatti nuovi nei testi vecchi, anche se semplice aggancio di legittimità, potrebbe costituire un elemento frenante, una violenza, insomma anche una smentita a quella tanto conclamata visione organica e a quell'adattamento della legge al divenire progrediente, che è il fine che si vorrebbe ad ogni costo raggiungere. A meno che tutto non si riduca ad una funzione, a un aggancio puramente formale », aggiungendo poi significativamente che la soluzione di Saleilles « si pone in un itinerario di continuità con quella sensibile giurisprudenza francese che per tutto il secolo aveva creato diritto dissimulando l'aspetto creativo sotto un mantello ipocrita di esegesi fedele e di esercizio passivo di meri arnesi logici ». Si veda anche, dello stesso autore, *Ripensare Gény*, cit., p. 41.

(53) Cfr. P. Grossi, *Ripensare Gény*, cit., p. 36; G. Timsit, *Gény, le juge et le silence*, cit., p. 150 e s.

(54) *Méthode*, cit., p. 265. Cfr. J. L. De Los Mozos, *Algunas reflexiones a proposito de la teoría de la interpretacíon en la obra de François Gény*, cit., p. 133 e ss.

turarne l'essenza, confonderla con una sorta di diritto spontaneo o con un vago diritto consuetudinario, mentre essa si caratterizza proprio per l'attività cosciente e riflessa dalla quale emana. Per questo, l'interpretazione della legge non può confondersi con l'*assouplissement* ma deve consistere nella ricerca del contenuto della volontà legislativa attraverso la formula che l'esprime, senza soffermarsi a valutare il grado di perfezione della regola da applicare né la sua capacità di adattamento al contesto sociale di riferimento. La chiara consapevolezza della essenza della legge è per Gény la condizione indispensabile per un effettivo pluralismo.

La seconda critica che viene mossa alla *méthode historique* è, come si è visto, il fatto di rendere più difficoltosa la ricerca di soluzioni inedite a causa del mantenimento del simulacro della legge. Si tratta di una critica che rivela, a mio avviso, il vero obiettivo della riflessione di Gény. La teoria dell'*assouplissement* è considerata più *osé*, più spregiudicata, perché appare *ictu oculi* contraria alla sana tradizione giuridica francese. Si tratta, in apparenza, della affermazione degna di un giurista immerso anima e corpo nella cultura dell'esegesi. L'*assouplissement* è spegiudicato perché, disconoscendo l'elemento tecnico della legge e la sua specificità, altera formalmente, *ex professo*, la natura della fonte per eccellenza.

Tuttavia, questa non è altro che la premessa per un approdo ben diverso. Non è qui infatti che si nasconde la vera preoccupazione di Gény. L'interpretazione evolutiva rompe l'equilibrio tra le diverse forze che alimentano la vita del diritto e impedisce di riconoscere il ruolo e l'autonomia di ciascuna di esse. Far dipendere necessariamente la validità dell'operazione ermeneutica e la stessa giuridicità di una soluzione dal suo collegamento con un testo di legge significa non solo trascurare l'elemento tecnico, riducendo la legge a un contenitore vuoto, ma soprattutto snaturare le altre fonti autonome del diritto che vengono così a trovarsi indebitamente assorbite nella legislazione.

Gény rivolge in tal modo alla teoria dell'*assouplissement* un'accusa di spregiudicatezza formale, in quanto essa altera la concezione tradizionale di legge adottata dalla comunità dei giuristi; si tratta però di un'accusa funzionale a mettere in evidenza il profondo radicamento nella cultura giuridica post-rivoluzionaria dei sostenitori di tale teoria e i pericoli per il pluralismo che da essa possono

derivare (55). Gény accusa insomma questi giuristi di aver paura del vuoto e di precludersi, a causa di tale fobia, la strada di una libera ricerca scientifica: « qu'ils se l'avouent ou non, les partisans des conceptions opposées ont subi l'influence de cette idée, acceptée *a priori*, que la loi doit suffire, comme source complète de solutions juridiques, du moins dans notre civilisation moderne » (56). La spregiudicatezza formale si trasforma in tal modo in una timidezza sostanziale e la ricerca di un autentico pluralismo viene fortemente compromessa (57).

L'operazione di Gény è viceversa chiarissima: l'interpretazione evolutiva è un « faux-fuyant », un sotterfugio: non rende giustizia alla legge e mortifica la libertà della scienza. Viceversa, il fatto di considerare la legge in primo luogo una manifestazione di volontà e di circoscrivere la portata dell'operazione ermeneutica alla definizione del contenuto esatto di tale volontà consente di schiudere dinanzi al giurista un territorio vastissimo e inesplorato (58), nel quale, una volta ammesso apertamente il carattere lacunoso del

---

(55) « On sait quelles résistances a rencontrées ce point de vue, par ailleurs, si séduisant. L'objection principale qu'il soulève tient, suivant moi, à la nécessité primordiale de conserver à la loi toute sa valeur de précision technique contre les circonstances ambiantes qui en menacent la fixité et la certitude. Il reste, d'ailleurs, possible de trouver, en dehors du texte, destiné, de par sa nature, à les tenir en échec, les instruments d'assouplissement et de progrès, que paraît exiger le développement de la vie juridique », cfr. F. Geny, *La conception générale du droit, de ses sources et de sa méthode dans l'oeuvre de Raymond Saleilles*, cit., p. 50.

(56) *Méthode*, cit., I., p. 267.

(57) Come è stato rilevato, quella di Saleilles è la posizione, necessariamente aporetica, di un giurista saldamente ancorato ad una specifica tradizione politico-giuridica il quale, pur elaborando una teoria della interpretazione che riduce la legge alla stregua di un vaso vuoto, sulla falsariga di Ehrlich, di Fuchs, e degli altri esponenti della *Freirechtslehre*, non intende rinnegare l'orizzonte tradizonale cui è legato e rifiuta consapevolmente di aderire a posizioni di stampo giusliberistico. Come osserva Grossi « Saleilles resta in qualche modo un « legalista », però con qualche incoerenza, con qualche incertezza, con un fondo di sostanziale aporia rispetto alla soluzione netta e limpidissima del civilista lorenese », cfr. P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 237.

(58) « Limiter la portée efficace de la loi écrite à la volonté claire du législateur historique lui permet d'ouvrir largement le champ d'investigation de la libre recherche…Une fois visités ces quelques îlots de légalité, le juge de la libre recherche aura toute latitude pour explorer les immenses étendues de la réalité sociale », cfr. B.

diritto scritto, il progresso giuridico può essere assicurato « au moyen de procédés scientifiques indépendants, scrutant, en toute franchise, la nature objective des choses et cherchant notamment à produire l'équilibre des intérêts » (59). L'interprete, attraverso un atto di soggezione puramente formale, minimizza il ruolo della legge e la condanna ad un esilio "rispettoso", precostituendosi una notevole libertà di azione (60). Le lacune presenti nell'ordinamento vengono colmate attraverso una libera attività di ricerca, i cui pilastri sono il diritto naturale, l'equità e soprattutto le suggestioni provenienti dal vasto ambito delle *sciences sociales* (61).

Il considerevole ridimensionamento del ruolo della legge ottenuto attraverso una apparente professione di fede rousseauviana è il riflesso di una specifica posizione ideologica. Gény e Saleilles collaborano entrambi al medesimo *projet républicain* ma con sfumature differenti. Il primo partecipa attivamente all'opera di stabilizzazione istituzionale, facendo leva sul valore intrinsecamente politico della scienza giuridica, ma, a differenza del secondo, si muove nella direzione di un repubblicanesimo marcatamente conservatore. Circoscrivere il valore della *loi* (62), minimizzarne la portata, è perciò un modo per depotenziare una Repubblica percepita come ostile, la

---

FRYDMAN, *Le projet scientifique de François Gény*, in *François Gény, mythe et réalités*, cit., p. 228 e s.

(59) *Méthode*, II, cit., p. 173.

(60) Si veda, ad esempio, quanto afferma P. GROSSI, *Ripensare Gény*, cit., p. 38: « L'imperativo legislativo non è esorcizzato con più o meno larvate interpretazioni evolutive; è, piuttosto, nell'animo di Gény…ridotto in un cantuccio, privato di ogni efficacia espansiva. Il suo puntiglio rigoroso nella ricerca della *voluntas legis* è sorretto da questo preciso intendimento, che è l'opposto — sia chiaro — di quello di un formalista-legalista ». La profonda differenza esistente tra la *libre recherche* e la *méthode historique* è colta anche da G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, III, *Ottocento e Novecento*, Roma, 2001, cit., p. 205: « pur guardando con simpatia alle dottrine del giusnaturalismo, il Saleilles vorrebbe attenuato lo svincolamento dal diritto positivo proposto dallo Gény, e propende per una soluzione più moderata del problema dell'interpretazione, che non prescinda dal testo positivo e non ripudi la logica formale ».

(61) Senza dimenticare il ruolo della consuetudine che, non a caso, torna a svolgere un ruolo importante nella teoria della interpretazione di Gény. Cfr. B. OPPETIT, *Sur la coutume en droit privé*, cit., p. 43 e ss.

(62) Ciò non sfugge a Emmanuel Lévy il quale, muovendo da opposte premesse ideologiche, critica la *libre recherche* in quanto « conception aristocratique », che porta al « triomphe du subjectivisme » e fa del giudice un « tyran moderne »: cfr. E. LEVY,

Repubblica radicale di Waldeck-Rousseau e di Combes, che Gény guarda con apprensione, specie per la sua politica apertamente antireligiosa (63). Gény è legalista, se per legalismo si intende la fedeltà dichiarata ad una concezione volontaristica della legge, in grado di non turbare gli equilibri formali del sistema. Ma si tratta di un legalismo di facciata, capace, se ben gestito, di assicurare un pluralismo considerevole, perseguito senza l'incubo della individuazione di una istanza formale dispensatrice di giuridicità: nel calderone della *libre recherche* vengono recuperate una pluralità di fonti — e tra esse, in particolare, la *coutume* — condannate all'insignificanza dall'avvento della codificazione (64).

La ricerca del pluralismo, in entrambi i casi, ha per presupposto il riconoscimento della insufficienza della legge e delle lacune del Codice e trae quindi origine dalla constatazione di un vuoto. Le diverse opzioni, il diverso atteggiarsi del pluralismo normativo dei due autori (65), è il frutto di una reazione opposta, di natura

---

L'exercice du droit collectif — Notes sur les pincipes et sur la méthode juridique, in *Revue trimestrielle de droit civil*, II, 1903, pp. 95-106, cit., p. 104 e s.

(63) C. Jamin, *Dix-neuf cent*, cit., parla, con riferimento a Gény, di « fondements idéologiques demeurés à peu près inaperçus », evidenziando « l'anti-républicanisme de Gény (qui entendait minimiser l'œuvre législative d'un régime critiqué moins d'ailleurs pour ses idées sociales que pour sa politique hostile aux catholiques), et son souci de faire prévaloir ses convictions religieuses sous couvert d'un discours scientifique propre à séduire son époque ».

(64) Cfr. in tal senso P. Grossi, *Ripensare Gény*, cit., p. 49: « recupero ostinato: di fonti, di una pluralità di fonti; più ancora, di un diritto, che sta dietro e sotto, latente, non manifesto, non vistoso, ma non per questo mancante del crisma intrinseco della giuridicità…Gény ha saputo, per primo in un regime codificato, erigere una costruzione compiuta nella quale, rispettando una sua fondazione legislativa ma riducendola a una sorta di solo pilastro fra i molti, garantendo in tal modo la continuità con la tradizione post-rivoluzionaria e tranquillizzando parimente il misoneismo dei giuristi ufficiali, si realizzasse però anche il salvataggio del diritto quale *chose vivante*; costruzione dove potessero svolgere un ruolo protagonista legge e consuetudine, giurisprudenza e dottrina ».

(65) Si tratta in entrambi i casi, evidentemente, di una ricerca del pluralismo affidata ad una metodologia giuridica rinnovata. Questo è il tratto comune della generazione di giuristi che giungono a maturità nel 1900: Saleilles, Gény, Planiol, Adhémar Esmein, Edouard Lambert. Come osserva Jamin, « leurs différentes théories de l'interprétation se contredisent dans les détails, mais se rejoignent sur l'essentiel », cfr. C. Jamin, *Un modèle original: la construction de la pensée juridique française*, cit., p. 3.

psicologica prima ancora che tecnica, di fronte alla percezione del vuoto (66): come si deve comportare il giurista di fronte a questa *terra incognita*?

A dispetto del temperamento molto più aperto e progressista, Saleilles riconosce il vuoto e lo considera una occasione imperdibile per l'acquisizione da parte della scienza giuridica di una rinnovata consapevolezza del proprio ruolo creativo, ma lo teme assai più di Gény (67). La contemplazione di un territorio inesplorato e giuridicamente vuoto lo affascina profondamente ma, allo stesso tempo, riporta in primo piano il tema della *certitude*, impone la individuazione di un criterio stabile e prevedibile di decisione e, prima ancora, sollecita la definizione di una istanza in grado di conferire il crisma della giuridicità.

Il riconoscimento dell'inedita libertà/responsabilità del giurista, conseguenza della acquisita consapevolezza del vuoto, provoca un senso di vertigine e la ricerca di necessari *points de repères*. Il mantenimento del cordone ombelicale della *loi*, sia pure di una *loi* ridotta alla stregua della *Vorbereitung* bülowiana, consente di superare la vertigine e di sdoganare una interpretazione sostanzialmente creativa ancorandola ad un presupposto capace di conferirle stabilità (68).

---

(66) L'*horror vacui* cui può dare adito la teoria di Gény e la maggior funzionalità dell'antiformalismo di Saleilles sono confermati, ad esempio, dal dibattito italiano, ricostruito da Pietro Costa. Si veda, ad esempio, la posizione di Asquini: « o si pensa, per Asquini, ad un interprete totalmente libero perché privo di criteri di riferimento; o si adotta (per intendersi) la soluzione "Gény"; oppure si fa propria la soluzione "Saleilles". Mentre la prima possibilità viene immediatamente scartata come improponibile per il carattere assolutamente arbitrario che l'interpretazione verrebbe ad assumere, la seconda viene presa sul serio e interpretata come aggiornamento (in senso cautamente storicistico) delle posizioni giusnaturalistiche… », cfr. P. Costa, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, cit., p. 433.

(67) Cfr. P. Grossi, *Ripensare Gény*, cit., p. 45 e s.

(68) Gaudement parla espressamente di « timidité », notando come agli occhi di Saleilles, come di altri interpreti della *Méthode*, la libertà di ricerca che questa instaurava avesse un che di « anarchique »: « par une sorte de timidité, dont il n'est guère coutumier, il hésitait à limiter nettement, à l'encontre de la tradition classique, le domaine de la loi écrite, et il croyait tout concilier en opposant à la stabilité de la lettre la nature évolutive de l'esprit », *L'œuvre de Saleilles et l'œuvre de Gény en méthodologie juridique et en philosophie du droit*, cit., p. 11.

L'occasione per un definitivo chiarimento di questo profilo è offerta dalla redazione della *préface* al libro di Gény. Agli occhi di Saleilles la proposta di Gény appare velleitaria e condannata alla sterilità: è preferibile trasformare il sistema dall'interno attraverso una trasfigurazione della legge, piuttosto che mettere da parte la legge fingendo di renderle omaggio, a favore di un diritto di elaborazione dottrinale, costruito liberamente, senza alcun appiglio formale; un diritto di indubbio fascino, ma di dubbia applicabilità.

Saleilles è uno spirito pragmatico ed è per natura incline al compromesso (69). L'elaborazione della *méthode historique*, che ha il suo perno nella interpretazione storico-evolutiva della legge-organismo, è determinata da ragioni di realismo politico prima ancora che da motivi di carattere strettamente giuridico. Egli si rende conto che una ricostruzione della metodologia giuridica in chiave esplicitamente pluralista, attraverso un dichiarato allargamento del sistema delle fonti e una marginalizzazione del ruolo della legge, nel contesto politico e istituzionale della Francia di fine Ottocento non può funzionare.

Gény, predicando una interpretazione letterale e volontaristica della legge, di fatto la devitalizza, lasciando il giurista privo di appigli formali sicuri a fronte di un contesto sociale che impone soluzioni giuridiche inedite; soluzioni che la legge, restrittivamente interpretata, non è in grado di soddisfare. Saleilles sceglie un'altra strada: marginalizza la legge, la legge in senso rousseauviano, la desacralizza e la stravolge, ma ne fa il luogo per eccellenza dell'operazione ermeneutica, la base di partenza del nuovo diritto dei *jurisconsultes*. In tal senso, elabora una metodologia plausibile ed immediatamente praticabile, e la inserisce in un orizzonte operativo familiare: il giurista-interprete non farà mai fatica a trovare un punto di partenza, un appiglio formale cui ancorare la sua argomentazione, perché avrà nella *loi*, trasfigurata, la bussola cui tenersi aggrappato

(69) Gény, a mio avviso, pur non mancando di senso pratico, è, al contempo, più ambizioso e meno realista di Saleilles. O, se si vuole, meno *malin* del suo ex collega digionese. P. Grossi, *op. cit.*, p. 35 e s., evidenzia il realismo di Gény ed osserva come la strada percorsa dal lorenese è « più limpida, meno ipocrita, ma forse non meno efficace ». Il bilancio che si può formulare, a distanza di più di un secolo, conferma tale giudizio, anche nella sua sfumatura dubitativa: proprio perché si trattava di una strada più limpida e meno ipocrita si è rivelata di fatto assai meno efficace.

per placare il suo bisogno di giuridicità, trovando in essa l'indispensabile *frappe juridique*.

La legge non avrà più molto a che fare con la *loi* della tradizione rivoluzionaria, saremo semmai in presenza di un simulacro di *loi*, di un mero contenitore legislativo, da utilizzare come copertura e garanzia di *validitas* per soluzioni interpretative che non possono trovare in essa una giustificazione sostanziale.

Questa conclusione non sfugge ad un acuto osservatore del dibattito metodologico di quegli anni. Roscoe Pound (70) sottolinea come la *méthode historique*, ribattezzata *spurious interpretation*, abbia solo l'apparenza di una interpretazione in senso proprio. Si tratta in realtà di un procedimento di carattere legislativo e non giudiziario: « the object of spurious interpretation is to make, unmake, or remake, and not merely to discover. It puts a meaning into the text as a juggler puts coins, or what not, into a dummy's hair, to be pulled forth presently with an air of discovery » (71). Esso è imposto, in presenza di un sistema giuridico non sufficientemente sviluppato, dalla mancanza di principi, dalla scarsità della legislazione, e dal formalismo tipico del diritto arcaico. La *spurious interpretation* è indispensabile per l'evoluzione del diritto in presenza di un ordinamento che si fonda su una concezione sacrale della legge ma il suo mantenimento nei sistemi giuridici moderni, caratterizzati da una legislazione estremamente sviluppata, è causa di confusione. Essa rappresenta il procedimento ermeneutico principale in presenza di un ordinamento in formazione, ma tende a divenire secondaria man mano che la legislazione acquista centralità. Pound condivide quindi la critica di Gény, in particolare per quanto riguarda la denuncia della *fictio*, che rappresenta il presupposto di tale procedimento e il fatto che esso trae origine da un atteggiamento di implicita sudditanza nei confronti della legge (72).

---

(70) Roscoe Pound (1870-1964) è uno dei massimi esponenti del realismo americano, fondatore del *Comparative Law Journal* e della *sociological jurisprudence*. La sua opera più celebre è *Lo spirito della common law*, trad. it., Milano, 1970.

(71) Cfr. R. POUND, *Spurious interpretation*, in *Columbia Law Review*, 1907, pp. 379-386, cit., p. 382.

(72) Curiosamente, se si pensa che la critica viene da un giurista di *common law*, Pound sottolinea, a differeza di Gény, la contraddizione tra la *spurious interpretation* e il

Saleilles considera viceversa sinonimo di una sana evoluzione del sistema la presenza di un numero circoscritto di leggi-principio a partire dalle quali può esercitarsi la creatività dell'interprete, e cioè del giudice, aiutato dalle *constructions juridiques* di origine dottrinale. Inoltre, ciò che lo rassicura è proprio il fatto che l'evidente creatività dell'interprete viene "sdoganata" grazie al mantenimento della copertura legale, la quale consente all'operazione ermeneutica di svolgersi seguendo coordinate tutto sommato abituali.

Il *modus procedendi*, infatti, rimane in qualche modo familiare: il giurista ragiona a partire dalla legge e ad essa ritorna per legittimare formalmente soluzioni inedite, non naviga "alla cieca" nella vastità inquietante della *libre recherche*. Si può dire che la ragione repubblicana, di cui Saleilles si fa interprete quanto al diritto, predilige l'ipocrisia della *spurious interpretation*, perché, nel contesto frenetico di fine Ottocento, l'interpretazione evolutiva si rivela assai meno dirompente della *libre recherche*: a dispetto della rilettura radicale del legicentrismo che ne rappresenta il presupposto, essa appare sostanzialmente più conforme al modello giuridico repubblicano di un metodo che, rendendo ossequio alla legge, lascia il giurista solo con la propria creatività (73).

---

principio della divisione dei poteri in un ordinamento nel quale le corti non hanno il potere di produrre diritto: « so long as the bulk of a legal system is in the form of case-law, this is no great matter. When the growing point shifts to legislation, and judicial law-making, being at variance with constitutional theory, is confined within constantly narrowing limits, it becomes a matter of the first importance, since it leads of necessity to exercise of legislative powers by the courts », *ibidem*, p. 383 e s. Ma, successivamente, riappare l'argomento di Gény: la *spurious interpretation* « tends to bring law into disrupte », *ibidem*, p. 384. Sui rapporti tra il dibattito metodologico francese, e in particolare François Gény, e la dottrina nordamericana, è fondamentale lo studio di C. Petit, *« A contributor to the method of investigation ». Sobre la fortuna de Gény en America*, in *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, cit., pp. 202-269, in particolare, p. 229 e ss.

(73) La migliore "spendibilità" della proposta metodologica di Saleilles risulta evidente dal dibattito italiano, come evidenzia lucidamente Pietro Costa: « si "citano"…Kantorowicz o Gény, ma si "usano" piuttosto Kohler o Saleilles, proprio perché questi autori sono immediatamente spendibili nel processo di "aggiornamento" ermeneutico perseguito dagli "antitradizionalisti" italiani: che mirano appunto…a raccomandare uno stile di lavoro, una *pratica* interpretativa, prima che una teorica ermeneutica complessiva », cfr. P. Costa, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, cit., p. 408.

La *Préface* offre una sintesi lucida della divergenza tra le due impostazioni metodologiche. Gény stigmatizza il carattere fittizio della *méthode historique* consistente nel ricondurre allo schema legale creazioni di carattere storico che le sono completamente estranee. Saleilles osserva come i due metodi, pur differendo nei presupposti, perseguono il medesimo fine: offrire una risposta giuridica adeguata alle mutevoli necessità pratiche. Identico è, del pari, l'assunto di partenza: l'ambito imperativo della legge è circoscritto, le soluzioni imposte direttamente dal legislatore rappresentano l'infima parte dell'ordinamento, mentre tutto il resto è rimesso al libero sviluppo del diritto all'« éclosion des sources vivantes qui lui servent de création » (74). Ma, mentre la *méthode historique* fa proprie le nuove istanze provenienti dal contesto sociale a condizione di inserirle nella cornice della legge, la *libre recherche* rifiuta la finzione di un collegamento artificiale frutto di una logica soggettiva, e attribuisce un rilievo immediato a tali manifestazioni considerandole espressione di un diritto oggettivo già pienamente costituito.

La *méthode historique* è un metodo esterno il cui obiettivo è l'adattamento del sistema e la creazione di un rapporto osmotico tra diritto e realtà. Aspetto essenziale di tale procedimento è però l'*encadrement* e cioè la riconduzione degli elementi inorganici della vita sociale nell'alveo della legge e del diritto codificato, in modo da garantire loro il crisma della giuridicità traducendoli in « monnaie juridique »:

> dans cette méthode d'évolution historique…on continue encore à poser en principe que tout se ramène à la loi écrite, considérée non pas comme la seule source vivante du droit, mais comme le seul cadre scientifique et juridique qui lui serve en quelque sorte de passeport devant les tribunaux. Nul ne prétend plus que le droit soit une création du législateur; personne, même parmi les partisans les plus tenaces des conceptions anciennes, ne saurait nier aujourd'hui l'influence organique de la coutume et de la doctrine, au point de vue tant de la création que de la propagation des faits et des notions juridiques. Mais ces créations, toutes subjectives ou toutes spontanées, ne sauraient encore se faire reconnaître comme s'imposant légalement; sinon, ce serait l'arbitraire, l'incertitude des relations privées, et tout un procédé inorganique et par trop primitif d'adaptation juridique. Pour obtenir la valeur d'un droit objectif qui

(74) *Préface*, cit., p. XXI.

s'impose, il faut que ces créations puissent se rattacher à la loi, qu'elles rentrent dans son cadre, qu'elles se mettent en harmonie avec l'ensemble de la construction juridique prise dans son intégrité, qu'elles se vivifient à cette source supérieure, où elles puiseront le caractère d'un droit national, et constituant la suite d'une évolution logique et concordante, au lieu des fantaisies spontanées de ce qui est purement individuel (75).

Saleilles ritiene che un elemento di origine consuetudinaria o dottrinale non sia sufficiente, di per sé, a conferire natura oggettiva a un diritto in via di formazione e ad inserirlo a pieno titolo nel sistema giuridico vigente. Ritiene che carattere essenziale del diritto, anche da un punto di vista meramente sociologico, sia « cette part de rattachement à un système de codification qui lui donne, quand elle ne viendrait encore que de l'interprète, doctrine ou jurisprudence, la frappe dont le public a besoin pour sa propre sécurité » (76).

Nel contesto di una impostazione che fa propria una concezione organica della legge, il progresso del sistema giuridico e l'ideale della formazione scientifica del diritto è rappresentato dalla compenetrazione dell'elemento logico e dell'elemento storico, attraverso un procedimento che si fonda sull'*assouplissement* dei testi e sull'*encadrement* dei fatti all'interno degli schemi legali (77).

---

(75) *Ibidem*, p. XIX.

(76) *Ibidem*, p. XXIV.

(77) « Dans cet organisme juridique qui constitue la loi d'un pays, vont venir s'intercaler et se fondre tous les éléments de la vie juridique spontanée du peuple pour lequel la loi est faite: coutume, nécessités de la vie économique, conceptions morales, modifications des rapports sociaux. Toutes ces sources inorganisées, dont une école nouvelle voudrait faire des modes de production du droit, indépendants par eux-mêmes et isolés de l'ensemble, ne valent que par la loi et par leur relation ou leur adaptation au système général du droit positif. Mais, sous réservre de cette adaptation, elles vont apporter à la mise en œuvre de la loi l'appoint de leurs productions incessantes et fécondes, le concours de leur force créatrice, la vitalité inhérente à leur germination libre et spontanée. Le juge pourra et devra puiser à cette source de production juridique étrangère au droit positif, sans être tenu, comme paraissait le dire le texte du premier Projet, de n'emprunter ses concepts et ses règles de droit qu'à l'ensemble de l'appareil légal. Mais, en même temps, il faudra que les conceptions dont il y aura puisé l'inspiration ou que les rapports du droit qu'il en aura fait surgir, pour les consacrer et les sanctionner, s'adaptent à l'ensemble général du système légal, qu'ils puissent y entrer comme des rouages nouveaux, destinés à perfectionner le mécanisme d'ensemble et à tirer de lui la force qui doit le mettre en mouvement », *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, cit., p. 98.

Saleilles riconosce che tale impostazione deve molto all'influenza del « Maître » Bufnoir. Ma la vera fonte di ispirazione della *méthode historique* è la lezione di Gide e l'interiorizzazione del modello giuridico romano. Egli concepisce infatti i saggi di rinnovamento metodologico come « procédés de retour au système romain » (78), considerati procedimenti di formazione naturale del diritto, espressione di una *ratio* giuridica insuperata. Nel diritto romano lo sviluppo del sistema non è stato accompagnato da fenomeni di ipertrofia legislativa, la legge scritta ha sempre avuto una posizione marginale, mentre la fonte autentica del diritto era la giurisprudenza.

Saleilles non condivide perciò la tesi di Pound, secondo la quale lo sviluppo di un sistema giuridico è necessariamente accompagnato da una maggiore diffusione del diritto scritto mentre una legislazione rarefatta è indice di una civiltà giuridica arcaica. Il modello romano dimostra infatti che un sistema giuridico maturo può avere il suo baricentro non nella legge ma nella giurisprudenza, che è l'organo per eccellenza della formazione del diritto. Essa ha il pregio inestimabile di procedere non attraverso formule generali e per via di astrazione, ma « par voie d'éssais et de tâtonnements successifs » (79). L'annualità dell'editto consentiva infatti al pretore di riformare il sistema con gradualità, senza strappi né forzature, introducendo in via sperimentale soluzioni nuove, destinate ad essere inserite nella parte consolidata dell'editto solo previa verifica dei loro risultati. Questi procedimenti « d'expérience préalable » hanno una importanza fondamentale per lo sviluppo e l'adattamento del sistema giuridico.

Si tratta di forme di « assouplissement de l'appareil légisatif », il cui presupposto è una concezione pragmatica e non sacrale della legge, intesa come soluzione temporanea e dal valore circoscritto, volta a soddisfare bisogni specifici e la cui efficacia deve essere valutata alla prova dei fatti. Elementi della mentalità giuridica romana si ritrovano nel *common law* inglese: le leggi soggette a revisione e le leggi di *local option* costituiscono il miglior esempio di questo procedimento di individualizzazione e di adattamento. Que-

(78) *Préface*, cit., p. XXIII.
(79) *Ibidem*, p. XXII.

ste ultime, in particolare, uniscono al vantaggio della sperimentazione, quello di una esperienza localizzata, destinata a diffondersi solo per via di imitazione ragionata, una volta che ne è stato dimostrato il successo, e sono quindi il paradigma di quel progresso per via di « tâtonnements » che rappresenta la forma ideale di sviluppo dell'ordinamento. Il concetto di *individualisation*, considerato la chiave di volta del sistema penale, diventa in realtà il fondamento dell'intero sistema giuridico. La legge si limita a stabilire i principi generali lasciando spazio alle particolarità locali.

La realizzazione approssimativa di questo modello si ha nel diritto svizzero e nel progetto di codificazione redatto da Huber.

Nel peculiare contesto elvetico, la forza delle tradizioni locali ha dato vita a un sistema nel quale il rapporto generale-particolare, dal quale dipende in larga misura la corretta evoluzione del diritto, trova una piena e compiuta articolazione. La *méthode historique* assume come punto di riferimento tale modello e presuppone perciò un radicale mutamento di mentalità: il ridimensionamento dell'astrattezza, l'accettazione della fallibilità della legge, l'introduzione di una legislazione per principi, l'attuazione del principio di decentralizzazione in ambito privatistico.

Egli sa bene che tutto ciò è contrario allo spirito formalista e regolamentare tipico dei giuristi francesi e la sua partecipazione ad una istituzione come la *Société d'études législatives* ha lo scopo di vincere tali resistenze e di gettare le premesse teoriche indispensabili per un autentico rinnovamento metodologico (80).

Appare evidente, da tali considerazioni, come la legge sia un mero punto di riferimento. Il confronto con Gény, sollecitato dalla

---

(80) Scrivendo a Huber nel luglio del 1902, Saleilles si augura che l'*iter* di approvazione dello ZGB giunga presto a termine e si sofferma ancora una volta sui pregi del progetto di codificazione: « il y aura là pour votre pays, et par contre coup pour l'Europe civilisée, un projet social d'un prix infini. J'admire surtout le tact avec lequel, ayant à ménager l'initiative cantonale, vous vous restreignez, pour chaque institution, à quelques dispositions générales tenant rien de principal et laissant les détails d'application à la jurisprudence locale. Ce système repugne à nos traditions réglementaires françaises. Je sais cela de près dans notre Société d'études législatives où nous essayons de mettre sur pied quelques modèles de Projets de loi. J'ai beau lutter, je me heurte partout à l'esprit formaliste et réglementaire qui est le nôtre », cfr. A. ARAGONESES, *Recht im* fin de siècle, cit., p. 116 e s.

pubblicazione della *Méthode*, evidenzia le differenze ma anche le similitudini tra due impostazioni metodologiche mosse da una ispirazione comune. Ciò che conta, per entrambi gli autori, è l'*au-delà*, è il superamento del formalismo dell'esegesi e del rigido legalismo che ne costituisce il presupposto. Che ciò avvenga attraverso una sorta di esilio "rispettoso" della legge o attraverso il suo recupero e la sua trasfigurazione non muta i termini della questione: la discontinuità rispetto alla tradizione giuridica precedente è palese.

5. *I giudici come incarnazione della concezione storico-sociologica del diritto.*

L'assunzione di una prospettiva organicistica si basa sulla premessa che la verità giuridica non è un dato consegnato una volta per tutte nella immobilità dei testi normativi ma è una « vérité en marche », che muta e progredisce incessantemente.

In conseguenza, il diritto non si identifica più con la legge e il momento interpretativo non si risolve nella esegesi di un testo, ma in una « mise au point de la loi, par rapport aux conditions sociales qui lui servent de milieu d'application », non è una « question de preuve » ma una « recherche d'adaptation sociale ». La verità giuridica nasce dalla « interprétation vivante » assicurata dal giudice, dalla concretizzazione della fattispecie alla luce delle singole esigenze di vita. Il giudice, pertanto, non è più l'applicatore meccanico di una volontà precostituita ma acquista il ruolo inedito di « régulateur de la vie sociale », fonte del diritto vivente, che assume una chiara connotazione giudiziale (81).

La concezione della operazione ermeneutica alla stregua di una « adaptation évolutive du texte » e della legge come un elemento di un organismo complesso la cui evoluzione è affidata all'opera di una comunità di interpreti, stempera la rigida contrapposizione tra legislatore e interprete, tra legislazione e interpretazione/applica-

---

(81) Si tratta di una idea del ruolo del giudice già preconizzata da Portalis, che infatti non condivideva l'immagine di un giudice come « machine jugeante » teorizzata da Montesquieu. Cfr. R. Drago, *Pouvoir législatif et pouvoir judiciaire*, in Aa. VV., *Le discours et le Code*, cit., p. 35 e ss., cit., p. 37.

zione (82). La legge non è l'espressione di una volontà che non esiste più, ormai esterna alla nazione, ma è l'espressione vivente della coscienza giuridica della collettività e, dal momento che presa in se stessa essa non è altro che un testo morto, il giudice deve « adapter la loi à sa fonction sociale, et, en même temps, plier la collectivité à l'adaptation de la loi », permettendole di incarnarsi e vivere attraverso l'attività giurisprudenziale:

> il n'est…pas exact de dire qu'il juge au nom de la loi, et que cette autorité supérieure, au nom de laquelle il interprète la loi, ce soit la loi elle-même. Le juge applique la loi; il n'est pas l'organe de la loi. La loi n'est pas une autorié vivante; elle ne prend vie que par l'interpétation du juge. Voilà pourquoi le juge doit tirer ses inspirations d'une autorité qui soit au-dessus de la loi elle-même, puisqu'elle doit servir à la vivifier; et cette autorité, c'est la conscience nationale, dont la loi, elle-même, est censée l'expression. La loi n'est pas, et ne peut pas être, l'expression d'une volonté qui n'existe plus, et qui soit extérieure au peuple, comme serait la volonté d'un législateur qui n'est plus: c'était la conception antique; ou comme serait la volonté d'un souverain: c'était la conception monarchique. La loi est l'expression vivante de la conscience juridique et sociale de la collectivité; et, comme, à elle seule, elle n'est qu'un texte mort, le juge est l'organe qui donne à la loi, chose morte, le souffle qui l'anime, et comme son âme elle-même (83).

Per tale ragione, il giudice funge da intermediario tra la legge e la coscieza giuridica nazionale in quanto deve adeguarne l'interpretazione all'evoluzione morale, giuridica e sociale del paese, attraverso un complesso processo fatto di *assouplissement* dei testi e di *encadrement* dei fatti all'interno della legge-organismo:

> le juge, lorsqu'il représentait le roi, n'avait qu'une fonction de mandataire. Lorsqu'il n'était que l'exécuteur aveugle et strict d'un texte légal, il n'avait qu'une fonction de grammarien, ou de gendarme. Désormais, il doit se faire l'expression vivante de la conscience juridique et morale de la

---

(82) E viene meno, conseguentemente, il nesso tra codificazione e « Subsumtionsideologie », cfr. W. HASSEMER, *Rechtssystem und Kodifikation: die Bindung des Richters an das Gesetz*, in A. KAUFMANN-W. HASSEMER (a cura di), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg, 1981, pp. 72-88, cit., p. 73.

(83) *Déclaration de volonté*, cit., p. 289.

collectivité, et adapter la loi à cette évolution progressive de l'idée de justice dans le peuple: il est alors une autorité sociale, et la plus haute de toutes (84).

Il giudice assume perciò il ruolo di un conciliatore sociale, capace di trasformare, attraverso approssimazioni successive, l'ideale di una minoranza in un uso comunemente accettato e conforme alle mutate condizioni sociali.

Tale profilo emerge chiaramente in relazione al paragrafo 138 del BGB e alla individuazione dei criteri di determinazione della *Sittlichkeit* che ne costituisce il fondamento. Saleilles nota come, negli auspici del partito socialdemocratico, tale disposizione avrebbe dovuto conferire al giudice un ruolo analogo a quello del legislatore, la facoltà cioè di intervenire a colpi di sentenze, con la brutalità *tranchante* della legge, per indurre repentine accelerazioni nel sistema, sostituendo una concezione con un'altra ritenuta più avanzata e conforme allo sviluppo attuale della società.

Il giudice non ha al contrario il compito di intervenire direttamente nella lotta politica, agendo come « exécuteur, radical et logique, d'un principe abstrait » per modificare *ex abrupto* le concezioni giuridiche presenti, affermando per *fas et nefas* la propria idea di diritto (85). Così facendo, si trasformerebbe in uno strumento di tirannia o di anarchia sociale.

La giurisprudenza deve saper individuare il momento a partire dal quale i sentimenti giuridici diffusi in specifici settori della società rispecchiano effettivamente un evoluzione auspicabile del sistema, ritenuta suscettibile di estendersi e di essere accettata come una pratica condivisa. Il giudice ha perciò il compito di agire come « instigateur du progrès », di inserire un elemento di rottura e di discontinuità nel sistema, consacrando la nuova pratica, che stenta ad affermarsi attraverso la normali forme negoziali, in via transattiva, non sulla base di un principio astratto ma registrando una evoluzione in corso di realizzazione e dando ad essa una consacrazione formale.

L'elevazione del giudice al rango di responsabile della evoluzione

---

(84) *Ibidem*, p. 290.

(85) La prudenza con la quale deve operare il giudice-conciliatore, interprete della coscienza giuridica collettiva, è descritta chiaramente in relazione alla disciplina del rapporto di lavoro: cfr. R. Saleilles, *Déclaration de volonté*, cit., p. 284 e s.

organica del sistema e di organo della coscienza giuridica della collettività svela il significato profondo della strategia elaborata da Saleilles. La rottura dell'equilibrio codicistico, l'incapacità dimostrata dal sistema giuridico di metabolizzare il conflitto, razionalizzandolo, provoca la fuoriuscita improvvisa dal nirvana del positivismo.

A fronte di un contesto segnato dalla perdita di controllo del sociale da parte del giuridico, il compito dei giuristi impegnati nel *projet républicain* è la ricerca delle condizioni di un rinnovato equilibrio che consenta di adeguare il sistema senza rinnegarne i principi ispiratori. Per ritrovare l'equilibrio, occorre spostare più in basso il baricentro del sistema ristabilendo il collegamento tra la dimensione giuridica e la dimensione fattuale. L'attrazione provata per il sociologismo e in generale per il positivismo filosofico, e quindi per una epistemologia basata sulle categorie della *observation* e della *expérimentation*, è espressione della complessa ricerca delle condizioni capaci di garantire un rinnovato equilibrio.

La ricostruzione della metodologia giuridica in chiave storico-sociologica è funzionale alla definizione di una « méthode d'adaptation » che si fonda su una osmosi tra fatto e diritto e presuppone la individuazione di istanze di lettura del sociale capaci di interpretare e di dare adeguata espressione a tale incessante tensione evolutiva. Il giudice, in quanto intermediario tra mondo delle norme e mondo dei fatti e rappresentante della coscienza giuridica nazionale, assume il ruolo di istanza privilegiata di lettura del sociale, di organo sociologico della comunità degli interpreti, il cui compito è leggere, razionalizzare e tradurre giuridicamente le aspettative sociali operando all'interno di un orizzonte teorico definito comunitariamente.

Ciò consente di metabolizzare l'eccesso di sociale e di politico senza mandare in frantumi lo statuto epistemologico della scienza giuridica riducendola a mera sociologia o ad analisi economica del diritto. L'apertura al sociale e la messa a punto di un dinamica di inclusione viene gestita attraverso la produzione di un diritto giudiziale, sul modello del *ius praetorium* o del *common law* anglosassone, superando la vecchia visione del giudice come « bouche des lois » (86).

---

(86) Questa evoluzione del ruolo del giudice è chiaramente tratteggiata in un

In tal modo, il momento autenticamente creativo si sposta dalla legislazione alla interpretazione e si radica nella coppia dottrina-giurisprudenza, mentre l'attività legislativa, preparata dai giuristi-interpreti mossi da *esprit de réforme*, non è altro che il risultato finale di una evoluzione organica del sistema e di una lettura normativa del nuovo ordine sociale.

L'affermazione del primato del diritto giurisprudenziale rappresenta pertanto il principale approdo della riflessione metodologica di Saleilles (87). Essa costituisce non a caso l'idea-forza della *Revue trimestrielle de droit civil*, il cui primo numero appare nel 1902, quando ormai i caratteri del modernismo giuridico sono in via di completa definizione.

Il compito di redigere il manifesto programmatico della rivista viene affidato a Adhémar Esmein (88), ma è evidente l'ispirazione comune e l'influsso del giurista borgognone.

Ripercorrendo sinteticamente la storia della scienza giuridica francese del XIX secolo, Esmein sottolinea come essa sia caratteriz-

---

importante saggio di dogmatica giuridica: « il y a une transformation progressive qui s'opère dans la fonction du juge civil, assez analogue à celle qui s'est déjà réalisée dans la mission du juge pénal. C'est toute une nouvelle éducation judiciaire à tenter, et pour laquelle il ne suffira pas de bien connaître les textes et leur agencement logique. Mais cette fonction, qui fut jadis celle du juge romain, et qui n'a jamais cessé d'être celle du juge anglais, on ne voit vraiment pas, si peu qu'elle réponde à une nécessité sociale désormais inéluctable, pourquoi nos juges français seraient incapable de la remplir… », *De la responsabilité précontractuelle*, cit., p. 138 e s.

(87) È proprio in questi anni, non a caso, che si inizia a parlare di potere pretorio dei giudici. Cfr. H. Langlois, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence en droit français*, Paris, 1897. Sulla nozione di diritto giurisprudenziale, oltre al già ricordato lavoro di Luigi Lombardi Vallauri, utili suggestioni si possono ricavare da: G. Gorla, *Unificazione legislativa e unificazione giurisprudenziale. L'esperienza del diritto comune*, in *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione*, *Atti del Congresso internazionale organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza della Università di Bari (2-6 aprile 1975)*, Milano, 1979, pp. 469-511; E. Grande, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in G. Fiandaca (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997, pp. 129-146; A. Gambaro, *Codici e diritto giurisprudenziale*, in *Codici: una riflessione di fine millennio*, cit., pp. 507-540; L. Lombardi Vallauri, *Giurisprudenza e diritto giurisprudenziale*, in E. Castrucci (a cura di) *Materiali sull'interpretazione del diritto*, Firenze, 2004, pp. 111-136.

(88) Cfr. A. Esmein, *La doctrine et la jurisprudence*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, n. 1, Paris, 1902.

zata da un fenomeno di progressivo avvicinamento tra dottrina e giurisprudenza, il cui simbolo per eccellenza è la *note d'arrêt* di Labbé (89).

Il programma della *Revue trimestrielle* è ambizioso: dal momento che a quasi un secolo dalla promulgazione del Codice la giurisprudenza è ormai la autentica espressione del diritto civile, l'incarnazione della legge « réelle et positive », la dottrina deve fare di essa il suo principale oggetto di studio (90). Poiché inoltre il diritto giurisprudenziale, nel suo insieme, non è altro che un puro prodotto storico, un'opera collettiva a carattere progressivo, frutto di un apporto continuo di decisioni frammentarie, lo studio della sua formazione, della sua evoluzione e delle tendenze che lo caratterizzano, dovrà essere condotto facendo ricorso alla *méthode historique*. La dottrina potrà, in tal modo, in relazione ad ogni istituto, precisare lo stato esatto della giurisprudenza, evidenziandone gli sviluppi, le regole e i risultati pratici conseguiti, come pure i motivi alla base di specifiche decisioni e i procedimenti tecnici adottati.

Tale studio persegue una triplice finalità: la critica delle pronunce ritenute erronee, in ossequio alla vocazione critica e progettuale della *méthode historique*, lontana dal fatalismo tipico dello storicismo savignyano; la rielaborazione sintetica dei materiali grezzi di origine giurisprudenziale e la messa a punto di costruzioni teoriche innovative; la formulazione delle direttive alle quali dovrà attenersi la giurisprudenza futura e cioè, in altre parole, la predeterminazione delle linee di sviluppo del diritto giurisprudenziale.

Non si tratta, come a prima vista potrebbe sembrare, dell'inno-

---

(89) Su Adhémar Esmein, si vedano J.-L. HALPERIN, *Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 75, 1997, pp. 415-433; P. JESTAZ-C. JAMIN, *Doctrine et jurisprudence: cent ans après*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002, pp. 1-9.

(90) Questa impostazione sarà recepita dalla dottrina successiva, se è vero, come nota Atias, che nel corso del XX secolo « la citation de décisions judiciaires a désormais une fonction éminente: elle n'offre plus des exemples, des illustrations, des règles dégagées par les auteurs; elle traduit un nouveau mode de création du droit », cfr. C. ATIAS, *Premières réflexions sur la doctrine française de droit privé*, cit., p. 193.

cua formulazione di un programma di studio, ma di una redistribuzione dei ruoli sul palcoscenico del diritto, secondo un copione predefinito.

Esmein ordina gli attori della scienza giuridica secondo una gerarchia di fatto, destinata a prevalere sulla gerarchia formale, e ad aggirare il monismo giuridico attraverso l'affermazione di un primato di carattere materiale. Il criterio ordinante in base al quale viene decisa la distribuzione dei ruoli, discende dalla analisi della dinamica evolutiva seguita dal sistema giuridico nel corso dell'Ottocento.

Il legislatore non è in grado di fornire risposte sufficientemente rapide in periodi caratterizzati da uno spiccato sviluppo economico e sociale e il suo intervento avrà luogo solo quando le nuove esigenze avranno raggiunto un elevato livello di diffusione e di intensità. La sua opera ha perciò, in molti casi, un carattere certificativo, in quanto avviene « après coup », ed è preceduta dall'opera del giudice. Il sistema non può quindi svilupparsi soltanto per via legislativa perché ciò condurrebbe all'immobilismo o a uno sviluppo a scoppio ritardato, né per via giurisprudenziale, perché le pronunce dei giudici hanno un carattere episodico, intervengono necessariamente *ex post*, e presuppongono il conflitto.

Le chiavi del sistema vengono perciò riconsegnate nelle mani della dottrina. « Elle doit consulter sans cesse l'horizon » e sulla base di tale osservazione deve preparare l'evoluzione organica del diritto. La *méthode historique* è dunque la bacchetta magica posta nelle mani di una dottrina che ha riconquistato una posizione di indiscussa centralità (91). L'articolo programmatico di Esmein rappre-

(91) La dottrina contemporanea ha in realtà sottolineato le aporie presenti nel discorso di Esmein, il quale mischiando *sein* e *sollen*, attribuisce alla *méthode historique*, allo stesso tempo, una funzione descrittiva e una funzione prescrittiva. Del pari, mentre si è riconosciuto che gli autori del XX secolo « ont eu le souci constant d'édifier le droit à l'aide des principes qu'ils avaient su faire apparaître grâce, en particulier, à l'étude de la jurisprudence », si è rilevato, ancora una volta, come l'auspicata apertura alle scienze sociali è rimasta disattesa, mentre lo stesso appello al diritto comparato è stato in parte messo fuori gioco dall'asserita predominanza dell'elemento tecnico del diritto nazionale, preclusivo di scavi comparatistici effettivamente fecondi, P. JESTAZ-C. JAMIN, *Doctrine et jurisprudence: cent ans après*, cit., p. 5 e s.

senta la risposta implicita, a quasi cinquant'anni di distanza, all'articolo di Laboulaye sull'« avenir de la méthode historique » (92).

6. *Il ritorno dei* jurisconsultes: *le « construction juridiques » e il primato della dottrina.*

L'attribuzione di un « rôle d'avant-garde » alla dottrina rappresenta l'approdo più significativo della riflessione metodologica di Saleilles. L'affermazione del primato della scienza consente infatti di neutralizzare la contraddizione in apparenza più difficile da superare, e cioè l'esigenza di conciliare « l'idée d'une sorte de droit coutumier judiciaire avec la suprématie légale », mentre svela il significato profondo del modernismo sotteso alla *méthode historique*. L'aporia deriva dal contrasto tra la necessità di garantire l'efficienza evolutiva del sistema e quindi l'adattamento delle forme giuridiche alla realtà sociale, e l'immutabilità della norma, sancita da una autorità esterna rispetto all'autore dell'interpretazione.

Saleilles comprende, sulla scia dell'evoluzionismo newmaniano, che la dialettica conservazione/progresso tipica della dinamica giuridica è interna alla comunità degli interpreti, la quale detiene le chiavi dell'ordinamento. Si opera in tal modo una sorta di riappropriazione del principio di evoluzione e del principio di legalità da parte della comunità dei giuristi, in seno alla quale viene (ri)collocato il baricentro del sistema.

La riflessione sulla teoria delle fonti perde così il suo carattere centrifugo e svela la sua logica interna, consistente nella attribuzione alla dottrina del compito di ordinare l'insieme delle fonti e del ruolo di custode della legalità. La legge, in tale prospettiva, non piove più

---

(92) Come non ha mancato di rilevare la dottrina contemporanea, l'ambizioso programma dei fondatori della *Revue Trimestrielle* è stato solo parzialmente realizzato, e ciò a causa della ricordata tendenza della scienza giuridica a « se replier sur soi-même », in funzione di auto-difesa, sostituendo la dogmatica con gli stimoli e le provocazioni provenienti dal vasto ambito delle scienze sociali: « toutefois, quand on se reporte au programme que fixaient Saleilles et les autres fondateurs de la Revue trimestrielle de droit civil, cherchant à saisir, à travers la jurisprudence « l'incessant mouvement de la vie », on s'aperçoit qu'il n'a été que partiellement rempli: dès lors que, pour la doctrine, c'est l'analyse des arrêts qui tient lieu de sociologie, le manque d'intérêt pour les décisions des juridictions du fond constitue une lacune grave », G. GOUBEAUX, *Il était une fois...la Doctrine*, cit., p. 249.

dall'alto, non è percepita come un'entità estranea, frutto di comandi posti da una autorità superiore, secondo lo schema tipico del modello normativistico, ma è vista come "cosa" dei giuristi, bene loro affidato. Ciò consente di superare il recinto del principio di legalità e del principio di separazione dei poteri, fondamento del modello politico-giuridico continentale, senza la necessità di abbatterlo.

La dottrina svolge questo ruolo di avanguardia in primo luogo attraverso la elaborazione di opportune « constructions juridiques », definite la « mise en formule positive d'idées rationnelles, tirées du point de vue social, et ramenées à des précisions qui les soustraient, autant que possible, à l'arbitraire » (93); cioè attraverso la definizione di modelli teorici volti a predeterminare le condizioni dell'evoluzione organica del sistema e a tradurre in formule di carattere razionale gli elementi di interpretazione ricavati dall'osservazione del contesto economico-sociale, dando una veste giuridica ai « sentiments confus qui s'agitent au fond de l'âme populaire » (94).

Il suo ruolo va perciò incontro a un mutamento radicale: essa non è più la guardiana dell'ortodossia legale contro l'« opportunisme flottant des tribunaux » (95), ma è l'attore istituzionalmente deputato al controllo e all'indirizzo di un « opportunisme judiciaire », definito « heureux », in quanto fattore indispensabile di progresso giuridico. Le costruzioni generali di origine dottrinale precostituiscono delle « assises scientifiques » indispensabili per predeterminare le modalità di sviluppo del diritto giurisprudenziale e cioè per il corretto svolgimento della cosiddetta « fonction historique » del giudice (96):

---

(93) *Droit civil et droit comparé*, cit., p. 20.

(94) *Ibidem*.

(95) *Allocution à la Conférence Bufnoir*, cit., p. 38.

(96) « En résumé, la doctrine devance la jurisprudence, laquelle devance la loi! Et même dans les matières classiques, elle synthétise la jurisprudence, laquelle transfigure la loi », P. JESTAZ-C. JAMIN, *Doctrine et jurisprudence: cent ans après*, cit., p. 4.

Si veda quanto osserva, sul punto, Carlos Petit, in relazione alle tesi di Edouard Lambert: « si la tarea que compete a un civilista consiste en salvar las distancias entre el derecho legal y el derecho de la práctica, privilegiando desde luego el conocimiento del segundo, se requiere además una actuación técnica sobre la jurisprudencia, fuente

cette fonction de caractère historique du juge n'est possible que si elle est préparée par une puissante, longue et abondante doctrine scientifique, sur la base de l'histoire. Ce que les historiens déterministes attendent du juge, c'est le juge, au contraire, qui doit l'attendre des jurisconsultes historiens. Ces interprétations nouvelles, ces adaptations de la loi, ces évolutions organiques des textes, il faut qu'elles soient préparées, pour chaque espèce et dans chaque hypothèse à prévoir, par une doctrine à la fois prudente et hardie, conservatrice et progressive, et surtout qu'elles aient été discutées, analysées, approfondies dans tous les sens par les hommes de science, praticiens et théoriciens. C'est à ce prix seulement que le juge, en intervenant après coup, loin de faire de l'arbitraire et de l'imprévu, ne fera que consacrer, à chaque étape successive, les créations scientifiques du droit qui, partant des couches profondes de la pratique, auront préparé et comme réalisé par avance chacune des transformations successives du système de codification (97).

In base a un principio di divisione del lavoro interno alla comunità dei giuristi, il compito di elaborare tali « constructions » è affidato alla dottrina. La giurisprudenza, infatti, a causa del carattere frammentario ed episodico del suo operare, riesce solo con estrema difficoltà a dar vita, a partire da fattispecie concrete, a modelli teorici di carattere generale. Per questo, i giudici francesi non hanno voluto indossare la toga del pretore o la parrucca del *Lord Chief Justice* e hanno lasciato ai giuristi teorici il ruolo di « constructeurs d'office ». L'esito finale di questo processo, come è stato correttamente sottolineato, è che « l'opinion, d'abord isolée, qui est remarquée, citée et finalement adoptée par les membres de la communauté scientifique devient une des pièces du système juridique que les praticiens prennent en compte comme une donnée…On dira qu'il s'agit d'un avatar de la coutume, de formation savante et récente » (98).

---

central por ser la más viva, pero tan variable en los inicios de una nueva solución como proclive a la parálisis bajo el peso de precedentes anquilosados. En orden al establecimiento de tales precedentes y para estimular su evolución el papel de la doctrina resulta…insustituible: nadie como el científico del derecho está cualificado para sistematizar los hallazgos jurisprudenciales, pero desde luego nadie hay como él para orientar (y aun provocar) una labor judicial creativa », cfr. C. Petit, *Lambert en la* Tour Eiffel, cit., p. 14.

(97) *Méthode historique et codification*, cit., p. 22.

(98) G. Goubeaux, *Il était une fois...la Doctrine*, cit., p. 245. In Italia il problema della dottrina come fonte del diritto è stato approfondito in particolar modo da Rodolfo

Il primato della dottrina si manifesta, in secondo luogo, attraverso la progettazione della legislazione futura e quindi nell'ambito specifico della riforma legislativa (99). Si tratta di un profilo qualificante che porta in piena luce il significato profondo di quella riappropriazione comunitaria cui si faceva riferimento all'inizio: l'impegno di Saleilles in organi come la *Société d'études législatives* deve essere letta come l'ulteriore espressione di una ritrovata centralità da parte della scienza giuridica. Non siamo in presenza della rassegnata presa d'atto della incapacità della *méthode historique* a fornire risposte giuridicamente adeguate nei confronti della crescente complessità sociale, ma del riconoscimento del fatto che compito essenziale del giurista, proprio in virtù del ruolo di custode dell'ordinamento che gli deriva dalla riappropriazione del principio di legalità, è quello di progettare la legislazione futura, di scrivere le leggi.

La crisi modernista del pensiero giuridico si conclude così con la riproposizione di un diritto sapienziale, la cui esistenza non è logicamente incompatibile con il principio di « suprématie légale », nella misura in cui il legicentrismo rivoluzionario non viene negato ma ne viene soltanto spostato il baricentro, ricollocandone il fondamento all'interno della comunità dei giuristi. In tal modo, l'affermazione del primato della legge non è più sufficiente a trasformare i giurisiti in *sujets*, in destinatari passivi di un comando superiore (100). Le pagine dei dottrinari non sono più riflessioni isolate di

---

Sacco. Cfr. R. Sacco, *Le fonti non scritte del diritto*, in F. D. Busnelli (a cura di), *Dieci lezioni di diritto civile*, Milano, 2001, pp. 3-19; *Dottrina (fonte del diritto)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, VII, Torino, 1991, p. 214 e ss. Si veda inoltre, sul tema, il contributo di F. Gallo, *Dottrina ed evoluzione del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2008, pp. 683-711.

(99) Oltre che attraverso la messa a fuoco dei contenuti specifici della attività legislativa ciò avviene anche attraverso la definizione dei concetti generali di cui il legislatore non può fare a meno nello svolgimento del proprio ufficio: « la legislazione non può efficientemente esprimersi se non ricorrendo a categorie la cui elaborazione è compito della dottrina; sottraendosi a questo compito, la dottrina viene a sottrarsi alla funzione « formativa » del pensiero giuridico che pur le è propria », cfr. T. Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 19.

(100) Cfr. M Bastit, *Naissance de la loi moderne*, cit., p. 227 e ss.

semplici commentatori ma elementi di un dialogo creativo svolto nella consapevolezza di una ritrovata autorità collettiva (101). Il ritorno dei *jurisconsultes* si configura così come partecipazione dottrinale alla elaborazione del diritto positivo in una prospettiva sempre più caratterizzata dall'attenuazione del confine tra *sources formelles* e *sources réelles* nella quale l'assenza di forza coercitiva e di autorità deontica della dottrina non rappresentano certo un ostacolo. Essa ricava la sua legittimazione in maniera indiretta, dal fatto di porsi come « corps » organizzato di interpreti autorevoli, fonte di un magistero indispensabile, specie in presenza di un ordinamento a diritto codificato (102).

Il rigido assetto istituzionale ereditato dalla Rivoluzione impedisce di rendere esplicita l'operazione di affrancamento ma, pur in assenza di « toute institution de juristes patentés », è evidente il recupero del ruolo creativo della dottrina, a partire dalla sua dimensione comunitaria. La riaffermazione del ruolo nomopoietico della tradizione dottrinale rappresenta del resto il nucleo centrale della *méthode historique* e da essa dipende la coerenza e la tenuta complessiva della progettata riforma metodologica:

---

(101) La storiografia francese più recente ha non a caso parlato di « dialogue créatif des jurisconsultes », di « autorité collective de la doctrine », di « requalification de la doctrine en source du droit ». Il riconoscimento di tale carattere: « confère aux jurisconsultes une responsabilité à laquelle ils ne peuvent échapper, au risque de perdre leur fonction dans la vie du droit et donc la possibilité d'être une source de ce dernier », cfr. N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX siècle*, Paris, 2002, cit., p. 389 e s. Jacques Ghestin ha sottolineato la funzione essenziale della dottrina, come corpo non gerarchizzato, evidenziando come dal dibattito dottrinale, inevitabilmente contraddittorio, scaturisca la conoscenza obiettiva del diritto. Cfr. J. GHESTIN, *Les données positives du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002, p. 11 e ss., cit., p. 29.

(102) « Si la doctrine est une interprète privilégié de la loi, si elle construit le système juridique, elle est alors une source du droit. Bien plus qu'une simple source d'information, elle donne vie au droit, si l'on considère que celui-ci ne se confond pas avec les règles abstraites ou les solutions pratiques apportées aux cas d'espèce. De plus, le rôle de la doctrine n'est pas d'être le complément, aussi indispensable soit-il, d'une source véritable. Bien au contraire, son oeuvre est à nulle autre pareille puisque ni le législateur ni la jurisprudence ne peuvent accomplir ses fonctions. Si un système juridique essentiellement coutumier peut se passer de doctrine, le système contemporain a…besoin de la doctrine pour fonctionner », N. HAKIM, *op. cit.*, p. 399 e s.

la coutume, la tradition doctrinale et scientifique, au lieu de n'offrir à l'interprète que des créations amorphes qu'il doit transformer en formules juridiques par leur rattachement à la loi, créent immédiatement, si j'ose ainsi parler, du droit positif, du droit déjà bon pour la circulation et pour la sanction judiciaire (103).

Il pensiero di Saleilles va ai padri fondatori della scienza giuridica, a coloro che seppero concepirla in senso esistenziale, prima che la modernità, trasformandoli in tecnocrati, li imprigionasse nella soffocante oggettività della tecnicismo: i giuristi romani, « constructeurs de génie » (104), i quali indirizzavano con i loro *responsa* le decisioni del giudice; i giuristi di *ancien régime*, cui era affidato lo sviluppo e la progressiva unificazione del diritto consuetudinario; infine, i pandettisti tedeschi che furono capaci, grazie alle loro doti inventive e al loro « sens du progrès juridique », di adattare il diritto romano, preso nella purezza dei suoi principi razionali, alle mutevoli esigenze della vita moderna.

Il superamento del modello rousseauviano avviene perciò dall'interno, senza atteggiamenti iconoclasti, attraverso una redistribuzione dei ruoli nella "commedia" del diritto, in conseguenza della quale il progresso giuridico viene fatto dipendere dal formarsi di una sorta di *communis opinio* capace di predeterminare le coordinate dell'evoluzione organica del sistema:

le jour où les rôles seront ainsi bien nettement définis, ce jour là le problème si troublant de l'évolution jurisprudentielle sera résolu. Car, ce jour-là, nous aurons fourni au juge les bases objectives dont il a besoin pour asseoir son jugement, et qu'il ne peut puiser en lui-même et dans ses seules appréciations individuelles. Ces bases, il les trouvera dans les constructions doctrinales qui tendront à réunir la majorité des auteurs et à traduire ainsi le sentiment général de l'opinion sur tel ou tel problème jurdique. Le jour où il se fera, sur un problème donné, une convergence d'opinions doctrinales, le juge n'aura plus qu'à conformer à ces conceptions nouvelles sa propre méthode d'interprétation. Car, de cette façon, il trouvera pour asseoir son jugement et consacrer un nouveau progrès économique ou social une base objective en dehors de lui, une base qui lui soit offerte par

(103) *Préface*, cit., p. XXII.

(104) *Droit civil et droit comparé*, cit., p. 21.

la construction doctrinale, désormais acceptée dans le domaine de la science juridique. En somme, le péril d'arbitraire sera conjuré (105).

La riappropriazione del principio di evoluzione da parte della dottrina si presenta pertanto, com'è stato lucidamente evidenziato dalla storiografia francese, nei termini della (ri)attribuzione di un potere e di una riaffermazione identitaria. Il fatto che la predeterminazione dei criteri di evoluzione organica avvenga attraverso la elaborazione di « constructions juridiques » si traduce in una rinnovata egemonia della dogmatica e quindi della tecnica giuridica.

Il primato della dottrina come avanguardia dell'ordinamento viene infatti tematizzato a partire dalla considerazione della intima vocazione costruttiva della scienza, con argomenti che richiamano le tesi dell'*Unsere Aufgabe* del primo Jhering: alla dottrina spetta un ruolo eminentemente creativo, il compito di organizzare il materiale giuridico in concetti, in *Rechtsbegriffe*, a partire dalle regole e dai principi giuridici esistenti, con una finalità di carattere operativo, e quindi in funzione normativa, evitando che tali modelli teorici si perdano nel cielo delle astrazioni (106).

La tecnica rappresenta d'altra parte per il giurista un elemento identitario formidabile ed è per questo, al contempo, uno strumento difensivo di primaria importanza. Essa riserva al giurista un campo di azione autonomo e impedisce alla scienza giuridica di dissolversi nel calderone della « science sociale », nel quale la invitava a tuffarsi la lezione metodologica durkheimiana.

Con il ritorno alla dogmatica la dottrina ottiene un duplice risultato: in primo luogo, evita che l'interpretazione evolutiva si risolva in una forma di individualismo esasperato e quindi in una sostanziale anarchia giudiziaria; in secondo luogo, metabolizza l'ebbrezza sociologica minimizzandone gli effetti: l'invito a farsi sociologi, a studiare il diritto come un « fait social », e quindi come una « chose », che Durkheim rivolgeva ai giuristi, viene "sterilizzato", attribuendo ai giudici il compito di leggere il sociale, incarnando il

(105) *Ibidem*, p. 24.

(106) Cfr. R. Von Jhering, *Il nostro compito*, trad. it., Milano, 1989, pp. 1-48, cit., p. 7 e ss.

momento sociologico della scienza giuridica, sulla base di costruzioni dogmatiche predefinite.

Ma questo approdo, che potrebbe far pensare a un ritorno alla tradizione pandettistica, non deve trarre in inganno. La riflessione metodologica, dietro alla quale si cela una lotta per l'egemonia all'interno della comunità dei giuristi, ha in realtà un esito originale, che si potrebbe definire persino profetico, se il termine non rischiasse di essere già abbastanza abusato: Saleilles delinea un paesaggio giuridico popolato da isole, da nuclei concettuali particolarmente densi, un ordinamento costruito a rete, dove la legge è solo uno degli elementi costitutivi di un'orditura complessa, e nel quale la dimensione orizzontale, diffusiva, conta molto di più della dimensione verticale.

Alla base di questa "visione" sta la fiducia nel diritto e nella capacità ordinante della scienza: il ritorno dei *jurisconsultes* si fonda in realtà sulla convinzione che la teoria giuridica possa governare la complessità e tenere a bada l'arbitrio (107).

(107) Cfr. C. Atias, *Teoria contro arbitrio*, trad. it., Milano, 1990, cit., p. 5 e ss.

PARTE TERZA

IL DIRITTO PRIVATO DELLA SOLIDARIETÀ

Capitolo I

IL RECUPERO DELLA *CITÉ REELLE* LA PERSONALITÀ GIURIDICA COME FUNZIONE DI RAPPRESENTAZIONE DEL SOCIALE

1. *Méthode historique* e riforma legislativa: il "progetto Saleilles" in azione. — 2. La libertà di associazione come strumento di stabilizzazione del sistema politico. — 2.1. L'evoluzione della Costituzione del 1875: la (faticosa) via francese al parlamentarismo. — 2.2. La rappresentanza proporzionale e l'attuazione del principio sociologico della democrazia. — 3. La libertà di associazione come fondamento della democrazia sociale. — 4. La personalità giuridica come fondamento della libertà di associazione: la costruzione tecnico-giuridica della personalità. — 4.1. La teoria della finzione: critica. — 4.2. La teoria della proprietà collettiva: critica. — 4.3. La teoria della realtà. — 4.3.1. Saleilles *versus* Duguit: il salvataggio del *droit subjectif* e la centralità della nozione di *appartenance juridique.* — 4.3.2. L'istituzionalismo e il ruolo costituzionale della persona giuridica: Saleilles e Hauriou. — 4.3.3. Saleilles *versus* Demogue: contro il nichilismo giuridico: l'associazione come realtà in senso giuridico. — 5. Contro il nichilismo sociale: la concezione realistica della persona giuridica come strumento di riconoscimento e di tutela del *fait syndical*.

1. Méthode historique *e riforma legislativa: il "progetto Saleilles" in azione.*

Dopo aver ricostruito la nascita della *méthode historique* e averne esaminato nel dettaglio il contenuto, dobbiamo verificarne le ricadute a livello tecnico-giuridico. Si tratta di una verifica decisiva, se è vero che il rinnovamento della scienza giuridica promosso da Saleilles a partire dalla riforma del metodo non avviene attraverso la elaborazione di un compiuto *discours de la méthode*, ma è il risultato della applicazione di poche, essenziali intuizioni metodologiche (contenute in brevi saggi d'occasione scritti a distanza di tempo nell'arco di un ventennio) a settori decisivi della dogmatica giuridica, e in particolare della giusprivatistica.

È importante ricordare come l'obiettivo del giurista borgognone

non sia quello di dar vita a un organico sistema di *droit social* da utilizzare per rimpiazzare il vecchio modello giuridico liberale, ma sia semmai quello di lavorare dall'interno il modello ereditato dalla Rivoluzione, socializzandolo, mediante opportune integrazioni di ambiti strategici dell'ordinamento.

In questo senso, possiamo dire che Saleilles mantiene il fondamento del sistema liberale ma lo rende duale, creando un diritto privato, al contempo, della libertà e della solidarietà. È a questo punto che *méthode historique* e *esprit de réforme*, storicismo metodologico e riforma legislativa si alleano, diventando gli strumenti decisivi, nelle mani del giurista *engagé*, per modellare, un po' alla volta, quel diritto privato della solidarietà che è la premessa tecnico-giuridica per rendere possibile e attuare il passaggio dalla democrazia politica alla democrazia sociale (1).

L'appello allo strumento legislativo non deve sorprendere.

Abbiamo visto qual è il compito della comunità dei *jurisconsultes*, nella loro ritrovata autorevolezza: in primo luogo, favorire lo sviluppo organico del sistema giuridico e l'apertura dello stesso alle nuove istanze sociali attraverso l'applicazione al diritto esistente di un canone ermeneutico di carattere storico-evolutivo; in secondo luogo, progettare il diritto nuovo, operare cioè *de lege ferenda*, immaginando il contenuto della legislazione futura, tutte le volte in cui il progresso e lo sviluppo organico del sistema non può attuarsi tramite soluzioni di carattere giurisprudenziale.

Lo stesso Saleilles, del resto, ha prefigurato lucidamente tale esito: compito della comunità dei giuristi è predeterminare, attraverso la elaborazione di adeguate *constructions juridiques*, le coordinate lungo le quali può avvenire una evoluzione legittima del sistema, la quale è, in primo luogo, una evoluzione di carattere giurisprudenziale. Il progresso giuridico, in prima battuta, è per-

---

(1) Secondo A. ARAGONESES, *Un jurista del modernismo*, cit., p. 132, la *méthode historique* sarebbe un espediente per "far bastare" il Codice, nel quadro di una impostazione scientifica fortemente critica nei confronti della legislazione speciale. Se il Codice, dovutamente *assoupli*, resta il luogo privilegiato della giuridicità, ci sembra però che il modernismo presenti, quale componente essenziale, il momento della riforma legislativa, ovvero della progettazione attiva e consapevole di nuovi testi di legge, preparati dalla comunità dei *jurisconsultes*.

tanto il frutto di un dialogo interno alla comunità dei giuristi, che vede impegnati i dottrinari, da un lato, e i giudici, che di tale comunità rappresentano, per così dire, la testa di ponte, dall'altro. Viene però un momento, variabile a seconda delle epoche storiche e delle materie considerate, a partire dal quale il progresso, per essere tale, non può più avere soltanto natura giurisprudenziale, ma deve "coagularsi", assumendo la natura di un testo di legge.

La legge, in altre parole, introduce un momento benefico di discontinuità, dal quale dipende lo sviluppo effettivo dell'ordinamento e dal quale è impossibile prescindere. Tuttavia, essa non è il prodotto accidentale della volontà più o meno arbitraria del legislatore, non piove in testa ai giuristi alla stregua di un comando imposto da una fonte esterna e sovraordinata (2), ma è preparata dal dialogo ininterrotto che si svolge all'interno della comunità dei *jurisconsultes*, interviene per dare certezza e per consacrare formalmente le acquisizioni raggiunte, in via dottrinaria e in via giurisprudenziale, all'interno di tale comunità.

Ciò spiega perché, in questa parte, dovremo penetrare più all'interno del "progetto Saleilles" seguendo un percorso complesso. In primo luogo, scopriremo un Saleilles che, per rendere effettiva e credibile l'integrazione sociale, essenziale nell'ottica del solidarismo giuridico, indossa i panni del costituzionalista, si fa promotore della rappresentanza proporzionale quale strumento per rendere plausibile il diritto di associazione (pilastro fondamentale della democrazia sociale), e, una volta definite le condizioni generali di pensabilità di un rinnovato *droit d'association*, si preoccupa di dare ad esso un solido fondamento tecnico, costruendo una efficace teoria della persona giuridica; in secondo luogo, scopriremo un Saleilles che, in coerenza con il disegno di una riappropriazione comunitaria dei meccanismi di produzione legislativa, essenziale nell'ottica del modernismo giuridico e del cosiddetto ritorno dei *jurisconsultes*, indossa i panni del legislatore, allo scopo di unire allo storicismo metodologico l'altro ingrediente fondamentale del progetto da lui elaborato, ovvero l'*esprit de réforme*, che non può prescindere dalla

(2) Per una critica della visione autoritativa del fenomeno giuridico, si veda P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma, 2006, cit., p. 6, nonché, dello stesso autore, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., p. 17.

valorizzazione della *loi*, intesa non come comando volontaristicamente connotato, ma come prodotto della comunità dei giuristi.

Ci concentreremo, per questo, sull'attività svolta da Saleilles in seno alla *Société d'études législatives*, istituzione peculiare, nella sua duplice natura di organo ausiliario dello Stato e al contempo di strumento nato con specifiche finalità di decentralizzazione. Verificheremo come, all'interno di tale organismo, egli si sforzi con coerenza di costruire giuridicamente la democrazia sociale scegliendo di intervenire sui temi più strategici del periodo. In questo senso, non è eccessivo dire che la *Société d'études législatives* funziona come una sorta di cassa di risonanza, nella quale si cerca di far emergere il ruolo dei "vinti" dell'Ottocento giuridico classico: le fondazioni, il valore giuridico-sociale del lavoro, il ruolo delle donne, e via dicendo.

Lo studio della *méthode historique* in azione ci permetterà così di cogliere il significato profondo del "progetto Saleilles", di mettere in luce il valore intrinseco e le potenzialità del solidarismo giuridico, utilizzando come terreno di verifica i risultati più significativi che l'applicazione di tale indirizzo metodologico produce in ambito tecnico-giuridico.

2. *La libertà di associazione come strumento di stabilizzazione del sistema politico.*

Non è esagerato considerare l'opera scientifica di Saleilles alla stregua di un complesso tentativo di inveramento, a livello tecnico-giuridico, delle promesse della Rivoluzione. Nel particolare contesto storico di fine Ottocento, ciò significa determinare, a partire da un compiuto modello di democrazia sociale, le condizioni di un ritrovato equilibrio tra le ragioni della libertà e le ragioni dell'eguaglianza, gettando la basi di un assetto politico-istituzionale finalmente consolidato (3). In particolare, la costruzione di una

(3) Per una visione d'insieme della storia costituzionale europea tra Ottocento e Novecento, si vedano gli studi di M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979; *Appunti di storia delle costituzioni moderne — Le libertà fondamentali*, Torino, 1995; *Le dottrine dello Stato e della costituzione*, in *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, Roma, 1995, pp. 407-457; *Costituzione*, Bologna, 1999; *Costituzione e Stato di diritto*, in *La scienza del diritto pubblico — Dottrine dello Stato e*

democrazia sociale presuppone la possibilità di rappresentare il sociale, superando la polverizzazione della società civile frutto di una *citoyenneté* pensata come relazione esclusiva tra *Etat* e *citoyen*.

La consapevolezza degli eccessi rivoluzionari si fa acuta sul finire dell'Ottocento, come testimoina ad esempio la contro-celebrazione organizzata nel 1889 su iniziativa della *Réforme sociale*.

Charles Benoist (4), nel suo intervento al Congresso del 1899, analizza i legami tra diritto di associazione e democrazia. Esso non è soltanto un fattore di « paix sociale » o una garanzia di progresso economico, dal momento che nessuna democrazia può rinunziarvi senza per questo rischiare di « se dédémocratiser ». Si tratta infatti un fattore politico indispensabile, stabilizza la democrazia attraverso l'organizzazione del suffragio universale e arricchisce politicamente la vita dello Stato. La Rivoluzione ha commesso l'errore di isolare sia economicamente che politicamente l'individuo inserendolo in una dimensione astratta, priva di determinazioni storiche o di un contesto esistenziale definito. La costruzione della democrazia sociale presuppone viceversa la riscoperta del concreto, il radicamento dell'individuo, secondo la metafora di Taine, facendo di lui un « composant » e non un « décomposant social ».

---

della costituzione tra Otto e Novecento, Milano, 2001, pp. 575-604; *Lo Stato di diritto come forma di Stato. Notazioni preliminari sulla tradizione europeo-continentale*, *ibidem*, pp. 855-869; *Sovranità e costituzione: il "modello europeo" tra Otto e Novecento*, *ibidem*, pp. 889-906; *Stato e costituzione*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, cit., pp. 3-36. Per una ricostruzione della storia del diritto pubblico francese, si vedano, oltre al più volte citato H. S. JONES, *The French State in Question*; M.-J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, cit., in particolare p. 87 e ss.; E. CHENON, *Histoire générale du droit français public et privé: des origines à 1815*, Paris, 1926/1929; G. LEPOINTE, *Histoire des institutions du droit public français au XIX siècle: 1789-1914*, Paris, 1953; P. SUEUR, *Histoire du droit public français: XV-XVIII siècle: la genèse de l'Etat contemporain*, Paris, 1993/1994; G. SAUTEL, *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, Paris, 1997; M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789-1958)*, Paris, 1998.

(4) Charles Benoist (1861-1936) è uno dei costituzionalisti più fecondi della Terza Repubblica. Redattore della *Revue des deux Mondes*, professore alla *Ecole libre de sciences politiques*, membro della *Académie des sciences morales et politiques*, nonché deputato dal 1902 al 1919. Passato dal liberalismo della giovinezza al neo-tradizionalismo dell'*Action Française*, Benoist merita di essere ricordato per i suoi importanti lavori sulla rappresentanza proporzionale, nel cui contesto si inserisce il tentativo di modifica del sistema istituzionale attraverso l'introduzione di un Senato delle professioni, in un'ottica dichiaratamente neo-corporativa.

La riflessione di Saleilles sulla libertà di associazione come strumento di stabilizzazione del sistema politico si inserisce all'interno di un dibattito estremamente complesso, ricco di voci, cui partecipano giuristi e non giuristi, e nel quale si intrecciano i saperi e le discipline. Il dato che accomuna tutti questi interventi è la consapevolezza che il diritto di associazione costituisca un *enjeu* davvero decisivo per la tenuta e il progresso del sistema politico francese. L'analisi prende le mosse da una ricostruzione d'insieme del sistema costituzionale della Terza Repubblica (5) e mostra come il futuro del regime parlamentare e una corretta articolazione dei rapporti politico-giuridici non possa prescindere da una riscoperta e da una valorizzazione del fenomeno associativo (6). In una seconda fase, assodata la centralità del fenomeno associativo ai fini di un corretto equilibrio istituzionale, l'attenzione si concentra sulla costruzione tecnica della personalità giuridica, che di tale fenomeno costituisce il fondamento e la *condicio sine qua non*.

2.1. *L'evoluzione della Costituzione del 1875: la (faticosa) via francese al parlamentarismo.*

Sul versante costituzionalistico, Saleilles affronta il tema della

---

(5) Gli interessi giuspubblicistici di Saleilles maturano durante il periodo digionese e si traducono in saggi di estrema importanza data l'attualità dei temi trattati. Mi riferisco ai seguenti lavori: traduzione di F. N. THORPE, *Le principe de représentation dans la démocratie américaine*, in *Revue du droit public*, II, 1894, pp. 1-54; a proposito di E.-P. OBERHOLTZER, *The referendum in America*, Philadelphia, 1893, in *Revue du droit public*, II, 1894, pp. 342-351; *Development of the present Constitution of France*, in *The Annals of political and social science*, Philadelphia, 1895, pp. 1-78; *La représentation proportionnelle (*A proposito di A. BESSON, *Essai sur la représentation proportionnelle de la majorité et des minorités*, Dijon, 1897), in *Revue du droit public*, IX, 1898, pp. 215-234 e pp. 385-413; a proposito di N. SARIPOLOS, *La démocratie et l'élection proportionnelle, étude historique, juridique et politique*, Paris, 1899, in *Nouvelle revue historique du droit*, XXIII, 1899, pp. 591-604; *Rapport d'ensemble résumant les rapports divers présentés au Congrès international de droit comparé de 1900 sur la question du parlementarisme*, in *Procès-verbaux des séances et documents*, I, Paris, 1905, pp. 69-85.

(6) È stato acutamente notato come l'intera cultura giuridico-politica francese del XIX secolo si sviluppa in aperto contrasto con il giacobinismo. La critica della eredità giacobina accomuna scuole e indirizzi di pensiero anche molto distanti, da De Maistre ai teorici del liberalismo, dai positivisti come Comte, Littré e Ferry, a Taine e a Renan, fino ai cattolici sociali. Con la conseguenza che « the reputation of Rousseau, who was seen as the personification of that idea, reached an all-time low », cfr. H. S. JONES, *The French State in question*, cit., p. 27.

costruzione della democrazia sociale attraverso il recupero del fenomeno associativo a partire dall'analisi della Costituzione del 1875. Tale indagine può considerarsi un tentativo di elaborare una terapia capace di porre un rimedio alla crisi del parlamentarismo che segna il paesaggio politico francese di fine Ottocento.

Il regime parlamentare, invenzione tipicamente anglosassone, cara ai liberali francesi della prima metà del secolo, fa fatica ad affermarsi nel contesto di una cultura politica poco propensa all'equlibrio e alla moderazione. Il meccanismo, sperimentato a più riprese, mai senza difficoltà, finisce per incepparsi. Le ragioni della crisi del regime parlamentare sono riconducibili ad una pluralità di fattori, di carattere intellettuale, psicologico, e soprattutto sociale e politico. I motivi profondi alla base dell'insuccesso del parlamentarismo, nel contesto francese, sono da ricercarsi nell'assenza di qualsiasi forma di strutturazione organica della società. A venire in rilievo, ancora una volta, è la coppia dicotomica *Etat-individu*, con i suoi effetti perversi, la riduzione della società a *poussière d'individus*, e, conseguentemente, l'ingovernabilità del paese, in un contesto storico nel quale le masse acquistano un ruolo inedito.

È significativo il fatto che per spiegare le cause psicologiche della crisi del parlamentarismo, Saleilles faccia ricorso al tema della psicologia delle folle. Si sottolinea come la collettività determini effetti di deresponsabilizzazione, conseguenza della soppressione della individualità psichica; come la folla riduca il ruolo degli individui, cancellando le diversità e favorendo lo sviluppo delle idee più superficiali e comuni. Le assemblee inorganiche sono per questo molto più sensibili all'influenza delle passioni che all'influenza delle idee e sono istintivamente allergiche alle complessità del regime parlamentare: « ces complexités sont choses qui échappent à la foule, laquelle est rétive aux nuances et qui, se sachant souveraine, veut qu' on lui obéisse. Or, le vrai régime parlementaire n'obéit pas à la foule, mais à une petite élite; c'est une forme aristocratique de l'idée de souveraineté politique » (7). Il problema sarà perciò quello di trasformare queste masse disordinate in un corpo organico, con funzioni adeguate, aggiornando il regime parlamentare in modo da

---

(7) *Rapport d'ensemble résumant les rapports divers présentés au Congrès international de droit comparé de 1900 sur la question du parlementarisme*, cit., p. 81 e s.

consentirgli di adattarsi ad una nuova fase storica caratterizzata dalla presenza di una democrazia diffusa.

In realtà, il riferimento alla folla per spiegare le cause psicologiche della crisi del parlamentarismo non è una semplice eco del tema della *foule* (8), carico di suggestioni per gli intellettuali di fine Ottocento, ma consente di ricollegare l'analisi di tale profilo al tema decisivo della metabolizzazione del suffragio universale, che, come sappiamo, è uno dei temi caldi della riflessione politico-giuridica della III Repubblica. Non a caso le cause politiche e sociali della crisi del regime parlamentare sono riconducibili precisamente alla estensione della democrazia come fenomeno sociale e alla estensione del diritto di voto come conseguenza politica immediata.

Il parlamentarismo non è *a priori* incompatibile con la concezione dell'uguaglianza politica e della sovranità numerica. Tuttavia, la spinta democratica modifica gli equilibri di un regime caratterizzato originariamente da una concezione elitaria della politica. Gli effetti di questa alterazione sono ancora più sensibili in paesi come la Francia, nei quali il suffragio universale si è impiantato *d'emblée*, senza che fosse nemmeno lontanamente completata la formazione democratica della nazione.

L'innesto affrettato del suffragio universale su quell'embrione di parlamentarismo introdotto dalla monarchia orleanista ha determinato in un primo tempo la soppressione del regime parlamentare e successivamente la sua ricomparsa, ma con un grave vizio di origine, tale da minarne in radice il funzionamento. Infatti, la collaborazione tra i poteri e la centralità della figura del Presidente, principi cardine della costituzione del '75, hanno dovuto cedere il passo, sotto la spinta democratica, ad una applicazione distorta del testo costituzionale.

In tal modo, nella denuncia della deriva assembleare le cause

---

(8) Si tratta, com'è noto, di un tema classico della cultura di fine Ottocento. Il riferimento alla *foule* diventa un *topos* anche per i giuristi, sulla scia dello straordinario successo della *Psychologie des foules* di Gustave Le Bon, autentico *best-seller* scientifico del XIX secolo, la cui prima edizione è del 1895. Tale opera, che avrà più di cinquanta ristampe, è il risultato di un indirizzo di ricerca di respiro europeo, avviato in Germania, a partire dal 1860, dalla *Zeitschrift für Völkerpsychologie*. Cfr. P. ROSANVALLON, *Le peuple introuvable*, cit., p. 142 e ss.

sociali e politiche della crisi del parlamentarismo, connesse all'avvento del suffragio universale, si saldano alle cause intellettuali, tipicamente francesi, riconducibili all'individualismo e all'ideologia egualitaria di origine rivoluzionaria. Tutto ciò contribuisce a rendere particolarmente difficile l'opera taumaturgica dei giuristi militanti. Si tratta infatti di relativizzare una mentalità, mettendo da parte automatismi, reazioni condizionate, che inquinano e paralizzano la riflessione politico-giuridica.

Saleilles affronta *ex professo* il tema sensibile della costituzione del '75 in un articolo di ampio respiro pubblicato negli *Annals of the American Academy of political and social science*.

È il 1895. L'*Affaire* è alle porte. La Repubblica, segnata da una forte instabilità governativa, ha da poco superato l'avventura boulangista. La vita politica e culturale del paese è lacerata da opposti estremismi: il pragmatismo e l'equilibrio di un Gambetta sembrano sempre di più un ricordo lontano.

Il giurista parigino, civilista per vocazione, ma giurista globale per natura, oltre che per formazione e per necessità storica, osserva con occhio attento le evoluzioni di quello strano giocattolo che è la costituzione del '75. Il *munus* politico di cui si sente investito gli impone di prendere la parola.

Alle soglie del Novecento nessuno, ancora, è in grado di prevedere che quel precario *collage* di leggi costituzionali è destinato a diventare il fondamento provvidenziale di quella che sarà ricordata come « la plus longue des Républiques » (9). Eppure, le peculiarità di questo strano documento costituzionale, frutto apparentemente casuale di una delle più tormentate fasi della storia di Francia, balzano immediatamente agli occhi.

Saleilles sottolinea la forte discontinuità che si è prodotta nella storia costituzionale francese: il pragmatismo e un forte senso della realtà sembrano essere per la prima volta i criteri ispiratori della vita politica d'oltralpe.

Il primo aspetto ad essere messo in rilievo è il superamento del modello contrattualistico e dell'idea di una costituzione scritta: « in France we are deserting more and more the idea of a written

(9) Si veda il lavoro di J.-Y. MOLLIER-J. GEORGE, *La plus longue des Républiques 1870-1940*, cit.

constitution, containing all the political and constitutional organisation of the country and looked upon as the result of the constitutional power » (10).

Saleilles tesse, in maniera apparentemente paradossale, l'elogio della laconicità. Ad apparire provvidenziale è il carattere frammentario della costituzione del '75. Essa, com'è noto, è il risultato dell'unione di tre testi approvati separatamente. Non si tratta di un testo concepito unitariamente, secondo un preciso disegno sistematico, ma di tre leggi, diverse l'una dall'altra, che solo con qualche forzatura possono considerarsi capitoli separati di un medesimo testo costituzionale.

È proprio questa frammentarietà, frutto degli accidenti della storia, a rivelarsi provvidenziale. Essa imprime una direzione nuova alla vicenda costituzionale francese e sferra un colpo decisivo alla mistica della costituzione elaborata dalla sofisticata teologia politica rivoluzionaria.

La forza suggestiva dei principi sembra aver allentato la presa e la categoria centrale della *régénération* è stata finalmente messa da parte: si procede per tentativi, senza ambizioni sistematiche, e senza assurde pretese di definitività o di completezza: il merito del sistema costituzionale costruito nel 1875 è quello di aver restituito la costituzione della Francia all'ambito dell'evoluzione storica.

La frammentarietà svela un inedito pragmatismo e una forma di umiltà prima sconosciuta alla cultura politica francese: il potere costituente rinuncia alla sua originaria pretesa di onnipotenza e riconosce il carattere necessariamente incompleto e provvisorio di qualsiasi testo costituzionale.

Alla base vi è il recupero della tradizione, o almeno della mentalità costituzionale di Antico Regime, basata sul riconoscimento implicito del valore della "costituzione materiale", intesa come insieme di regole consuetudinarie frutto dello sviluppo storico della nazione, al di là del necessario riferimento ad un testo scritto (11). Ciò significa riconoscere che, al di là degli articoli di una

---

(10) *Development of the present Constitution of France*, cit., p. 12.

(11) « The present institutions of France have not resulted from a single voluntary creative act on the part of the legislator, but that the legislator was content to estabilish certain particular institutions only, and that the whole adjustment of the governemental

costituzione, esistono istituzioni, pratiche, tradizioni politico-giuridiche storicamente determinate, dotate di un valore oggettivo (12). Affiora, in controluce, la lezione renaniana, la centralità del concetto di *Nation* come realtà spirituale e organica, che troverà la più compiuta sistematizzazione nella giuspubblicistica della Terza Repubblica e in modo particolare nell'opera di Raymond Carré de Malberg (1861-1935) (13).

Dire che il sistema del 1875 ha ricondotto la costituzione della Francia nell'ambito della evoluzione storica del paese, superando l'idea di una costituzione scritta frutto della filosofia del contratto sociale, significa infatti ridimensionare il ruolo del potere costituente, croce e delizia della storia costituzionale francese, sostenendo che il fine della Rivoluzione non era il trasferimento in senso soggettivo della sovranità, ma semmai la piena affermazione della sovranità dello Stato nazionale, cioè il pieno riconoscimento del « potere della nazione e delle sue istituzioni politiche, di escludere

---

organism resulted from the organic social development of the French during this century. The Constitution, not owing its origin to a written law, continues to develop and shape itself outside the written law under the influence of this social life itself. An organic constitution is, therefore, being created in France, based upon the foundation furnished by the written constitution », *ibidem*, p. 13 e s.

(12) « The written constitution has at last begun to give way, and through its seams spontaneous growths of living institutions are pushing their way, drawing their nourishment from the developing social body itself, and not from the more or less opportune interference of the legislator. Undoutedly, in despite of all asserted positive legislation, there have always been these spontaneous, unperceived growths, as these occur in all constitutions. That which is new in the present constitution is the recognition of the legality of this development, and the absence of any claim to deduce everything from the written text », *ibidem*, p. 14.

(13) L'*opus magnum* di Carré de Malberg, la cui prima edizione è del 1919, è stata recentemente ripubblicata a cura di E. Maulin. Cfr. R. Carre' De Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat: spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, 2004. Carré de Malberg concepisce lo Stato come la « personnification juridique de la nation » nel quadro di una riflessione volta a costruire « une théorie purement juridique de l'Etat », cfr. A. Laquieze, Etat de droit *e sovranità nazionale in Francia*, in P. Costa-D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto — Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p. 288 e ss.; M.-J. Redor, *L'Etat dans la doctrine publiciste française du début du siècle*, in *Droits*, n. 15, 1992, p. 91 e ss., cit., p. 93; V. G. Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, 1985.

ogni tipo di dipendenza dall'esterno, che pretenda di indirizzarla prescrittivamente, a partire dal principio monarchico o da quello democratico-radicale della sovranità popolare » (14).

Il potere costituente cessa di essere un fattore di instabilità (15), lo specchio di un vitalismo politico alimentato da una smania irrefrenabile di rigenerazione, al di fuori del tempo e della storia, e trova invece oggettiva autonomia nella personalità al contempo storica e legale della nazione (16). Perde il suo carattere di elemento filosofico di palingenesi per trasformarsi in un elemento dello sviluppo naturale della nazione, immergendosi nella concretezza del tempo storico; senza rinunciare alla sua carica di progettualità, la trasfigura, depurandola dalle sue pulsioni distruttive e valorizzandola come fattore progressivo e ordinato di sviluppo.

L'analisi di Saleilles rivela qui il suo lato profetico: la frammentarietà e il recupero della nozione di costituzione materiale, certamente non voluta e contraria agli auspici della assemblea costituente, ha innestato la costituzione nel bel mezzo dello sviluppo organico della storia politica francese ed ha conferito alla organizzazione politica del paese un fondamento solido, capace di assorbirne la forte conflittualità interna.

L'esito finale di questo processo di involontario rinnovamento dell'orizzonte politico potrebbe essere addirittura — incredibile a dirsi — l'accettazione della Repubblica. Abbandonata la retorica ottantanovarda, un repubblicanesimo pragmatico, scevro da

---

(14) Cfr. M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., p. 120 e ss., cit., p. 121. Si veda anche O. Beaud, *Souveraineté*, in *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, 1998, p. 625 e ss.

(15) Sulla difficile ricerca di un « momento di conciliazione tra il *bisogno di stabilità e di continuità* dei poteri costituiti ed il bisogno continuo della rivoluzione di legittimarsi ricorrendo all'immagine, ed alla pratica, della originaria sovranità della nazione, o del popolo, agente *in senso radicalmente costituente* » Cfr. M Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., p. 62 e ss.

(16) Si è osservato, per questo, come la Terza Repubblica sia una « repubblica senza sovranità popolare »: il concetto di nazione viene impiegato per negare che l'autorità delle istituzioni politiche si fondi sulla sovranità del popolo giacobinamente inteso come universalità dei cittadini viventi. Siffatta concezione della sovranità popolare viene dispregiativamente connotata come "atomistica". Cfr. M. Fioravanti, *Lo Stato di diritto come forma di Stato. Notazioni preliminari sulla tradizione europeo-continentale*, in M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico*, cit., p. 864.

asprezze dogmatiche, volto a ricercare l'equilibrio e la collaborazione tra i poteri, potrebbe forse rivelarsi capace di sanare le ferite di una storia costituzionale tumultuosa, riportando la virtù nazionale del *bon sens* persino nell'ambito della cultura politica, dal quale sembrava essere stata irreparabilmente estromessa.

Alla costituzione del '75 si deve insomma l'evento più significativo della storia costituzionale e politica francese dell'ultimo secolo: l'*apaisement* generale, salvo poche, sparute eccezioni (17).

Tuttavia, le evoluzioni costituzionali della Terza Repubblica, nei primi vent'anni di vita della costituzione del '75, hanno fatto emergere il rischio di una pericolosa degenerazione, capace di snaturare il difficile equilibrio istituzionale raggiunto all'indomani di *Sedan*.

Saleilles traccia una analisi estremamente lucida delle vicende costituzionali attraversate dalla Repubblica opportunista.

Il fenomeno più evidente è, ovviamente, il rafforzamento del Parlamento a spese dell'esecutivo (18). Tale rafforzamento non deriva da una ripresa del dogma della volontà generale ma dal fatto che il Parlamento si è trasformato in una sorta di corporazione politica che trae da se stessa la propria legittimazione (19). La crisi

---

(17) « The greatest event in the constitutional history of France in this century is the agreement of everyone, save certain scattered exceptions which are destined to disappear during this generation, to accept the constitution. This event is due to certain accessory causes, as the disappearance of the leading chief dynastic pretenders, and their replacement by the successors who do not represent the original party principles; the diminution and impotence of the monarchical parties, and the intervention of the head of the Church. We must, however, attribute this result above all to the way in which the constitution of 1875, by the modesty of its provisions and the absence of aggressive republican principles characteristic of the earlier period, has insinuated itself into the customs and conditions of the country. The freest scope has been left to historic growth, as the scheme then adopted had no other aim than to furnish a point of departure, leaving to France itself the care of gradually producing a definitive constitution », *ibidem*, p. 66.

(18) Al punto che si può parlare di « assolutismo parlamentare ». Cfr. M. FIORAVANTI, *Sovranità e costituzione*, cit., p. 901.

(19) « If the Parliament finds its influence, as well as its powers, increasing it is because it has assumed an authority for itself which belongs to it, as an organic body, the manifestations of which very soon become acquired rights. The French Parliament is becoming a corporation which is gaining a hold on the country; whose influence is increasing, and whose rights and powers are enlarged in proportion to its activity in extending its domination. But like every political corporation, as, for example, the

del 16 maggio ha snaturato la costituzione favorendone una applicazione distorta. Il Parlamento ha finito per accentrare in sé tutti i poteri, tradendo la lettera e lo spirito della costituzione, ispirata, al contrario, al principio di collaborazione e di equilibrio tra poteri. Il capo del governo non esercita alcuna influenza sull'indirizzo politico dell'esecutivo: « he drives before the wind » (20): non è a capo di una maggioranza in grado di seguirlo, ma ne è il timido servitore. Ove, come spesso accade, non sia costretto ad affidare le sorti del gabinetto ad una coalizione più o meno instabile, il che lo obbliga ad adottare una linea politica opaca, di compromesso, l'unica in grado di offrire un punto di incontro per le formazioni eterogenee che entrano a far parte, di volta in volta, della maggioranza.

La condizione del Presidente della Repubblica, se possibile, è ancora più precaria. I fantasmi della restaurazione monarchica hanno finito per ridimesionarne il ruolo sottraendo ad esso ogni prerogativa, come osserverà con amarezza Casimir-Périer, in occasione delle sue dimissioni (21).

L'applicazione distorta della costituzione ha dato vita insomma ad una vera e propria deriva assembleare, con tutte le conseguenze ad essa collegate: ingovernabilità, frutto della debolezza dei governi di coalizione; degenerazione della tecnica legislativa; sintomi di una degenerazione partitocratrica. Assume un significato decisivo, per questo, la questione della « absence of guidance » e, conseguentemente, la ricerca di unità, delle condizioni che rendono possibile la manifestazione di una precisa volontà di governo, nella consapevolezza che « the need of a governmental will is the most obvious result of the approved action of the Constitution of 1875 » (22). Si tratta di una ricerca di importanza capitale, ma estremamente complessa poiché esposta in continuazione al rischio del cesarismo e della

---

Parliament of England, however great and extended its rights and powers, this powerful body never has anything except rights and powers; it does not embody in itself right and power, it is one of the organs of soverreignty, and not soverreignty itself », *ibidem*, p. 56.

(20) *Ibidem*, p. 54.

(21) Cfr. M. DUVERGER, *Le costituzioni della Francia*, trad. it., Napoli, 1984, p. 102 e ss.

(22) *Ibidem*, p. 59.

deriva plebiscitaria (Napoleone III e poi Boulanger e Déroulède) o, per converso, al rischio della anarchia, del giacobinismo, incarnato dallo spettro della Comune, dal ripetersi dell'esperienza fallimentare della Convenzione (1792-1795).

Il successo di tale ricerca implica perciò la soluzione di una questione decisiva. Si tratta di verificare se la ricerca di una volontà politica forte sia o meno compatibile con l'affermazione del regime parlamentare, unica garanzia contro il dispotismo di un singolo o di un'assemblea.

Per risolvere tale questione Saleilles analizza due ipotesi: l'opportunità di un ritorno al regime monarchico; l'opportunità di una revisione della costituzione che stabilisca l'elezione diretta del Presidente della Repubblica.

L'opportunità di un ritorno ad un regime monarchico viene negata sulla base di vari argomenti. In primo luogo, a causa della inconsistenza del cosiddetto partito monarchico. Saleilles dipinge un quadro impietoso della condizione della destra reazionaria francese. Il giudizio è inequivocabile: si tratta di una formazione politica composta da vittime del regime repubblicano, che si nutre di invettive e di recriminazioni, agitando lo spauracchio della vendetta istituzionale, senza preoccuparsi di formulare un programma politico articolato e veramente alternativo. Nessuna formazione politica può apparire credibile e destinata al successo se trae origine piuttosto che da un nucleo condiviso di valori da una sorta di rancorosa autocommiserazione.

Il secondo argomento concerne la difficile coesistenza tra l'elemento monarchico e il sistema parlamentare. Infatti, a meno di non voler trapiantare in Francia il sistema inglese, il che sembra un'ipotesi surreale, il conflitto tra elemento monarchico e regime parlamentare appare destinato a tradursi nell'affossamento e nella progressiva elisione del ruolo istituzionale del monarca. Nel contesto inedito di una democrazia di massa la sopravvivenza della monarchia è possibile solo a condizione che il sovrano accetti di conservare un ruolo essenzialmente simbolico, resistendo alla tentazione dell'esercizio diretto del potere. L'eccesso di autorità garantito dal principio ereditario deve essere compensato dalla irresponsabilità del monarca e quindi dalla sua sostanziale impotenza politica, unica garanzia della sua sopravvivenza. L'analisi che indusse il conte di Chambord

a rifiutare il trono nel 1873 si rivela corretta: la monarchia costituzionale provoca inevitabilmente uno svuotamento del potere regio e quindi un annichilimento delle prerogative del potere esecutivo nei confronti del Parlamento. Ciò aggrava il problema della « absence of guidance » in quanto non consente di individuare con precisione il momento volontaristico, il luogo ove si compie la sintesi politica necessaria ad ogni effettiva azione di governo.

L'opzione monarchica, infine, è respinta sulla base di considerazioni politiche di carattere generale nell'ottica di garantire un definitivo *apaisement*: la restaurazione della monarchia prolungherebbe infatti il sistema della opposizione costituzionale, unendo i partiti di opposizione attorno alla opzione repubblicana, e quindi alimentando quell'endemica conflittualità istituzionale che ha segnato la vita politica francese nel corso dell'Ottocento, impedendo una piena realizzazione del progresso e delle libertà: « where political parties struggle no longer for ideas, but for revolution, no farther progress is possibile; we find only personal conflict and political revenge » (23).

Altrettanto inaccettabile appare una riforma costituzionale volta ad introdurre l'elezione diretta del capo dello Stato. Saleilles intravede in tal caso il rischio di una deriva cesaristica. Una repubblica governata da un presidente eletto direttamente dal popolo cesserebbe di essere una repubblica parlamentare e rischierebbe di non essere più nemmeno una repubblica. L'unica possibilità sarebbe stabilire un mandato di breve durata e l'elezione, almeno in un primo tempo, di un presidente debole, privo di ambizioni personali. Tali condizioni, tuttavia, a causa dei precedenti storici recenti sembrano del tutto chimeriche. La riorganizzazione del governo attraverso un plebiscito darebbe vita, per tali ragioni, ad un regime pretoriano, segnato da un succedersi di personalità più o meno dispotiche e da un clima di grande instabilità sociale.

È necessario arrestare il processo degenerativo avviato con la crisi del 16 maggio: il legislativo deve essere distinto dall'esecutivo e il governo deve ritrovare la sua autonomia: « the Parliament is not a

(23) *Ibidem*, p. 62.

governing body, because groups, however well adapted to control, are incapable of governing » (24).

Il raggiungimento di tale risultato presuppone due condizioni: l'emergere della figura del Primo Ministro; l'emergere di una maggioranza parlamentare stabile, il che implica, a sua volta, la formazione di grandi partiti politici, distinti e separati.

La costituzione del '75 rende possibili tali sviluppi.

Saleilles ha in mente il modello inglese: un capo del governo forte, sul modello di un Disraeli, sostenuto da una maggioranza disciplinata e dotato perciò di una notevole libertà di azione. Ciò richiede, ovviamente, la presenza di importanti partiti politici, la cui formazione è possibile solo grazie alla riscoperta della libertà di associazione, unico strumento in grado di assicurare il successo degli sforzi individuali e il progresso sociale. L'idea di libertà, il diverso modo di intenderla, rappresenta l'unico criterio decisivo per la formazione e la differenziazione degli schieramenti politici. L'orizzonte politico francese è destinato ad ordinarsi attorno a due principali gruppi, uno legato alla tradizionale concezione della libertà politica ed economica, l'altro teso a favorirne una evoluzione progressiva, sia in senso strettamente socialista, sia nel senso del contemperamento tra un certo interventismo statale e il riconoscimento del valore della libertà individuale e della decentralizzazione.

La stabilizzazione del regime parlamentare presuppone perciò la formazione di grandi partiti politici che pongano al centro del proprio programma non il trionfo di dottrine religiose o di concezioni metafisiche ma una determinata visione della realtà cui ricollegare specifiche politiche di carattere economico e sociale come pure mirati interventi di carattere giuridico (25).

È necessario, in altre parole, superare la sfortunata tradizione dei partiti anti-sistema, la cui unica ragion d'essere è rappresentata dalla distruzione del regime costituzionale esistente: un sistema politico moderno presuppone la presenza di partiti che, una volta accettato l'ordine costituzionale esistente, si differenziano soltanto

---

(24) *Ibidem*, p. 64.
(25) *Ibidem*, p. 71.

sulla base della concezione della società o dei rapporti Stato-individuo che intendono affermare. Il giacobinismo e la tentazione cesaristica, ben rappresentata dal fuoco di paglia boulangista, forniscono un buon esempio della tendenza tipicamente francese ad estremizzare il confronto politico polarizzandolo attorno ad opzioni radicali ed assolutamente incompatibili. La normalizzazione della vita politica francese presuppone quindi l'abbandono di un equivoco tipico della mentalità politica d'oltralpe: la rinuncia alla concezione dello Stato inteso come entità missionaria, investita di un fondamentale compito pedagogico e di una funzione di produzione del sociale (26).

La riflessione sulla evoluzione della costituzione del 1875 sfocia pertanto nella formulazione di una terapia capace di arginare la crisi del regime parlamentare. Si tratta di una rifondazione che trova nella dimensione associativa un essenziale elemento di forza.

2.2. *La rappresentanza proporzionale e l'attuazione del principio sociologico della democrazia.*

La stabilizzazione istituzionale della Terza Repubblica presuppone il perfezionamento del regime parlamentare e quindi il superamento delle antinomie che, a partire dalla Rivoluzione, contribui-

---

(26) Tale equivoco si riflette nei programmi delle formazioni politiche che si contendono il potere, dai repubblicani di stretta osservanza anti-clericale ai gruppi che vagheggiano la nascita di un non meglio precisato Stato cristiano-sociale. Un partito politico deve, al contrario, limitarsi a formulare programmi di azione elaborati a partire da un determinata idea della libertà, senza caricarsi di compiti che gli sono estranei. Ciò spiega perché la formazione di un partito di matrice confessionale sia considerata un pericoloso ostacolo nel processo di modernizzazione del sistema politico francese. L'esperienza belga non può essere importata in Francia: « it might have seemed at first, after the intervention of Leo XIII, that the new classification would take the form which it has in Belgium, namely, a religious one. We are thankful, however, to say that this danger is growing less. We see that it was, from a political standpoint, only a hoax. Nothing need be said of the effect of this upon the growth of the faith, since the most important questions of practical politics are, in their very nature, foreign to matters of faith, and, consequently, parties which are the outgrowth of different views would, if left to themselves, organize independently of religious questions. It would then be a false view and a misapprehension of the true scope of political action to give a confessional tinge to the discussion of subjects which cannot but suffer by such treatment », *ibidem*, p. 66 e s.

scono a rendere fragile e particolarmente effimero ogni possibile assetto costituzionale.

Spicca l'apertura mentale con la quale Saleilles affronta il tema. Il parlamentarismo viene esaminato senza idee preconcette, senza assumerlo alla stregua di un dogma indiscutibile, ma preoccupandosi semmai di sottolinearne il carattere storico e la problematicità, specie a fronte del contesto inedito della democrazia di massa:

> si le régime parlementaire est né, historiquement, de la prépondérance d'une classe, il n'est pas douteux qu' avec l'extension de la démocratie, ce sont d'autres couches sociales qui font leur entrée sur la scène, prêtes à jouer leur rôle; et il s'agit de savoir si le mécanisme parlementaire peut leur convenir encore, ou s'il leur faut un régime plus simplifié, mieux adapté à leurs idées et à leurs degré et culture politique (27).

L'indagine del giurista borgognone nasce per rispondere a due interrogativi: com'è possibile conciliare il regime parlamentare con la realtà della democrazia di massa? In che modo può compiersi la metabolizzazione del suffragio universale, così importante per la sopravvivenza e il consolidamento della Terza Repubblica (28)?

---

(27) *Rapport d'ensemble résumant les rapports divers présentés au Congrès international de droit comparé de 1900 sur la question du parlementarisme*, cit., p. 82.

(28) Il problema della stabilizzazione del sistema politico a seguito del superamento del regime capacitario e dell'ingresso nell'era del suffragio universale è destinato a impegnare la dottrina, non solo francese, per lunghi anni. All'inizio degli anni Sessanta del Novecento, Giorgio Del Vecchio, riflettendo sul tema, osservava come, a seguito dell'introduzione del suffragio universale « au lieu qu' à un corps électoral qualifié, le choix des représentants de la nation, et donc, en définitive, le sort de celle-ci, furent confiés à une masse comprenant, outre les femmes, les illettrés: une masse dans laquelle les hommes les plus capables en raison de leur plus grande expérience ou de leur plus vaste culture, furent, pour ainsi dire, submergés. Un principe égalitaire, juste dans l'abstrait, mais appliqué de façon mécanique produisit un nivellement irrationnel, c'est-à-dire une méconnaissance totale des différences de capacité entre les diverses personnes. Il est vrai qu' une considération des mérites individuels serait en la matière impossible; mais rien n'empêcherait qu' on prenne en considération, suivant des critères de large envergure, les différents degrés de maturité et de culture, en attribuant plus de poids au vote de ceux qui auraient atteint un certain âge ou une certaine préparation intellectuelle, sans pour autant exclure les autres de l'électorat », cfr. G. DEL VECCHIO, *Suffrage universel et capacité politique*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, 1961, pp. 469-476, cit., p. 473.

Si tratta, in sostanza, di capire in che misura è possibile arginare la crisi del parlamentarismo, rendendo il sistema politico capace di guidare l'inedito processo di nazionalizzazione delle masse. A tal fine, i rimedi individuati sono di due specie: la riforma del sistema elettorale; la partecipazione più o meno diretta del popolo al voto delle leggi.

Nel primo caso, si tratta di progettare forme organiche di suffragio, nella direzione della rappresentanza proporzionale o di una rappresentanza di carattere professionale e corporativo, in linea con le proposte apparentemente provocatorie di Charles Benoist e di Léon Duguit.

Nel secondo caso, si tratta invece di stemperare l'antitesi tra democrazia diretta e democrazia delegata, conciliando l'assioma della sovranità nazionale con l'esigenza del governo rappresentativo. La condizione per il salvataggio del regime parlamentare è pertanto, come abbiamo detto, il recupero di una articolazione organica dell'edificio politico a partire dalla nozione centrale di *Nation* (29).

Il presupposto di tale rinnovamento risiede per questo nella riscoperta e nella valorizzazione dello spirito di associazione. L'attuazione di questi rimedi implica infatti una riorganizzazione delle strutture sociali e amministrative volta a ricondurre in seno al popolo, o piuttosto in seno alla libera attività degli organi popolari, quel meccanismo di collaborazione politica che è la ragion d'essere del regime parlamentare.

Ciò è possibile in presenza di almeno una delle seguenti condizioni: l'esistenza di ordinamenti statuali di tipo federale, composti cioè di parti relativamente autonome, come nel caso degli Stati Uniti o della Svizzera; l'esistenza di un diffuso e radicato spirito di associazione, tale da consentire alle collettività locali e alle libere

---

(29) « Tout ce qui tend à détruire l'idée du pouvoir absolu aux mains d'un organe quelconque du pouvoir, tout ce qui tend, au contraire, à l'union des organes, en vue de réaliser dans les faits l'unité d'action qui est l'image de cette personne souveraine que nous représente la nation, tout cela peut bien être une transformation de la conception régnante du système parlementaire; mais c'est une transformation qui ne fait que réaliser plus intégralement le principe essentiel sur lequel il repose », *Rapport d'ensemble résumant les rapports divers présentés au Congrès international de droit comparé de 1900 sur la question du parlementarisme*, cit., p. 84.

associazioni di farsi carico della maggior parte di quelle funzioni pubbliche che, in un sistema fortemente centralizzato, sono a carico dello Stato e del suo apparato burocratico.

Nei paesi ove fiorisce lo spirito di associazione, non è necessario preordinare dall'alto le regole che presiedono alla collaborazione tra i poteri. Facendo proprie idee-forza tipiche del liberalismo francese della prima metà dell'Ottocento (30), Saleilles menziona espressamente l'esperienza americana, individuando in essa un modello esemplare di regime democratico: ciò che il regime parlamentare, nella sua zoppicante versione francese, stabilisce a partire dall'alto, essa lo realizza spontaneamente dal basso, a dimostrazione del fatto che la separazione e l'equilibrio tra i poteri e in generale il buon funzionamento della macchina costituzionale sono una conseguenza naturale della esistenza di un radicato spirito di associazione. Ciò spiega perché il fenomeno associativo rappresenti, sia sul versante della dogmatica privatistica che sul versante pubblicistico, il punto di arrivo e il momento di verifica di una riflessione giuridica estremamente complessa, costruita attorno ad una concezione organica della realtà.

La crisi del regime parlamentare, in questa prospettiva, può essere arginata sforzandosi di attuare il principio sociologico della democrazia, in particolare adottando una forma organica di suffragio, a carattere proporzionale, e favorendo la nascita di grandi partiti politici. Si tratta, per l'appunto, di un strategia la cui attuazione presuppone il pieno sviluppo della libertà di associazione e, in generale, il recupero dell'associazionismo come parte integrante della cultura politica francese (31).

Saleilles affronta il tema della rappresentanza proporzionale in due scritti, pubblicati alle soglie del Novecento, in anni decisivi per la nascita della scienza del diritto pubblico, come testimonia il

---

(30) Si veda A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, in A. DE TOCQUEVILLE, *Scritti politici*, II, trad. it., Torino, 1968, p. 593 e ss.

(31) Si tratta di un profilo lucidamente evidenziato da Pierre Rosanvallon, il quale osserva come il « travail du politique » sia « indissociable de l'exercice sociologique », stante l'esigenza di predisporre dei meccanismi di rappresentazione del sociale in una « société en poussière ». Il confronto con l'epoca pre-rivoluzionaria e, più ancora, con l'età antica, aiuta a chiarire i termini della questione: cfr. P. ROSANVALLON, *Le peuple introuvable*, Paris, 1998, cit., p. 133 e ss.

profluvio di saggi dedicati a temi giuspubblicistici. Un pezzo alla volta, i giuristi costruiscono il complesso e rassicurante edificio del *Rechtsstaat*, il capolavoro della cultura giuridica europea dell'Ottocento (32). In Francia, in modo particolare, la riflessione giuridica è più che mai dominata dalla politica, essendo guidata dalla preoccupazione di assecondare le esigenze di rifondazione di un paese ancora in cerca di stabilità: la riflessione giuspubblicistica, e specialmente la teoria dell'*Etat de droit*, non rappresenta soltanto il degno approdo di una elaborazione dottrinale di estrema raffinatezza, ma ha precise funzioni ortopediche, dovendo assistere e consolidare una Repubblica che appare sempre più *fragilisée* (33).

Gli anni Novanta sono in effetti anni difficili per la ideologia repubblicana. È il momento in cui si opera una rottura decisiva nella cultura politica francese, dalla quale emerge una nuova sensibilità collettiva. Nel 1885, con la caduta di Jules Ferry, l'ideale repubblicano sembra aver esaurito il suo slancio (34). Il rinnovamento preconizzato da Gambetta non si è ancora realizzato. I conflitti sociali si moltiplicano mentre si accentua la frattura tra repubblicani e socialisti (35).

---

(32) Una sintesi efficacissima si trova in P. COSTA, *Diritti*, in *Lo Stato moderno in Europa*, cit., p. 48 e ss.

(33) In questo senso, Saleilles parla di « nécessité des formes juridiques pour la réalisation de la fonction sociale du droit »: la stabilizzazione istituzionale del paese presuppone un'adeguata riflessione e il formalismo della tecnica giuridica, ed è evidente la « nécessité inéluctable des formes juridiques, ainsi transformées en institutions de droit public, pour la mise en oeuvre des buts sociaux vers lesquels se fait l'évolution historique des sociétés », *Y a-t-il vraiment une crise de la science juridique*, cit., p. 99.

(34) Si veda per una sintesi efficace, con particolare riguardo al rapporto tra contesto storico e scienza giuridica, C. JAMIN, *Dix-neuf cent: crise et renouveau dans la culture juridique*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, cit., 380-384.

(35) Nel 1883 i radicali danno vita ad una lega per la revisione costituzionale mentre, sul versante opposto, si organizza la *Ligue des patriotes*. Il movimento boulangista polarizza questo malessere: si tratta di un sentimento di delusione nei confronti della democrazia dal carattere confuso e multiforme, nel quale si mescolano un antiparlamentarismo di sinistra alimentato dal succedersi degli scandali (Panama, 1892), un ritorno in forze delle idee reazionarie e un sentimento diffuso di incertezza sulle forme adeguate del governo rappresentativo. È un periodo inquieto nel quale, allo spettro del socialismo, alimentato dalla scoperta della dimensione collettiva, si accompagna lo « spectre de la dissolution sociale », conseguenza di una società composta di monadi e completamente priva di "tessuto connettivo". Cfr. P. ROSANVALLON, *Le modèle politique*

La definitiva accettazione del suffragio universale, ormai entrato a far parte dei costumi, se da un lato rievoca le perplessità degli anni Venti sul potere delle masse e lo spettro degli effetti dissolventi della società individualista, dall'altro favorisce l'apertura di una nuova fase di riflessione sulla democrazia. Dopo la consacrazione del ruolo delle masse sulla scena politica, si pone con forza il problema del loro impiego. Si cerca la ricetta per costruire un ordine che sia al contempo regolatore e compensatore, per dar forma alla società e consistenza al potere della collettività.

Una intera generazione di intellettuali (36) si sforza perciò di ripensare la politica preoccupandosi di formulare le nuove regole di governabilità della società moderna a partire da una migliore comprensione della sua struttura reale. La sociologia sembra offrire la miglior terapia possibile: al rischio universalmente percepito della dissoluzione sociale, la dottrina sociologica oppone l'immagine di realtà soggiacenti, di forme organiche spontanee capaci di ricomporre e ordinare il sociale, le quali meritano di essere valorizzate nelle loro potenzialità intrinsecamente politiche (37).

Questa visione del sociale finisce per imporsi come una nuova ideologia dominante, al punto da favorire l'emersione di un nuovo tipo di approccio al problema della rappresentanza, pensata a partire dal riconoscimento del ruolo dei gruppi strutturanti la società. Col risultato che le rigidità ereditate dalla cultura politica rivoluzionaria vengono progressivamente messe da parte (38).

---

français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours, Paris, 2004, cit., p. 158 e ss.

(36) Si veda, ad esempio, il *compte rendu* a T. FERNEUIL, *Les principes de 1789 et la science sociale*, Paris, 1889, riprodotto in E. DURKHEIM, *La science sociale et l'action*, Paris, 1970.

(37) « Au-delà de toutes les divergences, un grand constat commun unit l'époque: le sentiment que l'on a fait fausse route en considérant la société comme une simple juxtaposition d'individus ». A partire da questa constatazione, i sociologi si sforzano di « remettre la politique sur ses pieds en la faisant dériver d'une « science sociale » et non plus d'une « simple analyse idéologique », cfr. P. ROSANVALLON, *Le peuple introuvable*, cit., p. 137 e s. e p. 140.

(38) Seguiranno, nel corso degli anni Novanta, progetti concreti di riforma volti a garantire una rappresentanza organica della società: il progetto di legge di Lemire, del 1894, volto a trasformare il Senato in una assemblea a composizione professionale; la

L'articolo di Saleilles rappresenta un contributo importante nel dibattito che impegna, a livello europeo, sociologi, filosofi, giuristi (39). Nell'ultimo ventennio dell'Ottocento si assiste a un vero e proprio *élan* proporzionalista. La fucina del proporzionalismo è il Belgio dove, nel 1891, viene pubblicato addirittura un *Petit catéchisme de la représentation proportionnelle* (40). Intanto, in Francia, la *Société pour l'étude de la représentation proportionnelle* pubblica una raccolta di studi di legislazione e di statistica comparata (41). A queste opere collettive si aggiungono gli studi individuali, dagli scritti di Ernest Naville e quelli di Charles Benoist (42).

Quest'ultimo, in particolare, trattando dell'organizzazione del suffragio universale, non esita a parlare di « crise de l'Etat moderne ». Alla base di tale crisi vi è la polverizzazione sociale, l'atomizzazione del *citoyen*, conseguenza della modalità meramente meccanica di manifestazione della sovranità in una società privata dei corpi intermedi. La sovranità, intesa in senso moderno, si manifesta attraverso il suffragio e si realizza dividendosi. L'*émiettement* è una condizione indispensabile di attuazione della sovranità: infatti, dal momento che la volontà generale si esprime attraverso il diritto di voto, il quale appartiene per definizione a ciascun citta-

---

proposta di Duguit per un Senato che rappresenti i gruppi organici sociali (cfr. *L'élection des sénateurs*, in *Revue politique et parlementaire*, V, août et septembre 1895); la proposta di una terza camera da parte di R. De La Grasserie, *De la transformation du suffrage universel amorphe en suffrage universel organique*, Paris, 1896.

(39) Si veda, ad esempio, per l'Italia, il saggio di V. E. Orlando, *La riforma elettorale*, Milano, 1883. Cfr. M. Fioravanti, *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando (1881-1897)*, in M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico*, cit., p. 67-180, cit., p. 83 e ss. Sul pensiero di Orlando e per uno sguardo d'insieme sulla giuspubblicistica italiana tra Ottocento e Novecento, si veda G. Cianferotti, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980.

(40) Pubblicato nel 1891 a cura della *Association réformiste belge pour la représentation proportionnelle*.

(41) Cfr. *La représentation proportionnelle. Etudes de législation et de statistique comparées publiées sous les auspices de la Société pour l'étude de la représentation proportionnelle*, Paris, 1889.

(42) Cfr. E. Naville, *La réforme électorale en France*, Paris, 1871; *La question électorale en Europe et en Amérique*, Genève, 1871; *La démocratie représentative*, Paris, 1881; C. Benoist, *De l'organisation du suffrage universel: la crise de l'Etat moderne*, Paris, 1895.

dino, il « morcellement de la souveraineté nationale », frammentata in « millions d'atomes de souveraineté », è la conseguenza inevitabile della sua manifestazione: « il faut en arriver, dans la pratique, à briser, broyer et éparpiller cette souveraineté. C'est-à-dire qu' entre le bloc et le corpuscule, entre la nation, théoriquement souveraine, et chaque citoyen, souverain, dans la pratique, de la seule souveraineté du bulletin de vote, rien ne s'interpose et ne peut s'interposer; qu' il faut que la souveraineté nationale, lorsqu' elle cesse d'être une abstraction, aboutisse, dans les faits, au suffrage universel et au suffrage inorganique: une entité, dix millions de cellules séparées, point d'organes intermédiaires; et qu' il faut que du suffrage inorganique, la nation, en un temps donné, sorte désorganisée, avec l'Idée pure à un bout, l'Individu à l'autre bout, et dans l'entre-deux, le vide » (43).

La crisi dello Stato ha origine nel principio della sovranità nazionale molecolare espressa attraverso il suffragio universale inorganico il cui esito estremo è l'anarchia. Benoist dà voce ai timori diffusi tra gli intellettuali dell'epoca utilizzando le metafore del vento, della sabbia, della polvere, dell'atomo solitario, per descrivere il paradosso di un sistema che pretende di svilupparsi in assenza di fondamenta, costruendosi « sans aucun appareil ». Costruire lo Stato sul suffraggio universale inorganico è un sogno folle e assurdo, significa fondare la sovranità nazionale sulle sabbie mobili; sarebbe come se gli architetti di Mont Saint Michel, nei secoli passati, avessero deciso di gettare le fondamenta della loro maestosa abbazia non sulla dura roccia ma sulla spiaggia infida, dove il pellegrino incauto affonda (44).

---

(43) Cfr. C. BENOIST, *De l'organisation du suffrage universel*, cit., p. 21 e s.

(44) « C'est tenir la même gageure, que de prétendre bâtir l'Etat sur le suffrage universel inorganique, qui est la souveraineté nationale réduite en un sable mouvant. C'est oublier que seul le vent qui souffle fait quelque chose avec le sable, l'enlève par paquets, l'emporte, le roule en des furieux tourbillons, le laisse tomber au hasard effréné de son caprice; et voilà une dune, mais revenez demain: le vent contraire aura soufflé; où l'un avait amoncelé, entassé, l'autre a creusé: où était une dune est maintenant une fosse. Et de la fosse à la dune et de la dune à la fosse, chaque jour, s'il n'y avait au monde que le sable et le vent, changerait la face de la terre. Il n'en va pas autrement de l'Etat, si l'on n'y reconnaît que cet élément, l'individu, et que cette force, le suffrage universel inorganique. Alors, un grand courant, un grand vent de l'opinion pourra enlever les

La via di uscita dalla crisi, pertanto, è una sola: « organiser le suffrage universel selon la vie et sur la vie, pour vivre, ou mourir du suffrage universel inorganique » (45): unire gli « atomes de souveraineté » in un tessuto coeso, realmente espressivo delle realtà sociali nelle quali si svolge e si sviluppa la vita e la personalità di ciascun cittadino sovrano (46). Ciò consente di fondare le istituzioni su un tessuto organico di relazioni individuando nel suffragio, inteso come luogo di manifestazione di una *souveraineté* concretamente intesa, il congegno « qui groupe et qui cimente la masse colossale et de plus en plus pesante de l'Etat moderne » (47).

Muovendosi in un orizzonte non dissimile, Saleilles elabora una riflessione il cui scopo è verificare la compatibilità della rappresentanza proporzionale con la concezione francese della sovranità e, prima ancora, risolvere il dilemma, tipico della vicenda politico-giuridica d'oltralpe, della apparente inconciliabilità tra regime democratico e governo rappresentativo (48).

Il fatto di collegare la riforma del sistema politico francese alla

---

électeurs, les emporter, les rouler en ses tourbillons, les laisser retomber au même hasard aussi aveugle d'un même caprice aussi insensé, et, les entassant, les amoncelant, sembler avoir fait quelque chose; mais ce ne sera jamais qu'une dune, dans laquelle, le lendemain, le vent contraire creusera, et ce ne sera qu' une fosse. Ni le vent ni le suffrage n'auront rien construit », cfr. C. BENOIST, *op. cit.*, p. 23 e ss.

(45) *Ibidem*, p. 65.

(46) « La solution de ce problème? Une seule. Le remède à ce mal? Un seul: organiser le suffrage universel; substituer au suffrage universel inorganique le suffrage universel organisé. Non point supprimer le suffrage universel, n'y point toucher, n'enlever à qui que ce soit plus d'un vote; n'ôter à personne sa place, ne donner à personne plus de place, assurer à chacun et à tout le monde une place. Non point détruire l'Etat moderne ni le refaire sur d'autres bases, l'achever. Issu d'une convulsion, d'une Révolution, en un jour ou en une nuit, sans cesse secoué, ébranlé depuis lors, il a gardé quelque chose d'improvisé, de campé là, de pas fini; de toutes parts il est entouré d'échafaudages et de pierres d'attente; ne pas démolir ce qui est fait, construire dessus. Ne rejeter comme de mauvaise qualité quoi que ce soit des matériaux, tout utiliser, mais tout appreiller et tout joindre », *ibidem*, p. 57 e s.

(47) *Ibidem*, p. 27.

(48) Si tratta del profilo più drammatico, dal punto di vista politico-giuridico, di tutta la vicenda rivoluzionaria. Si è parlato a tal proposito di « *antitesi irrisolta* tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa, tra sovranità del potere costituente e sovranità dei poteri costituiti », cfr. M FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., p. 65.

introduzione di una forma organica di suffragio ha due immediate conseguenze: lo induce, da un lato, a evidenziare l'incompatibilità del parlamentarismo con la nozione di « souveraineté numérique » (49) alla base del modello politico rivoluzionario; lo spinge, dall'altro, ad affermare, senza esitazione, che l'intera teoria del governo rappresentativo si fonda su un « mensonge »: l'idea che la sovranità nazionale sia il risultato della somma delle sovranità individuali, manifestate attraverso il voto da soggetti "scarnificati", in modo che ciascuno, votando, è « censé ne représenter que l'intérêt général…non ses intérêts à lui, mais comme la personnalité et comme la conscience de la nation » (50).

Si tratta di una concezione errata, fondata su una utopia nefasta, elevata a dogma dagli uomini della Costituente « qui ne vivaient que d'abstractions », e alla cui base vi è la mistica rousseauviana della volontà generale. Non sorprende pertanto che la precondizione per il consolidamento del regime parlamentare sia il superamento della sovranità intesa *à la* Rousseau, che conferma la sua vocazione a porsi come bersaglio privilegiato dei tentativi di stabilizzazione in chiave liberale del sistema:

> si l'on se heurte…à un esprit public qui ne comprenne la souveraineté qu' à la façon de Rousseau, en tant que souveraineté de l'individu, souveraineté individuelle à laquelle tout doive revenir et tout doive se soumettre, vous pouvez être sûrs que, dans un milieu de ce genre, le Régime parlementaire ne sera pas viable, qu' il sera condamné d'avance (51).

Concepire gli individui alla stregua di monadi perfettamente libere e indipendenti conduce infatti alla esaltazione della legge e della maggioranza, come unico criterio valido per la limitazione della sovranità, premessa dell'assoggettamento di tutti i poteri al corpo

---

(49) « Ce n'est pas seulement *a priori* que l'on déclare le parlamentarisme incompatible avec la conception de l'égalité des droits politiques et avec la conception de la souveraineté numérique; c'est l'expérience même, et ce sont les rapports que vous avez entre les mains, qui vous montrent, partout où se fait sentir la poussée démocratique, des déviations et des altérations correspondantes du régime parlementaire », *Rapport d'ensemble résumant les rapports divers présentés au Congrès international de droit comparé de 1900 sur la question du parlementarisme*, cit., p. 81.

(50) *La représentation proportionnelle*, cit., p. 399.

(51) *Rapport d'ensemble*, cit., p. 78.

elettorale e poi alla assemblea rappresentativa (52). Il monismo che ne deriva provoca l'inceppamento del meccanismo costituzionale e la crisi irreversibile del parlamentarismo, il cui fondamento risiede nell'equilibrio e nella collaborazione tra i poteri.

Il superamento della crisi presuppone l'abbandono dei « débris » lasciati in eredità dalla teoria contrattuale. Ciò significa reinterpretare la nozione di sovranità collocandone il fondamento non già nel popolo inteso come una somma di individualità indipendenti ma nella « nation », entità complessa, realtà vivente e storicamente determinata, dotata di una specifica « personnalité historique » (53).

Il rischio della atomizzazione, messo in luce da Esmein, è scongiurato, grazie a una visione organica della realtà sociale, la cui più compiuta elaborazione si avrà nelle magistrali lezioni sulla personalità giuridica, ma che trova qui, nel contesto sensibile del dibattito giuspubblicistico, i suoi primi significativi schizzi. Saleilles fonda infatti la rappresentanza proporzionale sul concetto di *Nation* intesa come realtà vivente, colta nella sua dimensione intrinsecamente storica. Il riferimento alla *Nation* come dimensione in primo luogo spirituale conferisce una tonalità inconfondibile al suo argomentare. La premessa anti-individualistica sfocia nel riconoscimento della nazione come entità organica, storicamente determinata, titolare esclusiva della sovranità (54):

---

(52) È evidente qui l'eredità dei liberali della prima metà dell'Ottocento e, prima ancora, di Maistre e Bonald. Guizot aveva già denunciato l'anarchia prodotta dalla teoria politica di Rousseau con una formula sintetica quanto efficace: « en droit il y a un souverain qui, non seulement ne gouverne pas, mais obéit, et un gouvernement qui commande, mais n'est point souverain », cfr. L. JAUME, *Guizot et la philosophie de la représentation*, in *Droits*, n. 15, 1992, p. 141 e ss., cit., p. 148.

(53) *La représentation proportionnelle*, cit., p. 388.

(54) Analogamente a quanto farà Carré de Malberg, anche Saleilles reinterpreta la Rivoluzione alla luce del principio della sovranità nazionale allo scopo di scongiurare il rischio dell'atomismo rivoluzionario. Proprio per questo, il tratto saliente della Rivoluzione non consiste nell'aver sancito un trasferimento di sovranità in senso soggettivo, ma nell'aver reso possibile l'emersione di una nozione moderna di sovranità, intesa non più come il potere di un soggetto di decidere, in senso costitutivo, sui caratteri delle istituzioni politiche, ma come il « potere della nazione, e delle sue istituzioni politiche, di escludere ogni tipo di dipendenza dall'esterno, che pretenda di indirizzarla prescrit-

la souveraineté est une et elle est vivante, ce n'est pas une pluralité d'individualités abstraites, ce n'est pas une somme numérique, chose purement intellectuelle et vide de réalité. La souveraineté est une unité collective; c'est la nation dans son expression politique. Et c'est précisément parce que la souveraineté n'appartient qu' à cet être complexe et indéfinissable qui est la nation qu' il est vrai de dire que cette souveraineté est indivisible et inaliénable: elle ne s'incarne jamais dans aucun organe qui l'épuise et la renferme dans sa totalité et son unité; il n'est pas de Parlement ni même de Pouvoir constituant qui incarne jamais la souveraineté; parce qu' il n'est aucun corps politique qui incarne à lui seule toute la nation. Ce qui est souverain ce n'est pas le peuple entendu d'une somme d'individualités, c'est la nation entendue dans sa réalité vivante et dans sa réalité historique (55).

Una simile concezione ci permette di cogliere la distanza che separa Saleilles dalla ortodossia rivoluzionaria. La Rivoluzione vuole rigenerare il corpo politico e sociale della nazione. Rigenerare significa creare un uomo nuovo, rinnovato spiritualmente. Non è un caso che il tema teologico della rinnovazione attraverso il battesimo assuma un ruolo centrale nella propaganda rivoluzionaria del clero costituzionale. L'uomo rinnovato è nudo. La Rivoluzione afferma l'idea di una trasformazione volontaria dell'uomo, liberato dalle impurità della storia, colto in una dimensione ucronica, senza il soccorso della durata storica (56). L'imperativo di eguaglianza, requisito indispensabile per fare di ciascun individuo un soggetto di diritti e un autentico cittadino impone pertanto di pensare gli uomini in termini rigorosamente astratti. La dimensione giuridica dell'individuo rivoluzionario porta a rifiutare, in quanto insopportabile, ogni tentativo di apprensione sostanziale del sociale.

Saleilles, al contrario, non riesce a concepire l'uomo solo e l'individuo astratto. Gli studi sulla *foule*, da ultimo, gli sembrano confermare la validità delle teorie organicistiche come strumenti di

---

tivamente, a partire dal principio monarchico o da quello democratico-radicale della sovranità popolare », cfr. M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., p. 121.

(55) *La représentation proportionnelle*, cit., p. 387.

(56) Cfr. M. OZOUF, *L'homme régénéré. Essais sur la Révolution française*, Paris, 1989, p. 116 e ss.

interpretazione dei sistemi politici e come fondamento della teoria della sovranità. Gli studi sulla psicologia delle folle dimostrano come dal contatto tra una pluralità di individui derivi una unità reale, i cui effetti si riflettono nelle coscienze particolari dei singoli. Tale collettività assume una identità comune e in essa si dissolvono le individualità. Il risultato di questo processo è la comparsa di una entità super-individuale, frutto della messa in comune, assolutamente spontanea, di sentimenti, concezioni, impulsi. Se ciò è vero per una collettività accidentale, lo è ancor di più per una collettività permanente e storica come una nazione.

Risulta così verificata la bontà del paradigma organicistico come criterio di interpretazione della realtà sociale (57). L'organismo sociale è la risultante forzata del contatto tra esistenze separate, dal quale deriva una vita comune, un pensiero e una coscienza collettivi, una personalità autonoma e assolutamente distinta dalle personalità che la compongono. Tale personalità non è altro che la *Nation*, intesa non come la somma meccanica delle esistenze individuali di cui è la risultante, ma come entità storica « constituée par tout ce que lui ont laissé en traditions, sentiments, idées particulières, façons de voir, de sentir et d'agir, toutes les vies particulières qui ont passé dans la complexité de son existence et dont elle conserve l'impulsion

(57) « Cette collectivité a une pensée commune, une âme commune, et cette pensée va se réfléter même dans les pensées particulières de chacun de ceux qui font partie du groupe…Chaque individualité disparaît et s'absorbe dans un mouvement d'impulsion commune qui se dégage de toutes ces vies particulières, de tout ce qu' il peut y avoir de commun à chacune d'elles, de commun dans les esprits pris individuellement et dans les consciences considérées en elles-mêmes; et précisément ce qu' il y a de commun à tous est ce qui se trouve en eux de moins réfléchi et de plus spontanée, de moins individuel et de plus général, des idées de surface, des sentiments impulsifs, des conceptions prises en bloc, des formules brutales…Si cela est vrai d'une foule qui est une collectivité accidentelle, à plus forte raison cela doit-il l'être d'une collectivité permanente et historique, comme une nation. Ce qui en résulte c'est que la théorie de l'organisme en matière de collectivité est absolument indiscutable: non pas le monstre nouveau que l'on a voulu créer dans l'échelle des êtres; mais une résultante forcée de toutes les vies en contact qui produit une vie commune, une pensée commune, une conscience collective et qui fait de cette collectivité une personnalité absolument vivante et distincte des individualités particulières qui la composent », *La représentation proportionnelle*, cit., p. 387 e s.

et comme l'étincelle de vie qu' elles lui ont léguée en disparaissant » (58).

Da ciò deriva che il fine delle costituzioni deve essere quello di dar vita ad organi capaci esprimere la volontà della nazione:

> toute l'organisation politique doit être appliquée, non pas à computer à proprement parler les volontés particulières, mais à dégager la volonté nationale, celle qui correspond vraiment au tempérament du pays et qui incarne à un moment donné ses besoins réels, ses désirs et ses tendances, dans ce qu' elles ont de plus légitime et de plus élevé (59).

Il problema sarà perciò quello di verificare quale sia il sistema elettorale maggiormente capace di dar vita a organi davvero espressivi e rappresentativi della sovranità nazionale. La scelta a favore del sistema proporzionale si spiega in base alla concezione organica della realtà sociale e al concetto di nazione che ad essa si ricollega: solo un parlamento eletto con un sistema proporzionale incarna la sovranità nazionale nella sua complessità.

L'analisi si fonda su una visione complessa del rapporto rappresentante-rappresentato, non riducibile a un meccanico *tête à tête* tra *Etat* e *citoyen*. In tale prospettiva, la rappresentanza proporzionale è chiamata a svolgere un ruolo strategico, in quanto strumento in grado di assicurare una corretta manifestazione della sovranità, dando conto, al contempo, della composizione organica del tessuto sociale. Essa consente, in particolare, di vivificare il

---

(58) *Ibidem*, p. 387.

(59) Purché si abbia sempre ben chiaro che qualsiasi organo, Parlamento compreso, è un semplice strumento di espressione della sovranità nazionale e non può pretendere, da solo, di incarnarla: « il n'est pas douteux que le peuple entende que, pour chaque loi, on tienne compte de lui et que le Parlement, à chaque moment de son existence, se souvienne qu' il n'est qu' un des organes de la souraineté et non la souveraineté elle-même. La souverainté existe en dehors du Parlement, elle appartient à la nation et la nation, par le suffrage universel, n'entent pas abdiquer…Cette souveraineté n'est incarné dans aucun corps entendu de la somme des individualités qui le constituent, aucun corps politique, cela va de soi, pas même le corps électoral; il n'y a là que des organes par lesquels cherche à se dégager et à s'exprimer cette volonté générale qui est la manifestation de la souveraineté nationale…Tous les corps politiques sont des organes de la souveraineté politique, aucun n'incarne en lui la souveraineté elle-même. C'est la conclusion à laquelle je voulais aboutir », *La représentation proportionnelle*, cit., p. 389.

dibattito politico, scongiurando un intempestivo abbandono della sovranità, garantendo una effettiva corrispondenza tra l'assemblea rappresentativa e la società con le sue contraddizioni e complessità, ed è quindi capace di metabolizzare, attraverso l'organizzazione del suffragio e la conseguente ricaduta a livello parlamentare, la questione sociale e i conflitti di classe di fine secolo.

Si tratta di una posizione non unanimemente condivisa. Adhémar Esmein, nei suoi celebri *Eléments de droit constitutionnel*, assume infatti una posizione assai critica nei confronti della rappresentanza proporzionale, considerandola niente meno che una « illusion et un faux principe » (60). Esaminando le ragioni della "moda proporzionalista", Esmein confuta gli argomenti che hanno contribuito a trasformare il sistema proporzionale in una sorta di dogma politico. In primo luogo, l'idea che una assemblea rappresentativa debba essere l'immagine esatta del corpo elettorale. Tale assunto sarebbe corretto solo nel caso in cui una assemblea rappresentativa avesse soltanto una funzione di rappresentanza, se avesse cioè esclusivamente compiti di carattere consultivo. Una formazione di tale tipo avrebbe in effetti un'unica finalità: far entrare nell'assemblea e quindi introdurre nel dibattito i rappresentanti di tutti gli interessi distinti e di tutti gli orientamenti presenti nel corpo elettorale.

Tuttavia, i moderni parlamenti non sono soltanto luoghi di discussione e di confronto dialettico tra orientamenti politici contrapposti. Le assemblee rappresentative non si limitano a discutere, ma, attraverso l'approvazione delle leggi, assumono delle decisioni e partecipano all'esercizio della sovranità. Per tale ragione, le assemblee rappresentative devono essere costruite sulla base del principio maggioritario, per garantire la potestà decisionale, che appartiene alla maggioranza, e non devono ispirarsi al principio che regola la composizione delle assemblee puramente consultive. Inoltre, nei sistemi costituzionali che accolgono l'istituto del *referendum* abrogativo, l'adozione di un meccanismo di rappresentanza proporzionale non ha ragion d'essere, in quanto la maggioranza degli elettori

(60) Cfr. A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, Paris, 1909, p. 270 e ss., cit., p. 273.

potrà sempre respingere le leggi ritenute non conformi alla sua volontà.

Il secondo argomento utilizzato da Esmein contro l'introduzione della rappresentanza proporzionale si rivela particolarmente incisivo, poiché recupera un tema caldo della riflessione politico-giuridica di quegli anni: il rischio della anomia, della dissoluzione del corpo sociale, ridotto a somma di individualità scollate, entità non rappresentabile e serializzata. In questo senso, il sistema proporzionale, facendo dei cittadini tante monadi titolari di una sovranità elettorale individuale, sembra inserirsi perfettamente nello schema artificiale tracciato dalla filosofia politica rivoluzionaria: esaltare la soggettività giuridica astratta, contro ogni tentativo di apprensione sostanziale del sociale; liberare l'uomo dai condizionamenti della storia e della natura, facendone il protagonista di un contratto volontario, che è garanzia di libertà, contro ogni lettura organicistica della realtà sociale.

Il sistema proporzionale, in questa linea di pensiero, fondando la rappresentanza su una concezione individualista, che fa di essa un attributo della soggettività giuridica di ciascun individuo, accredita l'immagine del popolo come somma di individualità separate, prive di legami organici. Da qui il fantasma della dissoluzione, della *foule* anomica, autentica ossessione di una cultura e di una pratica politico-giuridica costruitasi attorno alla polarizzazione esclusiva Stato-individuo (61).

---

(61) Da qui la nozione di « électorat-fonction » contrapposta alla nozione rousseauviana di « électorat-droit »: « le droit de suffrage politique appartient nécessairement à chaque citoyen: il est attaché à la qualité de membre de la société, à la qualité même d'être humain. C'est par conséquent un droit individuel et propre à celui qui l'exerce… Ce serait la conséquence nécessaire du principe de la souveraineté nationale, surtout quand on le rattache au Contrat Social…Mais cette conception du droit de suffrage politique me paraît fausse dans son principe et condamnée, d'autre part, par les conséquences logiques qu' elle entraîne. Elle part de cette affirmation que la souveraineté nationale est fractionnée entre tous les membres de la société, de telle sorte qu' une même fraction en appartiendrait en propre à chacun d'eux. Dans une nation de 30 millions d'habitants, par exemple, chaque habitant possèderait en propre 1/30 millionème de la souveraineté. Mais cela est faux. Non seulement cela rendrait difficile à expliquer la soumission politique et nécessaire de la minorité à la majorité; mais surtout cela rendrait possible, légitime en droit l'aliénation de la souveraineté nationale, si tous les membres de la société étaient unanimes à le consentir », cfr. A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 187.

È precisamente in relazione a questo profilo che l'*élan* proporzionalista di Saleilles si rivela maggiormente originale e "rivoluzionario". La prima finalità della rappresentanza proporzionale è quella di scongiurare un intempestivo abbandono della sovranità. Il meccanismo che rende possibile tale "dilazione" viene individuato nel funzionamento della regola elettorale.

La corretta articolazione tra la sfera politica e la sfera sociale non può prescindere, infatti, da una corretta articolazione tra i due poli, della funzione di governo e della funzione di rappresentanza, insiti nella regola elettorale. La regola elettorale persegue tre finalità fondamentali: designare; governare; rappresentare.

La prima tesi sulla quale si basa il *plaidoyer* di Saleilles è molto semplice: la rappresentanza proporzionale è il meccanismo elettorale più garantista, nel senso che è il meccanismo che, più di ogni altro, riesce a posticipare il momento dell'abbandono della sovranità degli elettori nelle mani dei rappresentanti.

La nozione di suffragio universale, in effetti, implica di per sé l'idea che ciascuno partecipi nel modo più completo possibile alla decisione politica. Esso non può perciò tradursi in un abbandono immediato della sovranità nell'atto stesso della designazione. È necessario che il momento dell'abbandono della sovranità sia procrastinato il più a lungo possibile senza oltrepassare il limite dell'illusione della democrazia diretta. Qual è il margine che separa l'abbandono, all'inglese, della sovranità, dallo scivolamento nella democrazia diretta (62)?

Ciò spiega perché il pensiero liberal-moderato aveva spesso fatto ricorso alla teoria funzionalista, limitando l'elettorato attivo e ancor più l'elettorato passivo e presentando il diritto di voto, privato di ogni carica di politicità, come un « neutro strumento tecnico per selezionare una classe dirigente di *gens éclairée*, oggettivamente idonea a svolgere le delicate funzioni pubbliche », cfr. L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, I, *Il progetto costituzionale*, Milano, 1984, cit., p. 513.

(62) « Le Régime représentatif, sous sa forme anglaise, est le régime d'une aristocratie temporaire qui dure le temps d'une législature, mais qui, tant qu' elle dure, ne représente qu' elle. Le peuple n'est pas censé voter la loi par ses représentants, et voilà pourquoi il n'a aucun droit absolu à être représenté, ni dans la discussion ni dans le vote de la loi, comme il le serait dans ses comices, si c'était lui-même qui décidât de chaque question particulière. Voilà certes un système qui est clair, qui se tient bien, qui est logique et qui se comprend: il est absolument exclusif de toute idée d'un droit des

La risposta è racchiusa nell'analisi della funzione di governo affidata alla regola elettorale. Nel contesto di tale funzione, occorre distinguere tra la funzione di governo *stricto sensu* e la funzione di "fare la legge". Se governare significa realizzare un programma politico determinato, e quindi obbedire a un partito, fare la legge consiste invece nel risolvere un problema specifico, di carattere giuridico o economico-sociale, significa mettersi al di sopra dei partiti, compiendo un'incessante opera di transazione. L'attività legislativa, a differenza dell'attività di governo, che per il suo svolgimento presuppone l'esistenza di una maggioranza predeterminata, consiste nella ricerca una verità giuridica, economica, etica. Tale ricerca si compie accanto o al di fuori della maggioranza, dal momento che l'attività propedeutica alla sua approvazione non può risolversi nella dialettica binaria tipica del principio maggioritario.

Ne deriva che ogni singola legge è il frutto di una nuova maggioranza, speciale e irripetibile. Data tale distinzione, l'abbandono della sovranità ha luogo in occasione di ogni deliberazione. E ciò non nel senso della sopravvivenza di una qualche forma di mandato imperativo, ma nel senso che è proprio in occasione di ogni singolo voto che il rappresentante fa uso della sua libertà il cui esercizio è continuo e ininterrotto per l'intera durata della legislatura.

L'abbandono della sovranità da parte del corpo elettorale, in tal modo, è ritardato il più possibile e finisce per coincidere con il momento della deliberazione parlamentare. Il suffragio universale, organizzato attraverso un sistema che assicuri la rappresentanza proporzionale dell'elettorato, costituisce per questo la miglior salvaguardia delle prerogative della sovranità nazionale la quale, pur essendo costretta ad "abdicare" cedendo il passo ai rappresentanti, è in grado di ritardare tale atto di abdicazione rendendolo non preventivo e generale ma successivo e particolare (63).

---

minorités. C'est un système que, pour ma part, je n'admets pas et c'est une conception que je crois incompatible avec le système démocratique moderne; c'est un système d'aristocratie parlementaire », *La représentation proportionnelle*, cit., p. 226.

(63) « Donc quel est l'acte qui va réaliser cette abdication? Avec le suffrage restreint, le peuple était traité en mineur; il abdiquait aux mains de ses représentants: il suffisait donc de compter la majorité sur le noms des candidats, c'est à ce moment que

In tale concezione dell'attività legislativa, assume una importanza capitale il fatto che sia rappresentata la diversità delle opinioni, necessaria affinché la decisione politica, intesa come mediazione e ricerca del compromesso, possa avere effettivamente luogo. Lo scopo del dibattito parlamentare è quello di consentire che emerga la volontà particolare del paese in rapporto ad ogni singola legge che viene di volta in volta sottoposta a votazione. La definizione di tale orientamento particolare presuppone che tutti gli elementi utili alla decisione siano messi in evidenza, che tutti gli interessi siano rappresentati, che tutte le opinioni sufficientemente forti da influire sulla formazione della coscienza pubblica possano farsi intendere.

Saleilles, per tale ragione, è convinto che l'unico sistema in grado di assicurare una adeguata corrispondenza tra le assemblee rappresentative e la coscienza pubblica di un paese come la Francia sia il sistema proporzionale:

> c'est donc pour chaque loi en particulier que se fait, par l'intermédiaire des représentants élus par le peuple, une promesse de soumission à la loi de la majorité; donc que se réalise par mandataire cette aliénation de souveraineté dont parlait Rousseau. S'il en est ainsi, c'est au moment où la souveraineté abdique que doit se compter la majorité; mais c'est à ce moment aussi que toutes les opinions doivent être représentées et qu' elles ont le droit d'exercer leur influence, et une influence proportionnelle à leur importance numérique: la discussion de la loi ne peut se faire que dans les conditions où elle se ferait devant le corps électoral; et le vote de la loi doit réunir les mêmes forces en présence, avec la même importance respective (64).

---

la minorité avait le droit d'intervenir. C'était une lutte de partis. Les candidats élus, la lutte est finie; le corps électoral disparaît, il s'est donné un souverain. Il n'y a plus à tenir compte ni de la majorité du pays, ni des minorités; tout se concentre dans le Parlement. Mais avec le suffrage universel, croit-on que le peuple, à qui l'on vient de reconnaître le droit de participation au pouvoir, entende abdiquer au moment où l'on vote? Croit-on que c'est à ce moment que va se faire cette aliénation de souveraineté dont parle Rousseau? Il est un autre moment, en effet, où cette aliénation peut intervenir, jusqu' auquel, en effet, elle peut être reculée; et croyez bien que les électeurs entendent la reculer le plus possible. Il ne s'agit plus cette fois d'un moment unique, et d'une seule élection opérant en une seule fois desaississement total; non plus d'une soumission en bloc et à l'aveugle; mais de soumissions particulières et successives pour chaque loi qui se vote », *ibidem*, p. 230.

(64) *Ibidem*, p. 231.

Ne consegue che la libertà di cui si fa uso di volta in volta, in occasione della approvazione di una legge, ha senso soltanto nella misura in cui l'assemblea deliberante presenti una gamma aperta di sensibilità e sia dotata di una effettiva rappresentatività del corpo elettorale (65). Ma ciò non significa reintrodurre surrettiziamente il principio della democrazia diretta (66).

Non è il popolo a fare direttamente la legge votandola attraverso i suoi rappresentanti; al contrario, essa rimane il prodotto del potere legislativo, il quale agisce in piena sovranità senza alcun riferimento diretto con il corpo elettorale e senza vincoli di mandato. Tuttavia, siccome l'abdicazione della sovranità avviene di volta in volta in occasione dell'approvazione di ciascun provvedimento normativo e in relazione alla maggioranza speciale che ne condivide il principio, è necessario che tale maggioranza parlamentare si formi in condizioni non dissimili da quelle che caratterizzano il formarsi di un orientamento maggioritario all'interno del corpo elettorale in occasione di un quesito referendario, assicurando cioè una « représentation exacte et proportionnelle des partis » (67).

Saleilles precisa che la distinzione tra indirizzo politico, sottomesso al principio maggioritario, e funzione legislativa, sottomessa al principio proporzionale non è incompatibile con la formazione di maggioranze di governo politicamente stabili. Infatti, la maggioranza

---

(65) L'argomentazione di Saleilles, non sempre chiarissima, è tutta centrata sull'analisi del procedimento legislativo inteso come momento di mediazione tra le diverse forze politiche in gioco. In tal senso, egli sembra anticipare la tesi kelseniana sul sistema proporzionale come unico strumento in grado di favorire lo sviluppo e la costituzionalizzazione dei partiti politici e come strumento di affermazione della cultura del compromesso. Cfr. H. KELSEN, *La democrazia*, trad. it., Bologna, 1995, cit., p. 110.

(66) « La théorie que j'expose ne se présente pas du tout comme une application de la démocratie directe; elle admet fort bien que la loi doit être faite par le Parlement et non par le peuple et que les députés en la votant n'ont à prendre avis que d'eux-mêmes, et non de leurs commettants: elle ne réclame absolument pas l'application du mandat impératif. Loin de là, elle le considérerait comme la pire des choses, qui dût avoir pour effet de paralyser l'action même des assemblées législatives en les asservissant; et lorsque les partisans de la représentation proportionnelle invoquent, pour établir la discordance entre la majorité parlementaire et la majorité vraie du pays, certains résultats du *referendum* en Suisse, j'ai bien peur qu' ils ne commettent une confusion », *ibidem*, p. 232.

(67) *Ibidem*, p. 233.

di governo non va in crisi a seguito dell'approvazione di una legge da essa non sostenuta, trattandosi di piani diversi, non omogenei, mentre i classici meccanismi costituzionali del voto di sfiducia e della responsabilità di governo servono anche per risolvere i conflitti generati da posizioni eventualmente contraddittorie.

In ogni caso, ciò che emerge in maniera inequivocabile è la convinzione che il tasso di democrazia sia una funzione del tasso di rappresentatività del parlamento e che solo un'assemblea eletta con un sistema proporzionale sia in grado di approvare leggi davvero espressive della volontà generale. Il sistema maggioritario appare invece del tutto incompatibile con il mantenimento di un regime democratico poiché, tradendo la sovranità degli elettori, dà vita ad una aristocrazia temporanea, totalmente autoreferenziale, « en contradiction avec l'idée de démocratie », espressione di « un régime d'aristocratie temporaire et changeante, au profit tantôt d'une majorité, tantôt d'une autre » (68):

un Parlement élu sous le système proportionnaliste restera une assem-

(68) Senza considerare il fatto che l'incapacità di rappresentare il sociale tipica del sistema maggioritario può avere conseguenze estremamente gravi, e al limite dirompenti, a seguito della introduzione del suffragio universale: « la réalité est que chaque électeur ne voit que ses intérêts de classe et que la protection à accorder au petit groupe social dont il fait partie. Intérêts industriels, intérêts de classes, intérêts collectifs de toutes sortes; tels sont les mobiles de chaque vote. Loin de s'indigner, et loin de vouloir entraver la mise au point de ces intérêts, il faut reconnaître que c'est la nature humaine qui le veut ainsi et que jamais on n'y changera rien…Or, ce qui arrive aujourd'hui avec le système majoritaire…c'est qu' en dépit des classes sociales qui subsistent et qui subsisteront, quoi qu' on fasse, puisqu' elles répondent à des diversités d'intérêts, il n'y a guère qu' une classe qui ait toute l'influence politique; et ce n'est ni la plus élevée ni celle qui l'est le moins. Celle qui est la plus élevée est aussi la moins nombreuse; étant la minorité, elle est exclue en vertue même du principe majoritaire…De sorte que nous avons le suffrage universel; mais avec le suffrage universel il y a deux catégories sociales qui ne peuvent voter que pour des candidats hostiles ou indifférents à leurs intérêts; le suffrage universel aboutit à faire représenter les deux tiers des électeurs par des gens qui ne les représenteront pas: voilà qui est profondément injuste; voilà ce qu' en haut comme en bas on sent confusément, et c'est pourquoi on commence à se défier du suffrage universel lui-même. C'est un instrument qui à l'apparence sert à tout le monde; en fait il en est de lui comme de la liberté économique, c'est une liberté qui ne profite qu' à ceux qui l'accaparent, et forcément il y aura toujours une classe d'accapareurs », *La représentation proportionnelle*, cit., p. 398 e s. e p. 400.

blée majoritaire; tandis que l'inverse est matériellement impossibile. Un Parlement composé de représentations fractionnées des diverses opinions politiques garde sa majorité gouvernementale destinée à se retrouver sur les questions politiques; tandis qu' un Parlement qui n'a qu' une majorité de gouvernement peut bien faire une politique adaptée à son rôle et aux vœux du pays, il ne fera que de mauvaises lois, parce que pour aucune d'elles, il ne sera pas en état d'exprimer la volonté générale de la nation: il risquera de n'être qu' une assemblée autoritaire et tyrannique et le despotisme parlementaire est le pire de tous (69).

Saleilles, inoltre, ribalta uno degli argomenti tradizionali utilizzati dai detrattori del sistema proporzionale: l'idea che esso provochi la frammentazione dell'elettorato e l'assoggettamento dell'eletto ai suoi elettori, col rischio di diluire la sovranità nazionale, rendendo impossibile il momento sintetico della decisione politica, e riproducendo vincoli di mandato, sulla falsariga di ciò che avveniva durante l'Antico Regime.

È vero il contrario: l'eletto con il sistema maggioritario rappresenta non tanto la nazione quanto la circoscrizione che lo ha scelto. Ciò espone al rischio di una reintroduzione surrettizia della pratica del mandato imperativo. Il sistema proporzionale, al contrario, responsabilizza l'elettore e libera l'eletto: il primo non correrà mai il rischio di esercitare una funzione sterile ma, al contrario, in quanto individualità elettorale, avrà sempre la responsabilità di uno o più eletti; il secondo svolgerà la sua funzione con la consapevolezza di agire a nome della Nazione e non della più o meno ristretta cerchia di cittadini che lo hanno eletto.

La responsabilizzazione del corpo elettorale favorita dal sistema rappresentativo presenta infine notevoli potenzialità pedagogiche: forma politicamente la nazione e abitua le masse a "maneggiare" la politica. Accelera insomma l'avvento di un autentico regime democratico, reso ancora più urgente dall'introduzione del suffragio universale.

Si tratta di un punto cruciale della teoria giuridica di Saleilles nel quale l'organicismo che la ispira svela la sua notevole fecondità: l'introduzione della rappresentanza proporzionale permette di sdrammatizzare l'aporia costitutiva del governo rappresentativo,

---

(69) *Ibidem*, p. 392.

riducendo la dissociazione tra il principio politico e il principio sociologico della democrazia, con effetti benefici a livello politico-sociale, in quanto consente di individuare un luogo di sfogo e quindi una possibilità di gestione dei conflitti sociali.

Significativo è, da questo punto di vista, il favore con il quale Saleilles guarda al fenomeno dei partiti politici. Essi incarnano figure intermedie tra l'individualismo moderno e le forme sociali antiche. La nascita dei partiti è la conseguenza di due fattori. Un fattore di ordine tecnico: i partiti corrispondono a una necessità di inquadramento e di organizzazione dell'attività elettorale nell'epoca di una democrazia di massa. Un fattore di ordine sociologico: lo sviluppo dei partiti è indissociabile dall'emergere di un nuovo tipo di pluralismo sociale e dalla rottura del monismo ereditato dalla Rivoluzione. Si coglie in tal modo il legame tra i temi della rappresentanza proporzionale, la nascita dei partiti e il diritto di associazione come condizione di superamento del divario tra dimensione sociale e dimensione politica (70).

Saleilles giudica favorevolmente la nascita dei partiti in senso moderno poiché ritiene che essi contribuiscano a rimediare al *deficit* originario di rappresentazione del sociale di cui soffre la politica. Il loro avvento corrisponde ad una forma inedita di articolazione del pluralismo all'interno delle società democratiche. In questo senso si può dire che la riflessione sulla rappresentanza proporzionale fa emergere una nuova nozione e una nuova immagine del partito. Esso non evoca più l'idea della particolarità, negativa in quanto distruttiva dell'unità sociale, ma appare al contrario come un mezzo adeguato di espressione della totalità. E soprattutto, ciò che più conta, i partiti consentono di dislocare, stemperandolo, il conflitto sociale. In

(70) All'affermazione della centralità del fenomeno associativo segue sempre la constatazione della grave inadeguatezza del diritto francese, come vedremo meglio più avanti, occupandoci della fondazione di diritto privato: « il n'y a qu' un moyen adapté à ce qu' est notre nature sociale et notre nature d'homme, et c'est ce qui a fait la grande force du moyen âge, c'est un libre régime d'association. Plus l'association est vivace, élastique et libre, moins rigide et moins asservissante est cette discipline des cadres sociaux dont on semble avoir peur et que l'on fait tout au monde pour resserrer encore, puisque c'est la diversité des groupements spontanés qui seule pourrait les briser, et que tout notre système politique est orienté en vue de mettre obstacle à cette libre floraison de la vie collective », *ibidem*, p. 402.

primo luogo, perché offrono una visibilità politica a tutte le classi sociali. Poi, perché il partito politico, e in genere il fenomeno associativo, favorendo il confronto e lo scambio di idee, tende a sublimare il conflitto di classe, esaltando il significato spirituale e intellettuale del confronto democratico, contro ogni possibile deriva eversiva (71).

Con ciò, non si ottiene solo il risultato di scongiurare una conclusione traumatica della questione sociale, ma si evita anche, grazie alla funzione di promozione "spirituale" tipica dell'associazionismo (72), che la piena affermazione del regime democratico e del principio della « représentation numérique » produca il risultato temuto dai fautori del regime capacitario oltre che dagli scrittori reazionari di fine Ottocento: l'inveramento della democrazia come luogo per eccellenza della mediocrità (73).

La rappresentanza proporzionale, inserita in un sistema che riconosce e valorizza il fenomeno associativo e vivificata dalla presenza di uno sviluppato sistema partitico, diventa perciò uno stru-

---

(71) *La représentation proportionnelle*, cit., p. 401 e s.

(72) « Forcément sous le couvert de certains partis ce seront des intérêts de classes qui se font jour; et forcément aussi, si avec la représentation proportionnelle chaque parti a droit à un nombre déterminé de candidats, les intérêtes de classes auront par le fait même leur représentation politique. Mais précisément, parce qu' il s'agit de partis et non pas de classes proprement dites, non pas d'ordres, ni de collectivités permanentes, il arrivera forcément, et avec le progrès de la civilisation, que les intérêts de classes passeront encore au second rang; ce qu' il y a chez l'homme civilisé des préoccupations supérieures encore à celles qui ne touchent qu' à l'amélioration de la vie matérielle; il y a celles relatives au progrès de la vie idéale », *ibidem*, p. 402.

(73) Si tratta di un pericolo che Saleilles intuisce distintamente, salvo esorcizzarlo con argomenti forse eccessivamente ottimistici: « l'extension des idées va faire échec même dans le domaine de la politique à l'extension des intérêts: mais encore faut-il qu' il puisse se créer des groupements politiques susceptibles de donner satisfaction à ces courants d'idées, et surtout faut-il que ces groupements politiques ne soient pas des fantômes de partis, mais qu' ils aient la certitude d'avoir une influence et d'exercer une action. Le droit à une représentation numérique devient la conquête légitime de tout élément de la vie sociale qui a pris assez de corps pour fonder un parti politique ayant l'importance fixée par le quotient électoral. Et c'est ainsi que la représentation proportionnelle, tout en donnant aux intérêts de classes une influence qu' ils n'ont pas dans le système majoritaire, apporterait en même temps, par la consécration politique donnée aux intérêts intellectuels, moraux et religieux, le contre-poids nécessaire pour que le courant des besoins matériels ne l'emporte pas sur tout le reste », *ibidem*, p. 403.

mento di equilibrio e un mezzo di rappresentazione politica della società, destinata a operare come camera di compensazione nei confronti di un contesto sociale esplosivo:

> la libre association brisera les cadres répondant aux groupements purement sociaux: la vie politique englobera tous ces courants divers et la représentation proportionnelle en groupera la synthèse définitive, pour en faire sortir, comme résultante, la ligne d'orientation directrice correspondant au progrès de la vie nationale (74).

L'*élan* proporzionalista è, in ultima analisi, il sintomo di un nuovo modo di concepire la rappresentanza politica. Essa non è più intesa, hobbesianamente, in senso costruttivo, nel senso cioè che la società acquista forma soltanto per il suo tramite; ma, semmai, in senso descrittivo, nella misura in cui il compito della rappresentanza non è più quello di plasmare la collettività, ma di riflettere una società conosciuta nella sua struttura. Anche in ciò si riflette l'umiltà e il mutamento di prospettiva del giurista-sociologo. E, insieme, il compito immane che lo attende.

3. *La libertà di associazione come fondamento della democrazia sociale.*

La Rivoluzione si abbatte come un rullo compressore sugli odiati *corps intermédiaires*, sinonimo di privilegio e di conservazione, e fonda la *citoyenneté* su un *tête à tête* puro e immediato tra Stato e individuo. La *régénération* rivoluzionaria delinea un modello astratto di cittadinanza animato dall'ideale della razionalizzazione politica e dà vita a una cultura politica della generalità caratterizzata dalla concezione unitaria della nazione, da una forte polarizzazione pubblico-privato, dal ruolo preminente della legge, considerata meno come strumento di costruzione dello Stato di diritto che come fattore di razionalità (75).

Il risultato più significativo, provocato dalla negazione delle

---

(74) *Ibidem*, p. 403.

(75) Cfr. P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen*, Paris, 1992, cit., p. 88 e ss.; P. ROSANVALLON, *Le modèle politique français*, cit., p. 179 e ss.; M. OZOUF, *L'homme régénéré*, cit., p. 120 e ss.

specificità e delle differenze che strutturano la società, è la coincidenza del politico e del sociale e la riconduzione del legame sociale al legame di appartenenza politica, al binomio *individu-citoyen* (76). L'abolizione dei corpi intermedi provoca l'assorbimento della sfera sociale all'interno della sfera politica, e, conseguentemente, l'atomizzazione e la politicizzazione della società civile, la quale cessa di essere una forma autonoma di strutturazione della convivenza e viene ridotta alla stregua di una sommatoria di individui autonomi, pensati come particelle della sovranità.

Il carattere totalizzante (77) della ideologia politica rivoluzionaria viene lucidamente messo a fuoco da Taine, nella sua opera maggiore, dove non si esita a denunciare le conseguenze perverse dei « dogmes anarchiques et despotiques du Contrat social ». I documenti costituzionali prodotti dalla vicenda rivoluzionaria hanno un vizio di origine, quello di non essere patti storici, come il *Bill of Rights*, conclusi tra uomini reali e viventi, al fine di garantire, riconoscere, precisare e completare un catalogo preesistente di diritti. Il contratto sociale, con le sue promesse di rigenerazione, ha la pretesa di porsi come fonte esclusiva dei diritti e ha per ciò stesso l'effetto di abrogare i patti e le istituzioni anteriori, in quanto, per poter operare, necessita di uno spazio vuoto e di individui perfettamente uguali, al di fuori del tempo e della storia (78).

---

(76) La premessa di tale processo viene posta con la promulgazione della legge 14-27 giugno 1791, secondo la quale: « l'anéantissement de toutes les espèces de corporations des citoyens du même état et profession étant une des bases de la Constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit ». Ne derivava la « défense à cesdits citoyens d'un même état ou profession, aux entrepreneurs, à ceux qui ont boutique ouverte, aux ouvriers et compagnons d'un art quelconque, lorsqu'ils se trouveront ensemble, de nommer ni président, ni secrétaire, ni syndics, de tenir des registres, de prendre des arrêtés ou déliberations, de former des règlements sur leurs prétendus intérêts communs ».

(77) La presenza, nell'ambito della filosofia politica settecentesca, accanto a una corrente democratico-liberale, di una tendenza verso un modello di democrazia totalitaria, è stata postulata da J. L. TALMON, *Le origini della democrazia totalitaria*, trad. it., Bologna, 1967, p. 8 e ss. e p. 69 e ss. Il problema della democrazia totalitaria, nella prospettiva dell'autore, nasce dalla incompatibilità tra la libertà e la tensione verso un unico modello di esistenza sociale, ovvero l'idea che la libertà si possa realizzare solo attraverso la ricerca e il conseguimento di un fine assoluto e collettivo.

(78) Tale esito è ripetutamente analizzato da P. ROSANVALLON: « la sphère politique,

L'effetto caratteristico di questa dottrina, « chef d'œuvre de la raison spéculative et de la déraison pratique » (79), è la dissoluzione della sfera sociale, la dispersione molecolare della società, negata nella sua storicità e nella sua essenziale natura associativo/comunitaria. La spersonalizzazione del *citoyen*, ridotto a mera unità politica totalmente astratta, ha l'effetto di abbandonare l'individuo alla sua solitudine esponendolo al rischio di una nuova e più grave forma di tirannia: « l'opération faite, tout lien ou attache entre les hommes se trouve coupé; toute subordination ou hiérarchie a disparu. Il n'y a plus de cadres et il n'y a plus de chefs. Il ne reste que des individus, vingt-six millions d'atomes égaux et disjoints. Jamais matière plus désagrégée et plus incapable de résistance ne fut offerte aux mains qui voudront la pétrir; il leur suffira pour réussir d'être dures et violentes » (80). Si capisce perciò come la ricomposizione della società, nell'ottica della riscoperta e della valorizzazione del pluralismo e della costruzione di una « armature intérieure de l'Etat » (81), rappresenti fin da subito uno dei principali obiettivi della Terza Repubblica (82).

---

dans ces conditions, n'est pas dérivée ou séparée du social, organisant une modalité spécifique de l'être-ensemble: elle résume l'ordre social et l'absorbe tout entier. Pour une raison presque mécanique, d'abord: la suppression des corps intermédiaires conduit à une extension de l'espace public, qui devient le lieu central de l'interaction sociale. La dynamique des événements se conjugue ici avec la logique institutionnelle. Plus profondément, le politique et le social coïncident dès lors que les spécificités, les différences, les singularités qui structurent la société sont niées. Le lien civique finit en ce sens par figurer, en son abstraction, l'archétype du lien social », *Le sacre du citoyen*, cit., p. 89.

(79) Cfr. H. TAINE, *Les origines de la France contemporaine — La Révolution*, II, *L'anarchie*, cit., p. 279.

(80) *Ibidem*, p. 278.

(81) L'espressione è di Léon Bourgeois: cfr. P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen*, cit., p. 468 e ss.

(82) Il nesso che lega diritto di associazione, solidarismo e democrazia sociale è colto lucidamente da Paolo Grossi: « dalla data del 1791, quando la legge Le Chapelier aveva fatto *tabula rasa* di ogni formazione sociale, si poteva parlare soltanto di individuii solitari, una solitudine che premiava l'abbiente e rendeva ancora più nudo il nullatenente. Era il trionfo dell'io individuale e la cancellazione dell'io collettivo, mentre la dimensione collettiva (immersione del singolo in strutture collettive) avrebbe costituito l'unico salvataggio per l'uomo del quarto "stato", l'unica sua possibilità di abbandonare una uguaglianza astratta che non gli giovava, di contare, di supplire alle deficienze della sua inesistente individualità per il tramite della immersione nella concreta nicchia

Alla sua definizione concorrono elementi di carattere ideologico ed esigenze difensive come pure motivi culturali caratteristici dell'epoca. Da una parte, infatti, la difesa contro lo spettro del socialismo presuppone il recupero in termini nuovi del problema dell'associazione e dei corpi intermedi. Dall'altra, il diffondersi del paradigma sociologico interpella il monismo rivoluzionario non più attraverso argomenti di natura morale ma attraverso un esame positivo della struttura effettiva della società ([83]), a seguito del quale i presupposti atomistici alla base della visione individual-statualista tipica del giacobinismo appaiono radicalmente contraddetti.

L'esigenza di terminare la rivoluzione, che nella prima metà del secolo aveva dato vita a una riflessione centrata sulla possibilità di una ricomposizione liberale del giacobinismo, sfocia nell'ultimo ventennio dell'Ottocento in una forma di « jacobinisme amendé », fondata sull'idea di un *Etat-réseau*, di un modello politico capace di superare il monismo delle origini attraverso il recupero della dinamica associativa e del valore costituzionale dei corpi intermedi.

Il processo di riconciliazione con il fenomeno associativo, per tali ragioni, assume nel contesto francese un carattere proprio e una

---

protettiva di un tessuto più ampio », cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 193. Si vedrà come la verità di tale asserzione si fa evidente in occasione della nascita e dello sviluppo del movimento sindacale.

([83]) Cfr. C. DIDRY, *De l'Etat aux groupes professionnels. Les itinéraires croisés de L. Duguit et de E. Durkheim au tournant du siècle (1880-1900)*, in *Genèses. Sciences Sociales et Histoire*, 1990, II, pp. 5-27; C. DIDRY, *La réforme des groupements professionnels comme expression de la conception durkheimienne de l'Etat*, in *Revue française de sociologie*, 2000, pp. 513-538. Il neocorporativismo costituisce un ingrediente importante della riflessione politico-giuridica della Terza Repubblica e trova alimento sia nel sociologismo che nella corrente cattolico-sociale. Sarà infatti Jules Lemire — insieme a La Tour du Pin — a presentare un progetto di legge volto a introdurre una sorta di Senato delle professioni, modificando la camera alta in modo da fare di essa un organo capace di assicurare una adeguata « représentation professionnelle ». Cfr. J.-M. MAYEUR, *L'abbé Lemire*, cit., p. 186 e ss.

Il corporativismo rappresenta, com'è noto, un tema caldo della dottrina giuridica europea tra Otto e Novecento. Particolare attenzione a tale argomento sarà dedicata dalla dottrina italiana durante il Ventennio. Su questo, si veda il lavoro di I. STOLZI, *L'ordine corporativo — Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, 2007.

particolare complessità (84). La consacrazione del diritto di associazione, che aggiunge alle grandi libertà contenute nella *Déclaration*, il riconoscimento ufficiale della libertà associativa e quindi del valore dei corpi intermedi, ha luogo nel 1901, all'inizio del nuovo secolo, ma è preceduta da una lenta preparazione, segnata dall'adozione di tre provvedimenti legislativi particolarmente rilevanti: la legge del 12 luglio 1875 sulla libertà dell'insegnamento superiore; la legge del 21 marzo 1884 sui sindacati professionali; la legge del I aprile 1898 sulle società di mutuo soccorso.

La riesumazione del diritto di associazione è frutto anche del contributo significativo apportato al dibattito politico dell'epoca dalla grande corrente del cattolicesimo sociale, che fa del tema uno dei propri cavalli di battaglia, al punto che esso figura espressamente nel programma politico del movimento *démocrate-chrétien* come presupposto del più generale progetto di decentralizzazione.

L'abbé Lemire, uno dei più attivi rappresentanti di tale *milieu*, considera la libertà di associazione il presupposto di una autentica democrazia politica e il fondamento della democrazia sociale: vera e propria panacea politico-giuridica, essa consente di porre rimedio ai mali della centralizzazione, mettendo fine alla « prétention césarienne » dello Stato, mentre, favorendo lo sviluppo delle associazioni professionali e dei sindacati, fornisce le premesse necessarie per il superamento dei conflitti tra capitale e lavoro (85).

L'instancabile sindaco di Hazebrouck, forte di questa convinzione, presenta ben due progetti di legge in materia di diritto di associazione: il primo, redatto con la consulenza del marchese de Vareilles-Sommières, viene depositato il 24 aprile 1894; il secondo, il 25 novembre del 1898, a pochi mesi di distanza dalla presentazione di un analogo progetto da parte di Cunéo d'Ornano (86).

---

(84) Sul tema si veda da ultimo il lavoro di J.-F. MERLET, *Une grande loi de la Troisième République*, Paris, 2001, in particolare, p. 9 e ss. e p. 114 e ss.

(85) Cfr. J.-M. MAYEUR, *L'abbé Lemire*, cit., p. 192 e s.; J. DORIGNY, *L'abbé Lemire. Son oeuvre parlementaire*, cit., p. 149 e ss.; J. HOURS, *Les origines d'une tradition politique — La formation en France de la doctrine de la démocratie chrétienne et des pouvoirs intermédiaires*, in *Libéralisme, traditionalisme, décentralisation*, Paris, 1952, pp. 79-123, in particolare p. 109 e ss.

(86) Le argomentazioni a favore della libertà di associazione seguono tutte, più o meno, il medesimo canovaccio. Ogni nazione — si osserva — costituisce di per sé una

La centralità del fenomeno associativo viene sostenuta fondendo argomenti tipicamente tocquevilliani con il recupero dell'argomento giusnaturalistico, utilizzato, come già abbiamo visto nel caso di Saleilles, a sostegno della tesi della originaria socialità dell'uomo, contro la visione rigorosamente individualistica tipica del contrattualismo rousseaviano, il cui esito è una continua oscillazione tra i due estremi della « ingérence de l'Etat » e della « impuissance de l'individu ». Si tratta di una esplicita richiesta del riconoscimento del carattere costituzionale della libertà di associazione e del suo ruolo strategico nella transizione verso la democrazia sociale con la quale si completa il percorso rivoluzionario.

L'importanza politica del fenomeno associativo è ribadita in occasione del *Congrès sur le droit d'association*, che ha luogo a Parigi dal 25 al 27 maggio 1899. Lamy — che ne è l'ispiratore — osserva come nella Francia di fine Ottocento, il fondamento normativo del diritto di associazione sia l'articolo 291 del Codice penale. Questo

---

forma di associazione. Il diritto individuale però non si esaurisce nella costituzione dello Stato. Al di là dell'associazione generale denominata nazione, ogni persona conserva il diritto naturale di costituire altre unioni, le quali devono avere la possibilità di costituirsi liberamente, a condizione che non mettano in pericolo l'organizzazione stuatuale. Si sottolinea infine l'importanza del consolidarsi della libertà di associazione specie in relazione a quei paesi nei quali la democrazia è ancora in fase di sviluppo. In mancanza di tale libertà, infatti, i diritti e le libertà vengono percepiti come concessioni statuali e la democrazia liberale, ancora incompleta, rischia di degenerare in socialismo di Stato. Si vedano gli interventi di Lemire in *Documents parlementaires*, 1894, II, pp. 361-362, annexe n. 569, relativamente alla seduta del 24 aprile 1894; *La Démocratie chrétienne*, luglio 1894, pp. 258-262; *Le Monde*, 3 febbraio 1895. Lemire, torna a occuparsi del tema in occasione del dibattito parlamentare che porterà all'approvazione della legge del 1901: cfr. *Journal Officiel*, 29 gennaio 1901, pp. 203-208 e 30 gennaio, pp. 213-217. Riflessioni sullo stesso tema compaiono inoltre nei quaderni. Il 13 marzo del 1894 egli osserva: « il faut qu' on s'occupe sans retard de doter le pays d'un droit dont il a besoin de faire l'apprentissage. On dit que nous ne sommes pas capables de nous en servir. Plus on attendra pour nous le donner, moins nous serons capables de le servir. On demandera tout à l'Etat. Et l'on aura rien à répondre aux partisans de l'Etat puisque sans adopter leur théorie on aura suivi leurs pratiques, dans ce qu' elles ont de plus répugnant, ou de moins équitable. Aujourd'hui, contre l'ingérence de l'Etat qui a tous les défauts du fonctionnarisme, uniformité fastidieuse, lourde tyrannie, tracassière ingérence…on n'a de refuge que dans l'individualisme avec la caducité, la faiblesse, l'éphémère durée. Mettez donc entre eux l'association… », cfr. *Extraits des cahiers Lemire (cahier XIV, novembre 1892 - novembre 1894)*, in *Archives Municipales d'Hazebrouck*, Cote 1 S1/14.

stabilisce che « nulle association de plus de vingt personnes, dont le but sera de se réunir tous les jours ou à certains jours marqués pour s'occuper d'objets religieux, littéraires, politiques ou autres, ne pourra se former qu' avec l'agrément du gouvernement, et sous les conditions qu' il plaira à l'autorité publique d'imposer à la société ».

Con questi presupposti, la libertà di associarsi è poco più di una chimera. A ciò si deve aggiungere il fatto che una serie di provvedimenti normativi, adottati nel corso dell'ultimo quarto di secolo hanno abrogato tale divieto nel caso di determinate forme di associazione come le società commerciali, le cooperative, le società di mutuo soccorso, i sindacati; col risultato paradossale che, mentre associarsi per fini egoistici o prevelentemente economici è lecito, rimane illecito associarsi per fini ideali, politici o filantropici.

L'analisi è impietosa: a distanza di un secolo dalla Rivoluzione, il mantenimento di un regime così restrittivo evidenzia l'illogicità fondamentale di una cultura politica che aspira alla libertà e alla costruzione di una moderna democrazia conservando però leggi d'impronta dispotica. Le libertà fondamentali contenute nella *Déclaration*, pur indispensabili, sono "leggere", non bastano a dar forma alla società civile, ingrediente essenziale per il corretto funzionamento di un regime democratico e parlamentare (87).

La libertà di associazione, « force de tous les jours », è un balsamo, è la « revanche des silencieux et des humbles », consente al popolo di uscire dall'anonimato e dalla serialità, dalla condizione di « foule » indistinta, di pulviscolo umano, acquistando consapevo-

---

(87) « Peuple libre, compte tes libertés. Quand tu auras énuméré celles de presse, de réunion, de suffrage, le dénombrement sera fini. Après les avoir comptées, pèse-les, et juge combien elles sont légères. Elles seules veillent sur ta souveraineté, et trop faciles à fausser, à corrompre et à avilir, elles peuvent devenir contre toi des instruments de parti. Par leur nature même elles sont le droit d'une minorité: tu lis, tu écoutes, tu votes: mais combien des tiens parlent, écrivent, sont élus? La plume, la tribune, les scrutins appartiennent en monopole, par le privilège de fortune, de savoir, de talent, à quelques-uns. Ton rôle, tout passif, te fait le spectateur plus que le bénéficiaire de ces libertés. Elles sont inutiles à tes citoyens, dans l'ordinaire, c'est-à-dire dans presque tout le cours de la vie, elles n'établissent pas de liens entre eux. Malgré elles tu restes une foule: une foule appartient non à qui la sert mais à qui l'émeut ». Cfr. P. LAMY, *Le droit d'association. Discours de M. Lamy*, in *Le droit d'association. Etudes, notes et rapports présentés au Congrès tenu à Paris le 25, 26 et 27 mai 1899*, Paris, 1899, pp. 9-13, cit., p. 10.

lezza politica; giova al carattere nazionale, pone un rimedio ai difetti tipici della mentalità francese, quali l'amore per i sistemi e per le chimere, favorendo un approccio realistico e pragmatico; placa gli odi di classe e consente la ricostituzione di un tessuto civile diffuso, basato su un principio di auto-organizzazione, capace di colmare il vuoto pneumatico esistente tra Stato e individuo, tutelando il cittadino contro le pretese totalizzanti dello Stato e quindi contro lo spettro del socialimo, il « terme dernier et logique de l'omnipotence exercée aujourd'hui par l'Etat » (88).

L'associazione viene descritta come una forza produttrice, un « outillage perfectionné qui permet le rendement le meilleur et le plus fécond ». Fonsegrive ne descrive i benefici ricorrendo a una metafora industriale: essa è paragonabile a una macchina, in quanto agisce come moltiplicatore di energie, ma, a differenza di una macchina, che esercita la sua azione per un tempo e in uno spazio limitato, l'associazione estende la sua azione nel tempo e non è soggetta a condizionamenti spaziali. Nella misura in cui assicura un progresso e un miglioramento delle facoltà umane, essa ha perciò diritto all'esistenza, « le droit que possède tout outillage perfectionné » (89).

Il Congresso nasce pertanto con lo scopo dichiarato di promuovere il diritto di associazione, evidenziandone la funzione strategica in quanto strumento di progresso del sistema politico francese: « notre pays ne peut rester dans son infirmité présente de paralytique bavard. S'il importe de délier la langue, il importe encore plus de délier les membres. Et puisque notre parole est libre, employons-la à crier que le but, la dignité, le devoir de la vie est l'action, et que l'action de l'homme ne peut être efficace si elle reste isolée » (90).

Saleilles vi partecipa presentando una relazione sul diritto di

---

(88) *Ibidem*, p. 11.

(89) Cfr. G. Fonsegrive, *Le fondement du droit d'association*, in *Le droit d'association*, cit., pp. 14-34, cit., p. 20 e s. e p. 26. Il direttore della *Quinzaine* si sofferma in particolare sulla ipotesi patologica della manomorta notando come la « puissance oppressive de la richesse immobilière » sia una « légende qui pouvait être vraie, il y a un siècle, mais qui ne l'est plus », *ibidem*, p. 29.

(90) *Ibidem*, p. 11 e s.

associazione nell'ordinamento tedesco (91). Anche in tale ambito l'apporto del diritto comparato si rivela determinante. Lo studio della tradizione giuridica tedesca e dell'*Entwurf* gli consentono di mettere a fuoco alcuni aspetti decisivi della questione.

In primo luogo, la necessità di distinguere tra diritto all'esistenza e disciplina della capacità giuridica. L'*Entwurf* ha infatti il pregio di tenere separate le condizioni di esistenza di una associazione dalle condizioni necessarie per l'ottenimento della capacità giuridica. Tale distinzione è illogica — dal momento che in materia di associazione, il diritto all'esistenza dovrebbe implicare il diritto alla proprietà — ma consente di sottrarre la disciplina della capacità giuridica delle associazioni all'ambito del diritto pubblico riservandola al diritto privato, superando in tal modo il principio secondo il quale l'amministrazione non ha soltanto il potere di regolamentare le questioni relative al diritto di associazione, in quanto espressive della libertà di associarsi, ma può del pari disciplinare la capacità giuridica, e quindi l'esercizio dei diritti di carattere patrimoniale. Il diritto tedesco ha perciò il merito di distinguere nettamente il profilo della liceità delle associazioni, di pertinenza del diritto pubblico, dal profilo patrimoniale, la cui disciplina rientra nella sfera del diritto civile, e consente in tal modo una apprensione privatistica della questione della personalità giuridica.

In secondo luogo, la soluzione adottata dal diritto tedesco ribalta l'impostazione tradizionale, che ricollega la nascita di una associazione ad una concessione di carattere amministrativo. La disciplina dell'*Entwurf* è basata sulla distinzione tra associazioni con fine di lucro e associazioni senza fine di lucro. Alle prime, nel caso in cui non rientrino in una delle fattispecie previste dalle numerose leggi speciali (casse di risparmio, cooperative, società commerciali e di mutuo soccorso, società a responsabilità limitata, assicurazioni) si applica il sistema tradizionale della autorizzazione preventiva. Nel caso delle associazioni senza fine di lucro l'ordinamento tedesco offre invece una soluzione che sembra imporsi a livello europeo come « droit commun », essendo stata recepita nel progetto di legge Schulze Delitzch per la Confederazione della Germania del Nord,

(91) *Les associations dans le nouveau droit allemand*, *ibidem*, pp. 229-246.

prima di essere consacrata dal codice federale svizzero delle obbligazioni. Si tratta del sistema della registrazione o della immatricolazione, in base al quale qualsiasi associazione giudicata lecita sotto il profilo del diritto pubblico acquisisce la personalità tramite la semplice iscrizione in un registro speciale tenuto presso il tribunale territorialmente competente.

La principale novità contenuta nel progetto di codificazione consiste dunque nella sostituzione del principio della concessione con il principio della registrazione e quindi del mero riconoscimento da parte della amministrazione di una entità preesistente, almeno virtualmente, la quale, per poter esercitare efficacemente la propria attività, necessita soltanto dell'adempimento di una formalità di carattere pubblicitario.

Al di là della specifica traduzione a livello normativo, nella quale è evidente, in taluni casi, lo scrupolo di attribuire rilevanza alle pretese dirigistiche dell'amministrazione (92), ciò che appare significativo è soprattutto il ribaltamento della impostazione, a livello di principi generali, il quale « met en jeu des idées relativement neuves,

---

(92) La relazione di Saleilles non è infatti meramente apologetica ma mette lucidamente a fuoco i limiti e le "timidezze" del progetto tedesco. Esso è il frutto di un difficile compromesso tra il parlamento centrale e il governo dei singoli Stati. Il centro cattolico e il partito socialdemocratico avrebbero voluto attenersi al mero principio della registrazione come requisito necessario e sufficiente per l'ottenimento della personalità. I governi locali richiedevano tuttavia altri due requisiti: piena discrezionalità amministrativa nella concessione della personalità ad associazioni di carattere politico o religioso, indipendentemente dalla loro liceità sotto il profilo del diritto pubblico; competenza della giurisdizione amministrativa e non della giurisdizione ordinaria. Il risultato (art. 61 del Progetto) è che la registrazione non è un mero atto formale ma è la conseguenza di un giudizio discrezionale dell'amministrazione, la quale può opporvisi esercitando il proprio diritto di veto entro un termine determinato. Allo stesso tempo, la registrazione garantisce l'acquisto della personalità giuridica, ma, nel caso delle associazioni a carattere politico o religioso, l'amministrazione, pur riconoscendone la liceità, può opporsi alla concessione della capacità giuridica. L'apparente rigidità della soluzione viene attenuata dall'art. 54, che assimila le associazioni sprovviste di personalità alle società civili, in relazione alle quali l'art. 718 prevede la possibilità della separazione dei patrimoni a vantaggio dell'attivo sociale. Si tratta di una disciplina di compromesso, di un « système intermédiaire », destinato a spianare la strada alla logica della mera dichiarazione.

dont la logique forcera tôt ou tard la voie à un progrès plus complet et plus hardi » (93).

Tale avvenimento può considerarsi il prologo della riforma del 1901 la quale tuttavia traccia una regolamentazione non conforme in tutto e per tutto agli auspici formulati dai congressisti e, prima ancora, da Jules Lemire e dagli esponenti del cattolicesimo sociale.

La legge del I luglio 1901 concepisce infatti il fenomeno associativo in termini più circoscritti, riconoscendo la libertà di associazione, che va ad arricchire il catalogo delle libertà rivoluzionarie, ma non la funzione sociale dell'istituto. Il legislatore, in altre parole, considera l'associazione alla stregua di un contratto speciale (94) ma non ne riconosce esplicitamente il carattere istituzionale.

La libertà individuale di associazione trova così da una parte un solido fondamento, venendo equiparata a tutti gli effetti alla libertà contrattuale. Ma ciò non significa consacrare la libertà collettiva di associazione e quindi ammettere che il fenomeno associativo sia un ingrediente indispensabile di un regime democratico maturo: infatti, la personalità giuridica che consente all'associazione di divenire un entità autonoma titolare di prerogative proprie è riservata esclusivamente alle associazioni dichiarate o riconosciute di pubblica utilità.

La legge distingue al riguardo tre categorie di associazioni: le associazioni « non déclarées », le associazioni « déclarées » e le associazioni « reconnues d'utilité publique ». Le prime non sono altro che contratti particolari di indivisione, non hanno cioè personalità giuridica e non dispongono di un patrimonio proprio ma di un patrimonio indiviso appartenente ai sigoli associati (95); le associazioni « déclarées », rese pubbliche attraverso l'adempimento di spe-

---

(93) *Ibidem*, p. 245 e s.

(94) L'art. I della legge recita infatti: « l'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. Elle n'est régie, quant à sa validité et sa formation, que par les principes de droit communs a toutes les obligations ».

(95) Già prima della promulgazione della legge del 1901, Saleilles aveva affrontato il problema della indivisione, difficile da conciliare con le esigenze del traffico tipiche di una contesto economico sempre più sviluppato, proponendo la soluzione della *Gesamte Hand*, cioè di un patrimonio indiviso, appartenente a ciascun associato, ma qualificato da un vincolo di indisponibilità in funzione della finalità sociale cui è preordinato.

cifiche formalità (96), ottengono una « petite personnalité » (97), dispongono cioè di una libertà istituzionale circoscritta (98), potendo porre in essere solo gli atti previsti dall'art. 6.

In particolare, per timore del ripresentarsi del fenomeno della manomorta, è preclusa ad esse la possibilità di acquistare a titolo gratuito (99), riservata alle « associations reconnues d'utilité publique », le quali dispongno di una « grande personnalité », ovvero di una capacità giuridica piena (100). Essa è però subordinata alla adozione di un provvedimento amministrativo preceduto da un parere favorevole del Consiglio di Stato e, di fatto, l'amministrazione dispone in materia di una totale discrezionalità, potendo decidere di riconoscere la piena capacità giuridica solo ad associazioni di una certa importanza (101).

Il passo avanti rispetto al vuoto normativo lasciato in eredità dalla Rivoluzione è innegabile; si tratta però di un riconoscimento timido, dal quale traspare la difficoltà di pensare il fenomeno

---

(96) La procedura per l'ottenimento del regime di « associations déclarées », prevista dall'art. 1 del decreto del 16 agosto 1901, ha un carattere meramente formale. È sufficiente depositare lo statuto, comprensivo delle generalità dei dirigenti, presso la Prefettura nella cui circoscrizione ha sede l'associazione e darne notizia entro trenta giorni tramite pubblicazione di un estratto della dichiarazione sul *Journal Officiel*. L'amministrazione può soltanto, ove lo ritenga opportuno, sollevare eccezioni circa la liceità dell'oggetto sociale e investire della questione la Procura della Repubblica.

(97) Cfr. P. Pic, *Du contrat d'association et du contrat de société*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, V, 1906, p. 479 e ss.

(98) « Toute associations régulièrement déclarée peut, sans aucune autorisation spéciale, ester en justice, acquérir à titre onéreux, posséder et administrer, en dehors des subventions de l'Etat, des départements et des communes: 1) les cotisations de ses membres ou les sommes au moyen desquelles ces cotisations ont été rédimées, ces sommes ne pouvant être supérieures à 500 fr.; 2) le local destiné à l'administration de l'association et à la réunion de ses membres; 3) les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu' elle se propose ».

(99) Tale preclusione sarà superata soltanto con la legge del 23 luglio 1987 la quale riconosce alle *associations déclarées* la possibilità di ricevere donazioni manuali e, a certe condizioni, altre liberalità.

(100) Cfr. J. Carbonnier, *Droit civil*, I, *Les personnes*, Paris, 2000, cit., p. 372 e ss.

(101) La prcoedura è stabilita dagli articoli 8-13 del decreto del 16 agosto del 1901 al quale rinvia l'articolo 11 della legge: « les associations qui voudront obtenir le privilège de la personnalité civile devront être reconnues par décrets rendus en la forme de règlements d'administration publique ».

associativo al di fuori e al di là della tradizionale polarizzazione Stato-individuo e quindi a prescindere dal filtro e dalla tutela della amministrazione. La libertà di associazione va ad aggiungersi al catalogo delle libertà ereditato dalla Rivoluzione, ma è evidente la cautela che accompagna tale integrazione: si tratta di una libertà particolare, *à manier avec prudence*, sottoposta al controllo e alla vigilanza dell'*Etat*, il quale accetta a fatica di veder messo in discussione il suo tradizionale ruolo di produttore esclusivo della socialità.

Non sorprende quindi che il contenuto della legge non susciti gli entusiasmi dei cattolici-sociali, i quali fondano gran parte del proprio programma politico sulla valorizzazione dei corpi intermedi, come strumenti rappresentativi capaci di favorire tra l'altro una maggiore giustizia ed equità sociale. Lemire, in particolare, ribadisce, anche dopo la promulgazione della legge del 1901, l'arretratezza del diritto francese specie in rapporto al diritto dei paesi anglosassoni, notando come « en France il n'y a pas de lit dans lequel une association puisse se coucher si l'Etat l'abandonne ». Il sistema giuridico, anche dopo la riforma, presenta, solo appena attenuati, gli stessi difetti che lo hanno caratterizzato nel corso dell'Ottocento: forza eccessiva del potere statale; assenza di gruppi locali indipendenti; limitata capacità giuridica delle associazioni.

Saleilles fa propria tale posizione e, al pari di Lemire, è affascinato dal modello anglosassone. Il tema che lo impegna più a fondo, nel corso del primo decennio del Novecento, è sicuramente la progettazione a livello giuridico di un nuovo modello istituzionale, nel quale i rapporti centro-periferia vengano disciplinati sempre più in senso orizzontale, nell'ottica di una progressiva decentralizzazione. In questa prospettiva, la riflessione sulla personalità giuridica e sulla fondazione di diritto privato — nella quale confluisce, per le ragioni che vedremo, la polemica scatenata dalla crisi della separazione — assume un ruolo di assoluta centralità.

Il suo giudizio sul presunto « droit commun » delle associazioni, anche dopo la promulgazione della legge del 1901, è particolarmente severo (102). La testimonianza migliore, al di là dei testi ufficiali, la troviamo nella corrispondenza con Louis Birot, ricca di sfoghi e di

(102) Cfr. P. ROLLAND, *Un « cardinal vert »*, cit., p. 279 e s.

spunti polemici. Siamo alla fine del 1906 e la crisi della separazione, agli occhi di un "cardinale verde" si è chiusa nel peggiore dei modi. La Santa Sede e la Conferenza episcopale francese hanno deciso di non accettare la legge del 1905, secondo la quale la disciplina delle associazioni parrocchiali e delle *fabriques* sarebbe stata definita sulla base del « droit commun », facendo cioè riferimento al diritto di associazione introdotto dalla legge del 1901.

Il risultato è che, mancando un regime giuridico definito cui ricondurre l'esercizio del culto e la gestione dei beni ecclesiastici, il cattolicesimo francese precipita nell'anarchia. Il diritto comune, cui si appellano i cattolici intransigenti, è infatti incapace di sostenere un tessuto associativo di proporzioni considerevoli. Saleilles giudica con occhio severo il proprio paese, un paese che ha disperso una gloriosa tradizione giuridica e si è ritrovato, dopo la rivoluzione e la promulgazione dei codici, con un sistema giuridico fortemente deficitario, precipitando « au niveau du Juras »:

> on se plaît toujours au point de vue d'un droit naturel qui laisserait aux individus pleine liberté de s'associer, de posséder une fois associés, et de recevoir gratuitement sans contrôle ni restrictions. C'est peut-être le droit commun des Anglo-Saxons, et dans une certaine mesure, mais encore avec beaucoup de restrictions, celui des Allemands. Ce n'est certainement pas le nôtre. Songez donc qu' avec nos traditions de légistes, héritées de Louis XIV et de Napoléon, nous en sommes encore, au point de vue des libertés publiques, à peu près au niveau du Juras. Et lorsque nos amis au Sénat batallaient en disant que la loi nouvelle n'accordait pas le droit commun, sous prétexte qu' on ne permettrait pas la reconnaissance d'utilité publique, ils savaient très bien qu' ils disaient une sottise; car on ne peut faire un choix parmi les associations paroissiales et accorder aux unes la reconnaissance d'utilité publique et pas aux autres. Il fallait donc leur donner à toutes la pleine personnalité, ce que l'on eût appelé un privilège, ou les réduire à la situation des assocations de droit commun, car c'est bien le droit commun, lorsqu' elles n'ont qu' une capacité tout à fait inférieure, Mais, que voulez-vous? C'est le droit commun en France, le plus insuffisant de tous. Et l'on dit que nous sommes un pays de progrès! Il faut avoir en maître à parti avec l'esprit radical pour avoir pu souder tout ce qu' il y a d'étroitesse et d'inintelligence dans cette mentalité, tout cela joint à une vieille couleur et à une grande sincérité. Pauvre pays! ([103]).

([103]) Lettera del 31 dicembre 1906, in *Fonds d'Archives Lemire-Arbelet*, *Archives Municipales d'Hazebrouck*, cote 1S1/186.

Una puntuale analisi del problema è sviluppata nel rapporto presentato nel 1906 alla Commissione di revisione del Codice (104). Si tratta di un documento di estrema importanza nel quale Saleilles difende a spada tratta la causa della persona giuridica e traccia una analisi impietosa del sistema normativo vigente. Il discorso si sviluppa in due direzioni: in primo luogo, viene valutata l'opportunità di una disciplina codicistica della persona giuridica; risolta positivamente tale questione, ci si preoccupa di individure la collocazione sistematica più adeguata.

Saleilles ricorda come la tradizione francese non abbia mai visto di buon occhio l'inserimento della disciplina della persona giuridica all'interno di un codice di diritto privato. Per lungo tempo si è ritenuto che le questioni relative alla nascita e all'esistenza delle associazioni, ivi compreso il problema della capacità giuridica, appartenessero alla sfera del diritto pubblico. La concessione della personalità giuridica, soprattutto quando ad essa si ricollega una specifica capacità patrimoniale, è un atto politicamente rilevante, tale da coinvolgere l'interesse generale, e deve quindi essere disciplinato dal diritto pubblico.

Si tratta di una concezione profondamente radicata nel pensiero giuridico francese, precedente alla stessa Rivoluzione. Un documento normativo fondamentale, come l'editto di D'Aguesseau del 1749, contiene infatti una disciplina estremamente restrittiva del fenomeno associativo. Esso disciplina tre ipotesi: la creazione di una fondazione tra vivi; la creazione di una fondazione *mortis causa*, distinguendo tra creazione diretta e creazione attraverso liberalità *sub modo*; gli acquisti di beni immobili da parte delle persone giuridiche.

Circa il terzo profilo, che qui interessa, occorre sottolineare come l'Editto miri a impedire l'accrescimento patrimoniale degli enti regolarmente costituiti, sia attraverso atti *mortis causa* che attraverso atti *inter vivos*. L'articolo 14 dispone infatti: « faisons défense à tous les gens de mainmorte d'acquérir, recevoir ni possé-

---

(104) Cfr. *Rapport présenté à la première Sous-Commission de la Commission de revision du Code civil, sur la question de savoir s'il y aurait lieu de traiter de la matière des Personnes juridiques dans le futur Code civil*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, V, 1906, pp. 251-274.

der à l'avenir aucun fonds de terre, maisons, droits réels, etc…si ce n'est après avoir obtenu des lettres patentes », introducendo così il sistema della previa autorizzazione per ogni genere di acquisti immobiliari, sia a titolo oneroso che a titolo gratuito.

Tale concezione si è consolidata con la Rivoluzione, sino a trovare una definitiva veste giuridica nell'articolo 910 del Codice, il quale ha confermato il regime della autorizzazione, estendendolo addirittura a ogni forma di liberalità: « les dispositions entre vifs ou par testament, au profit des hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissemens d'utilité publique, n'auront leur effet qu' autant qu' elles seront autorisées par un arrêté du Gouvernement ».

La conseguenza è che in Francia la concessione della personalità non presuppone soltanto una espressa attribuzione di capacità, ma implica una trasformazione radicale del gruppo cui è accordata, il quale cessa di appartenere all'ambito esclusivo delle associazioni di diritto privato e viene elevato al rango di istituzione di pubblica utilità. Solo col tempo si acquista consapevolezza del fatto che molte associazioni, pur rendendo indirettamente un importante servizio alla collettività, perseguono una finalità più ristretta e immediata, circoscritta all'insieme dei membri, e non vi è quindi alcuna necessità di attrarle nell'orbita della amministrazione. Tuttavia, malgrado il carattere privato di tali opere, esse continuano a ricevere l'etichetta d'« utilité publique », vengono cioè assimilate al funzionamento dell'organismo statale, per effetto della concezione secondo la quale la capacità giuridica può essere riconosciuta soltanto a quelle attività private che assumano rilievo sotto il profilo dell'interesse generale.

La cultura francese è dunque lontana dalla concezione puramente negativa, l'unica veramente liberale in materia di diritto di associazione, la quale limita il controllo statale alla mera verifica dell'assenza nello statuto sociale di profili contrari all'ordine pubblico e all'interesse generale. Attribuire la personalità giuridica significa al contrario riconoscere ad una iniziativa di carattere privato la capacità di concorrere alla definizione dell'interesse generale, ossia creare una alleanza e una commistione tra iniziativa privata e pubblica amministrazione, riconducendo la fattispecie sotto il controllo e la tutela dello Stato.

Il sistema della concessione amministrativa e del riconoscimento legale, ampiamente diffuso nei sistemi giuridici continentali, viene

progressivamente superato nel corso dell'Ottocento (105): la creazione di una persona giuridica, sul terreno del diritto privato, non comporta più la nascita di un nuovo organo di diritto pubblico, ma la creazione di una entità giuridica, assimilata alle persone fisiche, funzionale alla gestione di un patrimonio. Si assiste in altre parole a un graduale abbandono della nozione di istituzione di pubblica utilità, ulteriormente accentuato dalla tendenza ad assimilare le associazioni, specie le associazioni senza fini di lucro, alle società commerciali, non richiedendo più quindi per la loro esistenza una concessione individuale, ma soltanto l'adempimento di oneri di carattere pubblicitario.

Saleilles osserva come la legislazione francese di inizio Novecento presenti, al suo interno, specie dopo la promulgazione della legge del 1901, un orientamento che logicamente impone di adottare una soluzione analoga a quella appena indicata.

Nei casi in cui il codice civile o il codice di commercio riconoscono, almeno implicitamente, la personalità giuridica di determinati gruppi, ciò non significa infatti che essi vengano per ciò stesso elevati al rango di collettività di diritto pubblico. Una simile conclusione sarebbe ad esempio insostenibile nel caso delle società commerciali e, a maggior ragione, nel caso della comunione legale tra sposi, istituto che molti autori considerano una forma di personalità giuridica. In altre parole, l'effetto della legge del 1901 è stato quello di allineare il sistema giuridico francese con la tendenza dominante in materia a livello europeo. Se prima della riforma, al fine di ottenere la personalità giuridica, le associazioni dovevano essere riconosciute di pubblica utilità, entrando così a far parte dell'ingranaggio statuale, con la legge del 1901 si profila invece la soluzione di un riconoscimento generale della capacità civile delle associazioni attraverso una semplice misura di pubblicità, analogamente a quanto avviene nel sistema tedesco e nel sistema svizzero. La concessione della personalità, a seguito della riforma, dipende esclusivamente da una dichiarazione, il cui scopo è quello di attribuire rilevanza giuridica a una associazione, non quello di modificarne la natura

(105) Saleilles utilizza come riferimenti il BGB, il progetto di codice svizzero, il progetto di codice ungherese, nonché la disciplina del codice Pisanelli.

trasformandola in un organismo di diritto pubblico soggetto al diritto amministrativo.

Saleilles sostiene tale tesi anche nel caso della « grande personnalité », nel caso cioè delle associazioni dotate di una piena capacità giuridica, per le quali è necessario un decreto di autorizzazione del Consiglio di Stato. Tale decreto, infatti, non modifica la natura intrinseca dell'associazione né attribuisce una personalità che esiste già, per effetto della dichiarazione, ma ha il solo scopo di attribuire un supplemento di personalità, estendendo la capacità patrimoniale dell'associazione. L'esigenza che l'esercizio del diritto collettivo di proprietà sia sottoposto a specifiche formalità di carattere amministrativo non è sufficiente a trasformare la disciplina della personalità giuridica in una materia di diritto pubblico sottratta alla regolamentazione del « Code des droits individuels » e del « Code de la propriété ». L'ordinamento sottopone in molti casi il funzionamento di istituti di diritto privato a controlli di carattere amministrativo senza che ciò implichi necessariamente una attrazione della materia nella sfera del diritto pubblico. Ciò avviene ad esempio nelle ipotesi delle società commerciali e di assicurazione, nella disciplina giuridica della tutela, per non parlare di materie a forte rilievo pubblicistico, come il matrimonio o il diritto delle successioni. L'intervento della autorità non è sufficiente, in altre parole, per alterare la natura privatistica del diritto, impedendo il suo inserimento all'interno del Codice civile, definito con insistenza « Code des droits individuels ».

Non si tratta di una precisazione casuale. Il fenomeno associativo è infatti il luogo per eccellenza nel quale deve trovare conferma e applicazione, a livello giuridico, la dottrina solidarista, che abbiamo visto essere una sorta di filosofia ufficiale della Terza Repubblica. La rilettura in chiave solidaristica del sistema giuridico comporta, come sappiamo, una osmosi tra diritto privato e diritto pubblico, e un progressivo abbattimento delle barriere disciplinari, di cui emerge il carattere artificioso. Tale ritrovata capacità di comunicazione non comporta però la pubblicizzazione del diritto privato o il venir meno della centralità del *droit individuel*, il quale, pur socializzato, resta al centro dell'ordinamento: « nous demandons la pénétration du droit social et du droit individuel, du droit public et du droit privé, mais à la condition que le droit individuel ne perde pas son caractère essentiel et dominant et qu' il reste à la

place qui lui appartient, c'est-à-dire sous le couvert des principes généraux qui dominent l'ensemble des droits privés » (106). È naturale perciò che all'affermazione del ruolo strategico del fenomeno associativo faccia seguito la rivendicazione delle ragioni del diritto dei privati, al cui ambito la materia deve essere riferita, e quindi la richiesta di inserimento della disciplina della personalità giuridica all'interno del Codice civile.

Una volta sottolineata la novità introdotta dalla legge del 1901 e la necessità di inserirne i principi nella codificazione, vengono esaminate le principali obiezioni sollevate contro tale proposta.

La prima è una obiezione di principio mascherata da obiezione di metodo. Si sostiene l'inesistenza di un autentico diritto comune della personalità in materia di associazioni, col pretesto che le ipotesi più significative sono in realtà disciplinate dalla legislazione speciale, come nel caso dei sindacati professionali o delle società di mutuo soccorso, o trovano comunque un adeguato inquadramento normativo, come nel caso delle società commerciali o delle persone giuridiche di diritto pubblico. Per tale ragione, il diritto comune delle associazioni finirebbe per essere soltanto un diritto nominale e teorico, svuotato di contenuto, una sorta di « charte blanche », sulla quale si innesterebbe la disciplina particolare definita dalle molteplici leggi speciali.

Saleilles osserva come tale obiezione si risolva in realtà in una critica pura e semplice della stessa legge del 1901. Questa, infatti, ha tracciato una disciplina generale del fenomeno associativo pur in presenza di numerose leggi speciali destinate a regolamentare singole ipotesi di personalità giuridica. Le critiche rivolte contro tale legge miravano in realtà a mantenere in piedi un sistema nel quale non doveva esservi spazio per il riconoscimento generale della capacità giuridica delle associazioni senza fini di lucro e nel quale la concessione della personalità doveva essere demandata di volta in volta ad apposite leggi speciali.

Le obiezioni di carattere apparentemente metodologico contro l'inserimento della disciplina della personalità giuridica all'interno del Codice perseguono in realtà lo stesso scopo: favorire il ritorno al

---

(106) *Op. cit.*, p. 269.

passato, e quindi a un regime giuridico fondato sul riconoscimento della eccezionalità del fenomeno associativo: l'esatto contrario di quanto è richiesto dal progresso dell'ordinamento e dalla corretta articolazione giuridica della democrazia sociale:

> si l'on croit que l'expérience de la loi de 1901 et la pratique de la liberté ont donné sur ce point des fruits qui sont irrévocablement acquis et qui ne permettent plus que l'on revienne en arrière, il faut consacrer précisément ce principe de liberté, en trasportant dans le Code civil, lequel est la charte des droits privés, dans ce qu' ils ont de stable et de définitif, ce qui n'est encore que dans une loi spéciale, à titre d'éssai loyal et provisoire. La période du provisoire est achevée; il est temps de faire passer dans le Code civil, avec le cachet d'une liberté acquise, le droit commun des associations (107).

La seconda obiezione, definita « argument d'inertie », è relativa a precise scelte di tecnica legislativa. Si preferisce cioè evitare di alterare la simmetria interna del Codice affidando la disciplina della personalità giuridica a singole leggi speciali, che figurano come annessi della futura codificazione. Saleilles ritiene invece che vi sia una duplice ragione a sostegno della necessità della introduzione della materia all'interno del nuovo Codice. In primo luogo, la legge del 1901, a dispetto dei suoi meriti, presenta innumerevoli lacune che necessitano di essere colmate. In particolare, mentre le regole che disciplinano l'attribuzione della capacità e il principio di specialità sono definite nei dettagli, le regole che presiedono al funzionamento dell'associazione, specie per ciò che attiene alla rappresentanza, alla responsabilità dei direttori e degli amministratori, allo scioglimento e alla devoluzione del patrimonio sociale, devono essere ulteriormente precisate. Una soluzione possibile potrebbe essere rappresentata dalla predisposizione a livello codicistico di specifiche disposizioni statutarie, da ritenersi implicitamente richiamate come parte integrante dei singoli statuti sociali, in quanto espressione di un diritto comune delle associazioni.

La stessa disciplina delle associazioni non dichiarate appare bisognosa di ulteriori approfondimenti. L'assenza di personalità giuridica non impedisce di ripensare il loro regime patrimoniale,

---

(107) *Ibidem*, p. 270 e s.

superando lo schema della mera indivisione e ipotizzando che il contratto di associazione dia vita a un patrimonio separato, assimilabile al fondo sociale di una società civile, dotato di caratteri speciali, tali da differenziarlo da una indivisione ordinaria: il trasferimento della disciplina delle associazioni non dichiarate nel Codice potrebbe essere l'occasione, in altre parole, per introdurre in Francia l'istituto della *Gesamte Hand* di origine germanica.

La seconda importante ragione a favore dell'inserimento della disciplina della personalità giuridica all'interno del Codice è rappresentata dalla necessità di risuscitare l'istituto della fondazione di diritto privato la quale non è altro che una variante della figura generale della personalità, applicata in tal caso a un patrimonio piuttosto che a un gruppo di individui. Si tratta di un'occasione imperdibile per colmare due gravi lacune del sistema giuridico francese che a inizio Novecento sembrano decisamente anacronistiche.

Saleilles ha insomma un'idea ambiziosa della nuova codificazione e invita i suoi connazionali a fare un atto di coraggio, a superare i preconcetti e i fantasmi di un *Ancien Régime* ormai tramontato e a non esitare a rendere più moderno il diritto francese. Ma la strada è decisamente in salita, come confessa a Huber in una lettera dell'aprile del 1906:

> peut-être aurez-vous vu, par notre dernier Bulletin, que notre Commission du Code civil a repris ses travaux sous une forme et une allure un peu plus rapide, mais pas beaucoup plus novatrice. J'ai eu toutes les peines du monde à faire admettre, grâce à un rapport publié par notre dernier Bulletin, que l'on traitât des Personnes juridiques dans le nouveau Code civil. Et maintenant je suis chargé de préparer un avant-Projet, qui me demande beaucoup de peine. Car il faut arriver à dire assez en mettant le moins possible. On trouvera qu' il y en aura toujours trop! (108).

Gli ostacoli, infatti, si moltiplicano e non sono costituiti soltanto dalla oggettiva difficoltà di reintrodurre nell'ordinamento francese un diritto comune delle associazioni, dando ad esso piena cittadinanza all'interno del Codice; vi sono anche difficoltà o timori di carattere politico, di cui Saleilles tiene conto nella sua relazione, laddove affronta la terza obiezione, il cosiddetto « argument d'op-

---

(108) Cfr. A. Aragoneses, *Recht im* fin de siècle, cit., p. 138 e s.

portunité ». Vi è il rischio, in altre parole, che, nel clima di forte tensione politica e sociale scatenato dalla crisi religiosa e dal conflitto tra le *deux France*, il dibattito sulla opportunità della introduzione all'interno del Codice della disciplina della personalità giuridica possa favorire tentazioni reazionarie e segnatamente la rimessa in discussione del regime liberale inaugurato dalla legge del 1901 e un ritorno al regime della eccezionalità che caratterizzava il periodo immediatamente precedente.

Nel 1906, anno in cui Saleilles prepara la relazione, il timore è fondato. « Le vent est à la tempête », scrive in una lettera del 23 marzo indirizzata a Louis Birot. Ma l'obiezione viene superata attraverso una considerazione, anch'essa di natura politica: il progetto di revisione, se vuole essere un'opera veramente completa e ambiziosa, è destinato a protrarsi nel tempo, a durare anni. La disciplina della personalità giuridica e la libertà di associazione potranno perciò trovare una definitiva consacrazione a livello codicistico in un paese ormai pacificato, che ha superato i conflitti e le lacerazioni di inizio secolo:

> si nous voulons travailler sérieusement à la réforme de notre Code civil, nous ne pouvons pas nous dissimuler qu' il s'agit là d'un travail de longue haleine. Et nous n'avons pas le droit de ne pas compter sur une ère de paix sociale à brève échéance, qui nous permette d'avoir pleine confiance en la liberté. Nous n'avons pas le droit de dire que, dans cinq, six, peut-être dix ans d'ici, la France ne sera pas mûre pour consacrer définitivement chez elle des libertés qui font la prospérité de l'Angleterre, de l'Allemagne et de la Suisse, au point de vue du développement de la science, de la philanthropie et de la civilisation. Et c'est parce que nous faisons un Projet qui n'est pas destiné à l'heure présente, mais qui a pour but d'escompter l'avenir, que je vous demande…de vous dégager des préoccupations contingentes de la politique, pour ne vous souvenir que du développement du droit de notre pays, pour avoir confiance dans la liberté d'association. Et, puisque la liberté d'association ne va pas sans la capacité patrimoniale des associations, je vous propose de consacrer définitivement ce principe essentiel, en le détachant du domaine de la loi spéciale et du droit exceptionnel, pour l'insérer au Code civil, dans la charte même de nos droits privés individuels (109).

---

(109) *Rapport présenté à la première Sous-Commission de la Commission de revision du Code civil, sur la question de savoir s'il y aurait lieu de traiter de la matière des Personnes juridiques dans le futur Code civil*, cit., p. 274.

Difesa in tal modo la necessità di introdurre la disciplina della personalità giuridica all'interno del Codice, resta da chiarire quale sia la collocazione sistematica più opportuna.

Il luogo più naturale, a prima vista, è il libro delle persone. Saleilles, in maniera apparentemente paradossale, opta invece per il secondo libro. La ragione è semplice: inserire la disciplina della capacità giuridica delle associazioni nel primo libro costringe a prendere posizione sulla natura giuridica del fenomeno associativo, pone in altre parole il legislatore di fronte alla necessità di dover scegliere tra due « conceptions » contrarie, una riconducibile alla teoria della finzione, l'altra alla teoria della realtà. L'ostacolo può invece essere superato disciplinando questa materia nell'ambito dei diritti reali, poiché si tratta di forme patrimoniali speciali, di proprietà corporativa o di proprietà gravata da un vincolo di destinazione. L'elemento sul quale occorre concentrarsi è il fatto della creazione di una massa patrimoniale dotata di una vita giuridica indipendente; il *quid novi* è rappresentato perciò dalla necessità di definire la regolamentazione giuridica di una forma nuova di proprietà, e non dalla consacrazione legislativa di uno specifico modello teorico, peraltro ancora altamente controverso.

In conclusione, la disciplina della persona giuridica deve essere inserita nel secondo libro, in un titolo apposito dedicato alla proprietà collettiva, collocato immediatamente dopo la disciplina della proprietà individuale e della comproprietà. Come si vede, tale opzione lascia impregiudicata la questione dottrinale, estremamente complessa e oggetto di vivissimi dibattiti. Ma il compito di Saleilles, in seno alla *Société*, è soprattutto quello di sottolineare la centralità della persona giuridica nella politica del diritto, in quanto luogo strategico di costruzione della democrazia sociale. Il contributo alla soluzione della diatriba dottrinale, come vedremo, arriverà alla fine, a conclusione di una lunga militanza nella veste di giurista-legislatore.

4. *La personalità giuridica come fondamento della libertà di associazione: la costruzione tecnico-giuridica della personalità.*

La ricerca dell'equilibrio, ovvero la definizione delle condizioni in grado di assicurare il raggiungimento di un corretto e stabile assetto istituzionale, domina la riflessione politico-giuridica del XIX secolo.

A più riprese, intellettuali anche molto lontani per sensibilità e convinzioni politiche giungono alla medesima conclusione: la stabilizzazione del sistema politico francese è possibile solo rompendo la rigida dialettica *Etat-citoyen* generata dalla Rivoluzione. Ciò significa, da un lato, porre un freno alla crescente bulimia statuale; dall'altro, rompere la solitudine del *citoyen*, attraverso la individuazione di strumenti capaci di rappresentare il sociale, capaci cioè di ricomporre la società, nella sua densità e ricchezza. Il superamento della concezione che vede nella società una mera somma di « unités arithmétiques », un cumulo di « grains de poussière », presuppone il recupero di entità intermedie, corpi, associazioni in grado di occupare lo spazio rimasto vuoto tra Stato e individuo.

È proprio in questo ambito che si misura, a mio avviso, la profonda originalità del "progetto Saleilles". Il giurista borgognone, infatti, disponendo di specifici strumenti tecnici, è capace di elaborare un'analisi che va ben al di là del tradizionale discorso politologico, tutto giocato sul *topos* del rifiuto dell'astrattezza rivoluzionaria e sulla ricerca difficile della società perduta. Saleilles, in quanto giurista, sviluppa un'analisi ben più incisiva, gettando le fondamenta tecniche indispensabili per la ricomposizione del sociale, senza le quali qualsiasi società, a dispetto delle migliori intenzioni e delle più consolidate consapevolezze scientifiche, è destinata per forza di cose a restare priva di una sufficiente articolazione organica. Egli si rende conto che se la stabilizzazione istituzionale non può fare a meno della libertà di associazione, quest'ultima è condannata a rimanere una mera astrazione in assenza di una compiuta costruzione giuridica della *personnalité juridique*. Il fatto che il saggio sulla persona giuridica costituisca in qualche modo il coronamento della biografia intellettuale di Saleilles e la *summa*, anche sul piano strettamente metodologico (110), del suo messaggio scientifico, non è casuale: la

(110) Le venticinque lezioni sulla *personnalité juridique* rappresentano il coronamento del modernismo giuridico. Si tratta infatti di un'opera di dogmatica giuridica imponente, realizzata combinando la ricerca storiografica e la comparazione. Le conclusioni sono in tal modo il frutto della duplice comparazione, orizzontale e verticale, che costituisce l'essenza dello storicismo metodologico. Cfr. L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale dans l'oeuvre de Raymond Saleilles*, in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, cit., p. 301 e ss. Si veda inoltre A. ARAGONESES, *Un jurista del modernismo*, cit., p. 161 e ss.

personnalité juridique, oltre a costituire un tema di indagine vastissimo e affascinante (111), rappresenta lo strumento tecnico indispensabile per fondare giuridicamente la libertà di associazione e quindi, in ultima istanza, per favorire l'inveramento delle promesse rivoluzionarie e l'avvento della democrazia sociale.

4.1. *La teoria della finzione: critica.*

Sul finire dell'Ottocento Saleilles inizia a occuparsi sistematicamente del tema della personalità giuridica (112).

---

(111) Il tema della persona giuridica è sicuramente uno dei più complessi dell'intera storia del pensiero giuridico. Per una ricostruzione generale dell'istituto si veda la voce a cura di M. BASILE-A. FALZEA, *Persona giuridica. Diritto privato*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milano, 1983, p. 234 e ss. Per una ricostruzione storico-giuridica, si vedano invece i due volumi dei *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (Milano, 1982-1983) dedicati agli *Itinerari moderni della persona giuridica.* In ambito francese, il primo ventennio del Novecento è segnato dai lavori fondamentali di L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, 1906-1909 e di DE VAREILLES-SOMMIERES, *Les personnes morales*, Paris, 1919. Si vedano J. FOYER, *Sens et portée de la personnalité morale des sociétés en droit français*, in *La personnalité morale et ses limites — Etudes de droit français et de droit international public*, Paris, 1960, p. 113 e ss.; P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Langres, 1950; F. DELHAY, *La nature juridique de l'indivision: contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec la notion de société civile et de personnalité morale*, Paris, 1968; J.-P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif: essai sur l'influence du principe de personnalité morale sur la nature et le contenu des droits des membres des groupements personnifiés*, Paris, 1977. Nell'ambito della dottrina italiana si vedano i lavori di G. SCALFI, *Persone giuridiche (diritto civile)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIII, Roma, 1990, p. 1 e ss.; F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Rivista di diritto civile*, 1965, parte I, p. 553 e ss.; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in A. SCIALOJA-G. BRANCA, (a cura di), *Commentario del codice civile*, I, Bologna-Roma, 1969; P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività: per una definizione del concetto di persona nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive*, Padova, 1975; R. ORESTANO, *« Persona » e « persone giuridiche » nell'età moderna*, in *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978, p. 193 e ss. A pochi anni di distanza dal saggio di Saleilles, esce in Italia un contributo fondamentale sul tema: cfr. F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli-Torino, 1915.

(112) Lo fa, come sempre, tenendo ben presente la letteratura tedesca in materia. Tra i contributi più significativi prodotti dai giuristi tedeschi si vedano, oltre al *System* di Savigny, B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, cit., p. 232 e ss.; K. L. ARNDTS, *Trattato delle Pandette*, I, trad. it., Bologna, 1877, cit., p. 132 e ss.; A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II, Erlangen, 1879, p. 979 e ss.; C. SALKOWSKI, *Zur Lehre von den*

Com'è stato notato, il dibattito scientifico sulla persona giuridica « énerva les esprits dans toutes les branches du droit » (113). Siamo in effetti in presenza di un tema che, per la sua complessità e contraddittorietà, ha da sempre costituito un rompicapo per la dottrina (114).

L'associazione presuppone infatti l'idea di unità, una unità fatta di individualità raggruppate e organizzate, e si presenta come la risultante di due elementi contraddittori: una pluralità di diritti individuali e una unità di azione combinata in vista dell'unità del fine, la quale si traduce necessariamente nella creazione di un patrimonio comune (115). Qualsiasi soluzione giuridica adottata in materia di personalità deve perciò essere rispettosa della natura dicotomica del fenomeno associativo, preoccupandosi di non sacrificare le individualità all'idea di unità corporativa o, all'inverso, quest'ultima alle individualità soggiacenti (116).

---

juristischen Personen, insbesondere den sogenannten corporativen Societäten und Genossenschaften, Leipzig, 1863; E. ZITELMANN, *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, Leipzig, 1873; A. BOLZE, *Der Begriff der juristischen Person*, Stuttgart, 1879; E. I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, Weimar, 1886, cit., p. 192 e ss.; O. VON GIERKE, *Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe in dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Berlin, 1889; H. DERNBURG, *Pandette*, I, trad. it., Torino, 1906, cit., p. 169 e ss.

(113) Cfr. C. JAMIN, *L'oubli et la science*, cit., p. 823. Per un'analisi della persona giuridica tra diritto privato e diritto pubblico, si veda J. CARBONNIER, *Droit civil*, I, *Les personnes*, cit., p. 367 e ss.

(114) Ripercorrerne la storia non è cosa agevole se è vero che « la notion de personnalité morale a été quelque peu obscurcie par les discussions, d'ailleurs plus philosophiques que juridiques, qui se sont instaurées autour d'elle », cfr. H. MAZEAUD-L. MAZEAUD- J. MAZEAUD-F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, I, *Les personnes*, cit., p. 317.

(115) Il primo tema sul quale Saleilles si sofferma, in tale ambito, è il fenomeno della indivisione, istituto difficile da conciliare con le esigenze del traffico tipiche di una contesto economico sempre più sviluppato. Il giurista di Beaune pensa, come possibile soluzione, all'istituto della *Gesamte Hand* germanica, cui le sue predilette fonti tedesche — Gierke in testa — fanno un continuo riferimento, nella quale si manifesta « ein tiefer Gegensatz zwischen deutschem und römischem Recht ». Cfr. O VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Hindelsheim, 2001, p. 353 e ss. L'argomento viene approfondito per la prima volta in un importante saggio storico-giuridico dedicato al fenomeno delle società in accomandita: cfr. R. SALEILLES, *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, in *Annales de droit commercial*, IX, 1895, p. 10-26, p. 49-63 e t. XI, 1897, p. 29-49.

(116) Si tratta per questo di uno dei temi più affascinanti e complessi della teoria del diritto, croce e delizia di giuristi e legislatori in ogni epoca e in ogni sistema giuridico.

La teoria della finzione ha rappresentato per lungo tempo il modello esplicativo egemonico in materia di personalità giuridica (117). Si tratta, come è stato notato, di una teoria estremamente solida in quanto fondata su una « sédimentation de traditions et d'idées acceptées non seulement par la communauté des juristes mais aussi par l'opinion éclairée: l'incarnation du groupe en une personne fictive soumise au contrôle du pouvoir » (118).

Saleilles imputa l'elaborazione del dogma della personalità giuridica, come entità astratta e antropomorfica, agli allievi di Savigny i quali, come capita spesso, si sono rivelati assai più rigidi del maestro. La teoria della *persona ficta* ha generato in tal modo il sistema della concessione legale, in base al quale, un gruppo di individui, per quanto uniti e determinati a compiere un'attività comune, in assenza di un riconoscimento pubblico non sono in grado di dar vita a una individualità nuova, rappresentativa della collettività, ma restano allo stato di unità distinte e separate.

La critica alla teoria della finzione — nell'ottica già evidenziata della ricerca di un necessario bilanciamento tra dimensione individuale e collettiva — si concentra in primo luogo sul fatto che essa sacrifica le individualità, cioè l'autonomia giuridica dei componenti del gruppo, all'idea di unità corporativa, dando vita a un'entità indipendente e distinta. Essa non si limita pertanto a denunciare il carattere puramente intellettuale della nozione di *persona ficta* se-

---

Cfr. F. WIEACKER, *Zur Theorie der Juristichen Person des Privatrechts*, in *Festschrift für Ernst Rudolf Huber*, Göttingen, 1973, p. 339 e ss., cit., p. 360 e s.

(117) La compiuta elaborazione di tale teoria viene ricondotta a Savigny. Come è stato sottolineato, « Savigny hat sehr klar gesehen, daß der Grund der Rechtsordnung der Schutz der sittlichen Bestimmung ist; insofern ist er berechtigt, den Juristischen Personen Rechtsfähigkeit nur im Wege der Fiktion zuzusprechen », cfr. M. DIESSELHORST, *Zur Theorie der Juristischen Person bei Carl Friedrich von Savigny*, in *Quaderni fiorentini*, cit., I, p. 319 e ss., cit., p. 335. Si veda anche M. LIPP, *« Persona moralis », « Juristische Person » und « Personenrecht » - Eine Studie zur Dogmengeschichte der « Juristischen Person » im Naturrecht und frühen 19. Jahrhundert*, *ibidem*, I, p. 217 e ss. Una chiara esposizione della teoria della finzione come pure delle teorie negazioniste si trova in A. PAYNOT-ROUVILLOIS, *Personnalité morale et volonté*, in *Droits*, n. 28, 1999, p. 17 e ss.

(118) Cfr. A.-M. PATAULT, *La personne morale d'une nationalisation à l'autre, naissance et mort d'une théorie*, in *Droits*, n. 17, 1993, p. 79 e ss., cit., p. 82.

gnalando l'assenza nella realtà di entità giuridiche diverse dalle persone fisiche.

Saleilles non dubita della realtà delle rappresentazioni teoriche in ambito giuridico e la sua analisi rifugge da uno sterile empirismo. La persona giuridica, come molti altri istituti giuridici — la proprietà letteraria, l'usufrutto, la servitù — presuppone una forma di idealizzazione, in quanto si presenta non come una realtà esistente indipendentemente dal soggetto che la concepisce, ma come un rapporto ideale istituito dallo spirito tra realtà preesistenti e dotato, in quanto prodotto della psicologia sociale, di una sua peculiare obiettività (119). La critica sottolinea semmai il vizio rappresentato dalla forzatura che, in quanto forma legittima di idealizzazione, la personificazione opera sulla realtà (120).

---

(119) La critica della teoria della finzione si fonda sul presupposto che la vita del diritto sia fatta anche, e in larga misura, di rappresentazioni ideologiche e di schemi mentali capaci di acquistare una consistenza obiettiva e di produrre conseguenze precise nella realtà effettuale. I *Rechtsbegriffe* non sono, a dispetto di ogni revisionismo antiformalistico, fantasmi privi di consistenza, vuote forme staccate dalla realtà. Sono invece componenti essenziali ed effettivamente esistenti della realtà giuridica, che si presenta anche, in misura considerevole, come una forma di psicologia collettiva: « quoiqu' on fasse, en droit, et si réalistes que nous soyons, il nous faut abstraire et vivre dans l'abstraction. Nous ne pouvons cesser de raisonner; et raisonner c'est vivre dans l'abstrait. Le droit est une psychologie sociale portant sur des réalités. On ne peut supprimer la part de psychologie, pour s'en tenir aux réalités extérieures: une conception de l'esprit, lorsqu' elle s'universalise, est bien, elle aussi, une réalité », *De la personnalité juridique*, cit., p. 379. La critica della dottrina della *persona ficta* si trasforma così in una occasione importante per mettere a fuoco il ruolo della finzione nella teoria e nella genesi del diritto, in coerenza con le direttive epistemologiche proprie della *méthode historique*.

(120) « Ce que je reproche…à toute cette théorie, c'est d'avoir eu cette fausse conception du droit qui l'a conduite à dire, parce qu' il y avait rapport dérivant d'une constatation intellectuelle, qu' il y avait forcément fiction par le fait même. Et de cette idée de fiction on a déduit cette conséquence que, s'agissant d'une entité créée de toutes pièces par l'esprit, il fallait l'isoler des éléments de réalité qui avait servi à en inspirer le concept », *op. cit.*, p. 363. È interessante notare come la posizione di Saleilles ricordi molto da vicino quella del più celebre giurista inglese: le finzioni hanno una funzione pedagogica e "ortopedica", ma non devono essere assolutizzate. Cfr. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, III, *Of Private Wrongs*, Chicago-London, 1979, cit., p. 43. D'altra parte, come è stato notato, la finzione non può essere considerata semplicemente uno strumento tra i tanti a disposizione del giurista. Essa non svolge una funzione meramente metodologica, ma ha al contrario uno statuto ontologico, poiché è grazie ad essa che il diritto si sforza di preservare la propria giuridicità contro il rischio

Ciò risulta evidente se si osservano gli eccessi ai quali giunge la teoria dello Stato nella giuspubblicistica dell'epoca. La maggior parte degli autori concepisce lo Stato alla stregua di una entità a sé stante, distinta dalla massa delle unità individuali che la compongono, al punto da assolutizzarla facendole assumere proporzioni inquietanti (121). Il risultato è che al cospetto dei diritti e delle pretese dello Stato i diritti individuali si attenuano sino a scomparire. Invece di fare dello Stato la personificazione delle individualità soggiacenti, avendo cura che esso non si allontani dagli elementi di realtà sui quali si fonda, si fa di esso una persona nuova e distinta, separata dagli individui che rappresenta, dotata, al pari e al di sopra di essi, di un valore e di una vita giuridica indipendenti. La teoria della *persona ficta* costituisce perciò, in ambito pubblicistico, una tipica espressione dell'assolutismo:

dans le système de la fiction, on écarte…tous les éléments composites de la personnalité. On crée de toutes pièces une personne nouvelle, qui devient complètement indépendante des individualités qui la composent, elle les ignore. C'est un chef-d'oeuvre d'unité; mais c'est aussi un chef-d'oeuvre d'abstraction. Et cette abstraction, qui ignore les réalités auxquelles elle se rattache, prend une vie indépendante d'elles, elle agit en dehors d'elles, sans qu' il y ait aucun lien d'action ou de réaction entre ces deux entités séparées, d'une part l'être abstrait dont l'existence est purement juridique, et d'autre part l'être collectif qui est une réalité vivante. Ce n'est pas là seulement une séparation artificielle et irréelle, c'est une thèse menaçante et bien dangereuse. Car cette personne abstraite, que l'on isole de toutes les individualités pour lesquelles elle est faite, elle pourra poursuivre son développement et sa vie juridique sans tenir compte des personnes réelles qu' elle dissimule. Et, lorsque cette personne abstraite, au lieu de correspondre à un simple collectivité privée, se trouvera représenter

---

sempre presente della dissoluzione nel *mare magnum* delle scienze sociali. Cfr. O. CAYALA, *Le jeu de la fiction entre« comme si » et « comme ça »*, in *Droits*, n. 21, 1995, p. 3 e ss.

(121) Si è parlato di una articolazione degli interessi e, in generale, di una libertà borghese, « organisatorisch-institutionell und staatlich-hoheitlich mediatisiert », cfr. K. J. BIEBACK, *Entwicklungsgeschichtliche und funktionale Aspekte der gegenwärtigen Bedeutung der Körperschaft des öffentlichen Rechts*, in *Quaderni fiorentini*, cit., p. 859 e ss., cit., p. 863. Sull'emergere della nozione di « organischer Volksstaat » nella giuspubblistica tedesca del XIX secolo, si veda M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, cit., p. 231 e ss.

la communauté politique et s'incarner dans l'Etat, on voit à quel excès de domination peut aboutir cette formidable abstraction d'une personne mystique, qui est tout, qui peut tout, alors que les individus, entièrement ignorés d'elle, ne sont plus rien (122).

Il risultato cui giunge la teoria dello Stato trova conferma, in ambito giusprivatistico, nel regime giuridico delle associazioni: l'entità astratta assorbe la totalità dei diritti sopprimendo la responsabilità e la soggettività giuridica delle individualità soggiacenti, al posto delle quali residua esclusivamente la sfera di autonomia di un essere fittizio, creato ad arte.

Il primo argomento contro la teoria della finzione assume perciò una duplice valenza: da un lato, essa è stigmatizzata per il suo carattere artificioso, contrario alla realtà fenomenica della dimensione associativa; dall'altro, essa appare una sorta di indebita trasposizione in ambito privatistico di una costruzione di diritto pubblico motivata dall'esigenza, meramente politica e quindi del tutto contingente, di sottoporre a controllo amministrativo e quindi all'intervento pubblico il fenomeno associativo, in direzione radicalmente contraria all'essenza dei rapporti giuridici di diritto privato, che si costruiscono spontaneamente, a seconda delle realtà che esprimono (123).

In secondo luogo, Saleilles evidenzia come la teoria della finzione si fondi su un concetto distorto di libertà. Essa prende le mosse da una nozione eccessiva e esagerata di libertà e finisce per sancirne la negazione. Tale impostazione assume come presupposto la necessità che ad ogni diritto corrisponda un titolare, un soggetto dotato di libertà e di volontà, al punto che il diritto soggettivo si presenta come una diretta emanazione della libertà individuale. Si esclude con ciò la possibilità di fondare teoricamente il diritto di associazione, e cioè una delle più significative manifestazioni della libertà individuale. Il diritto collettivo, inteso come espressione della capacità giuridica di una entità dotata di una volontà e di una libertà indipendenti da quelle dei singoli associati, dato tale assunto, non

---

(122) *De la personnalité juridique*, cit., p. 646 e s.

(123) « Telle est la théorie de la fiction. Ce n'est pas une théorie de droit privé. C'est une thèse de droit public, dissimulée sous des concepts de droit privé. Les civilistes ont été dupes des théoriciens du droit public », *ibidem*, p. 365

può esistere se non in virtù di una concessione legale o amministrativa, e quindi in virtù di un intervento dello Sato, il quale conferisce alla associazione una « capacité d'emprunt, essentiellement précaire et toujours révisable », con la grave conseguenza che l'associazione non è più la manifestazione legittima di un diritto dell'individuo ma si presenta come un privilegio e deriva da una concessione statuale (124). Saleilles considera questo uno dei tanti esiti nefasti della nozione tipicamente francese di libertà, intesa come manifestazione rigorosamente individualistica e atomizzante di una soggettività che finisce per negare le condizioni stesse della propria autonomia, sulla falsariga della teoria rousseauviana del contratto sociale. Essa presuppone, in origine, delle individualità sovrane e libere, ma conduce alla abdicazione della sovranità individuale a favore di un ente maggioritario di fronte al quale non vi è altra scelta che sottomettersi e obbedire. Si chiarisce qui l'affermazione accorata contenuta nella lettera a Birot nella quale, con un po' di enfasi, il sistema giuridico francese, in materia di libertà di associazione, viene ritenuto un sistema arretrato, rimasto « au niveau du Juras ».

Il superamento della teoria della finzione presuppone infine una rilettura della nozione tradizionale di diritto e la sostituzione del concetto di personalità civile, puramente illusorio, con il concetto di « appartenance juridique ». Il primo profilo è impostato e risolto attraverso l'adozione di una metodologia tipicamente jheringhiana, a partire dall'assunto che, in un'ottica finalistica, la libertà dell'individuo appare meno la fonte iniziale e la causa generatrice del diritto che lo scopo finale e l'obiettivo che lo giustifica (125). Richiamando

---

(124) Ciò anche se, nella impostazione di Savigny, l'esigenza di un riconoscimento statuale si giustifica più per ragioni di opportunità politica che per motivi logico-dogmatici: « bei den übrigen aber ist es Regel, dass sie nicht durch die blosse Willkühr mehrerer zusammentretenden Mitglieder, oder eines einzelnen Stifters, den Character juristischer Personen erhalten können, sondern dass dazu die Genehmigung der höchsten Gewalt im Staate nöthig ist, welche nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend, durch wissentliche Duldung und thatsächliche Anerkennung, ertheilt werden kann », cfr. F. C. Von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, II, Berlin, 1973, cit., p. 275.

(125) « Il me semble que…l'on intervertit quelque peu l'ordre des facteurs. La liberté de l'individu est beaucoup plus le but final du droit, la fin qu' il a en vue et qui le justifie, qu' elle n'en est la source initiale et la cause génératrice. On confond un peu

espressamente la nozione di *Zweckvermögen*, Saleilles definisce il diritto un « pouvoir en vue d'un but humain à remplir ».

I diritti sono poteri consacrati dalla legge aventi ad oggetto tre gruppi di interessi, che ne giustificano l'esistenza legale: interessi individuali, interessi corporativi e « droits collectifs », ovvero interessi generali della comunità appartenenti all'ambito specifico del diritto pubblico (126). In ogni caso, il diritto si presenta come un potere conferito o riconosciuto a determinati soggetti in vista di un interesse sociale da promuovere o garantire.

In questa prospettiva, la libertà non è tanto la causa e il fondamento della personalità quanto il punto d'arrivo, il fine cui tende l'esercizio del potere legalmente riconosciuto, o, al limite, a livello intermedio, l'elemento capace di assicurare il funzionamento dell'organismo cui è affidato l'esercizio dei diritti o dei poteri giuridicamente costituiti (127).

L'esercizio di tali poteri è demandato a un organismo appositamente costituito, senza che vi sia alcuna necessità di ipotizzare l'esistenza di un individuo distinto dalla collettività degli associati, surrogato della persona fisica, avente la funzione di soggetto immaginario di tali diritti collettivi. La finzione di una individualità irreale, destinata a fungere da capo di imputazione dei diritti riferibili alla collettività, si rivela superflua, frutto di una concezione puramente

---

trop l'exercice du droit avec ce qui n'en est que la jouissance, avec l'appartenance du droit », *op. cit.*, p. 372.

(126) Saleilles ricorre qui all'esempio della *fonction* la quale, anche qualora sia esercitata in vista della tutela della libertà e della volontà individuale, non trova mai in esse, in quanto elementi costitutivi della personalità del soggetto tutelato, la propria fonte iniziale, ma nell'autorità, che ne predetermina le condizioni di legittimità e le modalità di svolgimento. Si tratta, in apparenza, di un esempio poco calzante e non molto persuasivo, perché collegato a una figura tipica del diritto pubblico. Ma ciò non deve stupire, ove si ricordi che uno dei tratti salienti del solidarismo giuridico è rappresentato dall'abbattimento delle barriere disciplinari e dall'osmosi tra diritto pubblico e diritto privato: « je ne suis pas tellement persuadé qu' il y ait un tel abîme entre la sphère du droit public et celle du droit privé. D'abord, historiquement, il fut une époque où la distinction existait à peine. Sous la féodalité, la plupart des droits publics, ou, si l'on veut, des pouvoirs exercés à titre de fonctions, rentraient au nombre des droits patrimoniaux. Aujourd'hui encore il y a des pays, comme l'Angleterre, où la distinction entre droit public et droit privé est à peine esquissée », *op. cit.*, p. 374.

(127) *Ibidem*, p. 377.

astratta e metafisica del diritto, in contraddizione con i dati della realtà. In una concezione realista del diritto, che fa di esso un potere giuridicamente riconosciuto in vista del perseguimento di determinati interessi particolari, un rapporto giuridico può far capo non a un singolo ma a una collettività, a condizione che questa disponga di strumenti capaci di volontà intelligente e libera e sia quindi organizzata in modo tale da assicurare l'esercizio dei poteri corrispondenti alle situazioni giuridiche tutelate.

Giunto a questo punto, Saleilles si imbatte inevitabilmente nelle affascinanti architetture concettuali innalzate da due mostri sacri del pensiero giuridico europeo d'inizio Novecento: Maurice Hauriou e Léon Duguit (128).

Le tesi del primo, come vedremo più avanti, lo trovano sostanzialmente concorde: l'idea che ogni gruppo organizzato in vista del perseguimento di un fine comune sia un organismo realmente esistente e perciò giuridicamente rilevante rappresenta già di per sé un'adesione, non solo implicita, alle tesi tipiche dell'istituzionalismo. L'organismo in questione è una istituzione giuridica non creata dalla legge ma nata spontaneamente a partire dalla messa in comune delle attività e delle libertà individuali. Essa esiste a prescindere da una espressa sanzione statuale e la sua capacità è il frutto della combinazione delle capacità individuali. Appare perciò superfluo teorizzare la necessità di una sorta di battesimo giuridico, funzionale alla creazione di un essere fittizio, di natura metafisica, destinato a rappresentare la personalità e l'anima della collettività organizzata. La finzione, consistente nel sovrapporre alla collettività organizzata una personalità artificiale che la assorbe, nasconde la realtà e rappresenta la « survivance d'une thèse purement métaphysique du droit », messa al servizio di « tendances purement étatistes et contraires à toutes les exigences de la réalité sociale d'une part, et de la liberté individuelle d'autre part » (129).

L'altro punto di riferimento della riflessione di Saleilles è rappresentato invece da Léon Duguit. Il confronto con il pensiero del grande giuspubblicista bordolese assume un rilievo decisivo. Duguit

---

(128) Cfr. C. Didry, *Léon Duguit ou le service public en action*, in *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, n. 52-3, 2005, pp. 88-97.

(129) *De la personnalité juridique*, cit., p. 379.

è al contempo ammirato e criticato; le sue tesi, continuamente richiamate, aleggiano come una sorta di spauracchio, segnano per così dire il limite oltre il quale il realismo non è autorizzato a spingersi, pena la frantumazione delle categorie essenziali del sistema giuridico liberale.

4.2. *La teoria della proprietà collettiva: critica.*

Il secondo modello dottrinale elaborato in tema di personalità giuridica è la teoria della proprietà collettiva, il cui principale esponente è il giurista tedesco Eduard Hölder. Secondo tale impostazione, la persone giuridiche non hanno alcuna consistenza e si risolvono nelle personalità individuali dei loro membri riuniti in collettività, legati contrattualmente, nel caso di una associazione, o beneficiari anonimi, nel caso di una fondazione.

In Francia, il principale esponente di tale teoria è Marcel Planiol. Questi, nel suo celebre *Traité*, non esita a gettare al macero la teoria della finzione, riducendo la persona giuridica all'insieme dei beni collettivi posseduti dai soggetti riuniti in associazione: « l'idée de la personnalité fictive est une conception simple, mais superficielle et fausse, qui cache aux yeux la persistance jusqu' à nos jours de la propriété collective à côté de la propriété individuelle. Elle mérite d'être abandonnée. Sous le nom de « personnes civiles », il faut donc entendre l'existence de biens collectifs à l'état de masses distinctes, soustraites au régime de la propriété individuelle. Par conséquent, ces prétendues personnes n'en sont pas, même d'une manière fictive; ce sont des choses possédées par des hommes » (130).

Se tale teoria può essere agevolmente utilizzata per spiegare il funzionamento delle società di persone, la sua applicazione risulta invece molto più problematica in tutti quei casi in cui le individualità scompaiono per far posto a una gestione patrimoniale anonima, come avviene ad esempio nelle ipotesi della società per azioni, della associazione *tout court*, e della fondazione (131). Tali fattispecie sono

---

(130) *Traité élémentaire de droit civil*, cit., I, p. 641.

(131) Molti autori, tra cui Gény, attribuiscono a Saleilles la paternità della teoria della proprietà collettiva. Egli tuttavia evidenzia come tale conclusione sia il frutto di una interpretazione errata del saggio sul regime giuridico delle *Sociétés en commandite*. In

infatti caratterizzate da un notevole livello di complessità e non possono per questo essere trattate alla stregua di una mera variante giuridica della comproprietà a carattere unificato e concentrato. Il fine perseguito dagli associati è rappresentato in tal caso da una sorta di « dépouillement de personnalité », dalla creazione di un organismo autonomo, interlocutore esclusivo dei creditori sociali. La personalità giuridica dei singoli associati o beneficiari viene meno a seguito della creazione della entità collettiva, si realizza una sorta di « dépersonnification », che è l'obiettivo ultimo della fattispecie; ragion per cui, una costruzione teorica che spieghi il fenomeno nei termini di una mera somma di individualità patrimoniali contrasta con la realtà e con le intenzioni finali delle parti.

Nel tentativo di sottrarsi ai vincoli di una impostazione eccessivamente formalistica, Hölder (132) analizza i fatti riconducibili al fenomeno della personalità con l'obiettivo dichiarato di offrire una semplice descrizione delle relazioni che lo costituiscono, al di fuori di ogni sintesi costruttiva. Si tratta di scomporre la nozione sintetica di personalità al fine di evidenziare il complesso di relazioni composite, convergenti verso uno scopo comune, di cui essa si compone (133).

---

realtà, la tesi sostenuta in questo scritto è il frutto della combinazione della teoria della proprietà collettiva e della teoria della proprietà fiduciaria e, nell'economia del ragionamento, il vincolo di destinazione è assai più importante del carattere plurisoggettivo del fenomeno associativo e della sopravvivenza delle soggettività dei singoli associati. In ogni caso, lo schema teorico riconducibile alla proprietà collettiva resta valido per Saleilles solo nelle ipotesi delle società civili e commerciali, ma non è in grado di spiegare il funzionamento, non solo delle associazioni senza fine di lucro e delle fondazioni, ma anche delle società anonime. Cfr. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, cit., p. 392.

(132) Cfr. E. HÖLDER, *Natürliche und juristische Personen*, Leipzig 1905, Darmstadt, 1964.

(133) Operazione in parte analoga compie Alois Brinz, il quale spinge a tal punto la critica alla teoria della finzione da dissolvere la persona giuridica in un mero *Zweckvermögen*, cioè un patrimonio che non appartiene a nessuno ma serve a determinati scopi. « La persona giuridica », afferma, « appartiene tanto poco alla teoria delle persone, quanto per avventura lo spauracchio contro gli uccelli appartiene alla storia naturale dell'uomo, pel fatto che rappresenta l'immagine di un uomo », cfr. A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, cit., § 60 e ss., citato da H. DERNBURG, *Pandette*, I, cit., nota 5, p. 171.

Il risultato è una teoria ultra-realista (134).

La teoria della proprietà collettiva, implicando una responsabilità patrimoniale diretta, contraddice, a giudizio di Saleilles, il principio fondamentale dell'ordinamento giuridico liberale, e cioè il principio dell'autonomia della volontà, in quanto gli associati o i soggetti che danno vita a una fondazione intendono in primo luogo creare un patrimonio separato e autonomo, distinto dal proprio, rivolto alla realizzazione di uno specifico fine statutario. Essa è inoltre contraddetta dalla opinione giuridica universale, secondo cui la persona giuridica non rappresenta una finzione ma un fatto reale, un fenomeno caratterizzato dalla titolarità di diritti patrimoniali in capo a un soggetto diverso dagli associati e dai beneficiari (135).

Tale teoria è espressione di un movimento di reazione a oltranza contro il sistema della finzione e soprattutto contro la concezione di Gierke, ormai dominante, e rappresenta un tentativo di superamento del concetto di personalità, nelle sue due principali manifestazioni, come costruzione astratta o come entità reale (136). Il punto di partenza è rappresentato dalla convinzione che la personalità,

---

(134) A una soluzione non dissimile approderà in Francia il marchese de Vareilles-Sommières, il quale prende le distanze sia dalla teoria della finzione che dalla teoria della realtà, definendo la persona giuridica « une personne fictive, d'origine purement doctrinale, qui, dans les associations soumises à un certain régime, et pour les seuls besoins de la pensée et du langage, est censée unique propriétaire, créancière, débitrice des biens, des créances, des dettes, dont les associés, comme tels, sont en réalité copropriétaires, cocréanciers, condébiteurs », cfr. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Les personnes morales*, cit., p. 148. La persona giuridica è considerata il frutto di una finzione di carattere puramente scientifico, attraverso la quale, per esigenze logiche e di linguaggio, si immagina l'esistenza di un ente titolare di diritti e di obblighi che in realtà appartengono a delle persone fisiche. Si ammette, in altre parole, l'esistenza di enti sociali riconducibili ad una autonoma categoria giuridica in forza della loro comune soggezione al cosiddetto « régime personnifiant », ma si nega che tali enti costituiscano soggetti giuridici diversi dai membri che li compongono.

(135) « L'école individualiste, la plus respectueuse de toutes des volontés individuelles, se trouve être la seule qui refuse d'en tenir compte, lorsqu' il s'agit de droits collectifs. Elle entend faire aux individus un cadeau, dont eux-mêmes ne veulent pas; elle va ainsi à l'encontre de leurs conceptions et de leurs intentions; elle intervertit l'ordre des facteurs dans un monde de pures relations juridiques, où tout repose sur des concepts et des volontés. C'est en cela que, par excès d'analyse, elle pèche contre la synthèse, donc contre la vérité juridique », *De la personnalité juridique*, cit., p. 445.

(136) Il ribaltamento di prospettiva è evidente sin dall'inizio, posto l'assunto di

intesa in senso pieno, quale attitudine a porsi come un soggetto di diritto, non sia un dato assoluto, una entità invariabile, ma sia al contrario un elemento graduabile, ammetta cioè gradi diversi di intensità. Si tratterà allora di verificare se e in quale modo il diritto è in grado di riflettere tale complessità.

Hölder individua tale capacità facendo leva sulla classica distinzione tra capacità di godimento e capacità di esercizio, tra i concetti di *Rechtsfähigkeit* e *Geschäftsfähigkeit*. Il primo concetto suggerisce l'idea di appartenenza, designa il soggetto cui appartiene il diritto, cui spetta un *haben* o un *tragen*; il secondo indica invece il fatto di disporre di un diritto, cioè il potere inerente a una situazione giuridica soggettiva, la *Macht* che la costituisce. Secondo la concezione tradizionale, nel caso di scissione tra capacità di godimento e capacità di disposizione, il soggetto di diritto è il titolare della *Rechtsfähigkeit*.

Hölder inverte completamente l'ordine dei fattori e attribuisce il valore soggettivo, il valore di personalità, alla sola capacità di esercizio, alla *Geschäftsfähigkeit*, sostenendo che il vero soggetto di diritto, contrariamente alla teoria di Jhering, per il quale il soggetto di diritto è il suo destinatario, è colui che lo esercita. L'attribuzione e l'appartenenza del diritto, in tal modo, si spostano passando dal beneficiario al detentore, dal rappresentato al rappresentante. Il rappresentante legale diventa il titolare esclusivo del potere di disposizione che costituisce l'essenza del diritto, e lo esercita a titolo funzionale, come un ufficio legale, un *Amt*, mentre il patrimonio che gli è affidato diventa un *Amtsvermögen*, distinto dal patrimonio personale. La sola personalità effettiva è la personalità autonoma, *rechtlich selbständig*, la quale dispone al contempo del godimento e dell'esercizio del diritto. In caso di separazione, la personalità, *sub specie* di personalità-funzione spetta al titolare dell'essenza del diritto, cioè della *Macht*, che lo caratterizza sotto il profilo interno e esterno.

Il problema si risolve quindi nella contrapposizione tra personalità individuali e personalità funzionali. Siamo in presenza di una personalità funzionale, di una *Amtspersönlichkeit*, di un soggetto di

---

partenza: « Persönlichkeit ist die spezifisch menschliche Individualität », cfr. E. Hölder, *Natürliche und juristische Personen*, cit., p. 20.

diritto a titolo funzionale, nel caso delle associazioni senza fine di lucro e delle fondazioni, nel quale la finalità che ispira e regola la funzione rappresentativa dei detentori dei diritti soggettivi si oppone agli interessi puramente individuali degli associati, al punto che i soggetti che esercitano i diritti dell'associazione sono nella stessa situazione del rappresentante legale nei confronti di un minore. Essi esercitano tali diritti a precise condizioni, e sotto il controllo e l'autorizzazione dell'assemblea degli associati, ma tali limitazioni non incidono sull'essenza del potere stesso, sulla *Geschäftsfähigkeit*, che costituisce il fondamento della personalità giuridica.

Ciò è ancora più evidente nel caso della fondazione, nel quale non vi sono più specifici beneficiari pronti a rivendicare la propria qualità di soggetti di diritto, ma vi è solo il detentore di una funzione amministrativa, investito dei diritti patrimoniali, alle condizioni statutarie di esercizio imposte dal fondatore (si pensi al caso di una fondazione indiretta, la cui costituzione è affidata a un legatario universale o a un esecutore testamentario, nel rispetto delle condizioni stabilite nel testamento) (137). In tutte queste ipotesi, la presenza in capo al rappresentante della *Geschäftsfähigkeit* consente di immaginare una personalità-funzione distinta dalle individualità dei singoli associati.

Diverso è il caso delle associazioni con fine di lucro. In tale ipotesi, gli individui raccolti in collettività agiscono nel loro esclusivo interesse e gli amministratori sono, nei loro confronti, in una situazione di dipendenza paragonabile a quella di un mandatario. Non è quindi possibile opporre la situazione giuridica personale dei rappresentanti e degli altri organi della comunità a quella degli individui rappresentati, riconoscendo ai primi un diritto proprio, diverso dai diritti particolari costituiti in diritti collettivi. I rappresentanti, perciò, non danno vita a una nuova soggettività giuridica ma a una seplice « Mehrheit von Personen » (138). Le uniche personalità giu-

---

(137) Hölder sottolinea la « Unmöglichkeit der Entstehung einer Stiftung ohne Vermögen, sondern auch die Unmöglichkeit ihrer ferneren Existenz nach dem Wegfall ihres Vermögens », precisando come « ohne Kräfte, über die sie verfügt, kann freilich die Stiftung nicht existieren ». La presenza di persone fisiche « die Stiftung zu verwalten oder zu vertreten » è considerata invece « unwesentlich », *op. cit.*, p. 242 e 245.

(138) *Ibidem*, p. 335.

ridiche rilevanti sono quelle degli associati, con la sola riserva che l'esercizio dei diritti particolari è condizionato dalla presenza del vincolo associativo ed essi sono tenuti ad agire collettivamente o tramite rappresentanti costituiti con mandato collettivo.

Saleilles attacca il fondamento stesso della teoria di Hölder (139), e cioè la convinzione, che rimanda a una mentalità giuridica di tipo medievale, che l'esercizio del diritto, ovvero la messa in opera del potere in esso contenuto, costituisca l'essenza stessa diritto soggettivo, indipendentemente dalla ricerca della finalità cui tale esercizio è preordinato.

La titolarità del diritto spetta a colui che lo esercita (140). Tuttavia, non è possibile comprendere una situazione giuridica prescindendo dalla prospettiva finalistica e la stessa distinzione tra

---

(139) La critica alle tesi del giurista tedesco viene argomentata a partire dalla considerazione della loro difficile applicabilità all'ambito delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato. In particolare, il tentativo di considerare la fondazione una sorta di corporazione allargata, una collettività i cui membri restano anonimi e indeterminati, appare poco felice. La mancanza di titolari specificamente determinati impedisce di interpretare il fenomeno della fondazione con lo schema della proprietà collettiva. Infatti, un diritto di proprietà appartenente in misura infinitesimale e per una durata puramente transitoria a un soggetto che realizza le condizioni richieste dal vincolo di destinazione, non è più un diritto di proprietà, ma un onere, un *modus*, un *use*, secondo il diritto inglese. Sostenere che tale diritto, in quanto diritto di proprietà, appartiene a tutti coloro che, in un momento determinato, hanno titolo per invocarlo, significa ammettere una finzione di proprietà, espressa nella realtà attraverso un procedimento più o meno adeguato di rappresentazione della massa patrimoniale alla quale viene ricondotto. Tuttavia, la rappresentazione di titolari sconosciuti non si risolve nella rappresentazione di diritti appartenenti individualmente ai rappresentanti ma in un istituto autonomo che li sostituisce, dotato di caratteri propri, e quindi in una persona giuridica dotata di una personalità distinta. La teoria della proprietà collettiva, applicata al fenomeno della fondazione, riporta necessariamente in auge la teoria della finzione, come unico espediente teorico capace di dar conto della presenza di un patrimonio autonomo, esistente di per sé, indipendentemente dalla determinazione dei titolari o degli aventi diritto. Cfr. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, cit., p. 422.

(140) Sulla stessa linea di Saleilles è Louis Josserand secondo il quale negare l'esistenza della persona giuridica significa « méconnaître le rôle d'unification, de synthèse qui est dévolu à la personnalité morale; c'est dénier la vie à un organisme bien vivant cependant ». Partendo dalla distinzione tra persone giuridiche e *Gesamte Hand*, l'autore rivendica la fondatezza della nozione di *personnalité morale* e la sua autonomia concettuale, contro i suoi autorevoli detrattori. Cfr. L. JOSSERAND, *Essai sur la propriété collettive*, in *Le Code civil (1804-1904): livre du centenaire*, cit., p. 362 e ss.

personalità individuale e personalità funzionale non può spiegarsi se non sulla base di una verifica delle finalità che guidano l'esercizio del diritto. La generalizzazione del modello della proprietà fiduciaria, basato su una visione distorta della realtà, tesa a sopravvalutare il momento della *Geschäftsfähigkeit*, non è accettabile poiché contraddice la *ratio* autentica del fenomeno associativo che, come in ogni rapporto giuridico, deriva dalla sua finalità sociale. Ne consegue che il soggetto a favore del quale viene esercitato il diritto ne è l'autentico titolare: il rappresentato, per quanto incapace di volontà attuale, resta l'unico soggetto di diritto, il solo investito di personalità (141):

> le but est la vie interne, l'âme cachée, mais génératrice de tous les droits. C'est leur finalité sociale qui est constitutive de leur subjectivité…Jhering a vu juste. On n'a jamais mieux dit et on ne dira jamais mieux. Il faut en revenir à ces vues géniales, géniales parce qu' elles sont la réalité même. Le droit appartient à celui qui en incarne le but, c'est-à-dire toute la finalité sociale (142).

A rivelarsi decisiva, ancora una volta, è la lezione jheringhiana. Ad essa e all'incontro con l'opera di Gierke si deve la convinta adesione di Saleilles alla teoria della realtà.

4.3. *La teoria della realtà.*

La costruzione della teoria della realtà rappresenta forse il più importante contributo fornito da Saleilles alla definizione di un autentico *droit social*, nel senso del superamento del cosiddetto pregiudizio individualista (143).

---

(141) La teoria della proprietà collettiva è attaccata da Windscheid con argomenti analoghi: « il soggetto dei diritti e delle obbligazioni è la persona giuridica come tale: quindi nella fondazione non lo sono punto gli individui a cui esclusivo vantaggio ridonda il patrimonio della fondazione, e specialmente nella corporazione non lo sono i suoi membri », cfr. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, cit., p. 238.

(142) *De la personnalité juridique*, cit., p. 497.

(143) All'inizio del Novecento, Gioele Solari osservava non a caso come « nell'aver tradotto nella forma più logica e perfetta nei rapporti civili l'idea individualista sta ad un tempo il maggior pregio e il maggior difetto del Codice civile, la ragion vera della sua vitalità perenne e della sua decadenza ». Cfr. G. SOLARI, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, Torino, 1911, cit., p. 201.

Secondo Georges Gurvitch (144), le dottrine del giurista di Beaune, insieme a quelle di Hauriou, di Michoud e, in misura minore, di Duguit, come pure le concezioni di alcuni teorici del sindacalismo costruttivo e del cooperativismo, rappresentano il punto di arrivo di un nucleo di idee per lo più misconosciute, ignorate nella loro filiazione e nelle loro tappe dialettiche, che ha, per limitarsi all'Ottocento, nell'ultimo Fichte, in Krause, in Proudhon, nella Scuola storica e da ultimo in Gierke, i suoi esponenti più significativi.

Tratto comune di questa corrente di pensiero è il tentativo di esprimere la nozione della "totalità concreta" in termini giuridici, unendo uno spiccato anti-individualismo giuridico con uno spiritualismo che valorizza al massimo grado l'idea di diritto. Non si può negare che il ciclo di lezioni sulla « personnalité juridique » sia espressione di questo sforzo di socializzazione del diritto e prenda le mosse dalla ricerca di una sintesi inedita tra *individuel* e *collectif*:

> il n'y a plus rien dans ce qui fait l'essence du droit telle que nous l'avons vue ressortir des faits et de la nature des choses qui exige que la personne humaine soit le seul être capable de droits. On le proclame dans la thèse qui ne voit que l'individu et qui part de l'individu pour constituer la société, théorie du contrat social. Il n'est plus possible de le dire dans

(144) Questi sottolinea come il pregiudizio individualista abbia contribuito a scavare un fossato tra i concetti dei giuristi e la vita reale del diritto sopprimendo la forza creatrice della scienza giuridica. Gurvitch ritiene che la causa principale dell'assenza di una forza creatrice all'interno del pensiero giuridico contemporaneo, capace di sostituire categorie giuridiche superate con delle categorie positive nuove, risieda nella tendenza a identificare l'individualismo con l'idea del diritto. Al contrario, una riforma autentica del pensiero giuridico può essere conseguita solo dimostrando che l'autonomia dell'idea di diritto non dipende dall'assunzione di un punto di vista individualista, il quale costituisce soltanto una deformazione dell'essenza del diritto, altrettanto inaccettabile della deformazione unilateralmente universalista; che il "tutto" ammette una espressione giuridica senza per questo trasformarsi in un individuo "in grande" che esige la subordinazione di tutti gli altri individui alla sua volontà ordinante; che, al fine di comprendere adeguatamente l'idea di diritto, questo "tutto" deve essere introdotto nella struttura giuridica intrinseca e che non può esservi una totalità reale e attiva che non abbia necessità, per esistere, di appoggiarsi sul diritto; che l'anti-individualismo e il rispetto per il diritto non sono termini contraddittori ma elementi che tendono verso una sintesi comune. Si veda in particolare G. GURVITCH, *Le temps présent et l'idée du droit social*, cit., p. 23.

celle qui fait du droit avant tout un produit de la vie en commun organisée et hiérarchisée. Car cet être qui s'appelle la société peut contenir ou produire en lui-même d'autres groupements similaires investis d'une fonction sociale partiellement identique, et dont le but par conséquent soit au suprême degré celui que le droit a en vue. Ce sont des collectivités ayant des droits et par suite des personnes juridiques au sens idéal du mot (145).

Si tratta di una riflessione segnata da un evidente *enjeu sociologique*, di una rilettura delle principali categorie giuridiche condotta all'insegna delle suggestioni provenienti dal sociologismo e animata dalla convinzione che sia necessario abbattere la muraglia che separa l'universo giuridico dalla realtà sociale.

Non stupisce quindi che i durkheimiani finiscano per considerare Saleilles uno dei loro e ne tessano le lodi. L'*Année sociologique* dedica al volume sulla personalità giuridica una recensione estremamente favorevole. « On comprend », scrive Davy, « qu' aucun problème ne saurait intéresser davantage le sociologue puisqu' il s'agit de savoir en somme si l'on va consacrer juridiquement l'existance indépendante et autonome de l'institution à côté de celle et au même titre que celle de l'individu. Il est clair que si l'on se décide sans artifice ni sans réticence, la notion de droit s'en trouvera entièrement renouvelée dans son origine et dans son application » (146).

La volontà di superare la prospettiva rigidamente individualista, tipica del liberalismo di stretta osservanza, è evidente già nella critica

---

(145) *De la personnalité juridique*, cit., p. 545.

(146) La recensione si trova in *Année sociologique*, XII, 1913, pp. 346-364, il passo citato è a p. 348. Cfr. C. COCHEZ, *Le droit dans l'Année sociologique*, Mémoire présenté en vue de l'obtention du Master droit, mention Norme et justice (sous la direction de P.-Y. VERKINDT), Univesrité de Lille 2, Droit et Santé, 2003/2004, in particolare p. 71 e ss. Il lavoro riscostruisce gli intrecci tra scienza giuridica e sociologia. Quest'ultima utilizza il diritto come « réservoir de symboles et de représentations », ma i rapporti tra le due discipline non sono sempre facili, al di là delle dichiarazioni di stima e di mutua dipendenza, soprattutto a causa delle pretese egemonizzanti della scuola durkheimiana che entra per così dire a gamba tesa nel panorama culturale dell'epoca. Georges Davy è probabilmente la figura più emblematica di giurista-sociologo prodotto da tale *milieu* culturale. Cfr. G. DAVY, *Le droit, l'idéalisme et l'expérience*, Paris, 1922, in particolare il saggio su *Le droit et la notion de personne* e il saggio su *Le droit objectif de l'« institution »*.

alla teoria della proprietà collettiva, ma trova pieno sviluppo nella esposizione della teoria della realtà, di cui costituisce il nucleo fondante.

4.3.1. *Saleilles* versus *Duguit: il salvataggio del* droit subjectif *e la centralità della nozione di* appartenance juridique.

La ricostruzione del fenomeno della personalità in chiave realista rende inevitabile il confronto con alcuni temi fondamentali della dogmatica giuridica, quali la nozione di *droit subjectif* e, in generale, il problema dei rapporti esistenti tra volontà, libertà e diritto.

L'argomentare di Saleilles è incalzante, si alimenta della vivacità e della immediatezza tipica di un testo nato per la didattica, costruito seguendo un percorso complesso e ricchissimo di suggestioni, le cui tappe essenziali sono la definizione della nozione di *droit subjectif* (147), la dimostrazione che esso non è prerogativa esclusiva delle persone fisiche, la critica al metodo positivo di Duguit, l'adesione all'istituzionalismo di Hauriou e la precisazione dei caratteri della *institution*, nella quale si trovano realizzate le condizioni essenziali per l'esistenza del diritto e della persona giuridica.

La premessa, i cui ingredienti sono di chiara derivazione jheringhiana, è rappresentata dal superamento della concezione che fa della volontà il fine esclusivo del diritto, presentando quest'ultimo come la manifestazione esteriore della libertà. Essa è respinta in quanto concezione puramente individualista e filosofica, contraddetta dai fatti e dalla storia, e inconciliabile con una visione sociale del diritto:

> l'idée d'une appartenance subjective des droits au profit de ceux au nom de qui, et pour le compte de qui, ils sont exercés, est désormais une conquête de la réalité juridique sur le terrain de la finalité dans le domaine du droit, conquête qui est acquise, et que plus rien au monde, à moins de revenir à un état de culture archaïque et barbare, ne pourra mettre à l'écart.

---

(147) Su tale nozione e sullo sviluppo della relativa teoria, si veda M. VILLEY, *Les origines de la notion de droits subjectifs*, in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1962, p. 221 e ss.

C'est un point acquis. Ihering a donc eu raison d'en faire la base de toute sa discussion (148).

La metodologia jheringhiana e, in particolare, la convinzione che il fondamento del diritto sia costituito da un interesse socialmente rilevante, fa da sfondo alla complessa riflessione in materia di personalità. Si tratta di una impostazione suggestiva, che non viene però accolta acriticamente. Essa pecca per eccesso nella misura in cui trascura completamente le categorie del potere e della volontà, che rimangono invece elementi essenziali della dinamica giuridica. Per tale ragione, la ricerca del fondamento del *droit subjectif* non può risolversi nella mera constatazione sociologica della presenza di interessi tutelati attraverso specifici meccanismi coercitivi, ma deve invece approdare a una soluzione complessa, di carattere compromissorio, capace di contemperare gli apporti del sociologismo con l'elemento metafisico inevitabilmente presente in una concezione classica del fenomeno giuridico; ciò in linea con la più volte ricordata strategia di rinnovamento non traumatico dell'edificio giuridico liberale, realizzato dall'interno, salvaguardandone le fondamenta essenziali.

In tale prospettiva, muovendosi sempre all'interno del serbatoio inesauribile della dottrina tedesca, Saleilles ricostruisce la nozione di *droit subjectif* a partire dalla definizione proposta da Georg Jellinek (149) nella seconda edizione del suo *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, nella quale esso è descritto come « die von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte auf ein Gut oder Interesse gerichtete menschliche Willensmacht » (150).

---

(148) *De la personnalité juridique*, cit., p. 532.

(149) *Ibidem*, p. 540.

(150) Cito da G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Aalen, 1979, p. 44. Saleilles fa riferimento all'edizione del 1905. Il passaggio citato è contenuto nel paragrafo dedicato alla definizione del « subjektives öffentliches Recht des Individuums », nel quale Jellinek, prendendo le mosse da Jhering, aggiunge al requisito dell'« Interesse » il requisito del « Wille », precisando però che quest'ultimo è sempre un mezzo e mai il fine del diritto. Su Jellinek quale *trait d'union* tra le tendenze politiche e scientifiche latine e quelle germaniche, cfr. V. E. ORLANDO, *Sulla teoria dei « diritti pubblici subiettivi » di Jellinek*, in V. E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale — Scritti vari coordinati in sistema (1881-1940)*, Milano, 1940, pp. 275-285.

A partire da questa indicazione, mettendo in rilievo la « puissance de vouloir », cioè il potere e la volontà rispetto all'interesse, Saleilles definisce il *droit subjectif* come un « pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social, et exercé par une volonté autonome » (151).

Tale definizione presenta innumerevoli vantaggi. In primo luogo, il riferimento al carattere sociale dell'interesse giuridicamente tutelato garantisce la dipendenza e l'adattamento del diritto alla vita associata, consente di superare la prospettiva rigidamente individualistica, senza però ricollegare la tutela dei diritti soggettivi a un riconoscimento o a una consacrazione legale, il che significherebbe far dipendere la loro esistenza da una concessione statuale. Ciò consente di elevare la *coutume* al rango di interesse meritevole di tutela, collegato a uno specifico potere individuale, benché essa si fondi soltanto su un riconoscimento implicito della comunità, mentre non impedisce la valorizzazione di interessi non riconosciuti dal diritto positivo ma rivendicati dalla collettività perché ritenuti indispensabili alla vita sociale. In secondo luogo, considerare la volontà un semplice procedimento di realizzazione del diritto e non un fine in sé consente di ricomprendere nella nozione di *droit subjectif* anche le ipotesi, diverse dai casi normali di identificazione tra esercizio e godimento, in cui la facoltà costitutiva del diritto è esercitata da soggetti diversi dal titolare.

Infine, la sottolineatura del profilo della volontà come strumento al servizio della realizzazione del diritto, ha lo scopo di distinguere i diritti, nella loro appartenenza soggettiva, da tutti gli altri procedimenti di protezione giuridica riconducibili all'ambito del diritto pubblico, esercitati a titolo di tutela amministrativa, o espressione di una soggettività di diritto pubblico, come nel caso dell'esercizio dei diritti elettorali. Tale nozione di diritto esclude, come si vede, qualsiasi collegamento forzato con l'elemento della volontà il quale, da fonda-

---

(151) Definizione non dissimile da quella proposta da Léon Michoud il quale, utilizzando del pari come riferimento Jhering e Jellinek, considera l'« intérêt » e la « puissance » gli elementi essenziali del *droit subjectif*. Esso è perciò definito come l'« intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes, juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre », cfr. L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale*, cit., p. 105.

mento necessario della situazione giuridica soggettiva, diventa un semplice strumento di realizzazione della pretesa individuale.

Ciò provoca una rilettura della nozione tradizionale di soggetto del diritto. Julius Binder, parlando « subjektives Recht der Willensmacht », ne idividua il fondamento nella titolarità di un potere costitutivo di diritti soggettivi: « Subjekt im Rechtssinn ist, was die Rechtsordnung als Subjekt achtet, es ist nicht ein Subjekt, von dem ausgesagt werden kann, daß es subjektiver Rechte fähig sei, nicht ein Subjekt von Rechten, sondern ein Subjekt des Rechtes, der Rechtsordnung » (152). In quanto soggetto dell'ordinamento giuridico, il *Rechtssubjekt* si presenta necessariamente come « träger eines Willens », è qualificato dal momento volontaristico, purché inteso non « im Sinne der psychologischen Faktizität, sondern als subjektive Erscheinung der den Menschen beseelenden Vernunft » (153).

Saleilles prende spunto dalla definizione binderiana ma, a differenza del giurista tedesco, non risolve la nozione di soggetto di diritto in un mero rapporto attuativo di una situazione giuridica soggettiva, ritenendo viceversa necessaria la presenza di una persona in senso giuridico, cioè di un essere giuridicamente organizzato capace di venire investito del potere costitutivo di un diritto soggettivo. Ciò implica che esso sia organizzato per agire in ambito giuridico, cioè allo scopo di raggiungere un fine che è espressione degli interessi di carattere sociale i quali sono la giustificazione e la legittimazione del diritto. Una persona giuridica è dunque qualsiasi essere dotato di una volontà autonoma, organizzato in modo tale da

---

(152) Cfr. J. BINDER, *Philosophie des Rechts*, Berlin, 1925, cit., p. 443. Si veda anche *Rechtsnorm und Rechtspflicht — Rede gehalten bei Übernahme des Prorektorates der Friedrich — Alexanders — Universität in Erlangen am 4 November 1911*, Leipzig, 1912, nonché *Rechtsbegriff und Rechtsidee — Bemerkungen zur Philosophie Rudolf Stammlers*, Leipzig, 1915. Su Binder, si veda V. PALAZZOLO, *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch e di Julius Binder*, Milano, 1983.

(153) *Ibidem.* È interessante notare come, secondo Binder, l'errore tipico della dottrina sia quello di concepire la persona giuridica come una "cosa", costruita sulla falsariga della persona fisica, e quindi dotata di "anima" e "volontà". Viceversa, le nozioni che la caratterizzano sono quelle di « Organisation » e di « Beziehung zum Rechte », *ibidem*, p. 446.

produrla, e capace di realizzare un interesse suscettibile di porsi come un fine in sé per il diritto.

Il prototipo è ovviamente rappresentato dalla persona fisica, la quale dispone della volontà capace di esercitare un potere costitutivo di un diritto soggettivo direttamente o attraverso una volontà funzionale in grado di rappresentarne adeguatamente gli interessi, ma la definzione binderiana, opportunamente corretta, non esclude che soggetto del diritto, data l'essenza del *subjektives Recht*, possa essere una entità diversa dalla sola persona fisica: « toute entité constituée à titre suffisamment autonome, et productrice d'activité juridique, devient un sujet de droit, dès qu' elle a une volonté qui lui soit affectée pour exercer les pouvoirs qui lui sont attribués à titre de droits » (154).

La rilettura della categoria del *droit subjectif* alla luce delle acquisizioni della più recente dottrina tedesca consente perciò a Saleilles di spianare la strada al riconoscimento della piena soggettività giuridica dei gruppi e delle associazioni.

Il deciso salvataggio del *droit subjectif* come categoria centrale del sistema giuridico lo porta inevitabilmente a confrontarsi con l' « école positiviste », con l'indirizzo dottrinale inaugurato da Léon Duguit, indirizzo che deriva in linea diretta dal positivismo di Comte e rappresenta una applicazione rigorosissima all'ambito del diritto dei postulati del sociologismo durkheimiano (155).

Il postulato essenziale della *méthode historique* — l'affermazione della storicità e fattualità del diritto — non comporta necessariamente una dissoluzione del diritto nella *règle de droit*, cioè nel fatto della *interdépendance sociale*. Il recupero della fattualità e della socialità del diritto sottolinea l'importanza del *droit objectif*, del *droit social*, ma non ha l'effetto di togliere validità alla nozione di *droit subjectif*.

Saleilles studia attentamente gli scritti del collega bordolese e resta particolarmente impressionato dalla serie di conferenze tenute

---

(154) *De la personnalité juridique*, cit., p. 558.

(155) « Affermandosi un positivista estremo, diceva di voler tutto subordinare alle attestazioni della realtà », cfr. V. E. ORLANDO, *Léon Duguit e la scuola del realismo giuridico*, in V. E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 73-79, cit., p. 76; R. SALEILLES, *L'origine du droit et du devoir*, cit., p. 155 e ss.

alla *Ecole de Hautes Etudes* (156) nel 1908. Lo colpiscono il talento argomentativo e la lucida coerenza del discepolo di Durkheim, ma le conclusioni gli paiono irricevibili: si tratta di « théories très séduisantes » e « brillamment défendues » ma unilaterali e fuori della realtà, tali da costituire « une métaphysique et une théologie à rebours ».

Secondo Duguit, non solo la nozione di persona giuridica, ma la stessa nozione di soggetto di diritto rappresenta una chimera, una costruzione metafisica, una finzione, da espungere dalla teoria giuridica (157). La realtà non svela legami di appartenenza soggettiva tra i poteri giuridicamente organizzati che danno vita ai diritti e l'individuo o gli individui ai quali essi appartengono, ma solo specifiche necessità inerenti a un organismo sociale, e quindi rapporti resi necessari dal fatto stesso della vita in società, frutto di una inevitabile « interdépendance »; senza che sia possibile affermare, se non attraverso una finzione antropomorfica, che tali rapporti, anche qualora si esprimano attraverso facoltà individuali, costituiscono dei poteri appartenenti all'individuo. Le situazioni giuridiche soggettive sono in realtà il riflesso della « règle de droit », cioè della regola di condotta insita nella nozione di cooperazione e di solidarietà sociale: « nous ne voyons dans le droit qu' une règle de conduite sociale, et, si l'homme a des droits subjectifs, ils dérivent de cette règle de conduite. Les doctrines du droit naturel font au contraire découler la règle juridique de prétendus droits subjectifs en sa qualité d'homme » (158).

---

(156) Cfr. L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat — Conférences faites à l'Ecole des Hautes Etudes Sociales*, Paris, 1908. La confutazione della nozione di *droit subjectif* si trova a p. 14 e ss., dopo l'esame della nozione di *règle de droit*.

(157) La tesi di Duguit in tema di persona giuridica (negazione della personalità giuridica come conseguenza della critica del diritto soggettivo e della affermazione del fondamento obiettivo del diritto) è ricostruita da E. PISIER-KOUCHNER, *La notion de personne morale dans l'oeuvre de Léon Duguit*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 11-12, 1982/1983, II, p. 667 e ss.

(158) Cfr. L. DUGUIT, *Etudes de droit public*, I, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, cit., p. 105. Lo stesso autore preciserà ulteriormente qualche anno dopo tale posizione in un celebre lavoro di sintesi: « je dis d'abord que la notion fondamentale qui est à la base du système de 1789 et de 1804 et de toutes les législations positives qui s'en

I diritti, in questa linea di pensiero, sono il prodotto della legge sociale in un paese determinato e in una determinata epoca storica, nascono dalla interdipendenza dei rapporti sociali. In conseguenza, nessuno può affermare di essere titolare di un diritto che gli appartiene in quanto soggetto. È possibile invocare dinanzi a un giudice l'applicazione delle regole di diritto oggettivo che si adattano ai rapporti giuridici che disciplinano una determinata fattispecie. Ciò non significa però essere titolare di diritti soggettivi; significa, al contrario, che l'ordinamento stabilisce determinate garanzie legali allo scopo di farsi carico di esigenze che emergono dal fatto della interdipendenza sociale.

Così, nel caso del contratto, non si potrà dire che è stata la volontà individuale a creare un rapporto giuridico meritevole di tutela, ma che le esigenze del credito, postulate dalle leggi sociali, favoriscono il sorgere di uno stato giuridico conforme alle necessità espresse dal contesto sociale. Analogamente, la proprietà non è un diritto assoluto, un rapporto diretto ed esclusivo tra un individuo e una cosa, ma è un potere esclusivo riconosciuto dall'ordinamento allo scopo di esercitare sulla cosa una funzione di dominio individuale necessaria alla prosperità economica dello Stato.

Saleilles avverte anche per questo il rischio — reso esplicito in occasione della illustrazione della teoria della realtà — che l'adozione di un punto di vista pragmatico possa risolversi nella messa in discussione della categoria del *droit subjectif*, che egli continua al contrario a considerare un pilastro del sistema giuridico privatistico.

La teoria di Duguit viene ritenuta fuorviante poiché è il frutto di una concezione determinista e stilizzata della realtà giuridica, la quale al contrario non è fatta soltanto di elementi esteriori e visibili ma anche di una serie di relazioni intellettuali concepite e riconosciute dallo spirito. Il sistema giuridico è anche, almento in parte,

---

sont inspirées est celle de droit subjectif: le droit subjectif de l'Etat personnifiant la collectivité, le droit subjecitf de l'individu. Je dis que cette notion est d'ordre purement métaphysique, ce qui est en contradiction certaine avec les tendances des sociétés modernes, et avec le réalisme, disons le mot, avec le positivisme de notre époque. Les controverses sans fin qui s'élèvent sur la vraie nature du droit subjectif sont la meilleure preuve de tout ce qu' a d'artificiel et de précaire cette conception », cfr. L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912, cit., p. 9 e ss.

una forma di psicologia collettiva. I rapporti di interdipendenza sociale di cui parla Duguit non sorgono automaticamente attraverso reazioni spontanee di carattere naturale ma sono il prodotto di sforzi razionali, attuati dallo spirito, allo scopo di evidenziare le leggi sociali e i rapporti particolari che caratterizzano un'epoca determinata della vita di un popolo. La vita sociale di una collettività intelligente non si organizza d'istinto, « comme celle d'une société de fourmis ou d'abeilles », e in forme immutabili, ma è il frutto di concezioni razionali, creatrici di rapporti e di relazioni astratte.

Si tratta quindi di chiarire se tali rapporti debbano essere considerati elementi corrispondenti a necessità funzionali dell'individuo o se, al contrario, all'individuo non spetta, per natura, alcun diritto, salvo vedersi riconoscere accidentalmente, in virtù di una sorta di tolleranza precaria, delle facoltà frutto di rapporti di interdipendenza sociale, di cui egli è soltanto uno degli elementi.

Saleilles rivendica l'« aptitude à la fois naturelle et sociale au droit » tipica dell'uomo, che fa di lui il « véritable sujet d'appartenance des droits »; essi appartengono all'individuo poiché rispondono, socialmente parlando, a una necessità e a una legge della sua vita individuale e sociale, in quanto egli non potrebbe sussistere in assenza di diritti, cioè di poteri giuridicamente e legalmente costituiti. Negare tale principio significa attribuire alla società, solo organo capace di esprimere i rapporti di interdipendenza sociale, la facoltà di determinare il fondamento e il contenuto di ogni diritto, con la conseguenza che è sempre possibile fare appello a una non meglio precisata necessità sociale per violare, comprimere o misconoscere i diritti soggettivi individuali.

L'impostazione di Duguit, pertanto, viene criticata sotto un duplice profilo. In primo luogo perché essa, promuovendo un assetto puramente obiettivo dei rapporti sociali, rischia di avere esiti autoritari e illiberali, facendo dipendere la creazione del diritto dalla volontà dello Stato, unico interprete autorizzato delle convenzioni sociali. Viene meno in tal modo non soltanto la possibilità di concepire la personalità giuridica come modello regolatore delle entità collettive, ma anche la pensabilità di una sfera di autonomia del singolo, in quanto persona giuridica capace di avere dei diritti

e di pretenderne il godimento. Il che è contrario all'interesse della collettività e del progresso sociale, dal momento che lo sviluppo della società presuppone la possibilità della libera espressione delle personalità individuali.

Anche dal punto di vista della solidarietà sociale, utilizzato da Duguit come criterio ricostruttivo della dinamica giuridica, l'unica garanzia esistente per la personalità individuale è la possibilità di porsi come soggetto di diritto, di porsi cioè come sovranità, per quanto limitata, entro una sfera di attività giuridica indispensabile per la protezione e lo sviluppo degli interessi individuali. La teoria del diritto oggettivo, eliminando la nozione di potere e la possibilià stessa di una volontà autonoma, riduce i diritti soggettivi alla stregua di funzioni delegate, a cominciare dal diritto di proprietà, trasformato in un *Amtsvermögen*.

In secondo luogo, l'impostazione di Duguit appare inaccettabile poiché dà vita a una nuova forma di dogmatismo, a una « théologie à rebours », a una « théologie positiviste ». Infatti, la ricerca di una istanza oggettiva di produzione del diritto, ove si decida di non seguire l'opzione ultra-statalista, impone di affidarsi a una interpretazione della nozione di solidarietà sociale, elaborata per via dottrinale, facendo appello alla coscienza universale, attraverso procedimenti analoghi a quelli utilizzati dalla scuola del diritto naturale e dai corifei del giusnaturalismo razionalistico.

Contro i rischi insiti nella teoria del *droit objectif*, Saleilles rivendica la validità permanente delle nozioni di « sujet », di « appartenance » e di « propriété des droits », avendo cura di precisare il contenuto di tali concetti in senso anti-metafisico. In particolare, il riduzionismo positivistico di Duguit gli appare come la negazione del senso stesso di giustizia e di equità e, prima ancora, come la negazione dell'essenza stessa del diritto, che si presenta come « élément de la personnalité » prima ancora che come « nécessité sociale »:

> là où il n'y a plus de droit subjectif, il n'y a plus de droit. Si l'on ne peut plus dire « mon droit », si l'on ne peut plus dire « j'ai un droit », s'il faut dire j'ai une fonction que m'impose la société et qui ne dépend que de la tyrannie de l'évolution sociale, je ne suis plus alors qu' un atome de cet orgnisme dévorant pour lequel je vis et je travaille, la société; je ne suis plus

un individu, je ne suis plus une personne. Il peut y avoir des droits dans le monde, il n'y a plus de droit pour l'individu (159).

Parlare di fattualità e di socialità non significa pertanto ridurre il diritto a *règle de droit*, a *fonction*. La nozione di realtà, infatti, non comprende solo le realtà esterne e materiali: le concezioni che circolano in un contesto sociale in una determinata epoca storica sono esse stesse dei dati di realtà. Studiare il diritto come fenomeno sociale significa riconoscere l'importanza delle rappresentazioni concettuali, delle idealità che, a un livello più o meno indistinto, circolano all'interno di una determinata società, contribuendo a fondare, in senso pieno, la socialità del diritto.

Il *droit subjectif*, cui Saleilles riconosce pieno diritto di cittadinanza, non è però inteso alla maniera della ideologia rivoluzionaria. Esso non è una entità dotata di una esistenza autonoma, un potere inerente all'individuo e superiore all'ordine giuridico, inteso come insieme delle necessità sociali, frutto della medesima concezione filosofica della libertà, della individualità e della personalità, che ha ispirato in Francia i teorici della *Déclaration*, in Germania i partigiani della *Willenstheorie*.

Il diritto non è un potere esistente di per sé ma un potere riconosciuto dalla *communis opinio* come una necessità individuale, come una relazione stabilita, a livello teorico, tra la volontà agente e i risultati sociali perseguiti, il cui raggiungimento è garantito dalla volontà generale in quanto interprete della collettività. Una relazione concepita dallo spirito non è un concetto metafisico ma un fatto di psicologia collettiva, che assume un valore oggettivo in quanto diviene fondamento dei rapporti sociali, creati a partire dalle realtà materiali nelle quali operano gli individui riuniti in società.

Il diritto soggettivo, in quanto riflesso della psicologia collettiva, assume una indiscutibile concretezza e diventa un *fait social* di primaria importanza. L'appartenenza del diritto soggettivo a un soggetto determinato in virtù di una causa iniziale e non di una concessione legale, espressione di un potere finalizzato al perseguimento di un interesse socialmente riconosciuto, costituisce pertanto un *fait social* di carattere primordiale. Il potere di agire, riconosciuto

(159) *L'origine du droit et du devoir*, cit., p. 157.

all'individuo dal diritto positivo, si pone perciò come *droit subjectif*, avente una origine pre-legale, e conferma la sua centralità nel contesto della teoria giuridica.

Come si vede, Saleilles critica la teoria del *droit objectif* dall'interno, senza aggrapparsi alla concezione classica che fa del diritto il lato esterno della libertà, adottando al contrario lo stesso paradigma sociologizzante, espressione dell'*air du temps*, e particolarmente caro al collega bordolese.

Ma l'argomento decisivo a favore della nozione di *droit subjectif* è l'argomento di carattere storico, cui abbiamo già precedentemente fatto riferimento. Il modello "genetico" che emerge dall'analisi della vicenda storico-giuridica mostra come il diritto non abbia il suo fondamento iniziale in un potere collettivo interprete della solidarietà sociale ma nasca da iniziative individuali che, affermandosi con la forza, divengono in seguito produttive di ordine, di interdipendenza sociale, di equilibrio e di progresso. Saleilles ricostruisce la storia giuridica europea utilizzando la categoria del *Kampf*, cioè uno dei pilastri della metodologia giuridica jheringhiana.

Il progresso giuridico non è frutto di concessioni *ex alto*, attuate sulla base di una lettura arbitraria delle convenienze imposte dalla interdipendenza sociale, ma nasce dalla lotta, dal conflitto, innescata dallo sviluppo delle classi subalterne, e spesso dalla rivoluzione, attraverso la quale si abbattono i vecchi privilegi e si creano privilegi nuovi che si trasformano poi in diritti. La storia nega la validità della idealizzazione positiva promossa da Duguit (160):

---

(160) La negazione della categoria di diritto soggettivo e di soggetto di diritto comporta inoltre, a giudizio di Saleilles, l'impossibilità di attribuire rilevanza giuridica al fenomeno associativo se non attraverso uno specifico intervento dello Stato. In questa prospettiva, infatti, ogni insieme di relazioni giuridiche formante un tutto omogeneo non è altro che la risultante del principio di interdipendenza sociale e può assumere una identità autonoma, emergendo dal tessuto indifferenziato di vincoli solidaristici che dominano la dinamica giuridica, solo a condizione che una autorità esterna ne riconosca espressamente l'esistenza. L'impostazione di Duguit produce, da questo punto di vista, i medesimi effetti illiberali della teoria della finzione, consegnando il destino della personalità giuridica e in generale la disciplina del fenomeno associativo nell'alveo soffocante del potere statuale: « dans le système de M. Duguit, qui nie l'existence des droits subjectifs et celle des sujets de droits, tout rapport juridique, et a fortiori tout ensemble de relations juridiques qui forme un tout complexe, n'étant que l'application

partout, sur le terrain de l'histoire comme de la sociologie, nous revenons à la notion de sujet de droit; et plus encore…sur celui de la philosophie et de la philosophie idéaliste. Car…sans notion subjective, sans la conception d'appartenance, il n'y a plus de droits garantis à personne, plus de justice individuelle; il n'y a que des rapports toujours revisables, au gré des interprètes, plus ou moins improvisés, de la conscience sociale, plus que des fonctions toujours révocables (161).

Essa rivela come ogni forza individuale che si manifesti come elemento di ordine, di civilizzazione e di libertà divenga, attraverso l'accettazione collettiva, un fenomeno giuridico che si impone allo stato di fatto, prima di assumere nella psicologia collettiva i connotati di un autentico *droit subjectif*.

4.3.2. *L'istituzionalismo e il ruolo costituzionale della persona giuridica: Saleilles e Hauriou.*

Superate le obiezioni derivanti dalle teorie radicali del *droit objecitf*, e ribadito il carattere artificioso e la pericolosità politica della teoria della finzione, Saleilles si pone sulle orme di Hauriou e della sua teoria della *institution*, sostituendo come criterio esplicativo del fenomeno associativo la nozione di coordinazione meccanica con la nozione di integrazione organica (162).

---

d'un état d'interdépendance sociale sous l'appréciation des pouvoirs chargés d'en reconnaître l'existence, ce que nous appelons la personnalité juridique ne pourrait être que l'effet d'une intervention de ce genre de la par de l'Etat. Elle n'existe pas en soi, pas plus que dans la théorie de Savigny. Elle peut bien exister à l'état virtuel, en tant qu' elle est postulée par les exigences de l'organisme social; mais pour constater cette virtualité et lui donner effet, il n'y a que les autorités représentatives de la collectivité, donc ce que nous appelons l'Etat…à qui reviendra la charge de reconnaître l'existence de personnalités de ce genre. Sous le rapport du droit privé…les deux systèmes se rejoignent, celui de Savigny et celui de Duguit. On aura beau s'en défendre. La logique sera plus forte que toutes les nuances et toutes les distinctions. Seul le système de la réalité se trouve d'accord avec celui de la propriété collective pour échapper à cet égard à la mainmise de l'Etat », *op. cit.*, p. 630.

(161) *Ibidem*, p. 554.

(162) Secondo G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, cit., p. 591 e ss., Hauriou, sulla scia di Bergson, getta le basi di un « idéal-réalisme » o « spiritualisme réaliste ». Lo scopo comune dei tre principali teorici del solidarismo giuridico è quello di eliminare le vestigia del soggettivismo e dell'individualismo dall'ambito della scienza giuridica; di distruggere la vecchia nozione della sovranità statuale, la quale concepisce lo Stato alla stregua di una

I testi di Hauriou ai quali egli fa riferimento appartengono tutti alla prima fase del percorso intellettuale del *doyen* di Tolosa, compresa tra il saggio sulla *Personnalité comme élément de la réalité sociale* del 1898 e l'articolo sulla *Souvraineté nationale* del 1912 (163). A metà strada si pone la « préface magistrale » aggiunta alla sesta edizione del *Précis de droit administratif*, nella quale si trova la prima compiuta elaborazione della teoria della *institution* che, in quanto sintesi originale delle tesi realiste, rappresenta a giudizio di Saleilles il contributo più significativo apportato in materia dalla rifessione di Hauriou (164).

Il realismo metafisico d'impronta tomista che caratterizza la soluzione elaborata dal *doyen* di Tolosa costituisce la risposta all'*impasse* generata dal contrasto tra le due dottrine che si contendono il

---

associazione di dominazione, padrona della sfera giuridica; di far posto a delle totalità impersonali riconoscendo la funzione nomopoietica dei corpi sociali; di ampliare la nozione tradizionale di diritto positivo liberandola dal giogo statuale. A giudizio di Gurvitch, la teorizzazione del *droit social* si presenta, nei tre autori citati, secondo un grado crescente di perfezione, dall'« objectivisme sensualiste » di Duguit all'« objectivisme métaphysique » di Hauriou passando per l'« objectivisme conceptualiste » di Saleilles. Proprio la posizione di quest'ultimo gli appare la più fragile dal punto di vista concettuale e metodologico, in quanto tentativo incompleto di mediazione e di sintesi dei due grandi sistemi elaborati dai due grandi avversari e amici Duguit e Hauriou.

(163) È lo stesso Hauriou a suddividere retrospettivamente in « trois phases » il percorso intellettuale che lo porta alla elaborazione di una definitiva nozione di personalità giuridica, intesa come « entreprise collective organisée corporativement qui, s'étant approprié le capital de compétence et de pouvoir de volonté de ses organes, a acquis à la fois le sens propre et la liberté intérieure et ainsi est devenu un sujet ». Cfr. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, IX édition, Paris, 1919, p. 123 e ss., nota I. Si veda A. DUFOUR, *La conception de la personnalité morale dans la pensée de Maurice Hauriou et ses fondements philosophiques*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 11-12, 1982/1983, II, pp. 685-719, cit., p. 689 e s; W. FIKENTSCHER, *Maurice Hauriou und die institutionelle Rechtslehre*, in *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag*, Tübingen, pp. 559-575.

(164) « Qui oserait dire que l'homme seul est constitué de façon à réaliser des pouvoirs de cette nature? Il faut faire intervenir ici une notion à laquelle M. Hauriou, dans la préface de la récente édition de son Précis de droit administratif, a donné un relief extraordinaire, c'est la notion d'institution…Il en a fait la base de tout le droit public. Sa thèse, surtout en ce qui concerne son application aux personnes juridiques, et principalement aux fondations, avait déjà été esquissée en Allemagne. Mais on doit reconnaître que, comme théorie générale, c'est M. Hauriou qui lui a donné son développement le plus original et le plus profond », *De la personnalité juridique*, cit., p. 558 e s.

campo in materia di personalità giuridica, la dottrina tedesca e la dottrina francese.

La prima, collocando il fondamento della personalità nella stessa individualità organica e il *proprium* della soggettività giuridica nella *Willensmacht*, genera, in ambito pubblicistico, una concezione assolutistica dello Stato, incapace di garantire l'autonomia dei gruppi sociali e le libertà individuali; la seconda, dando per scontata la natura fittizia delle persone giuridiche, il cui unico fondamento è rappresentato dalla legislazione positiva, prefigura il sistema illiberale della concessione legale o amministrativa e postula la necessità di un intervento statuale per dar rilievo giuridico a corpi e a comunità.

Si tratta quindi, per Hauriou, di elaborare una teoria della personalità capace di dar conto della realtà empirica della persona giuridica senza cadere nel volontarismo liberticida della dottrina della *Willensmacht* o senza provocare una indebita pubblicizzazione del fenomeno associativo, garantendo al contempo l'autonomia dei gruppi sociali e le libertà individuali.

La teoria della istituzione viene presentata come l'esito inevitabile di quel processo dialettico che, dopo la rottura dell'equilibrio di *Ancien Régime*, ha portato al succedersi di un sistema ultra-oggettivistico a un sistema ultra-soggettivistico (165) impedendo, in entrambi i casi, una corretta articolazione del rapporto tra durata e azione in ambito giuridico (166).

Hauriou definisce l'istituzione come l'« idea di opera o di intrapresa, che si realizza e dura giuridicamente in un ambiente sociale » e ne individua precisamente gli elementi costitutivi: l'idea dell'opera da realizzare in un gruppo sociale, definita idea direttiva

---

(165) Nel saggio sulla teoria della istituzione, Hauriou offre una esposizione sintetica e una critica pungente dei due sistemi, cfr. M. HAURIOU, *Teoria della istituzione e della fondazione*, Milano, 1967, cit., p. 7, 8 e 11.

(166) Per Hauriou, « l'ordine giuridico deve essere compreso sullo sfondo di un'interazione sociale caratterizzata dal continuo formarsi dei più diversi gruppi e associazioni ». Si tratta di una impostazione dualistica, che vede nell'istituzione, non nello Stato, il fenomeno giuridico originario, in contrapposizione al monismo sociologistico di Duguit e al monismo formalistico di Carré de Malberg. Cfr. P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. COSTA-D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto*, pp. 89-170, cit., p. 137 e s. La funzione essenziale che Hauriou affida alla *institution* è lucidamente sintetizzata da G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, cit., p. 648.

dell'impresa, da non confondere con la nozione di scopo né con quella di funzione e coincidente grosso modo con l'oggetto della istituzione; il potere organizzato per la manifestazione di questa idea; le manifestazioni comunitarie che si producono nel gruppo sociale in rapporto all'idea e alla sua realizzazione (167). Egli descrive inoltre il processo formativo della istituzione come una sorta di triplice movimento, caratterizzato dalle fasi della interiorizzazione, della incorporazione, nella quale l'idea si incarna negli organi di governo che, con i loro poteri di volontà, agiscono nel quadro dell'idea direttiva del gruppo, e della personificazione, momento nel quale l'istituzione si perfeziona, unendo alla continuità dell'idea a livello oggettivo, realizzata nella fase della incorporazione e della creazione degli organismi sociali, la continuità della stessa a livello soggettivo, nella comunità dei membri, attraverso esplicite manifestazioni della cosiddetta comunione fondatrice, realizzata tramite successivi atti di volontà collettivi, attuativi dell'idea direttiva della organizzazione.

---

(167) Cfr. M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, Paris, 1907, p. 8 e ss., a proposito degli elementi costitutivi della istituzione e sulla istituzione come « source de droit ». In Italia la nozione di *institution* sarà ripresa e ampliata da Santi Romano nel suo celebre saggio del 1918. Questi rimprovera a Hauriou di aver limitato il concetto di istituzione ricomprendendovi solo le organizzazioni sociali dotate di un certo grado di sviluppo e di perfezione. Per Romano, al contrario, istituzione è ogni ente o corpo sociale dotato di una esistenza obiettiva e concreta e di una individualità esteriore e visibile per quanto immateriale ed è manifestazione della natura intrinsecamente sociale dell'uomo. Essa costituisce infine una unità « ferma e permanente, che cioè non perde la sua identità…pel mutarsi dei singoli suoi elementi, delle persone che ne fanno parte, del suo patrimonio, dei suoi mezzi, dei suoi interessi, dei suoi fini, dei suoi uffici, dei suoi amministratori, dei suoi destinatari, delle sue norme ». Così intesa, l'istituzione è una organizzazione sociale naturalmente generatrice di diritto, configura un ordinamento giuridico, una sfera a sé, più o meno completa, di diritto obiettivo. Per tale ragione, il diritto non può concretizzarsi e acquistare corpo se non nella istituzione mentre tutto ciò che è socialmente organizzato viene assorbito come elemento di quest'ultima e acquista carattere giuridico. Cfr. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, cit., p. 31, 38 e 44. Si veda su questo P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 109 e ss., nonché i contributi raccolti nel volume *Società, diritto, Stato*, cit., in particolare, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, p. 143 e ss.; *Il diritto tra potere e ordinamento*, p. 163 e ss.; *Ordinamento*, p. 203 e ss.; *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, p. 217 e ss. La nascita del volontarismo è magistralmente descritta da M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., p. 220 e ss.

L'affermazione della realtà del fenomeno istituzionale comporta il riconoscimento della individualità sociale della persona giuridica e dell'esistenza di una soggettività autonoma frutto delle volontà individuali tenute insieme da vincoli di solidarietà (168).

Così concepita, la persona giuridica svolge un autentico ruolo costituzionale, ponendosi come « admirable élément de conciliation entre le social et l'individuel dans les relations sociales créées par l'activité collective » (169), capace di rendere meno drammatico e paralizzante il *tête à tête* tra *Etat* e *citoyen*. Essa è capace di « faire corps », grazie alla sua « vertu coagulatrice », alla sua « capacité à métamorphoser le subjectif en objectivité sociale » (170).

Saleilles nota come l'incapacità di dar vita a una soddisfacente teoria della personalità sia dovuta essenzialmente alla difficoltà di abbandonare lo schema fuorviante della *Willenstheorie*, alla base sia degli errori della teoria della finzione, sia degli esiti autoritari della teoria della realtà (171). Essa è espressione di una dottrina essenzialmente individualista, in base alla quale il fine della società è la garanzia dei diritti individuali necessaria al pieno sviluppo della libertà e quindi al compimento della personalità umana. In questa prospettiva, il diritto si caratterizza come un potere autonomo

---

(168) « Il nous suffira de constater que le phénomène des volitions de la collectivité est réel d'une réalité sociale, c'est-à-dire que socialement il se forme des volontés communes. Notre démonstration sera complète en deux parties: 1) nous établirons que les entreprises collectives, quelles qu' elles soient, acquièrent…une individualité sociale; 2) nous verrons ensuite que dans cette individualité purement objective, des volontés humaines se mettent en acte pour créer à l'entreprise une vie subjective; que ces volontés sont ramenées à l'unité par la vertu de la solidarité représentative, et qu' ainsi elles servent de soutien réel à une personnalité socialement voulue et socialement acceptée », cfr. M. Hauriou, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, in *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, XXII, 1898, pp. 5-23 e 119-141, cit., p. 126.

(169) *Ibidem*, p. 123.

(170) Si è parlato non a caso di una « pensée de l'incorporation sociale », cfr. J. Le Goff, *Entreprise et institution: retour sur un débat crucial*, in J.-P. Le Crom (a cura di), *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, Rennes, 2004, p. 83 e ss. e p. 86 e s.

(171) Per una ricostruzione delle origini della *Willenstheorie* si veda O. Behrends, *Treu und Glauben. Zu den christlichen Grundlagen der Willenstheorie im heutigen Vertragsrecht*, in L. Lombardi Vallauri-G. Dilcher (a cura di), *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Milano, 1981, II, p. 957 e ss. Si veda anche F. Todescan, *Natura, diritto, volontà*, in *Etiamsi daremus*, cit., p. 95 e ss.

avente la sua origine in una facoltà di volere, non è altro che un *Wollendürfen*, una facoltà legale di volere, ovvero il lato esterno della volontà, colta nel conflitto con l'esercizio delle libertà altrui, entro un quadro di garanzie predeterminate dalla legge (172).

Saleilles fonda esplicitamente il rifiuto della *Willenstheorie* sulla tesi apparentemente paradossale di Jhering, secondo la quale « das Recht ist nicht des Willens, sondern der Wille des Rechts wegen da » (173): ciò significa ribaltare la prospettiva tradizionale e considerare non più il diritto al servizio della volontà ma la volontà al servizio del diritto.

È importante però precisare come la critica del volontarismo giuridico non comporti *tout court* la negazione del ruolo giuridico della volontà. In questo senso la *Willenstheorie* ha un contenuto di verità: la volontà divenuta mezzo di realizzazione del diritto è un'altra cosa dalla volontà intesa come suo fine esclusivo, ma è non di meno essenziale alla sua concezione e alla sua costituzione. Il diritto può essere inteso, con Jhering, alla stregua di un interesse giuridicamente protetto, ma ciò non toglie che il soddisfacimento di tale interesse è assicurato attraverso l'impiego di strumenti specifici azionati da una volontà, la quale è una forma necessaria del diritto.

---

(172) È proprio il confronto dialettico tra diritto oggettivo e autonomia della volontà, favorito dall'incontro con la cultura giuridica tedesca, a provocare il rifiuto del volontarismo giuridico illuminista e della *Willenstheorie*, che da esso trae origine. Tale dottrina, com'è noto, deriva dal razionalismo antropocentrico sei-settecentesco. Alla massima cartesiana « je pense, donc je suis » corrisponde, a livello filosofico-giuridico, la massima « je veux, donc j'ai des droits », ovvero la radice della *Willenstheorie*, e la identificazione della genesi del diritto nella dimensione volontaristica. Il diritto non solo presuppone una volontà che lo eserciti ma si identifica con la volontà stessa di cui costituisce un attributo essenziale. Dal momento che l'uomo è un essere dotato di libertà, la vita in società è possibile solo a patto che l'esercizio di tale libertà gli sia garantito e questa garanzia sociale implica dei diritti, quali il diritto alla libera espansione della propria personalità e l'affermazione della propria volontà nei limiti consentiti dalla legge. Il diritto si presenta allora come la manifestazione esteriore della volontà colta nel conflitto con la libertà altrui e quindi libera di esprimersi in un orizzonte legalmente definito. È, in altre parole, un *Wollendürfen*, cioè una facoltà legale di volere (si tratta della teoria essenzialmente individualista che ha ispirato la *Déclaration*), alla base del volontarismo sta il robinsonismo, fondamento della filosofia politica tipica del giusnaturalismo settecentesco. Cfr. R. Saleilles, *De la personnalité juridique*, cit., p. 517 e ss.

(173) *De la personnalité juridique*, cit., p. 531.

L'impostazione radicale di Jhering conduce non solo al sovvertimento delle più tradizionali categorie giuridiche ma anche alla negazione di ogni differenza tra i diritti soggettivi privati e gli interessi di ordine amministrativo affidati alla gestione pubblica. Identificare il diritto con l'interesse tutelato significa confonderlo con il suo oggetto, significa indicare il fine senza preoccuparsi di stabilire i mezzi necessari per raggiungerlo.

Il riferimento generico alla protezione giuridica, contenuto nella definizione di Jhering, non è sufficiente e rischia di rivelarsi pericoloso nella misura in cui, in tal modo, qualsiasi mezzo di protezione giuridica, come ad esempio un procedimento amministrativo o di polizia, può assumere la veste di un diritto soggettivo. Vi è infatti, nell'arsenale del diritto oggettivo, una pluralità di strumenti capaci di tutelare interessi degni di protezione, dalla repressione penale ai provvedimenti della pubblica amministrazione; ciò che caratterizza tutti questi procedimenti è il fatto che essi affidano l'iniziativa e la messa in opera dei mezzi di protezione non al beneficiario o al soggetto il cui interesse è in gioco, ma alla comunità nel suo insieme, rappresentata dai poteri pubblici. È il contrario esatto della nozione di diritto soggettivo la quale allude a mezzi di protezione lasciati all'iniziativa e all'autonomia degli interessati, mentre la definizione di Jhering rischia di confondere le due categorie facendo dei diritti soggettivi dei mezzi di tutela amministrativa o, al contrario, facendo del diritto amministrativo una emanazione del diritto soggettivo.

Non si tratta quindi di negare la rilevanza dell'elemento volontaristico ma semmai di scongiurare il rischio di ridurre unilateralmente il diritto alla mera manifestazione della volontà.

L'identificazione tra diritto e volontà, ovvero l'applicazione rigorosa dei postulati della *Willenstheorie*, provoca infatti conseguenze inaccettabili nell'ambito della teoria della persona giuridica. Il diritto, inteso come « puissance de vouloir », si presenta sempre come un attributo e un rapporto, implicante l'esistenza di un secondo termine, cioè di un « sujet d'appartenance », e quindi un organismo, sede della volontà nella quale si incarna. Allo stesso tempo, l'identificazione dell'essenza del diritto nella volontà, conduce alla personificazione dello Stato in quanto organo capace di volere, fondando la sovranità statuale sulla *Willensmacht* , col rischio di legittimare il comando illimitato, fornendo una base giuridica

all'autoritarismo. Da un lato, quindi, si ricade negli errori della finzione; dall'altro si apre la porta, attraverso la ricerca di una maggior socialità del diritto, ad una deriva dispotica, accreditando l'idea di una sorta di identificazione tra *Recht* e *Macht*. Contro queste deviazioni, Saleilles ribadisce la sua posizione a favore di un diritto sociale fondato sulle categorie della compenentrazione e dell'interdipendenza, nel quale il fenomeno associativo è chiamato a svolgere un ruolo di assoluta centralità.

Ciò può avvenire però soltanto a condizione che ci si renda conto del fatto che la realtà della persona giuridica non può essere fondata a partire da un asserito rapporto di analogia con la persona umana e quindi a partire dalla nozione di volontà, ma semmai a partire dalla individuazione di un *intérêt collectif*, distinto dagli interessi individuali dei singoli componenti, e di una organizzazione capace di rappresentare e difendere tale interesse (174). La persona giuridica è in realtà una individualità nuova, frutto delle singole individualità che ne realizzano la virtualità organica, si tratta di un « faisceau de forces unifiées », la cui azione è paragonata a quella esercitata da « plusieurs êtres humains réunis en groupe pour soulever un fardeau » (175).

---

(174) Si tratta di uno snodo decisivo nel contesto della elaborazione della teoria della personalità giuridica. Cfr. A. PAYNOT-ROUVILLOIS, *Personnes morales*, cit., p. 1156.

(175) « Ce que la réalité nous présente, ce n'est pas une juxtaposition de personnes, A+B+C. Il en est ainsi des corps inertes. Il n'en est plus de même des corps vivants et organiques. Lorsque des êtres vivants se rapprochent en vue d'un résultat unique, ils produisent une force unique, comme nous l'avons vu pour la force mécanique résultant d'un faisceau d'efforts coalisés. Mais, lorsque ces êtres vivants sont, en même temps, des êtres pensants, cette force, déjà unifiée par le groupement de ses rayons composites, prend une unité idéale, plus complète encore par l'identité de but qu' elle réflète et qu' elle poursuit. Ce sont des forces conscientes, qui créent en elles l'unité d'action, avant de la réaliser au dehors. Il n'est pas douteux que, sous le rapport juridique, il y a là un terme nouveau de relations juridiques servant de base à une personnalité nouvelle, laquelle devient D, non pas s'ajoutant à A+B+C, mais qui surgit, comme entité distincte et composite, de la réunion de A+B+C. Mais, cette personnalité nouvelle n'étant plus une unité qui s'ajoute aux autres, comme serait A+B+C+D, mais une unité qui se composera des autres, comme serait D=A+B+C, ou plutôt D=A×B×C, il n'est plus possible de soustraire du produit les facteurs qui ont contribué à le produire. « Nous sommes amenés » comme dit Bergson, « à la distinction…entre la multiplicité de juxtaposition, et la multiplicité de fusion ou de pénétration mutuelle », *De la personnalité juridique*, cit., p. 652 e s.

La nozione di « juxtaposition » è sostituita, anche sull'onda delle suggestioni provenienti dallo spiritualismo, con la nozione bergsoniana di « fusion » e di « pénétration mutuelle ». Il criterio meccanico della coordinazione cede il passo al criterio della integrazione funzionale.

4.3.3. *Saleilles* versus *Demogue: contro il nichilismo giuridico: l'associazione come realtà in senso giuridico.*

Il rifiuto della teoria della finzione e della teoria della proprietà collettiva e la sostanziale adesione all'istituzionalismo di Maurice Hauriou fanno da premessa alla elaborazione della teoria della realtà, della quale il giurista di Beaune è uno dei principali fautori.

Aderire alla teoria della realtà significa considerare l'associazione una realtà in senso giuridico, una realtà esistente *in rerum natura*. È importante precisare il fatto che Saleilles, parlando di una realtà esistente *in rerum natura*, non intende affatto affermare la realtà naturale della persona giuridica. La personalità, in tutte le sue accezioni, anche nella sua applicazione alle individualità umane, non è mai una entità naturale dotata di una esistenza autonoma, ma è una « réalité juridique », esiste cioè soltanto in conformità a determinate nozioni astratte e presuppone un rapporto tra una realtà esterna e una concezione dello spirito, di carattere intellettuale e dottrinale (176).

---

(176) Solo così è possibile distinguere tra il potere inteso come essenza del diritto, che è una relazione giuridica, e il potere di fatto ad esso corrispondente, risolvendo l'apparente contraddizione posta da tutte quelle fattispecie nelle quali si riconosce la personalità giuridica e esseri sprovvisti di volontà. A prima vista, tali ipotesi sembrano confermare le conclusioni di Jhering, il quale risolve il diritto nei suoi effetti, identificandolo in una attribuzione di godimento, senza dare alcun rilievo all'elemento del potere o della volontà; o alla posizione di Hölder, che individua l'essenza del diritto nel momento dell'effettività, riconoscendolo soltanto al titolare della *Geschäftsfähigkeit*. Ma tali conclusioni partono entrambe da un presupposto sbagliato, in quanto confondono il piano della realtà concettuale, che è quello nel quale si muove il diritto, con il piano della realtà fattuale, intesa in senso naturalistico, fondandosi quindi su una « méprise, au sujet des conditions constitutives de la réalités juridique et de l'élément d'intellectualité qu' elle comporte », *op. cit.*, p. 571 e s.

Se tale rapporto si rivela conforme alla realtà fattuale presa in esame, se corrisponde cioè ai fatti, manifestandosi attraverso concetti riconosciuti universalmente come espressione in ambito giuridico di tale realtà, siamo in presenza di una « réalité de droit dans son application à une réalité de fait », fuori da ogni finzione intellettualistica. La personalità giuridica, in quanto relazione tra un « être du monde extérieur » e la « appropriation des droits » rappresenta un esempio-tipo di realtà giuridica. Pertanto, pur trattandosi di una creazione dello spirito, elaborata a partire dai dati primordiali della ragione e della coscienza e non di un fatto dell'ordine naturale, la personalità giuridica appare dotata di una sua specifica realtà:

> dans toute personnalité juridique il y a un élément de création intellectuelle. Et, si c'est là ce qu' on appelle une fiction, il faudrait en conclure que toute personnalité juridique, même si c'est la personne humaine, est une personnalité fictive. Et cependant nous ne le disons pas. Cet élément de création intellectuelle, nous pouvons presque dire de convention, ne nous empêche pas de reconnaître la pleine autonomie et la pleine réalité de la personne humaine, en tant que sujet de droit. Il n'en sera pas autrement des prétendues personnes morales (177).

Nella *institution* teorizzata da Hauriou, come abbiamo detto, si trovano realizzate le tre condizioni essenziali per l'esistenza del diritto e del soggetto giuridico: la presenza di una volontà messa al servizio del diritto soggettivo, di un organismo esterno e di un interesse socialmente rilevante.

È opportuno tuttavia precisare come la teoria della realtà non sia il frutto dell'applicazione, in ambito giuridico, del paradigma organicista, così in voga sul finire dell'Ottocento. Saleilles prende infatti le distanze dall'organicismo ortodosso propugnato da René Worms (178) sulla scorta delle dottrine medievali. In questa prospet-

---

(177) *Op. cit.*, p. 573 e s.

(178) René Worms (1869-1926) è uno dei padri fondatori della moderna sociologia. Nel 1893 fonda la *Revue internationale de sociologie* (cui segue, l'anno successivo, la fondazione dell'*Institut international de sociologie* e della *Bibliothèque internationale de sociologie*), il cui scopo dichiarato è studiare i fatti sociali con metodo scientifico, applicando alla società un metodo di indagine analogo a quello impiegato dagli anatomisti in medicina. La metafora biologica rappresenta uno dei tratti caratteristici

tiva, ogni gruppo umano organizzato e gerarchizzato è considerato alla stregua di un essere vivente autonomo, una struttura organica analoga al corpo umano. Il carattere unitario e omogeneo dell'aggregato sociale è assicurato dalla presenza di un fine comune, suscettibile di creare vincoli di solidarietà e di dipendenza, a prescindere dalla interdipendenza spaziale dei singoli componenti e dalla assenza di un legame materiale esterno e continuo.

A suo giudizio, tuttavia, ciò che rende improponibile la completa assimilazione di un gruppo sociale a un organismo biologico è la mancanza, nel primo, di un centro vitale unificato, cioè l'assenza di un substrato psicologico adeguato, di una volontà e di una coscienza distinte, necessarie per dar vita a una individualità autonoma. Il paradigma organicista cui rimanda la teoria della *institution* può essere semmai ricondotto alla variante gierkiana, aliena da suggestioni biologiche, nella quale appare decisiva la presenza di organismi sociali capaci di esprimere una volontà comune in virtù di un vincolo di immedesimazione e di rappresentanza organica (179).

Perché esista una persona giuridica è sufficiente perciò che vi sia una organizzazione dotata di volontà autonoma e costituita in vista del conseguimento di uno specifico fine sociale, che vi sia cioè un organismo esterno fatto per volere e per agire e una volontà autonoma che esso ha il compito di manifestare e di mettere in pratica,

---

della sua opera, la quale prende le mosse da una concezione organicista della società, come testimonia l'opera forse più celebre di tale autore: cfr. R. WORMS, *Organisme et société*, Paris, 1896.

(179) « La théorie de Gierke est, sans doute, une théorie organiciste…mais il s'en faut qu' elle s'identifie avec la théorie biologique. C'est une théorie de l'organisme sans doute; mais il y a organisme et organisme. Et il s'en faut que Gierke aille jusqu' à dire que l'organisme que constitue une collectivité organisée soit identique à celui de l'individu humain. Car il suffit, pour que le droit ait un sujet qui puisse lui servir d'attributaire, de se trouver en présence d'une organisation constituée en vue de réaliser une volonté qui lui appartienne en propre; et il n'est pas niable, tout le monde le reconnaît, que la volonté collective existe, c'est un fait. Il n'est pas niable également qu' elle ait, dans une collectivité organisée pour agir collectivement, des organes chargés de l'exprimer et de la réaliser. Peu importe qu' il n'y ait, pour lui servir de cause originaire, aucun centre vital qui en soit le siège, à la façon de ce qui existe chez l'homme. La volonté collective, en tant qu' elle réside dans l'organisme chargé de la produire, suffit,au point de vue juridique, à justifier l'attribution de personnalité à l'être en qui elle se réalise; et cet être est la collectivité même », *op. cit.*, p. 524 e s.

senza che rilevi l'assenza di un centro vitale unitario, di un « siège » psicologico analogo a quello di una persona fisica (180). A tali condizioni, l'entità collettiva acquista una specifica e autonoma identità giuridica:

> celle-ci est donc, comme telle, une personne au point de vue du droit, non pas fictive, mais réelle, puisqu' elle possède tous les éléments de la réalité, un organisme extérieur fait pour vouloir et pour agir, et une volonté propre et distincte qu' il ait mission à la fois d'extérioriser et de mettre en œuvre. Cette volonté elle-même n'est plus une volonté en l'air…mais inhérente à un être réel. Cet être réel se présente ainsi ayant tous les attributs de la personne juridique; ce qui fait de lui une personne réelle dans le domaine du droit, comme il est une réalité dans celui des faits (181).

In relazione al primo punto, ovvero l'esistenza di una volontà comune tesa al perseguimento del fine sociale, Saleilles adotta la tesi di Gierke (182) sugli organi della persona collettiva. In base a tale impostazione, il rapporto che lega gli amministratori alla persona giuridica non è un rapporto di rappresentanza ma di immedesimazione. Ne consegue che, diversamente da quanto sostenuto dai fautori della teoria della finzione, i soggetti incaricati di esprimere la volontà dell'associazione non sono i rappresentanti di un essere immaginario, costruito artificialmente. Nell'ottica della teoria della realtà, gli amministratori sono chiamati a esprimere una volontà

---

(180) Si tratta di una posizione molto vicina a quella di Michoud, a parte la maggior sottolineatura dell'elemento oggettivo della organizzazione presente nella riflessione di Saleilles. Perché possa parlarsi di esistenza di una persona giuridica, per Michoud è necessario che vi sia, in primo luogo, un interesse distinto dagli interessi dei singoli componenti e, in secondo luogo, l'« élément volonté, qui n'est pas le fondement de la personnalité, mais qui est essentiel pour que la personne puisse agir et exercer les droits qu' on lui attribue », cfr. L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale*, cit., p. 113 e ss.

(181) *De la personnalité juridique*, cit., p. 524.

(182) La costruzione della teoria della realtà trae alimento dall'incontro con l'opera del giurista berlinese che, insieme a Hauriou, è il secondo fondamentale punto di riferimento di tutta la riflessione del giurista di Beaune in tale ambito, come chiarisce una notazione perentoria inserita nel saggio sulla *Personnalité*: « il n'y a pas dans tout le droit moderne, l'oeuvre de Ihering mise à part, de monument scientifique qui leur soit comparable », *op. cit.*, nota 1, p. 525.

dalla quale dipende la messa in moto degli ingranaggi necessari alla produzione dell'attività giuridica dell'associazione, e tale volontà non è un elemento meccanico e esterno, ma è parte integrante della persona giuridica, dotata di uno specifico contenuto di realtà.

Ciò non equivale a dire che la volontà ha il suo centro di produzione psicologica nella stessa associazione. L'intera costituzione organica dell'associazione è tesa ad esprimere una volontà corrispondente al fine statutario e agli interessi sociali. Tale volontà comune è presente, allo stato virtuale, presso ciascuno degli associati ma si tratta di tendenze inorganiche che non hanno ancora trovato una modalità di realizzazione e di manifestazione unitaria. Lo scopo della organizzazione corporativa dell'associazione è perciò quello di rendere possibile una espressione reale e unitaria alla volontà comune, frazionata e dispersa nelle singole volontà individuali, riconducendole ad unità e adattandole all'ideale sociale. Quindi, non soltanto vi è una volontà comune, una volontà collettiva dell'associazione, ma è tale volontà che conferisce a essa una precisa unità corporativa realizzandone la personalità (183).

La volontà comune manifestata in conformità allo statuto non è la somma delle volontà degli associati ma è una volontà collettiva, unitaria, resa possibile dall'unità del fine sociale, la quale, pur avendo la sua base soggettiva nelle singole volontà individuali, diventa qualcosa di distinto e separato, assumendo una autonomia propria. Il fatto che tale volontà abbia il suo principio psicologico non nella associazione ma in ciascuno dei soggetti che hanno contribuito a manifestarla è privo di rilievo. La volontà dell'associazione si identifica con la volontà messa al suo servizio da coloro che appaiono legittimati a realizzare il fine statutario. Non si tratta, vale la pena ripeterlo, di una realtà esistente *in rerum natura* ma di una « réalité juridique », cioè di realtà di ordine concettuale, per la cui esistenza è sufficiente che vi sia concordanza tra le relazioni giuridiche che la esprimono e le realtà esterne alle quali si riferisce.

L'elemento soggettivo diventa la pietra angolare dell'idea di personalità. Infatti, l'elemento oggettivo di una organizzazione cor-

---

(183) Il significato dell'operazione perseguita dai fautori della teoria realista è lucidamente colto da F. WIEACKER, *Zur Theorie der juristischen Person*, cit., p. 366.

porativa da solo non è sufficiente, in quanto non ha altro scopo che quello di dar vita a una separazione di patrimoni. Nella *gesamte Hand*, ad esempio, vi è separazione patrimoniale ma vi è assenza di personalità. Perché tale personalità si riveli, è necessario che l'organizzazione corporativa abbia il fine specifico di realizzare una volontà corporativa, distinta dalle singole volontà individuali (184).

Muovendosi lungo tale itinerario teorico, Saleilles è costretto a fare i conti con la critica nichilistica proposta da René Demogue (185) in un importante saggio pubblicato nel 1909 sulla *Revue trimestrielle*. Fedele al suo stile minimalista e al disincanto della ragione, che suscitano il biasimo di Gény (186), il giurista prefigurato da Demogue, come l'Ulrich musiliano, si perde di fronte alla complessità indecifrabile della modernità giuridica e abbandona ogni pretesa di calcolo, di razionalizzazione, di sintesi umanizzante. Il sistema giuridico esplode come una supernova, polverizzandosi in una serie di frammenti empirici che il giurista utilizza come tessere di un mosaico inesistente (187). La nozione di *sujet de droit* subisce la stessa sorte, non è più un dogma intangibile ma diventa una mera « construction technique », cioè un « instrument de concentration des solutions jugées bonnes », la cui applicazione può essere estesa a fattispecie prima ignorate.

---

(184) È sulla base di tale argomento che Saleilles rifiuta di riconoscere la personalità giuridica alle società commerciali. Infatti, a prescindere dal tipo di organizzazione interna, una società civile o di commercio, eccezion fatta ovviamente per le società per azioni, dà vita soltanto, in quanto società di persone, ad una ipotesi di delegazione o di mandato costituito nell'interesse individuale degli associati. Non si va quindi al di là di una semplice messa in comune di interessi individuali, mentre da questa compenetrazione reciproca non nasce una nuova forma di individualità giuridica costitutiva di personalità.

(185) Si tratta del saggio di R. Demogue, *La notion de sujet de droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, pp. 611-655.

(186) La recensione di Gény compare sulla *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* del 1911. Il giurista lorenese stigmatizza l'impostazione metodologica di Demogue, sottolineando come « le système de désintégration, de dissolution à outrance, pratiqué presque exclusivement par notre auteur…et aboutissant à ces tableaux kaléidoscopiques, qui font son oeuvre si profondément originale, risque de désarticuler la vie sociale, de la priver de toute armature ferme, capable d'en contenir les élans ou d'en diriger les tendances », cfr. C. Jamin-P.-Y. Verkindt, *Droit civil et droit social*, cit., p. 109.

(187) Si veda R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911. Tale opera è stata ristampata nel 2001 a cura de *La mémoire du droit*.

Il punto di partenza di tale opera di decostruzione è la distinzione tra « Rechtsfähigkeit » e « Geschäftsfähigkeit » introdotta da Hölder e, prima ancora, la definizione di *subjektivität* come « besonders nahe Beziehung zum Rechte » formulata da Bekker (188). Si tratta quindi di precisare il contenuto e la portata di tale « Beziehung ». A tal fine, Demogue separa il diritto dal soggetto corrispondente, in modo da distinguere, relativamente a ogni rapporto giuridico, un soggetto di godimento e un soggetto di esercizio o di disposizione. La volontà è un requisito essenziale soltanto di quest'ultimo, mentre il godimento si confonde con la personificazione del fine o dell'interesse preso di mira dal diritto.

Ne deriva che qualsiasi essere titolare di un interesse degno di protezione è un soggetto di godimento la cui eventuale assenza di volontà potrà venir compensata dall'intervento di un soggetto di esercizio o di disposizione: « pourquoi limiter l'application du droit à l'humanité? Ici tout le monde, sauf de rares exceptions, se récrie: faire de l'animal un sujet de droit, quelle horreur! Quelle abomination! A entendre ces cris, ne semblerait-il pas qu' il s'agit de leur donner quelque décoration et d'imiter Héliogabale faisant son cheval consul? Mais il ne s'agit pas de cela. Ceux qui font ces critiques ou ont ces sourires placent la question sur un terrain qui n'est pas le sien. Il s'agit simplement de poser une règle technique: est-il commode, pour centraliser des résultats souhaitables, de considérer même des animaux comme sujets de droit? Si une personne veut laisser une rente pour entretenir un animal, n'est-il pas plus simple, plus près de la réalité, de dire que cet animal a une rente, au lieu d'admettre ces procédés alambiqués consistant à dire: on pourra léguer une rente à n'importe quelle personne à charge par elle d'entretenir l'animal? » (189).

---

(188) Cfr. E. I. BEKKER, *Zur Lehre vom Rechtsubjekt*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, XII, Jena, 1873, p. 1 e ss. Bekker dà la seguente definizione di soggetto di diritto: « Rechtsubjekt ist: wessen Wollen bestimmend ist; wessen Wollen nicht bestimmend ist, wenn das Wollen eines Andern bestimmend ist, das als Wollen des Ersten fingirt wird. Die Fiktion muβ einen Grund haben, der Andere muβ zum Ersten in besonderen Verhältnissen stehen, damit sein (des Andern) Wille fingirt werde als Wille des Ersten », p. 10 e p. 12.

(189) *Op. cit.*, p. 637 e s.

Saleilles sottolinea il rischio che, in tal modo, il soggetto di godimento venga ridotto a un ruolo puramente nominale, il che tra l'altro appare in contrasto con un istituto di carattere generale come la rappresentanza legale, la quale non dà vita a due diritti paralleli, ma fa dipendere la situazione giuridica del rappresentante da quella del rappresentato. Il destinatario della personalità deve essere organizzato in modo tale da realizzare sotto il profilo dell'attività esterna un meccanismo capace di agire giuridicamente, capace cioè di produrre una volontà collettiva volta al perseguimento dell'interesse sociale. Il titolare della personalità deve realizzare in se stesso un meccanismo idoneo a porre in essere una manifestazione di volontà, e cioè a porsi come « instrument de pouvoir juridique ». Un monumento o un animale possono perciò essere soltanto beneficiari e non soggetti di una destinazione patrimoniale poiché non sono organizzati per volere. Saleilles precisa in tal modo la nozione di soggetto di diritto, specificando che presupposto di essa è la presenza di un « ensemble de rapports, constitués en vue de rattacher directement un acte de volonté à cet ensemble organique qui a contribué à le produire » (190), cioè di una organizzazione funzionalmente idonea a produrre una manifestazione di volontà.

Questo spiega perché il secondo requisito, l'elemento oggettivo della organizzazione, assuma un ruolo determinante. Egli si rende conto, infatti, che il principale argomento a favore dell'esistenza della persona giuridica non può essere rappresentato dall'esistenza di una volontà collettiva poiché ciò espone al rischio di rimanere intrappolati negli schemi fuorvianti della *Willenstheorie*, e quindi di ricadere nel labirinto della teoria della finzione (191).

---

(190) *De la personnalité juridique*, cit., p. 599.

(191) « Il y a bien volonté collective indépendante des volontés individuelles; mais peut-on dire qu' il y ait, pour y correspondre, un sujet autonome et distinct? Je crois bien qu' à l'époque où je m'en tenais encore à cette explication, je m'étais laissé impressionner surtout par les fines analyses de Zitelmann, et plus encore par les études magistrales de Gierke; et je m'exposais à quelques-unes des reproches auxquelles ils donnent prise, celui d'avoir démontré sans doute la réalité de la volonté collective, sans être parvenus à faire admettre l'existence indépendante et distincte d'un sujet de droit qui lui corresponde », *op. cit.*, p. 530

Il tentativo di fondare la teoria della realtà facendo leva sull'elemento volontaristico compiuto da parte della dottrina tedesca (192) provoca lo sdoppiamento della nozione di volontà per effetto della ricerca di un fondamento psicologico inattaccabile della volontà collettiva. Essa, da una parte, ha un fondamento molteplice e una origine frazionata e dispersa poiché si forma all'interno di ciascuna volontà individuale.

D'altra parte, però, essa non è completa se non quando assurge a una dimensione collettiva, nella misura in cui si presenta come il risultato organico delle singole volontà individuali. A tale condizione, in quanto realtà di natura psicologica, essa assume una autonomia e una rilevanza *erga omnes*, e fornisce il fondamento della personalità, che ne rappresenta l'attributo giuridico.

Ma l'elemento volontaristico, da solo, non è sufficiente poiché, limitandosi a questo criterio, si rischia di riconoscere la personalità anche a fenomeni totalmente inorganici, nei quali però, per ragioni accidentali, si verifica una « unité de volonté dans la diffusion psychologique ». Il punto non sfugge a Hauriou, il quale osserva come « le drame de la personnification est en deux actes: premier acte, constitution d'une individualité objective complète, d'un automate social qui ait des organes et un aménagement intérieur parfaitement équilibré, mais à qui manque la flamme subjective; deuxième acte, apparition de la substance subjective et détermination de la cause prochaine de cette apparition » (193). Le persone giuridiche sono caratterizzate infatti dalla unione di un'« âme », cioè di una esistenza soggettiva sotto forma di personalità giuridica, e di un « corps », ovvero di un organismo corporativo dotato di una esistenza individuale obiettiva.

Il requisito dell'organizzazione si rivela perciò decisivo (194):

---

(192) Cfr. E. ZITELMANN, *Begriff und Wesen der juristischen Personen*, Leipzig, 1873.

(193) Cfr. M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, 1910, cit., p. 644 e s., in A. DUFOUR, *La conception de la personnalité morale dans la pensée de Maurice Hauriou et ses fondements philosophiques*, cit., p. 701.

(194) La principale aporia della costruzione scientifica di Saleilles va individuata, a giudizio di Gurvitch, proprio nella eccessiva centralità assegnata alla nozione di organizzazione, nella « identification gratuite de toute institution avec une organisation, et de tout droit social avec une couche organisée », dalla quale deriva una sorta di sdoppiamento della nozione di *institution*, concepita, da una parte, come realtà giuridica

l'associazione costituisce una unità organica destinata a funzionare giuridicamente, è dotata di un « côté unitaire et institutionnel » e si presenta come una « machine admirablement montée pour être actionnée par la force motrice qui doit la mettre en mouvement ». Ogni associazione si presenta come una *institution*, intesa come una combinazione complessa di rapporti giuridici nel senso speciale e dinamico di organismo generatore di diritti. La presenza di una organizzazione istituzionale e gerarchizzata, indipendente dalle personalità che la compongono, distingue l'associazione dai gruppi di altra natura, non destinati ad esercitare un'azione stabile e permanente (195).

Il terzo requisito, infine, cioè l'esistenza di un preciso interesse, è contenuto implicitamente nella nozione di personalità, la quale può esistere solo a condizione di essere considerata come portatrice e rappresentante di un valore sociale. Nel caso della *institution*, l'esistenza di un interesse è *in re ipsa*, poiché essa ha ad oggetto gli

---

obiettiva, come fatto normativo non personificabile, preesistente a qualsiasi elemento soggettivo nella struttura del gruppo; dall'altra, come personalità collettiva complessa, come un soggetto di diritto nell'ordine del diritto sociale. In tal modo, egli approderebbe a una specie di super-soggettivismo, tradendo le premesse metodologiche iniziali. Cfr. G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, cit., p. 643.

(195) Saleilles chiarisce il punto utilizzando ancora una volta come termine di paragone il « phénomène tumultuaire », autentico spauracchio degli intellettuali di fine Ottocento. La *foule* agisce infatti sotto la pressione di un impulso comune, è dotata di un elemento soggettivo ma le manca una organizzazione istituzionale capace di esprimere la volontà del gruppo e non è capace di dar vita a legami durevoli tra gli individui mantenendosi al livello di una massa puramente amorfa e provvisoria. Un esempio emblematico è offerto dalla condotta-tipo osservabile in occasione di uno sciopero. Il comitato, rappresentativo dell'insieme dei manifestanti, non è altro che l'emanazione organica di una folla organizzata, un embrione di organismo collettivo, appena più significativo di una semplice riunione. Manca l'istituzione organica, unitaria e permanente, che caratterizza l'associazione e l'elemento esterno della personalità è appena abbozzato. Il comitato, come una società commerciale, non è un organismo dotato di una autonoma consistenza giuridica poiché non forma una « individualité institutionnelle » ma è al contrario un « composé d'individualités », nel senso che i membri che la compongono conservano, sotto il profilo del funzionamento collettivo, la propria individualità distinta. Il carattere proprio della *association-institution* è viceversa quello di porsi come un entità omogenea, cioè un « mécanisme complet et individualisé, dans lequel se fondent et disparaissent toutes les individualités qui le composent », *op. cit.*, p. 592.

stessi interessi il cui valore sociale è riconosciuto e tutelato dall'ordinamento a favore del singolo, i quali, grazie al fenomeno associativo, vengono sviluppati e garantiti in maniera ancora più efficace.

Ove ricorrano i tre elementi appena ricordati, la persona giuridica diventa reale, nel senso della « réalité juridique » (196), e assume una specifica individualità all'interno del paesaggio giuridico:

> on doit reconnaître que tout organisme patrimonial affecté à un but idéal et doué d'un organe de représentation et d'administration qui en réalise l'affectation, dès qu' il se présente comme exerçant une fonction collective et sociale, conforme aux usages et aux conceptions juridiques d'un pays, constitue un sujet de droit par le fait même, c'est-à-dire une personne juridique aussi complète que toute autre personne capable de droits. C'est une personne juridique qui, sans doute, doit son origine à une création de la volonté individuelle ou collective, mais qui, une fois créée, est une réalité de droit et, par suite, une personne juridique réelle, sans autre caractère fictif ou artificiel. C'est l'institution par excellence (197).

In conclusione, quindi, la *institution*, nozione sulla quale si fonda la teoria realista, è una fenomeno di carattere giuridico, esistente qualora vi siano gli elementi costitutivi necessari per integrarla; si tratta cioè di un insieme di relazioni giuridiche dotate di una specifica concretezza nella sfera del diritto (198).

---

(196) Anne Paynot-Rouvillois ascrive la teoria di Saleilles alle soluzioni frutto di una « conception purement formelle » della personalità giuridica. Ne deriva una nozione « aux contours extrêmement flous », frutto della difficoltà di conciliare il mantenimento della *Willenstheorie*, sia pure in versione attenuata, con la tesi di Gierke, secondo la quale il diritto non crea la capacità della persona giuridica, che esiste di per sé, ma la riconosce e la delimita. Cfr. A. PAYNOT-ROUVILLOIS, *Personnalité morale et volonté*, cit., p. 23 e p. 26 e ss.

(197) *De la personnalité juridique*, cit., p. 592.

(198) È importante sottolineare che la dottrina di Saleilles verrà definitivamente accolta dalla *Cour de cassation* con sentenza del 28 gennaio 1954 relativa al caso *Comité d'établissement de Saint-Chamond c. Ray*. Nel riconoscere la personalità giuridica a un *comité d'établissement* costituito presso l'unità organizzativa distaccata di una impresa siderurgica, i giudici di legittimità affermano *expressis verbis* che « la personnalité civile n'est pas une création de la loi » in quanto essa « appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés », cfr. H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, 1985, cit., p. 73; *Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation*, Paris, 1954, p. 217-220.

In questa prospettiva, la qualifica di soggetto di diritto può essere assunta da ogni essere suscettibile di esercitare a titolo autonomo un potere espressione di un *droit subjectif*, ambito nel quale rientra senz'altro una collettività organizzata sotto forma di associazione o di fondazione. Nei casi in cui, per ragioni di carattere politico o economico, la legge esige una autorizzazione da parte dello Stato, essa non avrà più la natura di una concessione ma quella di un semplice riconoscimento di personalità. La personalità, infatti, non è più *octroyée*, ma è la conseguenza necessaria di taluni elementi di fatto, capaci di produrla al di fuori di qualsiasi intervento di carattere amministrativo, con la conseguenza che l'intervento statuale, eventualmente richiesto, non farà altro che confermare uno stato di fatto preesistente (199).

---

(199) Saleilles fa propri gli argomenti sostenuti da Achille Mestre, futuro professore nella Università di Tolosa, nella sua tesi di dottorato del 1895. Mestre si unisce al coro dei fautori della libertà di associazione ma, a differenza del giurista berlinese, il giovane dottorando non esclude, accanto alla responsabilità della persona giuridica, l'ipotesi della responsabilità solidale dei singoli componenti. La tesi verrà pubblicata quattro anni dopo: si veda A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Paris, 1899. Si vedano, in particolare, p. 289 e p. 281. Tale soluzione sarà criticata da O. VON GIERKE, *Die Genossenschfatstheorie*, cit., p. 774 e s. Mestre, al contrario, afferma la fondatezza della responsabilità penale delle persone giuridiche, ribaltando l'argomento tradizionale impiegato dai critici della teoria della realtà. Cfr. A. MESTRE, *op. cit.*, p. 253 e s. Sul tema della responsabilità penale della persona giuridica, cfr. F. D'URSO, *Persona giuridica e responsabilità penale. Note storico-giuridiche a proposito di recenti riforme*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2000, pp. 511-550; G. CHIODI, *« Delinquere ut universi ». Scienza giuridica e responsabilità penale delle universitates tra XII e XIII secolo*, in *Studi di storia del diritto*, III, Milano, 2000, p. 391 e ss.; F. C. PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1976, p. 433 e ss; H. DE DOELDER-K. TIEDMANN (a cura di), *La criminalisation du comportement collectif-Criminal Liability of Corporations*, London-Boston, 1996. È importante rilevare come, nella realtà francese, la tesi di Saleilles risulterà vincente. L'art. 121-2 del nuovo *Code pénal* del 1994 stabilisce che « les personnes morales, à l'exception de l'Etat, sont responsables pénalement…dans les cas prévus par la loi ou les règlements, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». Si veda al riguardo F. DESPORTES-F. LE GUNEHEC, *Le nouveau droit pénal*, I, Paris, 1996, p. 465 e ss.

5. *Contro il nichilismo sociale: la concezione realistica della persona giuridica come strumento di riconoscimento e di tutela del* fait syndical.

La critica della teoria della finzione è inestricabilmente legata al problema della capacità giuridica delle associazioni e in particolare delle più significative di esse, e cioè i sindacati. L'attualità della riflessione sulla funzione politico-sociale della persona giuridica in quanto strumento di ricomposizione organica della società trova in ambito sindacale una decisiva conferma.

Il movimento sindacale rappresenta il più rilevante tentativo di strutturazione del sociale nella direzione del « jacobinisme amendé » realizzato nel corso della Terza Repubblica: all'atomizzazione degli individui elettori, semplici componenti numeriche di una volontà collettiva astratta, i padri fondatori del sindacalismo intendono sostituire una coesione effettiva, radicata nell'organizzazione economica della professione. A tal fine, il modello teorico prescelto per disciplinare la persona giuridica, in quanto strumento destinato a inquadrare giuridicamente il fenomeno sindacale, si rivela tutt'altro che irrilevante. Si tratta anzi di un ambito in relazione al quale si manifesta con singolare evidenza il *munus* politico del giurista e la responsabilità che grava sulla dottrina giuridica in quanto strumento privilegiato di ordinamento del sociale e mezzo non traumatico di risoluzione della conflittualità.

La storiografia francese ha sottolineato la natura antidemocratica di tale progetto politico, mostrando come in quegli anni democrazia e sindacalismo siano percepiti come realtà radicalmente antagoniste (200). È noto come, a inizio Novecento, il problema per eccellenza della situazione politica d'oltralpe sia rappresentato dalla

---

(200) « Tout les oppose: la démocratie consacre le règne de l'opinion alors que le syndicalisme se fonde sur une identité d'intérêts; la démocratie est un régime de discours, et le syndicalisme s'organise autour du problème de la production; la démocratie affirme une égalité purement formelle, et le syndicalisme pratique une égalité réelle entre ses membres; la démocratie est une incitation à la démission, appelant l'individu à déléguer ses affaires à des tiers, tandis que le syndicalisme, n'existant que par l'implication de ses membres, est une école d'énergie et d'identité », cfr. P. ROSANVALLON, *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, cit., p. 279 e ss., cit., p. 300.

cosiddetta questione sociale, ovvero dalla gestione del rapporto tra lo stato capitalistico e un movimento sindacale militante e sempre più forte. Ciò al punto che l'anticlericalismo che infiamma i primi anni del secolo è stato ritenuto da taluno un espediente escogitato dai radicali nel tentativo di distogliere l'attenzione dal conflitto sociale, riaccendendo vecchi conflitti religiosi e ricreando in tal modo un fronte laico che avrebbe permesso all'ala progressista della borghesia di riaffermare la propria posizione di guida nei confronti delle classi popolari (201).

Non stupisce allora l'insuccesso dei tentativi ripetuti di "democratizzare" il fenomeno sindacale, come ad esempio la proposta di legge Millerand e Waldeck-Rousseau sulla risoluzione amichevole delle controversie di lavoro del 15 novembre 1900, o la proposta formulata da Georges Scelle, dell'adesione sindacale obbligatoria o di un sindacato unico, volta a risolvere il contrasto tra rappresentante e organo rappresentativo, tra la natura associativa del sindacato e il suo ruolo di autorità di governo dei rapporti di produzione.

L'elaborazione culturale e politica della questione sindacale sconta l'eccessiva polarizzazione esistente tra due prospettive molto lontane, quella essenzialista tipica del massimalismo dei sindacalisti rivoluzionari, e quella meramente aritmetica e meccanica dei repubblicani sociali, alla quale sono riconducibili i tentativi infelici di applicare al movimento sindacale le categorie politiche tradizionali. Allo stesso tempo, grazie alla diffusione del paradigma sociologico (202) e al riemergere di una concezione neocorporativa incoraggiata dall'azione congiunta della dottrina solidarista e del cattolicesimo sociale, il sindacato viene valorizzato in quanto esempio emblematico di *corps intermédiaire* funzionale alle esigenze di una società alla ricerca di una ricomposizione organica.

---

(201) Cfr. R. MAGRAW, *Il « secolo borghese » in Francia*, cit., p. 272.

(202) L'idea di una ricomposizione organica della società attraverso forme di organizzazione di carattere neocorporativo rappresenta, com'è noto, uno dei temi centrali della riflessione del *prêtre de la République*. Emile Durkheim valorizza il « groupe professionnel », la « corporation », nel tentativo di superare il modello meccanico ereditato dalla cultura politica rivoluzionaria, basato su un mero rapporto dialettico tra *Etat* e *citoyen*. Cfr. E. DURKHEIM, *Le suicide*, Paris, 1897, cit., p. 436.

È in tale contesto che si inserisce la riflessione dei giuristi *engagés*.

Essi hanno il merito di adottare una prospettiva caratterizzata da un provvidenziale eclettismo, a metà strada tra il massimalismo di un Maxime Leroy o di un Georges Sorel e le nostalgie corporative dei cattolici tradizionalisti alla Albert De Mun, inserendosi autorevolmente in un dibattito che vede impegnate tutte le correnti politiche dell'epoca, dal socialismo al cattolicesimo sociale passando per il solidarismo e il sindacalismo rivoluzionario. In tal modo, essi elaborano un discorso che, mentre attenua la radicalità dell'eccezione sindacale sottolineandone il valore strumentale, in quanto pratica di organizzazione sociale, si innesta senza difficoltà nella *tradition républicaine*, e precostituisce le condizioni di legittimità di una prudente politica riformista.

Il ruolo centrale del sindacato quale strumento di rappresentazione e di ricomposizione del sociale, quale « mouvement qui tend à donner une structure juridique définie aux différentes classes sociales », è colto con estrema lucidità da Léon Duguit. Questi osserva come, storicamente, le lotte di classe sono meno intense quanto più le classi sono eterogenee e giuridicamente delimitate. In tali condizioni, le classi tendono spontaneamente a coordinarsi tra loro in modo da ridurre al minimo il conflitto proteggendo l'individuo incorporato al suo interno contro le rivendicazioni della altre classi e contro l'arbitrio centrale. Il sistema feudale, al suo apogeo, offre l'esempio di una società profondamente cosmopolita nella quale le classi, gerarchizzate e coordinate, sono tenute insieme da una fitta rete di convenzioni che stabiliscono diritti e doveri reciproci, sotto il controllo del sovrano, il cui compito è quello di far regnare l'ordine e la pace attraverso la giustizia, cioè quello di assicurare il rispetto dei doveri che incombono a ciascuna classe a seconda della posizione che occupa all'interno dell'organismo sociale.

Con l'avvento della monarchia assoluta, viene meno la gerarchia sociale delle classi. La monarchia centralizzata attira a sé tutti i poteri e tutte le funzioni. Gli ordini sopravvivono ma, non essendo altro che meri simulacri privi di un effettivo ruolo politico, perdono la capacità di generare equilibrio che avevano in passato. È evidente qui la recezione, da parte di Duguit, del tema-chiave della riflessione

politico-giuridica del XIX secolo: per garantire stabilità al sistema politico francese occorre spezzare la dialettica *Etat-citoyen*, occorre in altre parole superare la statolatria fondata sul dogma della sovranità nazionale consacrato dalla Rivoluzione, ma i cui prodromi sono da ricercarsi nel processo di centralizzazione innescato dalla monarchia assoluta. Il risultato di tale processo è infatti la creazione di uno Stato onnipotente, il quale regna « sans contrepoids sur une foule d'individus isolés et impuissants, sur une poussière d'hommes ».

Il sindacalismo si presenta allora come la migliore arma contro l'inarrestabile bulimia statuale, come lo strumento privilegiato per assicurare una equilibrata ricomposizione organica del sociale e il recupero del ruolo politico della società (203).

È grazie all'opera dei giuristi che le nozioni di « corporation », di « contrat collectif de travail », di « intérêt général du travail », di « intérêt collectif », vengono per la prima volta tematizzate nella loro complessità tecnica e inserite in maniera relativamente indolore nel vocabolario repubblicano. Barthélémy Raynaud, ad esempio, facendo propria la posizione espressa da De Molinari, osserva come « le système nouveau du contrat collectif réalise un progrès notable » e elogia le virtù taumaturgiche della nuova figura giuridica: « il est certain que l'introduction de la forme collective obligatoire du contrat ouvrirait aux réformes ouvrières et sociales un champ immense: le contrat collectif résoudrait sans doute bien des problèmes devant lesquels la règlementation légale se trouve impuissante. Il a

---

(203) « Le syndacalisme, c'est l'organisation de cette masse amorphe d'individus; c'est la constitution dans la société de groupes forts et cohérents, à structure juridique précisée, et composés d'hommes déjà unis par la communauté de besogne sociale et d'intérêt professionnel. Qu' on ne dise pas que c'est l'absorption, l'anéantissement de l'individu par le groupe syndical. Non point. L'homme est un animal social, il y a longtemps qu' on l'a dit; l'individu dès lors est d'autant plus homme qu' il est plus socialisé…qu' il fait partie de plus de groupes sociaux…Et comme la famille se désagrège de plus en plus, comme la commune a cessé d'être un groupe sociale cohérent, l'homme du XX siècle ne pourra trouver cette vie sociale intensifiée que dans les syndicats professionnels. Ce grand mouvement d'intégration qu' est le syndicalisme s'étend à toutes les classes. Il n'est qu' à son aurore. Il remplira tout notre siècle; il en sera certainement la marque caractéristique. Son action pacificatrice est certaine, et aussi la protection efficace qu' il assurera aux individus contre l'arbitraire des gouvernants ». Cfr. L. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, cit., p. 121 e ss.

en effet sur elle les avantages les plus marqués: il présente une souplesse beaucoup plus grande, une facilité de s'adapter aux circonstances économiques remarquable et surtout une compétence indéniable: seul il permet de tenir compte de la diversité des industries, de la complexité et des différences de besoins de chacune: en un mot, il s'adapte parfaitement à la solidarité spéciale à chaque métier ». (204)

L'analisi di Saleilles, svolta nella prospettiva della più generale riflessione in tema di personalità, appare finalizzata a mettere in luce le conseguenze che derivano dall'adozione di uno specifico modello teorico in materia di capacità giuridica delle organizzazioni sindacali, mostrando come la soluzione di questioni in apparenza solo dottrinali è destinata a riflettersi sulla regolamentazione giuridica delle relazioni industriali. Lo studio della questione della *personnalité juridique* viene perciò condotto con la piena consapevolezza che la compiuta elaborazione giuridica del *fait syndical* ne costituisce il fulcro e l'*enjeu* decisivo (205).

In particolare, Saleilles sembra rendersi conto del fatto che dietro l'adesione ai due principali modelli teorici, quello della finzione e quello della realtà, si celano due orizzonti mentali profondamente diversi: uno ancora legato alla mistica rivoluzionaria, a una visione meccanica dell'ordinamento, imperniata su una dialettica pura e astratta tra *Etat* e *citoyen* (206); l'altro, invece, desideroso

---

(204) Cfr. B. RAYNAUD, *Le contrat collectif de travail*, Paris, 1901, cit., p. 348 e ss. L'opera è una apologia del contratto di lavoro, considerato il « document indispensable qui prépare la voie aux réformes législatives ».

(205) Si è parlato espressamente a tal proposito di « enjeux politiques des théories de la personne morale sur le fait syndical ». Cfr. A. SART, *Entre doctrines juridiques et théorie politique: la question de la personnalité morale du syndicat*, Mémoire présenté et soutenu en vue de l'obtention du Master recherche mention droit du travail (sous la direction de P.-Y. VERKINDT), Lille2, Université droit et santé, 2005/2006, cit., p. 39.

Allo stesso tempo, la riflessione sul *fait syndical* è condotta nella più volte ricordata ottica di pacificazione e di disinnesco della questione sociale: « la reconnaissance du syndicat professionnel s'effectue dans un climat propice à la dépersonnalisation des luttes et des conflits sociaux où est désormais possible une représentation positive d'ensembles fonctionnels, de configurations où un individu ne peut prendre seul des décisions, indépendamment des autres », cfr. F. SOUBIRAN-PAILLET, *L'invention du syndicat (1791-1884). Itinéraire d'une catégorie juridique*, Paris, 1999, cit., p. 146.

(206) Visione dominata dal timore di una « ricontrattazione delle condizioni di

di portare a compimento la Rivoluzione, integrando in essa la realtà, unendo alla categoria della *régénération* la categoria, non meno importante, della *représentation*, intesa però come capacità concreta di rappresentare il sociale nella sua multiforme varietà, e non come mera libertà positiva riconosciuta al singolo atomo elettore (207). Infatti, mentre la teoria della finzione è espressione di un tentativo di consolidamento del *lien social* attuato dall'alto, a partire dalla tradizionale polarizzazione pubblico-privato, secondo uno schema di rappresentanza astratta, conforme alla tradizione politica rivoluzionaria, la teoria della realtà persegue il medesimo obiettivo dal basso, dando concretezza al *lien social* a partire dalla considerazione dei *faits sociaux* che lo compongono nel tentativo di dare sostanza giuridica al proclamato recupero dei corpi intermedi.

Si tratta del resto di un profilo già messo in luce dalla riflessione sociologica: lo stesso Durkheim, dopo aver affermato che « la corporation a… tout ce qu' il faut pour encadrer l'individu, pour le tirer de son état d'isolement moral », si affrettava ad aggiungere che tale funzione avrebbe potuto essere svolta solo a patto di far propria una concezione organica e non puramente formale e associativa di corporazione: « pour qu' elle ait cette influence, il faut qu' elle soit organisée sur de tout autres bases qu' aujourd'hui. D'abord, il est essentiel que, au lieu de rester un groupe privé que la loi permet, mais que l'Etat ignore, elle devienne un organe défini et reconnu de notre vie publique…ce qui importe, c'est qu' elle soit constituée de manière à pouvoir jouer un rôle social, au lieu de n'exprimer que des combinaisons diverses d'intérêts particuliers » (208).

La legge del 21 marzo 1884 sembra mettere da parte ogni esitazione riconoscendo la personalità giuridica dei sindacati da cui deriva, implicitamente, il riconoscimento del loro ruolo negoziale. È un provvedimento che rispecchia la presa d'atto delle profonde mutazioni del contesto economico-sociale del Paese, nel quale la

---

esistenza del potere a partire dalle pretese del sociale organizzato », cfr. I. STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., p. 50.

(207) Si veda, sul tema della rappresentanza, l'imponente ricostruzione storico-giuridica di H. HOFMANN, *Rappresentanza — Rappresentazione: parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Milano, 2007.

(208) *Le suicide*, cit., p. 435 e s.

dinamica delle relazioni industriali appare contrassegnata da un marcato fenomeno di concentrazione dei capitali cui deve corrispondere, come corollario inevitabile, un analogo fenomeno di associazionismo operaio.

Essa non piomba come un fulmine a ciel sereno ma è il risultato di un lungo dibattito politico e ha alle spalle l'esperienza delle *chambres syndicales* ([209]) oltre a provvedimenti normativi quali la legge del 21 giugno 1865, la quale prevede la possibilità di dar vita a una associazione sindacale « entre propriétaires intéressés à l'exécution et à l'entretien de travaux de défense contre la mer ou intéressant les cours d'eau, les canaux, les marais, les terres humides et insalubres, de travaux d'irrigation et de colmatage, de drainage, de chemin d'exploitation et de toute autre amélioration agricole ayant un caractère d'intérêt collectif ».

La soluzione offerta però è apparente o quanto meno solo parziale. Infatti, mentre la capacità di diritto sostanziale trova in tale provvedimento normativo una inequivoca consacrazione ([210]), la possibilità di fondare sulla stessa base la capacità di diritto proces-

---

([209]) L'esperienza delle *chambres syndicales* ha inizio nel 1866 quando, in previsione della *Exposition Universelle* dell'anno successivo, il Secondo Impero dà vita a una *Commission d'encouragement pour les études des ouvriers*. In questa sede viene adottata una circolare avente lo scopo di sollecitare la creazione di *chambres syndicales* nell'ottica di favorire la nascita di assicurazioni contro la disoccupazione, la malattia, gli infortuni, la vecchiaia, di società cooperative di produzione e di consumo, e di altri strumenti di tutela dei lavoratori. Si tratta di organismi che esistono *de facto*, al di fuori di qualsiasi regolamentazione giuridica e che anzi possono essere oggetto di sanzione penale laddove, in assenza di specifica autorizzazione amministrativa, siano composte da più di venti membri. Esse, perciò, sono sempre esposte al rischio dello scioglimento per effetto del principio in base al quale « la tolérance de l'autorité à l'égard des associations illicites ne saurait équivaloir à una autorisation ». Tra i loro compiti rientrano in particolare: l'intervento nei conflitti di operai e datori di lavoro; la regolamentazione delle condizioni di lavoro; l'obbligo di garantire la formazione; l'obbligo di trovare un impiego per i membri della professione; l'obbligo di agire in giudizio a difesa dei propri membri; l'obbligo di agevolare lo svolgimento del giudizio arbitrale; l'obbligo di assicurare la corresponsione di indennità in caso di disoccupazione, infortuni, vecchiaia e malattia. Si veda su tutto questo F. SOUBIRAN-PAILLET, *L'invention du syndicat*, cit., p. 89 e ss. e p. 95, per l'analisi del dibattito che ha portato all'approvazione della legge del 1884.

([210]) Cfr. P. PIC, *Traité élémentaire de législation industrielle*, II, Paris, 1903, p. 296, citato da A. SART, *Entre doctrines juridiques et théorie politique*, cit., p. 84.

suale (211) appare, al contrario, estremamente problematica. In realtà, è proprio questo l'unico profilo davvero rilevante, l'unico che può fare la differenza in materia di diritto sindacale, in mancanza del quale il riconoscimento della personalità rischia di risolversi in un *beau geste* privo di sostanziali conseguenze pratiche.

I giuristi si concentrano perciò su tale aspetto sforzandosi di individuare il principio in base al quale è possibile riconoscere al sindacato la capacità di agire in giudizio a difesa degli interessi professionali dei propri membri. Il punto di partenza, ovviamente, è rappresentato dal dato positivo. L'articolo 3 della legge Waldeck-Rousseau, stabilendo che « les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles » definisce l'oggetto e la finalità delle organizzazioni sindacali, mentre il successivo art. 6 precisando che « les syndicats professionnels de patron ou d'ouvriers auront le droit d'ester en justice », sembra includere la capacità di diritto processuale nella più generale capacità giuridica del sindacato.

Si tratta però della capacità di stare in giudizio nei processi che hanno ad oggetto questioni di carattere patrimoniale e non della capacità di agire in giudizio a difesa degli interessi collettivi della professione, ad esempio in caso di concorrenza sleale. Occorre stabilire, perciò, se i diritti sindacali diversi dai diritti di carattere patrimoniale possono essere fatti valere soltanto su iniziativa dei singoli aderenti o se, al contrario, è possibile ammettere una sorta di « syndicalisation des poursuites individuelles » attraverso la quale il sindacato agisce come un soggetto unitario, a tutela della generalità dei suoi membri.

Saleilles mostra come la difficoltà di riconoscere la legittimità dell'azione unitaria dipenda in larga misura dai falsi impedimenti frutto della teoria della finzione. Ciò è possibile perché la personalità, secondo la teoria della finzione, non è altro che una costruzione giuridica funzionale alla creazione di un soggetto giuridico unitario con esclusivo riferimento al circoscritto ambito patrimoniale. Nel sistema della finzione, il legame che unisce i singoli all'interno di una

---

(211) Cfr. J. Le Goff, *La naissance des conventions collectives*, in *Droits*, n. 12, 1990, p. 72 e s.

collettività organizzata non deriva da un rapporto organico ma si risolve in una mera giustapposizione di individualità.

A menomare lo sviluppo delle organizzazioni sindacali non è quindi tanto l'obbligo di una preventiva *déclaration* imposto dalle leggi del 1884 e del 1901 (la quale configura piuttosto un controllo *a posteriori* avendo più la funzione di informare l'amministrazione dell'avvenuta costituzione del sindacato che quella di chiedere l'autorizzazione statuale), quanto semmai la mancata fuoriuscita dalla dimensione della *association* verso la più congeniale dimensione della *corporation*; con la conseguenza che il sindacato è più un luogo artificiale, nel quale si esercita una rappresentanza astratta e dal quale si può entrare e uscire liberamente, che un organismo votato al perseguimento di un obiettivo comune sulla base di un legame originario di natura solidaristica.

Le limitazioni alla capacità giuridica dei sindacati sono pertanto il frutto della concezione ancora profondamente individualistica che li ispira sostenuta del resto dallo stesso Waldeck-Rousseau e da giuristi del calibro di Marcel Planiol. Quest'ultimo, in coerenza con l'espressa adesione alla teoria negativa della personalità giuridica, rifiuta l'idea che il sindacato possa agire in giudizio a difesa dell'interesse della professione e ricollega la capacità di diritto processuale alla sola tutela di interessi patrimoniali, affermando senza mezze misure che « le droit de plaider est la suite et la garantie du droit de posséder, et rien de plus » (212).

Il rischio di sterilità insito nell'adozione di un modello meramente associativo non passa inosservato durante il dibattito parlamentare sul progetto di legge. È la componente filo-monarchica e tradizionalista a evidenziare lucidamente tale pericolo. Albert de Mun, in particolare, afferma che gli obiettivi perseguiti dalla riforma, possono essere raggiunti solo attraverso la costituzione di una sorta di « famille professionnelle », ovvero di un sindacato misto, composto da operai e datori di lavoro, organizzato su base corporativa, dotato quindi di stabilità e di una naturale rappresentatività.

Occorre in altre parole superare la concezione di un sindacato-associazione, aperto all'adesione libera dei membri di una profes-

---

(212) Citato da A. SART, *Entre doctrines juridiques et théorie politique*, cit., p. 94.

sione e operante sulla base del tradizionale modulo della rappresentanza astratta. L'orizzonte politico di riferimento, alla cui stregua ispirare, per analogia, il funzionamento del sindacato, non è il sistema del suffragio universale, il cui esito è la « tyrannie du nombre », ma il sistema monarchico, nel quale l'autorità è detenuta da un solo soggetto ed è trasmissibile di generazione in generazione.

La capacità di agire a difesa di interessi di carattere professionale presuppone la presenza di una persona reale, dotata di una autonoma sfera giuridica. La possibilità per una *persona ficta* di agire alla stessa stregua di una persona reale a difesa dei propri diritti patrimoniali è la diretta conseguenza della finzione, la quale non ha altro scopo che quello di attribuire un proprietario unico a un patrimonio collettivo. Ma, al di fuori della sfera patrimoniale, la persona giuridica perde la propria unità e non può essere considerata un soggetto autonomo dotato di interessi professionali e legittimato a difenderli, come, per un altro verso, essa non è responsabile né civilmente né penalmente per gli illeciti commessi dai suoi membri. Ciascuno degli individui che formano il gruppo corporativo esercita una professione e su tale presupposto è legittimato ad agire in giudizio a difesa dei propri interessi; ma dire che il gruppo è, esso stesso, una persona che esercita una professione ed è come tale titolare di specifici interessi professionali tutelabili in via giudiziale equivale a moltiplicare le finzioni, aggiungendo una finzione professionale alla preesistente finzione patrimoniale.

La costruzione della persona giuridica in termini di *persona ficta* impedisce di uscire dal recinto dei diritti patrimoniali poiché, nell'ottica di tale teoria, la tutela di interessi professionali esorbita dalla sfera del diritto privato e si risolve in una forma di rappresentanza politica, per legittimare la quale si rende necessaria una forma di personalità diversa da quella riconosciuta, ai soli fini patrimoniali, dalla legge del 1884.

Anche la teoria della proprietà collettiva ha immediati effetti in ambito sindacale (213).

---

(213) Tali teorie si mostrano particolarmente deboli soprattutto di fronte al tentativo di elaborare una coerente *Staatslehre*. La teoria della proprietà collettiva, avendo natura puramente patrimoniale, mentre è applicabile allo Stato inteso come persona

Infatti, se il sindacato non è altro che la somma degli interessi particolari dei membri di una professione, presi individualmente, l'azione sindacale diventa semplicemente la risultante delle azioni individuali dei singoli aderenti, relativa a un danno personale. Ne deriva l'impossibilità di dar rilievo e tutela giuridica all'« intérêt syndical » propriamente inteso. La teoria della proprietà collettiva è espressione di una concezione rigorosamente individualista nella quale i diritti dei presunti organismi sociali vengono disaggregati attraverso una analisi artificiale, e ridotti a un pulviscolo di diritti individuali. Secondo tale teoria, vi è spazio soltanto per collettività dotate di una capacità circoscritta alla sfera patrimoniale ma incapaci di agire in nome di un interesse sindacale unitario. Il sindacato, in altre parole, può agire a tutela e nell'interesse dei singoli aderenti, ma non nell'interesse della professione.

È perciò necessario provare l'esistenza di un danno a carico di un aderente, poiché nel caso di danno causato a un soggetto non appartenente al sindacato, non vi è possibilità di agire giudizialmente. Inoltre, anche nell'ipotesi in cui tutti i membri di una professione appartengano al sindacato, è in ogni caso necessario provare l'esistenza di un danno individuale, dal momento che il sindacato non ha il diritto di agire in veste di rappresentante della intera categoria. Il risultato è che non siamo più in presenza di un organo rappresentativo di un corpo costituito amministrativamente per esercitare una funzione di interesse collettivo, ma di un fascio di interessi individuali uniti soltanto sotto il profilo patrimoniale. In entrambi i casi è inibita l'emersione dell'« intérêt collectif », cioè del principio posto a fondamento della capacità di diritto processuale.

Saleilles afferma quindi esplicitamente che la possibilità per i sindacati di agire a difesa degli interessi professionali degli aderenti, sulla base del riconoscimento dell'« intérêt général du travail », è strettamente legata all'adozione di un punto di vista realistico, e

---

privata, risulta del tutto incapace di spiegarne la personalità pubblica. Allo stesso tempo, la teoria della finzione, facendo dipendere la personalità da un atto di riconoscimento di origine statuale non riesce a spiegare come sia possibile che lo Stato, autore della personificazione, abbia a sua voltà una personalità. Cfr. A. PAYNOT-ROUVILLOIS, *Personnes morales*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, cit., p. 1155.

quindi al mutamento del presupposto teorico su cui si fonda la capacità giuridica dell'organizzazione sindacale. Si tratta di una esplicita presa di posizione a favore del superamento della concezione minimalista fatta propria dalla legge del 1884, espressione del convincimento, sempre più diffuso, che « la personnalité civile n'a de raison d'être, d'utilité pratique pour le syndicat que s'il peut en faire un instrument de l'intérêt professionnel » (214): il riconoscimento della legittimità dell'azione sindacale a tutela dell'interesse collettivo della professione, distinto dall'interesse individuale dei singoli aderenti, conseguenza di una concezione organica del sindacato, appare sempre più un approdo inevitabile.

Il primo passo significativo in tal senso è compiuto dalla giustizia amministrativa. I giudici del *Conseil d'Etat* seguono una strada parzialmente diversa da quella prescelta dai giudici ordinari: analizzando il sindacato sotto il profilo funzionale, essi spostano l'attenzione dalla nozione di « intérêt professionnel » a quella di « activité professionnelle », favorendo in tal modo l'emersione del concetto di « mission syndicale ». Ciò consente di aggirare il profilo strutturale, il problema della composizione e della rappresentatività del sindacato, fondandone al contempo la capacità di diritto processuale a partire da tale prospettiva funzionale: il sindacato potrà infatti agire in giudizio a difesa degli atti rientranti nella sfera della cosiddetta « mission syndicale ». Tale soluzione si fa strada a poco a poco anche all'interno della giurisprudenza civile. Ma si tratta di una evoluzione particolarmente lenta e faticosa: all'inizio del Novecento la *Cour de Cassation* ricollega ancora l'azione sindacale al diritto individuale.

La svolta si ha il 4 aprile del 1913 quando i giudici della Suprema Corte, con una sentenza emessa a *Chambres réunies*, riconoscono la personalità giuridica del sindacato; esso d'ora innanzi deve essere considerato una persona giuridica distinta dai singoli aderenti, avente titolo, in quanto tale, per agire a difesa di interessi di carattere professionale.

La controversia ha origine a seguito dell'azione presentata dal *Syndicat national de défense de la viticulture française*, il quale si costituisce in giudizio come parte civile denunciando un caso di

---

(214) Cfr. J. CRUET, *Le syndicat personne morale*, Paris, 1908, cit., p. 71, citato da A. SART, *op. cit.*, p. 98.

mouillage de vin, cioè di contraffazione del vino mediante aggiunta di acqua. La Corte di Parigi riconosce l'esistenza di un danno causato direttamente agli interessi tutelati dall'organizzazione e ritiene legittima l'azione sindacale. La *Cour de Cassation* cassa la sentenza con rinvio. Il giudice del rinvio adotta una sentenza analoga a quella cassata. Conseguentemente, la questione viene rimessa alle *Chambres réunies*, le quali confermano la soluzione originaria, favorevole al riconoscimento della capacità di diritto processuale del sindacato. È interessante notare come il procuratore generale Sarrut fondi la *legitimatio ad litem* del sindacato utilizzando argomenti tipici della concezione realistica della personalità: « la profession apparaît comme une sorte de personne morale, d'entité juridique que le syndicat professionnel représente, qu' il a mission légale de représenter. Défenseur attiré des intérêts économiques de la profession, le syndicat professionnel agit en vertu d'un droit propre et distinct, non en vertu d'une délégation, d'un mandat des membres qui le composent ». Ne deriva che « l'action syndicale n'a pas nécessairement pour fondement juridique l'action individuelle; le droit syndical n'est pas le faisceau des droits individuels, l'action syndicale n'est pas la somme, le groupement des actions individuelles; c'est une action spéciale créée par la loi, sans relation théorique avec l'action individuelle. Les deux actions ont sans doute un trait commun, en ce qu' elles procèdent du même fait dommageable, mais elles diffèrent par leur cause, leur objet, leur résultat. La formule « défense des intérêts économiques de la profession » est donc justifiée ». La Corte accorda pertanto la tutela sul presupposto che l'azione promossa dal sindacato non ha ad oggetto la difesa di interessi individuali ma semmai la protezione dell' « intérêt collectif de la profession envisagée dans son ensemble et représentée par le syndicat dont la personnalité juridique est distincte de la personne de chacun de ceux qui la composent » (215).

Si tratta di un primo importante riconoscimento della capacità di diritto processuale del sindacato, alla cui base vi è l'adozione di un modello teorico non dissimile da quello elaborato dal giurista bor-

(215) CASSATION CIVILE, sentenza del 4 aprile 1913, *Dalloz - jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine*, 1914, I, pp. 65-72, cit., p. 71.

gognone. L'adesione alla teoria realista consente in altre parole di superare una concezione individualista dell'organizzazione sindacale e favorisce l'emersione della nozione di « intérêt collectif » come elemento caratteristico della dinamica contrattuale nell'ambito delle relazioni industriali, dando un significativo impulso allo sviluppo del diritto del lavoro.

Capitolo II

SOLIDARISMO E MODELLO SAPIENZIALE DI PRODUZIONE LEGISLATIVA: IL CONTRIBUTO DI SALEILLES ALLA *SOCIETE D'ETUDES LEGISLATIVES*

1. Diritto sapienziale e riforma legislativa: i *jurisconsultes* alla riconquista della legge. — 2. Solidarismo e decentralizzazione: la riscoperta della fondazione di diritto privato. — 2.1. Una crisi provvidenziale: la ricomparsa discreta della fondazione nella tempesta della *question religieuse*. — 2.2. Alla ricerca del *pacte laïque*: le potenzialità nascoste della legge del 1905. — 2.2.1. La posizione di un vescovo transigente: *Eudoxe-Irénée Mignot* ovvero il contributo decisivo di Saleilles alla elaborazione della linea del compromesso. — 2.2.2. L'analisi tecnico-giuridica e il conseguente ridimensionamento della portata eversiva della legge del 1905. — 2.3. L'elaborazione dei progetti di legge in materia di fondazione. — 2.3.1 Il *Rapport préliminaire* ovvero la comparazione al servizio della causa della fondazione. — 2.3.2. Gli interventi *ad adiuvandum* di Eugen Huber e di Otto von Gierke. — 2.3.3. La tesi della regolamentazione giudiziale: il caso *Goncourt*. — 2.3.4. Il nuovo statuto giuridico della fondazione. — 3. La revisione dell'autonomia privata: il problema del contratto di lavoro. — 3.1. Monopoli giuridici, grande industria e rapporto di lavoro: *assouplissement* e tutela giudiziale del contratto individuale di lavoro. — 3.2. Verso una *charte collective obligatoire*: dal contratto individuale alla *loi contractuelle*. — 4. Dalla libertà alla responsabilità: l'abuso del diritto. — 5. Il problema del « *libre salaire de la femme mariée* ».

1. *Diritto sapienziale e riforma legislativa: i* jurisconsultes *alla riconquista della legge.*

Abbiamo esaminato il contenuto intrinseco del modernismo di Saleilles, l'elemento che consente di fondare la legittimità tecnica di una interpretazione attualizzante e finisce per incidere sui meccanismi di produzione normativa: lo sviluppo organico della legge, intesa come *loi-organisme*, deve avvenire nel rispetto delle coordinate fissate da una comunità di *jurisconsultes*, cioè di giuristi-sapienti, ai quali spetta il compito di distinguere le interpretazioni evolutive

legittime, in quanto rispettose del nucleo essenziale di verità su cui si fonda il dogma, dalle interpretazioni evolutive deviate o « corruptions », nella terminologia newmaniana.

In questa prospettiva, il parallelo con il fondamento euristico e con i principi metodologici che governano la riflessione teologica è determinante. Compito dei teologi non è solo quello di garantire il rispetto della ortodossia ma anche quello di assicurare il progresso della teologia, la sua capacità di interpellare l'uomo del presente offrendo ad esso un orizzonte di significati vitali percepiti come attuali e vincolanti. Ciò avviene innestando la riflessione teologica su un essenziale fondamento comunitario, attraverso una continua opera di studio e di aggiornamento dei contenuti del deposito rivelato, a partire cioè dal radicamento nella dottrina elaborata dalla Chiesa nella sua tradizione plurisecolare.

Se la comunità dei teologi, custode del magistero, del quale è interprete e autrice, presiede alla sua evoluzione organica e ne garantisce la conformità alle verità essenziali del *Credo*, allo stesso modo la comunità dei *jurisconsultes* considera la legge non alla stregua del prodotto meccanico di una volontà esterna, ma al pari di una componente del proprio magistero, della quale può liberamente disporre appropriandosene per reinterpretarla evolutivamente. Nel far ciò i *jurisconsultes* svolgono una funzione nomopoietica, finiscono per divenire i custodi della legalità e i principali artefici della genesi del diritto.

Nell'esercizio del proprio magistero i *jurisconsultes* non si accontentano però di creare nuovo diritto a partire da una interpretazione evolutiva delle norme esistenti ma sono naturalmente portati a produrre diritto *tout court*, colmando le lacune presenti nell'ordinamento, e svolgendo *de facto* un'attività di carattere legislativo. Si tratta di una riflessione alla cui base è possibile rintracciare un ben preciso orientamento se non addirittura una esplicita idea-forza: la tendenza verso una progressiva oggettivazione delle categorie del diritto privato in conseguenza della sua ritrovata socialità, di cui è espressione la relativizzazione di dogmi essenziali e apparentemente intangibili come l'autonomia della volontà e la libertà contrattuale.

Il significato autentico dell'attività posta in essere dalla *Société d'études législatives* si apprezza fino in fondo solo ponendosi entro questa prospettiva. Il ruolo effettivo di questo organismo, nel con-

testo di una complessiva rilettura del sistema delle fonti e degli equilibri istituzionali (1), non fatica molto ad affermarsi, al di là delle contingenze storiche che ne favoriscono la costituzione.

Va ricordato, in primo luogo, come la valorizzazione di una istituzione come la *Société* sia espressione di un tratto caratteristico della riflessione di Saleilles, ovvero della necessità di recuperare i corpi intermedi rafforzando i gruppi sociali — fondazioni, consigli, associazioni — allo scopo di favorire una redistribuzione in senso orizzontale di funzioni di rilevanza pubblicistica, in un'ottica di decentralizzazione.

Saleilles concepisce da principio la *Société* alla stregua di un organo ausiliario dello Stato, una sorta di ufficio tecnico di documentazione, chiamato a rendere più agevole e spedita la produzione legislativa in anni di crescente *interventisme*. La *Société* avrebbe in tal modo il compito di precostituire un serbatoio di soluzioni giuridiche a favore del potere politico.

Ma si tratta di una concezione volutamente riduttiva, dettata da ragioni di prudenza politica, non corrispondente alle aspettative autentiche ricollegate alla nascita del nuovo organismo. La *Société*, infatti, nata in sordina come semplice organo di consulenza, è in realtà il riflesso del profondo rinnovamento dottrinale realizzato dalla *Ecole scientifique*.

Non stupisce pertanto che, nel giro di poco tempo, essa finisca per superare gli angusti confini di un mero ufficio di documentazione ed assuma le vesti di un organismo para-legislativo, di un consesso di sapienti chiamati a creare diritto controllando i meccanismi di produzione legislativa: « un renversement s'opère ainsi: au juriste « la science juridique », mais entendue comme définition de la règle de droit expression du fait social, et donc…le « choix politique »; au politique, ne reste qu' une simple mise en oeuvre de la « technique juridique ». Finalement cette appréciation conduit à une inversion de la hiérarchie des fonctions en considérant que ce n'est pas la science juridique qui doit devenir une science *appliquée*, mais la fonction législative (délibérative, de vote) qui est restreinte à

(1) « Saleilles sabía cuanto podía influir la *Société* sobre el poder legislativo y jugaba con armas…que, en otros contextos, no usaba », così cfr. A. ARAGONESES, *Un jurista del modernismo*, cit., p. 45.

une simple application de la science: le savant expert supplant la politique » (2).

Il risultato è, allo stesso tempo, la consacrazione del ruolo creativo del giurista sapiente e la sottolineatura della centralità della *loi* (3), sia pure trasfigurata e tornata ad essere cosa dei giuristi, come unica fonte in grado di rispondere adeguatamente alle esigenze della modernità giuridica e di costruire l'ordito della nuova democrazia sociale.

2. *Solidarismo e decentralizzazione: la riscoperta della fondazione di diritto privato.*

Gli studi sulla fondazione di diritto privato rappresentano certamente il capitolo più importante dell'impegno di Saleilles in seno alla *Société d'études législatives*. Abbiamo visto come, scrivendo a Pierre Imbart de la Tour nell'aprile del 1912, ad appena un mese di distanza dalla morte del marito, Marguerite Bufnoir avesse cura di precisare come questi « jusqu' au dernier jour…travailla à préparer

---

(2) Si è parlato significativamente di « réappropriation du processus de législation », fondata su un duplice presupposto, politico e ontologico: « cette consécration se fonde sur une critique du rôle politique mais aussi sur une véritable ontologie politique du juriste. Le législateur politique est perçu comme évoluant dans un « monde des passions », et ce, alors même que les membres de la Société demeurent eux « étrangers à toutes les polémiques tumultueuses et bruyantes de la politique ». Il est limité par la contrainte de la rapidité; la « précipitation » est ainsi présentée comme « la tare commune des lois modernes ». Le législateur est enfin accusé de délaisser les vraies questions, celles touchant à la législation civile et commerciale au profit de « la science et de la législation ». Cfr. M. MILET, *La fabrique de la loi. Les usages de la légistique sous la III République (1902-1914)*, in O. IHL, M. KALUSZYNSKI, G. POLLET (a cura di), *Les sciences de gouvernement*, Paris, 2003, pp. 123-141, cit. p. 135 e ss.

(3) Si parla non a caso di « modèle Portalis » per qualificare il risultato di tale operazione, descrivendolo come un modello teorico di produzione della legge nel quale una forte concentrazione del potere politico favorisce l'emersione di un potere dottrinale consolidato. Allo stesso tempo, la riappropriazione del processo legislativo non si fonda tanto su una messa in discussione dell'equazione *droit-loi*, e quindi su una fronda anti-legalistica, ma su una ridefinizione della sostanza della legge sotto la pressione dei *faits sociaux*. Il che ne salva la primazia nel quadro delle fonti, sia pure nella versione rinnovata di un contenitore versatile di soluzioni giuridiche disparate. Cfr. M. MILET, *op. cit.*, p. 138 e ss.

l'introduction dans nos lois d'une législation des Fondations espérant toujours y parvenir » (4).

Nel suo progetto scientifico, infatti, la fondazione rappresenta per così dire l'istituto simbolo del solidarismo giuridico, il *test* decisivo di un pensiero giuridico-politico impegnato in una difficile opera di ricomposizione organica del sociale e nel superamento delle sterilizzanti astrazioni settecentesche.

Bisogna infatti ricordare come la dottrina solidarista e il programma politico del movimento *démocrate-chrétien* puntino alla ricostituzione della società civile attraverso il recupero dei *corps intermédiaires* e di strutture sociali organiche in grado di porre fine alla solitudine del *citoyen* nella prospettiva di una fruttuosa collaborazione tra Stato e società, tra funzione amministrativa e iniziativa privata.

In questo senso, pertanto, la teoria della fondazione, combinando il tentativo di restituire densità al sociale con un originalissimo progetto di revisione dei tradizionali rapporti centro-periferia attuato a partire dal basso, attraverso l'impiego strumentale di istituti privatistici, rappresenta la sintesi delle istanze caratteristiche del solidarismo, nel quadro di quella osmosi pubblico/privato che sappiamo essere uno dei connotati essenziali di tale variegata corrente di pensiero (5).

---

(4) Lettera del 18 aprile del 1912.

(5) Da questo punto di vista, solidarismo, ricomposizione organica della società e decentralizzazione sono elementi essenziali di un indentico progetto di riforma: « on parle beaucoup, aujourd'hui, de solidarité sociale. Il ne suffit pas d'en parler; il faut, des mots, passer aux actes. Et, si l'on se contente de confier à l'Etat, sous la forme administrative, tous les services que l'on attendait jadis de la charité individuelle, on ne voit pas bien ce que l'idée de solidarité aura à y gagner. Il y a une autre conception que l'on peut se faire, et que l'on doit se faire, du devoir civique et du devoir social. Nous sommes tous solidaires, c'est entendu. Mais alors, si le mot a un sens, il signifie qu' il n'est permis à personne de se désintéresser du sort des déshérités, parmi les membres de la grande collectivité sociale à laquelle nous appartenons. Et, si l'on trouve aujourd'hui insuffisant de s'en tenir aux efforts isolés, et décentralisés, de la charité individuelle, il n'y a qu' une façon de réaliser pratiquement ce sentiment nouveau, c'est de grouper organiquement ces bonnes volontés et d'en faire comme les agents des services d'assistance et de protection sociale. Non certes qu' il s'agisse de substituer ces groupements privés à l'action de l'Etat; il ne saurait être question de substitution ni de conflit, mais de collaboration. Il faut qu'à côté de la fonction administrative, toujours réglementaire et

Saleilles concepisce la decentralizzazione alla stregua di una « décentralisation fonctionnelle » (6), in linea con la teoria di Duguit (7), e la ritiene realizzabile attraverso la istituzionalizzazione di pratiche di *self-help*, a partire da deleghe successive di funzioni statuali.

Non siamo di fronte a un complesso disegno di riforma politico-costituzionale tesa a ridisegnare i rapporti centro-periferia attraverso la valorizzazione del ruolo delle autonomie locali, ma a un programma assai più realista (per l'epoca) di redistribuzione in senso orizzontale di competenze di rilevanza pubblicistica facendo leva su istituti giuridici ibridi, dotati perciò di un forte valore strategico (8).

---

souvent un peu trop mécanique et abstraite, l'Etat s'associe, pour son œuvre d'assistance, des initiatives privées, qui soient celles de citoyens ayant le sentiment de la solidarité qui les relie à leurs pairs », cfr. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, cit., p. 104 e s.

(6) Si vedano le voci *Centralisation* e *Décentralisation* a cura di G. Dupuis in *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, 1992, p. 118 e s. e p. 264 e s. Sul concetto di « décentralisation » come « déconcentration », cfr. O. Philip, *Déconcentration et décentralisation*, in Aa.Vv., *La décentralisation pour la rénovation de l'Etat*, Paris, 1976, pp. 15-21; Y. Meny, *Le débat politique et la décentralisation*, *ibidem*, pp. 35-45; F.-P. Benoit, *Les structures administratives territoriales devant l'exigence de décentralisation*, *ibidem*, pp. 101-114.

(7) Questi teorizza la necessità di una « décentralisation par services publics » e sottolinea, anche in questo caso, il ruolo strategico del sindacato. L'idea è quella di dar vita a una serie di istituzioni le quali « viennent limiter l'action du gouvernement central, devant la réduire dans un avenir, peut-être prochain, à un simple rôle de contrôle et de surveillance ». Cfr. L. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, cit., p. 103 e s. e p. 139 e ss. Sull'emergere della nozione di « servizio pubblico » e sul suo ruolo strategico nel contesto del nuovo *Etat-Providence*, cfr. L. Mannori-B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 400 e ss.

(8) Non è ovviamente questa la sede per soffermarsi sulla storia del diritto amministrativo francese né sul tema assai complesso dei rapporti centro-periferia, così sensibile nella vicenda giuridica d'oltralpe. Rimando per questo a S. Mannoni, *Une et indivisible: storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, cit., nonché a F. Burdeau, *Histoire de l'administration française du XVIII au XX siècle*, Paris, 1989 e, dello stesso autore, *Histoire du droit administratif: de la Révolution au début des années 1970*, Paris, 1995. Le ragioni a favore della decentralizzazione (ottimizzazione della funzione amministrativa e tutela del *droit à la différence*) e gli ostacoli che vi si oppongono sono efficacemente sintetizzati da F. Luchaire-Y. Luchaire, *Le droit de la décentralisation*, Paris, 1983, p. 29 e ss. Per una storia delle nozioni di *centralisation* e di *fonction publique*, cfr. L. Mannori, *Centralisation et fonction publique dans la pensée juridique de l'Ancien*

Saleilles contribuisce, dal versante tecnico-giuridico, all'approfondimento di un tema centrale della riflessione politica francese, che attraversa l'intero Ottocento, dalle pagine fondamentali di Tocqueville sul rapporto tra decentralizzazione, associazionismo e democrazia, al regionalismo di Le Play, alle analisi di Taine, secondo il quale la centralizzazione e il suffragio universale, tratti caratteristici della Francia di fine secolo, sono la causa dei difetti costituzionali del paese, della sua organizzazione politica imperfetta, « apoplectique » e « anémique » (9).

Per Duguit « la tendance du droit moderne est incontestablement dans le sens décentralisateur », l'affermarsi dell'*Etat-Providence* ha come inevitabile conseguenza la decentralizzazione per effetto dell'« accroissement des services techniques » e della « disparition de la croyance à la puissance souveraine de l'Etat ». L'incremento dei servizi pubblici non provoca un conseguente incremento dell'apparato statuale, il quale ha già raggiunto il suo massimo livello di sviluppo ma si traduce al contrario in una progressiva decentralizzazione, indispensabile per garantire lo svolgimento di funzioni sempre più numerose: « cette décentralisation peut se produire sous divers modes…Ce sont la décentralisation régionale, la décentralisation patrimoniale qui implique l'affectation d'un patrimoine autonome à la gestion d'un service public déterminé, la décentralisation *fonctionnariste* qui suppose un rôle de direction donné aux fonctionnaires techniques du service, et enfin la *concession* qui implique l'exploitation du service par un simple particulier sous le contrôle des gouvernants » (10).

I tentativi pragmatici di decentralizzazione e prima ancora il progetto di ristrutturazione organica della società, di cui la teoria

---

Régime: justice, police et administration, in *L'administration territoriale de la France (1750-1940)*, Actes du colloque d'Orléans (30 septembre — I et 2 octobre 1993), Orléans, 1998, pp. 247-257.

(9) *Correspondance*, IV, p. 127, citato da L. Fayolle, *L'aristocratie, le suffrage universel et la décentralisation dans l'oeuvre de Taine*, in *Libéralisme, traditionalisme, décentralisation*, Paris, 1952, pp. 45-77, cit., p. 75.

(10) Cfr. L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel. Théorie générale de l'Etat-Le droit et l'Etat-Les libertés publiques-Organisation politique*, Paris, 1918, p. 77 e ss.; L. Duguit, *Etudes de droit public*, II. *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Paris, 1903, p. 654 e ss.

della fondazione costituisce un esempio emblematico (11), si collocano in un'ampia strategia di riforma, fondata niente meno che su una revisione dei paradigmi politici rivoluzionari, e devono essere letti alla luce di questi complessi riferimenti politico-culturali. Si tratta di superare la concezione astratta nella quale « les individualités disparaissent et se trouvent remplacées par leur représentation administrative », riscoprendo il ruolo intrinsecamente politico della società civile, favorendo la « représentation concrète de la collectivité ». In questo senso, il riferimento al paradigma politico-giuridico anglosassone assume un'importanza centrale, a conferma dell'attenzione costante per l'universo suggestivo del *common law* (12).

---

(11) La fondazione di diritto privato rappresenta in quanto tale un saggio di decentralizzazione poiché non è altro che il tentativo di individuare uno strumento attraverso il quale rendere possibile l'attribuzione ai privati di funzioni di rilevanza pubblicistica. Tuttavia, in relazione a tale istituto, il tema della decentralizzazione appare con particolare evidenza laddove Saleilles affronta la questione delle commissioni di sorveglianza, cioè degli organi di controllo delle fondazioni, il cui modello sono i *commissioners of charity* del diritto inglese. Cfr. *Rapport sur la partie administrative du projet sur les fondations*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, VIII, 1909, pp. 188-234, cit., p. 190. Del pari, in seno alla *Société*, il progetto di una decentralizzazione "morbida", attuata dal basso, è manifesto nei saggi che si occupano dei *conseils de tutelle* e delle *commissions des aliénés*, cioè nella individazione degli strumenti giuridici di tutela dei figli naturali e degli infermi di mente. Relativamente al primo profilo, si veda *Bulletin de la Société d'études législatives*, II, 1903, pp. 104-126, cit., p. 115. Sulla tutela giuridica degli *aliénés*, si veda invece *Observations dans une discussion de la Société d'études législatives sur la réforme des lois concernant les aliénés*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, III, 1904, p. 103, pp. 103-108, pp. 109-110, p. 158, p. 162, p. 333, pp. 336-337, p. 338, p. 340-347, pp. 430-452, p. 456, pp. 457-461; *Observations écrites présentées sur la question des aliénés*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, III, 1904, pp. 173-181; *Rapport préliminaire sur les questions relatives à la gestion des biens et à la capacité civile des aliénés*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, III, 1904, pp. 262-305 e in *Bulletin de la Société d'études législatives*, IV, 1905, pp. 135-177; *Rapport présenté en séance générale de la Société d'études législatives sur la question de la protection des biens et de la capacité civile des aliénés*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, III, 1904, pp. 318-331 e pp. 410-428; *Annexe au rapport présenté en réunion générale sur la question de la protection des biens et de la capacité civile des aliénés*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, III, 1904, pp. 349-361. Cfr. inoltre *Bulletin de la Société d'études législatives*, IV, 1905, p. 280, p. 281, p. 282, pp. 292-297, p. 298.

(12) « Il faut, quand on le peut, et toutes les fois qu' on le peut, dépouiller l'Etat de son abstraction et le ramener aux individualités dont il est l'organe. Il faut lui substituer, là où il s'agit de fonctions qui n'ont rien de politique ni de gouvernemental,

Non sorprende allora che, nel tentativo di riesumare la fondazione di diritto privato, Saleilles utilizzi sino in fondo le notevoli potenzialità ricostruttive della *méthode historique*. Gli studi dedicati a tale istituto si moltiplicano nell'ultima fase della sua vita, a conferma di una riflessione ininterrotta e articolata, che acquista particolare slancio negli anni travagliati della crisi della separazione.

Egli si rende conto che l'analisi del fenomeno della fondazione di diritto privato non può prescindere da una premessa di carattere storico. Qui, più che altrove, la storia può illuminare le ragioni di una peculiarità tutta francese. Saleilles nota, per cominciare, come la tendenza a regolamentare il fenomeno associativo sia assai risalente: già con la ordinanza di Villers-Cotteret (1539) corporazioni e comunità venivano sottoposte a complesse regolamentazioni amministrative.

La tendenza si accentua in particolare in relazione alle comunità di carattere religioso ed è giustificata dalla necessità di scongiurare il diffondersi della manomorta. L'ordinanza del 1666, al fine di impedire l'accumulo di beni a vantaggio di fondazioni religiose o caritatevoli, stabiliva l'obbligo di ottenere delle « lettres patentes », e subordinava quindi la creazione di una fondazione alla concessione di una autorizzazione preventiva da parte dell'amministrazione (13).

---

la représentation organique des citoyens par eux-mêmes. Il faut cependant que nous fassions en France notre éducation civique et notre éducation sociale, comme elle se fait en Angleterre depuis si longtemps et comme elle commence à se faire en Allemagne. Il faut que nous perdions cette habitude néfaste de croire que nous n'avons, comme individus, aucune tâche sociale à remplir, en ce qui concerne les intérêts de la collectivité, et que tout incombe à l'Etat. Il faut que nous sachions que, comme individus, c'est à nous que devrait revenir le soin de nous occuper précisément des individualités qui ont besoin, pour subvenir à leur faiblesse, de sentir auprès d'elles, au lieu de rouages purement administratifs, d'autres individualités comme elles, qui agissent comme des hommes en face d'autres hommes, au lieu d'être seulement les organes d'un règlement à faire observer. Il faut que ces individualités, non seulement sur le terrain de l'initiative purement spontanée, mais sur celui de la collaboration avec l'Etat, deviennent quelque chose d'organique, participant à une tâche d'Etat tout en gardant l'indépendance et la liberté d'allure de l'action individuelle. C'est le phénomène que nous présente le jury dans sa participation à la justice », *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1903, cit., p. 116 e s.

(13) « Voulons et nous plaît qu' à l'avenir il ne pourra être fait aucun établissement de collèges, monastères, communautés religieuses ou séculières, même sous prétexte

La disciplina stabilita dall'*ordonnance* trovava piena applicazione, dal momento che la maggior parte delle fondazioni, anche qualora avessero natura secolare, assumevano la forma corporativa. I giuristi escogitarono perciò un espediente per separare la fondazione dalla forma corporativa: l'*ordonnance* vietava espressamente la costituzione di corporazioni, anche sotto forma di *hospices*, ma il quadro cambiava se si invertivano i termini della questione. Se infatti si considerava l'*hospice* proprietario e la comunità un semplice strumento al suo servizio, la fattispecie risultava estranea alla disciplina della *ordonnance*, la quale aveva ad oggetto esclusivamente le comunità dotate di personalità. In tal modo, si riusciva a sottrarre un gran numero di fondazioni alla necessità della autorizzazione preventiva.

L'editto del 1749 interviene anche per porre rimedio a tali abusi e determina un inevitabile irrigidimento della disciplina. Si tratta di un provvedimento normativo di capitale importanza, divenuto parte integrante della mentalità giuridica francese, al punto che, in pieno XX secolo, alcuni membri della *Société d'études législatives* accarezzano l'ipotesi di disciplinare la materia delle fondazioni riproponendo una versione aggiornata di tale editto.

Il provvedimento di D'Aguesseau disciplina tre ipotesi: la creazione di una fondazione tra vivi; la creazione di una fondazione *mortis causa*, distinguendo tra creazione diretta e creazione attraverso liberalità *sub modo*; gli acquisti di beni immobili da parte delle persone giuridiche.

L'editto proibisce la istituzione di qualsiasi fondazione *mortis causa*, indipendentemente dal suo oggetto (14). Viene pertanto sancita la nullità *iuris et de iure* di qualsiasi disposizione testamentaria

---

d'hospices, sans permission expresse de nous, par lettres patentes bien et dûment enregistrées » Si tratta dell'*Edit sur l'établissement des maisons religieuses et autres communautés*. Cfr. F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu' à la Révolution de 1789*, Paris, 1822-1833, cit., p. 95. Si veda anche *De la personnalité juridique*, cit., p. 242.

(14) « Défendons de faire à l'avenir aucune disposition par acte de dernière volonté, pour fonder un nouvel établissement…ou au profit de personnes qui seraient chargées de former le dit établissement, le tout à peine de nullité; ce qui sera observé, quand même la disposition serait faite à la charge d'obtenir nos lettres patentes » Cfr. F.-A. ISAMBERT, *op. cit.*, p. 228.

avente ad oggetto la fondazione di un nuovo stabilimento, qualsiasi forma esso assuma, anche qualora avvenga attraverso un legato *sub modo*, in quanto questo può avere ad oggetto non soltanto un onere perpetuo da eseguire a intervalli periodici da parte del beneficiario, ma anche la creazione diretta e fatta *una tantum* di una nuova entità giuridica dotata di personalità. Si proibisce quindi sia il legato a persona futura, sia il legato a persona preesistente, fisica o giuridica, qualora esso imponga al destinatario l'onere di dar vita a una fondazione.

D'Aguesseau introduce quindi il divieto di qualsiasi fondazione testamentaria diretta, col pretesto di difendere nel modo più efficace i patrimoni familiari. Le fondazioni create per atto *inter vivos*, al contrario, rimangono lecite entro i limiti stabiliti dalle ordinanze precedenti, e in particolare dall'ordinanza del 1666, la quale come sappiamo subordina la creazione di un nuovo stabilimento alla concessione di una *lettre patente* (15).

La prima distinzione che emerge dal testo dell'editto è dunque quella tra fondazioni *mortis causa* e fondazioni *inter vivos*: le prime sono radicalmente proibite, le seconde devono essere previamente autorizzate dall'amministrazione. È evidente in ogni caso la volontà di contenere il fenomeno entro limiti rigorosamente circoscritti.

Diverso invece il caso di un *modus* imposto per legato a una persona giuridica preesistente la cui esecuzione non implichi la creazione di alcun organismo indipendente e autonomo (16).

In tale ipotesi, l'editto esclude divieti o la necessità di specifiche autorizzazioni di carattere amministrativo stabilendo: la legittimità della fondazione testamentaria, anche in ipotesi di legato *sub modo*; la validità delle donazioni *inter vivos* o dei legati *sub modo* a prescindere dalla previa autorizzazione tramite *lettre patente* a con-

---

(15) « Il ne pourra être fait aucun nouvel établissement de chapitres, collèges…si ce n'est en vertu de notre permission expresse portée par nos lettres patentes enregistrées en nos Parlements ». *Ibidem*, p. 95.

(16) Tale fattispecie è disciplinata dall'art. 3, il quale menziona « les fondations particulières qui ne tendraient à l'établissement d'aucun nouveau corps, collège ou communauté…et qui n'auraient pour objet que les célébrations des messes ou obits, la subsistance d'étudiants ou de pauvres ecclésiastiques ou séculiers, des mariages de pauvres filles, soulagement de prisonniers ou incendiés, ou autres œuvres pieuses de même nature, et également utiles au public ». *Ibidem*, p. 228.

dizione, in entrambi i casi, che l'atto istitutivo della fondazione sia omologato dai *Parlements* (17).

La distinzione tra oneri perpetui e creazione di una nuova persona giuridica — legittimi, i primi, illegittima o sottoposta a forti limitazioni, la seconda — costituisce la chiave per comprendere la *ratio* ispiratrice dell'editto e il disegno politico che lo muove. Essa si fonda su una duplice ragione, di ordine teorico e pratico. In primo luogo, un semplice *modus* presenta una minor « vischiosità » sotto il profilo giuridico-economico rispetto alla creazione di una nuova persona giuridica, che, per il semplice fatto della sua esistenza, rischia di trasformarsi in un « accaparreur de biens », diventando un luogo di concentrazione di ricchezza, a scapito della circolazione, nella quale, già nel '700, l'emergente borghesia individua lo strumento preferenziale per scardinare il vecchio ordine di *Ancien Régime*. In secondo luogo, dal momento che il *modus* ha ad oggetto, tradizionalmente, beni di valore limitato, e spesso semplici rendite stabilite a fini predeterminati, la liberalità *sub modo* non espone al rischio di un eccessivo accumulo della ricchezza e può quindi essere ammessa senza che ciò prefiguri l'ipotesi della manomorta.

Inoltre, come abbiamo visto, anche nel caso di fondazioni istituite tramite un *modus* perpetuo, l'editto esclude che esse possano avere ad oggetto beni immobili. La clausola ha un valore strategico. Non solo infatti la manomorta si verifica essenzialmente in relazione alla proprietà fondiaria, ma, dato il tasso crescente di svalutazione monetaria, circoscrivere l'oggetto di una liberalità *sub modo* facendovi rientrare quasi esclusivamente somme di denaro, significa condannare le fondazioni esistenti o future a una sorta di estinzione lenta ma inevitabile.

In questa prospettiva, secondo Saleilles, il merito principale di Turgot consiste nell'aver formulato « mieux qu' on ne l'avait déjà fait auparavant, et peut-être mieux qu' on ne le fit jamais depuis, tous les griefs de l'école économiste contre les abus de la charité

(17) « …à l'égard desquelles fondations il ne sera point nécessaire d'obtenir nos lettres patentes, et il suffira de faire homologuer les actes ou dispositions qui les contiendront, en nos Parlements et Conseils supérieurs, chacun dans son ressort », *ibidem*.

privée » (18). Turgot pone a fondamento della ricchezza « tout bien commerçable », individuando come caratteri tipici dei beni rientranti in tale ambito la commerciabilità, la capacità di essere « objet de jouissance », il possesso di un valore intrinseco. La ricchezza, così concepita, si identifica soprattutto con il capitale mobiliare e assume una spiccata connotazione soggettivistica. In tale prospettiva, la critica si appunta naturalmente contro le sopravvivenze del feudalesimo, accusate di impedire lo sviluppo della ricchezza della nazione, ostacolando la « liberté naturelle que l'acheteur a d'acheter et le vendeur de vendre » (19).

L'attacco frontale sferrato contro le vecchie fondazioni di diritto privato si inserisce in questo complesso programma di riforma economica ed è espressione di un disegno di radicale sovvertimento delle tradizionali logiche di *Ancien Régime*. L'articolo pubblicato sull'*Encyclopédie* è infatti il frutto di una chiara « opzione a favore di una società ridotta alla componente elementare individualista », sul presupposto che la piramide tradizionale di ordini e corpi non corrisponda alla natura e alla ragione in quanto « intimamente contraddittoria con la rappresentazione della società come realtà economica dominata da attori individuali » (20).

La prima e più importante obiezione sulla quale si fonda la requisitoria di Turgot fa leva sulla difficoltà di fare un uso avveduto della carità privata, sulla incapacità, in altre parole, di commisurare i vantaggi e i limiti insiti nella creazione di una fondazione caritatevole (21).

---

(18) *Ibidem*, p. 260.

(19) Cfr. G. Rebuffa, *Origine della ricchezza e diritto di proprietà: Quesnay e Turgot*, Milano, 1974, p. 71 e ss. e p. 97 e ss. Si veda anche N. Rouland, *L'Etat français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Paris, 1995, p. 255 e ss.

(20) Cfr. S. Mannoni, *Une et indivisible*, cit., I, p. 190.

(21) L'eccesso di istituzioni caritatevoli dedite più all'assistenza che alla promozione del lavoro e dell'iniziativa privata determina un aumento del numero degli indigenti, come dimostra l'esempio di quei paesi nei quali prosperano gli ordini religiosi. La difficoltà di cogliere l'utilità effettiva di una fondazione, anche soltanto temporanea, fa sì che la sua istituzione non possa essere demandata alla sola iniziativa privata ma debba essere sottoposta a un rigoroso esame da parte della amministrazione. L'obiezione è rivolta non solo contro le fondazioni ma anche contro le istituzioni caritatevoli in senso

A questa obiezione di carattere generale, Turgot ne fa seguire altre due, relative alla perpetuità e alla difficoltà di esecuzione delle fondazioni.

La perpetuità ha l'effetto di prolungare nell'avvenire delle opere che, utili al momento della loro creazione, divengono inutili o svantaggiose col passare del tempo, anche in relazione ai sopravvenuti mutamenti del contesto economico e sociale. Conseguentemente, l'opera attraversa un periodo di decadenza, vegeta e deperisce, senza che sia possibile intervenire per trasformarla o trasmetterle nuove energie. Il risultato è che, persa l'utilità sociale, la fondazione è ridotta a un patrimonio immobilizzato, il cui unico scopo è il mantenimento dei « parasites de la propriété sociale », cioè il sostentamento del personale addetto al suo funzionamento. Tale rischio può essere scongiurato, almeno in parte, tramite l'esercizio del diritto di soppressione delle fondazioni divenute inutili, da parte dell'amministrazione. Se non che, tale diritto viene esercitato solo in casi eccezionali, in relazione a fondazioni manifestamente nocive o totalmente inutili, mentre, nella maggior parte dei casi, l'amministrazione preferisce non intervenire, lasciando così vegetare delle « grosses sinécures sans profit », con l'effetto negativo, dal punto di vista economico e sociale, di immobilizzare dei capitali a vantaggio di categorie parassitarie.

All'inconveniente della perpetuità si aggiunge l'altro, strettamente connesso, relativo alla impossibilità di assicurare una corretta esecuzione della volontà del fondatore. Infatti, proprio in conseguenza della perpetuità, occorre adattare il funzionamento della

---

lato ed è espressione di una concezione fortemente statalista e centralizzatrice, secondo la quale solo lo Stato può, in nome della collettività, farsi carico dell'interesse generale, ivi compreso la difesa dei più deboli e la lotta contro la povertà, vagliando, con cura paternalista, il contenuto e l'opportunità di eventuali iniziative private: « combien n'est-il pas aisé de faire le mal en voulant faire le bien? Prévoir avec certitude si un établissement produira l'effet qu' on s'en est promis, et n'en aura pas un tout contraire; démêler à travers l'illusion d'un bien prochain et apparent, les maux réels qu' un long enchaînement de causes ignorées amènera à sa suite; connaître les véritables plaies de la société, remonter à leurs causes; distinguer les remèdes des palliatifs; se défendre enfin des prestiges de la séduction; porter un regard sévère et tranquille sur un projet, au milieu de cette atmosphère de gloire dont les éloges d'un public aveugle et notre propre enthousiasme nous le montre environné: ce serait l'effort du plus profond génie ». Cfr. A.-R.-J. TURGOT, *Fondation*, in *Ecrits économiques*, Paris, 1970, cit., p. 70.

istituzione alle mutate circostanze e ai bisogni nuovi della realtà, e tale adattamento è demandato all'iniziativa degli amministratori che, essendo nella maggior parte dei casi ordini religiosi governati da regole estremamente rigide, si dimostrano del tutto incapaci di rendere concreta e effettivamente operante, nel nuovo contesto storico-sociale, la volontà del fondatore (22).

Infine, il motivo ideologico che fa da sfondo al ragionamento di Turgot, attiene al carattere impolitico della fondazione, al fatto che essa è espressione di un regime burocratico, che esclude in radice la partecipazione diretta degli interessati. Questi sono, in effetti, dei semplici beneficiari, per lo più ignoti, privi di ogni visibilità, mentre è un comitato, reclutato per cooptazione, che governa la vita della istituzione. È questo, prima ancora dei profili propriamente tecnico-giuridici, a risultare inaccettabile in un clima ideologico segnato dal trionfo della mistica democratica.

La fondazione, agli occhi di un Turgot, incarna l'*Ancien Régime*, nel suo volto peggiore, mentre è l'associazione, nella sua flessibilità, a incarnare la modernità politica, nella duplice veste di regime rappresentativo e di democrazia diretta. Nell'associazione, infatti, il comitato di amministrazione è eletto dagli associati e rappresenta l'interesse generale del gruppo, mentre non mancano ipotesi di amministrazione diretta, sulla falsariga della pratica referendaria elvetica, poiché molte decisioni sono di esclusiva competenza dell'assemblea generale. L'associazione, inoltre, non presenta gli inconvenienti tipici della perpetuità, dal momento che essa, a differenza della fondazione, caratterizzata dalla presenza di un patrimonio permanente e inalienabile, vive grazie a un patrimonio frutto di contributi volontari degli associati, e dura fintantoché la sua esistenza si rivela utile e capace di soddisfare le esigenze di un'epoca determinata.

Turgot accompagna pertanto alla critica serrata della fonda-

---

(22) Pericoli che non cessano di essere legati a tale istituto: « le péril qui menace le plus gravement les fondations, c'est le vieillissement, rançon de la perpetuité. Les revenus de la libéralité de base ne suffisent plus, à la longue, à couvrir les dépenses de l'oeuvre: comme beaucoup de patrimoines d'incapables, beaucoup de fondations anciennes ont été ruinées par la chute du franc. Mais il arrive aussi que l'oeuvre elle-même soit mise hors jeu par l'évolution des moeurs: on ne couronne plus de rosières », cfr. J. CARBONNIER, *Droit civil*, I, *Les personnes*, cit., p. 377.

zione, l'elogio del fenomeno associativo, di cui è uno dei più convinti sostenitori: « qu' on ne dise point que ce sont là des idées chimériques. L'Angleterre, l'Ecosse et l'Irlande sont remplies de pareilles sociétés, et en ressentent depuis plusieurs années les heureux effets. Ce qui a lieu en Angleterre peut avoir lieu en France: et quoi qu' on en dise, les Anglais n'ont pas le droit exclusif d'être citoyens » (23).

Il giudizio finale del ministro delle finanze di Luigi XV in materia di fondazioni è sintetizzato in una domanda, che suona come una sentenza di morte: « il y a tout à présumer qu' une *fondation*, quelque utile qu' elle paraisse, deviendra un jour au moins inutile, peut-être nuisible, et le sera longtemps: n'en est-ce pas assez pour arrêter tout fondateur qui se propose un autre but que celui de satisfaire sa vanité? (24) ».

Saleilles si riallaccia proprio all'esempio inglese per ribaltare gli argomenti di Turgot, mostrando come, a partire da un documento normativo quale il *Mortmain Act* del 1736, si sia giunti a risultati molto diversi, se non opposti, rispetto a quelli verificatisi in Francia (25). Si tratta di un esempio significativo di quella già ricordata attrazione per l'*ethos* civile e politico anglosassone che caratterizza il pensiero del giurista borgognone.

In realtà, il *Mortmain Act*, che ha ispirato D'Aguesseau, presenta notevoli affinità con l'Editto del 1749. Vi si trova la medesima distinzione tra fondazione *mortis causa* e fondazione *inter vivos*, come pure la distinzione tra fondazioni costituite mediante conferimento di beni immobili e fondazioni costituite tramite conferimento di soli beni

---

(23) *Op. cit.*, p. 77.

(24) *Ibidem*, p. 74.

(25) Blackstone, scrivendo pochi anni dopo tale provvedimento normativo, descrive nel I libro del suo trattato il regime giuridico delle *corporations* e delle *charities*. Egli osserva come il consenso regio, in origine, sia un requisito essenziale per la creazione di una fondazione. Tuttavia, esso può ritenersi implicito nel caso di quelle fondazioni che esistono in forza del *common law* e alle quali i sovrani precedenti hanno dato il proprio riconoscimento. Egli descrive poi il regime giuridico di tali enti. Cfr. W. BLACKSTONE, *Commentaries*, cit., I, *Of the Rights of Persons*, cit., p. 463. Si veda anche P. STEIN, *Nineteenth Century English Company Law and Theories of Legal Personality*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1982-1983, cit., I, p. 503 e ss. Si veda, per una esauriente ricostruzione storico-giuridica del *law of charity*, G. JONES, *History of the law of charity 1532-1827*, Cambridge, 1969.

mobili. I limiti e i divieti introdotti dal provvedimento del 1736 riguardano esclusivamente le fondazioni aventi ad oggetto la *real property*, mentre le fondazioni aventi ad oggetto beni mobili restano del tutto lecite, anche qualora siano costituite *mortis causa*. Nel primo caso, il *Mortmain Act* introduce la seguente distinzione: vieta la fondazione testamentaria, dichiara cioè illegittimo qualsiasi legato volto a creare una fondazione avente ad oggetto beni immobili; ribadisce la legittimità di una fondazione *inter vivos*, anche relativa a una *real property*, subordinandone la validità non a una autorizzazione preventiva, ma soltanto al rispetto di determinati requisiti formali, dovendo essere istituita tramite un *Gift by deed*, cioè attraverso un atto solenne.

Tale legislazione, pur essendo piuttosto restrittiva, non ha ostacolato lo sviluppo delle fondazioni nell'ordinamento inglese nel corso dell'Ottocento. Ciò perché, a differenza dell'Editto di D'Aguesseau, la legge del 1736 non dichiara illegittima qualsiasi fondazione testamentaria, indipendentemente dalla natura dei beni conferiti, ma solo una fondazione avente ad oggetto beni immobili, laddove, in Francia, un legato di beni mobili stabilito a favore di una fondazione futura viene dichiarato illegittimo. L'esclusione della legittimità delle fondazioni aventi ad oggetto beni mobili sembrava eccessiva nel contesto inglese nel quale, durante tutto il Settecento, la stragrande maggioranza della ricchezza era rappresentata da beni immobili e, in particolare, dalla proprietà terriera.

La lotta al parassitismo sociale si rivolgeva così essenzialmente contro l'eccessiva concentrazione della ricchezza immobiliare, senza modificare il regime giuridico dei beni mobili. Inoltre, lo strumento giuridico utilizzato per la creazione di una fondazione, il *trust*, non era capace di riflettere la distinzione tipica del sistema francese tra legato a persona futura e legato *sub modo* a persona preesistente, con la conseguenza che l'introduzione di un regime analogo a quello delineato dall'Editto del 1749 avrebbe reso necessaria la modifica di categorie giuridiche ormai consolidate (26).

D'altra parte, l'apertura nei confronti delle fondazioni aventi ad oggetto beni mobili si è rivelata provvidenziale. Saleilles, come

(26) *De la personnalité juridique*, cit., p. 266 e ss.

sappiamo, conosce bene lo sviluppo dei sistemi economici europei tra '700 e '800 avendo dedicato una parte della sua tesi di dottorato allo studio dei nascenti titoli mobiliari.

L'Ottocento è in effetti il secolo in cui esplode la ricchezza mobiliare, nel quale, per la prima volta, invertendosi una tendenza secolare, i grandi capitali, di origine industriale e commerciale, non si concentrano più nella terra, identificandovisi, ma consistono in titoli e in valori mobiliari. Così, con un apparente paradosso, una legge nata per limitare il ricorso alla fondazione offre il fondamento giuridico per una autentica proliferazione delle *charities*, tra cui talune destinate a divenire celebri, come il *British Museum*. Turgot, pertanto, a giudizio di Saleilles, non ha saputo cogliere lo spirito del *Mortmain Act*, fraintendendo il significato della riforma di re Giorgio, una riforma diretta contro la manomorta aristocratica e non certo contro la fondazione in quanto tale. Ancora una volta, quindi, a risultare vincente è l'ottica pragmatica e la politica dei piccoli passi, scevra da deliri ideologici, la *via media*, affine alla mentalità e alla sensibilità politica del giurista di Beaune (27).

La reazione considerevole che si è prodotta in Inghilterra a favore delle fondazioni, è la dimostrazione del fatto che il fenomeno associativo non può da solo soddisfare gli interessi collettivi e le necessità caritatevoli.

In pieno secolo dei Lumi, Turgot imputa alla fondazione il difetto di peccare di individualismo, al contrario dell'associazione,

---

(27) « Turgot…voulait réduire toute les initiatives privées au moule de l'association et nous citait l'Angleterre comme engagée dans cette voie. Il s'était mépris sur le mouvement de réaction en Angleterre. Il était purement économique, terrien et aristocratique. Il tendait à empêcher les tenures seigneuriales de passer à des établissements de mainmorte; il ne condamnait pas les fondations et *charities* en soi, il en interdisait seulement la prospérité territoriale et purement foncière. Et loin de les restreindre au moule de l'association, l'admirable mouvement de générosités privées dont l'Angleterre fit preuve tout au cours du dix-neuvième siècle se porta de plus en plus, au contraire, vers le procédé juridique de la fondation. L'association restait destinée à la mise en œuvre des activités personnelles collectives, la fondation reprenait sa fonction normale de servir de débouché aux générosités patrimoniales. Et l'Angleterre, au lieu de chercher un remède aux dangers possibles de la perpétuité dans le système radical, et par trop simpliste, de la prohibition et de l'annulation, sut montrer la voie sur ce point aux législations de l'avenir, en se préoccupant des systèmes de contrôle et de surveillance. Et ce fut là, vraiment, la solution du problème », *op. cit.*, p. 269 e s.

che realizza la forma sociale e democratica per eccellenza; di rappresentare una sorta di ipostatizzazione della volontà individuale, che acquista una consistenza quasi solida, imprigionando la volontà e la libera iniziativa degli amministratori successivi, senza alcun riguardo per le mutate contingenze storiche.

Per Saleilles, viceversa, si tratta di una volontà individuale, ma di una volontà socialmente orientata, « une volonté individuelle qui se survit, mais qui se survit pour se retremper incessamment dans la vie collective et s'imprègne…de vie sociale » (28). Una volontà individuale, dunque, ma rivolta a un fine sociale e operante a favore di una collettività, nella misura in cui si indirizza alla gestione di un patrimonio destinato a favorire una pluralità di beneficiari. L'associazione, al contrario, è uno strumento ideale per soddisfare non già interessi permanenti e universali ma per realizzare opere che interessano un gruppo circoscritto di individui, i quali non accettano di essere eterodiretti, ma agiscono in comune e conservano il pieno controllo dell'associazione, la cui organizzazione hanno predeterminato in via statutaria. La cura di interessi permanenti e di carattere universale deve invece essere assistita da una garanzia di durata, incarnata dalla volontà del fondatore.

Egli rileva inoltre come il tasso di povertà non sia affatto diminuito a seguito della soppressione delle fondazioni e della attribuzione allo Stato della competenza esclusiva in tema di beneficienza e di lotta al pauperismo. Ciò è in larga misura il frutto di uno sviluppo economico e industriale cheTurgot non poteva prevedere, dal quale è scaturito il fenomeno inedito del proletariato e del pauperismo urbano. Resta il fatto che, di fronte a una simile recrudescenza della povertà, proprio in Inghilterra, il paese del pauperismo industriale, lo Stato riconosce la propria impotenza, « il est débordé », e la possibilità di mettere a frutto l'iniziativa individuale attraverso lo strumento della *charity* assume un valore provvidenziale.

Fare dello Stato l'unico soggetto competente in materia significa burocratizzare l'assistenza e, alla lunga, renderla sterile e inefficace, dal momento che, in molti casi, nuove forme di intervento sociale,

---

(28) *Op. cit.*, p. 272.

inizialmente di dubbia efficacia e nelle quali l'amministrazione non è disposta a mettere in gioco la propria credibilità, possono essere scoperte e realizzate esclusivamente su iniziativa privata.

Rimane tuttavia da esorcizzare lo spettro della perpetuità. Infatti, se si ammette non soltanto che una fondazione può essere istituita liberamente, ma anche che, una volta creata, esiste al di fuori di qualsiasi controllo esterno, ne deriva il rischio di veder sopravvivere fondazioni inutili o rivelatesi inefficaci, favorendo la ricomparsa di un paesaggio giuridico popolato di parassiti, non dissimile da quello stigmatizzato da Turgot.

È necessario perciò individuare una istanza di controllo, chiamata a valutare l'operato della fondazione. Saleilles radica la legittimità di tale istanza nel concetto moderno di libertà, diversa dall'idea feudale con la quale faceva i conti Turgot, un'idea che trasforma la libertà in proprietà e la proprietà in privilegio. La libertà in senso moderno si identifica con il concetto di *fonction*, non appartiene all'individuo in quanto tale, ma trova il suo fondamento nel ruolo sociale che questi è chiamato a svolgere; la libertà-funzione responsabilizza il soggetto che ne è titolare e impone la presenza di una istanza di garanzia a salvaguardia del ruolo sociale che le è proprio.

La fondazione non sfugge a questo paradigma. Essa è creata su libera iniziativa di un privato ma ha per fine la cura di un interesse della collettività realizzata attraverso la gestione di un patrimonio gravato da un vincolo di destinazione. È necessario perciò individuare una istanza di controllo incaricata di vigilare sul rispetto della libertà-funzione esercitata dal fondatore e quindi sulla attuazione del ruolo sociale della fondazione. Saleilles pensa a un meccanismo del tipo dei *Commissioners of charities* previsti dal *common law*, il cui modello vorrebbe trapiantare nel sistema francese. Si tratta di un profilo di estremo interesse, nel quale il tema della fondazione si intreccia con la realizzazione di un programma di decentralizzazione, concepito non come un ambizioso ma sterile programma politico-costituzionale, ma come un obiettivo realizzabile progressivamente, in chiave privatistica, attraverso deleghe successive di funzioni statuali, nella prospettiva, tipica del solidarismo, di una osmosi costante tra privato e pubblico.

Quello che importa fin da ora rilevare è il fatto che la creazione

di una autorità di sorveglianza, sulla falsariga del sistema inglese, consente di superare definitivamente l'obiezione più temibile contenuta nella requisitoria di Turgot, il fatto cioè che la fondazione, data la sua perpetuità, possa sopravvivere al fine che l'ha ispirata trasformandosi in una istituzione parassitaria. I *Commissioners of charities*, nella prospettiva di Saleilles, non hanno solo il compito di verificare il corretto impiego del patrimonio della fondazione, ma devono assicurarsi che questa conservi la sua utilità. In realtà, infatti, le cause di decadenza di una fondazione non derivano tanto da irregolarità nella gestione patrimoniale quanto da vizi di carattere organizzativo che, a lungo andare, rendono impossibile la realizzazione del fine originario.

L'autorità di controllo ha il compito di promuovere e di ratificare le modifiche statutarie necessarie, a seconda delle circostanze, per garantire il raggiungimento del fine prefissato dal fondatore. Tale possibilità era esclusa all'epoca di Turgot, dal momento che la maggior parte delle fondazioni si confondevano con l'organizzazione statutaria delle comunità religiose. La modifica delle regole statutarie dipendeva dalla modifica delle regole organizzative della comunità, con il risultato che, nella generalità dei casi, alla perpetuità della fondazione si aggiungeva la immutabilità dello statuto.

Ma, a inizio Novecento, il contesto è radicalmente mutato. Le fondazioni sono ormai delle istituzioni completamente laicizzate e, anche qualora vengano gestite da una comunità religiosa, l'oggetto secolare che le caratterizza è disciplinato da regole autonome e separate rispetto a quelle che si applicano agli amministratori. La fondazione e la comunità che la gestisce sono due entità indipendenti. Ne deriva che il requisito della perpetuità non genera più, sommandosi al vizio della immutabilità statutaria, il rischio della sterilità o della deriva parassitaria della istituzione.

Attraverso la previsione di una autorità di controllo, la pericolosità del fenomeno fondazione viene meno ed esso accentua anzi il suo carattere virtuoso, di correttivo in senso sociale degli eccessi individualistici della proprietà come intesa dal Codice. La polemica contro Turgot si trasforma pertanto in una difesa appassionata della fondazione, come luogo strategico nel quale si delinea il binomio socializzazione-decentralizzazione, tanto importante per la modernizzazione del sistema giuridico francese: « dans ces conditions, et

avec ces garanties, il semble bien que toutes les objections faites par les économistes d'autrefois disparaissent; et, si elles disparaissent, il est impossible que l'on nous prive plus longtemps en France d'une liberté dont jouissent la plupart des grands Etats modernes, et qui n'est pas seulement la conséquence du droit de propriété privée, mais qui en est surtout le correctif sous le rapport social. C'est un point que les juristes de l'ancienne école sont beaucoup trop tentés d'oublier » (29).

2.1. *Una crisi provvidenziale: la ricomparsa discreta della fondazione nella tempesta della* question religieuse.

La legge del 1905, dopo la prima soglia di laicizzazione introdotta dal concordato (30), costituisce il fondamento di quel *pacte laïque* assurto ben presto al rango di *pilier de la République* e divenuto patrimonio indiscusso della identità nazionale francese. Essa rappresenta una tappa essenziale nel lungo processo di costruzione della coscienza repubblicana (31).

---

(29) *Ibidem*, p. 285 e s.

(30) Promulgato il 18 germinale anno X (8 aprile 1802), il concordato, pur non riconoscendo il cattolicesimo come religione ufficiale del paese, dà rilievo alla religione in quanto fatto avente una utilità sociale. Il regime napoleonico recupera, in quanto strumento di conservazione e garanzia di stabilità dell'ordine costituito, l'originaria idea rousseauviana del cattolicesimo quale fondamento di una religione civile. Tale tema attraversa, del resto, l'intera vicenda rivoluzionaria: l'idea che la Nazione, fonte della sovranità politica sia anche fonte della sovranità religiosa è alla base tanto delle nuove forme di religiosità rivoluzionaria (come la *fête de la déesse Raison*) quanto del tentativo di rigenerazione del cattolicesimo, con l'introduzione della costituzione civile del clero, allo scopo di assegnare un fondammento religioso alla rinascita della Nazione.

(31) La bibliografia, francese e non, sul tema della laicità è vastissima. Oltre alle opere citate più avanti, ho fatto riferimento a: E. Poulat, *Liberté, laïcité: la guerre des deux France et le principe de la modernité*, Paris, 1987; M. Barbier, *La laïcité*, Paris, 1995; J. Boussinesq, *La laïcité française — Memento juridique*, Paris, 1994; J. Costa-Lascoux, *Les trois âges de la laïcité*, Paris, 1996; C. Durand-Prinborgne, *La laïcité*, Paris, 1996; G. Haarscher, *La laïcité*, Paris, 1996; E. Poulat, *La solution laïque et ses problèmes: fausses certitudes, vraies inconnues*, Paris, 1997; J.-M. Mayeur, *La question laïque, XIX-XX siècle*, Paris, 1997; X. De Montclos, *Histoire religieuse de la France*, Paris, 1997; G. Bedouelle-J.-P. Costa, *Les laïcités à la française*, Paris, 1998; J. Bauberot, *Histoire de la laïcité en France*, Paris, 2000; D. Le Tourneau, *L'Eglise et l'Etat en France*, Paris, 2000. Si veda poi la monumentale *Histoire de la France religieuse*, sous la direction de Jacques Le Goff et

Nel periodo che va dal 1901 al 1924 si realizza, infatti, la pacificazione delle *deux France* e giunge a conclusione un processo travagliato e plurisecolare: dopo Filippo il Bello, l'editto di Nantes, la notte di San Bartolomeo, l'età dei Lumi, il Consolato, la parentesi reazionaria della Restaurazione, la questione religiosa trova finalmente la sua composizione grazie a un patto che fa della libertà di coscienza e di culto e della neutralizzazione del ruolo istituzionale della religione i suoi elementi di forza.

L'adozione della legge sulla separazione tra la Chiesa e lo Stato, approvata il 9 dicembre del 1905, è frutto della politica del *Bloc* (32).

René Rémond, in particolare il IV volume, *Société sécularisée et renouveau religieux (XX siècle)*, Paris, 1992. Si veda, inoltre, il rapporto pubblico del Consiglio di Stato per il 2004: Conseil D'Etat, *Rapport public 2004. Jurisprudence et avis de 2003. Un siècle de laïcité*, Paris, 2004, e, in particolare, E. Poulat, *Pour une véritable culture laïque*, p. 445 e ss.; J. Bauberot, *Laïcité (1905-2005), entre passion et raison*, Paris, 2004. Si veda, infine, G. Weill, *Histoire de l'idée laïque en France au XIX siècle*, Paris, 1929, ult. ed., Paris, 2004.

(32) Il *Bloc*, uscito vittorioso alle elezioni del 27 aprile-11 maggio 1902, è in realtà una coalizione di partiti. Ne fanno parte: il partito repubblicano radicale e radical-socialista (composto, a sua volta, di « comité, ligues, unions, fédérations, sociétés de propagande, groupes de Libre Pensée, loges, journaux et municipalités »), di cui uno dei maggiori esponenti è Clemenceau; il Psf (*Parti socialiste français*) il quale, già al congresso di Tours, nel marzo 1902, in opposizione all'oltranzismo dell'Unione socialista rivoluzionaria, aveva scelto di essere parte integrante della coalizione di governo, facendo della trasformazione sociale e della difesa repubblicana i punti-chiave del suo programma; l'*Alliance républicaine démocratique*, un raggruppamento composito, in cui spiccano politici navigati come Raymond Poincaré e René Waldeck-Rousseau, legato al mondo degli affari e della finanza, sostenuto da gran parte degli organi di stampa e da gruppi di pressione quali il *Comité républicain du commerce et de l'industrie.* Cfr. J.-M. Mayeur, *Les débuts de la III République (1871-1898)*, Paris, 1973; J.-M. Mayeur, *La vie politique sous la III République (1870-1940)*, Paris, 1984; M. Rebérioux, *La République radicale? (1898-1914)*, Paris, 1975. Sulla crisi della separazione, si vedano in particolare: J.-P. Chantin-D. Moulinet, *La séparation de 1905: les hommes et les lieux: actes du colloque organisé à l'Université de Lyon 3, les 23-24 janvier 2004*, Paris, 2005, con prefazione di J.-M. Mayeur e postfazione di E. Poulat; M. Wieviorka-J. Bauberot (a cura di), *De la séparation des Eglise et de l'Etat à l'avenir de la laïcité*, Paris, 2005; J. Lalouette, *La séparation des Eglies et de l'Etat: genèse et développement d'une idée (1789-1905)*, Paris, 2005; M. Larkin, *L'Eglise et l'Etat en France: 1905: la crise de la séparation*, Paris, 2004; Y. Bruley-D. De Villepin-J.-M. Gaillard-A. Damien, *1905, la séparation de l'Eglise et de l'Etat: les textes fondateurs*, Paris, 2004; J.-M. Duhart, *La France dans la tourmente des inventaires. La séparation des Eglises et de l'Etat*, Paris,

La soluzione della questione religiosa è da sempre all'ordine del giorno del programma politico della Repubblica radicale, sin dai tempi della riforma dell'insegnamento inaugurata da Jules Ferry. Essa è stimolata e resa più urgente dallo stesso contesto politico e sociale della Francia di fine Ottocento. Il clima politico della III Repubblica, come sappiamo, è segnato da una forte conflittualità, frutto del difficile consolidamento di una Repubblica fragile, partorita da una Assemblea costituente a maggioranza monarchica. Una pluralità di fattori contribuiscono a rendere l'orizzonte politico e sociale della Francia di fine Ottocento decisamente *sombre*, a far sì che la III Repubblica sia una Repubblica "nevrotica", *déchirée*, continuamente soggetta a derive autoritarie, di cui il boulangismo e il tentativo di colpo di stato di Déroulède rappresentano episodi significativi (33).

In un contesto in cui il dibattito politico fatica ad assestarsi su un livello di normalità e coinvolge invece le scelte di fondo e gli stessi assetti istituzionali del paese, che per molto tempo appaiono incerti, la questione religiosa assume una portata identitaria decisiva (34).

2001; J.-M. MAYEUR, *La séparation de l'Eglise et de l'Etat (1905)*, Paris, 1966, riedito nel 2005.

(33) Una Repubblica in perenne crisi di nervi come osserverà, col suo caratteristico acume, Georges Bernanos: « l'histoire contemporaine de 1875 à 1915, en effet, pourrait se résumer d'un trait: à chaque manifestation des conservateurs, le radicalisme crispé aux leviers du pouvoir a resserré d'un cran l'écrou administratif. C'est la lutte bien connue de la femme qui s'épuise en crise de nerfs, et d'un mari tenace, peu impressionnable, qui d'ailleurs dispose du fonds commun. On peut parier à coup sûr », cfr. G. BERNANOS, *La Grande Peur des bien-pensants*, Paris, 1931. La citazione è tratta dall'edizione Gallimard del 1971, p. 47.

(34) Per rendersi conto di come tutto ciò che ruota attorno alla religione possa divenire motivo di scontro, basti pensare che anche un fatto apparentemente insignificante come la scelta della sede per la conferenza di Fogazzaro prevista per il gennaio del 1907 è causa di dubbi e di preoccupazioni. Le lettere a Pierre Imbart de la Tour conservano traccia di questa sorta di *affaire* Fogazzaro, il cui oggetto è la opportunità o meno di tenere tale conferenza nella sede della *Ecole des hautes études*. Il timore è che il luogo venga utilizzato come un pretesto da parte dei cattolici intransigenti per attaccare Fogazzaro, considerato un cattolico sospetto. L'episodio, nella sua banalità, è rivelatore delle tensioni presenti nella società francese dell'epoca. Esso ci conferma inoltre l'immagine di un Saleilles molto attivo, disposto a impegnarsi a fondo per l'affermazione della sua idea di cattolicesimo, e al centro di un *réseau* di relazioni estremamente significativo: « je viens de voir quelques amis qui sont très inquiets de voir

Il fallimento del *ralliement*, frutto della politica lungimirante di Leone XIII, provoca una frattura apparentemente insanabile tra la componente cattolica e filo-monarchica del paese e la componente repubblicana e progressista. La violenza dello scontro politico, reso più grave dall'esplodere di scandali che provocano un aumento della conflittualità e la diffusione di una forte insicurezza sociale, paralizza il dialogo e favorisce l'emergere di soluzioni massimaliste.

Così, un po' alla volta, si definisce l'immagine di un paese a due volti, di *deux France*, lontane e irriducibilmente contrapposte. Un paese cattolico e irriducibilmente anti-repubblicano e un paese repubblicano e irriducibilmente anticlericale.

Tuttavia, a fare da detonatore, accelerando la soluzione della questione religiosa, sarà, a motivo del suo valore paradigmatico, la crisi prodotta dall'*Affaire.* Infatti, mentre il Capitano Alfred Dreyfus trascorre le sue giornate all'Isola del diavolo, in Francia, nel fuoco delle polemiche e nel valzer dei processi, si delineano una volta per tutte i tratti di quel paese che si ostina a non voler accettare la Repubblica: una Francia di proprietari fondiari, ufficiali di carriera, clero, nobiltà di provincia (35).

Agli occhi di un Waldeck-Rousseau l'*Affaire* è uno scandalo giuridico che mette in causa la stessa esistenza dello Stato. Se, da una parte, il complotto monarchico, l'agitazione nazionalista, gli intrighi militari, scuotono la sovranità nazionale, i maneggi delle congregazioni con le loro tendenze reazionarie rappresentano una spina nel fianco della Repubblica e mettono in discussione il principio della supremazia della società civile. La reazione anticlericale è quindi la più ovvia, nella misura in cui il clero è il corpo più esposto e facilmente attaccabile e, soprattutto, nella misura in cui l'adozione di provvedimenti ostili alle Congregazioni si rivela funzionale, dato il

---

Fogazzaro parler à l'Ecole de hautes Etudes sociales. Pour ceux qui savent, le choix n'a rien de suspect. Mais pour ceux qui, de parti pris, veulent s'en tenir aux apparences, à plus forte raison pour tout le groupe farouche qui n'attend que l'occasion de se jeter sur le catholique suspect, tout prend de l'importance. Et le patronage sous lequel Fogazzaro donnera sa conférence, la salle même où il parlera, le milieu qui lui fera cortège, tout deviendra motif à suspicion ». La questione è affrontata nella lettera 16 dicembre 1906 (da cui è tratta la citazione) e del 18 dicembre 1906. Cfr. *Bibliothèque de l'Institut*, cote Ms 4165.

(35) Si veda J.-D. Bredin, *L'Affaire*, Paris, 1993.

loro ruolo nevralgico, a mettere fuori gioco, disarmandoli, i nemici della Repubblica (36).

Tuttavia, benché frutto di un clima da resa dei conti, l'opera di laicizzazione portata avanti dal *Bloc* condurrà alla definizione dei presupposti di un *pacte laïque* che avrà il merito indubbio di pacificare il Paese. Al di là delle contingenze politiche del presente, a molti degli artefici della laicizzazione non manca infatti la consapevolezza che la definizione di un *pacte laïque*, e cioè della individuazione delle condizioni capaci di assicurare una pacifica quanto inevitabile convivenza, è una necessità improcrastinabile.

Il primo passo si compie il I luglio del 1901, con l'approvazione della legge sul diritto di associazione, cui abbiamo già fatto cenno. Tale legge, testo di importanza fondamentale nella storia del diritto francese, oltre a colmare il vuoto insopportabile aperto dal rullo compressore della Rivoluzione, rappresenta una tappa essenziale nel processo di laicizzazione del paese.

Essa reintroduce in Francia la libertà di associazione, travolta dalla furia anti-parlamentare dei rivoluzionari. Ma, mentre per le associazioni di carattere non religioso tale libertà è piena, in quanto esse non sono tenute ad emettere alcuna dichiarazione, a meno che non desiderino ottenere la capacità giuridica, le associazioni di carattere religioso non possono costituirsi in assenza di una autorizzazione parlamentare o di un decreto del Consiglio di Stato, nel caso di creazione di ulteriori istituti: la creazione di associazioni a carat-

---

(36) Del resto, l'attitudine tenuta dalla Chiesa in tale circostanza fu tale da renderla difficilmente difendibile agli occhi dei dreyfusardi. Una cospirazione del silenzio sembra avvolgere i cattolici favorevoli alla revisione (tra i quali spicca il nome di Viollet, tra i fondatori della *Ligue des droits de l'homme*). Se l'episcopato francese evita di pronunciarsi, ben diverso è il contegno dei presbiteri e soprattutto dei religiosi. Quando, nel 1898, *La Libre Parole* di Drumont dà vita a una sottoscrizione allo scopo di fornire alla vedova del tenente colonnello Henry i mezzi per agire in giustizia contro Joseph Reinach, che ha accusato Henry di complicità con uno degli autori del falso su cui si fondano le accuse contro Dreyfus, molti preti secolari rispondono all'appello. Ma sono soprattutto il Padre Bailly, su *La Croix*, e *La civiltà cattolica*, ad alimentare il fuoco di fila della polemica anti-dreyfusarda, denunciando il complotto che unisce massoneria, protestantesimo e giudaismo contro l'esercito, la patria e il cattolicesimo, e che trasforma un traditore nemico della Francia nella vittima di una persecuzione politico-giudiziaria. Cfr. A. DANSETTE, *Histoire religieuse de la France contemporaine sous la III République*, Paris, 1951, p. 273 e ss.

tere religioso dipende quindi da un giudizio discrezionale dell'autorità amministrativa (37).

A dispetto delle promesse di Waldeck-Rousseau, secondo il quale l'autorizzazione sarebbe stata la regola, il governo di Emile Combes radicalizza il conflitto.

Applicando con estremo rigore la legge sulle associazioni Combes ordina la chiusura delle scuole fondate prima dell'entrata in vigore della legge, stabilimenti non autorizzati di congregazioni autorizzate. Tra marzo e luglio del 1903 provoca il rigetto, alla Camera o al Senato, delle domande di autorizzazione delle Congregazioni non autorizzate. Solo cinque congregazioni maschili ottengono l'autorizzazione. Tutto ciò provoca la chiusura di numerose scuole, la dispersione o la secolarizzazione dei congregazionisti e la confisca dei beni delle congregazioni da parte dello Stato (38). L'atto finale ha luogo il 7 luglio 1904, con l'approvazione di una legge che vieta "l'enseignement de tout ordre"ai congregazionisti stabilendo, al contempo, un termine di dieci anni per la sua completa applicazione, dato il numero esiguo di istituti pubblici in grado di accogliere gli ex-allievi delle scuole religiose.

La legge sul diritto di associazione è considerata una sorta di preludio alla successiva legge sulla separazione dal momento che quest'ultima farà del fenomeno associativo la chiave di volta della separazione in quanto presupposto della devoluzione dei beni ecclesiastici.

La legge è approvata il 9 dicembre del 1905 dopo appassionati dibattiti parlamentari. Relatore è Aristide Briand.

L'art. 1, ribadendo che « la République assure la liberté de conscience », riafferma la libertà di coscienza e garantisce così il

---

(37) L'art. 13 dispone, infatti, che « toute congrégation religieuse peut obtenir la reconnaissance légale par décret rendu sur avis conforme du Conseil d'Etat; les dispositions relatives aux congrégations antérieurement autorisées leur sont applicables. La reconnaissance légale pourra être accordée à tout nouvel établissement congrégationiste en vertu d'un décret en Conseil d'Etat. La dissolution de la congrégation ou la suppréssion de tout établissement ne peut être prononcée que par décret sur avis conforme du Conseil d'Etat ».

(38) Cfr. J.-M. MAYEUR, *La séparation de l'Eglise et de l'Etat*, cit., p. 25 e s. Dello stesso autore si veda anche *La crise de la séparation*, in *La Revue administrative*, II, 1999, p. 31 e ss.

libero esercizio dei culti con le sole restrizioni imposte da ragioni di ordine pubblico. Il successivo art. 2 introduce invece il principio della separazione. Esso, stabilendo che "la République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte", ha l'effetto di cancellare il regime preferenziale di cui aveva goduto sino ad allora la Chiesa cattolica e segna la fine del sistema dei culti riconosciuti. La Chiesa cattolica perde la qualifica di soggetto di diritto pubblico, conservando una esistenza privata, e deve far fronte autonomamente alle proprie esigenze finanziarie, ma il vastissimo insieme di beni immobili destinati al culto, di proprietà dello Stato, dei Dipartimenti e dei Comuni, viene messo gratuitamente a sua disposizione.

Tuttavia, la disposizione più delicata, all'origine della crisi della separazione, è l'articolo che disciplina l'attribuzione dei beni ecclesiastici, il famigerato articolo 4. Tale articolo stabilisce che « dans le délai d'un an, à partir de la promulgation de la présente loi, les biens mobiliers et immobiliers des menses, fabriques, conseils presbytéraux, consistoires et autres établissements publics du culte seront, avec toutes les charges et obligations qui les grèvent et avec leur affectation spéciale, transférés par les représentants légaux de ces établissements aux associations qui, en se conformant aux règles d'organisations générales du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice, se seront légalement formées, suivant les dispositions de l'article 19, pour l'exercice de ce culte dans les anciennes circonscriptions desdits établissements ».

Le vecchie *fabriques* venivano in tal modo sostituite da associazioni di privati, costituite secondo la legge del 1901, cui veniva trasferita la proprietà dei beni destinati al culto, una proprietà contraddistinta da un caratteristico vincolo di destinazione. I radicali, poco inclini a giungere a patti, si scagliarono contro l'inciso che imponeva alle associazioni di conformarsi alle regole generali del culto di cui si proponevano di assicurare l'esercizio: contro quello che fu chiamato ben presto il "principio di ortodossia". Ai loro occhi tale articolo tradiva lo spirito che aveva ispirato la legge sulla separazione e dava vita a una contraddizione intollerabile: nel momento in cui si credeva di dare il colpo di grazia al potere del clero si cadeva nelle braccia della Chiesa ultramontana trasformando la Repubblica in una sorta di gendarme dell'ortodossia.

D'altra parte, agli occhi della destra cattolica, il trasferimento

dei beni ai rappresentanti legali delle associazioni integrava una autentica spoliazione, lesiva dei diritti della Chiesa e ispirata a intenti scopertamente persecutori. La destra cattolica e il Vaticano, al di là delle opposizioni di principio derivanti dalla difficoltà di integrare il contratto di associazione negli schemi del diritto canonico, considerarono tale norma uno strumento di spoliazione e la manifestazione di un disegno politico scopertamente persecutorio. Non c'è da stupirsi, d'altra parte, se la Santa Sede, che era da poco passata attraverso il Risorgimento e il *Kulturkampf* bismarckiano, fosse poco incline a giungere a patti con la Repubblica radicale: agli occhi della Segreteria di Stato del Vaticano il rischio di perdere la *fille aînée* della Chiesa appariva intollerabile.

A molti intellettuali cattolici non sfugge il significato implicito della legge del 1905: al di là dell'apparente ostilità, la Repubblica radicale proponeva un compromesso, che aveva come presupposto il riconoscimento dell'irriducibile identità della controparte, e alla cui base vi era la consapevolezza della necessità di una pacificazione e quindi della ricerca delle condizioni di una accettabile convivenza.

Il Vaticano, nel frattempo, tace. Pio X esita ad assumere una posizione ufficiale, in attesa dell'emanazione del regolamento di amministrazione pubblica, integrativo della legge.

Ciò favorisce lo svilupparsi di un eccezionale dibattito in seno al cattolicesimo francese. Due concezioni opposte si confrontano. L'una favorevole ad una Chiesa libera da ogni contaminazione con le potenze secolari, ad un cattolicesimo progressista, ad una riforma del clero capace di favorire tale separazione; l'altra, al contrario, convinta che la separazione rappresenti la consacrazione dell'opera colpevole del 1789, desiderosa pertanto di mantenere saldi i rapporti tra la Chiesa e uno Stato al contempo francese e cattolico (39).

---

(39) Ma non bisogna pensare che il *clivage* tra favorevoli e contrari coincida con quello tradizionale tra repubblicani e monarchici. Le posizioni sono, al contrario, ben più sfumate di quanto possa sembrare a prima vista. Così se la *Revue des Deux Mondes* di Brunetière, i democratici della *Justice sociale*, i membri del *Sillon*, gli intellettuali del *Bulletin de la semaine*, di *Demain* o della *Quinzaine* il *Correspondant* e in genere i cattolici liberali si schierano a favore della separazione; se la *Libre Parole* di Drumont, *l'Auorité*, il giornale della famiglia Cassagnac, *La Croix* e la *Vérité française* sono decisamente contrari alla legge, spalleggiati dal conte Albert de Mun, uno dei massimi rappresentanti della resistenza, vi sono casi, come quello del conte di Haussonville

All'inizio di febbraio il clima si fa più teso a causa del susseguirsi delle manifestazioni contro gli inventari. Si trattava, in realtà, dell'applicazione di una misura transitoria, adottata tra l'altro su richiesta dei deputati cattolici, allo scopo di evitare furti o dispersioni dei beni di culto da devolvere alle *cultuelles*. La sua applicazione, considerata da un ampio settore dell'opinione pubblica un principio di spoliazione e una sorta di profanazione, dà vita a manifestazioni e a scontri in varie parti del paese, soprattutto, nell'Ardèche, nella Vandée, nel Morbihan, nella Haute-Loire, nel Pays basque e nelle Fiandre.

Il Vaticano, intanto, rompe il silenzio: l'enciclica *Vehementer*, dell'11 febbraio 1906, condanna il principio della legge sulla separazione in quanto essa affida la tutela e l'amministrazione del culto non a un corpo gerarchico ma ad una associazione di laici (40). Fonti ufficiose affermano tuttavia che l'accettazione della legge non è esclusa: tutto dipende dal tenore del regolamento di esecuzione la cui predisposizione è affidata a una commissione extra-parlamentare. La legge sarà condannata solo laddove il regolamento preveda un potere di interferenza del governo nella nomina episcopale o nella organizzazione delle associazioni cultuali, tale da sottrarle al principio gerarchico che è alla base della Chiesa.

Ma non tutti i cattolici francesi sono ostili alla legge. L'opportunità di accettare la legge sulla separazione viene infatti sostenuta

---

orleanista, ostile al *ralliement*, o di Monsignor de Cabrières, vescovo monarchico di Montpellier, che vedono nella separazione una occasione per la rigenerazione della Chiesa e per il ritorno di un cattolicesimo più autentico e popolare; o come quello, per converso, di Monsignor Fuzet, arcivescovo di Rouen, favorevole alla separazione soprattutto perché timoroso della situazione di anarchia che risulterebbe dal rifiuto delle legge e desideroso di evitare il protrarsi del conflitto tra Stato e Chiesa. Il punto di vista dei cattolici liberali venne sintetizzato dalle *Réflexions sur la situation de l'Eglise de France au début du XX siècle* dell'abbé Hippolyte Hemmer, pubblicate sulla *Quinzaine*, e riprodotte in *brochure* col titolo *Politique religieuse et séparation*. Cfr. J.-M. MAYEUR, *La séparation de l'Englise et de l'Etat*, cit., p. 99.

(40) La legge era condannata in quanto poneva la Chiesa sotto il dominio dell'autorità civile ed era contraria alla costituzione che ad essa era stata data da Cristo. L'attribuzione di un ruolo gestionale ai laici in seno alle associazioni cultuali era condannato in quanto contrario alla costituzione gerarchica della Chiesa. Ma, al di là di una condanna di principio, l'enciclica lasciava impregiudicata la questione della condotta da adottare, in concreto, in relazione alla legge.

da un gruppo di intellettuali cattolici guidato da Brunetière, *maître des conférences* alla *Ecole normale supérieure*, ex-comtiano, direttore della *Revue des Deux Mondes*, vicino ad alcuni membri eminenti dell'episcopato francese (41).

Brunetière ha l'idea di indirizzare una lettera ai vescovi francesi, accompagnata dalle sottoscrizioni di importanti personalità del mondo della cultura, allo scopo di indurli ad accettare la legge sulla separazione.

Tale lettera passerà alla storia come *supplique aux évêques*, mentre, i suoi firmatari, tra cui alcuni membri dell'*Académie* e dell'*Institut*, saranno soprannominati *cardinaux verts* (42).

Brunetière è assistito, nella raccolta delle adesioni, da Georges Picot, magistrato, già direttore degli affari criminali, vicino al cattolicesimo sociale di Le Play, fondatore, assieme a Anatole Leroy-Beaulieu del *Comité de défense et de progès social*. Alcuni esponenti dell'episcopato francese, come Monsignor Fulbert Petit, il Cardinale Mathieu e Monsignor Mignot sono al corrente dell'iniziativa e la incoraggiano.

Il 13 marzo del 1906 la lettera, accompagnata da ventitré sottoscrizioni, è inviata a tutti i vescovi di Francia: qual è la tesi sostenuta da Brunetière e dagli altri firmatari?

Si tenta, in primo luogo, di dimostrare l'infondatezza dei timori dell'autorità ecclesiastica: l'art. 4 vincola le associazioni al rispetto dell'organizzazione generale del culto del quale si propongono di assicurare l'esercizio e lo stesso Briand ha assicurato che per associazioni cultuali cattoliche si intenderanno soltanto quelle associazioni i cui membri saranno in comunione con il presbitero che, a sua volta, dovrà essere in comunione con il vescovo e con il Sovrano Pontefice. Inoltre, per tutto ciò che riguarda l'esercizio del culto, e quindi la composizione, la competenza e il funzionamento delle associazioni cultuali, competente a decidere sarà il vescovo, mentre

---

(41) Su Brunetière si può leggere la voce a cura di M.-L. NETTER, *Brunetière*, in *Dictionnaire des intellectuels français*, p. 193 e ss.

(42) Si veda in proposito J.-M. MAYEUR, *Des catholiques libéraux devant la loi de séparation: les "cardinaux verts"*, in *Religion et politique; Les deux guerres mondiales; Histoire de Lyon et du Sud Est, Mélanges offerts à M. le Doyen André Latreille*, Lyon, 1972, p. 207 e ss.

il governo avrà solo un potere di controllo sulla gestione finanziaria. I timori di una ingerenza del governo *in spiritualia* è quindi infondato.

In secondo luogo, si paventa l'anarchia nella quale precipiterebbe il cattolicesimo francese in caso di rifiuto della legge, in quanto esso si ridurrebbe alla stregua di una religione privata, rischiando di esporsi a derive settarie; inoltre, il rifiuto della legge provocherebbe una inevitabile spoliazione dei beni ecclesiastici che, invece, il trasferimento di proprietà previsto dall'art. 4 rende solo apparente.

Infine, si definiscono i limiti oltre i quali un cattolico non è più tenuto all'osservanza della legge: solo una legge che violi espressamente i diritti della coscienza e le regole della religione non può essere accettata.

La lettera si chiude con una frase che sintetizza il pensiero dei "cardinali verdi" e le ragioni della accettazione, gettando luce, indirettamente, sulla *forma mentis* politica del cattolicesimo liberale francese: la legge deve essere accettata "n'étant empêché par la loi de séparation ni de croire ce que nous voulons, ni de pratiquer ce que nous croyons, la hiérarchie subsistant tout entière et le droit de nos évêques à communiquer avec Rome s'exerçant librement, les édifices demeurant à la disposition d'associations formées et dirigées par l'évêque".

Non à dato sapere il ruolo effettivo svolto da Saleilles nella preparazione della lettera. Probabilmente, data la sua vicinanza alla diocesi di Albi, e in particolare, a Birot e a Monsignor Mignot, l'iniziativa di Brunetière gli era nota sin dall'inizio. In ogni caso, è lecito pensare che Georges Picot, nella sua attività di proselitismo, abbia pensato al nome di Saleilles, in quanto esponente cattolico di quella cultura giuridica parigina con la quale egli aveva, per ragioni di ufficio, grande familiarità.

Sta di fatto, comunque, che tra le ventitré firme che accompagnano la *supplique* compare anche quella di Raymond Saleilles (43).

Nel frattempo, dopo le esitazioni iniziali, la Santa Sede sceglie la strada dello scontro. La questione è esaminata il 9 giugno seguente dalla Commissione degli Affari ecclesiastici, composta dal Segretario di Stato, Merry del Val, dai cardinali Rampolla, Ferrata,

---

(43) Cfr. J.-M. Mayeur, *op. cit.*, p. 224.

Mathieu, Steinhuber, Vincenzo e Serafino Vannutelli. La Commissione respinge la soluzione inizialmente proposta dai vescovi francesi (44), spianando la strada alla condanna definitiva e inappellabile della legge.

Questa non si fa attendere: il 10 agosto successivo, la Santa Sede, con l'enciclica *Gravissimo Officii*, condanna espressamente la legge sulla separazione (45). Il Vaticano, limitandosi ad assumere una decisione di carattere negativo, non dà indicazioni precise sulla condotta da assumere e abbandona i cattolici francesi nell'incertezza. Rifiuta le associazioni cultuali, pretendendo il mantenimento delle vecchie *fabriques* quando ciò ormai non è più possibile.

---

(44) L'assemblea, guidata da personaggi influenti come Mgr. Fulbert Petit, arcivescovo di Besançon e Mgr. Fuzet, arcivescovo di Rouen, cerca di raggiungere una soluzione di compromesso. Il rapporto redatto da Monsignor Fulbert Petit e adottato dalla commissione preparatoria pone la questione della compatibilità di una organizzazione canonica e legale con le associazioni cultuali previste dalla legge. Nel tentativo di individuare una soluzione accettabile, si guarda alla disciplina vigente in Germania. La legge tedesca prescrive infatti che i beni affidati al culto siano affidati a dei consigli i cui membri sono eletti dai componenti della parrocchia mentre i conflitti tra i consigli e l'autorità episcopale sono decisi dai presidenti della provincia e dal ministro dei culti: l'ingerenza del governo nella tutela e nella amministrazione del culto è dunque ben più incisiva che nel modello francese. È in questo spirito che l'assemblea raggiunge una soluzione dal carattere decisamente compromissorio: in adesione all'enciclica *Vehementer* condanna la legge sulla separazione, mentre, nel tentativo di scongiurare il prodursi di una situazione di anarchia, escogita un espediente che avrebbe reso le *associations cultuelles* meno inaccettabili agli occhi del Vaticano. Le associazioni, costituite secondo le formalità prescritte dalla legge, avrebbero dovuto adottare uno statuto uniforme, con il quale si sarebbe riconosciuto al presbitero un ruolo di assoluta centralità nella amministrazione del culto. Con tale precisazione si sarebbe conferito loro un carattere di maggior canonicità, in contrasto con la logica del contratto di associazione, tradizionalmente inviso al diritto canonico a causa della logica individualista che lo ispira. Veniva approvato, sostanzialmente, il progetto redatto da Monsignor Fulbert Petit. La linea moderata, sostenuta da uomini come l'arcivescovo Mignot, usciva vittoriosa. Si veda la *Lettre au sujet de la loi prussienne du 20 juin 1875, sur l'administration patrimoniale des biens dans les paroisses catholiques*, in F. FUZET, *Les associations cultuelles en Allemagne. Législations et documents*, Paris, 1906, con prefazione di Saleilles.

(45) In realtà, sembra che l'emanazione dell'enciclica sia stata determinata anche da un incidente di natura politica: il rifiuto, da parte di Clemenceau e di Léon Bourgeois, di inviare a Roma un diplomatico francese per denunciare formalmente il Concordato, rifiuto che dimostrava, agli occhi del Vaticano, la volontà della Repubblica di ignorare l'esistenza della Chiesa cattolica.

Saleilles sintetizza il suo giudizio su tale enciclica in un frammento dei quaderni, datato 18 marzo 1906. Egli non ignora le ragioni che hanno reso impossibile per la Santa Sede l'accettazione di una legge solo apparentemente eversiva. Tale reazione è il frutto di una attitudine difensiva comprensibile alla luce di un contesto europeo sempre più ostile al cattolicesimo. Ma per lui, sillonista convinto, risulta comunque intollerabile l'eccessiva politicizzazione della religione e la tendenza a trasformare la Chiesa in una istituzione operante secondo categorie e principi meramente mondani. Ancora una volta, è Lemire, ai suoi occhi, il modello di credente cui ispirarsi:

> depuis cette malheureuse encyclique, tout le parti des chahuteurs s'est senti encouragé. Les prêtres et les évêques sont débordés, le laïcisme triomphe. Du chef des ultramontains ce sont les mêmes, prêtres et évêques ne sont plus rien que leurs valets. S'il est bon de protester et de montrer sa foi, il est inadmissible que des chrétiens se livrent à des violences indignes…On voit jusqu' à des curés marcher à la tête de nouveaux ligueurs, fourches en main, provoquer des officiers à la révolte, et agir comme des misérables. Parmi les chefs, personne ne les blâme; le silence de Rome est un encouragement. On dit que c'est le seul moyen d'amener les gouvernements à capitulation; alors ce n'est plus que de la politique. Oui, si l'Eglise n'est qu' une institution humaine qui ne puisse se défendre que par des moyens humains, non si elle est une institution divine qui ne doive jamais trahir son principe. Son principe est l'Evangile, et l'attitude chrétienne ordonnée par le Christ, il faut que ceux qui la gouvernent aient assez de foi pour la défendre par les seules armes permises par le Christ. Sinon, c'est nier son institution divine, c'est manquer de confiance en Dieu. Jusqu' alors, il n'y a qu' un homme, un prêtre, l'abbé Lemire, qui ait eu le courage d'une attitude chrétienne. On l'a traité de traître à Dieu et à l'Eglise. Lui seul nous reste comme preuve vivante de la divinité du Christianisme. Lui seul a eu la foi, et avec sa foi, il a eu une attitude chrétienne. Sans lui il n'y aurait plus que des païens ensoutanés. Les violents seuls osent élever la voix, ils intimident les évêques, on ignore que parmi les catholiques il y a toute une masse silencieuse qui désapprouve cette politique de casse-cou (46).

Nonostante la presa di posizione ufficiale del Pontefice, i cattolici favorevoli alla legge del 1905 non demordono: una seconda supplica, questa volta anonima, viene rivolta alla Santa Sede. Impossibile non scorgere, dietro tale iniziativa, l'ombra dei *cardinaux*

---

(46) *Cahiers Saleilles* in *Archives Municipales d'Hazebrouck*, cote provisoire 243.

verts, preoccupati dalla drammatizzazione del conflitto. Saleilles, benché non ostile alla legge del 1905, non è tra i promotori di questa seconda supplica. È lui stesso a sottolineare la propria estraneità a tale iniziativa in una lettera inviata al segretario di Stato del Vaticano, il Cardinale Merry del Val il 3 settembre del 1906 (47). Vi compare una chiara professione di fedeltà alla Santa Sede, in ossequio al principio *Roma locuta*. Non vi è più alcuna traccia dei giudizi taglienti né dei toni aspramente polemici che troviamo a più riprese nelle lettere inidirizzate al suo corrispondente albigese:

> la supplique que vient d'adresser à Sa Sainteté un groupe de catholiques, restés anonymes, peut être de nature à laisser croire que certains catholiques français, qui, avant l'Encyclique du 10 Août, avaient pris la liberté de soumettre au Saint Siège, sous une forme au moins profondément respectueuse, certaines considérations analogues, pourraient avoir pris part à un acte, qui, à l'heure où il se produit, toute autre appréciation mise à part, risque de créer la désunion parmi les catholiques. Ce qui était permis avant, lorsque la discussion était ouverte, devient un procédé au moins incorrect, pour ne rien dire de plus, lorsque le Pape a parlé et qu' il s'agit de lui obéir. Aussi, Eminence, comme j'étais de ceux qui, encore à la veille même de l'Encyclique, osèrent s'adresser à Votre Eminence, pour lui

(47) Si tratta in realtà della seconda lettera di Saleilles al Cardinale Merry del Val. La prima viene inviata all'inizio dell'estate. Non sappiamo quando con precisione, ma di certo nel periodo di tempo compreso tra il 30 maggio, data della assemblea plenaria dei vescovi francesi (durante la quale vengono sostanzialmente accolte le direttive della Santa Sede) e il 10 agosto, data della promulgazione dell'enciclica. In tale lettera Saleilles deplora il sodalizio, ormai inevitabile, tra la Chiesa di Francia e i partiti nazionalisti e monarchici e, in generale, il carattere esiziale, per il cattolicesimo francese, della commistione tra politica e religione. L'idea di inviare una lettera al Segretario di Stato Merry del Val, uno dei principali responsabili della politica di intransigenza adottata da Pio X, ha un'origine precisa: la pubblicazione, su iniziativa di *L'eclair*, di una *brochure* di Flourens, una sorta di esposizione sinottica degli articoli scritti da quest'ultimo contro la separazione e delle repliche che avevano suscitato. La *brochure* compare nell'imminenza della decisione della Congregazione. Saleilles si sente in parte responsabile, dal momento che aveva sollecitato la replica di Barthélemy a un articolo di Flourens (Léopold Flourens - Parigi 1841-1920 - ministro degli affari esteri dall'11 dicembre 1886 al 3 aprile 1888, deputato delle Hautes-Alpes dal 1888 al 1898, deputato della Senna dal 1902 al 1906, consigliere di Stato), alla vigilia dell'assemblea dei vescovi. La lettera ha dunque lo scopo di chiarire la posizione dei transigenti cercando al contempo di contenere gli effetti sfavorevoli della *brochure*. Apprendiamo queste informazioni dalla lettera inviata a Birot il 10 agosto 1906.

exposer, en tant que catholiques profondément convaincus et fidèles au Saint Siège, leurs idées personnelles au sujet de la situation religieuse, je ne voudrais pas que le rapprochement de quelques unes des opinions, que j'avais pris la liberté de soumettre à Votre Eminence, avec certaines des considérations développées par la supplique anonyme, pût laisser soupçonner qu' ayant parlé avant, je fusse de ceux également qui ont voulu parler après. Si inconnu que je sois de Votre Eminence, et si petit personnage que je puisse être, il suffit que je sois, et veuille rester, un catholique loyal et fidèle, pour que j'aie cru devoir dissiper tous les doutes à cet égard, et protester, après coup, comme je l'avais fait avant l'heure, du respect profond que je porte, et porterai toujours, aux décisions énoncées du Chef de l'Eglise. Je prie donc Votre Eminence d'excuser cette nouvelle initiative, prise par l'un des moindres parmi les catholiques qui ont eu à cœur, dans les douloureuses circonstances que traverse l'Eglise de France, de protester de leur dévoument et de leur fidélité au Saint Siège (48).

Nel settembre del 1906 si tiene la seconda assemblea dei vescovi. Vi sono due possibilità: mantenere lo *status quo* oppure fondare l'organizzazione religiosa sulla base del diritto comune, rinunciando alla legge del 1905 e istituendo il culto privato. Nel tentativo di superare le resistenze del Vaticano, si punta a rafforzare il carattere di canonicità delle associazioni cultuali attraverso un riconoscimento espresso, da parte del governo o del Consiglio di Stato, del ruolo centrale del presbitero nella amministrazione del culto (49).

Sembra tuttavia impossibile raggiungere un compromesso prima dell'11 dicembre, termine ultimo fissato dalla legge per la costituzione delle associazioni cultuali. A rigore, in mancanza di una rivendicazione dei beni di culto da parte di una associazione, lo Stato avrebbe potuto metterli sotto sequestro e attribuirli a stabilimenti comunali di assistenza e di beneficenza.

Non solo: dal momento che nessuna legge era più applicabile alle riunioni di carattere religioso si sarebbe persino potuta vietare la celebrazione del culto.

Ma la realtà è ben diversa.

Per evitare il rischio di una sorta di Vandea nazionale, il governo

---

(48) Tale lettera è conservata presso l'Archivio Segreto Vaticano ed è consultabile alla seguente collocazione: *Segr. Stato, anno 1906, rubr. 248, fasc. 5, ff. 37-38.*

(49) Cfr. J.-M. MAYEUR, *La séparation*, cit., p. 165 e ss.

decide di prolungare di un anno il termine fissato dalla legge del 1905 mentre una circolare inviata ai prefetti stabilisce che le riunioni di carattere religioso sono legali in quanto, in mancanza della legge del 1905, è possibile applicare loro la legge del 1881 sul diritto di riunione. Per semplicità, si stabilisce inoltre che il ministro di culto debba fare una unica dichiarazione valida per tutte le riunioni dell'anno al posto di una dichiarazione prima di ogni riunione.

Tuttavia, il segretario di Stato del Vaticano, il cardinale Merry del Val, ordina ai presbiteri, per il tramite del cardinale Richard, di rifiutarsi di fare la dichiarazione. Ciò provoca la reazione del governo il quale espelle il nunzio apostolico, Montagnini, e ordina l'evacuazione dei grandi seminari e degli arcivescovati: il cardinale Richard è costretto ad abbandonare la sede dell'Arcidiocesi di Parigi (50).

Resta tuttavia la necessità di colmare il vuoto giuridico lasciato aperto dalla disapplicazione della legge del 1905.

Il risultato è la legge del 2 gennaio 1907, che, stante l'impossibilità di un compromesso, fa ritorno alla situazione di diritto comune.

L'art. 1 stabilisce che « dès la promulgation de la présente loi, l'Etat, les départements et les communes recouvreront à titre définitif la libre disposition des archevêchés, évêchés, presbytères et séminaires qui sont leur propriété et dont la jouissance n'a pas été réclamée par une association constituée dans l'année qui a suivi la promulgation de la loi du 9 décembre 1905 », mentre il successivo art. 4 indica le condizioni per la salvaguardia dell'esercizio del culto. Indipendentemente dalle associazioni di cui alla legge del 1905, l'esercizio pubblico di un culto può essere assicurato: per mezzo di associazioni di diritto comune disciplinate dalla legge del 1° luglio 1901; attraverso riunioni tenute su iniziativa individuale in virtù della legge del 30 giugno del 1881 e secondo le prescrizioni dell'art. 25 della legge del 9 dicembre 1905 (51).

---

(50) Cfr. A. DANSETTE, *Histoire religieuse de la France comtemporaine sous la III République*, cit., p. 363 e s.

(51) La legge stabiliva inoltre che il vincolo della cultualità poteva essere garantito sulla base di un diritto di godimento stabilito in un contratto concluso con il sindaco, nel quale fosse previsto che gli oneri di mantenimento dell'edificio fossero a carico del presbitero o dell'assemblea dei fedeli. La terza assemblea dei vescovi, che si tenne alla

D'altra parte, i beni destinati al culto che, salvo eliminazione espressa del vincolo di destinazione, continueranno ad essere lasciati a disposizione dei fedeli e dei ministri per la pratica del culto, saranno affidati in godimento: ad associazioni cultuali costituite in conformità alla legge del 1905; ad associazioni costituite in conformità alla legge del 1901; a singoli ministri di culto, previa registrazione dei loro nomi, come prevista dalla legge del 1905.

Nel peggiore dei casi, i ministri di culto si troveranno nella condizione di occupanti senza titolo: in punto di fatto non cambia granché, in punto di diritto è l'istituzionalizzazione dell'anarchia.

2.2. *Alla ricerca del* pacte laïque*: le potenzialità nascoste della legge del 1905.*

Abbiamo visto come non tutti i membri dell'episcopato francese fossero pregiudizialmente ostili alla legge sulla separazione. Alla vigilia della promulgazione della « malheureuse encyclique » si era al contrario venuta consolidando una corrente favorevole alla ricerca di una conciliazione. I vescovi orientati alla ricerca di un compromesso, benché minoritari, fondavano la propria posizione su solidi argomenti giuridici.

Analizzeremo adesso brevemente la posizione di uno dei rappresentanti più significativi di tale corrente, Eudoxe-Irénée Mignot.

Le tesi sostenute dal vescovo di Albi sono infatti, in larga misura, il frutto della attività di consulenza di Saleilles, il quale ha rapporti molto stretti con il protettore di Loisy. Questa breve digressione ci consente pertanto di verificare l'effettiva portata della militanza di Saleilles, il modo in cui, nascostamente, con le armi della

---

Muette dal 15 al 19 gennaio, utilizzò questa possibilità allo scopo di garantire l'organizzazione pubblica del culto. Si accettava la via del diritto di godimento stabilito per contratto a condizione però che in esso fossero incluse due clausole non escluse dalla legge del 2 gennaio e non contrarie ad esigenze di ordine pubblico. La prima a garanzia della stabilità e della sicurezza del servizio religioso, la seconda a garanzia dei diritti della gerarchia. Su questa base furono avviate delle trattative con il governo che furono però ben presto interrotte: gli opposti estremismi avevano fatto leva stavolta, per bloccare ogni tentativo di accordo, sulla questione delle spese di mantenimento e sulle riparazioni straordinarie nel caso, niente meno, della cattedrale di Notre Dame. Cfr. J.-M. Mayeur, *op. cit.*, p. 181 e s.

tecnica giuridica, egli contribuisce alla causa della accettazione e alla ricerca delle condizioni che rendono possibile il superamento della crisi e il raggiungimento di una laicità pacificata.

2.2.1. *La posizione di un vescovo transigente:* Eudoxe-Irénée Mignot *ovvero il contributo decisivo di Saleilles alla elaborazione della linea del compromesso.*

Il vescovo di Albi si muove su un doppio binario: da una parte, condanna l'abrogazione unilaterale del concordato e il modo di intendere la nozione di separazione tipico della cultura politica francese di inizio Novecento; dall'altra, afferma la necessità di accettare le condizioni poste dalla legge del 1905 cercando di metterne a frutto gli elementi positivi.

Il primo profilo è lucidamente trattato nella *Lettre de Monseigneur l'Archevêque d'Albi au clergé de son diocèse sur le Concordat et la séparation de l'Eglise et de l'Etat*, pubblicata a Albi nell'aprile del 1905, pochi mesi prima della approvazione definitiva della legge sulla separazione.

A questo proposito, Mignot osserva come la Chiesa non possegga un modo esclusivo di esistenza politica ma si ispiri a dei criteri generali, tanto elastici nella loro applicazione quanto elevati nella loro essenza: la distinzione del potere religioso dal potere civile; l'indipendenza dei rispettivi ambiti di competenza; la concordia tra i due poteri.

Tra i due estremi — identificazione tra potere spirituale e potere temporale e repressione brutale dei diritti della Chiesa — esiste una scala di soluzioni differenziate che la Chiesa accetta in quanto appaiono giustificate dai fatti. Si tratta di regimi diversi, frutto delle necessità storiche, e la Chiesa li accetta poiché vi scorge condizioni diverse e successive, volute provvidenzialmente da Dio, e le sole possibili, del suo apostolato attraverso le nazioni.

Tuttavia, ciò che caratterizza tutti questi regimi è il fatto che essi sono l'espressione di una armonia reale, di un accordo fondamentale, il quale, se pure non è sempre formalizzato in termini giuridici, esiste in ogni caso allo stato implicito tra le due parti, nella forma compatibile con lo stato sociale dei due popoli. Tale armonia ha per presupposto il riconoscimento della irriducibile identità delle parti.

Ecco allora emergere la tesi fondamentale: la separazione, così come è maturata, è teoricamente inaccettabile in quanto ha per presupposto il rifiuto del riconoscimento della controparte. Mignot, com'è ovvio, deplora la perdita del carattere "istituzionale" della Chiesa, il venir meno della *Eglise de France*, nel senso più glorioso di questa espressione, in conseguenza del rifiuto unilaterale del concordato. Ma non è tanto il venir meno del concordato a preoccuparlo — si tratta infatti pur sempre di una soluzione transitoria, priva di un valore assoluto — quanto la fine della *entente cordiale* e della armonia che per quindici secoli era stata il principio essenziale cui si ispiravano le relazioni tra la Chiesa cattolica e la Francia: « l'objet de nos regrets, ce n'est pas à tout prendre ce Concordat de 1801, qui, malgré les grands services qu'il a rendus, peut être considéré comme une institution transitoire, mais bien l'entente cordiale et l'harmonie qu' une tradition de quinze siècles et tout notre passé permettaient de considérer comme le principe inaltérable et permanent des relations entre l'Eglise catholique et la France » (52). Una separazione che abbia alla base simili presupposti è destinata a generare un conflitto permanente tra Stato e Chiesa: « une séparation en vertu de laquelle les deux pouvoirs affecteraient de s'ignorer, ne tiendraient en aucun compte l'un de l'autre, chacun agissant en tout comme si l'autre n'existait pas — et c'est bien là le sens du mot de séparation parmi nous — cette séparation, non seulement l'Eglise la repousse au nom de sa doctrine, mais le bon sens le plus élémentaire la déclare absurde et irréalisable…c'est fatalement la guerre entre l'Etat e l'Eglise » (53).

Ciò che Mignot rifiuta, pertanto, non è la separazione in sé, quale possibile sistema di regolamentazione dei rapporti tra Stato e Chiesa, ma semmai la separazione *à la française*, e cioè il clima culturale e politico che concepisce la separazione alla stregua di uno strumento essenziale nell'ambito di una strategia lucidamente tesa alla dissoluzione del cattolicesimo. Tale posizione è espressa chiaramente in una lettera del 2 gennaio del 1904 indirizzata al barone von Hügel: « s'il s'agissait d'une séparation loyale, sincère, j'y appalaudirai car nous ne serions pas en pires conditions que nos frères

(52) *Ibidem*, p. 15.
(53) *Ibidem*, p. 13 e s.

d'Angleterre; mais nos députés se garderont bien de nous donner la liberté dont vous jouissez. Ce que veut la gauche avancée c'est la destruction du catholicisme en tant que religion organisée. Au lieu de la séparation on va nous envelopper d'un réseau habilement tressé et quand nous voudrons nous relever nous nous apercevrons que nous sommes attachés comme Gulliver au pays de Lilliput par des milliers de cordons qu' il sera difficile de rompre. Ce qui se passe en France me fait mieux comprendre ce qui s'est passé en Angleterre au temps d'Henri VIII » (54).

Una cosa, tuttavia, è la condanna dei presupposti e delle modalità della separazione, altra cosa è invece la determinazione della condotta migliore da adottare a livello concreto, specialmente avuto riguardo al contenuto effettivo della legge del 1905. Da questo punto di vista, la posizione di Mignot appare assai più sfumata e improntata a un notevole pragmatismo. Essa è formulata con estrema chiarezza nel *Rapport soumis à Sa Sainteté Le Pape Pie X par l'Archevêque d'Albi au sujet de l'attitude à prendre après le vote du Projet de loi sur la Séparation des Eglises et de l'Etat (55)*, nel quale troviamo sintetizzati con grande efficacia gli argomenti-chiave dei fautori dell'accettazione.

Il vescovo di Albi analizza in primo luogo l'« attitude de résistance », la posizione dei cattolici intransigenti i quali si oppongono alla legge ritenendola « injuste », « précaire » e « attentatoire à la constitution de l'Eglise ». Tale posizione, seducente nella sua semplicità, deve essere respinta. Infatti, se da un lato le speranze politiche collegate alla scelta resistenziale si rivelano puramente illusorie, essa è suscettibile di podurre conseguenze disastrose, sul piano economico, morale e giuridico (56) oltre a esporre al rischio di uno scisma e al pericolo dell'anarachia religiosa (57).

---

(54) La lettera si trova nel *Fonds Mignot* delle *Archives diocésaines d'Albi*, alla collocazione 1 D-5.03.

(55) Una copia di tale rapporto è conservata nel *Fonds Mignot* delle *Archives diocésaines d'Albi.*

(56) Mignot sottolinea a tal proposito l'insufficienza delle vecchie *associations paroissiales* e comunque l'impossibilità di tenerle in piedi tali e quali senza trasformarle necessariamente nelle *associations cultuelles* previste dalla legge del 1905. Vi è poi il rischio concreto della dispersione, l'impossibilità di praticare il culto se non all'interno di organizzazioni strettamente private: « ou les associations paroissiales seront dissoutes

Alla luce di tutto ciò è preferibile muoversi con prudenza e soprattutto con pragmatismo: « la loi s'impose par elle-même, par la contrainte juridique, avec ses avantages et ses inconvénients. Il dépend de nous de profiter des avantages: quant aux inconvénients, de toute façon nous les subirons. Et ce n'est pas en renonçant aux avantages que nous pourrions y échapper: nous ne ferions qu' aggraver notre situation, sans aucun profit même d'ordre moral » (58): questo l'argomento-chiave posto a fondamento del rapporto.

A questo punto, Mignot analizza nel dettaglio i vantaggi e gli svantaggi delle legge. La conclusione di tale analisi è che, mentre i vantaggi devono considerarsi prevalenti, non vi è dubbio che il rifiuto del regime legale non farà altro che aggravare i secondi. In particolare, per quanto riguarda il titolo primo (norme di principio) gli inconvenienti sono: l'abrogazione del Concordato, la soppressione del *budget* dei culti, delle fabbricerie e delle altre strutture previste dal regime previgente; i vantaggi sono: la riaffermazione del principio della libertà di coscienza e di culto; l'indipendenza canonica della Chiesa che riacquista completa libertà organizzativa; libertà nelle nomine episcopali.

Per quanto riguarda il titolo secondo (beni e trattamento economico), il solo inconveniente è rappresentato dall'assoggettamento di tutte le controversie relative ai beni della Chiesa alla giurisdizione

---

comme illégales, ou bien elles se soumettront à la loi des cultes. Le seul avantage de la campagne sera de réduire les catholiques à un état de désorganisation et d'impuissance… », *ibidem*, p. 9.

(57) « Il existe déjà en France tout un parti nombreux de prêtres évadés des rangs du clergé, réunis en association et tenus comme en réserve pour la réalisation éventuelle d'une Eglise nationale. Ce semi-protestantisme a un organe, le *Chrétien Français*, et un chef bien connu. Installés dans les églises, y pratiquant les rites traditionnels, se déclarant hautement catholiques, ou du moins chrétiens, ils seraient dans les conditions les plus favorables pour abuser de la crédulité de la foule...A défaut des protestants ou des vieux catholiques, les églises deviendraient la proie des sociétés maçonniques ou libres-penseuses, qui s'empresseraient de s'y établir pour profiter du prestige et des avantages de ces édifices. La propagande anticléricale, déjà si puissante grâce à la presse, s'emparerait de ce nouveau moyen d'agir sur les populations: des fêtes laïques et des conférences seraient organisées de toute part par ceux que l'on a pu appeler les *apôtres* de la libre-pensée… », *ibidem*, p. 11 e s.

(58) *Ibidem*, p. 14.

civile del *Conseil d'Etat* e la perdita dei beni non gravati da uno speciale vincolo di destinazione di carattere cultuale. I vantaggi sono: la devoluzione dei beni mobili e immobili delle fabbricerie alle associazioni di culto destinate a sostituirle; l'affermazione del principio in base al quale le associazioni dovranno conformarsi alle regole generali del culto che si propongono di perpetuare; il trattamento economico dei ministri di culto.

Per quanto riguarda il titolo terzo (edifici di culto), gli incovenienti (rappresentati essenzialmente dal riconoscimento della proprietà dello Stato sui beni posseduti anterioriormente al Concordato e dal recupero da parte dello Stato e dei Comuni delle sedi vescovili, arcivescovili e dei grandi seminari dopo un termine prefissato) sono controbilanciati dalla concessione del godimento gratuito e illimitato delle chiese e dalla concessione per cinque anni dei presbiteri e dei seminari e per due anni delle sedi vescovili e arcivescovili.

Infine, tralasciando le norme sulla polizia dei culti, il titolo quarto, dedicato alla disciplina della associazioni, riconosce ai fedeli la possibilità di dar vita a associazioni nei modi e nelle forme previste dalla legge del 1901, « de la façon et avec les statuts que l'on voudra ». Tali associazioni disporranno di una discreta autonomia finanziaria e godranno, specie nel caso in cui operino all'interno di edifici appartenenti allo Stato, di importanti benefici fiscali.

Una lettura attenta del testo della legge dimostra pertanto, a giudizio di Mignot, la prevalenza degli aspetti positivi su quelli negativi, del resto non evitabili: « les catholiques de France ont tout intérêt à faire preuve de patriotisme, en renonçant à une vaine agitation » (59): l'inaugurazione del nuovo regime potrebbe in tal senso significare la fine dell'anticlericalismo e l'avvio di una fase politica nuova non più all'insegna della *question religieuse*.

Per questo, il vescovo di Albi consiglia di adottare una condotta che, senza rinunciare alla condanna formale della abrogazione unilaterale del Concordato, conduca in sostanza all'accettazione del contenuto della legge: « en résumé, Très-Saint-Père, accepter la loi, utiliser le régime qu' elle offre en réservant l'intégrité des principes et les améliorations possibles dans l'avenir; réorganiser ainsi l'Eglise

(59) *Ibidem*, p. 24.

de France, en nous appuyant sur des sympathies élargies par notre patriotique résolution; porter enfin toutes nos résistances sur les empiétements ou les aggravations de détail qui pourraient se produire ultérieurement dans l'application de la loi » (60): questa è la conclusione cui giunge Mignot.

Si tratta, come abbiamo detto, di un documento importante poiché contiene una lucida esposizione degli argomenti utilizzati dalla corrente minoritaria dei vescovi transigenti. Ma ciò che dal nostro punto di vista lo rende particolarmente interessante è il fatto che il suo contenuto si deve in gran parte alla collaborazione decisiva di Saleilles, il quale interviene in veste di consulente offrendo un contributo tecnico di primaria importanza.

2.2.2. *L'analisi tecnico-giuridica e il conseguente ridimensionamento della portata eversiva della legge del 1905.*

Saleilles vive la crisi della separazione con dolore e a tratti con sgomento.

Da giurista, è portato a prediligere i toni moderati ed è propenso alla razionalizzazione del conflitto. Il suo principale desiderio è perciò quello di avvicinare i contendenti, di riconciliare gli animi favorendo l'*apaisement*.

L'unica arma di cui dispone è la forza di persuasione che deriva da una analisi tecnica approfondita della legge del 1905, tesa a fornire una veste giuridica credibile alle argomentazioni contenute nella *supplique aux évêques* (61).

Le lettere scritte a Louis Birot tra il 1906 e il 1909 offrono una testimonianza diretta di un impegno (62) che sarà formalizzato, oltre

---

(60) *Ibidem*, p. 25.

(61) Si veda, sul tema, R. BEUDANT, *Les travaux de Raymond Saleilles sur la séparation de l'Eglise et de l'Etat*, in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, cit., 511-537.

(62) Emblematica di tale impegno è la cena che si svolge a casa Saleilles la sera prima della assemblea dei vescovi. Vi partecipano l'abbé Lemire, l'abbé Birot, Boistel. Mgr. Mignot, che in già precedenza è stato ospite della famiglia Saleilles, presumibilmente non vi partecipa. La cena, la « veille des vaincus », è un'occasione importante per fare il punto della situazione, tornando sugli argomenti sui quali il partito dell'accettazione dovrà far leva il giorno seguente. Si vedano, in proposito, le lettere del 26, 27 e 28 Maggio 1906. La lettera di più ampio respiro, dal punto di vista giuridico, nella quale

che nell'adesione all'iniziativa di Brunetière, nella pubblicazione di due saggi importanti: *L'étude sur l'exposé fait par M. Maurice Hauriou des principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat* (63), redatto prima della Enciclica *Gravissimo Officii* e *Le régime juridique de la séparation*, pubblicato nel 1907 sulla *Revue des institutions cultuelles*.

Un'altra testimonianza del favore con il quale egli considera la creatura di Briand è contenuta in una lettera inviata a Huber nel dicembre del 1905. Se altrove il giurista borgognone aveva lamentato la radicalità a senso unico del mondo politico francese, osservando come « en France on n'est radical qu' en matière de religion, pour tout le reste on piétine sur place », qui ad essere oggetto di denuncia sono le « petitesses de nos mêlées politiques », è la tendenza a politicizzare ogni cosa e a esasperare i toni del confronto politico, tipica del paese della « Zivilisation » (64).

I veleni prodotti da uno scontro politico che assume talvolta i toni della guerra civile impediscono il formarsi un giudizio equilibrato sugli eventi e di valutare correttamente le potenzialità insite nella legge del 1905. Il sostegno a tale provvedimento, dissimulato dal tecnicismo dei saggi privatistici e manifestato apertamente solo con l'adesione all'iniziativa di Brunetière, trova, tra l'altro, una conferma importante nelle confidenze fatte al giurista elvetico (65).

---

viene affrontato il tema dei beni dei grandi e piccoli seminari, è invece quella del 4 novembre 1906. Saleilles, inoltre, si prodiga per raccogliere quanto più materiale giuridico possibile a sostegno della tesi contenuta nella *supplique*: fa pervenire a Birot una copia dell'articolo scritto da Michoud su incarico di Mgr. Henry; sollecita una risposta di Barthélemy, sul *Journal des débats*, ad un articolo di Flourens, ex consigliere di Stato, « suite d'erreurs juridiques, transformées en épouvantail », sfavorevole alla tesi dei ventitré; spedisce, per il tramite di Birot, tutto il materiale di cui dispone all'Arcivescovo di Rouen, capofila del partito dell'accettazione (lettera del 28 maggio 1906). Scrive infine la già ricordata conclusione per l'edizione pubblica del saggio di Mgr. Fuzet, uscito originariamente anonimo, sulle leggi prussiane del 1875.

(63) Pubblicato sulla *Revue trimestrielle de droit civil*, V, 1906, pp. 847-874.

(64) In realtà, com'è stato notato, per Saleilles la legge « no presentaba ningún riesgo ni para la Iglesia, ni para el culto », cfr. A. ARAGONESES, *Un jurista del modernismo*, cit., p. 53 e s.

(65) « Dieu vous garde de ces agitations profondes et souvent artificielles des partis, qu' ils soient religieux ou purement politiques! Nous sommes plus que jamais en France, la proie de ces divisions stériles. Chez nous, ce sont les questions religieuses

L'esame della legge del 1905 è sviluppato a partire da una triplice constatazione: l'introduzione delle associazioni cultuali modifica solo formalmente il regime dei beni ecclesiastici; il principio di ortodossia stabilito dall'art. 4 garantisce i diritti della gerarchia; la legge del 1905 crea una situazione favorevole alla reintroduzione nell'ordinamento delle fondazioni di diritto privato.

La soluzione della questione presuppone inoltre: l'esame della natura delle *associations cultuelles* e del concetto di *affectation*; la dimostrazione della compatibilità del contratto di associazione con il sistema del diritto canonico; un esame del significato del requisito dell'ortodossia. Questo, in sintesi, l'*iter* giuridico seguito per sostenere la causa dell'accettazione.

In che senso la legge è propedeutica alla reintroduzione delle fondazioni di diritto privato?

Essa rappresenta una consacrazione legislativa di quello sdoppiamento del diritto di proprietà di cui la storia ha conosciuto innumerevoli esempi: dalla proprietà medievale, agli *Uses* e ai *Trusts* inglesi, non mancano, nella storia del diritto europeo, casi di proprietà che si spostano incarnandosi nel concetto di destinazione e di proprietari nominali che conservano soltanto una sorta di aspettativa a fronte di soggetti beneficiari investiti del godimento e della pro-

---

qui, à l'apparence tout au moins, maintiennent une perturbation constante dans le pays. Mais derrière cet écran, ce qui se joue au fond ce sont des luttes constitutionnelles. Tous les partis de réaction se servent de la foi souvent candide des simples pour les pousser et les mettre en avant. C'est ainsi que nous entrons avec la loi de Séparation qui vient d'être votée, dans une période qui menace de devenir de plus en plus troublée. En elle-même, cette loi, à la prendre dans son texte abstrait, serait une loi excellente, et je le dis sans arrière pensée, moi qui suis un croyant et un catholique. Mais, d'une part tous le cléricaux militants veulent s'en faire une arme de guerre, et d'autre part tous les libres penseurs jacobins prétendent s'en servir pour violer la paix des consciences. Au milieu de ces luttes acharnées, vous pouvez penser que nos paisibles travaux de révision du Code civil n'intéressent plus que quelques âmes naïves comme moi qui rêvent de paix sociale au milieu de la bataille. Aussi j'éprouve comme un sentiment de bien être moral à me retrouver en contact avec des hommes comme vous, de conscience si droite, de pensées si hautes, et de tendances sociales si pénétrantes. Il m'est doux de commencer ainsi l'année par cet amical commerce de nos esprits, planant au-dessus des petitesses de nos mêlées politiques », cfr. A. ARAGONESES, *Recht im* fin de siècle, cit., p. 136 e s.

prietà effettiva della cosa (66). Ciò legittima, d'altra parte, l'idea di un controllo esterno. Infatti, mentre la proprietà individuale, diritto assoluto per eccellenza, non tollera l'idea di un controllo e di una sorveglianza, è nella natura della *propriété d'affectation* prevedere il controllo da parte di una autorità esterna, giudiziaria o amministrativa, chiamata a verificare il rispetto del vincolo iniziale.

La legge del 1905, senza creare delle fondazioni in senso stretto, ottiene lo stesso risultato attraverso il vincolo della *affectation*, il quale ha l'effetto di modificare l'estensione della proprietà e il concetto stesso di associazione. Invece di dar vita a una fondazione dotata di personalità giuridica, dotandola di amministratori, la legge

---

(66) Saleilles si occupa del tema del *trust* in occasione del saggio sulle *piae causae* nel diritto giustinianeo, le *domus quae piis consortiis deputatae sunt*. In questo caso, siamo in presenza di un patrimonio appartenente a persone incerte, a una istituzione di erede a vantaggio di una collettività anonima, come risulta dal fatto che tali collettività di beneficiari sono assimilate ai *corpora* del diritto classico. Si tratta però di *corpora* composti da unità passeggere e mutevoli, i cui membri non formano una massa fissa e determinata, e che per tale motivo hanno necessità di essere rappresentati da un intermediario preposto alla gestione dei fondi. Si tratta di una fondazione, intesa non come *Stiftung*, cioè come la personificazione di un fine astratto, ma come uno strumento di rappresentanza di individui concreti, nella quale la qualifica di erede e proprietario spetta alla massa indistinta dei beneficiari (malati, poveri etc.) mentre i diritti sono esercitati da un *trustee*. È il procedimento inglese del *trust* combinato con l'idea della personalità, nel senso che il *trustee* non è il titolare di una proprietà legale e fittizia, di un *legal estate*, ma è il mero amministratore di un patrimonio autonomo appartenente a una massa indistinta di beneficiari: « sur ce point, nos textes ne laissent aucun doute ce n'est ni l'évêque, ni l'établissement intermédiaire, qui sont institués héritiers ou qualifiés d'héritiers par la loi. Les seuls héritiers, ce sont les pauvres, les captifs. Dira-t-on par exemple, lorqu' il y a eu nomination d'un exécuteur testamentaire…que c'est lui l'héritier? Nous serions alors en présence d'une institution analogue aux *trusts* du droit anglais; l'administrateur intermédiaire ne serait pas seulement un instrument chargé de l'emploi des revenus, ce serait un propriétaire qui aurait recueilli la propriété légale, le *legal Estate*, comme disent les Anglais, en vue d'employer cette propriété au profit des véritables bénéficiaires. Ce n'est certainement pas là une conception romaine, en tant qu' il s'agirait de dédoublement de propriété. Mais ce n'est là, il est vrai, dans le droit anglais, qu' un expédient formel pour atteindre un résultat de fait qui s'impose. L'expédient mis de côté, reste le fait, d'un administrateur fiduciaire en vue de faire parvenir, soit le capital, soit les revenus, aux véritables héritiers. Ce sera encore un *trustee*, si l'on veut employer cette comparaison, mais un *trustee* chargé uniquement de l'exécution, et non plus investi de la propriété », *Les « Piae Causae » dans le droit de Justinien*, in *Mélages Girardin*, Paris, 1907, pp. 513-551, cit., p. 538 e s.

crea surrettiziamente una fondazione a beneficio di una associazione che se ne assume l'amministrazione. È lo stesso risultato che si avrebbe, precisamente, nel caso in cui una associazione dotata di personalità ricevesse un legato gravato da un onere costitutivo di una fondazione: l'associazione amministrerebbe il patrimonio vincolato oggetto del legato senza poter modificare la destinazione iniziale. La legge del 1905 dà vita insomma a una sorta di associazione-fondazione, il che rappresenta un indiscutibile passo avanti nella direzione della successiva, auspicata reintroduzione della fondazione *tout court*.

In secondo luogo, a dispetto delle apparenze, la legge non è ispirata da intenti persecutori e non rappresenta un principio di spoliazione. Certo, il trasferimento di proprietà è innegabile: ma quali sono i suoi effetti concreti?

In precedenza, la proprietà dei beni ecclesiastici si fondava sulla *fictio* delle *fabriques*, la quale realizzava un compromesso accettabile sia agli occhi dello Stato che agli occhi della Chiesa. I beni destinati al culto erano ricondotti alle *fabriques*. E, dal momento che essa era, in quanto proprietaria, un ente ideale, una persona giuridica di diritto pubblico, non era difficile confondersi sull'attribuzione della qualifica di proprietario, perdendo di vista il proprietario nominale, che era il demanio pubblico, per concentrarsi esclusivamente sul beneficiario reale, che era la Chiesa. Dal punto di vista dello Stato si trattava di una proprietà pubblica, dal punto di vista della Chiesa, invece, di una proprietà ecclesiastica. Il proprietario nominale non era altro che un proprietario *suzerain*, alla maniera di un signore feudale, il cui diritto eminente si risolve in una mera aspettativa; il proprietario effettivo si confondeva con il beneficiario, analogamente a quanto era avvenuto nel corso del XVIII secolo, allorché il vassallo era divenuto il vero proprietario del feudo, mentre il signore aveva soltanto un diritto riservato sotto forma di *dominium directum*. Così, grazie alla *fictio* delle *fabriques*, la Chiesa poteva credersi proprietaria del patrimonio ecclesiastico mentre i *fabriciens* non potevano dirsi proprietari, essendo in realtà meri amministratori di un patrimonio appartenente a una persona fittizia.

È qui che la legge del 1905 opera il cambiamento più incisivo: adesso i *fabriciens*, assumendo la qualifica di associati e pur conservando le stesse facoltà e le stesse obbligazioni che avevano in

precedenza, divengono proprietari dei beni della *fabrique*. Da semplici amministratori diventano associati proprietari, in quanto la proprietà, che prima apparteneva alla *fabrique*, è trasferita in capo all'associazione, passando quindi da un ente ideale a una collettività di individui. In questo senso può parlarsi di proprietà corporativa.

È questo trasferimento di proprietà a scatenare le ire di Roma e a portare a uno scontro frontale tra il governo e la Chiesa di Francia. Saleilles non esita a sostenere che tale conseguenza è il risultato di una strumentalizzazione, del clima da guerra civile che imperversa nel paese, della logica disfattista che ha preso il sopravvento, trasformando il confronto politico e persino l'esame delle questioni giuridiche in una rissa continua o in un dialogo tra sordi.

Qual è il risultato di questo trasferimento? A cambiare, in realtà, sono solo le apparenze: quella che prima era una *propriété d'affectation* creata a vantaggio del culto cattolico con attribuzione di una proprietà nominale al demanio pubblico resta tale, mentre muta soltanto il titolare della proprietà nominale, che non è più il demanio pubblico ma un gruppo di associati (67).

Messi da parte i fraintendimenti frutto di una lettura dell'art. 4 distorta da una faziosità tutta politica, Saleilles tenta di risolvere un'altra apparente contraddizione: come conciliare il regime della associazione con il diritto canonico? Come interpretare il requisito dell'ortodossia dal quale l'art. 4 fa dipendere la capacità della associazione?

Sotto il primo profilo, il contrasto tra l'idea di canonicità e l'idea di legalità appare evidente: l'associazione può essere "digerita" dal diritto canonico solo se ammette l'ingerenza pressoché permanente di una autorità esterna alla associazione, l'autorità del vescovo. Ma, in questo caso, è lo stesso concetto di associazione ad entrare in crisi: a forza di paralizzare l'indipendenza degli associati si rischia di farne dei semplici mandatari della autorità ecclesiastica, violando espressamente lo spirito della legge (68).

---

(67) *Etude sur l'exposé de M. Maurice Hauriou*, cit., p. 857.

(68) Il concetto di associazione e il requisito della canonicità subiscono distorsioni a seconda della convenienza politica. Il problema si pone, in particolare, nel caso dei beni dei grandi seminari. Saleilles tenta *in extremis* di salvarli. Alla luce dell'enciclica,

Il riconoscimento statutario dell'autorità del vescovo rappresenterebbe una negazione della essenza dell'associazione, e cioè dell'indipendenza degli associati, laddove, al contrario, una serie di norme garantiscono piena autonomia decisionale alla assemblea generale della associazione, a prescindere dall'approvazione del vescovo.

Tuttavia, l'apparente contraddizione tra canonicità e legalità può essere sdrammatizzata, con riguardo al profilo della soggezione a una autorità esterna, avendo riguardo a quanto avviene, in generale, per le associazioni riconosciute di pubblica utilità. Esse, pur essendo sottoposte a un controllo di carattere amministrativo, traggono origine da un contratto, e cioè da un accordo di natura privata con il quale gli associati si legano in vista del perseguimento di un fine comune, con i mezzi e le modalità stabilite nello statuto. Tra questi è possibile prevedere anche il ricorso all'intervento di un potere esterno all'associazione. Una clausola di questo tipo non è in contraddizione con la nozione di associazione in quanto gli associati, aderendo allo statuto, non contrattano con una autorità esterna, agendo da mandatari, ma con gli altri associati, accettando la

---

l'unica soluzione possibile appare la creazione di canoniche legali capaci di riceverli. A tal fine invia al Segretario di Stato, Merry del Val, una memoria scritta per l'Arcivescovo di Rouen, nella quale sostiene la possibilità di attribuire i beni dei grandi seminari a delle canoniche legali, costituite secondo la legge del 1901, sulle quali l'enciclica non prende posizione. A giudizio di Merry del Val, una simile ipotesi configura una interpretazione della enciclica, in quanto tale di esclusiva competenza del Sommo Pontefice. Contemporaneamente, il governo irrigidisce la propria posizione: Briand dichiara che i grandi seminari non possono dar vita ad associazioni del tipo di quelle previste dalla legge del 1901 senza contemporaneamente provvedere alla devoluzione dei beni e che un semplice gruppo di fatto, incaricato di gestire beni di culto, costituirebbe una associazione cultuale dissimulata. Nel fuoco della polemica, si arriva così all'assurdo di contraddirsi ribaltando le posizioni assunte in precedenza: infatti, se da principio si era negata la natura legale delle canoniche create dall'Arcivescovo di Besançon col pretesto che la soggezione all'autorità ecclesiastica toglieva ad esse quel contenuto di libertà indispensabile alla natura dell'associazione, si finiva poi col vedere una associazione dissimulata in un gruppo di persone nominate dal vescovo, dipendenti unicamente da lui e prive di un effettivo potere decisionale. Briand confondeva in tal modo, a fini strumentali, le associazioni cultuali con gli stabilimenti di culto, il che, paradossalmente, almeno dal punto di vista della autorità ecclesiastica, avrebbe tolto ogni ragion d'essere al conflitto. Si veda *infra* la lettera del 4 novembre 1906.

possibilità che determinati atti posti in essere dalla associazione debbano ricevere l'approvazione di una autorità esterna.

Ma quale può essere il significato del requisito della ortodossia in un sistema religioso che rifiuta l'idea stessa di associazione?

Risolutivo si rivela, in questo caso, il criterio della *affectation*. L'art. 4, facendo dipendere la validità della devoluzione dei beni dal requisito della ortodossia, ha ribadito che ogni associazione cultuale è dominata dalla *affectation* all'esercizio del culto per il quale è costituita. Lo spirito che aveva ispirato la legislazione concordataria sopravvive nel testo della nuova legge. Le disposizioni statutarie delle associazioni, infatti, devono piegarsi alle regole del culto per il cui esercizio si costituiscono. Ciò a maggior ragione in quanto tali associazioni ricevono un patrimonio già vincolato all'esercizio di un culto tradizionalmente e ufficialmente riconosciuto. Devolvere i beni delle vecchie *fabriques* alle associazioni conservando immutato il vincolo della destinazione significa riconoscere il potere episcopale, e cioè, in parole povere, accettare che i beni vengano affidati a un presbitero riconosciuto dal vescovo.

Il mantenimento dell'*affectation* implica pertanto che i beni ecclesiastici e gli edifici di culto siano messi a disposizione del potere episcopale alle condizioni stabilite dal culto cattolico allo scopo di salvaguardare l'indipendenza dell'autorità ecclesiastica. La legge non si preoccupa di risolvere l'apparente contraddizione tra le esigenze di una amministrazione patrimoniale sufficientemente autonoma e i diritti dell'autorità ecclesiastica. Preferendo non entrare nel merito, nel momento in cui sancisce la separazione, essa si accontenta di stabilire il principio della conformità della *affectation* alle regole del culto. Trattandosi di un culto fondato su una organizzazione gerarchica, retto da autorità che non è possibile ignorare pur togliendo loro ogni qualifica ufficiale, sarà a tali autorità che ci si dovrà rivolgere per verificare se l'*affectation* è mantenuta conformemente al servizio per il quale è stabilita. Conseguentemente, se le regole gerarchiche imposte da tali autorità esigono che taluni atti di amministrazione siano loro riservati, tali regole dovranno rientrare nel contenuto della *affectation*, la quale dovrà prevedere, come principio fondamentale, il rispetto dell'autorità dei capi spirituali legittimati a fissare le condizioni del culto e a sceglierne i ministri.

L'associazione sarà allora titolare di un diritto di proprietà il cui

esercizio è vincolato al perseguimento di uno scopo stabilito *ab origine*, trovandosi in una condizione analoga a quella di un soggetto beneficiario di una donazione modale, il quale non può fare un uso della proprietà contrario al vincolo di destinazione e cioè al contenuto del *modus* che la caratterizza. E ciò, in ipotesi, sino al punto di veder svanire, dato il tenore del vincolo modale, i benefici del legato o della donazione, riducendo il beneficiario alla stregua di un mero proprietario nominale. La centralità del concetto di *affectation* ripropone ancora una volta l'immagine di una associazione-fondazione, accreditando l'idea che le associazioni cultuali siano in realtà delle fondazioni private delle quali gli associati sarebbero dei semplici amministratori.

Tali argomenti vengono ripresi l'anno successivo nel saggio dedicato al regime giuridico della separazione. Il clima politico è radicalmente diverso: l'Enciclica *Gravissimo Officii* obbliga i cattolici ad ignorare la legge. I vescovi francesi, pur non convivendo le posizioni del Vaticano, hanno le mani legate. Il giurista non può far altro che prendere atto del sonno della ragione ripetendo sommessamente gli stessi argomenti, senza illudersi di riuscire a convincere.

L'occasione è data da una serie di conferenze organizzate dalla *Ecole de Hautes études sociales* sul tema incandescente della separazione. Saleilles viene invitato a parlare, per un desiderio di imparzialità, in quanto cattolico ed esponente di punta della cultura giuridica francese.

Il suo intervento ha luogo il 20 marzo del 1907 e segue di una settimana l'intervento di Léon Duguit dedicato all'applicazione del regime concordatario e ai preliminari della separazione (69).

---

(69) Ne dà notizia a Birot nella lettera del 25 febbraio 1907: « ce que nous ne savons pas faire, nos ennemis le feront pour nous. A force de nous battre, ils nous forceront bien à nous organiser. L'Eglise ne s'est jamais réformée que par ses adversaires; et c'est ce qui la rend immortelle. Si on la laissait libre et maïtresse, elle n'aurait pas un siècle d'existence. Son Maïtre lui envoie toujours quelques persécutions nouvelles qui fassent disparaître le vieux cadre pour aboutir à des résurrections successives. Et voilà pourquoi il a fallu transformer des fabriques en associations: mais on en a fait des associations qui se rapprochent autant que possible d'un établissement privé. C'était l'étape. Il faut maintenant que nous créions chez nous, il existe en Allemagne, l'établissement privé. Mais pour cela il faut une loi; et je m'y emploie de mon mieux. Je vais même faire le 20 Mars, à l'Ecole des Hautes Etudes sociales, là où parla Fogazzaro, une conférence sur la

Saleilles non intende formulare giudizi di carattere politico. Senza soffermarsi sulle *miettes d'histoire* della storia politica più trita, ritiene che lo scontro, nella sua durezza, potrà avere se non altro un effetto positivo: i contendenti si renderanno conto di non avere il diritto di ignorarsi

Saleilles fa precedere l'analisi strettamente giuridica da due osservazioni preliminari. La prima è rivolta alle frange più radicali del mondo politico francese e rappresenta una implicita approvazione del *modus operandi* del legislatore. Trattare con il Pontefice non significa, come sostengono alcuni, sottomettersi al volere di Roma o tornare al regime concordatario.

In realtà, occorre chiarire il significato della separazione e aver presente il ruolo del cattolicesimo in Francia. Volere la separazione significa semplicemente volere che la Chiesa cessi di essere una istituzione pubblica, più o meno collegata ai servizi generali che dipendono dallo Stato, per diventare una grande istituzione privata. Conseguentemente, i suoi ministri non formeranno più un corpo ufficiale riconosciuto come tale dalla legge dello Stato: solo questo è il significato della separazione.

Ma ciò non vuol dire che la Chiesa, divenuta istituzione privata, debba sfuggire ad una specifica regolamentazione legale per vivere secondo le norme del diritto comune. Chi sostiene una tesi del genere ha una visione distorta della realtà. Infatti, se per diritto comune si intende il diritto delle associazioni, è facile rendersi conto che si tratta di un diritto artificiale e insufficiente, se applicato a una collettività anonima, diffusa su tutto l'insieme del territorio.

L'associazione presuppone la presenza di un piccolo gruppo di associati mentre la massa dei cattolici, all'interno di una parrocchia, non potrà mai formare una congregazione chiusa comprendente solo

---

séparation religieuse, dans laquelle c'est surtout de cela que je traiterai. Cette conférence fait partie d'une série organisée … sur les Rapports de l'Eglise et de l'Etat dans les différents pays. On a gardé la France pour la fin, et on m'a offert de traiter le sujet, comme catholique, par besoin d'impartialité. J'avais d'abord refusé, ne sachant que dire dans le désarroi où nous sommes. Mais on m'a fait dire alors qu' on s'adressait n'importe à qui. J'ai donc cru qu' il était de mon devoir accepter, et vous jugez si je suis embarrassé, surtout depuis que tout espoir d'arrangement est à peu. Combien je serais heureux si (…) vous pouviez réaliser vos projets de voyager à Paris vers la date de ma conférence! Je ne saurais avoir de meilleur juge. Prévenez m'en, que je vous fasse avoir un billet ».

i membri che aderiscono formalmente all'associazione. L'associazione non sarà altro che un piccolo organo rappresentativo incaricato di vigilare sugli interessi patrimoniali di una collettività che la oltrepassa.

Il regime giuridico dell'associazione non può applicarsi a gruppi anonimi e mutevoli di individui, ed è impensabile che in un paese a maggioranza cattolica lo Stato si disinteressi alle sorti di una simile istituzione privata rinviandola semplicemente al diritto comune: non appena una istituzione privata assume i caratteri di una entità complessa, importante al punto da costituire un organismo influente agli occhi del potere politico, la collettività non può fingere di ignorarla. È ciò che accade nel settore dell'industria nazionale, la quale, pur essendo incontestabilmente una istituzione privata, subisce, data la sua importanza, interventi continui da parte dello Stato, volti a sottoporla ad una adeguata regolamentazione legale.

È questa la *ratio* della legge del 1905, il motivo che ha spinto lo Stato a prevedere una disciplina specifica per la Chiesa cattolica senza limitarsi a precipitarla nel vuoto della separazione. Tuttavia, siccome la Chiesa non è assimilabile in tutto e per tutto all'industria, legiferare su di essa espone al rischio di sollevare problemi di coscienza, dando vita a spaccature e a lacerazioni insanabili all'interno del paese.

Ciò spiega il riconoscimento dell'autorità del Pontefice in materia religiosa e quindi il principio di ortodossia dell'art. 4. Ammettere il ruolo della Santa Sede non significa riconoscerne la sovranità, ma semplicemente ammettere l'importanza di quello che Brunetière chiama il « fait pontifical » nella disciplina di tutta una serie di aspetti relativi alla pratica religiosa sui quali lo Stato non può avere voce in capitolo.

Ma Saleilles non esita a dimostrare la necessità della legge anche ai cattolici. La destra cattolica, contraria alla legge del 1905, si sarebbe accontentata di una disciplina scheletrica, che, riconoscendo la proprietà dei beni di culto in capo alla Chiesa, rinviasse per il resto al comune diritto di associazione.

Il modello è quello della legislazione anglosassone. La proprietà ecclesiastica à amministrata da dei fiduciari, i *trustees*, per conto della collettività anonima dei fedeli. I *trustees* sono tenuti ad amministrare conformemente alle regole dello statuto organico della

persona dissimulata, unica beneficiaria reale della amministrazione.

Tale era lo schema adottato in precedenza in Francia con le *fabriques*, i cui beni venivano amministrati dai *fabriciens* a vantaggio di una persona destinata a rimanere nell'ombra, la chiesa o la parrocchia.

Ma un semplice rinvio alla disciplina del diritto di associazione appare insufficiente, anche a prescindere dall'incompletezza di una normativa, quale quella della legge del 1901, lacunosa in quanto impedisce di ricevere per legato o per donazione e che necessita, dato il suo carattere di novità, di ricevere una adeguata elaborazione giurisprudenziale.

Il problema è un altro. Si tratta di sapere se, anche ammesso che le associazioni francesi dispongano delle facoltà riconosciute dal diritto anglosassone, si debba attribuire ad esse la proprietà delle chiese o delle cattedrali.

In questo caso, come è evidente, l'esempio inglese è fuorviante: la Francia non ha avuto un Enrico VIII, non ha subito una nazionalizzazione delle chiese del paese simile a quella che, dopo l'*Act of supremacy*, ha costretto i cattolici a costruirsi dal nulla edifici nuovi.

In Francia, non solo sarebbe insensato pensare di attribuire la proprietà delle grandi cattedrali ad associazioni private, ma sarebbe difficile ipotizzare una cessione della proprietà pubblica persino nel caso delle piccole chiese di campagna, le quali conservano una forte valenza identitaria, almeno dal punto di vista culturale, anche per i cittadini non cattolici.

Se il proprietario nominale rimane lo Stato o un ente pubblico e il godimento è attribuito ad una associazione privata, si pone il problema di scegliere a *quale* associazione attribuirlo nel caso in cui ve ne siano molteplici (70). Ciò spiega il riferimento alla gerarchia

(70) Del resto il rischio che gli stessi beni potessero essere reclamati da una molteplicità di associazioni non era affatto remoto. La stessa legge del 1905 conteneva una disposizione che aveva inquietato non poco gli ambienti cattolici. L'art. 8 disponeva infatti che, in caso di conflitto tra associazioni costituite per l'esercizio del medesimo culto, l'attribuzione dei beni « pourra être contesté devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux, le quel prononcera en tenant compte de toutes les circonstances de fait ».

e l'introduzione del requisito della ortodossia come criterio discretivo nel caso in cui più associazioni aspirino a vedersi riconosciuto il beneficio del godimento di un edificio di culto (71).

Dopo aver liquidato le questioni preliminari con lo *charme* argomentativo che lo caratterizza, Saleilles torna sulle questioni tecnico-giuridiche cui dà adito la legge del 1905.

Egli confessa di aver provato un'impressione di sgomento alla lettura del testo della legge. Ma, significativamente, tale reazione non deriva dalla presa d'atto della spoliazione, ovvero dell'effetto che, senza preoccuparsi di verificarne il fondamento giuridico, l'opinione pubblica cattolica contraria alla legge attribuiva automaticamente alla riforma. Esso deriva semmai dal timore che il riconoscimento di associazioni tra fedeli, per di più vincolate da un principio di ortodossia, possa fornire il pretesto, attraverso la predisposizione di una struttura di base, per la nascita di un partito cattolico; eventualità che Saleilles, a più riprese, paventa come uno dei pericoli peggiori per la sorte della religione cattolica in Francia (72). Tuttavia, superati i timori legati al rischio della comparsa di un partito

---

(71) *Op. cit.*, p. 10 e s.

(72) È un argomento sul quale torna in più occasioni e che appare decisivo per comprendere le sue convinzioni politiche e la sua idea dei rapporti tra politica e religione: « lorsque, pour la première fois, je lus le texte de la loi de 1905, j'eus un moment d'effroi. Je voyais se dresser dans l'avenir la chose du monde qui m'effraie le plus pour le sort de mon Eglise. J'eus la vision du parti catholique désormais créé, constitué, organisé, par la loi elle-même. Songez donc! On offrait aux catholiques des cadres d'associations en quelque sorte tracés par la loi. Et ces associations pouvaient être aussi larges que possible. Elles étaient dominées, en outre, par une règle d'orthodoxie qui pouvait les mettre entièrement dans la main des chefs religieux du pays. C'était l'armée catholique qui se constituait pour la bataille politique. Et j'ai toujours été convaincu que, du moins pour la France, je ne parle pas de ce qui se passe ailleurs, les catholiques constitués en parti politique soulèveraient contre eux et contre la religion, je ne dis pas seulement tout ce qu' il y a d'adversaires irréductibles des idées religieuses, mais toute ce qu' il y a de libéraux sincères dans ce pays. La religion, qui a déjà eu tant à souffrir de la politique, subirait, à plus forte raison, le contre-coup de toutes les défaites du parti qui la représenterait. Qui sait même si ses victoires ne lui seraient pas encore plus fatales que ses défaites? Remercions le Pape Pie X d'avoir épargné ce malheur à la France. Il n'a pas voulu de parti catholique politiquement constitué en Italie. Il n'en veut pas davantage en France. Ce n'est ni le catholicisme, ni la France, qui peuvent avoir à s'en plaindre », *Le régime juridique*, cit., p. 16 e ss.

cattolico, il significato dell'opposizione avanzata dal Vaticano tra associazioni cultuali e associazioni canoniche gli risulta incomprensibile.

La legge del 1905 aveva infatti inteso introdurre un regime speciale, prevedendo delle associazioni privilegiate, dotate di una capacità giuridica più ampia rispetto alle associazioni di diritto comune, e caratterizzate dal vincolo dell'ortodossia. La confusione apparente tra diritto e teologia è frutto di un malinteso che nasconde una realtà ben diversa: il tentativo di giustificare giuridicamente una posizione tutta politica, sopravvalutando un effetto traslativo che, in concreto, lascia immutata la situazione precedente.

Il trasferimento della proprietà dei beni di culto in capo agli associati era considerato pericoloso in quanto suscettibile di dar vita a conflitti in conseguenza della possibile violazione del vincolo di destinazione. L'art. 4, « une de ces formules abstraites qui sont chères aux juristes mais qui effraient toujours un peu les profanes », pur riconoscendo implicitamente il ruolo dell'autorità ecclesiastica, non bastava: nel clima di contrapposizione frontale che opponeva i cattolici francesi alla Repubblica radicale, i primi erano ben poco inclini a dar fiducia alle astrazioni giuridiche. Nel fuoco delle polemiche, la fredda lucidità necessaria all'analisi giuridica era messa fuori gioco. Ma il ritorno alla situazione di diritto comune, conseguenza del rifiuto della legge del 1905 e della successiva legge del 2 gennaio 1907, dà vita a una situazione doppiamente anarchica.

Anarchia per il paese perché sostituisce il regime della separazione con un regime concordatario moltiplicato all'ennesima potenza: il godimento dei beni ecclesiastici sarà disciplinato da piccoli trattati di pace conclusi, di volta in volta, tra il sindaco e il curato, da qualcosa come quarantamila concordati invece che da un unico concordato concluso una volta per tutte tra il governo francese e il Vaticano; il riconoscimento definitivo della proprietà degli edifici di culto in capo agli enti pubblici contemporaneamente al mantenimento del vincolo di destinazione, al di fuori della disciplina della legge del 1905, dà vita a una situazione giuridicamente contraddittoria: a una proprietà apparentemente piena corrisponde un vincolo di destinazione che ha l'effetto di paralizzarla svuotandola di contenuto.

Anarchia per la Chiesa perché il ministro di culto ignora il contenuto e l'estensione dei suoi diritti, a cominciare dall'entità dei suoi poteri di amministrazione e non vi è distinzione tra il patrimonio del ministro e il patrimonio destinato al culto, con prevedibili effetti negativi sul piano del finanziamento e della raccolta dei fondi destinati alla pratica religiosa.

Il superamento di una simile condizione di anarchia presuppone il recupero dell'espediente della personalità giuridica. Tuttavia, il conflitto suscitato dalla legge del 1905, al di là dei suoi eccessi, mostra qual è la strada da seguire. Se l'associazione, per la libertà che le è propria, si rivela uno schema giuridico difficilmente applicabile alla Chiesa cattolica, non resta che lo strumento della fondazione. Occorre attribuire la personalità giuridica allo stabilimento destinato al culto, sulla falsariga di quanto avveniva in precedenza con il regime delle *fabriques*. Queste erano però, sotto il concordato, stabilimenti di diritto pubblico. A seguito della separazione l'unica soluzione possibile è ricostituire le vecchie *fabriques* come stabilimenti di diritto privato (73).

Saleilles ha in mente le fondazioni private del diritto tedesco di cui più volte si è occupato nel corso delle sue lunghe scorribande attraverso la giurisprudenza d'oltre Reno. La fondazione è divenuta ben presto uno dei suoi cavalli di battaglia, come testimoniano i suoi contributi in materia alla *Société d'études législatives*.

Egli sa bene che la fondazione, persona giuridica dotata di un

---

(73) È quanto scrive all'abbé Birot in una lettera del 25 febbraio 1907, parlando del suo commento all'articolo di Hauriou: « moi, ce que je tiens à vous dire, afin de bien vous livrer mes idées de derrière la tête, c'est que, si j'ai écrit ce petit article, qui n'a, à l'apparence, qu' une valeur rétrospective, c'est que je voulais préparer les esprit à une autre solution, qui me paraît devoir être celle de l'avenir, celle tirée de la fondation privée et de l'établissement privé. Il n'y avait qu' une chose à faire, pour que tout fût acceptable, garder les fabriques comme établissements privés sans en faire des associations.Malheureusement, c'est un type juridique qui n'existe pas chez nous. Nous n'avons que des établissements publics ou d'utilité publique. Ainsi un hôpital fondé par un particulier peut bien exister à titre d'établissement d'utilité publique, s'il est reconnu comme tel; il ne peut exister comme établissement privé et fondation privée. Il faut que tout soit référé à l'Etat, puis abandonné », in *Archives Municipales d'Hazebrouck*, *Fonds d'Archives Lemire-Arbelet*. Si noti, tra l'altro, la perfetta somiglianza tra l'ultima affermazione di Saleilles e la già citata affermazione dell'abbé Lemire: « il n'y a pas de lit où l'association puisse se coucher si l'Etat l'abandonne ».

patrimonio vincolato gestito da fiduciari in vista del perseguimento dei fini statutari, è sconosciuta al diritto francese: in Francia, la concessione della personalità giuridica, al di fuori dell'ipotesi delle associazioni, è condizionata al riconoscimento della pubblica utilità.

Ecco il punto di approdo obbligato del lungo travaglio giuridico-politico che ha accompagnato la separazione tra lo Stato e la Chiesa e la ricerca di una regolamentazione giuridica adeguata per l'esercizio della religione cattolica (74):

voilà donc la troisième loi qui nous reste à faire, celle qui rétablira les fabriques comme établissements privés, non pas en faisant à l'Eglise et aux fabriques une situation privilégiée, mais en inaugurant en France le régime de droit commun des fondations, comme la loi de 1901 a établi enfin le régime de droit commun des associations. Faut-il donc désespérer de voir

(74) Saleilles vive intensamente il dramma del cattolicesimo francese. L'impegno e la tensione nervosa lo provano profondamente. A pochi giorni di distanza dalla conferenza alla *Ecole de Hautes Etudes*, è colto da una crisi di neurastenia. Il 31 marzo indirizza a Birot un breve resoconto della conferenza, nel quale esprime la sua soddisfazione per aver potuto mostrare quella che secondo lui è l'unica via davvero percorribile per risollevare le sorti del cattolicesimo francese: « je vous répond de mon lit de maladie. J'ai été repris, la veille des Rameaux, d'une crise de neurasthénie comme je n'en avais pas eue depuis deux ans. C'est à peine si, depuis hier, je deviens capable de lire quelques lignes ou d'en gribouiller quelques unes. Comme toute cela est très intense, je garde l'espoir, avec mon optimisme habituel, que l'épreuve en sera plus courte. Mais, pour le moment, je suis encore bien las, bien à plat, incapable du moindre effort. Il est vrai que je n'ai à en prendre qu' à moi-même; car tout cet hiver j'ai vécu d'un surmenage aigü. Mais, j'allais si bien que j'étais incapable de me refuser non seulement aux besognes indispensables, mais aussi à toutes les besognes supplémentaires qu' on demandait de moi. Je le fais maintenant. Et cependant j'étais loin de prévoir, lorsque je fis ma conférence, que j'étais à la veille d'une rechute. Car j'étais vraiment, malgré ma nouvelle atteinte de grippe, en possession de tous mes moyens. J'avais beaucoup de monde (…). Mes amis députés avaient cependant manqué, à cause des papiers Montagnini qui se discutaient ce jour-là. J'aurai du moins la consolation d'avoir ouvert une voie nouvelle, et peut-être indiqué un expédient à tenter. Mais que nous sommes loin de la paix rêvée! (…). De plus en plus, il faut se dégager des hommes, pour ne voir que le Christ invisible présent et vivant dans l'Eglise. Si les catholiques en arrivaient à se faire du Christianisme cette vue supérieure, tout le problème religieux serait vite réglé. Mais que nous en sommes loin hélas! Pour quelques hommes de Dieu comme vous qui voient le catholicisme de ce point de vue, que de paganisme et de sectarisme dans le monde et dans le clergé! ». Lettera del 25 febbraio 1907.

cette liberté nouvelle surgir dans ce pays, qui semble n'avoir qu' une défiance au cœur, la défiance des libres initiatives? Quant à moi, je ne désespère pas. Ce sera la troisième ou la quatrième liberté publique que nous devons à l'Eglise. Nous lui devons presque le droit d'association, la loi de 1901 ayant été faite un peu, et peut-être surtout, en vue de préparer la séparation. En tout cas, nous lui devons certainement un régime de capacité élargie pour les associations (loi de 1905). Nous allons lui devoir un élargissement du droit de réunion. Nous avons failli lui devoir une application singulièrement hardie de la stipulation pour autrui, sous forme de contrat au profit des curés successifs. Pourquoi ne lui devrions-nous pas bientôt une loi qui établirait le droit commun des fondations? Nous avons vraiment besoin de cette personne réactionnaire que l'on dit être l'Eglise catholique, pour pratiquer une poussée et ouvrir des brèches dans ce vieux code civil de 1804, qui est presque doublement centenaire dans un temps où tout va si vite (75).

Forte di questa convinzione e certo che i tempi siano ormai maturi per la reintroduzione della fondazione di diritto privato all'interno dell'ordinamento francese, Saleilles si mette al lavoro per elaborare un progetto di legge da discutere di fronte alla *Société d'études législatives*.

2.3. *L'elaborazione dei progetti di legge in materia di fondazione.*

La battaglia che si combatte in seno alla *Société d'études législatives* intorno alla opportunità o meno di reintrodurre in Francia la fondazione di diritto privato meriterebbe, essa sola, una apposita ricerca di carattere storiografico. Si tratta infatti di una vicenda altamente espressiva della mentalità e della cultura giuridica dell'*Hexagone*, ne svela la natura profonda, i punti di forza, le idiosincrasie.

Allo stesso tempo, essa offre una sintesi perfetta del *modus operandi* di Saleilles. Vi troviamo presenti, in dose massiccia, tutti gli ingredienti della *méthode historique*: l'impiego strumentale della ricerca storiografica; l'appello alla comparazione, nel senso già visto della « science nationale du droit comparé » (in questo caso, addirittura, con la chiamata in causa di due pesi massimi della scienza giuridica europea); infine, la percezione, pur in presenza di una forte

(75) *Le Régime juridique de la séparation*, cit., p. 21 e s.

sensibilità storicistica, della necessità della *loi* come strumento indispensabile di progresso giuridico e quindi la convinzione che lo sviluppo dell'ordinamento non possa fare a meno del momento della riforma legislativa, sia pure controllata, diretta e, per così dire, filtrata, da meccanismi di produzione di carattere sapienziale.

2.3.1 *Il* Rapport préliminaire *ovvero la comparazione al servizio della causa della fondazione.*

I saggi dedicati al tema della fondazione di diritto privato sono tutti racchiusi nel triennio 1906-1909 (76). Ciò è un'ulteriore conferma del legame esistente tra il rinnovato interesse per tale istituto e la crisi della separazione. La legge del 1905 e la introduzione delle *cultuelles* consente infatti di rompere un tabù profondamente radicato nella cultura giuridica francese e favorisce la ripresa del dibattito su un istituto che sembrava ormai un retaggio del passato. Non è un caso, quindi, se le pagine che il giurista di Beaune dedica a tale fattispecie rappresentano, qualitativamente e quantitativamente, la parte più significativa della sua attività in seno alla *Société d'études législatives.*

La relazione di Saleilles prende le mosse, com'è ovvio, dall'ana-

---

(76) Gli interventi di Saleilles sul tema della fondazione sono, in ordine cronologico, i seguenti: *Rapport préliminaire présenté à la Commission nommé par la Société d'études législatives pour l'étude de la question des fondations*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, V, 1906, pp. 467-493; *Questionnaire préparé en vue de l'ordre du jour d'une séance de la Commission des fondations*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, VI, 1907, pp. 237-239; *Lettre à M. le président de la Commission des fondations (31 janvier 1908)*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, VII, 1908, pp. 188-191; *Rapport préliminaire présenté à la Société d'études législatives sur le projet relatif aux fondations (conditions de constitution et de capacité des fondations)*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, VII, 1908, pp. 357-417; *Annexe au rapport préliminaire sur les fondations*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, VIII, 1909, pp. 75-80; *Observations dans la discussion de la Société d'études législatives sur la législation des fondations*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, VIII, 1909, pp. 66-71, p. 108, pp. 109-118, pp. 124-134, pp. 135-137, pp. 139-143, pp. 149-156, pp. 158-159, p. 241, pp. 242-246, p. 248, pp. 252-264, pp. 311-341; *Note sur les fondations*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, VIII, 1909, pp. 161-172; *Rapport sur la partie administrative du projet sur les fondations*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, VIII, 1909, pp. 188-234. A questi contributi si deve aggiungere il già citato saggio sul tema delle *piae causae* nel diritto giustinianeo.

lisi della nozione di fondazione, e in particolare dalla distinzione tra fondazione diretta e indiretta. In senso strettamente giuridico, la fondazione assume la veste di un istituto autonomo solo quando si presenta come una fondazione diretta, quando cioè la proprietà, attraverso un semplice atto di volontà del fondatore, acquista il carattere di un patrimonio indipendente, dotato di personalità e gravato da uno speciale vincolo di destinazione. La fondazione indiretta è ammissibile, secondo il diritto francese, nella forma di una donazione o di un legato *sub modo* a vantaggio di una persona giuridica preesistente.

La fondazione diretta, costituita per atto *inter vivos*, è una fondazione di diritto pubblico, non è cioè una figura giuridica autonoma, creata attraverso la semplice manifestazione di volontà del fondatore, ma deriva da una concessione statuale. La volontà di dar vita a un patrimonio indipendente gravato da un vincolo di destinazione non è sufficiente a creare una fondazione ma è necessario ottenere il riconoscimento di pubblica utilità. Il fondatore deve creare l'organo materiale destinato al funzionamento della fondazione e chiedere il riconoscimento di pubblica utilità, ottenuto il quale, la fondazione diventa un « rouage d'Etat », opera sotto il controllo e la tutela dell'amministrazione, perdendo l'originaria veste privatistica: « aussi est-il vrai de dire qu' à ce point de vue la fondation par acte entre vifs n'existe pas à titre distinct, et comme fondation privée, en droit français. Elle se confond avec la reconnaissance d'utilité publique attribuée à un organisme préexistant, avec affectation d'une masse patrimoniale qui en soit la dotation » (77).

Al contrario, la fondazione testamentaria diretta è in ogni caso illegittima. Ciò perché l'unico procedimento ammissibile per dar vita a una fondazione *inter vivos*, cioè la creazione di uno istituzione di pubblica utilità, presuppone la presenza del fondatore e non è quindi possibile per atto di ultima volontà.

Inoltre, l'eventuale disposizione con la quale il *de cuius* impone la creazione di una fondazione attraverso un legato *sub modo* a vantaggio di un privato è del pari nulla dal momento che il legatario,

---

(77) *Rapport préliminaire*, cit., p. 471.

dovendosi spogliare della totalità dei beni conferitigli, non sarebbe altro che un esecutore testamentario o un fedecommissario, se non addirittura il mero rappresentante di una persona giuridica futura, inesistente in fatto e in diritto al momento dell'apertura della successione.

La rigidità del sistema è stata in parte attenuata dalla giurisprudenza, la quale ha ammesso la possibilità che una persona fisica possa essere nominata legatario al solo scopo di devolvere i beni oggetto del legato alla creazione di un'opera destinata ad ottenere il riconoscimento di pubblica utilità. Il legatario persona fisica svolge così, nella pratica della *Cour de cassation*, il medesimo ruolo svolto dalla persona giuridica di diritto pubblico nella pratica del *Conseil d'Etat*.

Pur trattandosi in realtà di un mero esecutore testamentario, incaricato di realizzare l'opera indicata dal *de cuius* e di ottenere il riconoscimento di pubblica utilità, la *Cour de cassation*, come vedremo subito, ritiene valida la clausola istitutiva del legato, affermando che essa non viola il divieto di sostituzione fedecommissaria né le regole sull'interposizione di persona. Viene così ammessa la possibilità di dar vita a una fondazione testamentaria diretta tramite la creazione di una istituzione di pubblica utilità da parte di un legatario, il quale svolge in realtà la funzione di un mero esecutore testamentario.

Allo stesso tempo, la giurisprudenza è intervenuta nel tentativo di ridimensionare l'impronta pubblicistica della fondazione diretta, tentando di aggirare l'obbligo del riconoscimento di pubblica utilità il quale, oltre a essere difficile da ottenere, comporta l'assorbimento della fondazione negli ingranaggi dell'amministrazione. Si è così cercato di garantire l'indipendenza del patrimonio e la perpetuità della fondazione costruendo figure ibride, a metà strada tra la fondazione e l'associazione, sotto forma di società organizzate a partire da uno statuto fissato dal fondatore, nelle quali gli associati sono in realtà gestori di un patrimonio gravato da un vincolo di destinazione. Si tratta però di soluzioni fragili e tutt'altro che consolidate, che cercano di aggirare, senza riuscire ad accantonarlo definitivamente, il dogma francese in materia, ovvero la « négation de toute fondation directe par acte juridique individuel ».

Al fine di persuadere i suoi colleghi della necessità di superare

tale dogma reintroducendo la fondazione all'interno dell'ordinamento francese, Saleilles fa ricorso al diritto comparato, presentando i modelli normativi esistenti nei principali sistemi giuridici europei (78). Si tratta, come abbiamo anticipato, di una delle più chiare manifestazioni della funzione di progettazione legislativa tipica del diritto comparato inteso come « science nationale du droit comparé ».

Nel modello tedesco, la fondazione si realizza direttamente per atto giuridico, detto *Stiftungsgeschäft* (79). È dunque la volontà pura e semplice del fondatore contenuta in un atto privato, *inter vivos* o *mortis causa*, a creare la personalità giuridica e a fare della fondazione un essere ideale dotato di un patrimonio indipendente gestito da amministratori a ciò specificamente preposti. La necessità dell'autorizzazione amministrativa è irrilevante in quanto non è essa a dar vita alla personalità, la quale ha la sua fonte esclusiva nell'atto privato di fondazione. Il sistema tedesco parte dal presupposto che un proprietario, legittimato a disporre liberamente dei propri beni a vantaggio di un singolo, deve, a maggior ragione, essere in grado di disporne a vantaggio di un'opera di interesse collettivo e di utilità generale. Non vi è perciò, né in fatto né in diritto, alcun ostacolo alla possibilità di separare dall'insieme del patrimonio una piccola massa di beni destinati a formare un patrimonio indipendente, gravato da uno speciale vincolo di destinazione. La facoltà di creare un patrimonio separato destinando determinati beni a un'opera di interesse collettivo è espressione della autonomia privata e, analogamente alla facoltà di disporre a titolo gratuito a favore di un singolo, rientra a pieno titolo nella nozione di *Rechtsfähigkeit*.

In sostanza, nell'ordinamento tedesco, la fondazione non è un

---

(78) Per un approccio comparatistico al tema della fondazione, si veda il contributo di A. D'Emilia, *Per una comparazione fra le* Piae Causae *nel diritto canonico, il* Charitable Trust *nel diritto inglese e il* Waqf Khairi *nel diritto musulmano*, in *Atti del primo convegno nazionale di studi giuridico-comparativi*, Roma, 1953, pp. 187-230.

(79) Il paragrafo 81 del Bgb stabilisce che: « Das Stiftungsgeschäft unter Lebenden bedarf der schriftlichen Form. Es muss die verbindliche Erklärung des Stifters enthalten, ein Vermögen zur Erfüllung eines von ihm vorgegebenen Zweckes zu widmen. Durch das Stiftungsgeschäft muss die Stiftung eine Satzung erhalten mit Regelungen über 1) den Namen der Stiftung; 2) den Sitz der Stiftung; 3) den Zweck der Stiftung; 3) das Vermögen der Stiftung; 4) die Bildung des Vorstands der Stiftung ».

istituto di diritto pubblico ma è un'opera privata e puramente individuale. Non vi è, in tale sistema, la contraddizione rilevata in Francia, dai fautori della fondazione amministrativa, tra la natura privatistica dell'istituto e l'esigenza di riconoscere determinate prerogative allo Stato, segnatamente al momento della creazione, della modifica o della soppressione della fondazione. Data la natura di opera di interesse collettivo a carattere perpetuo, il diritto tedesco riconosce espressamente la necessità di un controllo da parte dell'amministrazione, sia in fase iniziale, attraverso l'autorizzazione dell'atto di fondazione, sia in seguito, prevedendo una specifica autorità di sorveglianza incaricata di apportare tutte le modifiche necessarie per garantire il perseguimento del fine statutario. Ma ciò non è sufficiente per togliere ad essa il carattere di creazione della volontà individuale.

Si tratta di un profilo di estrema importanza, sul quale Saleilles si sofferma a ragion veduta, ben sapendo come i fautori del sistema francese facciano leva sul ruolo riconosciuto dalla legge tedesca alla amministrazione, sulla « Anerkennung durch die zuständige Behörde des Landes » come condizione della « Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung », per negare l'originalità di tale soluzione, ritenendo la *Stiftung* una figura analoga alla fondazione di diritto amministrativo.

Saleilles dimostra invcece che il sistema tedesco differisce profondamente dal sistema francese della fondazione di diritto pubblico. In primo luogo, in termini strettamente giuridici, si può sostenere che la personalità e la capacità della fondazione siano effetti immediatamente riconducibili allo *Stiftungsgeschäft*, rispetto al quale l'autorizzazione amministrativa non è altro che un requisito formale, al pari della dichiarazione mediante iscrizione nei pubblici registri prevista in Francia in materia di associazioni.

In secondo luogo, l'autorizzazione amministrativa potrebbe essere concessa una volta verificata l'esistenza dello *Stiftungsgeschäft*, e verificato il carattere socialmente utile dell'iniziativa, senza che vi sia necessità di attendere la creazione di un organismo materiale destinato ad ottenere il riconoscimento di pubblica utilità. Ciò consente di autorizzare la creazione di una fondazione anche nei casi in cui manchi l'organo materiale destinato ad ottenere il riconoscimento di pubblica utilità e la fondazione si risolva nella costituzione di un

patrimonio separato gravato da un vincolo di destinazione (come ad esempio nel caso di una fondazione incaricata di erogare borse di studio).

In terzo luogo, vi è una differenza fondamentale tra il riconoscimento di pubblica utilità e la « Anerkennung durch die zuständige Behörde des Landes ». Il primo implica che lo Stato faccia propria l'iniziativa del fondatore, inserendola negli ingranaggi dell'amministrazione, il che avviene di rado e solo nel caso di opere di una certa importanza; la seconda, al contrario, lungi dal fare della fondazione una creazione dello Stato riducendola alla stregua di un frammento dell'amministrazione, ne salvaguarda il carattere privato e individuale, essendo una semplice misura di controllo. Infine, il fatto di riconoscere agli amministratori la possibilità di modificare lo statuto non è sufficiente a ridurre la fondazione al ruolo di una comune associazione, poiché gli organi a ciò preposti — il consiglio di direzione e l'autorità di sorveglianza — possono utilizzare tale facoltà solo nei limiti strettamente necessari a garantire il perseguimento del fine fissato dal fondatore.

Il modello inglese rappresenta una via di mezzo tra il modello statualista e il modello pienamente individualista, una sorta di compromesso reso possibile dalle peculiarità della tradizione giuridica di *common law.* Il compromesso consiste nell'automatico riconoscimento della personalità a vantaggio di particolari categorie di associazioni o di collettività predeteminate dalla legge. Al posto di una concessione individuale, relativa a ogni singola fattispecie, la legge stabilisce in anticipo la capacità giuridica di una particolare istituzione, come avviene in Francia nel caso delle società di commercio e, a partire dagli anni Ottanta, delle organizzazioni sindacali.

Le fondazioni, nel sistema inglese, hanno pertanto natura privatistica, sono un'opera di carattere individuale, realizzata attraverso procedimenti e tecniche di diritto civile consistenti, in sostanza, nel conferimento di una massa patrimoniale nelle mani di appositi fedecommissari, i *trustees*, incaricati di gestirla in conformità al fine statutario. Ma, in base alle leggi contro la manomorta, la nomina dei *trustees* è considerata valida solo qualora avvenga in relazione a opere di beneficienza, qualificate come *charities*. Ne deriva che la legge riconosce in anticipo la validità di qualsiasi fondazione privata alla sola condizione che rientri nel *genus* delle *charities*. Nell'ambito delle fon-

dazioni di beneficienza la volontà individuale conserva la sua piena autonomia mentre l'unico limite è rappresentato dalla presenza di una autorità di controllo, di una commissione che rappresenta l'amministrazione, denominata *Commission of charity*. I *commissioners of charity* devono approvare la nomina dei *trustees* fatta dal testatore o, in mancanza di nomina, devono provvedere essi stessi a designare gli amministratori fiduciari, incaricati della gestione dei beni.

D'altra parte, la limitazione della legittimità delle fondazioni alle sole *charities* non si è rivelata un ostacolo in quanto, soprattutto grazie all'opera della giurisprudenza, il concetto di beneficenza è stato esteso sino a ricomprendere la quasi totalità delle iniziative private riconducibili al *genus* fondazione. Qualora manchi un preciso interesse collettivo, la fondazione risulta illegittima, ma è non di meno possibile aggirare l'ostacolo attraverso il conferimento di una somma di denaro a degli esecutori testamentari con l'obbligo contestuale di provvedere alla creazione di una associazione. Il sistema inglese ammette sotto l'etichetta di *charity* ogni tipo di fondazione, per quanto fragile sia l'utilità sociale avuta di mira, facendo salva, nei casi residui, la strada della creazione *mortis causa* di una associazione. I risultati finali sono simili a quelli raggiunti dal sistema tedesco, ciò che differisce è il principio iniziale.

Al di là delle specificità intrinseche di tale modello, retaggio della tradizione di *common law*, Saleilles ritiene la via inglese poco percorribile, dal momento che la previsione *una tantum* di una categoria sostanzialmente onnicomprensiva è incompatibile con la mentalità dirigistica radicata nella cultura politico-giuridica francese (80).

---

(80) « Si votre Commission jugeait à propos de se rattacher comme système, à la conception anglaise, il vous serait à peu près impossible d'en accepter les résultats effectifs et qu' il vous faudrait, pour aboutir à un système qui réponde à vos intentions préservatrices, en restreindre singulièrement le principe. Il vous faudrait uniquement en extraire cette idée et cette formule que la fondation n'est autorisée par avance que d'après son objet nettement précisé…Mais, cet objet, il vous serait presque impossible de l'entendre au sens large du droit anglais. Car ce seraient toutes les fondations qui risqueraient d'y passer; et cela, par hypothèse, vous ne le voudriez pas, puisque, si vous le vouliez, autant vaudrait accepter nettement le système allemand, sans vous retrancher dans la sécurité de petits compartiments distincts. Sans doute, vous admettriez les fondations charitables, mais à la condition d'entendre le mot au sens le plus étroit; et alors comment arriver sur ce point à une définition précise qui puisse écarter tous les

Il modello di riferimento resta perciò quello tedesco nel quale l'amministrazione, pur non creando direttamente la fondazione, conserva un potere di controllo in relazione a ciascun atto privato di creazione.

Il cenno alle fondazioni religiose non è casuale e dimostra ancora una volta come il tema del diritto di associazione e della fondazione di diritto privato si ponga al centro del complesso e arroventato dibattito politico dell'epoca, caricando opzioni apparentemente solo tecnico-giuridiche di un valore simbolico inedito.

Nella pratica inglese la fondazione religiosa è una fondazione privata del tutto lecita, e la proprietà ecclesiastica, per le chiese in regime di separazione, è concepita non tanto come la proprietà di una associazione, appartenente collettivamente a dei fiduciari, ma come la proprietà di una fondazione, caratterizzata da un vincolo irrevocabile di destinazione, rappresentato dall'esercizio di un culto disciplinato da regole proprie, indipendenti dalle decisioni prese dagli amministratori dei beni. Un identico risultato potrebbe essere raggiunto, in Francia, solo trasformando gli stabilimenti ecclesiastici in stabilimenti di pubblica utilità, creando cioè delle fondazioni religiose di diritto amministrativo, ma ciò è del tutto incompatibile con il regime di separazione vigente a partire dal 1905.

Perciò, non potendo rinviare la disciplina della materia al regime della proprietà individuale, dati i profili di perpetuità che caratterizzano la proprietà dei beni ecclesiastici, si è stati costretti a ricorrere al diritto di associazione, il che ha prodotto un risultato ambiguo e non ha tolto di mezzo le polemiche. Gli associati, cessando di essere dei semplici amministratori, come erano in precedenza i membri del con-

---

doutes? Vous admettriez, sans doute, les fondations scientifiques; mais vous y feriez difficilement rentrer les fondations scolaires, puisque, dans notre régime politique, ce sont celles que l'on tient avant tout à contrôler et à surveiller de près. Et, enfin, il est probable que vous n'appliqueriez pas indifféremment votre définition à toutes les fondations religieuses, puisque, plus encore que les fondations scolaires, elles touchent au domaine politique. Alors, comment arriver à tracer nettement les lignes de démarcation entre toutes ces catégories légales? Ne semble-t-il pas plus simple et plus sûr, si l'on craint de voir surgir tout un groupe de fondations pour lesquelles on veuille d'un certain contrôle administratif, de permettre à l'administration d'intervenir à chaque création initiale, plutôt que de frapper d'ostracisme à l'avance et en bloc toute une catégorie ou plusieurs catégories de suspects? », *Rapport préliminaire*, cit., p. 490 e s.

siglio di fabbriceria, sono divenuti gli effettivi proprietari dei beni ecclesiastici, e ciò ha reso estremamente difficile delimitare i poteri degli associati in relazione alle necessità derivanti dal vincolo di destinazione. Il sistema inglese, separando l'organizzazione del culto dalla amministrazione patrimoniale e disciplinando il vincolo di destinazione sulla base delle sole regole del culto consente, attraverso l'istituzione di appositi *trustees*, di superare gli ostacoli e le contraddizioni presenti nell'ordinamento francese:

> avec l'idée de fondation privée, telle qu' elle existe en Angleterre, toute incompatibilité se trouverait disparaître entre un régime de séparation qui ramène les Eglises à l'application du droit privé, et le maintien d'affectations cultuelles, qui restent indépendantes des caprices de leurs administrateurs. L'affectation serait invariablement réglée par les règles du culte auquel les biens se trouveraient consacrés, l'affectataire serait désigné conformément à ces règles essentielles, et les administrateurs patrimoniaux ne seraient que des administrateurs, desquels il n'y eût jamais à craindre aucun empiétement de pouvoirs. Les deux domaines resteraient nettement séparés, d'un côté tout ce qui serait administration patrimoniale, et de l'autre tout ce qui serait organisation du culte; et, dans la mesure où les conditions d'exercice du culte exigeraient un contrôle sur l'administration elle-même de la part des ministres du culte, on ne pourrait plus dire, comme on l'a dit des associations, que cette ingérence étrangère viendrait ruiner le concept même d'associations: il n'y aurait plus association ([81]).

Questa, come sappiamo, è la strada imboccata dalla legge sulla separazione, almeno per quanto riguarda il rispetto del vincolo cultuale e delle regole dell'ortodossia. I membri della associazione cultuale non sono, è vero, meri amministratori, ma proprietari dei beni ecclesiastici. E tuttavia, il vincolo di destinazione è di tale intensità da privare di contenuto il diritto di proprietà ad essi riconosciuto riducendolo alla stregua di una amministrazione fiduciaria. È per questa ragione che Saleilles incita i suoi connazionali ad avere il coraggio di compiere un passo decisivo, reintroducendo la fondazione di diritto privato e considerando le *cultuelles* delle autentiche fondazioni. Ed è per la medesima ragione che, ai suoi occhi, la legge del 1905 rappresenta un decisivo passo avanti verso la riscoperta di tale istituto all'interno dell'ordinamento francese.

([81]) *Rapport préliminaire*, cit., p. 492 e s.

2.3.2. *Gli interventi* ad adiuvandum *di* Eugen Huber e di Otto von Gierke.

Il rapporto preliminare non lascia indifferenti i membri della Commissione. La fondazione di diritto privato è un tema incandescente, agita vecchi spettri, evoca spauracchi che si annidano da lungo tempo nella mentalità dei giuristi francesi.

Georges Teissier, nel già ricordato covegno organizzato dalla *Réforme sociale*, osserva: « la mainmorte? C'est un bien vieux mot et une bien vieille chose. Ce n'est même plus guère qu' un vieux mot, mais un de ces mots magiques, un de ces épouvantails dont la puissance verbale persiste quand les réalités qu' ils représentent ont perdu toute malfaisance et même toute importance » (82). A dispetto dei mutamenti radicali del sistema economico, la fondazione continua ad essere un « mot magique » evocatore, sinonimo di immobilismo e di privilegio.

I membri della Commissione, almeno i più scettici o timorosi, decidono di non attaccare nel merito la relazione di Saleilles nel tentativo di dimostrarne l'infondatezza teorica. Il giurista borgognone, grande fautore del diritto comparato, si muove con estrema naturalezza tra le legislazioni straniere, un terreno ostico, se non sconosciuto alla maggior parte dei suoi colleghi. Essi adottano perciò un'altra tattica, non meno insidiosa. Sollevano, per così dire, una eccezione pregiudiziale: non contestano la ricostruzione proposta da Saleilles ma sollevano il dubbio che la fondazione tedesca non sia altro che una creazione dei Pandettisti, una delle tante mirabili quanto inutili costruzioni teoriche elaborate dalla dottrina d'oltre Reno, « une pure création de théoriciens, de Juristes, qui avaient voulu essayer d'acclimater les idées de Savigny et celles de Brinz sur le *Gewerbsvermögen* ».

L'esperienza inglese, in quanto radicalmente altra, non viene nemmeno presa in considerazione.

La fondazione di diritto pubblico — si sostiene — è uno strumento in sé più che sufficiente mentre la *Stiftung* si rivela superflua se non addirittura pericolosa. Si osserva in particolare come non soltanto quest'ultima sia del tutto ignorata nei cantoni svizzeri influenzati dalla

---

(82) *Le droit d'association. Etudes, notes et rapports présentés au Congrès tenu à Paris le 25, 26 et 27 mai 1899*, cit., p. 18.

codificazione francese -nei quali esiste soltanto l'alternativa tra l'associazione e la fondazione di diritto pubblico- ma come persino nei cantoni tedeschi essa sia ormai un residuo del passato, incapace di rispondere alle esigenze di un paese democratico. Il fatto che essa sia stata recepita nel progetto dello ZGB viene ritenuto non un segno della effettiva esigenza di tale istituto ma una debolezza di Huber, l'ennesima manifestazione della sua germanofilia.

Saleilles obietta che la *Stiftung*, in realtà, è ben lungi dall'essere un reperto archeologico, che le fondazioni testamentarie sono in costante aumento nei paesi democratici e che lo scopo perseguito con la loro creazione non può essere soddisfatto con lo strumento associativo. E ricorda, a dimostrazione di ciò, il favore con il quale erano stati accolti gli articoli sulla *Stiftung* nelle diverse commissioni di revisione del progetto elaborato da Huber, anche da parte dei rappresentanti della Svizzera francese.

Ma i pregiudizi e le resistenze dovettero essere particolarmente forti se Saleilles, a un certo punto, si vide costretto a fare appello a tutte le sue risorse, offrendoci un saggio magistrale di « science nationale du droit comparé ». Questa, infatti, come qualsiasi altra forma di conoscenza, non è mai soltanto il risultato della lettura solitaria di opere di autori stranieri, ma nasce in primo luogo dalla conoscenza diretta e dallo scambio di idee. Non stupisce allora che, dovendo convincere i suoi connazionali della necessità di riscorpire un istituto che gli sta particolarmente a cuore, il giurista borgognone non esiti a giocare tutte le carte di cui dispone, mettendo a frutto il *réseau* di rapporti intessuto pazientemente nel corso degli anni (83).

A pochi giorni di distanza dalla presentazione del rapporto preliminare di fronte alla Commissione, si risolve perciò a scrivere a Huber. Nella lettera (84), datata 14 gennaio 1907, racconta le difficoltà incontrate in seno alla *Société*, chiede all'amico elvetico di inviargli « preuves et renseignements positifs » a sostegno della vitalità della *Stiftung* e domanda l'autorizzazione a publicare l'eventuale risposta su un numero del *Bulletin*.

---

(83) Abbiamo visto quale importanza Saleilles attrbuisca alle relazioni personali e l'entusiasmo con il quale comunica a Huber l'incontro con Gierke, avvenuto a Roma nel 1903, in occasione del Convegno sulle scienze storiche.

(84) La lettera è pubblicata in A. ARAGONESES, *Recht im fin de siècle*, cit., p. 140 e s.

La risposta di Huber giunge con una lettera datata 21 gennaio 1907, ed è seguita, qualche giorno dopo, da un'altra lettera di un personaggio particolarmente autorevole: Otto von Gierke (85).

Huber precisa subito che, data la complessità e la particolare frammentazione del sistema giuridico elvetico, è estremamente difficile fornire una statistica esatta concernente la diffusione della fondazione di diritto privato. Tuttavia, pur in assenza di dati certi, sottolinea come si tratti di un fenomeno comune ed estremamente diffuso. Esistono fondazioni di ogni tipo, aventi un oggetto caritatevole o filantropico, un oggetto assimilabile a quello di una comune associazione, o addirittura un oggetto di carattere ludico o vagamente sentimentale (l'esempio più curioso è quello di una fondazione bernese il cui scopo è riunire ogni anno un certo numero di persone, scelte secondo criteri predeterminati, per bere alla memoria del fondatore). Esse possono essere create sia per atto *inter vivos* che per atto *mortis causa* mentre l'amministrazione, a seconda delle preferenze del fondatore, può essere affidata esclusivamente a privati o può richiedere la partecipazione di determinate autorità pubbliche. In ogni caso, la fondazione è considerata un soggetto di diritto indipendente e perfettamente autonomo, e non si riduce mai a un patrimonio appartenente alla pubblica amministrazione e gravato da un vincolo di destinazione. Le finalità perseguite sono le più varie: creazione di ospedali, cliniche, case di riposo o di assistenza all'infanzia, istituti scolastici, erogazione di borse o di sovvenzioni a specifiche categorie di soggetti.

La conclusione di Huber non lascia adito a dubbi: « on doit reconnaître que les effets de cette liberté absolue en matière de fondations ont été extraordinairement avantageux…La possibilité juridique de faire du but de la fondation une institution autonome ayant son existance indépendante en elle-même opère comme une sorte de stimulant, qui suscite des affectations de patrimoines à des buts qui procurent une satisfaction au fondateur ou qui lui tiennent au coeur » (86).

Ancora più significativa la risposta inviata da Gierke con lettera

---

(85) Entrambe le lettere sono pubblicate nel *Bulletin de la Société d'études législatives*, VI, 1907, p. 66 e ss.

(86) *Ibidem*, p. 68.

del 29 gennaio 1907. Il giurista berlinese ripercorre la storia della fondazione nella vicenda giuridica tedesca mostrando come, anche in questo contesto, la separazione pratica e concettuale tra la nozione di fondazione di diritto privato e fondazione di diritto pubblico costituisca l'esito di un percorso lungo e particolarmente complesso. Il *Preussisches allgemeines Landrecht* considera ancora la fondazione alla stregua di un istituto di diritto pubblico. La nozione privatistica si afferma progressivamente, nel corso dell'Ottocento, e già prima dell'avvio dei lavori preparatori del BGB è ormai un dato acquisito che la *Stiftung*, sia che derivi da un atto *inter vivos* o da un atto *mortis causa*, è comunque una creazione di diritto privato. Il potere di autorizzazione riconosciuto allo Stato non è più un atto di creazione di diritto pubblico, ma è la semplice conferma di un preesistente atto di natura privata, ha cioè un mero valore ricognitivo. Ne deriva che lo Stato perde ogni potere di intervento sui meccanismi e sulle regole di funzionamento della fondazione, salvo il caso in cui tale intervento sia necessario per assicurare il raggiungimento dello *Stiftungszweck*. Il potere creativo si trasforma perciò in semplice potere di sorveglianza, nel quale rientra, in casi estremi, quando il perseguimento del fine statutario è divenuto eccessivamente difficoltoso o addirittura impossibile, la facoltà di modificare o di sopprimere la fondazione scongiurando il rischio della manomorta (87).

Gierke osserva come, al termine di una complessa vicenda storico-giuridica, la nozione di *Stiftung* sia ormai divenuta patrimonio comune: « l'idée de la fondation privée *a chez nous profondément pénétré dans les mœurs et les conceptions du pays*. Et, sur le terrain des faits, elle se manifeste aujourd'hui *par un développement et comme une floraison vraiment extraordinaire* ». Al punto che, citando le parole esatte utilizzate dai critici francesi, non esita a definire la

(87) Tale concezione verrà recepita nel paragrafo 87 del BGB: « ist die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden oder gefährdet sie das Gemeinwohl, so kann die zuständige Behörde der Stiftung eine andere Zweckbestimmung geben oder sie aufheben. Bei der Umwandlung des Zweckes soll der Wille des Stifters berücksichtigt werden, insbesondere soll dafür gesorgt werden, dass die Erträge des Stiftungsvermögens dem Personenkreis, dem sie zustatten kommen sollten, im Sinne des Stifters erhalten bleiben. Die Behörde kann die Verfassung der Stiftung ändern, soweit die Umwandlung des Zweckes es erfordert ».

Stiftung non solo un istituto utile e non pericoloso, ma anche, per molti versi, insostituibile: « notre fondation privée est donc loin d'être « une institution superflue et inutile ». Elle ne pourrait jamais trouver un équivalent suffisant dans le droit des associations et celui des établissements publics. Ce serait là pour nous des cadres trop étroits qui doivent garder leur domaine propre, mais qui ne sauraient jamais se substituer à celui de la fondation privée. Ils ne la remplaceraient pas. Mais si cette dernière est loin d'être pour nous une *institution inutile*, il s'en faut encore plus que nous la tenions pour *dangereuse* » (88).

Il celebre germanista, tuttavia, da perfetto conoscitore della cultura giuridica francese, non ignora l'ostilità con la quale, per ragioni storiche, essa guarda al fenomeno fondazione. E del resto essa traspare apertamente dalle espressioni utilizzate nella richiesta di consulenza inviatagli dalla Commissione.

La lettera si chiude perciò, significativamente, con una domanda estremamente eloquente. Gierke non ignora le difficoltà contro le quali deve scontrarsi Saleilles e prefigura uno scenario difficile e una strada tutta in salita per le sorti della fondazione in terra francese: « c'est ainsi que, du point de vue *allemand*, se trouvent complètement infirmées toutes les objections que l'on a faites, depuis le début du siècle dernier, à l'introduction de la fondation privée dans le droit *français*. Il est vrai qu' il y a peut-être à ce sujet une autre question, qui serait de savoir si l'esprit du droit français ne lui est pas contraire. La crainte de la mainmorte n'a-t-elle pas poussé chez vous des racines trop profondes pour qu' il puisse être possible d'admettre à cet égard une telle infraction? » (89).

2.3.3. *La tesi della regolamentazione giudiziale*: *il caso* Goncourt.

La domanda con cui si chiude l'intervento di Gierke tocca le corde più sensibili della mentalità giuridica francese. Il grande germanista, dicendo una cosa tutto sommato ovvia, porta involontariamente acqua al mulino dei detrattori della fondazione. Il rife-

(88) *Ibidem*, p. 74.
(89) *Ibidem*, p. 76.

rimento al *Geist* del diritto francese è infatti un argomento ambivalente e, qualora venga utilizzato contro la causa della fondazione, si rivela particolarmente difficile da superare.

Proprio il timore della manomorta sembra suggerire ad alcuni l'opportunità di una soluzione morbida, di carattere giurisprudenziale: lasciare ai giudici il compito di disciplinare la materia dando coerenza e stabilità a un orientamento ermeneutico già abbastanza consolidato, evitando prese di posizione di carattere legislativo. Si tratta di una delle obiezioni più insidiose emerse durante lo studio del tema di fronte alla Commissione, obiezione alla quale Saleilles si premura di rispondere con una nota apposita (90).

A sollevare la questione è Paul Grunebaum-Ballin, uno degli autori del saggio sulle fondazioni testamentarie pubblicato sulla *Revue trimestrielle* nel 1904 (91). Il giurista fa riferimento a due pronunce recenti, una delle quali particolarmente famosa, utilizzandole a sostegno della tesi della regolamentazione giurisprudenziale della materia. Il primo caso è quello della *Académie Goncourt*.

Edmond de Goncourt, animatore del *Grénier*, creatore della *société littéraire*, è una personalità illustre del mondo letterario francese di fine Ottocento. Dopo la sua morte, avvenuta nel 1896, il notaio convoca Alphonse Daudet e Léon Hennique, per comunicare loro il contenuto del testamento, risalente al 1892, il quale così recita: « je nomme pour exécuteur testamentaire mon ami Alphonse Daudet, à la charge pour lui de constituer dans l'année de mon décès, à perpétuité, une société littéraire dont la fondation a été, tout le temps de notre vie d'hommes de lettres, la pensée de mon frère et la mienne, et qui a pour objet la création d'un prix de 5000 F destiné à un ouvrage d'imagination en prose paru dans l'année, d'une rente annuelle de 6000 F au profit de chacun des membres de la société » (92).

Il testamento precisa che i membri dovranno riunirsi una volta

---

(90) *Note sur les fondations*, in *Bulletin de la société d'études législatives*, cit., pp. 161-172.

(91) Il saggio in realtà è scritto a quattro mani. Si veda H. Levy-Ullmann-P. Grunebaum-Ballin, *Essai sur les fondations par testament*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, III, 1904, p. 253 e ss.

(92) *Op. cit.*, p. 254.

al mese da novembre a maggio, e che il vincitore del premio dovrà essere scelto durante la cena di dicembre. Esso viene inoltre integrato da un codicillo del 23 maggio del 1893, secondo il quale: « pour que mon testament, dans son exécution, ne rencontre aucune difficulté ou empêchement légal, d'Alphonse Daudet et de Léon Hennique qui étaient mes exécuteurs testamentaires, je fais mes légataires universels de mes biens meubles et immeubles, à la condition par eux d'exécuter les dispositions contenues dans mon testament » (93).

Il testamento viene impugnato di fronte al Tribunale civile della Senna da alcuni eredi di Edmond de Goncourt. Il Tribunale, con sentenza del 5 agosto 1897, respinge il ricorso stabilendo la validità della fondazione istituita attraverso un legato *sub modo* con le seguenti motivazioni: i legatari universali, benché tenuti a devolvere la totalità del legato alla creazione della fondazione di cui devono assicurare il successo, non possono essere considerati semplici esecutori testamentari ma autentici legatari, titolari di una vocazione eventuale alla universalità della successione; non essendo gravati dall'obbligo di conservare e restituire i beni oggetto del legato, essi non possono essere assimilati a dei fedecommissari; non possono inoltre essere considerati semplici persone interposte incaricate di trasmettere i beni a un incapace: la fondazione, una volta creata, riceverà i beni direttamente dai legatari, divenuti proprietari, non essendo tale condizione né illecita né impossibile. Tale sentenza viene confermata dalla Corte di appello di Parigi.

Questa pronuncia non fa altro che consacrare la tendenza sempre più diffusa nella giurisprudenza civile nel corso della seconda metà dell'Ottocento a riconoscere validità ai procedimenti escogitati al fine di reintrodurre la fondazione testamentaria di diritto privato al di fuori di ogni ingerenza della amministrazione.

Il Consiglio di Stato riconosce sempre più spesso la legittimità della fondazione diretta *sub specie* di legato a persona giuridica futura, senza distinguere tra opere già create e opere da creare. La giurisprudenza amministrativa, applicando l'art. 906 del Codice (« pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au

(93) *Ibidem*.

moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu' autant que l'enfant sera né viable »), ammette la retroattività del riconoscimento legale a favore di opere aventi una esistenza di fatto nel giorno della apertura della successione e destinate ad acquisire una esisteza giuridica solo in seguito, per effetto del decreto di riconoscimento. Il Consiglio di Stato ammette insomma il principio della « personnalité virtuelle inhérente à l'acte de fondation », personalità latente alla quale il decreto di riconoscimento non fa altro che dare il benvenuto all'interno dell'ordinamento, ma che esiste di per sé, *ab initio*, sotto il profilo della cosiddetta *Rechtsfähigkeit*.

Il massimo organo della giustizia amministrativa adotta un punto di vista pragmatico, prendendo atto dell'essenza della fondazione. Essa, infatti, non è altro che il prodotto della volontà del proprietario, il quale vincola liberamente una parte del suo patrimonio destinandola alla realizzazione di un'opera di interesse collettivo. Il fatto che, per ragioni di ordine pubblico, l'amministrazione intervenga per il tramite del Consiglio di Stato, per imprimere una sanzione formale a una creazione della iniziativa privata, non è sufficiente a trasformare la fondazione nel prodotto della volontà statuale, dando ad essa un fondamento pubblicistico. La vita giuridica, che lo Stato si limita a riconoscere, è data alla fondazione dallo stesso soggetto che le conferisce la vita patrimoniale, il che significa che la capacità della fondazione, manifestazione diretta di questa vita giuridica, deriva *ab origine* dalla volontà creatrice che ha definito liberamente le condizioni della sua esistenza. L'opera esiste virtualmente, nella sua realtà giuridica, per il semplice fatto della volontà creatrice, la quale è sufficiente a porre le condizioni della *Rechtsfähigkeit*, cui il riconoscimento amministrativo non fa altro che aggiungere la *Geschäftsfähigkeit*, cioè la capacità di esercitare i diritti previsti nell'atto costitutivo.

Saleilles osserva come tale orientamento, benché piuttosto consolidato, non sia in grado di risolvere ogni dubbio, fornendo uno statuto giuridico definito al fenomeno fondazione. In realtà, infatti, la disciplina appare pacifica solo in materia di associazioni, nell'ipotesi, cioè, di un legato a vantaggio di una associazione non riconosciuta di pubblica utilità, la quale domanda il riconoscimento allo

scopo di poter accettare la liberalità. In tal caso, la giurisprudenza ormai consolidata del Consiglio di Stato, assimilando l'associazione all'*infans* e ritenendola capace *ex* art. 906, ammette che il riconoscimento retroagisca al giorno dell'apertura della successione.

Grunebaum-Ballin ritiene invece che tale giurisprudenza si applichi anche nel caso in cui destinataria del legato sia una fondazione, indipendentemente dalla sua esistenza al momento dell'apertura della successione (94). Ciò perché il Consiglio di Stato ha finito per mettere da parte l'art. 906, riconoscendo la retroattività anche nel caso di un'opera ancora da creare, inesistente in fatto e in diritto, come nel caso tipico in cui il testatore intenda impiegare parte del suo patrimonio a vantaggio di una fondazione futura, alla cui realizzazione non ha ancora provveduto. L'autore invoca a sostegno di tale tesi proprio la vicenda eclatante della *Académie Goncourt* nella quale, benché l'opera non si presentasse sotto forma di fondazione diretta ma di legato *sub modo*, i giudici amministrativi hanno considerato i legatari alla stregua di semplici esecutori testamentari, ritenendo il legato rivolto direttamente alla fondazione, e quindi a una persona giuridica futura, inesistente al momento dell'apertura della successione.

Tale orientamento della giurisprudenza amministrativa, importante benché non del tutto risolutivo (95), si scontra però con

---

(94) *Ibidem*, p. 266 e ss.

(95) « Je désirerais faire remarquer que cette interprétation si libérale du Conseil d'Etat, au moins l'interprétation courante telle qu' elle existait avant que ce dernier pas ait été franchi, cette interprétation s'est surtout appliquée en matière d'associations. Je doute fort qu' on trouve une hypothèse visant une fondation proprement dite…Pour supposer la même jurisprudence s'appliquant à une fondation, il faudrait imaginer une oeuvre déjà existante sans avoir reçu la personnalité et recevant un legs. Ce sera, si l'on veut, un orphelinat que dirige son fondateur, mais qui est resté son oeuvre personnelle, juridiquement confondue avec les autres propriétés faisant partie de son patrimoine. Un tiers qui s'intéresse à l'oeuvre voudrait lui léguer sa fortune dans l'espoir qu' elle fût reconnue d'utilité publique, et ne voulant pas que son legs soit ainsi confondu avec les autres biens du fondateur et risque de passer à ses héritiers. Il meurt sans que l'oeuvre ait été reconnue. Le Conseil d'Etat admettrait-il, si cette reconnaissance intervient postérieurement, que la capacité latente et virtuelle existait déjà, au profit de l'oeuvre, au jour de l'ouverture de la succession? Je ne connais pas d'exemple où il ait été statué sur ce point. Mais, si l'on s'en tient à l'ancienne jurisprudence du Conseil d'Etat, je serais fort incliné à croire que celui-ci eût repoussé en pareil cas toute autre affectation donnée

l'orientamento dominante all'interno della giurisprudenza civile. I tribunali non ammettono la possibilità del legato a persona futura, ritenendo che la finzione della retroattività non possa sottrarsi alla disciplina dell'art. 906, in base al quale, come sappiamo, la liberalità è valida solo se il destinatario esiste, almeno in fatto, al momento dell'apertura della successione. I tribunali civili ammettono solo l'ipotesi di un legato *sub modo*, come nel caso del testamento Goncourt, il quale viene ritenuto valido perché finalizzato non tanto alla creazione di una fondazione diretta, ma alla istituzione di un legato *sub modo* a vantaggio di una persona futura, al punto che la convalida avviene a condizioni apparentemente inconciliabili con una liberalità personale, fatta a un destinatario apparente che ha tutta l'aria di una persona interposta. Il legato *sub modo* lascia i beni nel patrimonio del legatario fintantoché non siano ceduti al destinatario definitivo ed obbliga perciò a un doppio trasferimento. Il trasferimento definitivo dei beni, attuato su iniziativa del legatario, viene ricondotto alla data della creazione della fondazione e non alla data di apertura della successione. Tale procedimento non è esente da controindicazioni. Infatti, se il legatario muore prima della creazione della fondazione o se questa non ottiene il riconoscimento di pubblica utilità, i beni ad essa destinati passano agli eredi del legatario, a meno che questi non si sia premunito provvedendo a separare i patrimoni, attraverso la creazione di una società civile o commerciale più o meno fittizia.

L'esistenza di un orientamento giurisprudenziale contrario genera una situazione contraddittoria, fonte di incertezze e di rischi, che necessita di essere risolta attraverso un intervento di carattere legislativo.

Si tratta di uno dei tanti passaggi-chiave per comprendere quanto detto in precedenza sulla nozione di progresso giuridico tipica del pensiero di Saleilles e sul ruolo rispettivo da assegnare agli attori principali dell'ordinamento giuridico. Il progresso non avviene mai per via esclusivamente giurisprudenziale, né, tanto meno, per via consuetudinaria, ma è il frutto di leggi che appaiono meno come il prodotto di una volontà esterna che come l'approdo finale di

---

par un propriétaire à un de ses biens ou à un de ses domaines. C'est un pur fait sans influence juridique… », *Note sur les fondations*, cit., p. 163 e s.

una elaborazione complessa, tutta interna al ceto dei giuristi, fatta di apporti giurisprudenziali e di un sapiente impiego della *méthode historique*. Una legge siffatta, prodotto organico della comunità dei giuristi, che ha saputo ricollocare al suo interno il principio di legalità, non solo è utile ma si rivela presto o tardi necessaria. Affiora qui chiaramente il profilo del giurista sapiente, controllore e artefice dei processi legislativi, che dà senso e valore alla presenza di Saleilles in una istituzione come la *Société d'études législatives*:

> nous sommes en présence de deux jurisprudences nettement opposées, accumulant par suite les incertitudes, les complexités et les risques. D'un côté on encourage, de l'autre on se montre rigoureux; ce qu' une jurisdiction admet, l'autre le rejette et réciproquement. Les avances de l'une sont tout autant de pièges, si l'on se place en face de l'autre. Et mieux eût valu peut-être pour la sécurité des particuliers les rigueurs brutales d'il y a un tiers de siècle. On savait à quoi s'en tenir. Ce double mouvement de jurisprudence trahit sans doute les nécessités qui se font jour de tous côtés; il se produit sous la poussée irrésistible des besoins de la pratique. Mais précisément, parce qu' on bâtit sur le vide, on arrive à des incohérences qui ne peuvent plus subsister. C'est la jurisprudence, tant du Conseil d'Etat que de la Cour de cassation, qui, bien loin de rendre inutile l'intervention législative, en démontre la nécessité impérieuse à brève échéance (96).

La vera posta in gioco, quindi, è rappresentata dalla disciplina della fondazione testamentaria diretta, intorno alla quale si accendono le più vive polemiche in seno alla Commissione.

2.3.4. *Il nuovo statuto giuridico della fondazione*

La lettura dei dibattiti che hanno luogo in seno alla *Société* sul tema della fondazione dimostra chiaramente come il monito di Turgot resti profondamente impresso nelle coscienze e agisca come un temibile *épouvantail*, secondo quanto aveva previsto Otto von Gierke.

Le opinioni si dividono sulla definizione del potere di intervento riconosciuto all'amministrazione. Sembra trattarsi, in apparenza, di una mera disputa accademica, del riproporsi della eterna *querelle* tra fautori del sistema della autorizzazione e fautori del sistema del

---

(96) *Ibidem*, p. 166 e s.

riconoscimento di pubblica utilità. Sembra trattarsi, in altre parole, di un banale problema di etichette, privo di conseguenze nella realtà, dal momento che resta impregiudicato il ruolo tradizionalmente attribuito all'amministrazione. Si tratta, invece, ben più seriamente, di tracciare un limite netto e definito al potere discrezionale del Consiglio di Stato manifestando, attraverso una scelta tecnica inequivocabile, la precisa volontà di superare un modello culturale Stato-centrico, ormai non più funzionale. Il confronto tra concezioni teoriche opposte, entrambe gravide di conseguenze, si risolve dopo lunghe discussioni con il superamento del modello illiberale consacrato nel Settecento (97).

I membri della Commissione prendono atto dei mutamenti radicali intervenuti nel sistema economico e ritengono necessario favorire la libertà e l'iniziativa privata superando i « dogmes centralisateurs et monopolisateurs » che, utili nel contesto politico della Francia rivoluzionaria, rischiano adesso di soffocare lo sviluppo del paese.

Si ritiene in altre parole necessario compiere, in materia di fondazioni, un passo analogo a quello che si è avuto il coraggio di fare per le associazioni con la « grande loi » del 1901. La legge sul diritto di associazione sovverte radicalmente il sistema rendendo marginale il ruolo dello Stato, il quale sino ad allora aveva conservato la competenza esclusiva in materia di personalità, e riconoscendo che un semplice atto privato è suscettibile di creare un organismo dotato di capacità giuridica.

---

(97) « Tout dépendait…du point de vue doctrinal que l'on entendait accepter: fondation privée ou établissement d'utilité publique; admission de la personnalité comme une création de la volonté individuelle, comme en matière d'associations déclarées, ou concession de personnalité du chef de l'autorité publique? C'était bien le côté théorique qui, en cela comme en toute autre matière, dominait et commandait le point de vue des conséquences pratiques. C'est donc entre deux doctrines qu' il fallait se prononcer; et l'on a vu comment le point de vue du droit public, à la différence du point de vue de droit privé, était présenté comme s'imposant encore sous le rapport historique, théorique et pratique: l'Etat seul en mesure de créer l'affectation en matière de propriété et seul capable de lui donner la pérennité! C'est le principe traditionnel et, si l'on peut dire, classique du droit français depuis le milieu du XVIII siècle. La majorité de la Commission n'a pas cru qu' il dût être maintenu plus longtemps », cfr. *Rapport préliminaire présenté à la Société d'études législatives sur le Projet relatif aux Fondations*, cit., p. 374.

La Commissione riesce a superare la principale e più temibile obiezione di Turgot e a definire un nuovo statuto giuridico della fondazione adottando una soluzione non dissimile da quella del sistema tedesco, basata su una precisa delimitazione delle prerogative dell'amministrazione, a partire dal presupposto della natura privatistica dell'istituto.

In primo luogo, pertanto, si sancisce la natura privatistica della fondazione, subordinando l'acquisto della capacità giuridica al semplice espletamento delle formalità pubblicitarie previste dall'art. 5 della legge del 1901. Il ruolo dell'amministrazione è rigorosamente circoscritto: « contrôle avant, surveillance pendant, et menace de suppression pour le cas de déchéance » (98).

Il raggiungimento di un compromesso con gli avversari della fondazione di diritto privato viene reso possibile proprio grazie alla previsione di tale controllo preliminare. Tuttavia, il fine e il contenuto del controllo messo in atto dall'amministrazione sono di natura tale da escludere che si possa restare all'interno del tradizionale orizzonte della fondazione di diritto pubblico. Si tratta in realtà di un controllo di carattere puramente negativo: l'autorità amministrativa deve verificare che dall'oggetto e dal funzionamento della fondazione, quali risultano dallo statuto, non possa derivare alcun pericolo per l'ordine pubblico e in generale per gli interessi affidati alla cura dello Stato.

Un controllo siffatto è del tutto incompatibile con la concezione pubblicistica della fondazione. Infatti, se si considera la fondazione un organismo di diritto pubblico non è più sufficiente, per autorizzarne la costituzione, dimostrare che essa ricopre una certa utilità, ma occorre accertarsi che tale utilità, sia dal punto di vista delle finalità perseguite sia dal punto di vista dei metodi adottati, è suscettibile di integrarsi con i procedimenti normalmente adottati dall'amministrazione, in modo che vi sia una ragionevole certezza circa il raggiungimento dell'obiettivo proposto.

La fondazione di diritto pubblico, infatti, finisce per entrare a far parte dell'apparato amministrativo, diventa un ingranaggio dello Stato, il quale la avoca a sé, attraverso il riconoscimento di pubblica

(98) *Ibidem*, p. 376.

utilità. Riconoscendo la fondazione, lo Stato impegna la propria responsabilità e scommette sul raggiungimento del fine statutario. Per tale ragione, per ottenere il riconoscimento di pubblica utilità non è sufficiente la promessa ma è necessaria la dimostrazione della pubblica utilità.

La fondazione di diritto privato, al contrario, ha spesso carattere sperimentale, persegue fini nuovi, tutela interessi non ancora consolidati, e impegna soltanto la libertà e la responsabilità del fondatore. Lo Stato, verificando attraverso un sistema di prove puramente negative che essa non violi interessi pubblici di sua competenza, esercita un semplice controllo formale, senza alcuna volontà di farla propria, impegnandosi in prima persona in vista del raggiungimento degli obiettivi indicati dal fondatore; non fa altro, in sostanza, che accoglierla nell'ordinamento permettendole di esistere (99).

La fondazione viene finalmente considerata una creazione di diritto privato. Essa trae la propria personalità direttamente dallo statuto predisposto dal fondatore, salva ratifica dell'amministrazione, che però, nella maggior parte dei casi, è un atto dovuto. Il sistema della prova negativa rappresenta un recupero parziale del modello inglese delle *charities*. Si dà per presupposto che vi siano alcune categorie privilegiate di fondazioni, per le quali l'autorizzazione interviene *de plano*. In tal modo, una fondazione rientrante in una di queste categorie, il cui oggetto non sia contraddetto dalle disposizioni statutarie, è ritenuta legittima e deve essere autorizzata. La fondazione appare, in questa prospettiva, la libera e legittima manifestazione della volontà del fondatore, riconducibile alla sua autonomia privata, in quanto facoltà rientrante nella sua capacità patrimoniale. Il fondatore non è più costretto ad abbandonare il suo diritto primitivo nelle mani dell'amministrazione allo scopo di tra-

---

(99) Tale è il vero significato dell'art. 4 del Progetto, secondo il quale « dans le cas où il s'agit de fondations ayant pour objet la bienfaisance, ou le développement des sciences, des lettres ou des arts, l'autorisation est de droit. Le refus d'autorisation, qui doit être motivé, ne peut se fonder que sur le défaut de conformité de la fondation avec l'un des objets ci-dessus énumérés, ou sur l'une des causes qui, d'après les dispositions de la présente loi, justifiraient la suppression de la fondation. Le refus peut être attaqué au contentieux devant le Conseil d'Etat par tous les intéressés et par les représentants du fondateur ». Il testo del progetto elaborato dalla commissione sulle fondazioni è pubblicato nel *Bulletin de la Société d'études législatives*, VII, 1908, p. 417 e ss.

sformarlo, dando ad esso natura pubblicistica, ma può vincolarlo per semplice atto privato alla cura perpetua di un interesse specifico.

In tal modo, sia pure a livello di progetto di legge, la fondazione fa la sua ricomparsa nel diritto francese: la volontà torna a vivere oltre l'individuo, a conferma della tendenza a oggettivare le categorie giuridiche privatistiche tipica del periodo.

3. *La revisione dell'autonomia privata: il problema del contratto di lavoro.*

Sul finire dell'Ottocento la questione del rapporto di lavoro assume una assoluta centralità nel dibattito politico-giuridico (100).

---

(100) Cfr. S. RUDISCHHAUSER, *Vertrag, Tarif, Gesetz: der politische Liberalismus und die Anfänge des Arbeitsrechts in Frankreich 1890-1902*, Berlin, 1999; S. RUDISCHHAUSER, *Salaire minimum et libre concurrence: le rôle de la demande publique dans la constitution d'un marché national du travail: France-Allemagne 1890-1914*, in B. ZIMMERMANN-C. DIDRY-P. WAGNER (a cura di), *Le travail et la nation: histoires croisées de la France et de l'Allemagne*, Paris, 1999, pp. 199-221; C. DIDRY, *La production juridique de la convention collective. La loi du 4 mars 1919*, in *Annales*, 56, 2001, pp. 1253-1282; C. DIDRY, *Naissance de la convention collective. Débats juridiques et luttes sociales en France au début du 20eme siècle*, Paris, 2002.

Per una panoramica sulla nascita del diritto del lavoro, specie con riguardo alla vicenda italiana, si vedano i saggi di G. CAZZETTA raccolti nel già ricordato volume *Scienza giuridica e trasformazioni sociali.* Segnaliamo qui, in particolare, il saggio su *Scienza giuridica, leggi sociali ed origini del diritto del lavoro*, *ibidem*, pp. 69-169, e il saggio *Società industriale e silenzio del codice. Lavoro e impresa*, *ibidem*, pp. 3-26. Si vedano anche U. ROMAGNOLI, *Il contratto collettivo di impresa*, Milano, 1963; U. ROMAGNOLI, *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Bologna, 1974; P. PASSANITI, *La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Milano, 2006. Descrivendo la faticosa emersione del contratto collettivo di lavoro si è parlato significativamente di episodio non isolato di « paranoia eufemistica attraverso la quale la realtà sociale si prende gioco delle classificazioni scolastiche dei tipi contrattuali » e di « inarrestabile smottamento delle basi materiali della cultura legata alla originaria *locatio operis* per effetto d'un uso inflattivo di quest'ultima contrastante con la sua forma giuridica », cfr. U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, Bologna, 1995, cit., p. 49 e ss. Lo sviluppo del diritto del lavoro e della nozione di impresa, alla luce della vicenda complessiva del pensiero giuridico italiano e europeo tra Otto e Novecento, è descritto da P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 57 e ss., p. 97 e ss. e p. 191 e ss. Per la Francia, si vedano N. OLSZAK, *Histoire du droit du travail*, Paris, 1999, nonché J. LE GOFF, *Du silence à la parole: une histoire du droit du travail (des années 1830 à nos jours)*, Rennes, 2004.

Jacques Le Goff, ricostruendo la grande controversia suscitata dal tema dello statuto giuridico del contratto o della convenzione collettiva e in generale dalla disciplina del rapporto di lavoro, ha parlato non a caso di « impressionante inflexion de la pensée juridique dans les années 1890-1920 » (101).

Da un lato, si acquisisce progressivamente la percezione della dimensione collettiva dei rapporti di lavoro, come testimoniano provvedimenti normativi quali la legge 27 dicembre 1892 sull'arbitrato e la conciliazione e i decreti Millerand del 10 agosto 1899 sulla definizione delle condizioni minime di lavoro nei mercati pubblici e sulla istituzione dei *conseils de travail*. Dall'altro, si inizia a poco a poco a comprendere la assoluta originalità sociologica (102) di tale contratto e la sua irriducibilità alle fattispecie contrattuali consacrate dalla tradizione (103).

L'emergere di tale figura è frutto dell'influsso concomitante di tre fattori: dottrinale, ad opera di autori legati agli ambienti del socialismo riformista e del cattolicesimo sociale (104); politico, in conseguenza della inedita visibilità acquisita dalle masse per effetto della introduzione del suffragio universale; sociale, a seguito dell'emergere delle prime forme di lotta organizzata e del formarsi di una specifica identità della classe operaia (105).

---

(101) Cfr. J. Le Goff, *La naissance des conventions collectives*, in *Droits*, 12, 1990, pp. 67-79, cit., p. 67.

(102) Di « originalité sociologique » parla A. Rouast, *Quelques réflexions sur l'originalité sociologique du contrat de travail*, in *Mélanges offerts à J. B. de la Gressaye par ses collègues, ses élèves et ses amis*, Bordeaux, 1967, pp. 663-673.

(103) Cfr. P. Grossi, *Proprietà e contratto*, in *Lo Stato moderno in Europa*, cit., pp. 128-138, cit., p. 137. La comparsa del contratto collettivo configura un passaggio *dal* contratto *ai* contratti, cioè il superamento del modello napoleonico, caratterizzato dal contratto come categoria generale fondata sul libero consenso, *ibidem*, p. 138.

(104) Sul ruolo del cattolicesimo sociale si vedano, oltre alle già ricordate opere di Jean-Marie Mayeur, M.-T. Avon-Soletti, *L'unité comme fondement de l'action des catholiques sociaux*, in J.-P. Le Crom (a cura di), *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, Rennes, 2004, pp. 139-150 e L. Cantamessa, *Catholicisme et monde du travail: les syndicats mixtes à Poitiers (1886-1893)*, in J.-P. Le Crom (a cura di), *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, cit., pp. 151-165.

(105) Gli studi sul contratto di lavoro si moltiplicano, specie a partire dall'ultimo decennio dell'Ottocento. Cfr. E. Stocquart, *Le contrat de travail: étude de droit social et de législation comparée*, Bruxelles, 1895; G. Cornil, *Du louage de services au contrat de*

La regolamentazione del rapporto di lavoro viene promossa da principio a favore di determinate categorie di soggetti e ha riguardo soprattutto alla durata e alle condizioni materiali di svolgimento dell'attività produttiva. Solo con l'inizio del nuovo secolo compaiono i primi provvedimenti normativi aventi portata generale (106), anticipazione del modello regolativo della *convention collective*, conquista decisiva del Novecento giuridico (107).

Il fenomeno non resta estraneo all'Accademia: nel 1889 il corso di *Législation industrielle* entra a far parte del programma per la

---

travail: études sur les rapports juridiques entre les patrons et les ouvriers employés dans l'industrie, Paris, 1895; R. Barthelemy, *Le contrat collectif de travail*, Paris, 1901; H. Pascaud, *Le contrat de travail au point de vue économique et juridique et l'utilité de sa règlementation législative*, Paris, 1903; A. Richard, *L'organisation collective du travail — Essai sur la coopération de main-d'oeuvre — Le contrat collectif et la sous-entreprise ouvrière*, Paris, 1904; R. Merlin, *Le contrat de travail — Les salaires — La partécipation aux bénéfices*, Paris, 1907; E. Chatelain, *Une nouvelle théorie sur le contrat de travail conforme aux principes du Code civil*, Paris, 1907; H. Langlois, *Le contrat de travail: une étape de l'évolution sociale*, Paris, 1907; R. Jay, *Qu' est-ce que le contrat collectif de travail?*, Paris, 1908; E. Perin, *De la lésion dans le contrat de travail*, Paris, 1908; G. Pirou, *Les conceptions juridiques successives du contrat collectif de travail en France*, Paris, 1909.

(106) All'inizio del secolo il Parlamento avvia una serie di inchieste sul mondo del lavoro, a cominciare dall'industria tessile, colpita dal grande sciopero di Armentières del settembre 1903. Cfr. F. Soubiran-Paillet, *Des législateurs-enquêteurs au début du XX siècle*, in *Genèses*, n. 55, 2004, pp. 146-162.

(107) A parte la celebre legge Le Chapelier, i principali provvedimenti normativi in tema di diritto del lavoro sono i seguenti: Loi du 22 mars 1841 sur le travail des enfants; Loi du 19 mars 1874 sur la durée du travail des femmes et des enfants; Loi du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels; Loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles mineures et des femmes dans les établissements industriels; Loi du 8 avril 1898 concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail; Loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire; Loi du 23 avril 1919 sur la journée de huit heures; Loi du 24 juin 1936 sur les conventions collectives de travail; Loi du 4 octobre 1941 sur l'organisation sociale des professions; Ordonnance du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprise; Loi du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail; Loi du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises; Loi du 16 juillet 1971 portant organisation de la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente; Loi du 13 juillet 1973 modifiant le Code du travail en ce qui concerne la réalisation du contrat de travail à durée indéterminée. Cfr. J.-P. Le Crom, *Deux siècles de droit du travail. L'histoire par les lois*, Paris, 1998, cit., p. 280 e ss.

licence en droit, compaiono i primi manuali, come il *Cours élémentaire de législation industrielle* di Georges Bry del 1895 e il *Traité élémentaire de législation industrielle* di Paul Pic, del 1894, ripubblicato nel 1903 col titolo *Lois ouvrières*, e si moltiplicano le tesi di dottorato (108). Lo stesso Pic, insieme a Justin Godard, fonda nel 1900 la rivista *Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale*, la quale offre un contributo significativo alla comprensione giuridica del fenomeno delle relazioni industriali (109).

L'elaborazione di un progetto di legge sul contratto di lavoro rappresenta uno dei principali obiettivi del programma della *Société d'études législatives*, il cui scopo istituzionale è la ricerca delle soluzioni tecniche capaci di assicurare l'adeguamento del Codice a un contesto sociale profondamente diverso da quello di inizio Ottocento. Di fronte alla radicale trasformazione del sistema economico e alla sua inedita complessità si coglie in pieno l'insufficienza del vecchio modello codicistico, basato sulla distinzione tra *contrat de louage de services*, *contrat de louage d'ouvrage* e *contrat de transport*, un modello totalmente estraneo alla classe operaia, come aveva denunciato da tempo Ernest Glasson.

La costruzione tecnica del contratto collettivo si intreccia ine-

---

(108) Si veda ad esempio: T. Plytas, *L'organisation ouvrière et le contrat collectif de travail: essai d'étude économique*, Paris, 1901; P. Gerlier, *Des stipulations usuraires dans le contrat de travail*, Paris, 1907; J.-C. Leroy, *Le contrat collectif de travail en Allemagne*, Paris, 1909; H. Desroys Du Roure, *Le règlement d'atelier et le contrat de travail*, Paris, 1910.

(109) Su Paul Pic, si veda D. Bayon-L. Frobert, *Lois ouvrières et réformisme social dans l'oeuvre de Paul Pic (1862-1944)*, in *Le mouvement social*, n. 201, 2002, pp. 53-80. Sullo sviluppo della *législation industrielle* come disciplina autonoma e sull'importanza delle relazioni tra dottrina e giurisprudenza, cfr. N. Hakim, *Les premiers traités de législation industrielle et la jurisprudence: les ressources d'une influence doctrinale au Palais*, in J.-P. Le Crom (a cura di), *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, cit., pp. 29-39.

Altro autore-chiave del periodo è Raoul Jay, professore alla Facoltà giuridica parigina a partire dal 1893 e titolare della cattedra di *Législation industrielle* a partire dal 1898. Al pari di Saleilles, anch'egli opera in molteplici istituzioni, quali la *Société d'études législatives*, l'*Association nationale française pour la protection légale des travailleurs*, le *Semaines sociales*. Lo stesso anno della creazione della *Société d'études législatives* (1904), Jay pubblica un libro importante su *La protection légale des travailleurs*. Cfr. Y. Le Gall, *Raoul Jay et le droit du travail*, in J.-P. Le Crom (a cura di), *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, cit., pp. 41-58.

vitabilmente con il tema del ruolo del sindacato e più in generale con il problema dell'esercizio del diritto collettivo, e sconta pertanto l'insufficiente elaborazione giuridica del fenomeno sindacale oltre che l'inadeguato sviluppo organizzativo raggiunto da tali organismi rappresentativi (110), dovuta anche alle particolarità del sistema industriale francese (111). Anche dopo l'entrata in vigore della legge del 1884, la facoltà per i sindacati di concludere contratti collettivi aventi ad oggetto la regolamentazione delle condizioni di lavoro rimane estremamente controversa.

La riflessione giuridica sul contratto collettivo, particolarmente vivace a inizio secolo, assume come punto di partenza l'esame delle difficoltà incontrate dal sindacato nel tentativo di assicurare la difesa dell'« intérêt professionnel » e tenta di fare i conti con l'ostacolo rappresentato dall'« arrêt Chauffailles », considerato una manifestazione della « jeunesse du syndicat » (112), senza tuttavia conseguire risultati di particolare rilievo (113).

---

(110) Cfr. P. Fabreguettes, *La question sociale: le contrat de travail, les coalitions et les grèves devant la loi. Rôle des syndicats, arbitrage, conciliation*, Toulouse, 1896; P. Bureau, *Le contrat de travail: le rôle des syndicats professionnels*, Paris, 1902.

(111) Caratterizzato da un'abbondanza di piccole imprese sparse sul territorio che fanno sovente ricorso al lavoro a domicilio. L'assenza di grandi industrie e la delocalizzazione della produzione rallenta lo sviluppo delle organizzazioni sindacali. Cfr. C. Didry, *Ressource juridique ou contre-pouvoir? A la recherche du syndicat dans les accords collectifs en France au tournant des XIX et XX siècles*, in J.-P. Le Crom (a cura di), *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, cit., p. 285-296, cit., p. 286 e s. Come osserva U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 73, « il diritto dei gruppi organizzati per l'autotutela degli interessi di lavoro non si profila se non quando tramonterà il primato sociale dell'associazione *au petit pied* degli artigiani; quando si dovrà registrare, anche nell'immaginario collettivo, il successo della figura professionale del tornitore come figura-simbolo che, nell'universo dei mestieri più compiutamente industriali, prende il posto del tipografo, del cappellaio, del guantaio; quando i salariati scopriranno, insieme all'irreversibilità della loro condizione, l'inadeguatezza dei mezzi di cui dispongono per migliorarla ».

(112) Nel caso di specie, l'intervento diretto dell'amministrazione sarà decisivo per giungere a un accordo a partire dalla negoziazione di una tariffa condivisa. Risolutivo si rivela il contributo dello Stato in qualità di mediatore, nella persona del sotto-prefetto, mentre il sindacato svolge piuttosto un ruolo di consulenza. Cfr. C. Didry, *Ressource juridique ou contre-pouvoir*, cit., p. 289 e s.

(113) In effetti, nel 1893, una sentenza della *Cour de cassation* rimette radicalmente in discussione la presunta capacità del sindacato di difendere in giudizio l'« intérêt de la

La situazione si sblocca proprio grazie all'attività svolta dalla *Société d'études législatives* a partire dal 1904 (114). La prospettiva con la quale si guarda alla questione muta radicalmente: invece di prendere le mosse dal sindacato, si esamina direttamente la natura giuridica del *contrat de travail* nel tentativo di precisare il funzionamento e i limiti della convenzione collettiva. L'analisi di quest'ultima, come pure la precisazione del ruolo del sindacato, si lega così inestricabilmente allo sforzo di inquadramento giuridico del *contrat de travail*, il quale diventa il punto di partenza della riflessione scientifica dei giuristi-legislatori (115).

Il dibattito sul contratto di lavoro suscita polarizzazioni e convergenze strategiche, tipiche del contesto politico della Repubblica opportunista. Così, se la posizione degli ultra-liberali, come Clément Colson e Henri Barthélémy si differenzia da quella dei liberali moderati, più sensibili alla necessità di interpretare giuridicamente le

---

profession ». Tale pronuncia conferma una precedente decisione della corte di appello di Digione con la quale era stata dichiarata inammissibile l'azione promossa da un sindacato di operai tessili contro i datori di lavoro di una fabbrica di Chauffailles (Saône et Loire) adducendo il mancato rispetto delle condizioni di lavoro e di retribuzione stabilite in un accordo collettivo concluso qualche anno prima. Il ricorso in cassazione era fondato sulla violazione dell'art. 6 della legge del 21 marzo 1884, il quale riconosce al sindacato la capacità di diritto processuale, e sulla « fausse application de la maxime que nul plaide par procureur ». La sentenza di rigetto si fonda su due motivi. In primo luogo, i giudici di legittimità ritengono inammissibile la domanda presentata dal sindacato, nella sua qualità di organismo di difesa dell'interesse professionale, in quanto esso non aveva preso parte all'accordo collettivo ma aveva svolto la funzione di un semplice intermediario; in secondo luogo, sottolineando come gli operai dispongono di una « action individuelle en dommages-intérêts » qualora siano direttamente danneggiati dalla violazione dell'accordo collettivo, la Corte nega al sindacato la titolarità di un diritto proprio, da far valere in giudizio. Esso rappresenta pertanto una risorsa giuridica utilizzabile dagli attori economici in conflitto solo nel caso in cui sia stato direttamente parte della trattativa, ipotesi non frequente data l'organizzazione industriale spesso ancora decentralizzata e lo scarso sviluppo dei sindacati tipica di fine Ottocento.

(114) Cfr. J.-P. Le Crom, *La Société d'études législatives face à la question du contrat de travail (1904-1907)*, atti del colloquio *Construction d'une histoire du droit du travail*, *Cahiers de l'Institut régional du* travail, Aix-en-Provence, n. 9, 2003, pp. 223-238; F. Soubiran-Paillet, *De la Société d'études législatives au Conseil national économique: production savante ou production par des acteurs collectifs du droit du travail?*, in J.-P. Le Crom (a cura di), *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, cit., pp. 69-81.

(115) Cfr. C. Didry, *Naissance de la convention collective*, cit., p. 19 e ss.

esigenze emergenti da un contesto sociale in rapidissima evoluzione, i cattolici sociali, alla Raoul Jay, utilizzando come bussola la *Rerum Novarum*, si sforzano di dar vita a una legislazione adatta alle nuove condizioni di produzione, approdando a conclusioni non dissimili da quelle di esponenti del socialismo riformista come Alexandre Millerand.

In questo senso, si può dire che la *Société d'études législatives* si presenta come una delle sedi deputate alla attuazione delle linee-guida della dottrina solidarista e funziona come una camera di compensazione, nella quale può trovare sfogo l'accesa conflittualità politica e sociale della Terza Repubblica (116).

In essa, come si è detto, si realizza in parte il "disinnesco" della questione sociale mediante la sua scomposizione in una serie di questioni specifiche, da trattare separatamente, tramite la definizione

---

(116) Contemporaneamente, si moltiplicano le sedi deputate allo studio del rapporto di lavoro e alla progettazione di politiche sociali adeguate. Si tratta di organismi che contribuiscono in maniera spesso decisiva a gettar luce su un ambito tanto complesso quanto determinante della vita del paese. Alcuni, come la *Commission de codification des lois ouvrières*, della quale fanno parte parlamentari, consiglieri di Stato, giudici di cassazione, docenti universitari, hanno il compito di razionalizzare la normativa esistente; altri, come il *Conseil supérieur du travail*, hanno il compito di articolare l'attività dei luoghi di produzione definendone la regolamentazione giuridica; altri, come l'*Association nationale pour la protection légale des travailleurs*, composta da personalità politiche, da universitari, da sindacalisti, da ingegneri, hanno il compito di elaborare analisi tecniche, a partire da un contatto diretto con i luoghi di lavoro, da sottoporre all'attenzione del legislatore; altri, infine, come la *Commission supérieure du travail*, devono verificare l'effettiva applicazione della regolamentazione esistente. Il fatto che, in molti casi, i membri della *Société d'études législatives* appartengano anche ad alcuni di tali organismi consente loro di formarsi una visione particolarmente dettagliata dei problemi inerenti al rapporto di lavoro e permette inoltre di arricchire il discorso giuridico con apporti tecnici indispensabili per comprendere le dinamiche tipiche della grande industria. Conseguentemente, il discorso giuridico si incontra con altri specialismi e, soprattutto, si apre alla realtà, nel senso della razionalità materiale descritta da Weber. Il filo conduttore del dibattito è rappresentato perciò dall'incontro e dalla contaminazione tra saperi, in particolare dall'intreccio tra il registro giuridico e il registro economico. Cfr. F. Soubiran-Paillet, *Aux origines de la doctrine en droit du travail. Quelques jalons (1900-1914)*, in *Programme des Sessions du Rtf 13 Sociologie du droit au Premier Congrès de l'Association Française de Sociologie*, Villataneuse, 24-27 février, 2004, *Session 2: doctrine et production de la loi — Réflexions para-législatives*.

di modelli giuridici adeguati e la progettazione di politiche di intervento ispirate a un approccio multidisciplinare.

Il contratto di lavoro è l'ambito nel quale si svela a pieno la scommessa sulla quale si fonda il solidarismo: la fiducia nel diritto e nella capacità del giurista, inteso come « technicien du pouvoir » (117), di razionalizzare il conflitto fornendo una risposta ai problemi sociali.

La riflessione su tale fenomeno dà conto con evidenza di quel complesso tentativo di adeguamento dall'interno dell'edificio giuridico liberale nel quale si risolve la strategia giuridica del solidarismo. In tale prospettiva, come nota Le Goff, il contratto, riletto in chiave solidaristica, diventa il rivelatore di una operazione di sociologizzazione del diritto, condotta da punti di partenza opposti: il primo di matrice positivista, sulla scia del sociologismo durkheimiano; il secondo di matrice cattolica, differenziato a sua volta nell'approccio tradizionalista, tipico della scuola della *Réforme sociale* di Le Play, e nell'approccio progressista, di cui è un esempio l'iniziativa delle *Semaines sociales*.

Il rapporto di lavoro appare irriducibile al dogma contrattuale consacrato dal modello napoleonico per due ragioni: in primo luogo, per il contenuto personale, tipico del rapporto di subordinazione che ne costituisce l'essenza, tale da renderlo irriducibile al vecchio schema del *contrat de louage*, avente ad oggetto la vendita della forza lavoro considerata alla stregua di una grandezza puramente materiale; in secondo luogo, la presenza di un sinallagma fittizio, a causa della radicale diseguaglianza tra le parti contraenti, da cui deriva una ridefinizione funzionale nel senso di una progressiva decontrattualizzazione (118): il prototipo di tale processo è rappresentato, come vedremo, dal *contrat d'adhésion*.

---

(117) Cfr. C. M. Herrera, *Le droit, la gauche, la doctrine*, in *Les juristes face au politique*, cit., p. 10.

(118) Gli argomenti utilizzati per evidenziare la specialità del rapporto di lavoro sono gli stessi che circolano nella scienza giuridica europea del periodo. Già a fine Ottocento, Luigi Tartufari sottolineava l'impossibilità di ricondurre il contratto di lavoro agli schemi tradizionali del Codice per due ragioni: l'irriducibilità a merce della prestazione oggetto del contratto e il rilievo assunto in esso dall'*intuitus personae*; l'assenza di una effettiva uguaglianza tra le parti. Cfr. P. Grossi, *Scienza giuridica*, cit., p. 57 e ss.

In questo senso, il contratto di lavoro rappresenta al contempo il luogo privilegiato di manifestazione della « révolte des faits contre le Code » (119), e il luogo strategico decisivo per la messa in atto della razionalizzazione giuridica del conflitto sociale, nella direzione indicata dal solidarismo, di una depoliticizzazione dei problemi sociali, agendo come strumento di « refroidissement du social » e di « résorption des foyers d'inflammation par institution d'un dispositif de règlememt des conflits » (120).

Tale disegno emerge esplicitamente dalle parole di René Viviani, il primo ministro del lavoro (121) nella storia della *République*, il quale, in un discorso del 6 novembre del 1906, precisa come il nuovo organismo non sia stato fondato « pour préparer la révolution » e neppure « pour résoudre la question sociale » ma abbia in primo luogo la funzione di un « préparateur des réformes sociales », costituendo una sorta di « large fenêtre à travers laquelle le gouvernement tout entier aperçoit non seulement les travailleurs présents mais aussi les travailleurs futurs ». Il suo fine è, insomma, quello di apportare all'uomo un sovrappiù di « liberté sociale » la quale coincide con il « pouvoir d'agir, le pouvoir de vivre, la certitude qu' il a que le lendemain sera pareil au jour d'aujourd'hui, la certitude qu' il aura que la Déclaration des droits de l'homme appelle la sûreté de l'individu, ce que les travailleurs appellent la sécurité sociale » (122).

---

(119) Mi riferisco ovviamente al noto saggio di G. Morin, *La révolte des faits contre le Code*, cit.

(120) Cfr. J. Le Goff, *Juristes de gauche et droit social*, cit., p. 24.

(121) La creazione del *Ministère du travail et de la prévoyance sociale* nel 1906 da parte di Clémenceau rappresenta un importante riconoscimento della centralità assunta dal tema del lavoro. Si tratta di una novità dal forte valore simbolico in quanto rappresenta il riconoscimento della questione sociale come uno dei profili più rilevanti dell'intero programma politico della Repubblica. Nel rapporto al Presidente della Repubblica del 25 ottobre 1906, Clémenceau precisa che il nuovo Ministero ha competenza in materia di regolamentazione del lavoro (orario, riposo settimanale, sicurezza e igiene dei luoghi di lavoro); di disciplina delle relazioni tra datore di lavoro e lavoratore; di definizione delle tutele dei lavoratori in caso malattia, infortuni, sciopero, invalidità, vecchiaia, attraverso la predisposizione di appositi strumenti di previdenza; di elaborazione di statistiche e inchieste.

(122) Cfr. Assemblee Nationale, *Constitution du 4 octobre 1958 — Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n.*

Siamo in presenza di un saggio emblematico di solidarismo (123). È evidente come per la classe politica al potere e per i giuristi preoccupati delle sorti della Repubblica, la posta in gioco sia rappresentata dal compimento della Rivoluzione, nella fase cruciale del passaggio dalla democrazia politica alla democrazia sociale. La disciplina del rapporto di lavoro assume, in questa prospettiva, una indiscussa centralità.

3.1. *Monopoli giuridici, grande industria e rapporto di lavoro:* assouplissement *e tutela giudiziale del contratto individuale di lavoro.*

La prima indagine di Saleilles sul contratto di lavoro trae spunto dalla ricerca comparatistica (124). L'occasione è offerta da un intervento di Blondel di fronte alla *Société de législation comparée* su « Le Code civil allemand et les ouvriers ». Siamo nel dicembre del 1900. Ormai anche il paese di Savigny ha la sua codificazione: la comparazione può perciò esercitarsi a partire da un solido riferimento normativo. Si tratta allora di verificare quale atteggiamento ha assunto il legislatore tedesco nei confronti della *question ouvrière*.

Saleilles non fatica a individuare le linee-guida alle quali si sono ispirati gli autori del Codice.

In primo luogo, l'idea che il lavoratore, a qualsiasi classe appartenga, non offre in locazione i propri servizi, la propria persona o la propria attività, ma vende la propria capacità di lavoro. Non mette la propria personalità a disposizione di colui a favore del quale presta l'attività lavorativa ma dispone del lavoro come di una merce.

3456) de modernisation du dialogue social, a cura di M. B. PERRUT, consultabile in rete al seguente indirizzo: www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r3465.asp

(123) Il nesso che lega il solidarismo (e in particolare la riflessione di Emile Durkheim) alla emersione del contratto di lavoro come fattispecie giuridica autonoma, come pure i complessi rapporti tra tale figura e la nozione classica di contratto, sono analizzati da P.-Y. VERKINDT, *Le contrat de travail. Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats?*, in C. JAMIN-D. MAZEAUD, *La nouvelle crise du contrat*, cit., p. 197 e ss., in particolare p. 213 e ss.

(124) Cfr. R. SALEILLES, *Observations sur une communication de M. G. Blondel à la Société de législation comparée touchant le Code civil allemand et les ouvriers*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XXX, 1900-1901, pp. 228-241. Si veda, sul tema, A. ARAGONESES, *Un jurista del modernismo*, cit., p. 138 e ss.

Ciò posto, il legislatore sottolinea però come l'attività lavorativa non sia equiparabile *tout court* a una prestazione di natura commerciale; essa infatti rappresenta l'unica fonte di sostentamento del lavoratore, impegna tutto il suo tempo, coinvolge « le tout de sa vie ». Allo stesso tempo, pur essendo così avvolgente, tale attività non compromette la personalità del lavoratore, la quale rimane estranea al rapporto. Ne deriva la necessità di assicurare il rispetto di un « petit cercle d'indépendance », a garanzia della personalità e della dignità del lavoratore, in mancanza del quale il contratto risulta lesivo del buon costume e quindi contrario al § 138.

Tale quadro concettuale non si è tradotto in disposizioni positive particolarmente numerose, ma ha dato vita soprattutto a principi interpretativi destinati a influenzare l'attività dei tribunali. A tal proposito, gli autori del Codice hanno distinto due profili, quello della formazione del contratto e delle sue condizioni di validità e quello dei suoi effetti. Per quanto riguarda le condizioni di validità, il Codice non presenta alcuna disposizione speciale volta a introdurre cause di nullità derogatorie rispetto al diritto comune, ma ribadisce i principi generali tipici del diritto contrattuale. L'unica norma davvero originale, capace di fornire un'arma preziosa a difesa dei diritti dei lavoratori, a dispetto della sua apparente normalità, è il § 138.

Gli articoli dell'*Entwurf* concernenti la regola poi consacrata dal § 138 erano concepiti alla stregua degli artt. 6 e 1133 del *Code civil*: si faceva riferimento, da un lato, alle disposizioni contrarie alle leggi in generale, dall'altro alle disposizioni contrarie all'ordine pubblico e al buon costume, nella convinzione di riprodurre fedelmente la formula del diritto francese. I redattori del BGB decidono però di non accogliere tale formula, ritenendola pericolosa e addirittura rivoluzionaria, dato il suo contenuto vago ed eccessivamente teorico.

Si teme che il riferimento a disposizioni contrarie alle leggi, in generale, sia in realtà un espediente per sovrapporre al sistema giuridico positivo un sistema di principi precostituiti ricavati arbitrariamente dall'insieme della legislazione, privi di un contenuto positivo definito ma ritenuti non di meno cogenti. In presenza di una tendenza legislativa favorevole alla tutela del rapporto di lavoro, è facile enucleare, a partire dalle norme esistenti, principi generali, espressione di un modello sociale e politico definito, da utilizzare

come criterio di valutazione della legittimità di un qualsiasi *Arbeitsvertrag*. Per tale ragione, la versione definitiva accolta dal legislatore, fa riferimento non a una generale contrarietà alle leggi, ma a un « Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstoβt », per sottolineare che deve trattarsi della violazione di una specifica disposizione di legge e non della violazione di un principio ricavato più o meno arbitrariamente dall'insieme del tessuto normativo.

Lo stesso discorso vale per il principio di ordine pubblico. Si tratta di una nozione puramente teorica, impossibile da elaborare attraverso un procedimento di carattere impersonale e obiettivo. Il partito socialista intendeva tale principio come una sorta di finestra aperta su un ordine nuovo, espressione di un ideale sociale verso il quale occorreva tendere incessantemente. Si trattava di un ideale ancora lontano ma capace, in ambito sociale, di agire come una sorta di principio cogente, alla stregua del quale valutare la fondatezza della legislazione esistente. Per tale ragione, il legislatore tedesco ha sostituito la nozione di ordine pubblico con la nozione di buon costume, considerata meno teorica o soggettiva, sancendo la nullità di ogni « Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstaβt ».

Si tratta così non già di determinare l'illegalità o l'immoralità di una disposizione alla stregua di un sistema preconcetto, ma di definire ciò che il buon padre di famiglia, nello stato presente della civilizzazione, considera contrario alla moralità pubblica. In tal modo, la valutazione della eventuale illiceità delle clausole di un contratto di lavoro deve avvenire in conformità all'insieme dei principi e degli ideali di giustizia sociale condivisi dall'insieme delle « honnêtes gens » in un periodo storico determinato.

Saleilles precisa come il buon costume non debba in alcun modo essere confuso con le consuetudini presenti all'interno dell'ordinamento. Tale era, in realtà, il timore dei socialisti: il fatto cioè che l'equivalenza tra buon costume e consuetudine obbligasse a convalidare una serie di clausole limitative della responsabilità e lesive dei diritti del lavoratore, a causa della loro progressiva recezione a livello consuetudinario. Il giudice, al contrario, dovrà valutare la liceità di una disposizione non alla luce degli usi che la consacrano ma sulla base delle « gute Sitten », considerate come il riflesso del sentimento pubblico e non come la conseguenza di una dottrina sociale o politica.

La versione definitiva del § 138 rappresenta così una sorta di *via media*, un compromesso tra la nozione puramente teorica di ordine pubblico e la constatazione puramente materiale delle consuetudini vigenti; la valutazione della liceità di una clausola dovrà perciò avvenire facendo riferimento alla nozione di buon costume presente, come sentimento diffuso, all'interno della coscienza nazionale del paese, dalla quale scaturisce una precisa nozione di giustizia e di solidarietà sociale. In materia di diritto del lavoro, tali concezioni consentono di denunciare come illegittime le clausole che prevedono ritenute salariali, un aumento dell'orario di lavoro o congedi immotivati, al di fuori dei casi espressamente stabiliti dalla legge.

Per paura di fomentare la lotta di classe, il legislatore tedesco ha preferito cancellare ogni riferimento alla nozione di ordine pubblico, ammessa da sempre nel diritto francese, e ha preferito attenersi al buon costume, inteso non come l'espressione di concezioni più o meno dottrinarie di una classe o di un partito, ma come l'espressione delle concezioni medie, presenti nella coscienza generale del paese in un'epoca determinata.

Ma è il secondo comma del § 138 a suscitare il maggior interesse. Esso dichiara nulli, in quanto contrari al buon costume, i contratti leonini: « nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältniss zu der Leistung stehen ». Già una legge del 1893 aveva ammesso la nozione di usura reale, conseguenza della sproporzione tra prestazioni, in relazione a qualsiasi contratto e al di là dell'ipotesi di prestito a interesse. Tuttavia, perché vi fosse usura, era necessaria l'abitualità: le sanzioni previste dalla legge non si applicavano a un contratto isolato. L'articolo in questione introduce pertanto una importante novità: in ambito civilistico, è sufficiente che il contratto, preso isolatamente, presenti i caratteri di una lesione usuraria per essere dichiarato nullo.

L'applicazione di tale norma dipende dalla presenza di due condizioni, che ne delimitano precisamente la portata, evitando che la sanzione della nullità possa paralizzare qualsiasi attività negoziale. In primo luogo, vi è un presupposto di carattere oggettivo: è

necessario che la sproporzione tra le prestazioni sia scandalosa, risulti cioè contraria al buon costume, oltrepassando i limiti consentiti della libertà economica; in secondo luogo, perché vi sia usura è necessaria la presenza di una condizione soggettiva, non essendo sufficiente la sproporzione puramente materiale tra le prestazioni: deve esservi sfruttamento dell'individuo, del suo stato di bisogno o di debolezza. Ne deriva che una lesione considerevole può risultare insufficiente a integrare l'usura, contrariamente a quanto accade nel diritto francese nei pochi casi nei quali è ammessa la rescissione per lesione, in quanto essa non prova, di per sé, lo sfruttamento. Quest'ultima condizione deve infatti essere dimostrata e provata separatamente.

Questa disposizione assume una portata strategica decisiva nell'ottica della razionalizzazione giuridica dei rapporti industriali, offrendo una immediata tutela contro quei datori di lavoro che, approfittando della condizione di debolezza del lavoratore, lo hanno indotto a accettare un contratto lesivo dei suoi interessi economici. Saleilles ascrive tale conquista all'impegno del partito cattolico tedesco, la quale dimostra come « on commence à se rendre compte que le droit n'a plus, et ne saurait plus avoir, cette haute indifférence qu' il avait cru devoir s'attribuer à l'égard des idées morales, et particulièrement à l'égard de la plus haute de toutes les morales, celle qui dérive du christianisme » (125).

Il sistema tedesco definisce inoltre i presupposti materiali indispensabili allo svolgimento dell'attività lavorativa in condizioni di sicurezza e di salubrità e il principio in base al quale, ove il contratto sia a lungo termine, non si deve tener conto, ai fini del calcolo della retribuzione, di una interruzione del servizio dovuta ai rischi normali e abituali dell'esistenza, tra cui rientrano le pause indispensabili allo sviluppo della personalità del lavoratore. Si tratta in realtà di un principio consolidato nella cultura giuridica di area tedesca, che ha trovato una prima, chiara consacrazione in Svizzera, nel Codice federale delle obbligazioni, il cui art. 341 stabilisce che « celui qui a engagé ses services à long terme ne perd pas ses droits à la rémunération, alors qu' il est empêché de s'acquitter de son obliga-

(125) *Observation sur une communication de M. G. Blondel*, cit., p. 235.

tion pendant un temps relativement court, et sans sa faute, pour cause de maladie, de service militaire, ou telle autre analogue ».

La disciplina codicistica si rivela particolarmente liberale in materia di risoluzione del contratto e di termine del preavviso. Questo varia in relazione al termine di durata del contratto o, in assenza di termine, a seconda della periodicità della retribuzione, ma non vi è una norma analoga all'art. 1780 del *Code civil* la quale prevede l'obbligo di risarcimento a carico del datore di lavoro in caso di risoluzione di un contratto a tempo indeterminato. L'indenizzo, nel sistema tedesco, è dovuto non dal datore di lavoro ma dal lavoratore, nel caso in cui la risoluzione sia dovuta a un comportamento colposo di quest'ultimo. Il § 626, il quale prevede l'ipotesi della « Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund », ha come modello il § 70 del Codice di commercio, secondo il quale il « wichtiger Grund » che legittima la risoluzione del contratto non riguarda soltanto l'inadempimento del lavoratore ma anche circostanze relative alla persona del datore di lavoro, quali un incendio, un disastro, o altre cause che lo costringono a ridurre il personale ricorrendo al licenziamento. L'unico caso in cui il datore di lavoro è tenuto a indenizzare il lavoratore è quello di un licenziamento anticipato, effettuato cioè in violazione dei termini previsti dalla legge. In tale ipotesi, il contratto non può essere risolto ma resta in piedi sino alla sua scadenza naturale e l'indennità dovuta al lavoratore è rappresentata dalle somme da corrispondere sino a tale data. Se la risoluzione avviene in conformità ai termini di legge o a quelli diversi stabiliti in via convenzionale, il datore di lavoro non è tenuto a corrispondere alcun indennizzo.

Al di là delle disposizioni di dettaglio, la soluzione tedesca presenta il grande vantaggio di dare ampio spazio alla discrezionalità del giudice il quale, interprete degli usi e delle *gute Sitten* e facendo leva sui *Ventilbegriffe* (126) presenti nel Codice, è chiamato ad adeguare la disciplina del rapporto di lavoro operando come luogo di compensazione della conflittualità sociale di inizio Novecento; il legislatore tedesco ha il merito di aver compreso che la razionalizzazione giuridica del conflitto presuppone la rivalutazione del ruolo

(126) Su tale nozione si sofferma P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 107.

del giudice, divenuto collaboratore del legislatore nella applicazione della legge e « grand et souverain régulateur de l'évolution de la pensée juridique allemande en matière de contrat de travail » (127):

Il modello tedesco fa da sfondo anche al rapporto pubblicato sul *Bulletin de la Société d'études législatives* nel quale Saleilles condensa il proprio punto di vista sul contratto di lavoro (128). Tale lavoro riflette indirettamente la complessità e le contraddizioni del dibattito che ha luogo in seno alla Commissione, dove si intrecciano i dubbi e le prese di posizione sia sulla estensione della riforma che sulla sua collocazione sistematica.

---

(127) « Si la réglementation donnée par le nouveau Code allemand au contrat de travail, disons au contrat de services, est une réglementation très sage, très modérée, très respectueuse de toutes les libertés, il y a un caractère qui la domine, comme il domine tout l'ensemble de la nouvelle législation allemande, c'est la part considérable laissée aux usages, et, par suite, à l'appréciation du juge; car c'est tout un. Après un siècle de règlementation législative, aussi minutieuse que possible, fondée tout entière sur la défiance du prétendu arbitraire du juge, il a bien fallu reconnaître que l'arbitraire de la réglementation légale, de la prévoyance légale, de la formule tâtillonne de la loi, telle qu' elle a de plus en plus nos préférences certaines, est autrement redoutable que la libre et féconde appréciation du juge, dans les limites, à la fois très larges et très précises, que lui trace l'évolution des moeurs et des usages. Le juge est l'interprète de la coutume dans le domaine du droit; il est le régulateur des intérêts privés des parties en cause. Même, lui défendrait-on d'assumer cette fonction, qu' il ne saurait abandonner son rôle, le plus haut et le plus noble qui lui ait été imparti dans tout le cours de l'histoire. Nous n'obtiendrons jamais d'aucune jurisprudence, et je dis à l'honneur de la jurisprudence française, que nous l'obtiendrions d'elle moins que de toute autre, qu' elle s'abaisse à être l'instrument purement mécanique de l'application aveugle d'un texte légal. Le législateur allemand a eu le très réel honneur de constater qu' il ne devait pas, et qu' il ne pouvait plus, en être ainsi; il a voulu et su faire du juge son collaborateur dans l'application concrète de la loi. Il lui a fait la part très large et très belle. Et il l'a bien fait. Le juge allemand sera le grand et souverain régulateur de l'évolution de la pensée juridique allemande en matière de contrat de travail », *ibidem*, p. 240 e s.

(128) Si tratta della *Lettre au Secrétaire général de la Société d'études législatives sur la question du contrat de travail*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, V, 1906, pp. 209-232. Saleilles interverrà a più riprese su tale tema: cfr. R. Saleilles, *Note sur le projet de la commission relative au contrat de travail*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, V, 1906, pp. 493-503; *Observations dans une discussion de la Société d'études législatives sur le contrat collectif de travail*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, VI, 1907, pp. 533-534; *Note écrite présentée à la Société d'études législatives sur le contrat collectif de travail*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, VII, 1908, pp. 79-88. L'ultimo contributo in materia è rappresentato dalla prefazione a C. De Visscher, *Le contrat collectif de travail*, Paris, 1911, pp. V-XXIII.

In primo luogo, si tratta di capire in che misura il Codice, che contiene la carta dei diritti privati dei cittadini, può e deve occuparsi dei lavoratori nel loro insieme e in che misura il diritto civile deve adattare le proprie disposizioni alle differenti tipologie di lavoro, determinate in base alla natura della prestazione. Posizioni opposte sono espresse sul punto da giuristi del calibro di Edmond Thaller e Paul Cauwès (129). Thaller si oppone alla ipotesi di introdurre la regolamentazione del contratto di lavoro nel Codice sostenendo che ciò equivarrebbe a stravolgerne la natura in quanto esso è nato come Codice di una specifica classe sociale e l'armonia che lo caratterizza è frutto di un preciso disegno ideologico. Conseguentemente, la naturale *sedes materiae* della convenzione collettiva è nel futuro *Code du travail*. Secondo Cauwès, al contrario, il contratto di lavoro, in quanto forma giuridica generale, si colloca naturalmente nel Codice. La legislazione industriale non deve essere interpretata come una legislazione di classe ma come un semplice insieme di regole destinate a disciplinare contesti lavorativi differenziati (130).

Si tratta di capire, in secondo luogo, quale debba essere la portata di un intervento di riforma in materia di diritto del lavoro e, in particolare, in che misura sia possibile ricondurne la disciplina al diritto comune e in che misura, invece, sia necessario elaborare una regolamentazione *ad hoc*. A tal proposito, Saleilles evidenzia come il profilo nel quale il diritto comune si rivela particolarmente deficitario, al punto da rendere necessario un intervento espresso della Commissione, sia quello relativo alla formazione del contratto.

Tale aspetto si intreccia, a sua volta, con la questione preliminare relativa alla definizione della natura contrattuale della fattispecie del rapporto di lavoro. È evidente, qui, l'eco delle concezioni regolamentari di un Lemire o di un Jay, che vedono nel contratto di lavoro una fattispecie *sui generis*, connotata in senso pubblicistico,

---

(129) P.-L. Cauwes (1843-1917) insegna Economia politica nella Facoltà giuridica parigina. Da tale corso nasce il *Précis du cours d'économie politique professé à la Faculté de droit de Paris, contenant, avec l'exposé des principes, l'analyse des questions de législation économique*, Paris, 1881-1882. Al 1898 risale invece il volume dedicato a *L'économie politique nationale*, mentre è del 1905 la prefazione a P. Alglave, *Questions monétaires contemporaines*.

(130) Cfr. C. Didry, *Naissance de la convention collective*, cit., p. 145 e s.

non riconducibile al normale schema contrattuale. Saleilles sottolinea invece con insistenza come l'idea contrattuale sia alla base del progetto elaborato dalla Commissione, sul presupposto che tutte le volte in cui il lavoro è oggetto di un rapporto sinallagmatico si trasforma in un valore economico suscettibile di formare l'oggetto di un contratto (131).

I riformatori, in altre parole, evidenziano il fatto che il lavoratore si obbliga non in virtù di una legge iniziale che subisce passivamente, ma in virtù di un atto libero della sua volontà: « qui dit contrat dit égalité dans la liberté; qui dit contrat fait allusion à la mise en regard de deux individualités autonomes, qui, sur le terrain du droit, gardent une valeur identique, et dont les obligations et les droits réciproques sont pesés à la mesure d'une balance égale » (132). La nozione di contratto, diversamente dalla nozione di « louage » viene preferita in quanto consente di superare l'idea di una dipendenza oggettiva tra lavoratore e datore di lavoro, valorizzando invece l'idea di un atto libero, espressione della autonomia privata. Il funzionamento del meccanismo contrattuale presuppone la presenza di individualità poste su un piano di eguaglianza, in grado di discutere gli interessi reciproci e di accertare i rischi inevitabili insiti in ogni rapporto negoziale. La funzione economica e sociale del contratto consiste nella garanzia della permanenza degli impegni

---

(131) Occorre rilevare l'insistenza con la quale Saleilles ribadisce l'idea contrattuale. Essa testimonia del timore ben presente in seno alla *Société* nei confronti di una costruzione suscettibile di favorire una sorta di scivolamento verso un modello regolamentare del contratto, aborrito dai liberali e in generale dai solidaristi: « tout d'abord est-il besoin d'insister beaucoup pour écarter du projet de la Commission le reproche qu' on semble lui adresser, ou le justifier de l'arrière-pensée qu' on lui prête, de vouloir ruiner l'idée de contrat, lorsqu' il s'agit de la base initiale et du titre fondamental des rapports juridiques entre patrons et ouvriers…Il est, en effet, singulier que le motif qu' on en donne soit tiré précisément de l'expression même que le projet de la Commission a voulu expressément adopter, afin de mieux marquer cette origine contractuelle, puisque c'est le terme technique, et je dirais volontier officiel, de *Contrat de travail*, que l'on prétend introduire dans le Code civil, là où il n'y avait rien, ou à peu près. Il faut avoir une singulière défiance des termes, et de ceux qui sont chargés de les interpréter, pour lire cette définition légale et technique « Contrat de travail » comme si la Commission eût proposé d'intituler le chapitre qui s'y réfère: « De la règlementation légale du travail industriel », *Lettre au Secrétaire général*, cit., p. 209 e s.

(132) *Ibidem*, p. 210.

assunti e presuppone l'eguaglianza o comunque l'equilibrio iniziale delle parti.

È in tale ambito che emerge con chiarezza la specialità del contratto di lavoro. L'elaborazione di tali regole è stata effettuata senza tener in considerazione il fenomeno, tipicamente moderno, di un vincolo contrattuale che appare come la risultante non di due volontà libere e compenetrate, ma di due volontà giustapposte, delle quali una appare preponderante non per circostanze puramente accidentali, ma a causa di situazioni economiche capaci di generare monopoli di fatto, davanti ai quali le volontà aderenti non possono far altro che cedere, senza alcuna possibilità di discutere o di far valere i propri interessi.

Sulla base degli stessi principi del diritto contrattuale, è possibile enucleare, tra i contratti tipici dell'età moderna, una categoria speciale, con caratteristiche peculiari: la fissità assoluta delle clausole; una regolamentazione caratterizzata dalla presenza di clausole accessorie multiple, dal contenuto indisponibile; la forza contrattuale predominante di una delle parti. Si tratta di obbligazioni espressione di necessità economiche e sociali predominanti, di fronte alle quali le parti interessate non hanno possibilità di scelta. Esse si trovano confrontate a organismi potenti e estremamente organizzati, in possesso di un monopolio legale o di un monopolio di fatto, e in tali condizioni il vincolo contrattuale finisce per essere il frutto di formule preconfezionate, che costituiscono in un certo senso la legge del contratto, alla quale le parti possono scegliere di aderire senza però avere la possibilità di ridiscuterne il contenuto.

Per dar conto di tali fattispecie contrattuali, in cui « l'une des parties, sans être appelée à discuter aucune condition relative au contrat, n'a plus qu' à donner son adhésion à une loi générale, destinée à régler tous les rapports juridiques que vise l'organisme auquel elle s'adresse », Saleilles conia, come sappiamo, il sintagma « contrat d'adhésion ». Si tratta di contratti *sui generis*, contrassegnati da un sensibile ridimensionamento della autonomia privata.

Gli esempi tipici sono il contratto di trasporto, il contratto di assicurazione e il contratto di lavoro nella grande industria. Nei primi due casi, siamo in presenza di un monopolio giuridico, al punto che le tariffe e le condizioni del contratto sono sottoposte al

controllo e all'approvazione di una autorità superiore incaricata di tutelare i diritti degli interessati.

Nel caso del contratto di lavoro, pur non ricorrendo le condizioni tipiche di un monopolio legale, vi sono non di meno tutti gli elementi costitutivi di un contratto di adesione: la presenza di una "legge contrattuale" preponderante, volta a stabilire, entro una regione determinata, condizioni giuridiche uniformi in relazione a specifici ambiti professionali; la presenza di clausole accessorie e supplementari, sotto forma di « réglements d'atelier », relative a aspetti centrali del rapporto di lavoro, accettate *a priori*, senza possibilità di contestazione, e suscettibili di essere modificate a discrezione del datore di lavoro durante l'esecuzione del contratto.

In presenza di tali circostanze, pur tenendo ferma la natura contrattuale del rapporto, appare evidente la necessità di ripensare le regole poste dal Codice in materia di formazione, di esecuzione e di interpretazione del contratto, riadattandone il contenuto in modo da poter adeguatamente fronteggiare il fenomeno dei contratti di adesione, cui il contratto di lavoro è riconducibile.

Saleilles immagina una soluzione "dolce" basata sulla interpretazione giudiziale del contratto, ispirata allo stesso principio di *assouplissement* che guida l'interpretazione della legge. Infatti, nel caso in cui il predominio economico e sociale non si traduce in un monopolio legale ma in un monopolio di fatto o professionale « résultant de cette circonstance qu' il s'agit d'un débouché professionnel constituant le seul marché ouvert aux intéressés » (133), il

(133) « Voici ma première conclusion. Lorsqu' il s'agit de ces contrats formés exclusivement par l'adhésion des intéressés à une loi fixée d'avance par une partie prépondérante qui ait comme le monopole de fait, ou le monopole professionnel, du service d'intérêt général qui est en cause, la conception des idées de bonne foi et d'équité, en ce qui concerne l'application et l'interptétation des clauses du contrat, devient plus rigoureuse et plus stricte. C'est, d'une part, que l'une des parties n'ayant rien eu à débattre, et n'ayant et qu' à accepter, l'obligation de respecter l'usage contractuel et la loyauté qui constituent ce que les Anglais appellent le *fair play* des relations d'échange, s'impose plus étroitement à l'autre partie, puisqu' elle est seule à avoir la responsabilité de ces exigences d'équité, à les prendre dans leur minimum d'application, et qu' il n'y a pas à compter, pour les faire respecter, sur un débat contradictoire, et sur les transactions et compromis qui, dans les contrats ordinaires, sont la sauvegarde de droit commun de la loyauté contractuelle », *ibidem*, p. 216.

controllo e la regolamentazione non può avvenire attraverso un sistema legale, che finirebbe per soffocare la libertà dell'industria, ma attraverso una forma estensiva di interpretazione giudiziale, capace di valorizzare il principio di lealtà e di buona fede, tenuto conto dei diversi usi economici e professionali e del mutevole contesto sociale.

L'autonomia mostrata dalla giurisprudenza probivirale e dalla giurisprudenza ordinaria in materia di interpretazione dei contratti di trasporto (clausole accessorie sulle tariffe e clausole di esonero della responsabilità), delle polizze assicurative e dei regolamenti industriali ha confermato la tendenza a estendere la nozione di ordine pubblico e quindi il dovere di correttezza e di lealtà o la funzione regolatrice degli usi e delle consuetudini nei confronti delle fattispecie contrattuali contrassegnate da un radicale squilibrio tra le parti, nelle quali una di esse « dicte la loi et crée l'usage » mentre l'altra conserva un ruolo meramente passivo.

Dunque, il primo espediente per disinnescare la mina del contratto di lavoro è un espediente di carattere interpretativo, consistente nell'applicazione, anche in tale ambito, del principio aureo dell'*assouplissement*, resa possibile dalla equiparazione tra *loi* e *contrat* operata dall'art. 1134:

> c'est donc bien un contrat que le juge a mission d'interpréter; ce n'est pas une réglementation légale qu' il prend sur lui de créer. Il ne reconnaît d'autre loi que celle dont parle l'art. 1134; et cette loi c'est le contrat, avec toutes les clauses principales et accessoires qui en marquent les contours. Seulement cette loi contractuelle, cette charte fondamentale des parties intéressées, le juge l'interprète comme il interpréterait une loi ordinaire, sous l'influence des idées de bonne foi et de loyauté réciproques, qui sont la base de tous les rapports sociaux élevés à la hauteur de rapports juridiques (134).

Il pericolo maggiore, nella fase di formazione del contratto, è rappresentato dal fenomeno del cosiddetto salario usurario, cioè la lesione derivante da sfruttamento o da violenza. Sul punto, il sistema giuridico francese offre all'interprete due possibili soluzioni. La

(134) *Ibidem*.

prima è rappresentata dall'applicazione del principio dell'art. 6, ovvero la nullità per violazione dell'ordine pubblico. Saleilles ritiene che questa sia una sanzione estrema, difficilmente applicabile a una fattispecie come il contratto di lavoro, nella quale si tratta di stabilire le condizioni della protezione unilaterale di una delle parti nei confronti di un vincolo sinallagmatico caratterizzato da una sproporzione tra le rispettive prestazioni.

Il legislatore tedesco, posto dinanzi al medesimo problema, resistendo alle pressioni provenienti dagli esponenti socialisti, ha ricollegato la nullità del contratto non già alla violazione dell'ordine pubblico, cioè di un ideale più o meno astratto dei rapporti sociali o politici, ma alla violazione del buon costume, cioè degli usi consolidati. In alternativa, al posto di una nullità assoluta per violazione dell'ordine pubblico, è possibile ipotizzare una nullità relativa, conseguenza della violenza morale che ha indotto la parte più debole a concludere il contratto.

Il punto, qui, è capire se sia opportuno introdurre una disposizione speciale o se invece sia sufficiente applicare il diritto comune, e cioè l'art. 1111 del Codice. Vi sono tre ragioni che fanno propendere per l'introduzione di una norma *ad hoc*: in primo luogo, dal momento che, secondo l'art. 1111, la violenza morale può valere come vizio del consenso solo a condizione che vi sia un intervento o una pressione personale diretta della controparte o di un terzo, lo sfruttamento usurario ben difficilmente può ritenersi sufficiente a integrare i presupposti per l'applicabilità della norma; in secondo luogo, l'art. 1115, secondo il quale « un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence, si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé, soit expressément, soit tacitement, soit en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi », può fornire argomenti sufficienti a fondamento del rigetto della domanda di annullamento; in terzo luogo, non tutti gli interpreti concordano sul fatto che la violenza morale rientri nella nozione di « contrainte », presupposto per l'annullamento *ex* art. 1111, come dimostrano le reazioni scandalizzate alla famosa sentenza di Magnaud che, applicando estensivamente l'art. 64 del Codice penale, assolve la « voleuse de pain » ritenendola spinta ad agire da una violenza interiore irresistibile; infine, la violenza morale è difficile

da provare ove non siano ammesse presunzioni ricavate dall'osservazione delle circostanze di fatto nelle quali ha avuto luogo l'attività negoziale.

Siamo quindi in presenza di una situazione di stallo, fatta di pronunce contraddittorie e di timidezze interpretative, nella quale la *méthode historique* mette in luce la necessità di un intervento di carattere legislativo: « puisqu' il y a doute, non seulement doute, mais protestation presque générale contre ce système de large interprétation, il faut bien que la loi intervienne. Elle est faite pour cela; c'est à elle de trancher les hésitations des tribunaux. Je ne blâme pas le tribunaux d'hésiter sur ce point; je blâme simplement ceux qui nous reprochent d'en appeler à la loi, sous prétexte que la loi existe, alors que tout le monde sait qu' on ne l'applique pas sous cette forme et dans cet esprit » (135).

Saleilles propone come soluzione ideale quella del § 138 del BGB: la generalizzazione delle nuove concezioni ammesse in materia di usura reale. Al sistema precedente, basato su un risarcimento forfettario, se ne sostituisce un altro, che lega il risarcimento, in relazione a qualsiasi fattispecie negoziale, alla prova dello sfruttamento individuale, fondata sulla dimostrazione della sproporzione tra le prestazioni. L'abbandono del sistema forfettario frutto di una concezione che faceva della lesione *ultra dimidium* una conseguenza specifica del rapporto usurario a favore di un sistema fondato sulla prova dello sfruttamento individuale attuato attraverso « contrainte morale », ha consentito al legislatore tedesco di generalizzare la disciplina originariamente prevista in materia di usura, estendendola a tutti i contratti sinallagmatici.

Tale disposizione viene ripresa e ampliata dal Progetto ungherese: non solo la lesione *ultra dimidium* viene considerata una violazione dell'ordine pubblico ma, per il suo accertamento, non è più necessaria la prova concreta dello sfruttamento, essendo sufficiente la presenza di una evidente sproporzione tra le prestazioni. Il § 957 di tale Progetto, nella versione tedesca di cui dispone Saleilles, prevede infatti che « nichtig ist insbesondere ein jeder Vertrag,

(135) *Ibidem*, p. 219.

durch den die eine Partei unter Ausnützung der Unerfahrenheit, des Leichtsinnes oder der bedrängten Lage der anderen Partei sich eine, den Wert ihrer eigenen Leistung unverhältnismässig übersteigende Gegenleistung bedingt ».

Il Progetto svizzero, al contrario, nell'edizione del 1905 — che è quello al quale fa riferimento Saleilles al momento di preparare la sua memoria per la *Société d'études législatives* — adotta il sistema ungherese per quanto riguarda l'accertamento della sproporzione ma se ne discosta sotto il profilo sanzionatorio, prevedendo non una ipotesi di nullità per violazione dell'ordine publico o del buon costume ma una ipotesi di rescissione per lesione, azionabile dalla sola parte interessata: « un contrat dans lequel il y a disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre peut être rescindé à la demande de la partie lesée, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience ».

Questi sono i precedenti dell'art. 11 del Progetto elaborato dalla Commissione, il quale prevede l'ipotesi della lesione usuraria in relazione al contratto di lavoro, in attesa di una eventuale riforma volta a generalizzare tale principio, come è avvenuto nell'ordinamento tedesco, rendendolo applicabile a qualsiasi rapporto sinallagmatico.

La regola acquista una portata molto diversa a seconda del fondamento giuridico prescelto. Se la lesione viene considerata alla stregua di un fatto illecito, di una violazione dell'ordine pubblico, a venire in rilievo non è il vizio del consenso ma la sfruttamento in quanto tale, nella misura in cui configura un attentato al buon costume. Ciò che occorre determinare non è il grado di violenza morale sufficiente a viziare il consenso, ma il grado di sfruttamento derivante dal contratto. Il fondamento della lesione usuraria è rappresentato dall'idea di sfruttamento individuale. Tale requisito è valutato non in relazione al grado di violenza morale che ha generato, ma dall'esterno, alla luce di un due criteri obiettivi considerati isolatamente: la sproporzione dei salari, valutata secondo gli usi vigenti, lo stato di miseria, di inesperienza, di bisogno dell'operaio.

A differenza del modello svizzero, il Progetto della Commissione adotta una concezione oggettiva, fondata non su una nullità per vizio del consenso ma su una nullità per violazione dell'ordine pubblico. Considerando che il rischio è, in certa misura, parte integrante del fenomeno contrattuale, la Commissione non ritiene sufficiente la prova della lesione per far scattare la sanzione della nullità, ricollegandovi una presunzione assoluta di violenza morale, ma introduce una ipotesi di nullità « pour exploitation d'autrui », la cui operatività dipende dalla presenza di tre requisiti: la prova della violenza risultante dal fatto dello sfruttamento; lo stato di bisogno o di inesperienza della parte lesa; il vantaggio derivato alla controparte dallo sfruttamento di tale stato di inferiorità.

La « nullité pour exploitation » e la rescissione per lesione differiscono perché nel primo caso è necessario fornire una prova supplementare. Se, a dispetto della sproporzione tra le prestazioni, si prova che l'operaio non si trova in uno stato di bisogno o di debolezza tali da obbligarlo ad accettare qualsiasi condizione contrattuale, o se si dimostra che avrebbe potuto attendere o trovare altrove un lavoro a condizioni migliori o comunque che non ha concluso il contratto spinto da un'effettiva costrizione, per ragioni di bisogno, di debolezza o di inesperienza, non vi è sfruttamento e quindi nullità del contratto. Conseguentemente, nel caso in cui una lesione anormale sia conforme agli usi di una determinata regione in relazione a un particolare tipo di industria, è sempre possibile arrivare a dichiarare la nullità del contratto per vizio del consenso, fornendo la prova diretta che, nel caso di specie, l'operaio ha accettato il salario fissato dalle consuetudini non già perché intendeva sottomettervisi ma perché costretto da uno stato di bisogno, che gli ha impedito di cercare altrove condizioni migliori.

In conclusione, a giudizio di Saleilles, la tutela del lavoratore, in presenza di un contratto di lavoro individuale, può essere conseguita attraverso una riforma tendente a introdurre una ipotesi di « nullité pour exploitation », sul modello dell'art. 1036 del Progetto svizzero, o, in via eccezionale, affidandosi al diritto comune: all'art. 6, censurando il contratto per violazione dell'ordine pubblico, o all'art. 1111, facendo valere il principio della costrizione morale. In questi ultimi due casi, tuttavia, allo scopo di preservare quel che resta di

una traballante *paix sociale* appare inopportuno introdurre norme *ad hoc* (136).

È evidente però che si tratta di soluzioni provvisorie, certamente non sufficienti: in presenza di uno sfruttamento di carattere collettivo, il rimedio non può essere circoscritto alla tutela giudiziale del singolo rapporto individuale di lavoro:

> la protection des ouvriers, lorsque l'exploitation est collective, ne peut pas être cherchée dans un moyen judiciaire qui ne vise que ce qui est individuel et que les cas individuels, et qui ne saurait jamais avoir pour effet d'apporter la perturbation et la révolution d'un seul coup dans toute une industrie. Devant les abus collectifs, il n'y a de ressource que dans les remèdes collectifs et les ententes collectives. Il faut traiter de puissance à puissance. Ce sera le rôle du contrat de travail collectif (137).

Il rimedio giudiziale non può mai assumere una portata collettiva, pena l'esplodere del conflitto sociale, e proprio per questo è destinato a svolgere una semplice funzione transitoria. Offre una valvola di sfogo al conflitto ma non rappresenta una soluzione definitiva: l'esame della tutela giudiziale del contratto di lavoro svela perciò l'esigenza di un approdo ben più ambizioso: l'elaborazione di una fattispecie contrattuale autonoma destinata a disciplinare i rapporti di lavoro.

3.2. *Verso una* charte collective obligatoire*: dal contratto individuale alla* loi contractuelle.

L'ultima tappa del processo storico che porta alla nascita del

---

(136) « Dans une réforme législative de notre droit, il me semble que les deux nullités extrêmes, pour ordre public ou pour contrainte morale, n'auraient pas à être visées par un texte spécial. Il n'y aurait qu' à s'en remettre au droit commun, soit de l'art. 6 pour le cas d'ordre public, soit de l'art. 1111 un peu élargi, pour le cas de contrainte morale. Resterait donc simplement à introduire un nouveau texte, consacrant l'action de nullité pour exploitation, à peu près dans les termes et avec la valeur de l'art. 1036 du Projet suisse. Et encore n'aboutirait-elle jamais, si élargie qu' elle soit, qu' à réprimer certains abus individuels. Ce ne sera jamais, à moins de tout bouleverser, un moyen d'annuler à la fois tous les contrats d'une même industrie sous prétexte d'usages abusifs. Sur ce point, il faut que l'on s'y résigne », *Lettre au Secrétaire général*, cit., p. 231.

(137) *Ibidem*.

contratto collettivo di lavoro come fattispecie autonoma e peculiare presuppone il passaggio dalla tutela individuale alla tutela collettiva del rapporto di lavoro e il passaggio dal contratto alla « loi contractuelle » (138).

La principale difficoltà da superare, nell'ambito di una legislazione sulla convenzione collettiva, è rappresentata dalla definzione del presupposto della sua obbligatorietà (139). Il carattere vincolante delle disposizioni contenute in tale convenzione è espressamente sancito dall'art. 50 del progetto elaborato dalla *Société*, secondo il quale « lorsqu' un contrat de travail intervient entre un employeur et un employé qui doivent, aux termes de l'article précédent, être considérés comme soumis l'un et l'autre aux obligations résultant de la convention collective, les règles déterminées en cette convention s'imposent, nonobstant toute stipulation contraire, aux rapports nés de ce contrat de travail ». Ne deriva che le deroghe individuali espresse alle disposizioni contenute in un contratto collettivo saranno nulle, mentre in precedenza, in virtù del principio della libertà delle convenzioni, venivano considerate valide dai tribunali, purché non fossero contrarie alla legge o al buon costume.

Si tratta però, al di là della apparente linearità di tale norma, di un profilo di particolare delicatezza, specie ove si tenga presente che ci si muove ancora nel quadro di un sistema di relazioni industriali caratterizzato da uno sviluppo piuttosto modesto della organizzazione sindacale, nel quale quindi il conflitto non riesce a istituzionalizzarsi ed appare segnato da una notevole fluidità, essendo gestito da soggetti sovente privi di una precisa configurazione giuridica (140). Il problema dell'efficacia del contratto, in relazione alla sua inedita natura collettiva, non può perciò essere risolto sempli-

---

(138) Cfr. J. Le Goff, *La naissance des conventions collectives*, cit., p. 75 e ss. Tale processo è stato descritto anche come passaggio dal « rapport contractuel à la relation de travail institutionnelle », cfr. G. Lyon-Caen, *Défense et illustration du contrat de travail*, in *Archives de philosophie du droit*, n. 13, 1968, p. 59 e ss.

(139) Questi profili sono esaminati nella *Note sur le contrat collectif de travail*, cit., p. 79 e ss.

(140) Cfr. F. Soubiran-Paillet, *Du syndicat négocié à la négociation syndicale*, in P. Gerard-F. Ost-M. Van De Kerchove (a cura di), *Droit négocié, droit imposé?*, Bruxelles, 1996, pp. 677-693.

cemente assegnando al sindacato il ruolo di controparte necessaria in virtù di un mandato generale, poiché ciò non rispecchia la dinamica effettiva del conflitto industriale.

Il problema centrale è pertanto rappresentato dalla determinazione dei soggetti obbligati dalla convenzione collettiva. A tal fine, il progetto, all'art. 48, individua due dispositivi: il primo è quello del « mandat spécial », secondo il quale sono considerati tenuti al rispetto delle regole stabilite nella convenzione « les employeurs ou les employés qui ont donné individuellement, par écrit, mandat spécial aux négociateurs pour traiter en leur nom »; il secondo è il dispositivo del « délai de réflexion », il cui scopo è quello di ritagliare un margine per il consenso individuale nel contesto di impegni assunti da soggetti agenti a nome di una collettività, sindacato o gruppo professionale.

In tal caso, si considerano obbligati dalla convenzione « ceux qui, au moment où la négociation est passée, sont membres d'un syndicat ou d'un groupement partie à cette convention, si dans un délai de quatorze jours à dater du dépôt au secrétariat du Conseil des Prud'hommes ou aux greffes de la justice de paix, ils ne se sont pas retirés du syndicat ou du groupement participant, par une démission donnée de bonne foi et notifiée audit secrétariat ou greffe ».

Il relatore del progetto collega la difficoltà di individuare i soggetti effettivamente obbligati dalla convenzione allo sviluppo ancora insufficiente del fenomeno sindacale, alla eccessiva fluidità dei « groupements », la quale complica in misura considerevole il processo di istituzionalizzazione della contrattazione collettiva: « il y a unanimité à dire qu' en France les syndicats sont des cadres qui se vident ou se remplissent suivant les circonstances, de sorte qu' il est impossible de dire qui ils comprennent à une date déterminée. Les ouvriers s'inscrivent en masse au moment d'un conflit avec les patrons par exemple; puis, beaucoup cessent de participer réellement à l'existence du syndicat, ne vont pas aux réunions, ne payent pas leur cotisation; les directeurs du syndicats et beaucoup de ceux qui s'y sont jadis inscrits eux-mêmes seraient bien en peine de dire s'ils continuent ou non à en faire partie » (141).

---

(141) *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1907, cit., p. 515. Il problema

La questione viene a sua volta considerata espressione del problema più generale legato alla impossibilità di applicare la teoria delle prove al contratto di lavoro, sia nella fase iniziale, sia nell'ipotesi patologica di « rupture abusive », data l'estrema « volatilità » della fattispecie. È infatti praticamente impossibile determinare la composizione esatta di un « groupement », sia esso permanente o temporaneo. D'altra parte, l'idea di restringere la sfera dei soggetti obbligati ai soli firmatari del mandato risulta al contempo irrealistica e poco garantista. Da un lato, infatti, è impossibile, specie nel caso di convenzioni collettive dell'importanza della *Convention d'Arras*, ottenere le firme di tutti i soggetti interessati; dall'altro, i soggetti che aderiscono ad una manifestazione lo fanno quasi sempre in bianco, conferendo pieni poteri agli agitatori, i quali possono assumere impegni che vanno ben al di là della volontà dei diretti interessati.

Ne deriva che l'unica soluzione possibile consiste nel riservare al giudice un ampio margine di discrezionalità allo scopo di determinare, caso per caso, i soggetti effettivamente obbligati dalla convenzione. Tale potere di apprezzamento è riconosciuto qualora si tratti di stabilire in che misura sono vincolati dalla convenzione quei

---

potrebbe essere ridimensionato, almeno in parte, formalizzando l'appartenenza al sindacato, attraverso liste pubbliche e la predisposizione di regolamenti specifici. Il relatore è favorevole a tale soluzione benché essa sia impossibile da attuare poiché sferrerebbe un colpo mortale a un sindacalismo ancora in fase embrionale. L'altra soluzione, sostenuta da Millerand, in linea con il sistema del sindacato quasi-obbligatorio caro al socialismo riformista, secondo la quale il mandato dovrebbe risultare da un voto formale espresso a maggioranza dagli operai, è ritenuta impraticabile poiché richiederebbe l'elaborazione di una legislazione *ad hoc*. Infine, l'idea di collegare l'efficacia della convenzione a un *referendum* confermativo viene a sua volta giudicata impraticabile poiché presupporrebbe anch'essa la formalizzazione del procedimento di adesione al sindacato nonché la sua pubblicità: « la Commission n'a pas cru de pareilles dispositions compatibles avec l'organisation du monde des travailleurs tel qu' il existe aujourd'hui. Sans examiner si une autre organisation serait préférable, ni si elle serait compatible avec le respect de la liberté individuelle dont quelques-uns ne se résignent pas à faire le sacrifice, nous avons considéré que nous ne pouvions pas raisonner sur un état de choses tout différent de celui dans lequel nous vivons… C'est pourquoi nous n'avons pas cru pouvoir mieux faire que de vous présenter un système reposant sur des présomptions dont nous ne nous dissimulons pas le caractère un peu vague, mais auxquelles, du moins, nous donnons à chacun un moyen certain de se soustraire ». *Ibidem*, p. 515 e p. 517.

soggetti che hanno preso parte alle riunioni e alle manifestazioni dalle quali è scaturito il mandato sulla cui base hanno agito i responsabili della trattativa. Tuttavia, mentre la prova del vincolo contrattuale può essere ricavata dal giudice a partire da circostanze di fatto valutate discrezionalmente, è sempre ammessa la facoltà di recesso a favore di quei soggetti inglobati in gruppi la cui composizione ed effettiva consistenza rimangono incerte.

La soluzione elaborata dalla *Société*, incentrata sul sistema del « mandat » e del « groupement », unito a quello del « délai de réflexion », voluto da tradizionalisti alla Colson (142), è d'altra parte il risultato della ricerca di un compromesso all'interno della stessa *Société* tra gli esponenti del sindacalismo obbligatorio e i liberali fedeli all'ortodossia civilistica, secondo i quali il contratto, per quanto collettivo, non può che essere il frutto di una volontà individuale, libera da ogni condizionamento esterno. Il lavoro di tale organismo non può infatti fare a meno di riflettere il contrasto tra una visione tradizionale del meccanismo contrattuale, fondata sul dogma della autonomia privata, con i corollari della libertà e della responsabilità, e una visione "dirigistica", tendente a rompere lo schema contrattuale e a collocare la convenzione collettiva in una dimensione regolamentare e quindi marcatamente pubblicistica (143).

---

(142) Clément Colson (1853-1939) è un ingegnere ed economista la cui opera principale, il *Cours d'économie politique professé à l'Ecole nationale des ponts et chaussées*, Paris, 1901-1933, rappresenta un interessante tentativo di sintesi tra la scuola liberale francese e l'analisi economica della corrente marginalista di A. MARSHALL e di L. WALRAS. Cfr. C. PICORY, *Orthodoxie libérale et hétérodoxie marginaliste: Clément Colson*, in *Revue économique*, XL, 1989, pp. 679-707.

(143) Tale dialettica è destinata a perpetuarsi nelle diverse sedi più o meno ufficiali nelle quali si discute del contratto di lavoro. Così, nell'ambito della *Association pour la protection légale des travailleurs*, si ricollegherà l'efficacia obbligatoria della convenzione a un mandato espresso conferito preventivamente ai soggetti incaricati di negoziare. Le eventuali defezioni avranno luogo non dopo la firma della convenzione, con il meccanismo del « délai de réflexion », ma al momento dell'avvio delle trattative. Si crede di poter conciliare, in tal modo, il principio dell'autonomia privata con la necessaria stabilità della convenzione collettiva, espressione della sua natura regolamentare. Saleilles stesso era membro della *Association nationale française pour la protection légale des travailleurs*, cfr. F. SOUBIRAN-PAILLET, *De la Société d'études législatives au Conseil national économique*, cit., p. 71.

La soluzione basata sulle categorie di « mandat » e di « groupement » proposta da Perreau va in questa direzione. La convenzione collettiva si presenta come l'atto di un gruppo rappresentato da negoziatori mandatari dei lavoratori o dei datori di lavoro. In quanto tale, essa rappresenta il riferimento obbligato dei contratti individuali di lavoro. Al di là del sindacato, il « groupement » è una entità ampia, suscettibile di assumere molteplici forme, benché non del tutto fluida e indeterminata. Perreau pensa ai « comités de grève » e ai « conseils d'usine », organi meno strutturati dei sindacati, spesso però dotati di un significativo potere di rappresentanza. Il mandato, inoltre, va inteso in senso non formalista, in quanto i suoi effetti possono estendersi all'insieme degli operai che hanno preso parte allo sciopero, mentre la sua esistenza, specie nel caso in cui ad agire sia un « groupement » e non un sindacato, può essere semplicemente desunta dalle circostanze.

Si tratta di una impostazione di natura chiaramente compromissoria (144), riflesso, nell'ambito del diritto, dell'aspirazione di Millerand e di molti altri solidaristi allo sviluppo di una organizzazione della rappresentanza operaia nel contesto della vita economica del paese. Una simile concezione presuppone di non ridurre la convenzione collettiva a un contratto tra due persone giuridiche — le imprese e i sindacati professionali definiti dalla legge del 1884 — ma di fare di essa una categoria generale destinata a disciplinare simultaneamente i rapporti tra datori di lavoro e collettività operaie di genere e dimensioni differenti, ponendosi come l'orizzonte del contratto individuale di lavoro. Il problema è allora quello di introdurre all'interno del diritto civile un meccanismo capace di offrire una regolamentazione democratica dei conflitti industriali.

La concezione della disciplina del rapporto di lavoro come frutto di una convenzione derivante da un mandato non riscuote il consenso unanime dei giuristi presenti in seno alla *Société*; secondo alcuni, tale disciplina non può che avere un fondamento contrattuale e deve derivare da un accordo formale tra parti precisamente definite e dotate di capacità giuridica. Personaggi come Baudouin, Larnaude, Saleilles, respingono l'idea del « groupement » come

(144) Cfr. C. Didry, *Naissance de la convention collective*, cit., p. 171.

parte contraente, considerando tale termine atecnico oltre che « insuffisant » e « dangereux ».

All'estremo opposto vi è la posizione di giuristi quali Raoul Jay, favorevoli a una concezione regolamentare del contratto di lavoro e fortemente critici con l'impostazione rigorosamente privatistica assunta dalla *Société*. In questa prospettiva, l'assoluta mancanza di equilibrio che connota il contratto di lavoro rende impossibile assimilarlo a un normale contratto sinallagmatico. Jay ritiene che, al fine di assicurare al sindacato la possibilità di agire in giudizio a tutela del contratto collettivo, non sia affatto necessario elaborare una disciplina civilistica nuova, ma sia sufficiente riprendere la proposta di riforma della legge del 1884 ideata da Lemire. Al contrario, elaborare uno schema legislativo estremamente dettagliato significa irrigidire la disciplina del conflitto industriale, col risultato che « on s'expose à un redoutable péril…celui de dénaturer l'institution que l'on prétend règlementer » (145).

L'iniziativa dell'*abbé-démocrate* alla quale fa riferimento Jay non è altro che un progetto di legge presentato nel 1902, volto a completare e a modificare la legge del 21 marzo 1884 sui sindacati professionali riconoscendo loro il diritto di agire in giudizio a tutela del contratto collettivo. Il progetto è frutto della riflessione degli ambienti del cattolicesimo sociale e della *Réunion des revues catholiques sociales*, ed è evidente il nesso, che ritroveremo in Saleilles, tra lo sviluppo del fenomeno sindacale e l'affermazione della contrattazione collettiva.

Lemire considera il sindacato al contempo un organo della rappresentanza collettiva, destinato a preparare « le Sénat de l'avenir » e un organo economico il cui fine è la sostituzione del regime del salariato con il regime cooperativo (146). Esso ha dunque una duplice funzione, nel quadro di quella visione neo-corporativa comune a molti intellettuali della Terza Repubblica. Lo sviluppo del sindacato deve favorire la « paix sociale », attraverso il consolidamento di una forma di organizzazione collettiva a carattere regolamentare, una « organisation obligatoire qui enchaînera les volontés

(145) *Bulletin de la Société d'études législatives*, VII, 1907, cit., p. 547.
(146) Cfr. J.-M. Mayeur, *L'abbé Lemire*, cit., p. 367 e s.

individuelles » (147), una sorta di « loi de la profession », il cui fondamento giuridico viene configurato alla stregua di una « stipulation pour autrui ». Il contratto collettivo, per Lemire, è una forma intermedia tra il contratto ordinario, che obbliga soltanto le parti che lo hanno concluso, e la legge, avente per definizione natura generale e astratta. Il punto di partenza del contratto collettivo è rappresentato dal libero consenso, ma il punto di arrivo è la legge o comunque una forma di regolamentazione professionale avente natura pubblicistica.

Jay, utilizzando la proposta Lemire, ha in mente uno schema simile a quello degli accordi giuridici conclusi da enti pubblici in nome e per conto della collettività interessata e volti a introdurre una disciplina uniforme per un determinato tipo di rapporti: « voici un comité de grève, un syndicat qui stipule d'un ou de plusieurs patrons certaines conditions de travail. Pour qui ce comité de grève, ce syndicat stipule-t-il? Uniquement pour ceux qui lui ont donné mandat ou pour ses membres? Point du tout! Il stipule pour tous les ouvriers qui exercent ou exerceront la profession dans la région déterminée…Le rôle de ce comité de grève ou de ce syndicat ouvrier se rapproche singulièrement de celui d'une municipalité qui stipule d'une compagnie de gaz ou d'électricité, par exemple, certains avantages en faveur de tous les habitants de la commune, ou mieux encore de celui qui remplit une administration, lorsque…oblige les entrepreneurs de travaux qu' elle a mis en adjudication à garantir aux ouvriers qu' ils emploient certaines conditions de travail…C'est la stipulation pour autrui ». In questa prospettiva, il contratto collettivo appare alla stregua di una « nécessité de notre état économique et sociale » nel quadro di una soluzione che, al di fuori di una prospettiva meramente privatistica, eleva la regolamentazione in esso contenuta al rango di « *usage* de la profession pour une région donnée » (148).

Il consolidamento di tale « usage » deve però avvenire senza abbandonare l'impostazione movimentista che ha caratterizzato fin dalle origini la gestione dei conflitti industriali. In tal senso, come osserva Alexandre Millerand, il programma di Jay mira a favorire il consolidamento spontaneo di consuetudini giuslavoristiche aventi

---

(147) Citato da C. Didry, *Nassance de la convention collective*, cit. p. 178

(148) *Bulletin de la Société d'études législatives*, VII, 1907, cit., p. 547.

natura regolamentare, « consiste à attendre d'un mouvement spontané et anarchique des progrès dont la réalisation ordonnée et logique peut être obtenue d'une façon plus directe et plus rapide » (149). Si tratta, come sottolinea lo stesso Millerand, di una posizione troppo radicale, capace di totalizzare l'unanimità dei dissensi, eppure non priva, specie nelle notazioni di dettaglio, di spunti interessanti, come ad esempio l'individuazione nell'espediente del « délai de réflexion » di un congegno che, ideato per preservare l'autonomia privata, rischia di porsi come un elemento di instabilità e di disaggregazione dell'unità sindacale (150).

La regolamentazione giuridica del contratto collettivo solleva insomma diversi interrogativi. In primo luogo, occorre stabilire quali sono i soggetti obbligati, sia nel caso di gruppi amorfi o irregolari, sia nel caso di sindacati; in secondo luogo, occorre precisare la natura giuridica della convenzione collettiva, ovvero se essa sia una sorta di mandato o piuttosto una sorta di contratto a favore di terzi.

Il problema della determinazione dei soggetti obbligati si pone soprattutto in relazione all'ipotesi non infrequente di un contratto collettivo concluso da un comitato di fatto (151). Può trattarsi di un

---

(149) Posizione che l'illustre uomo politico non condivide: « quelles que soient les imperfections certaines, et j'ajoute inévitable, du projet de loi sur le contrat collectif, j'en suis pour ma part partisan. Je ne crois pas du tout que ce soit une panacée, je ne crois pas que son introduction dans nos lois règlera demain tous les conflits dans le monde du travail, mais je suis convaincu…que c'est un pas et un grand pas vers la paix sociale. Pourqoui? Précisément parce qu' à l'état actuel, vous allez substituer une organisation, parce qu' en face de l'employeur va surgir à la place d'un comité d'un jour, sans personnalité et sans responsabilité, une organisation, que ce soit syndical, que ce soit l'ensemble des employés d'une usine, que ce soit même un groupement de fait, qui aura contracté et sur lequel, en vertu même de notre texte, pèsera une responsabilité », *ibidem*, p. 556.

(150) Nell'ambito della *Association pour la protection légale des travailleurs*, incaricata di esaminare il progetto Doumergue e il rapporto Chambon, Jay individua nel *referendum* preventivo alla ratifica della convenzione collettiva lo strumento in grado assicurare validità agli accordi formati in assenza di sindacati professionali. I lavoratori che aderiscono preventivamente all'accordo collettivo sono paragonati espressamente agli individui che alienano la propria libertà per aderire al contratto sociale, secondo la celebre costruzione rousseauviana. Cfr. C. Didry, *op. cit*., p. 179.

(151) È interessante sottolineare come Saleilles, di solito così sensibile al richiamo della realtà e alla dimensione fattuale, guardi con fastidio e talvolta con malcelato disprezzo, ai « groupements de fait », ai comitati improvvisati guidati da « meneurs » o

comitato di iniziativa che assume la guida di un movimento di protesta trattando collettivamente e anonimamente come rappresentante della massa operaia in virtù di un mandato tacito autoattribuito.

Siamo in tal caso in presenza di un gruppo rappresentativo privo di esistenza giuridica, una sorta di ufficio di rappresentanza di una associazione rimasta allo stato inorganico, e non di un soggetto di diritto capace di acquistare diritti e di assumere obblighi al di là della responsabilità diretta e personale dei singoli componenti del comitato. Conseguentemente, esso non è in grado di concludere alcun contratto dal quale derivi un diritto collettivo valido per l'intera massa operaia rappresentata, ma può affidarsi esclusivamente all'azione individuale dei suoi membri, agenti in proprio, in qualità di mandatari.

La posizione di Saleilles è ancora più radicale: non soltanto, nel caso di un comitato di fatto, non vi è la possibilità di dar vita ad alcun diritto collettivo ma, ove si utilizzi lo strumento del contratto a favore di terzo, l'attività posta in essere dal rappresentante si rivela completamente inefficace dal punto di vista giuridico. Infatti, in tale fattispecie, il diritto in capo al terzo non nasce indipendentemente dal diritto dello stipulante ma dipende da questo; siamo cioè in presenza di due diritti distinti, uno a vantaggio dello stipulante, l'altro a vantaggio dei terzi beneficiari, derivanti entrambi dal medesimo contratto.

La sostanza non cambia nemmeno nel caso in cui si ritenga che il diritto del terzo derivi da un secondo contratto la cui offerta sia

---

da « agitateurs », capaci di mettere continuamente a repentaglio la « paix industrielle ». Non si tratta dei timori di un giurista naturalmente incline alla conservazione ma della manifestazione di un fenomeno più complesso che, come è stato correttamente osservato, affonda le sue radici nella mentalità profonda della classe dirigente repubblicana. Il riformismo dei radicali e dei cattolici sociali è tormentato dallo spettro onnipresente della massa e non è mai del tutto immune da dubbi, anche consistenti, sulla effettiva capacità politica ed economica del « nombre » e sulla sua capacità di resistere alle inclinazioni irrazionali. È un risultato dell'antitesi, tipica della cultura repubblicana e presente anche negli ambienti più progressisti, tra il principio di uguaglianza politica e il bisogno di razionalità. Le riflessioni sul diritto del lavoro si collocano in un periodo di transizione, nel quale tale ambiguità si attenua sul terreno politico grazie alla lenta metabolizzazione del suffragio universale, ma si accentua sul terreno economico e sociale a causa dell'acuirsi della tensione tra capitale e lavoro. Cfr. D. BAYON-L. FROBERT, *Lois ouvrières*, cit., p. 60 e ss.

contenuta implicitamente nel contratto principale, poiché essa è parte integrante della stipulazione e produce effetti soltanto nella misura in cui la stipulazione sia stata validamente posta in essere. Pertanto, essendo l'esistenza dei diritti dei terzi beneficiari subordinata all'esistenza e alla validità del contratto principale e dal momento che questo è stato posto in essere da un organismo privo di soggettività giuridica, ne deriva che il ricorso allo strumento del contratto a favore di terzo, nel caso di comitati di fatto o di gruppi rappresentativi inorganici, si rivela del tutto inefficace.

L'unico strumento utilizzabile, in tal caso, è il contratto di mandato. Un comitato, un ufficio, un gruppo qualsiasi, infatti, può sempre presentarsi non a titolo collettivo, come un gruppo unificato, organizzato e permanente, che contratta a nome proprio, ma come una riunione di persone che, prese individualmente, agiscono in qualità di mandatari, in virtù di un mandato tacito. Il problema nasce dal fatto che il gruppo che ha assunto l'iniziativa della negoziazione ha la pretesa di agire a nome di tutti gli interessati, degli appartenenti attuali e futuri di una specifica categoria professionale, e non soltanto dei soggetti di cui ha la rappresentanza.

È per aggirare tale ostacolo che giuristi come Jay e Barthélémy Raynaud propongono di utilizzare la disciplina del contratto a favore di terzo, prevista dall'art. 1121, come base giuridica per la regolamentazione del contratto collettivo. A differenza del mandato, la fattispecie del contratto a favore di terzi non presuppone alcuna iniziativa proveniente dai terzi beneficiari; a differenza della *negotiorum gestio*, inoltre, essa ha il vantaggio di mettere i diritti cui ha dato vita a disposizione di terzi indeterminati, i quali possono esercitarli purché si trovino nella condizioni fissate dal contratto. Tuttavia, mentre tale fattispecie può essere applicata nell'ipotesi di una convenzione conclusa da un sindacato, organismo legale e permanente, dotato di capacità e di personalità, essa non può invece trovare applicazione nel caso di presunte connvenzioni collettive concluse da gruppi irregolari.

Nel caso di comitati di fatto che si presentano come mandatari degli interessati, al di fuori di qualsiasi adesione al sindacato, Saleilles ritiene valida la soluzione proposta dalla *Société d'études législatives*: i rappresentanti, più o meno improvvisati, operano in virtù di un mandato, mentre agli interessati è riconosciuto un *délai*

de désistement, un termine entro il quale è possibile dissociarsi dalle decisioni assunte dai rappresentanti non riconoscendo la convenzione collettiva eventualmente stipulata; trascorso tale termine, l'attività negoziale posta in essere dal mandatario si intende ratificata.

Saleilles sottolinea come la materia sia ancora ben lontana dall'aver raggiunto una sistemazione definitiva: si tratta di costruzioni provvisorie destinate a preparare il terreno, di una « adaptation de nos idées traditionnelles à une situation toute nouvelle, qui exigera, dans l'avenir, une meilleure compréhension de la réalité » (152).

Il profilo più delicato di tutta la questione è l'assenza di una vera e propria responsabilità sindacale, a prescindere dal modello giuridico adottato; ciò sia perché nel caso del mandato o del contratto a favore di terzi, l'intermediario esce di scena e non è più giuridicamente responsabile, sia perché i sindacati, per un'ovvia scelta politica, non dispongono di un fondo patrimoniale capace di offrire sufficienti garanzie alla controparte. Siamo pertanto in presenza di una situazione del tutto squilibrata: la convenzione collettiva ha lo scopo di dar vita a un uso industriale e tale uso ha un fondamento contrattuale. È necessaria perciò la presenza di un vincolo di reciprocità, non soltanto sotto il profilo individuale, con riguardo all'obbligazione assunta personalmente da ciascun singolo operaio, ma anche sotto il profilo collettivo in relazione al rispetto dovuto da parte della massa operaia all'impegno assunto con l'adesione al contratto, il quale si presenta come una sorta di « traité de paix ».

L'impegno assunto dagli operai, e cioè l'obbligo di non scioperare ove restino immutate le condizioni fissate dal contratto di lavoro, è perciò privo di una efficace sanzione giuridica. Il giurista borgognone, facendosi interprete delle ansie molto borghesi dei teorici del solidarismo, non esita a bollare come profondamente immorale tale situazione (153): « cet engagement collectif, quel est-il? C'est de ne pas susciter de grève, c'est de ne pas se mettre en grève,

---

(152) *Note écrite présentée à la Société d'études législatives sur le contrat collectif de travail*, cit., p. 84.

(153) Al punto di farsi promotore della introduzione del delitto di sciopero, individuando come oggetto giuridico del reato la violazione della « paix industrielle ». *Ibidem*, p. 88.

tant que le contrat sera respecté du côté patronal, et en tant bien entendu que la grève aura pour objet l'un des point réglés par la convention collective. C'est cet engagement ferme qui se trouve aujourd'hui dénué de toute sanction positive. C'est profondément immoral; car il n'y a rien de plus choquant, au point de vue de la justice, et ce devrait l'être tout autant au point de vue de la dignité des ouvriers, que la prétention de se mettre au-dessus des lois et au-dessus des conventions » (154).

L'assenza di una effettiva responsabilità contrattuale lo porta a dubitare della natura contrattuale della convenzione collettiva. Più che di un contratto, si tratta di una « charte industrielle », concessa dal datore di lavoro alla classe operaia e contenente un vincolo di carattere esclusivamente unilaterale. Il parallelo con le *chartes* concesse dai sovrani della Restaurazione è palese. Allo stesso tempo, l'accostamento tra la storia costituzionale francese dell'Ottocento e lo sviluppo attuale delle relazioni industriali sottolinea l'idea di un sistema in piena ebollizione, ancora alla ricerca di un definitivo assestamento, secondo la metafora del valzer, cara a Duverger (155).

I teorici del *contrat collectif de travail* devono fare i conti con

---

(154) *Ibidem*, p. 87.

(155) « Il semble donc bien, en dépit de l'origine contractuelle des engagements pris par les patrons, que nous sommes en présence de tout autre chose qu' un contrat ordinaire. Car, ce que l'on a voulu, c'est avant tout de fonder un usage industriel, considéré comme obligatoire, soit pour toutes les usines d'une certaine industrie dans une région déterminée, soit pour quelques-unes d'entre elles, pendant un certain temps fixé par contrat. Il s'agit d'une petite charte industrielle, ou si l'on veut de la constitution du travail pour une industrie déterminée, constitution garantie par certains patrons, un peu à la façon dont au début du XIX siècle les rois octroyaient et juraient une constitution au profit de leurs peuples. Il y avait bien là comme base de la constitution ainsi octroyée une sorte de contrat initial, mais un contrat qui ne présentait guère d'engagement, ou plutôt de sanction véritable que d'un seul côté, du côté de celui qui accordait la constitution et qui promettait de l'observer. Il en est à peu près de même du contrat industriel collectif; c'est à l'occasion de négociations, de compromis et d'accords passés avec un groupe représentatif de la masse ouvrière, que le patron, ou les patrons, ont accepté l'engagement qui leur était proposé. Mais une fois cet engagement pris, il se présente vis-à-vis du groupe des ouvriers comme la charte industrielle à laquelle ils ont droit; charte industrielle qui doit figurer dans les règlements d'ateliers, et qui devient la constitution obligatoire du travail pour telles ou telles usines qui ont souscrit l'engagement. C'est un engagement vis-à-vis de la masse ouvrière beaucoup plus que vis-à-vis de certaines individualités, ou de certains groupements collectifs », *ibidem*, p. 83 e s.

concezioni tendenti a escludere il contratto dalla sfera del diritto sostituendolo con una sorta di arbitrato obbligatorio espressione di una « règle idéale objective ».

De Visscher (156) ha il merito di sottolineare con forza il fondamento contrattuale del rapporto di lavoro, frutto di una convenzione conclusa tra parti contrapposte dotate, ciascuna, di una considerevole forza negoziale: l'autorità padronale da un lato, la massa operaia dall'altro, la « puissance décuplée de la collectivité ouvrière, organisée, unifiée, avec les armes terribles dont elle dispose » (157), capace di scardinare definitivamente il fragile equilibrio della *paix bourgeoise*.

Si tratta in larga misura di una reazione al dogma contrattuale formulato dalla ideologia giuridica rivoluzionaria. Sotto l'influsso dei principi liberali della Rivoluzione, il contratto, in quanto espressione dell'autonomia sovrana della volontà, diventa un pilastro fondamentale dell'ordinamento, mentre la funzione suprema del diritto diventa quella di consacrare legalmente l'avvenuta manifestazione della volontà a prescindere dal valore sociale dell'oggetto della volizione.

Tale impostazione, a causa della sua rigidità, si è capovolta, come spesso avviene, generando soluzioni diametralmente opposte: « il a fallu en déchanter, et nous en sommes revenus. Et, grâce à Dieu! Nous ne sommes pas moins juristes pour en être revenus. Mais ce n'est pas une raison, non plus, pour aller d'un extrême à l'autre, et, parce que nous n'enserrons plus tout le droit dans le domaine du contrat, pour exclure le contrat du domaine du droit, ce qui équivaudrait à ne plus rien laisser à la libre réglementation des

---

(156) Charles De Visscher (1884-1973) è un importante giurista belga del XX secolo. La sua attività scientifica spazia dal diritto civile e del lavoro al diritto internazionale. Fu presidente dell'*Institut für Völkerrecht* e dal 1946 al 1952 giudice della Corte internazionale di giustizia. Tra le opere più significative, oltre al già citato studio sul contratto di lavoro, si possono ricordare: *Etude sur la responsabilité civile: l'abus de droit, la faute, le risque créé*, Gand, 1909; *Des fondations en droit international privé*, in *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, n. 1, 1913, p. 42 e ss.; *Théories et réalités en droit international public*, Paris, 1953; *Observations sur l'effectivité en droit international*, in *Revue générale de droit international public*, n. 4, 1958, p. 9 e ss. Si veda in proposito J. VERHOEVEN, *Charles De Visscher: living and thinking international law*, in *EJIL*, n. 4, 2000, pp. 887-904.

(157) Prefazione a C. DE VISSCHER, *Le contrat collectif de travail*, cit., p. VII.

individus maîtres de leurs droits, afin de s'en remettre en tout à la réglementation de l'Etat, chargé d'établir l'équilibre des intérêts en conflit » (158). L'ambito del contratto collettivo rappresenta un luogo privilegiato per sperimentare l'applicazione di quei « postulats impératifs de certaines écoles sociales » che Saleilles, da buon solidarista, osserva con una malcelata ripugnanza.

Il conflitto innescato dalla dinamica delle relazioni industriali è suscettibile di mettere a repentaglio il mantenimento dell'ordine pubblico e della pace sociale. In tali condizioni, niente di più normale della tentazione di affidare allo Stato il ruolo di paciere, di soggetto incaricato di definire le condizioni dell'armistizio attraverso l'elaborazione di una sorta di « traité de paix » tra capitale e lavoro, espressione di un modello teorico precostituito. Ne deriva la sostituzione del contratto con un regolamento di natura non convenzionale espressione di una presunta regola di giustizia obiettiva imposta da ragioni di equità e di solidarietà. Al contrario, le convenzioni collettive che regolano il rapporto di lavoro non sono il risultato dell'applicazione di una regola oggettiva estranea al libero esercizio dell'autonomia privata ma hanno una autentica natura contrattuale, derivando dall'incontro tra la volontà dei datori di lavoro e la volontà dei lavoratori, organizzati in unioni sindacali.

Il contratto collettivo viene configurato dalle parti in causa alla stregua di una *loi industrielle*, di una *charte de l'industrie*. Si tratta di una costruzione corretta, a patto di non disconoscere il fondamento contrattuale di tale *charte*, che Saleilles paragona, significativamente, a un trattato di diritto internazionale. Il trattato stabilisce norme che hanno valore di legge tra gli Stati aderenti senza che ciò ne comprometta la natura negoziale. La stessa qualifica di « hautes parties contractantes » data alle controparti può valere per i soggetti della contrattazione collettiva, stante la rilevanza degli interessi in gioco, rappresentati dalla « paix sociale » e dalla « sécurité industrielle ».

Resta da precisare l'esatta configurazione giuridica del fenomeno, conciliando in particolare l'idea di una legge collettiva valida *erga omnes* con il fondamento contrattuale posto a base del vincolo obbligatorio. Occorre elaborare un contratto originale, diverso,

(158) *Ibidem.*

sotto molteplici profili, dalle figure contrattuali tradizionali, ma dotato non di meno delle caratteristiche tipiche di un atto di autonomia privata.

Tale costruzione passa, in primo luogo, attraverso un « développement », un « élargissement », un « assouplissement » delle concezioni esistenti, colte nella loro conformità con i fatti e le realtà socio-economiche contemporanee. Siamo in presenza di un nodo cruciale della riflessione giuridica dell'epoca, nel quale si svela a pieno il ruolo strategico decisivo svolto dai giuristi nel contesto della costruzione politico-istituzionale della Terza Repubblica. Spetta ai giuristi il compito di tradurre in termini tecnici i postulati della dottrina solidarista, rendendo concreta la *via media* adottata come filosofia politica dominante. Si tratta di un lavoro lento e faticoso teso a riadattare le strutture portanti dell'edificio giuridico liberale in modo da renderle capaci di assorbire l'elevata conflittualità sociale di inizio Novecento razionalizzandola e permettendole di manifestarsi attraverso forme rituali e non sovversive:

> l'équité sociale est un but à atteindre par une suite d'efforts progressifs où se concilient tous les intérêts en conflit; ce n'est pas une formule qu' il faille réaliser d'un seul bond au prix de la ruine de tous ceux qu'elle n'a pas encore conquis aux idées nouvelles sous lesquelles elle s'abrite. Et il n'y a que le droit, pris dans sa technique prudente, avec ses formules larges, souples et extensives, qui puisse conduire à ce triomphe final, sans léser aucun intérêt essentiel, sans fouler aux pieds tous les postulats de la justice individuelle sous prétexte de justice collective ([159]).

L'obiettivo di questo difficile processo di riadattamento è quello di trasformare il contratto collettivo di lavoro in una autentica « charte collective obligatoire ». Presupposto di tale operazione è però, come abbiamo detto, la istituzionalizzazione del fenomeno sindacale, l'abbandono da parte dei sindacati di ogni propensione rivoluzionaria o spontaneistica, e l'assunzione di una identità giuridica definita. L'elaborazione di una teoria giuridica coerente in materia di contratto collettivo è possibile, infatti, solo a condizione di poter spiegare in che modo tale contratto è capace di produrre i suoi effetti, sia nei confronti della collettività nella sua unità giuri-

---

([159]) *Ibidem*, p. XX e s.

dica, sia nei confronti dei singoli membri, presi individualmente. La soluzione dei molteplici problemi tecnici sollevati dal contratto collettivo — come ad esempio la determinazione dei soggetti effettivamente obbligati, la distinzione dei diritti appartenenti al gruppo in quanto tale o ai singoli aderenti, la disciplina della responsabilità etc. — appare estremamente agevole ove si adotti la teoria della « personne réelle » di cui, come sappiamo, Saleilles è il principale esponente in ambito francese.

Tale teoria offre una spiegazione plausibile dei rapporti che, in ogni collettività personificata, si instaurano tra la collettività stessa e i membri che ne fanno parte, fornendo in tal modo un solido fondamento dottrinale al fenomeno inedito della contrattazione collettiva. Il problema, però, è che tale costruzione teorica funziona solo qualora il contratto sia concluso con un sindacato regolarmente costituito e dotato di personalità giuridica. Tutte le volte in cui, al contrario, l'attività contrattuale è svolta da comitati o da gruppi improvvisati, privi di riconoscimento giuridico, viene a mancare quel rapporto organico di immedesimazione che la teoria della « personne réelle » pone a fondamento della efficacia *erga omnes* del contratto collettivo, ed è necessario tornare al mandato, come modello giuridico di riferimento, con tutte le incoerenze già rilevate.

La causa di tutto ciò va ricercata nella incoerenza e nella immaturità della organizzazione sindacale, che a inizio Novecento è ancora ferma a uno stato embrionale, ben lontano dai livelli raggiunti dal *trade-unionism* inglese. Le responsabilità di questo ritardo sono sia dei datori di lavoro, pregiudizialmente ostili al fenomeno sindacale, sia delle associazioni sindacali, propense a dare al proprio impegno una connotazione politica, movimentista, quando non addirittura rivoluzionaria. Il risultato è che la maggior parte dei sindacati assumono il carattere di una società segreta la quale « loin de désirer l'adhésion unanime de la population ouvrière…préféraient, et préfèrent encore, se restreindre à une minorité ardente et intransigeante qui ne puisse trouver le contrepoides nulle part, et qui mène le reste » (160). La contrattazione collettiva è condotta così da una minoranza di militanti, appartenenti a organizzazioni irregolari e giuridicamente irrilevanti.

---

(160) *Ibidem*, p. XIV.

Saleilles parla ironicamente di « mysticisme nietschéen » per descrivere una certa cultura politica elitaria, presente sia a destra che a sinistra, secondo la quale solo gruppi umani selezionati possono esercitare efficacemente un'azione di governo, a tutti i livelli, a fronte di una società composta sempre più di « masses veules et inertes ». Si tratta di una impostazione che conduce, presto o tardi, a legittimare forme di dittatura collettiva o individuale, mentre, per il giurista borgognone, che mostra qui il suo lato profondamente *silloniste*, la ricerca del « sens de la paix sociale » e del « culte du droit » non può prescindere dalla introduzione di forme controllate di democratizzazione e di partecipazione della maggioranza, della massa, ai processi decisionali. La maturazione del fenomeno sindacale nel senso di una sua definitiva istituzionalizzazione si inserisce pertanto in tale prospettiva:

> il faut…bien reconnaître que toute notre organisation syndicale actuelle n'est encore qu' à l'état inorganique, toute de transition. Nos efforts doivent tendre, par conséquent, à faire des syndicats, non plus le monopole d'une petite minorité oppressive, mais la représentation exacte et fidèle de chaque classe professionnelle, comprenant tous les ouvriers d'un même métier, ayant ses lois et ses règles fixes, impliquant, comme c'est le cas de toute collectivité unifiée et personnifiée, l'existence de droits et de responsabilité. Ce jour-là, le contrat collectif sera vraiment devenu ce qu' il doit être, la charte collective obligatoire de la profession (161).

La compiuta elaborazione giuridica del contratto collettivo, presupposto della razionalizzazione del conflitto sociale, non può prescindere dal completo sviluppo, anche in senso giuridico, del sindacalismo (162). È evidente, in tal modo, come il rapporto tra personalità giuridica, sindacalismo e contratto collettivo rappresenti un capitolo cruciale per l'attuazione giuridica della dottrina solidarista.

Il lavoro della *Société* non finisce nel nulla ma viene ripreso espressamente dal progetto presentato il 3 luglio del 1906 da Gaston

---

(161) *Ibidem*, p. XV e s.

(162) Gli studi dedicati allo sviluppo del movimento sindacale, in Francia, sono numerosi. Cfr. L. N. Rosendand, *L'invention du syndicat (1791-1884): itinéraire d'une catégorie juridique*, in *Journal of interdisciplinary history*, XXXI, 2001, pp. 455-456;

Doumergue, ministro del commercio del gabinetto Sarrien, e, almeno in parte, nel rapporto Chambon, elaborato dalla *Commission du travail de la Chambre* a partire dall'esame del progetto Doumergue. Tale rapporto prende definitivamente le distanze dalle figure tradizionali della *stipulation pour autrui*, del mandato e della *negotiorum gestio*, ancora presenti nelle argomentazioni dei giuristi della *Société*, e sottolinea l'assoluta novità della convenzione collettiva, proponendo la sostituzione dell'art. 1781 del Codice con la formula seguente: « préalablement à la formation du contrat individuel de travail et dans le but de déterminer certaines conditions auxquelles il devra satisfaire, des conventions collectives de travail peuvent être conclues entre un employeur ou un syndicat ou groupement d'employés ou entre leurs représentants respectifs » (163).

Il progetto Doumergue non si traduce in una precisa disposizione di legge ma contribuisce ad arricchire un dibattito che prosegue in molteplici sedi, quali ad esempio l'*Association nationale pour la protection légale des travailleurs* e la *Commission pour la codification des lois ouvrières*. Intanto, il 28 dicembre del 1910, viene promulgato il cosiddetto *Code du travail*, una sorta di testo unico delle leggi emanate nel corso degli anni precedenti in materia di diritto del lavoro (164).

Il passo decisivo viene compiuto qualche anno dopo da Arthur Groussier, deputato, *ingénieur des arts et métiers* e membro del *Parti ouvrier socialiste révolutionnaire*. Il 5 dicembre del 1912, a nome della *Commission du travail* della Camera, questi presenta un rapporto sulle convenzioni collettive elaborato a partire da un progetto di legge depositato due anni prima da René Viviani. Ne emerge un modello di regolamentazione fortemente influenzato dai lavori della *Société d'études législatives*, specie per quanto riguarda la determi-

---

(163) Cfr. C. Didry, *op. cit.*, p. 170.

(164) Paul Pic, paragonando tale codice alla ricchezza e alla sistematicità della legislazione sociale europea, in particolare alla *Gewerbeordnung* tedesca, parlerà con delusione di un « Code en trompe-l'oeil »: « cette absence de plan d'ensemble, ce décousu dans l'élaboration de nos lois ouvrières, même au cours de cette dernière décade, offre un contraste quelque peu humiliante avec l'évolution méthodique de la codification ouvrière dans la plupart des pays industriels », cfr. P. Pic, *La réforme du Code civil et le nouveau Code du travail*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, X, 1911, pp. 719-728, cit., p. 723.

nazione dei soggetti obbligati dalla convenzione, la definizione della natura obbligatoria e inderogabile delle disposizioni in essa contenute (165), e la non essenzialità della « subordination » come elemento costitutivo del rapporto di lavoro.

---

(165) Art. 31 *b*: « les représentants d'un syndicat professionnel ou de tout autre groupement peuvent contracter au nom de la collectivité, en vertu: soit des stipulations statutaires de ce groupement; soit d'une délibération spéciale de ce groupement; soit des mandats spéciaux et écrits qui leur sont donnés individuellement par tous les adhérants à ce groupement.

A défaut, pour être valable, la convention collective de travail doit être ratifiée par une délibération spéciale de ce groupement ».

Art. 31 *j*: « tout syndicat professionnel ou tout autre groupement d'employés ou d'employeurs ou tout employeur non groupé qui n'est pas partie à la convention collective de travail, peut y adhérer ultérieurement avec le consentement des parties contractantes.

Cette adhésion n'est valable qu' à partir du jour qui suit celui de sa notification, ainsi que de celle du consentement des parties, au secrétariat ou greffe où le dépôt de la convention a été effectué… ».

Art. 31 *k*: « sont considérés comme liés par la convention collective de travail: 1° les employés et les employeurs signataires de ladite convention ainsi que ceux qui leur ont donné individuellement, par écrit, mandat spécial pour traiter en leur nom; 2° ceux qui, au moment où la convention est concluse, sont membres d'un groupement partie à cette convention si, dans un délai de huit jours francs à dater du dépôt…., ils n'ont pas donné leur démission de ce groupement, et ils n'ont pas notifié celle-ci, soit au secrétariat ou au greffe où le dépôt a été effectué, soit au secrétariat du conseil des prud'hommes ou au greffe de la justice de paix qui aurait à juger les différends relatifs à leurs contrats de travail. Lorsque la convention a pour but de faire cesser une grève ou un lock-out, le délai ci-dessus est réduit à trois jours; 3° ceux qui sont membres d'un groupement adhérant ultérieurement à cette convention, si, à dater de la notifiation de l'adhésion…, ils ne se sont pas retirés de ce groupement dans les conditions et délais précisés au paragrahe précédent; 4° ceux qui, postérieurement au dépôt de la convention, entrent dans un groupement partie à cette convention; 5° les employeurs n'appartenant pas à un groupement partie à la convention, qui adhèrent directement à celle-ci.

Art. 31 *m*: « tout groupement d'employés ou d'employeurs ou tout employeur non groupé, partie à une convention collective de travail, conclue ou prorogée par tacite reconduction ou pour une durée indéterminée peut, à tout époque, se dégager en notifiant sa renonciation à toutes les autres parties, groupements d'employés ou d'employeurs ou employeurs non groupés, avec lesquelles il a conclu et au secrétariat ou greffe où le dépôt de la conventio a été effectué…Cette notification doit être faite un mois à l'avance, sauf stipulation contraire ».

Art. 31 *o*: « un employé ou un employeur ne peut renoncer, pour une durée de plus de cinqu années, à se dégager d'une convention en cours.

Par une stipulation d'un contrat de travail, un employé ne peut renoncer à se

Tale progetto, approvato dalla Camera nel luglio del 1913, viene ripreso dal Senato, dopo la parentesi bellica, e definitivamente approvato il 20 marzo del 1919. Finalmente, otto giorni dopo, il *Journal officiel* pubblica la *Loi relative aux conventions collectives de travail*, la quale modifica il titolo II del libro I del *Code du travail*, consacrando la convenzione collettiva come categoria giuridica nuova, pur all'interno di un orizzonte concettuale fortemente ancorato al dogma contrattuale caro alla tradizione liberale. L'art. 31, introdotto dalla riforma, recita infatti: « la convention collective de travail est un contrat relatif aux conditions du travail, conclu entre, d'une part, les représentants d'un syndicat professionnel ou de tout autre groupement d'employés et, d'autre part, les représentants d'un syndicat professionnel ou de tout autre groupement d'employeurs, ou plusieurs employeurs contractant à titre personnel ou même un seul employeur. Elle détermine les engagements pris par chacune des parties envers l'autre partie et, notamment, certaines conditions auxquelles doivent satisfaire les contrats de travail individuels ou d'équipe que les personnes liées par la convention passent, soit entre elles, soit avec des tiers pour le genre de travail qui fait l'objet de ladite convention ».

Il *contrat de travail* fa in tal modo ingresso nell'ordinamento senza generare sconquassi, presentandosi come una rilettura e un aggiornamento del modello contrattuale: niente di rivoluzionario, insomma, ma semplice *assouplissement*, lento e faticoso riadattamento dall'interno di schemi e concetti ancora validi nelle loro grandi linee generali, in coerenza con gli obiettivi e gli auspici del solidarismo giuridico.

4. *Dalla libertà alla responsabilità: l'abuso del diritto.*

Un altro tema di notevole rilevanza trattato da Saleilles in seno alla *Société* è la fattispecie dell'abuso del diritto. In Francia tale istituto (166) è essenzialmente una creazione di carattere giuri-

---

dégager d'une convention en cours pour une durée supérieure à celle pendant laquelle son employeur est lui-même lié par la convention ».

(166) Definito da Gérard Cornu « faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui ». Cfr. G Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, 2005, cit., p. 6.

sprudenziale. Se, a livello europeo, il Novecento è il secolo della consacrazione legislativa dell'abuso del diritto in quanto figura di parte generale (§ 226 BGB: « die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen »; art. 2 ZBG: « l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé »), il legislatore francese si rivela al contrario restio a dedicare ad esso una disposizione specifica, preferendo diluirne la portata simbolica attraverso applicazioni particolari, caso per caso.

La dottrina non tarda però a interessarsi all'istituto, attratta dal suo considerevole *essor* giurisprudenziale. Il giurista di Beaune, prevedibilmente, non si lascia sfuggire l'occasione di prendere posizione su un tema tanto complesso quanto suggestivo, date le sue innumerevoli implicazioni di carattere teorico-generale. Lo fa, redigendo un rapporto destinato alla commissione incaricata della revisione del Codice, pubblicato nel quarto volume del *Bulletin* [167].

Non è un caso se la comunità dei giuristi esita a lungo prima di occuparsi espressamente dell'*abus du droit*. Si tratta infatti di una figura capace di mettere a nudo le fragilità del modello giuridico rivoluzionario, favorendone un ripensamento nel senso di quel *droit social* che attrae e inquieta allo stesso tempo [168].

Alla base della *Déclaration*, vi è la ricerca del fondamento del diritto nell'idea di libertà. Charles Beudant, uno dei più tardivi cantori di tale filosofia giuridica [169], parla del diritto come di una « propriété inhérente à la nature humaine », espressione delle aspirazioni e dei bisogni legittimi dell'individuo, precisando che « il se confond avec la liberté humaine, dont il n'est que le dérivé ou

---

[167] Cfr. R. Saleilles, *De l'abus de droit (Rapport présenté à la première sous-commission de la Commission de revision du Code civil)*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, IV, 1905, pp. 325-350.

[168] Sull'origine della teoria dell'abuso del diritto in Francia si vedano P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat: essai d'une théorie*, Paris, 2000, nonché A. Karimi, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Paris, 2001, p. 28 e ss.

[169] In questi termini, il discorso vale per la Francia della seconda metà dell'Ottocento, giacché infatti nel XX secolo l'ortodossia giuridica rivoluzionaria riprende vigore e viene riproposta da autorevoli sostenitori. In Italia, vale la pena di ricordare il liberalismo di stretta osservanza di cui fa mostra G. Stolfi nella sua *Teoria del negozio giuridico*, la cui prima edizione è del 1947. Si veda P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 303 e ss.

l'application » (170). Ne deriva che il ruolo della legge è esclusivamente quello di delimitare la sfera di attività di ciascuno allo scopo di rendere possibile la vita sociale, mentre, entro tali limiti, un diritto soggettivo può essere esercitato liberamente senza che assuma alcun rilievo l'accertamento dell'intenzione o della finalità perseguita dal titolare.

Ciò spiega perché la dottrina, per gran parte dell'Ottocento, continua a ricollegare la responsabilità del proprietario alla *faute*, muovendosi così nel terreno rassicurante degli artt. 1382 e 1383, senza avventurarsi nella esplicita elaborazione di una teoria dell'abuso (171). Touillier ammette che il Codice imponga a ciascun proprietario l'obbligo di rispondere dei danni causati per colpa o imprudenza. Demolombe precisa che il proprietario che intraprende dei lavori pericolosi sul proprio fondo è ritenuto responsabile, malgrado il carattere assoluto del proprio diritto, dei danni causati per colpa durante l'esecuzione di tali lavori. Lo stesso Georges Ripert, nella sua tesi di dottorato, riconosce che la presenza della *faute* rende illecito l'esercizio di un diritto dal contenuto teoricamente illimitato come il diritto di proprietà. Sulla stessa linea si colloca Baudry-Lacantinerie, secondo il quale il proprietario è

---

(170) Per un'analisi del diritto di proprietà e della sua assolutezza, cfr. J.-L. Bergel-M. Bruschi-S. Cimamonti, *Traité de droit civil* (sous la direction de J. Ghestin), *Les biens*, Paris, 2000, n. 92, p. 96 e ss. L'evoluzione giurisprudenziale in materia è descritta da J. Carbonnier, *Droit civil*, III, *Les biens*, Paris, 2000, n. 173; *Droit civil — Introduction au droit*, Paris, 1997, cit., n. 183, p. 351 e s; *Droit civil*, IV, *Les obligations*, cit., n. 233, p. 424 e s. Per un esame del modello ottocentesco di proprietà, si vedano M. Vidal, *La propriété dans l'école de l'exégèse en France*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-6, *Itinerari moderni della proprietà*, I, 1976-1977, p. 7 e ss., e P. Grossi, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-6, *Itinerari moderni della proprietà*, I, 1976-1977, p. 201 e ss. La vicenda storico-giuridica del diritto di proprietà è ricostruita da P. Grossi, *Proprietà (dir. interm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 226-254; P. Grossi, *La proprietà e le proprietà*, in P. Grossi, *Il dominio e le cose — Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, p. 648 e ss. Sul tema dell'abuso del diritto, si veda la ricerca di A. Vignon-Barrault, *Intention et responsabilité civile*, I, cit., p. 143 e ss. Si vedano inoltre J.-L. Bergel-M. Bruschi- S. Cimamonti, *Traité de droit civil*, cit., n. 106 e s., p. 112 e s.

(171) Cfr. C. Aubry-C. Rau, *Droit civil français*, VI, Paris, 1951 (edizione a cura di P. Esmein).

libero di compiere qualsiasi atto, a condizione che non sia in colpa, che non commetta cioè un *damnum iniura datum* (172). Bufnoir, il maestro di Saleilles, negli appunti delle sue lezioni, si mostrava perplesso nei confronti della nuova teoria, difficile da circoscrivere giuridicamente, limitandosi a chiedere « où commencera l'abus? » (173).

Tali certezze entrano in crisi, come sappiamo, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, quando, un po' alla volta, il dogma della libertà viene scalzato o quanto meno ridimensionato dalla emergente nozione di solidarietà, la quale trae alimento da molteplici orizzonti culturali. Charles Gide, uno dei padri nobili del movimento cooperativo, sintetizza in maniera efficace tale ribaltamento di prospettiva: « les hommes de ma génération, ceux qui, étudiants il y a quelque vingt-cinq ans, ont applaudi aux cours de Laboulaye et aux articles de Prévost-Paradol, se rappellent combien le mot de liberté sonnait fort de leur temps, combien de vertus on lui prêtait. Ce mot suffisait à tout, il répondait à tout, il justifiait tout; il était, dans tous les discours le mot de la fin, celui après lequel il ne reste plus qu' à s'asseoir. Mais depuis quelques années, la sonorité de ce mot décroît, comme les vibrations d'une cloche à mesure qu' on s'éloigne du rivage » (174).

---

(172) Sulle origini filosofiche della nozione francese di proprietà come « Beziehung vom Subjekt zum Objekt », si veda A. Bürge, *Das französische Privatrecht*, cit., p. 42 e ss. Per una ricostruzione della nozione astratta di proprietà, si veda W. Wiegand, *Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff*, in H. Coing-W. Wilhelm (a cura di), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, III, *Die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung des Grundeigentums und Grundkdredits*, Fankfurt am Main, 1976, pp. 118-155. Il condizionamento esercitato dal modello napoleonico-pandettistico di proprietà quale archetipo culturale caratteristico della mentalità giuridica moderna, è sottolineato da P. Grossi, *La proprietà*, cit., p. 228 e s.

(173) Si veda la *préface* di D. Deroussin a L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 2006, p. V-XXXVI, in particolare p. VIII e ss. Tale edizione non è altro che la ristampa della seconda edizione, pubblicata da Dalloz nel 1939, la quale riproduce, senza sostanziali modifiche, la versione originale del 1905.

(174) Cfr. C. Gide, *L'idée de solidarité*, in *Revue internationale de sociologie*, 1893, cit., p. 1, citato da J. Charmont, *L'abus du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, I, 1902, pp. 113-125, cit., p. 120.

Tuttavia, la strada verso la piena accettazione della teoria dell'abuso del diritto appare decisamente in salita. Il XX secolo si apre con due autorevoli prese di posizione a sfavore della nozione di *abus du droits*.

La prima è l'interpretazione negatrice riconducibile a Marcel Planiol. Questi ritiene che la teoria dell'abuso del diritto sia « contestable sur le plan de la logique », un vero e proprio nonsenso giuridico: « les jurisconsultes et les législateurs modernes ont une tendance à considérer l'usage d'un droit comme pouvant devenir un abus et par suite constituer une faute. On parle volontiers de l'usage abusif d'un droit, comme si ces deux mots avaient un sens clair et certain. Mais il ne faut pas en être dupe: le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut pas y avoir usage abusif d'un droit quelconque, parce qu' un même acte ne peut pas être tout à la fois conforme et contraire au droit » (175). Si tratta in altre parole di una nozione totalmente priva di fondamento, la quale si risolve in un semplice problema di delimitazione della esatta estensione di ciascun diritto soggettivo, al di là della quale non può parlarsi di esercizio abusivo ma di radicale mancanza del diritto: « ce qui a provoqué un pareil langage, c'est que la plupart des droits ne sont pas absolus; ils ont, au contraire, des limites, au-delà desquelles leur titulaire perd la faculté d'agir et doit être considéré comme étant sans droit. Il peut donc y avoir abus dans la conduite des hommes, non pas quand ils exercent leurs droits, mais bien quand ils les dépassent » (176). In altre parole, l'atto abusivo, nella misura in cui è illecito, non può risolversi nell'esercizio di un diritto: l'*abus du droit*, per tale ragione, è una mera « logomachie ».

La seconda bocciatura della dottrina dell'*abus du droit* viene invece da Georges Ripert. Questi, a differenza di Planiol, ritiene che

---

(175) Cfr. M. PLANIOL, *Traité de droit civil*, II, p. 269, citato da J. CHARMONT, *L'abus du droit*, cit., p. 115. Si veda anche A. PIROVANO, *L'abus de droit dans la doctrine et la jurisprudence française*, in M. ROTONDI (a cura di), *L'abus de droit-L'abuso del diritto-The abuse of rights-El abuso de derecho-Der Rechtsmissbrauch*, Padova, 1979, pp. 315-359, cit., p. 318; D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. XIII.

Sul tema si veda il lavoro di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Padova, 1965, nonché F. D. BUSNELLI, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in F. D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *L'abuso del diritto*, Padova, 1999, pp. 171-216.

(176) *Ibidem*.

essa non sia il frutto di una semplice contraddizione logica ma di una concezione errata del diritto. In particolare, egli ritiene impossibile elaborare una nozione di *abus du droit* di carattere puramente obiettivo, a prescindere dall'esame del profilo soggettivo, e quindi del requisito della « intention de nuire ». Ciò perché il diritto, nella sua materialità, basandosi sulla « loi naturelle de l'inégalité », ha valore soltanto nella misura in cui garantisce l'irresponsabilità. La formulazione di una nozione obiettiva di *abus* espone al rischio, tipico di ogni concezione funzionale, di fare del diritto una mera « prérogative sociale », sulla falsariga della « vision socialiste du droit » di un Lévy, smarrendo la possibilità di coglierlo nella sua materialità, come insieme omogeneo di prerogative costitutive del suo contenuto. La cosiddetta teoria dell'abuso del diritto, in conseguenza, non è altro che il riflesso del conflitto tra un diritto positivo e il principio morale del *neminem laedere*, e non può spiegarsi al di fuori della dimensione psicologica e *intentionnelle* e a prescindere dalla considerazione delle finalità perseguite (177).

La più significativa presa di posizione a favore di tale istituto si ha invece nell'opera di Louis Josserand. Questi assume come dato di partenza la legge della solidarietà e della interdipendenza, messa in

---

(177) La finalità in vista della quale è esercitato il diritto rileva ancora più dell'intenzione. Così, una « pensée de malveillance » non è sufficiente di per sé a integrare una fattispecie di abuso del diritto là dove il fine perseguito sia legittimo. Ripert, rimproverando espressamente a Josserand e a Saleilles di aver ceduto a un « désir instinctif de justice morale » inseguendo i « souvenirs d'un kantisme intransigeant », definisce l'istituto distinguendolo dagli altri, più o meno affini, nei seguenti termini: « 1° l'acte qui dépasse les limites assignées par la loi au titulaire d'un droit est un acte illicite qui peut être l'objet de mesures préventives et doit, si on n'a pu le prévenir, donner lieu à une réparation en nature; 2° l'acte compris dans les limites légales engage néanmoins la responsabilité de son auteur, qui, profitant des bénéfices de son droit, doit en supporter les risques. Mais le titulaire du droit ne peut être considéré comme l'auteur responsable de l'acte que s'il n'a pas agi suivant les circonstances de son époque et de son milieu, et il ne peut être obligé qu' à une réparation pécuniaire; 3° l'acte normal en apparence, mais qui est fait sans but utile et avec intention de nuire, doit être considéré comme un acte anormal et engage la responsabilité pécuniaire de son auteur, malgré sa légalité objective. La question de l'abus des droits apparaît ainsi comme une pure question de responsabilité civile, et la commission de revision du Code civil en a justement renvoyé l'examen à la sous-commission chargée de la discussion de ces principes ». Cfr. G. RIPERT, *L'exercice des droits et la responsabilité civile*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1906, pp. 353-366, cit. p. 361 e p. 365 e s.

rilievo da Durkheim e tradotta in termini giuridici da Duguit e Hauriou, e su tale presupposto afferma la relatività dei diritti soggettivi, intesi come « prérogatives causées », ovvero « produits sociaux, soit dans la forme, soit dans le fond ». In tale prospettiva, integra un abuso del diritto qualsiasi atto « contraire au but de l'institution, à son esprit, et a sa finalité ». Esso può essere identificato attraverso quattro criteri distintivi: l'intenzione di nuocere; la colpa nell'esecuzione; il difetto di interesse legittimo; il « détournement » del diritto dalla sua funzione sociale (178).

La nozione di *détournement de pouvoir*, mutuata dal diritto amministrativo, diventa fondamentale per comprendere la fattispecie dell'abuso del diritto. Il quarto criterio, infatti, secondo Josserand, riassume e sintetizza tutti gli altri. Si tratta di una concezione tributaria delle principali correnti culturali dell'epoca: il solidarismo durkheimiano, le suggestioni organicistiche di un Fouillée e di un Worms, la teleologia giuridica jheringhiana, nonché, come si è detto, la nozione di « interdépendance », elevata da Duguit a categoria centrale della teoria giuridica. Josserand parte dal presupposto che ogni prerogativa, ogni potere giuridico ha, per essenza, un carattere sociale. La giuridicità si identifica perciò con la « règle sociale obligatoire ». Nell'ambito dell'organismo giuridico considerato nel suo insieme, il singolo elemento costitutivo partecipa dell'essenza del tutto nel quale è inserito e al cui funzionamento reca il proprio contributo.

Tale schema è valido non solo nel caso di prerogative di carattere "altruistico", come i poteri riconosciuti dal diritto di famiglia o le funzioni amministrative, ma anche per le facoltà "egoistiche", riconducibili al diritto di proprietà o al diritto di credito. Il sistema giuridico compone gli egoismi individuali ordinandoli al servizio della comunità. I diritti soggettivi, come le leggi naturali nel mondo fisico, devono tendere alla conservazione dell'ordine sociale. Ciascuno di essi deve perciò realizzarsi conformemente all'« esprit de l'institution », dal momento che, in una società organizzata, i diritti soggettivi perdono l'originaria assolutezza e si trasformano in « droits-fonction » (179):

---

(178) Si veda L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, cit., p. 394 e ss.

(179) *Ibidem*, p. 394 e ss.

« toute cette théorie de l'abus constitue la consécration et la sanction de l'esprit dont sont animées nos différentes prérogatives et dont elle prétend assurer la parfaite observance; grâce à elle, les droits se réalisent, non pas dans une direction quelconque, mais dans une ambiance sociale, en fonction de leur mission et en conformité de ces principes généraux qui sont…sous-jacents à la légalité et qui constituent, dans leur ensemble, un droit naturel à contenu variable et comme une superlégalité. Chacune de nos facultés tend à un but qui est déterminé par l'esprit de l'institution: c'est la théorie de l'abus qui les maintient dans le droit chemin, qui les empêche de s'en écarter et qui les conduit ainsi, d'une impulsion sûre, jusqu' au but à atteindre » (180).

Ne deriva che l'esercizio di un diritto deve mantenersi nell'orizzonte funzionale che lo caratterizza, pena il rischio di commettere un abuso del diritto, cioè un *détournement* del diritto dalla funzione corrispondente, un atto contrario al fine dell'istituzione.

Saleilles si inserisce nel dibattito mettendo a frutto, come al solito, la sua conoscenza del diritto tedesco. Dopo qualche esitazione, finirà per rifiutare l'impostazione negatrice di Planiol e la critica dissolvente di Ripert, ritenendo la nuova teoria, pur con tutte le cautele del caso, una manifestazione significativa di quel *droit social*, la cui elaborazione rappresenta uno degli obiettivi prioritari della cultura giuridica della Terza Repubblica. La prudenza che guida la sua analisi, e il fatto che essa sia segnata nel giro di poco tempo da un radicale ribaltamento di prospettiva, ci offre una riprova della delicatezza della questione.

Una delle questioni più controverse sollevate dalla teoria dell'abuso del diritto è la scelta del criterio ricostruttivo. Essa, infatti, può essere elaborata a partire da un criterio soggettivo, dando rilievo all'elemento intenzionale, oppure, al contrario, a partire da un criterio rigorosamente obiettivo, fondato sull'interesse economico e sulla funzione sociale di ciascun diritto. L'alternativa, nell'ordinamento tedesco, è presente addirittura a livello codicistico, dove, accanto al § 226, che sembra prediligere un criterio di carattere soggettivo, troviamo il § 886, nel quale la materialità del fatto, come

(180) *Ibidem*, p. 415.

presupposto della responsabilità, acquista un ruolo nettamente preponderante rispetto all'orizzonte psicologico del soggetto agente (« wer in einer gegen die guten Sitten verstoβenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Erstaz des Schadens verpflichtet »).

La riflessione di Saleilles è segnata da tale dicotomia. Da principio egli guarda con favore all'impostazione obiettiva, alla quale dà il suo sostegno, quasi incidentalmente, nell'ambito dell'*Etude sur la théorie générale des obligations*. Nelle pagine dedicate all'illecito civile, al § 704 e ss. dell'*Entwurf*, compare una lunga nota (181), poco usuale per uno scrittore dallo stile tradizionalmente veloce e sobrio. Ma è evidente che si tratta di un primo abbozzo, di un *jalon de route*, un'occasione per evocare un tema di cui si coglie tutta l'importanza, sul quale non si può fare a meno di intervenire, sia pure in modo approssimativo, con l'intenzione però di ritornarvi sopra quanto prima.

È importante rilevare la contraddizione, presente nel sistema tedesco, tra il mantenimento del principio della responsabilità soggettiva e i tentativi infruttuosi di definire determinate categorie legali destinate a circoscrivere la materialità del delitto civile. Fondare il criterio dell'abuso del diritto su un elemento psicologico risulta inutile e pericoloso, dal momento che è sempre possibile invocare in sede contenziosa un interesse individuale a giustificazione della condotta dannosa.

L'accertamento giudiziale della legittimità di tale interesse è possibile solo applicando il criterio obiettivo del § 826, cioè la violazione delle *gute Sitten*. L'unica formula ammissibile, in materia di abuso del diritto, è quella che vede in tale fattispecie un esercizio contrario alla destinazione economica o sociale del diritto soggettivo; tale esercizio è di per sé illegittimo ed è sanzionato dalla coscienza collettiva, in quanto fuoriesce dal contenuto specifico del diritto il quale, dal punto di vista sociale, è necessariamente relativo e non può essere esercitato senza limiti. Collocandosi in questa prospettiva, risulta evidente come il fatto dal quale deriva un evento dannoso, integrando di per sé una condotta contraria alle *gute Sitten*,

---

(181) Si veda *La théorie générale de l'obligation*, cit., nota n. 1, p. 370 e ss.

non necessita di essere qualificato soggettivamente per potersi considerare illecito.

L'elemento costitutivo dell'abuso del diritto è dunque l'« exercice anormal du droit », l'« exercice contraire à la destination économique ou sociale du droit subjectif »: « l'abus de droit se caractérise par son côté objectif et non par son but; ce qu' il faut dire, c'est qu' un acte dommageable qui aurait eu pour but exclusif le préjudice réalisé, serait, par lui-même, un acte objectivement contraire aux moeurs ». La materializzazione del diritto civile e la individuazione della « discordance avec les moeurs » come criterio costitutivo del « fait antisocial » presuppone l'adozione di un sistema che definisce in termini rigorosamente obiettivi la responsabilità personale. Saleilles opera qui un accostamento, dal quale in seguito prenderà le distanze, tra il « fait antisocial », posto a fondamento della fattispecie dell'abuso del diritto, e il « fait de risque », ovvero un fatto « qui par lui-même et par sa nature, emporte et implique des risques ».

L'accoglimento di una nozione obiettiva di abuso del diritto, togliendo ogni rilievo all'elemento intenzionale, determina una certa confusione tra la disciplina dell'*abus du droit* e la disciplina della responsabilità oggettiva come conseguenza della teoria del rischio. Essa consente però di operare una duplice precisazione, assai importante ai fini di una esatta delimitazione della fattispecie: rivela, in primo luogo, l'infondatezza della distinzione tra facoltà individuali, cristallizzate in diritti positivi intangibili, e l'esercizio generico della libertà, tutelato in quanto principio generale, nella sua virtualità, e non nelle sue manifestazioni concrete: in tutti i casi, che si tratti di un fatto pericoloso o di un fatto antisociale, non è più necessario distinguere tra l'esercizio individuale della libertà e l'esercizio di una facoltà legale, prevista specificamente dall'ordinamento.

In secondo luogo, la teoria tradizionale ha ulteriormente aggravato le conseguenze derivanti da tale artificiosa distinzione, identificando l'esercizio della libertà con l'esercizio della proprietà e considerando l'attività posta in essere dal proprietario alla stregua di un insieme di atti rientranti necessariamente nel contenuto di tale diritto. In realtà, la differenza tra l'esercizio di un diritto di proprietà e il mero esercizio di una libertà personale è di natura puramente quantitativa: l'atto di esercizio di un diritto di proprietà potrà avere

natura abusiva solo nel caso in cui sia particolarmente grave o sia comunque qualificato da un elemento psicologico tale da configurare una fattispecie delittuosa mentre è sufficiente che esso sia utile a chi lo pone in essere, rientrando nella destinazione economica del bene che ne costituisce l'oggetto, per essere ritenuto legittimo; al contrario, l'esercizio della libertà è suscettibile di impegnare la responsabilità dell'autore non appena da esso derivi un pregiudizio per i terzi. Si tratta, in altre parole, di sfere di attività di diversa ampiezza, fondate però sul medesimo principio di responsabilità.

Saleilles, in questa prima fase, assume una posizione molto vicina a quella di Marcel Planiol. Parlare di abuso del diritto è un modo logicamente scorretto per descrivere una situazione caratterizzata dalla mancanza di un diritto e non da un suo uso improprio; un diritto di cui si abusa non è altro, in realtà, che una facoltà estranea al contenuto del diritto di cui ci si afferma titolari. Il presunto abuso del diritto si risolve, il più delle volte, in una questione di delimitazione del suo contenuto. Tale fraintendimento è il risultato della concezione antisociale che interpreta la proprietà alla stregua di un diritto assoluto, in sé illimitato; ne deriva che l'idea di un esercizio abusivo di tale diritto è logicamente inaccettabile. La proprietà, al contrario, è un diritto il cui contenuto giuridico dipende dagli usi, dalle consuetudini e dal tenore della legge.

A dispetto della vicinanza con le tesi di Planiol, si nota tuttavia sin d'ora una esitazione di carattere non solo formale, che lo condurrà progressivamente su una strada diversa da quella imboccata dall'illustre civilista. Saleilles ammette che il più delle volte la nozione di abuso del diritto è il frutto di una contraddizione logica, il risultato di una errata concezione assolutistica del *droit subjectif*, ma non arriva al punto di equiparare, in ogni caso, l'abuso all'assenza del diritto: « je ne dirai pas qu' il n'y a jamais d'abus de droit, ou que tout abus de droit se confond toujours avec l'absence de droit ».

La differenza tra le due fattispecie attiene essenzialmente al profilo sanzionatorio: in caso di assenza del diritto, la sanzione principale accordata agli interessati ha natura preventiva, è una sanzione in natura e non soltanto per equivalente, e si identifica con il potere di opporsi all'atto illecito. Diversamente nel caso di « défaut de droit »: utilizzare un diritto in maniera dannosa per la

comunità costituisce un atto illecito al pari di un eccesso in senso stretto, cioè dell'esercizio di una facoltà che fuoriesce dal contenuto del diritto; ma, mentre nel primo caso è ipotizzabile solo una sanzione per equivalente, *sub specie* di risarcimento danni, nel secondo è ipotizzabile una sanzione in natura, tramite l'adozione di opportune misure a carattere preventivo (182). Si ha abuso e non assenza del diritto tutte le volte in cui la condotta posta in essere, benché abusiva, non può separarsi dal fatto cui si riferisce, fatto che, di per sé, costituisce un esercizio legittimo del diritto. In tale ipotesi, è possibile proibire il fatto accessorio solo opponendosi al fatto principale, in sé legittimo; ne deriva che l'unico rimedio ammissibile ha carattere risarcitorio.

Il profilo sanzionatorio assume da subito una indiscussa centralità. Saleilles colloca in tale ambito l'elemento decisivo della fattispecie. Curiosamente, però, in questa prima fase, la tutela preventiva svolge un ruolo meramente negativo, nel senso che la disciplina dell'abuso del diritto si caratterizza proprio per il fatto di non poter dar adito a forme di tutela di carattere non meramente risarcitorio.

La prospettiva si capovolge nella seconda fase della sua riflessione, segnata dal recupero dell'elemento soggettivo e del requisito della « intention de nuire », come presupposto indispensabile della fattispecie dell'abuso del diritto, e dal definitivo sganciamento di tale istituto dalla attrazione falsante esercitata dalla disciplina del diritto di proprietà. Ciò avviene qualche anno dopo, in occasione del dibattito sul tema che ha luogo in seno alla neonata *Société d'études législatives*.

L'esame della questione procede lentamente, tra innumerevoli resistenze, come testimonia il tentativo di aggirarne la pericolosità diluendola in una serie di considerazioni formali, di carattere mera-

---

(182) Saleilles ricorre all'esempio degli effetti causati dal passaggio della ferrovia sulle proprietà confinanti: « que l'on suppose, par exemple, les riverains d'une voie ferrée ayant à souffrir de la fumée que dégagent les machines employées par la compagnie, et soutenant que ces dommages proviennent ou d'un vice de construction du matériel, ou de la mauvaise qualité de la houille; leur donnera-t-on le droit de faire défense à la compagnie d'user des locomotives en service? Leur donnera-t-on le droit de faire arrêter la marche des trains, sous prétexte que la façon dont la compagnie use de son propre droit constitue un acte qu' elle n'avait pas le droit de faire? Il n'y a pas défaut de droit, mais abus de droit », *La théorie générale de l'obligation*, cit., p. 373.

mente pregiudiziale. Alcuni componenti della Commissione contestano infatti l'opportunità di inserire la disciplina dell'abuso del diritto nel titolo preliminare, considerandola non una fattispecie di parte generale ma un principio speciale, da inserire accanto alle singole fattispecie giuridiche disciplinate dal Codice.

Al contempo, secondo tale posizione, nel caso in cui si decida di considerare l'abuso del diritto alla stregua di un principio di parte generale, la disciplina relativa dovrebbe essere dettata nell'ambito dell'art. 1382, con la portata ristretta di un obbligo di riparazione, senza fare di essa un assioma assoluto, suscettibile di prestarsi alle interpretazioni più disparate e arbitrarie. Si adotta pertanto la decisione di rinviare l'esame del problema alla sotto-commissione incaricata di studiare la responsabilità extra-contrattuale.

Si tratta di una tattica dilatoria il cui fine è evidente: si vuole far cadere la questione indirizzandola su un binario morto: « en demandant ce renvoi, on espère enterrer la question, parce que la Sous-Section qui est chargée d'étudier cette partie spéciale du Projet ne paraît guère disposée, moins encore que la nôtre, à entrer dans cette voie » (183).

Desideroso di tener vivo il dibattito, Saleilles ottiene però il diritto di presentare un rapporto sul tema. Lo scopo dichiarato è quello di esaminare in maniera dettagliata i risultati concreti conseguiti dalla giurisprudenza attraverso l'applicazione dell'art. 1382, verificando se tale norma può costituire una base sufficiente allo sviluppo della teoria dell'abuso del diritto. La rassegna giurisprudenziale offre in realtà un importante argomento a sostegno della tesi della introduzione della disciplina dell'abuso del diritto nel titolo preliminare del Codice, come regola indipedente e autonoma (184).

---

(183) Cfr. A. Aragoneses, *Recht im* fin de siècle, cit., p. 133.

(184) Tutte queste vicissitudini sono raccontate nella lettera scritta a Eugen Huber il 14 marzo di quello stesso anno, durante l'elaborazione del progetto: « j'ai défendu mes idées de mon mieux; et j'ai enfin obtenu que l'on me permît de faire un Rapport sur la question, portant principalement sur l'intérêt qu' il puisse y avoir à donner au principe une formule générale écrite au frontispice de la codification, au lieu de la restreindre à une conception plus étriquée qui ne prendrait place que dans les obligations à propos des délits et quasi-délits. Et sur ce point l'exemple que vous m'indiquez dans votre lettre me sera très précieux; car si la question ne porte que sur la question de réparation

Il rapporto viene presentato nella seduta del 25 marzo 1905.

Uno dei suoi punti di forza è rappresentato dal profilo dei rimedi: la collocazione della disciplina dell'abuso del diritto nell'ambito della responsabilità extra-contrattuale consente di prevedere, come unica forma di tutela, il risarcimento del danno, dunque una tutela *ex post*, mentre Saleilles ritiene indispensabile introdurre una tutela preventiva, il che è possibile solo dando alla fattispecie una configurazione giuridica autonoma.

Gli atti rientranti nella sfera di applicazione dell'art. 1382 costituiscono modalità di esercizio di un diritto coincidente con la libertà individuale, la quale trova un limite nel necessario rispetto della libertà altrui. Allo stesso modo, l'esercizio dei diritti speciali, previsti e garantiti dalla legge, deve avvenire compatibilmente con il rispetto del principio della solidarietà sociale. Per tale ragione la giurisprudenza, dopo aver posto il principio della assoluta legittimità dell'esercizio dei diritti soggettivi, in quanto tali, ne ha attenuato le conseguenze, sforzandosi di definire i limiti entro i quali tale esercizio deve ritenersi legittimo. Siffatta delimitazione è avvenuta usando come riferimento normativo l'art. 1382 del Codice. Inoltre, la relativizzazione del dogma dell'autonomia privata è stata tentata nell'ambito apparentemente più intangibile, quello cioè del diritto di proprietà.

Non si tratta necessariamente di pronunce recenti, già impregnate di *droit social*, ma di pronunce emerse in piena temperie esegetica, quando ancora la filosofia politica e sociale della *Déclaration* sembrava inattaccabile. Così, ad esempio, in una sentenza del 1826, relativa a un caso di immissioni nocive provenienti da una fabbrica di prodoti chimici, si trova una applicazione dell'art. 1382 all'ambito del diritto di proprietà in termini che lasciano presagire la teoria dell'abuso del diritto, in quanto si afferma che « les dommages soufferts proviennent, non de l'existence des manufactures, mais de l'abus des manifacturiers, qui n'ont pas pris les précautions convenables ». Successivamente, una sentenza della Corte di Douai del

---

délictuelle, le résultat ne peut se traduire que par voie d'indemnité et de dommages-intérêts, alors que ce que j'entendo et ce que je veux, c'est que, le droit faisant défaut on puisse, par avance, en refuser l'exécution et prendre, par conséquent, des moyens préventifs, sans attendre qu' il y ait lieu à réparation », *ibidem.*

1854 precisa che « l'obligation de souffrir les atteintes de la fumée qui s'échappe des cheminées voisines a des limites » stabilendo che « le propriétaire de l'héritage voisin a le droit de réclamer…si le propriétaire du bâtiment d'où se répand la fumée fait un usage immodéré de son droit » (185).

Ma è l'anno seguente, in una sentenza della Corte di Colmar, che si trova la prima chiara affermazione a livello giurisprudenziale della teoria dell'abuso del diritto. L'oggetto del contendere, nel caso di specie, riguardava un falso camino costruito dal proprietario al solo scopo di nuocere al vicino, riducendo l'illuminazione. I giudici alsaziani ordinano la demolizione del camino in quanto costruzione artificiale, priva di un autentico interesse economico o morale, sostenendo che « l'exercice du droit de propriété, comme celui de tout autre droit, doit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime » (186).

Tale pronuncia resta isolata e non incontra il favore della dottrina. L'orientamento prevalente resta infatti favorevole alla piena libertà del proprietario, anche nel caso in cui essa si esplichi nella costruzione di manufatti il cui unico scopo è quello di nuocere in qualsiasi modo a terzi. La dottrina, riallacciandosi alla distinzione tra atti dannosi per la proprietà, ritenuti abusivi e fonte di responsabilità e atti che, a dispetto delle loro conseguenze dannose, sono il risultato dell'esercizio legittimo di un diritto soggettivo, ha formulato una prima teoria, nel tentativo di delimitare i confini della nozione di abuso del diritto. Si è sostenuto che l'esercizio di un diritto soggettivo non può tradursi nella violazione di un altro diritto tutelato dall'ordinamento; non si tratta tanto di esercizio abusivo del diritto quanto di violazione diretta di un diritto altrui, facoltà non rientrante nel diritto di proprietà, anche inteso nel modo più ampio.

È necessario tuttavia che la lesione del diritto costituisca effettivamente una *deminutio* di una situazione giuridica, cioè la privazione di un elemento essenziale e costitutivo della sostanza del diritto violato. Diversamente, se si trattasse non della violazione di una situazione giuridica soggettiva ma della semplice privazione di un diritto di godimento, non vi sarebbe lesione in senso stretto e si

(185) *De l'abus de droit*, cit., p. 330 e ss.
(186) *Ibidem*.

resterebbe nell'ambito della libera manifestazione della autonomia e della indipendenza privata.

Saleilles nota come tale tesi, per quanto ingegnosa, non rispecchi l'orientamento della giurisprudenza. Essa, infatti, non ha mai accettato un criterio di giudizio fondato sulla distinzione tra una lesione diretta di un diritto altrui e una semplice svalutazione, derivante da una privazione di godimento puramente aleatoria. Prova ne è l'orientamento giurisprudenziale consolidato in materia di immobili locati a un prosseneta. Il deprezzamento risultante da tale forma di vicinato deriva unicamente dal fatto del diminuito decoro morale dell'immobile e della zona circostante, ma tale aspetto non costituisce in alcun modo un elemento intrinseco del diritto di proprietà. Ciò non ostante, la giurisprudenza, senza attribuire alcun peso al profilo della colpa, non esita ad accordare il risarcimento per il danno causato dalla destinazione dell'appartamento o dell'immobile a un tale tipo di attività.

Prendendo le mosse da tale orientamento, alcuni autori hanno elaborato una concezione parzialmente diversa dalla precedente. Essa afferma che l'estensione del diritto di proprietà non può mai essere fissata *a priori*, in quanto è il frutto degli usi dell'ambiente di riferimento e non dipende dal tipo di violazione posta in essere, violazione diretta o semplice privazione di godimento; ogni proprietà è condizionata dalla presenza di vincoli di solidarietà determinati sulla base delle consuetudini locali, al punto che l'esercizio di tale diritto dipende, quanto alle modalità o alla estensione, dalle consuetudini particolari che contribuicono a fissarne la disciplina sociale.

Tale concezione, secondo Saleilles, si colloca al di fuori dell'ambito della teoria dell'abuso del diritto, nella misura in cui quest'ultima appare qualificata da un elemento soggettivo o intenzionale. Nei casi in cui la giurisprudenza, per ciascuna ipotesi particolare, fissa e circoscrive l'estensione del diritto di proprietà in rapporto alle convenienze imposte dal rispetto delle proprietà vicine, essa non fa altro che delimitare le facoltà del proprietario, oggettivamente intese, senza preoccuparsi dell'intenzione, cioè del profilo soggettivo, che risulta invece determinante per la configurazione della fattispecie dell'abuso del diritto. Si tratta, come osserva Planiol, della semplice delimitazione del contenuto del diritto di proprietà, la

quale lascia del tutto impregiudicata la questione dell'abuso del diritto.

La giurisprudenza ha operato tale delimitazione muovendosi nell'ambito dell'art. 1382, al fine di distinguere gli atti rientranti nell'esercizio normale del diritto di proprietà dagli atti eccentrici, suscettibili di integrare delle ipotesi di delitto o di quasi-delitto. Tuttavia, in un sistema legislativo ben costruito, l'affermazione del carattere relativo del diritto di proprietà e la delimitazione del suo contenuto non può avvenire nell'ambito della disciplina della responsabilità extra-contrattuale, ma semmai nell'ambito della disciplina dello stesso diritto di proprietà, come accade normalmente nel caso di tutti i diritti particolari contemplati dal Codice. Si tratta però di un profilo nettamente distinto dall'abuso del diritto: una volta precisato il contenuto di un diritto, tutte le facoltà che vi rientrano, a prenderle nella loro semplice materialità, devono essere per ciò stesso considerate atti leciti, a prescindere dalla finalità che li ispira e dai risultati che sono volti a realizzare.

La fattispecie dell'abuso del diritto si configura al contrario proprio nel momento in cui si ammette la possibilità di una indagine sull'intenzione e sulle finalità che presiedono all'esercizio di un diritto soggettivo. Saleilles considera abuso del diritto ogni atto in sé perfettamente lecito posto in essere all'unico scopo di nuocere a terzi:

> construire un mur, une cheminée, faire des fouilles sur son terrain, ce sont là, dans tous les cas et partout, des facultés essentielles et normales comprises dans le droit de proprieté. Et cependant, si un acte de ce genre n'a d'autre but que de nuire à autrui, sans qu' il puisse s'expliquer par aucun intérêt appréciable pour celui qui en est l'auteur, il devient un abus du droit, c'est-à-dire un acte contraire au droit, auquel il n'est pas juste, auquel il serait antisocial, que la loi vînt prêter son concours. Voilà le véritable abus du de droit, tel qu' on peut et on doit le définir au sens juridique et technique (187).

(187) « Etant donné un acte licite en lui-même par ses conditions extérieures et matérielles, il y a abus du droit s'il est permis de considérer cet acte comme illicite et contraire au droit, uniquement en raison de son but intentionnel », *ibidem*, p. 335.

Tale è il contenuto della teoria dell'abuso del diritto costruita sul terreno della responsabilità extra-contrattuale, per paura del vuoto o del clima rarefatto della teoria generale. La confusione e l'apparente contraddittorietà delle pronunce svela però l'insufficienza e il carattere meramente transitorio di un tale fondamento normativo.

Accanto a questa iniziale bipartizione emergente dall'insieme spesso caotico delle pronunce giurisprudenziali, è possibile individuare un'altra tendenza, caratteristica della società industriale, e destinata a acquistare sempre più spazio sulla scena giuridica. Si tratta della teoria del rischio, che Saleilles recupera allo scopo di chiarire il tema dell'abuso del diritto.

Sappiamo già di cosa si tratta: atti perfettamente leciti, compresi nel contenuto materiale del diritto, possono determinare conseguenze dannose e divenire per ciò stesso illeciti. Ciò si verifica in modo particolare nell'ambito della grande industria ma anche nell'ambito del normale funzionamento dell'apparato statuale. Il problema consiste perciò nell'individuare le condizioni di un possibile equilibrio tra l'esigenza di tutelare l'iniziativa privata e l'attività economica e l'esigenza di salvaguardare la giustizia sociale.

L'evoluzione economica e sociale moltiplica inoltre le ipotesi di esercizio di un diritto di proprietà in sé del tutto lecite ma suscettibili, date le circostanze materiali in cui hanno luogo, di generare danni a terzi. La teoria del rischio presenta in tal modo significative affinità concettuali con la teoria dell'abuso del diritto e deve essere chiaramente messa a fuoco se si vogliono definire i contorni e il contenuto di quest'ultima.

Saleilles enuclea pertanto tre categorie di fatti, ben distinte, nelle quali l'esercizio di un diritto solleva il problema della riparazione: il mero esercizio della libertà individuale, indipendentemente da ogni riferimento a un diritto positivamente riconosciuto. Tale fatto è, in sé, giuridicamente irrilevante, mentre la sua liceità dipenderà dalle conseguenze prodotte, potendo comportare un obbligo di riparazione integrale, anche in natura, in caso di conseguenze dannose. Siamo ovviamente nell'ambito della responsabilità extra-contrattuale, il cui presupposto, l'esercizio improprio della libertà individuale, è distinto dall'esercizio di un diritto

positivo in senso stretto; l'esercizio di un diritto che, sotto il profilo materiale epersonale, costituisce un fatto lecito, facente parte del contenuto normale della sfera giuridica soggettiva, il quale, tuttavia, implica necessariamente accettazione dei rischi, impegnando alla riparazione dei danni eventualmente prodotti, senza che ciò possa portare alla soppressione della causa generatrice del rischio, poiché ne deriverebbe la soppressione del diritto. Siamo nell'ambito di attività coperte dalla teoria del rischio; l'esercizio di un diritto che, pur restando lecito sotto il profilo materiale, si traduce non soltanto in un fatto generatore di rischio, ma in un fatto abusivo e contrario alla legge, dato il contenuto antisociale dell'elemento intenzionale che lo caratterizza. Esso genera una obbligazione di risarcimento, anche in natura, e può essere impedito attraverso la predisposizione di adeguate misure preventive: è l'ambito specifico di operatività della fattispecie dell'*abus du droit*.

Questa tripartizione, al di là delle diverse possibili opzioni dottrinali, ha precise conseguenze a livello formale. In primo luogo, la precisazione del contenuto e dell'estensione di un diritto particolare deve avvenire nell'ambito della disciplina specifica di questo e non attraverso una formula generale inscritta nel *corpus* dell'art. 1382. È impossibile infatti elaborare una formula unica in grado di fissare, una volta per tutte, il limite di tutti i diritti riconosciuti dalla legge; qualora si decida, invece, di consacrare a livello positivo la teoria del rischio, dando rilievo al fatto generatore di reponsabilità in ragione del danno causato, sia che si tratti di un fatto rientrante nell'esercizio normale della libertà, nell'esercizio di un diritto specifico, sia che si tratti di un illecito civile tradizionale, fondato su una colpa personale, tale consacrazione positiva deve trovare spazio nell'ambito specifico dell'art. 1382, che è il luogo naturale di tale disciplina; qualora si tratti invece non più di fissare il criterio della riparazione in ragione della colpa o del rischio, ma di definire il fatto contrario al diritto in ragione del fine illegale e antisociale che lo ispira, si fuoriesce dall'ambito ristretto dell'art. 1382 e si entra nell'ambito delle leggi generali che fissano le condizioni essenziali di esercizio del diritto individuale, in tutte le materie della legislazione privata, similmente a quando se ne precisano i caratteri in relazione al principio di ordine pubblico.

Conseguentemente, se si decide di introdurre nel Codice la fattispecie dell'abuso del diritto, dando una consacrazione positiva agli sviluppi giurisprudenziali ricordati, il luogo naturale è l'art. 6, di cui l'*abus du droit* costituisce un logico completamento.

Il rischio di arbitrio è scongiurato dalla necessità del requisito dell'intenzione maliziosa (188), come condizione integrante della fattispecie dell'*abus du droit*. Al contrario, l'*abitraire* può verificarsi con maggior facilità là dove si decida di risolvere la questione facendo leva sull'art. 1382. L'affermazione della teoria del rischio, sulla scia di un orientamento giurisprudenziale favorevole, e la sua vicinanza alla teoria dell'abuso del diritto, può essere all'origine di una serie di pronunce contraddittorie frutto della confusione tra le due discipline, con applicazione della fattispecie dell'*abus du droit* a semplici fatti di responsabilità prodotti dallo svolgimento di attività lecite benché rischiose.

Saleilles si dichiara pertanto favorevole all'inserimento della disciplina dell'abuso del diritto nel titolo preliminare del Codice, come necessario completamento dell'art. 6, e propone alla *Société d'études législatives* la formula seguente:

> un acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer un exercice licite d'un droit (189).

Soluzione giudicata una via di mezzo tra la formula troppo

---

(188) Com'è stato notato, il tema in questione ha suscitato notevoli dibattiti dottrinali, legati alla difficoltà di individuare un criterio unico da porre a fondamento di tale fattispecie. Infatti, qualora si richieda la presenza di una intenzione qualificata, la prova dell'abuso risulta piuttosto ardua e la sanzione perde la sua automaticità; al contrario, qualora si ritenga che il fatto generatore della responsabilità per abuso sia una colpa semplice, la sanzione diventa sistematica e l'abuso del diritto perde la propria specificità e finisce per diventare un caso classico di responsabilità. Cfr. A. VIGNON-BARRAULT, *Intention et responsabilité civile*, cit., p. 149 e ss.

L'evoluzione successiva della teoria dell'abuso del diritto porterà invece all'abbandono del criterio intenzionale, ritenuto troppo restrittivo, in quanto avente per natura carattere soggettivo. Cfr. R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, I, *Les sources de la responsabilité civile*, Paris, 1951, n. 36 e s., p. 48 e s.

(189) *Ibidem*, p. 348.

restrittiva del § 226 del BGB e la formula troppo vaga dell'art. 3 del progetto svizzero.

Tale soluzione verrà consacrata qualche anno dopo dalla giurisprudenza con il celebre arrêt *Clément-Bayard*, emesso il 3 agosto 1915 dalla *Chambre des requêtes* della *Cour de cassation*. Siamo in presenza di un classico caso di atti emulativi: « Coquerel a installé sur son terrain attenant à celui de Clément-Bayard, des carcasses en bois de seize metres de hauteur surmontées de tiges de fer pointues…le dispositif ne présentait pour l'exploitation du terrain de Coquerel aucune utilité et n'avait été érigé que dans l'unique but de nuire à Clément-Bayard, sans d'ailleurs, à la hauteur à laquelle il avait été élevée, costituer au sens de l'art. 647 du code civil, la clôture que le propriétaire est autorisé à construire pour la protection de ses intérêts légitimes ». I giudici di legittimità, a conferma della pronuncia emessa dalla Corte di appello di Amiens, condannano il resistente al risarcimento « du dommage causé à un ballon dirigeable de Clément-Bayard », stigmatizzandone la condotta abusiva.

La sentenza si fonda sul riconoscimento dell'abuso del diritto, come atto compiuto in assenza di un interesse apprezzabile, al solo scopo di nuocere a terzi: « il ne peut y avoir abus de droit que si le propriétaire exécute chez lui, sans aucun profit pour lui-même, un acte qui apporte un trouble au propriétaire du fonds voisin restant dans les limites de sa propriété » (190).

Siamo in presenza un altro esempio di produzione sapienziale del diritto realizzata spontaneamente dal ceto dei giuristi, secondo i dettami della *méthode historique*, favorendo cioè lo sviluppo organico del sistema attraverso l'*assouplissement* delle norme e dei principi esistenti.

5. *Il problema del* « libre salaire de la femme mariée ».

La ricostruzione dell'attività para-legislativa svolta all'interno della *Société d'études législatives* non può prescindere dall'esame dei contributi dedicati al tema del regime giuridico della *femme mariée*,

(190) *Cassation*, 3 août 1915, affaire Clément-Bayard, *Dalloz*, 1917, I, p. 79. Si veda anche *Cassation*, 3 juin 1850, *Dalloz*, 1850, I, p. 185.

ambito in relazione al quale l'età del Codice si faceva sentire in modo particolare (191).

Si tratta di un argomento solo apparentemente eterogeneo ove si tenga presente che esso è parte di un disegno comune di cui è chiara la coerenza nel quadro della logica che anima la *Société*: il ceto dei giuristi, esercitando il proprio magistero autorevole, si prefigge l'obiettivo di orientare lo sviluppo organico dell'ordinamento, favorendo la riforma progressiva e prudente del sistema giuridico tramite interventi *ad hoc*, a cominciare dagli ambiti politicamente più sensibili (192).

Anche in relazione a tale tema, come vedremo, Saleilles utilizza sino in fondo tutte le potenzialità insite nella *méthode historique*: l'uso strumentale della ricerca storiografica, la funzione creativa della « science nationale du droit comparé », il ruolo centrale della nozione di « réalité juridique ».

Xavier Martin non ha esitato a parlare di « misogynie » per qualificare la mentalità dei redattori del codice, là dove considerano la donna alla stregua di un soggetto incapace. Si tratta della traduzione a livello giuridico di un pregiudizio di carattere antropologico, a cui si aggiunge un elemento di natura congiunturale, la convinzione cioè che le donne rappresentino un rischioso elemento di

---

(191) Altro importante tema trattato all'interno della *Société* è quello della responsabilità dell'erede per i debiti della successione. La ricostruzione in chiave storica di tale istituto si inquadra nell'abituale prospettiva metodologica centrata sulla nozione di « réalité juridique ». Cfr. R. SALEILLES, *Le partage et la transmission intégrale dans le Code civil suisse*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, pp. 537-608, cit., p. 538; *De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, IX, 1910, pp. 296-325, cit., p. 296.

(192) La riforma del regime giuridico della donna sposata è sicuramente uno di questi. Il Codice, infatti, recepiva il modello familiare di *ancien régime* il quale, nel tentativo di conciliare l'unità del gruppo con l'individualità dei membri, faceva prevalere il punto di vista unitario e il principio di autorità. Il risultato era una « absence d'association entre le mari et la femme quant à l'administration de la fortune du ménage et quant à l'exercice de la puissance paternelle », cfr. P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *La famille et le Code civil*, in *Le Code civil 1804-1904 — Livre du Centenaire*, cit., p. 283.

anarchia sociale, come dimostrerebbe il ruolo considerevole da esse svolto durante la Rivoluzione (193).

Non sorprende allora che sul finire del secolo, in presenza di un contesto sociale profondamente mutato, si moltiplichino le richieste di riforma di un diritto di famiglia che ha, tra i suoi principi-guida, quello che è stato efficacemente definito il « grand mérite de n'être pas du sexe faible » (194).

La storia della emancipazione giuridica della donna si intreccia con le alterne vicissitudini del femminismo nella società della *Belle Epoque* (195). Nel corso degli anni Ottanta le richieste del movimento femminista a favore dell'eguaglianza civile non riescono a catturare l'attenzione della classe politica. Il tradizionalismo d'impronta cattolica al quale si ispirano i conservatori si salda con la volontà dei repubblicani progressisti di fondare l'equilibrio del nuovo regime sulla negazione del ruolo politico delle donne e sulla riaffermazione della autorità maritale e su concetti quali la « religion du devoir », di cui è espressione la famiglia tradizionale, e tale alleanza, apparentemente contraddittoria, vanifica gli sforzi per l'emancipazione (196). Alla laicizzazione del principio di autorità corrisponde l'obbligo inedito, per lo Stato, di farsi carico dei più deboli: il paternalismo e

---

(193) Cfr. X. Martin, *Misogynie des rédacteurs du code civil: une tentative d'explication*, in *Droits*, n. 41, 2005, p. 69 e ss.

(194) Cfr. X. Martin, *Mythologie du Code Napoléon*, cit., p. 270 e ss. Si vedano anche M. Garaud-R. Szramkiewicz, *La Révolution française et la famille*, Paris, 1978, p. 172 e ss. e E. Micou, *L'égalité des sexes en droit privé*, Perpignan, 1997 (di quest'opera si veda in particolare la prefazione). Per un'analisi sociologico-giuridica della famiglia, quale pilastro del diritto, cfr. J. Carbonnier, *Flessibile diritto*, cit., p. 220 e ss.

(195) Si veda per un inquadramento del femminismo nel contesto francese di fine Ottocento: S. C. Hause-A. R. Kenney, *The limits of Suffragist Behavior: Legalism and Militancy in France, 1876-1922*, in *The American Historical Review*, LXXXVI, n. 4, 1981, p. 781-806; K. Offen, *Depopulation, nationalism and feminism in* Fin-de-siècle *France*, in *The American Historical Review*, LXXXIX, n. 3, 1984, pp. 648-676; J. W. Scott, *La citoyenne paradoxale. Les féministes françaises et les droits de l'homme*, Paris, 1998; Y. Ripa, *Les femmes, actrices de l'Histoire: France, 1789-1945*, Paris, 2002; M. Riot-Sarcey, *Histoire du féminisme*, Paris, 2002; A. Michel, *Le féminisme*, Paris, 2003. Particolarmente esaustivo è il volume di J. Macmillan, *France and women, 1789-1914: gender, society and politics*, London-New York, 2000.

(196) Cfr. F. Rochefort, *A propos de la libre disposition du salaire de la femme mariée, les ambiguïtés d'une loi (1907)*, in *Clio, Histoire, Femmes et Sociétés*, n. 7, 1998, pp. 177-190.

il protezionismo dell'*Etat-Providence* rappresentano l'unica risposta possibile, in quel contesto, alle istanze tipiche della questione sociale e del movimento femminista.

La comparsa della corrente filantropica protestante di Tommy Fallot (197) scombina gli schemi. La *Ligue pour le relèvement de la moralité publique*, nata originariamente per lottare contro l'alcolismo e la prostituzione, finisce ben presto per farsi carico anche della tutela dei diritti civili delle donne. Essa ha il merito di impostare il problema del ruolo sociale della donna in termini non incompatibili con il modello repubblicano, adottando un approccio di carattere morale basato sulle nozioni di « vice », di « vertu », di « victime », di « coupable ». In tal modo, la necessità di tutelare la posizione giuridica della donna viene argomentata a partire dalla denuncia della immoralità dell'« homme du peuple », messo sul banco degli imputati per la sua tendenza all'alcolismo, alla violenza, all'abuso di autorità, alla indolenza.

Ritroviamo tali argomenti in più occasioni nelle pagine di Saleilles, nelle quali, alla riaffermazione del valore insopprimibile della famiglia tradizionale e alla valutazione negativa del lavoro femminile, percepito come un fattore disgregante, si accompagna la convinzione che l'ampliamento dei diritti della donna sposata sia una sorta di male minore, reso necessario per lottare contro l'immoralità dilagante e i soprusi maschili:

> je considère, quant à moi, que l'homme, c'est sa mission et c'est aussi son honneur, doit gagner la vie pour tous; c'est lui qui, dans le ménage, a une fonction de travail et de labeur. Ce qu' il gagne, il le gagne pour deux. Et c'est en cela que les idées profondément humaines, et profondément chrétiennes, qui sont à la base de la communauté, me paraissent d'une

(197) Tommy Fallot (1844-1904) è un pastore protestante originario dell'Alsazia, fortemente impegnato in ambito sociale. A seguito di un incontro con la filantropa inglese Josephine Butler (1828-1906) decide di fondare la *Ligue pour le relèvement de la moralité publique* destinata ad acquistare ben presto notevole notorietà. Pur rifiutando la nozione di lotta di classe e le tesi del socialismo rivoluzionario, Fallot aderisce alla dottrina socialista e fonda il *Cercle socialiste de la libre pensée chrétienne*, divenuto nel 1882 la *Société d'aide fraternelle et d'études sociales*, la quale sarà all'origine del movimento del *Christianisme social*, il cui obiettivo sarà quello di proporre una soluzione di ispirazione cristiana al conflitto sociale. Cfr. M. BOEGNER, *La vie et la pensée de Tommy Fallot*, Paris, 1914.

haute portée sociale. Mais, il faut, au contraire, qu' il soit parfaitement entendu, que le travail extérieur, le travail en dehors des attributions ménagères n'est pas, et ne doit pas être, la fonction de la femme. L'idéal social n'est pas de soustraire la mère et l'épouse à sa mission domestique pour livrer le ménage et le foyer à l'abandon. Tout cela est néfaste et mauvais. Il faut, en dépit des dures exigences sociales de notre époque, qu' il soit entendu que le travail de la femme, j'entends de la femme mariée, est et doit être exceptionnel (198).

Ma, una volta riconosciutane la necessità, sia pure in via eccezionale, si pone l'esigenza di tutelare il salario della donna, che è prima di tutto una fonte di reddito per il sostentamento della famiglia, contro le mire di un marito « débauché » (199), interessato ad impossessarsi dei guadagni della consorte per potersi liberamente abbandonare al vizio. Messo in questa prospettiva, il discorso perde molto del suo carattere eversivo e assume quei tratti moralistici e compromissori tipici della dominante dottrina solidarista.

Sono gli stessi argomenti che troviamo in un importante intervento tenuto da Ernest Glasson di fronte alla *Académie des Sciences morales et politique* nel 1886 sul tema *Le Code cvil et la question ouvrière*. Glasson denuncia, in primo luogo, la condizione di miseria e di abbandono nella quale sono costrette a vivere innumerevoli donne lavoratrici della classe operaia, a causa della leggerezza e della irresponsabilità dei mariti: « chose triste à dire, plus la femme a

---

(198) Cfr. R. SALEILLES, *Observations dans une discussion de la Société d'études législatives sur les modifications à apporter aux droits et pouvoirs de la femme mariée quant aux biens et aux produits du travail et de l'industrie*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, I, 1901-1902, pp. 25, 56, 105-107, 115, 131-148, 205-206, cit., p. 144. Nel primo decennio del Novecento Saleilles interviene a più riprese su tale tema. Si veda R. SALEILLES, *L'initiative de la femme dans le domaine du droit*, Paris, 1901; *La condition juridique de la femme dans le nouveau Code civil allemand*, in *Réforme sociale*, XLII, 1901, pp. 90-91 e 717-744; *Rapport sur l'œuvre de l'action sociale de la femme*, in *Réforme sociale*, XLII, 1901, pp. 86-87; *Le principe du libre salaire de la femme mariée érigé en règle d'ordre public*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, VI, 1907, pp. 563-595; *Observations dans une discussion de la Société de législation comparée sur la situation de la femme mariée en Suisse*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XXXVIII, 1908-1909, pp. 151-161. A tali contributi si deve inoltre aggiungere la prefazione a L. LYON-CAEN, *La femme mariée allemande. Ses droits, ses intérêts pécuniaires*, Paris, 1903.

(199) *Ibidem*, p. 133.

d'enfants, plus elle court le risque d'être délaissée par son mari. L'ivrognerie et l'adultère sont les deux pricipales causes de ces abandons. Ne conviendrait-il pas d'établir au profit de ces malheureuses femmes une justice rapide et une procédure simple qui leur permettraient ou bien de pratiquer entre les mains du patron une sorte de saisie-arrêt sur une partie du salaire de leur mari ou tout au moins de conserver pour elles-mêmes, dans certaines circonstances, l'intégralité du produit de leur travail? » (200).

Dopo la denuncia, segue la precisazione: non si tratta tanto di una lotta per il raggiungimento dell'eguaglianza civile della donna quanto di una lotta contro la miseria e di uno sforzo di moralizzazione, compatibile con i programmi politici della Repubblica opportunista: « nous n'entendons pas soulever ici cette grave question de l'émancipation de la femme mariée. Nous demandons seulement que par des moyens adaptés à sa situation propre, la femme de l'ouvrier et celle du petit employé soient protégées comme l'est déjà celle de l'homme plus fortuné par le droit de demander la séparation des biens. Cette procédure de la séparation de biens n'étant pas faite pour la femme de l'ouvrier, il faudrait en imaginer une autre plus simple et plus rapide, qui l'autoriserait à conserver son propre salaire lorsque son mari le dissipe au détriment de la famille » (201).

L'unico rimedio contro la depravazione dell'« homme du peuple » è l'intervento moralizzatore delle istituzioni: misure quali la protezione del salario della donna lavoratrice, benché espressione di una lotta per l'eguaglianza civile, trovano ascolto nella classe dirigente repubblicana poiché si inseriscono in una ottica protezionista funzionale alla costruzione di una *morale juridique* nel significato già in precedenza segnalato. Grazie all'attivismo di Fallot si riesce così a far discutere un progetto di legge, presentato come parte della normativa sulla infanzia abbandonata, il quale prevede il diritto per la donna, previa pronuncia del giudice, di disporre liberamente del

(200) Cfr. E. Glasson, *Le Code civil et la question ouvrière*, in *Séances et travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques*, Paris, 1886, pp. 843-895, cit., p. 882.

(201) *Ibidem*, p. 885.

proprio salario nel caso di condotta immorale del marito e di chiedere il sequestro di una somma pari ai due terzi del salario di questi in caso di abbandono del tetto coniugale.

Jeanne Schmahl, membro della *Ligue* di Fallot, fonda nel 1893 il gruppo dell'*Avant-Courrière*, il cui programma è volutamente circoscritto a due obiettivi specifici: il diritto per le donne di testimoniare negli atti dello stato civile e la libera disponibilità del salario da parte delle donne sposate. Jeanne Chauvin (202), la prima donna avvocato di Francia, redige i progetti e li diffonde alla stampa, e negli ambienti della politica. L'idea di assicurare alla donna la libera disponibilità del salario si conquista ben presto il favore dell'opinione pubblica e l'appoggio degli stessi ambienti conservatori sfociando nel progetto di legge difeso nel 1896 dal deputato radicale Léopold Goirand (203).

L'iniziativa di Goirand, in realtà, segue di qualche anno quella di Louis Jourdan, Dupuy-Dutemps e Montaut. Questi presentano alla Camera, in data 22 luglio 1890, una proposta direttamente ispirata alle idee di Glasson. Il presidente dell'*Académie*, nella summenzionata memoria, sottolineava con forza le contraddizioni di una legislazione che, mentre garantiva sufficienti tutele alla donna appartenente alle classi agiate, lasciava sostanzialmente senza tutela le donne sposate appartenenti ai ceti più bassi. Queste idee, riprese e rielaborate dallo stesso Glasson, furono propagandate dalla *Ligue française pour le relèvement de la moralité publique*. Gli autori della proposta del 1890 utilizzano gli studi realizzati dalla *Ligue* per redigere i motivi del progetto e, per il resto, non fanno altro che riprodurre quasi integralmente il testo dei due giuristi.

---

(202) Jeanne Chauvin (1862-1926) è la seconda donna a ottenere la *licence en droit* (1890). Sette anni dopo le viene impedito di prestare il giuramento necessario per essere ammessa all'esercizio della professione forense poiché si tratta di una professione riservata agli uomini. Sarà il governo su iniziativa di Raymond Poincaré e di René Viviani a varare una legge apposita (I dicembre 1900) per permettere alle donne di intraprendere la strada dell'avvocatura. Jeanne Chauvin, il 7 dicembre del 1900, potrà così prestare giuramento e divenire a tutti gli effetti la prima donna avvocato di Francia.

(203) La figura di Lépold Goirand (1845-1926), deputato radicale di Melle (Deux Sévres), così come la storia parlamentare della legge 7 luglio 1907, sono stati recentemente oggetto di una pubblicazione curata dalla *Assemblée Nationale*. Cfr. *Le libre salaire de la femme 1907-2007*, Paris, 2007, con prefazione di B. Accoyer.

Lo scopo del progetto è quello di rendere possibile l'applicazione ai *ménages ouvriers* del rimedio previsto dal Codice contro i poteri esorbitanti del marito, e cioè la separazione parziale dei beni, tenendo però fermo il principio generale della comunione e della potestà maritale. In ogni caso, l'estensione della capacità giuridica della donna non è automatica, ma deriva da una pronuncia giudiziaria.

Se il riferimento alla « inconduite » (204) del marito, come presupposto alla base del riconoscimento della capacità giuridica della *femme mariée*, illumina l'orizzonte nel quale si colloca la progettata riforma, essa, nella formula proposta, non realizza interamente gli auspici di democratizzazione formulati da Glasson. In primo luogo, infatti, il salario, benché affidato alla responsabilità della donna, continua a rientrare a pieno titolo tra i beni della comunione, con la conseguenza che può essere attaccato dai creditori del marito. In secondo luogo, la norma non ricomprende i risparmi realizzati a partire dal salario ed ha quindi una portata estremamente ridotta. Vedremo subito come Saleilles ritenga tale profilo determinante per dare concreta efficacia alla riforma.

Con la proposta di Goirand, al contrario, il diritto della donna alla libera disponibilità del salario deriva automaticamente dalla legge e non passa attraverso una pronuncia giudiziale. L'articolo unico presentato alla Camera è inequivocabile: « quel que soit le régime adopté par les époux, la femme a le droit de recevoir, sans le concours de son mari, les sommes provenant de son travail personnel et d'en disposer librement. Les pouvoirs ainsi conférés à la femme ne feront point échec aux droits des tiers contre les biens de la communauté ».

Goirand conosce bene il movimento di idee suscitato dai lavori

---

(204) Nel 1894, presentando la sua proposta di legge, Léopold Goirand sottolinea come « si l'on suppose le mari débauché, paresseux, dissipateur, la femme honnête, laborieuse, économe, les conséquences apparaissent dans toute leur injustice; la femme peut peiner, économiser pour arriver à soutenir le ménage et à élever ses enfants; dévouement bien inutile, le mari est là, prêt à toucher le salaire à mesure qu' il est gagné et à mettre la main sur les moindres économies à mesure qu' elles sont constituées. Dans les familles pauvres, cette omnipotence du mari peut être un obstacle insurmontable aux efforts de la femme et la cause déterminante d'une irrémédiable misère », cfr. B. ACCOYER (a cura di), *Le libre salaire de la femme 1907-2007*, cit., p. 7.

di Stuart Mill, di Bridel (205), di Frank (206), oltre che, ovviamente, le iniziative dell'*Avant-Courrière* e dei congressi femministi. La proposta ne recepisce gli auspici ma non si spinge sino al punto di fare della separazione dei beni il regime legale, limitandosi invece a ridimensionare il diritto di amministrazione del marito e a riconoscere alla donna, sui prodotti del proprio lavoro, gli stessi diritti di amministrazione esercitati dal marito sugli altri beni della comunione. Ne deriva un sistema nuovo, misto, basato sulla condivisione dei poteri di amministrazione.

Oggetto di un rapporto favorevole della commissione di iniziativa, il 20 dicembre 1894 la proposta viene sottoposta a una commissione speciale, che ne recepisce il principio combinandola però con la precedente proposta Jourdan. Ne deriva un testo che, all'articolo iniziale, riprende l'articolo unico della proposta Goirand, specificando tuttavia che essa non trova applicazione nel caso dei proventi del lavoro comune dei coniugi. Gli articoli successivi riconoscono alla donna il diritto di chiedere il sequestro del salario del marito e organizzano la relativa procedura. La proposta Jourdan-Goirand è accettata senza modifiche dalla Camera durante la seduta del 27 febbraio 1896, e viene inviata al Senato, con procedura d'urgenza, il successivo 2 marzo (207).

---

(205) Cfr. L. Bridel, *La femme et le droit: étude historique sur la condition des femmes*, Paris, 1884; *Le droit des femmes et le mariage. Etude critique de législation comparée*, Paris, 1893; *Mélanges féministes: questions de droit et de sociologie*, Paris, 1897.

(206) Cfr. L. Frank, *L'épargne de la femme mariée*, Bruxelles, 1896; *Les salaires de la famille ouvrière*, Bruxelles, 1896.

(207) Il testo del progetto si compone di sette articoli: art. 1: « quel que soit le régime adopté par les époux, la femme a le droit de recevoir, sans le concours de son mari, les sommes provenant de son travail personnel et d'en disposer librement. La présente disposition n'est pas applicable aux gains résultant du travail commun des deux époux »; art. 2: « en cas d'abandon par le mari du domicile conjugal, la femme peut obtenir du juge de paix l'autorisation de saisir-arrêter et de toucher des salaires ou des émoluments du mari une part en proportion de ses besoins et du nombre de ses enfants »; art. 3: « le mari et la femme sont appelés devant le juge de paix par un simple billet d'avertissement du greffier de la justice de paix, sur papier libre, en la forme d'une lettre missive recommandée à la poste »; art. 4: « le mari et la femme doivent comparaître en personne, sauf le cas d'empêchement justifié »; art. 5: « la signification aux conjoints et aux tiers débiteur du jugement autorisant l'un des époux à toucher une partie des salaires ou émoluments de son conjoint, vaut attribution à son profit des sommes dont

Agli occhi dei femministi si tratta di un compromesso al ribasso: la donna ottiene il diritto di disporre liberamente del salario ma i risparmi realizzati con esso cadono comunque in comunione. Tale proposta rimane sepolta alla Camera per più di dieci anni.

Tuttavia, tra il 1896 e il 1914 il movimento moltiplica i suoi sforzi e si guadagna un favore crescente nell'opinione pubblica, anche cattolica (208). Se già nel 1883, Léon Richer aveva pubblicato un *Code des femmes*, ponendosi sulla scia della *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*, elaborata nel 1791 da Olympe de Gouges e da Théroigne de Méricourt, è però con il nuovo secolo che il femminismo raggiunge una piena affermazione: il *Congrès international de la condition et des droits de la femme* del 1900, provoca, a livello giuridico, una forte messa in discussione dell'autorità maritale e sollecita la revisione dell'art. 1124 del Codice, il quale colloca la donna tra gli incapaci, alla stessa stregua dei minori e degli infermi di mente; pochi anni dopo, il rogo di *place Vendôme*, con il quale le femministe celebrano a loro modo il centenario della codificazione (209), suona come una denuncia del Codice nel suo

---

la saisie a été autorisée, sans qu' il soit besoin d'aucune procédure »; art. 6: « tous les jugements rendus en ces matières sont essentiellement provisoires. Il sont exécutoires non obstant opposition ou appel »; art. 7: « les actes de procédure, les jugements et les significations nécessaires pour l'exécution de la présente loi sont dispensés des droits de greffe, de timbre et d'enregistrement ».

(208) I primi passi nel senso di una timida emancipazione vengono compiuti già verso la metà dell'Ottocento: nel 1850 la *Caisse de retraites pour la vieillesse* autorizza la moglie a effettuare versamenti di propria iniziativa, facoltà ribadita dalla legge del 1886; una circolare ministeriale risalente al 1857 tutela i diritti della donna sposata sui libretti della *Caisse d'épargne du ménage*, anticipando la legge del 9 aprile 1881, la quale consente alla donna a depositare o a ritirare fondi, sino a un ammontare di 1500 fr., senza l'autorizzazione del marito. La proposta presentata da Camille Sée nel 1880 (all'origine, tra l'altro, dei *lycées de jeunes filles*), volta a ridurre l'incapacità della donna sposata, non viene neppure discussa ma testimonia non di meno l'esistenza di un movimento di carattere generale favorevole al riconoscimento del ruolo cruciale della donna nel contesto sociale.

(209) Caroline Kauffmann (1840-1926), divenuta segretario generale della associazione *Solidarité femmes*, è a capo del movimento di protesta contro il Codice, considerato dalle femministe una « Bastille pour les femmes ». Il 24 ottobre 1904 le manifestanti invadono la sala della Sorbona nella quale hanno luogo le celebrazioni del centenario. Successivamente, si recano in place Vendôme dove bruciano un esemplare del Codice in segno di protesta. Qualche anno dopo, la Kauffmann diviene redattrice in capo della

insieme, in quanto opera dal carattere marcatamente patriarcale, ormai fuori dalla storia.

La famiglia gerarchica consacrata dal Codice è esposta al fuoco incrociato di un movimento di idee multiforme, alimentato dalla volontà di superare il presunto « servage de l'épouse », cui contribuisce il sociologismo trionfante, alimentato dal carisma di Emile Durkheim. La lotta per l'emancipazione della donna si intreccia inoltre con il tentativo di favorire il raggiungimento di una seconda tappa della laicizzazione repubblicana, attraverso l'introduzione del divorzio consensuale e dell'idea delle unioni libere, sulla scia della dissociazione tra sessualità e procreazione tipica delle teorie neomaltusiane.

Il saggio sul matrimonio di Léon Blum, e opere che esplorano il tema dell'adulterio femminile come *L'Enigme* e *Le Dédale* di Paul Hervieu offrono una chiara testimonianza della diffusione di un modello culturale basato su una visione rinnovata del rapporto uomo-donna. Al contempo, l'influenza dell'*Année sociologique* e lo sviluppo delle scienze sociali consentono di impostare su basi nuove le rivendicazioni del movimento femminista collegando la lotta per l'emancipazione della donna all'esame distaccato dei fatti sociali. Ne deriva, tra l'altro, una visione inedita dell'universo femminile della *Belle Epoque*, fatto di donne lavoratrici appartenenti non soltanto al *milieu* operaio, ma esercenti professioni liberali, impegnate in attività commerciali o in mestieri nuovi, quali quello di stenografe o di telefoniste, di cui la *Recherche* offre una descrizione memorabile. Tutto ciò favorisce una progressiva presa di coscienza, a livello collettivo, del ruolo socio-economico della donna, la cui personalità cessa di risolversi entro la tradizionale dimensione familiare.

Tra le voci favorevoli alla riforma, non mancano quelle dei

---

rivista *Combat féministe* e in occasione delle elezioni del 1910 (per le quali le donne non hanno né l'elettorato attivo né l'elettorato passivo) si candida nel IX *arrondissement* nelle fila della *Section française de l'Internationale ouvrière*. Cfr. C. Bard, *Les filles de Marianne. Histoire des féminismes 1914-1940*, Paris, 1995; F. Montreynaud, *Le XX siècle des femmes*, Paris, 1989. Sulla condizione giuridica della *femme mariée* nel Codice, cfr. A.-J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale*, cit., p. 66 e ss.

giuristi (210). Nel 1898, in un libro dedicato al tema, Lucien Leduc afferma senza mezzi termini: « en face de l'insuffisance du remède de la séparation de biens judiciaire, de la nécessité de soustraire les salaires de la femme à la mainmise d'un mari sans conscience, et d'atténuer un pouvoir marital trop absolu, un problème capital se pose. Ne convient-il pas, par une modification radicale de notre législation, de substituer, comme régime de droit commun, à la communauté légale la séparation de biens? Certains esprits le pensent; certains pays en sont arrivés là. Et la question est d'autant plus pressante, que chez ces peuples, ce résultat semble être le terme d'une évolution rationnelle qui, tôt ou tard, peut se produire chez nous » (211).

A sostegno di tale posizione, l'autore osserva come la riforma non sarebbe incompatibile con il sistema codicistico. Il diritto civile francese ammette sovente deroghe parziali a principi in apparenza assoluti, allorché ciò è richiesto da un interesse sociale superiore. Un esempio è la teoria del mandato tacito impiegata da dottrina e giurisprudenza per aggirare il principio della potestà maritale riconoscendo alla donna la facoltà di contrarre debiti utilizzando come garanzia i beni comuni del *ménage*. Si ricorda inoltre come lo stesso Cambacérès avesse concepito un modello di organizzazione familiare basato sulla collaborazione tra coniugi, nel quale la donna assume la qualità di *associée*, ed è dotata di un ruolo giuridicamente rilevante, idea ripresa in seguito da François Laurent nell'esperienza

---

(210) Questi, del resto, si interessano sempre più spesso al tema. Si vedano i lavori di: P.-L. Cauwes, *De la protection des intérêts économiques de la femme mariée*, Paris, 1894; A. Guntzberger, *De l'extension des droits de la femme mariée sur les produits de son industrie personnelle. Etude de législation et de droit comparé*, Paris, 1896; A. Aftalion, *Les lois relatives à l'épargne de la femme mariée, leur importance pratique pour la protection de l'épouse dans les classes laborieuses*, Paris, 1898; C. Krug, *Le féminisme et le droit civil français*, Nancy, 1899; C. Morizot-Thibault, *L'autorité maritale*, Paris, 1899; E. Thaller, *Le contrat de mariage et le régime normal des biens à établir entre époux*, in *La Réforme sociale*, 1901, p. 56 e ss.; C. Boistel, *Des limites à apporter aux pouvoirs du mari dans l'administration de la communauté*, in *La Réforme sociale*, 1902, p. 34 e ss.; A. Durand, *L'autorité maritale et les droits de l'épouse et de la mère en dehors des questions matrimoniales*, Paris, 1902.

(211) Cfr. L. Leduc, *La femme devant le Parlement: étude du féminisme et des projets de lois relatifs à l'extension des droits de la femme*, Paris, 1898, cit., p. 150.

belga (212). Pochi anni dopo, François Gény, facendo proprio lo spirito del Congresso di inizio secolo, pubblica un lungo saggio comparatistico nel quale esamina la disciplina giuridica dei beni riservati della donna sposata secondo il BGB e il progetto di Codice civile svizzero (213).

Gli echi dell'opinione pubblica tornano a farsi sentire all'interno delle aule parlamentari: nel 1905 il deputato conservatore Georges Grosjean presenta una nuova proposta di legge « en faveur de la protection des gains et salaires de la femme mariée », ispirata agli articoli dell'*Avant-Courrière*, il cui obiettivo è la costituzione di un peculio riservato del quale la donna non ha però la proprietà ma solo la libera disponibilità. L'anno successivo, a seguito del rinnovo della legislatura, l'iniziativa è ripresa da Antonin Gourju. Si tratta, questa volta, di una proposta meno timida, ispirata a principi chiaramente egualitari, il cui fine è il riconoscimento del « libre salaire » come « droit propre » della donna. La nomina di René Viviani alla guida del Ministero del lavoro dà un ulteriore impulso al percorso parlamentare della progettata riforma.

Il risultato, come subito vedremo, è la legge del 1907. La sua approvazione sarebbe stata tuttavia impensabile senza il lento e approfondito lavorìo compiuto nel corso degli anni precedenti dalla *Société d'études législatives*, sotto la spinta determinante di Saleilles.

---

(212) *Ibidem*, p. 170.

(213) È chiarissimo il riferimento alla « science nationale du droit comparé » nella accezione cara a Saleilles: « cette institution ayant trouvé récemment une organisation d'ensemble, tant dans le Code civil allemand de 1896, que dans l'avant-projet d'un Code civil suisse…il a paru n'être pas sans utilité d'étudier d'aussi près que possible les systèmes établis sur la question par ces deux œuvres législatives, en cherchant à pénétrer le sens profond, l'objectif caractéristique et le fonctionnement pratique de l'institution qu' ils représentent, et en vue d'examiner sommairement ensuite quelle adaptation en pourrait être faite dans notre droit positif français. Tel est l'objet du présent travail, entrepris sans idée préconçue, — avec la résolution ferme d'en accepter les résultats quels qu' ils soient, dussent-ils même ruiner des illusions sympathiques, — sous la seule direction des principes, qui paraissent devoir constituer la méthode comparative du droit moderne, et tels qu' ils se peuvent dégager notamment des travaux d'ordre général du Congrès de droit comparé, réuni à Paris en 1900 », cfr. F. Geny, *Contribution à l'étude de la question des « Biens réservés de la femme mariée » d'après le Code civil allemand de 1896 et l'avant-projet de Code civil suisse de 1900*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1902, p. 155 e ss., cit., p. 155.

I giuristi presenti all'interno di tale organismo, abbandonata la tradizionale propensione al conservatorismo, sposano infatti le tesi del femminismo moderato, incarnato da Jeanne Schmahl, e lavorano per gettare le fondamenta giuridiche dell'eguaglianza civile della donna. Ciò è evidente nelle parole di Tissier il quale, inaugurando i lavori della *Société* su tale tema, non esita a stigmatizzare l'arretratezza del Codice, l'estraneità del modello familiare da esso proposto rispetto alla realtà della società francese di fine Ottocento: « le débat qui est aujourd'hui proposé à votre discussion porte sur l'un des points où l'on peut mieux constater le désaccord, devenu fréquent, de nos moeurs, de nos idées, de notre état social, avec les dispositions du Code civil. Celui qui, sur le rôle de la femme mariée dans la famille, en France, sur ses droits et ses pouvoirs concernant les intérêts pécuniaires du ménage, ne connaît que les textes de notre loi, en a une idée certainement bien fausse, et on peut affirmer que ces textes ne sont plus en harmonie ni avec notre manière de penser ni avec notre manière de vivre » (214).

Ambroise Colin evidenzia come il tema dei diritti della donna sposata rappresenti un esempio tipico del *modus operandi* di Saleilles nella veste di giurista-legislatore. Egli si circonda, in primo luogo, di giuristi esperti, quali Boistel, Glasson, Charmont, Morizot-Thibault, Turgeon; raccoglie informazioni e dati statistici con la collaborazione di pratici e di uomini d'affari, persone esperte che operano sul campo, come Imbert, ingegnere delle manifatture di Stato, Grünn, segretario generale della *Société des houillières*, Hughes, sindaco di Saint-Quentin, che svolge una inchiesta nell'ambiente dell'industria tessile. Il monitoraggio delle vicende patrimoniali di un *ménage* tipo è realizzato con l'aiuto di Cézar-Bru, il quale elabora un prospetto con le statistiche generali dei versamenti effettuati presso le casse di risparmio di Marsiglia. L'indagine comparatistica viene realizzata con la collaborazione di Huber per la Svizzera, di Schirmacher per la Germania e di Martin relativamente alla legge ginevrina del 1904. Viene infine preso in esame il punto di vista femminile attraverso

(214) Cfr. G. Tissier, *Des modifications à apporter aux droits et pouvoirs de la femme mariée quant aux biens et aux produits du travail et de l'industrie*, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1902, pp. 25 e ss., cit., p. 25.

l'indagine di Thaller sulla donna commerciante e l'intervento di Madame Schmahl ([215]), esponente del femminismo moderato.

Nella stragrande maggioranza dei casi, il regime giuridico prescelto per i matrimoni celebrati in Francia è la comunione dei beni, sia nel caso in cui i futuri sposi non abbiano predisposto alcun contratto matrimoniale, come avviene per la quasi totalità dei matrimoni tra operai all'interno delle grandi città, sia nel caso in cui la comunione sia limitata agli acquisti.

Sulla carta, il principio della libertà delle convenzioni matrimoniali, sancito dall'art. 1387, dovrebbe garantire alla donna, ove espressamente stipulato, il diritto di amministrare liberamente i proventi del proprio lavoro. Tale possibilità, tuttavia, è vanificata dall'art. 1388, il quale impedisce di derogare al principio, considerato di ordine pubblico, della potestà maritale e della incapacità della donna sposata. La rinuncia ai diritti che la legge riconosce al futuro sposo, benché ammissibile, non può pertanto ritenersi vincolante e quindi oggetto di specifica tutela giudiziale.

Rimane dunque, come unica soluzione, il regime della separazione dei beni. Si tratta però di una soluzione apparente, tenuto conto che tale istituto viene utilizzato soltanto all'interno delle classi

---

([215]) La anglo-francese Jeanne Schmahl (1846-1915) è una delle principali esponenti del femminismo moderato. Il principale organo di tale movimento era l'*Avant-Courrière* fondato dalla Schmahl nel 1893. La rivista si prefiggeva due obiettivi fondamentali: il riconoscimento alle donne del diritto alla libera disponibilità del salario e della possibilità di testimoniare nei processi civili (facoltà riconosciuta nel 1897). Nel 1909 Jeanne Schmahl fonda la *Union française pour le suffrage des femmes*. La corrente prevalente all'interno del femminismo francese era quella moderata. Si possono ricordare, oltre a Madame Schmahl: Hubertine Auclert (1848-1914), considerata la pioniera del suffragismo organizzato, fondatrice nel 1881 del giornale *La citoyenne* (tra le tesi ivi sostenute quella secondo la quale le donne, essendo prive di rappresentanza politica, non sono tenute al pagamento delle imposte); Marguerite Durand, fondatrice del quotidiano *La Fronde* (1897-1905), redatto esclusivamente da donne, e assai influente negli ambienti progressisti della Terza Repubblica; Maria Vérone (1874-1938), segretaria generale (1904) e poi presidente (1919) della *Ligue française pour le droit des femmes*; Louise Weiss (1893-1983), autrice nel 1946 del volume *Ce que femme veut: souvenirs de la III République*. Sul versante del femminismo radicale, si possono invece ricordare Madeleine Pelletier (1874-1939) e Arria Ly (pseudonimo di Joséphine Gondon, 1881-1934), vicine alla *Section Française de l'Internationale ouvrière*. Cfr. J. MACMILLAN, *France and women*, cit., p. 194 e ss.; F. ROCHEFORT, *Les féministes*, in J.-J. BECKER-G. CANDAR (a cura di), *Histoire des gauches en France*, Paris, 2005, pp. 108-118.

agiate o in circostanze particolari, soprattutto nei matrimoni tra Francesi e donne straniere, specie nel caso in cui queste siano originarie di paesi nei quali la separazione rappresenta il regime di diritto comune.

A inizio Novecento, più del 90% delle famiglie francesi vivono in regime di comunione dei beni. L'attribuzione alla comunione, e quindi alla potestà maritale, dei proventi del lavoro della donna, si ricava implicitamente dal secondo comma dell'art. 1401, secondo il quale in essa rientrano « tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu' ils soient, échus ou perçus pendant le mariage, et provenant des biens qui appartenaient aux époux lors de sa célébration, ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage, à quelque titre que ce soit ».

Inoltre, l'art. 1498, secondo comma, disciplinando la comunione limitata ai soli acquisti, vi fa rientrare i frutti dell'attività lavorativa comune, considerandoli gli acquisti per eccellenza, senza distinguere tra proventi del lavoro comune e proventi del lavoro individuale della donna, con la conseguenza che la totalità dei redditi dei coniugi cadono in comunione e vengono affidati alla amministrazione del marito (216).

Come osserva Thaller, i « gains et salaires » della donna rientranti a pieno diritto nella comunione vanno intesi nel modo più ampio (217); da essa restano escluse soltanto le pensioni alimentari, le rendite vitalizie, le pensioni civili e quelle versate dalla *Caisse*

---

(216) « Lorsque les époux stipulent qu' il n'y aura entre eux qu' une communauté d'acquêts, ils sont censés exclure de la communauté et les dettes de chacun d'eux actuelles et futures, et leur mobilier respectif présent et futur. En ce cas, et après que chacun des époux a prélevé ses apports dûment justifiés, le partage se borne aux acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de l'industrie commune que des économies faites sur les fruits et revenus des biens des deux époux ».

(217) « Ils comprennent le salaire journalier ou hebdomadaire de l'ouvrière, les gages de la domestique, les appointements de la commise et de l'employée, le traitement de l'institutrice, les honoraires de la femme avocat ou médecin, les cachets de la pianiste ou de la cantatrice. Il faut comprendre aussi sous cette dénomination les bénéfices réalisés par la femme mariée dans une industrie ou un commerce exercés séparément par elle, comme les parts ou les dividendes auxquels elle aurait droit dans une société où elle aurait apporté ses connaissances ou ses activités ». Cfr. J. SOURDOIS, *Les droits de la femme mariée*

nationale de retraite pour la vieillesse, conformemente alla legge del 20 luglio 1886.

Dopo qualche oscillazione, l'art. 1 della legge del 14 luglio 1866 ha sancito che non solo i proventi frutto della proprietà letteraria e artistica, ma il diritto stesso, in quanto bene mobiliare, cade in comunione. La donna dispone di prerogative più estese soltanto nell'ipotesi in cui eserciti un'attività commerciale propria, con l'autorizzazione del marito. In tal caso, essa può disporre, nei limiti necessari al buon andamento dell'impresa, dei benefici dell'attività commerciale, che percepisce direttamente; può porre in essere l'attività negoziale che si rende necessaria, a seconda dei casi, e salva revoca dell'autorizzazione maritale, mentre un'autorizzazione speciale è richiesta solo per agire o resistere in giudizio. I proventi del commercio esercitato dalla donna contribuiscono non di meno a formare la garanzia per i creditori del marito e, una volta capitalizzati, sono soggetti al diritto di amministrazione di quest'ultimo.

Nel frattempo, a fronte di un simile quadro normativo e a dispetto delle proteste del movimento femminista e del favore che ha incontrato nell'opinione pubblica, il progetto Goirand rimane sepolto al Senato, senza che nessuno si prenda la briga di riesumarlo.

È in tale contesto che si inserisce l'iniziativa di Saleilles.

Egli confuta, senza alcuna esitazione, la tesi principale avanzata dagli avversari della riforma: l'idea cioè che l'allargamento della capacità giuridica della donna sposata attraverso il riconoscimento del diritto di disporre dei proventi del lavoro sia incompatibile con il mantenimento del regime della comunione. In particolare, alcuni membri della *Société d'études législatives*, quali Morizot-Thibault e Cauwès, sostengono che la riforma debba limitarsi a introdurre un mandato legale a favore della donna, avente ad oggetto esclusivamente il diritto di percepire il salario e di versarlo presso una *caisse d'épargne*, ma non possa spingersi sino al punto di sancire un potere di disposizione sulle somme risparmiate, poiché ciò equivarrebbe a contraddire i principi fondamentali della comunione.

Saleilles critica tale assunto facendo ricorso a due argomenti.

In primo luogo, evidenzia come concepire la comunione alla

---

sur les produits de son travail et la loi du 13 juillet 1907, in *Revue trimestrielle de droit civil*, VIII, 1907, p. 555 e ss., cit., p. 560.

stregua del luogo di esercizio della potestà maritale sia contrario alla vicenda storica del diritto francese. L'idea di una famiglia gerarchica dominata dalla potestà maritale, nella quale la sfera giuridica della donna si dissolve, è il frutto di una « conception excessive et toute artificielle, venue en droite ligne de l'influence romaine » (218), estranea alla storia giuridica dell'*Hexagone*, caratterizzata, al contrario, come ricorda Beaumanoir, da un'organizzazione familiare improntata allo schema della associazione e della comproprietà.

In secondo luogo, Saleilles segnala l'inutilità di una riforma che, per timore di sovvertire le geometrie concettuali del Codice, esclude dal peculio riservato della donna i risparmi ottenuti a partire dalle somme frutto del lavoro autonomo: « je dis que, si vous n'étendez pas son droit de disposition aux économies provenant de ses gains et salaires, et que vous n'élargissez pas pleinement à cet égard sa capacité juridique, vous n'aurez rien fait ». Si tratta di una riforma apparente, che equivale in realtà a una consacrazione dello *status quo*, incapace di produrre quegli effetti di moralizzazione e di consolidamento della struttura familiare, nel senso della definizione di una « morale juridique », cara alla classe dirigente repubblicana (219). Sottolineando tale aspetto, egli offre un ennesimo saggio di *méthode historique*, ribadendo il rapporto tra fatto e diritto, tra « solutions » e « constructions juridiques », tra principi e schemi concettuali, da un lato, e necessità pratiche e sociali, dall'altro:

> toutes ces solutions s'imposent en fait, si vous voulez faire, au point de vue des résultats, une loi qui réponde à son but, et qui s'harmonise, non plus avec le bel équilibre des principes juridiques que nos maîtres ont pu construire, mais avec les nécessités pratiques et sociales qu' elle doit avoir en vue; et c'est là vraiment la seule chose qui compte et qui ait une valeur réelle. Le reste se fera après coup. L'harmonie juridique, l'équilibre des principes, nous referons tout cela, lorsque vous nous aurez donné les

---

(218) *Bulletin de la Société d'études législatives*, I, 1901-1902, cit., p. 131.

(219) « La loi, en tant qu' elle vise les salaires à l'état de salaires, sera parfaitement inutile. Elle n'aura d'utilité que si elle vise les économies réalisées sur les salaires. Pour sauver la caisse de réserve du ménage, ce ne sont pas les salaires qu' il faut sauvegarder et défendre; il n'y a pas un mari sur cent qui ose s'en emparer. Ce qu' il faut défendre, ce sont les ressources de l'avenir, c'est l'épargne de la femme. Voilà qui doit être sacré. Si la loi ne va pas jusque-là elle ne fera rien; et nous pouvons parfaitement nous contenter du *status quo* », *Ibidem*, p. 133 e s.

résultats de fait que nous attendons. Ce sera l'oeuvre de la jurisprudence et l'oeuvre de la doctrine. Et si les constructions juridiques que nos maîtres avaient imaginées ne concordent plus avec les résultats de fait qui s'imposent et qui vous aurez consacrés, oh bien! Mettons les mots d'accord avec les faits, et n'allons pas…subordonner les faits à des mots et à des pures formules verbales (220).

Nessun principio di logica giuridica contrasta con tale soluzione, ove si abbia cura di impostare correttamente il rapporto tra teoria e prassi in ambito giuridico. Il tema è un invito a nozze per ribadire i capisaldi teorici della *méthode historique*, per sottolineare il pericolo delle « catégories juridiques qui s'emparent de l'esprit et le dominent au point de lui faire rejeter toutes les solutions, mêmes les meilleures, du moment qu' elles ne cadrent plus avec elles », per confessare il suo « effroi des principes intangibles, qui développent toutes leurs conséquences absolues, sans tolérer aucune contradiction pratique » (221).

Egli parte dall'idea, giuridicamente fondata, di una ripartizione di funzioni, concettualmente distinta dalla separazione dei diritti e compatibile con la comunione intesa come un regime di associazione e non come un regime di assorbimento e di fusione delle rispettive situazioni giuridiche soggettive. In questa prospettiva, l'unificazione dei poteri, consacrata dal Codice, non è un elemento essenziale della comunione ma è il risultato della esagerazione dell'idea di « puissance maritale ».

Il punto di arrivo è un sistema misto, simile a quello tedesco, basato su una separazione parziale dei beni. Ne deriva una combinazione tra regole della separazione e regole della comunione: accanto al patrimonio comune, vi è spazio per un patrimonio separato, comprendente i proventi del lavoro autonomo e i risparmi realizzati a partire da essi, proprio della donna e sottratto all'applicazione delle regole che disciplinano la comunione.

Saleilles esamina con attenzione la vicenda tedesca in occasione di una comunicazione presentata il 6 giugno 1901 al XX Congresso della *Société d'économie sociale* su *La condition juridique de la femme dans le nouveau Code civil allemand*. Egli osserva come l'obiettivo

(220) *Ibidem*.
(221) *Ibidem*, p. 142.

principale perseguito dal movimento femminista sia, anche in Germania, l'introduzione del regime parafernale, la possibilità cioè di garantire alla donna la disponibilità e il godimento dei frutti del proprio lavoro. In questa prospettiva, il regime della separazione è sembrato l'unico capace di assicurare il raggiungimento di tale parafernalità. Ne è derivato un modello originale, caratterizzato da una comunione di amministrazione o *Verwaltungsgemeinschaft* inserita in un regime di separazione dei beni, nel quale i proventi dell'attività lavorativa, rientrando nel novero dei beni riservati, sono rimessi al godimento e all'amministrazione esclusiva della donna.

Saleilles ritiene che tale soluzione rappresenti un passo avanti rispetto alla incapacità giuridica della donna tipica del regime legale introdotto dal modello napoleonico, ma deplora il fatto che lo scontro ideologico, viziando la discussione, abbia impedito al legislatore tedesco di rendersi conto che il regime ideale resta quello della comunione degli acquisti: ciascun coniuge conserva la titolarità dei beni che possiede al momento del matrimonio e dei beni che acquista per successione, mentre i rispettivi guadagni, frutto della attività lavorativa, cadono in comunione. La possibilità di adottare la comunione degli acquisti come regime legale viene scartata perché si teme che la donna perda la disponibilità dei propri guadagni e resti succube delle iniziative del marito, mentre non si considera il fatto che il regime della comunione non è incompatibile con il mantenimento in capo alla donna del diritto di amministrare e di disporre liberamente dei propri guadagni.

Tale concezione sarebbe del resto perfettamente coerente con la funzione che il diritto tedesco riconosce alla donna in quanto amministratrice unica del nucleo familiare. Ad essa viene riconosciuta una funzione propria in materia di amministrazione domestica, al punto che i proventi del suo lavoro sono naturalmente gravati da uno speciale vincolo di destinazione, costituendo non già un patrimonio separato, al di fuori della comunità, ma una porzione della comunità, affidata al suo esclusivo potere di disposizione, in vista delle spese necessarie alla conduzione del *ménage*.

L'equazione emancipazione/separazione ha reso pertanto impossibile, a dispetto delle osservazioni di Menger, accettare la comunione degli acquisti come regime legale. Saleilles, che rifugge per natura dall'ideologia e da ogni sorta di rigidità concettuale,

scorge nelle esitazioni del legislatore tedesco il riflesso di una errata concezione del rapporto tra teoria e prassi nell'ambito della dottrina giuridica oltre che il tradimento del magistero jheringhiano (222).

Nel sistema tedesco, perciò, ciascuno dei coniugi conserva la proprietà esclusiva dei beni posseduti al momento del matrimonio e dei proventi dell'attività lavorativa, essendo esclusa la comunione degli acquisti. La differenza principale rispetto al regime ordinario della separazione consiste nel fatto che il contributo dovuto dalla donna alle spese comuni non viene determinato proporzionalmente al suo patrimonio ma è assicurato attraverso il riconoscimento in capo al marito del diritto di amministrare i beni della moglie, ad eccezione dei beni riservati.

Tali beni, essendo sottoposti all'amministrazione e al godimento del marito, si trovano perciò in una condizione analoga a quella dei beni dotali. Il rigore di tale disciplina è attenuato dal fatto che, secondo la tradizione, la moglie conserva, come abbiamo visto, il diritto e il dovere di condurre il *ménage*, ha il cosiddetto *Schlüsselgewalt*, cioè la direzione della vita familiare, e questa prerogativa le consente di agire come rappresentante del marito negli atti relativi alla cura degli interessi domestici.

Inoltre, accanto ai beni soggetti all'amministrazione e al godimento del marito, ve ne sono altri, beni legalmente riservati, o *Vorbehaltsgüter*, dei quali la donna conserva l'esclusiva disponibilità. Tra essi figurano i beni ricevuti per donazione, per testamento o per successione legittima, se tale è l'intenzione espressa del donatore o del defunto; i beni che sono il frutto di valori provenienti dai beni separati; i beni che la donna acquista con il suo lavoro o con l'esercizio personale di una professione lucrativa.

Saleilles, partecipando attivamente alle discussioni della *Société d'études législatives*, si fa promotore di un regime basato sulla separazione parziale dei beni. I critici temono che tale soluzione, dando spazio all'indipendenza pecuniaria della donna, possa nuocere

---

(222) « Sur le terrain législatif, alors qu' il s'agissait de créer de toutes pièces et que l'on taillait dans le vif, quel singulier état d'esprit que de se laisser arrêter par de pareilles misères! Et cela dans le pays de ce grand et puissant génie, qui fut von Jhering, et qui passa la fin de sa vie à lutter contre l'esprit logique, pour n'assigner au droit qu' un but utilitaire et pratique! », *La condition juridique de la femme*, cit., p. 737.

alla unità patrimoniale della famiglia, portando all'abbandono progressivo del regime giuridico della comunione. Saleilles risponde invocando il principio aureo dell'*assouplissement*: la comunione, come schema preferenziale per la regolamentazione del matrimonio, ha maggiori *chances* di sopravvivere adattandosi ai tempi, abbandonando certe rigidità a favore di soluzioni ibride, dettate da ragioni di equità:

> il en est de la communion comme de toutes les institutions un peu vieillies; elles ne peuvent se maintenir qu' à la condition de s'assouplir et de se rajeunir. A vouloir toujours, et à tout prix, les conserver intactes, on risque de les compromettre dans ce qu' elles ont d'essentiel. Le seul moyen que l'on ait d'en sauvegarder les avantages économiques et sociaux, c'est de leur donner assez de souplesse pour les adapter aux changements qui se produisent dans les moeurs et dans les idées. Vous voulez conserver le bloc, et je crains qu' un jour il n'advienne de notre régime national ce qu' il est advenu du régime anglais. En un jour on a tout détruit d'un seul coup; et, en quelques années très brèves, la femme anglaise est passée de la subordination presque totale à l'indépendance pécuniaire absolue. Nous ne voulons pas de ces révolutions radicales qui puissent nous prendre à l'improviste (223).

Il riferimento alla vicenda inglese è significativo. In nessun altro luogo come nel Regno Unito si era assistito a un ribaltamento così radicale della disciplina del diritto di famiglia. Il *common law*, sull'esempio dell'antico *ius quiritium*, negava ogni rilevanza giuridica alla donna, risolvendo i coniugi nella figura del marito, al punto che John Stuart Mill osservava come « la situation faite à la femme par la loi anglaise était pire que celle des esclaves » (224). La situazione muta radicalmente con la legge del 18 agosto 1882: si introduce la separazione dei beni e si riconosce alla donna un *legal estate* completo; essa resta proprietaria di tutti i beni posseduti al momento del matrimonio e dei beni che acquista successivamente, compresi il salario e i guadagni provenienti da un impiego o da una professione esercitata indipendentemente dal marito.

In tal modo, facendo applicazione del criterio dell'*assouplissement*, l'introduzione di regole ispirate al regime della separazione parziale non si presenta come un elemento di « rupture de l'union domestique » ma come un « gage de paix pour le ménage » mentre,

---

(223) *Bulletin de la Société d'études législatives*, I, 1901-1902, cit., p. 138.

(224) Citato da L. Leduc, *La femme devant le Parlement*, cit., p. 152.

semmai, i pericoli contro la stabilità delle unioni familiari derivano dalla difesa a oltranza del principio della comunione: « votre unité apparente fait du mari le seul administrateur en matière pécuniaire, et divise à la fois les esprits et les coeurs » (225). La soluzione si rivela particolarmente appropriata per i « ménages ouvriers normaux », cioè per le famiglie dotate di risorse modeste, e cioè la stragrande maggioranza delle famiglie francesi, nelle quali la donna è costretta a lavorare per contribuire alle spese domestiche. Nelle famiglie agiate il problema si pone in misura minore poiché in esse, di norma, le donne non lavorano e comunque, quasi sempre, i rapporti patrimoniali sono predeterminati in via contrattuale al momento del matrimonio.

Lo scopo del regime della separazione parziale è perciò quello di garantire la formazione di un peculio riservato, frutto dell'attività lavorativa della donna, inattaccabile dai creditori particolari del marito o dai creditori della comunione che non abbiano contrattato con la donna, la cui ragion d'essere è il soddisfacimento delle necessità ordinarie del *ménage*. L'obiettivo, nell'ottica protezionistica che abbiamo segnalato, è soprattutto quello di garantire tali somme di denaro contro la « mauvaise administration du mari » (226).

La correttezza di tale soluzione appare evidente in caso di decesso del marito. In tale ipotesi, infatti, le risorse della comunione si dividono tra il coniuge superstite e i figli o, in mancanza, gli eredi anche lontani del marito. In tale circostanza, specie in relazione alle classi più umili, è indispensabile predisporre adeguate tutele giuridiche a difesa del peculio separato della donna la quale, diversamente, non avendo più risorse proprie su cui poter fare affidamento, si trova esposta alla miseria.

In sintesi, la riforma proposta da Saleilles è la seguente: il principio della separazione vale come regola di diritto comune; nel caso di combinazione con il regime della comunione, possibilità per la donna di conservare i propri beni separati e obbligo per i suoi rappresentanti, nel caso in cui essa premuoia al marito, di conferirli in comunione; in ogni caso, possibilità di rivalersi sui beni separati, anche in costanza di matrimonio, da parte dei creditori che hanno trattato direttamente

(225) *Ibidem*.
(226) *Ibidem*, p. 145.

con la donna e anche per spese di carattere domestico, benché essi siano per ciò stesso divenuti creditori della comunione.

Nell'ottica di un riformismo pragmatico, alieno da diaframmi ideologici e da inutili rigidità concettuali, la riforma proposta non implica necessariamente una presa di posizione di carattere legislativo a favore di uno specifico regime giuridico: il legislatore, come sappiamo, ha il compito esclusivo di predisporre « solutions ». Decidere se si tratti di comunione o, viceversa, di una separazione parziale con deroghe ispirate al regime della comunione, è un problema diverso, rientrante nel campo prettamente dottrinale delle « conceptions ». Il compito del giurista-legislatore è quello di farsi promotore del progresso dell'ordinamento senza cadere prigioniero in un labirinto di dogmi o di falsi imperativi logici.

La dottrina, del resto, con *souplesse* e con la giusta dose di opportunismo, è sempre in grado di ricomporre il tessuto dei principi in modo da assicurare una adeguata sistemazione alle novità apparentemente più inusitate (227). Il risultato è un progetto di legge composto di sette articoli che Saleilles presenta alla competente commissione della *Société d'études législatives* (228).

---

(227) Si tratta di uno dei passaggi nei quali la distinzione tra « solutions » e « conceptions » come pure la delimitazione dei ruoli tra dottrina e giurisprudenza appare con maggiore chiarezza. *Ibidem*, p. 148.

(228) Art. 1: Sont bien réservés de la femme, quel que soit le régime sous lequel elle se trouve mariée:

1° Ses gains et salaires et tous les produits résultant de son travail personnel;

2° Les économies réalisées par elle sur les produits de son travail et tous les biens et valeurs acquis de ces économies;

3° Les bénéfices retirés par elle d'un commerce exercé avec des fonds dont elle eût la libre disposition, ou, s'il s'agit de fonds, mis à sa dispostion par le mari ou par la communauté, sous le régime de communauté, ces mêmes bénéfices, défalcation faite de la part correspondant aux fonds qui lui ont été fournis.

Ne sont pas compris parmi les biens réservés de la femme, les acquisitions ou plus-values résultant de ses travaux domestiques dans l'intérieur du ménage ou de sa collaboration au travail ou aux affaires du mari.

Art. 2: La femme, pour ce qui est de ses biens réservés, peut en faire le recouvrement, en faire emploi et en disposer librement; elle peut, pour toutes les actions qui en concernent le recouvrement, l'emploi ou la libre disposition, ester en justice sans autorisation; et d'une façon générale, elle a, sur ses biens réservés, les droits et la capacité appartenant à une femme séparée de biens sur son patrimoine séparé.

Art. 3: La femme, pour faire emploi ou pour disposer de ses biens réservés, n'a

Nel frattempo, il Parlamento rompe gli indugi e, grazie anche all'intraprendenza di Viviani, porta a compimento i progetti di riforma elaborati nel corso degli anni Novanta. Il risultato è la legge del 13 luglio 1907 sul « libre salaire de la femme mariée » (229).

---

aucune justification d'origine à fournir vis-à-vis des tiers. Il lui suffit de faire la preuve qu' elle exerce une profession lucrative; cette preuve peut être faite par un simple titre de reconnaissance émanant du mari. Le mari ou ses représentants ou les créanciers du mari, et le cas échéant, ceux de la communauté, sont toujours admis à prouver que les fonds dont il a été disposé n'étaient pas de ceux dont la femme avait la libre disposition. Pour ce qui est des créanciers, ils peuvent exiger de la femme la preuve que les placements faits par elle ne sont pas hors de proportion avec les bénéfices qu' elle a réalisé. Si la femme ne fait pas cette justification, il y a présomption, à l'égard des créanciers, qu' elle a disposé de fonds dont elle n'eût pas la libre disposition. Dans tous les cas, s'il est établi que la femme a disposé de fonds dont elle n'eût pas la libre disposition, cette preuve, lorsque les garanties exigées par le présent article ont été fournies aux tiers, n'engage pas la responsabilité de ces derniers.

Art. 4: N'ont action sur les biens réservés de la femme, quel que soit le régime, que les créanciers personnels de la femme, soit que la créance ne concerne que les intérêts propres de la femme, soit qu' elle ait son fondement dans une dépense relative à l'entretien du ménage.

Art. 5: La part non capitalisée des biens réservés doit être affectée aux dépenses du ménages dans la proportion du montant des gains personnels de la femme par rapport à l'ensemble des revenus du ménage. S'il y a lieu de craindre que cet emploi ne soit pas effectué, le mari peut exiger que cette part contributoire de la femme lui soit remise. Si les revenus du ménage ne suffisent pas aux dépenses domestiques, et que le ménage n'ait pas d'autre ressources, le mari peut exiger que les sommes dont il a besoin pour cet usage, soient faites sur la part capitalisée des biens réservés. Le juge de paix décide souverainement sur toutes les difficultés qui interviennent à cet égard.

Art. 6: Lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté, la femme, à la dissolution de la communauté, garde ses biens réservés à titre de propriété personnelle, toutes les fois que la dissolution a lieu du vivant de la femme, soit que cette dernière accepte la communauté, soit qu' elle y renonce. Si la communauté est dissoute par le prédécès de la femme, les biens réservés de la femme sont réunis aux biens constituant le patrimoine de la communauté, sans effet rétroactif à l'égard des tiers.

Art. 7: Lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté, les acquisitions faites régulièrement au nom de la communauté ne sont pas nulles, sauf le cas de fraude, par cela seul qu' il serait établi qu' elles eussent été faites en tout ou en partie avec des fonds provenant des biens réservés de la femme. Il n'en est pas dû récompense à cette dernière, sauf convention contraire.

(229) Su tale legge, oltre al volume pubblicato a cura della *Assemblée Nationale*, si possono vedere i lavori più risalenti di J. Le Courtois-F. Surville, *Loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée et la contribution aux charges du ménage*, Paris, 1908; P. Bermond, *Le libre salaire de la femme mariée, étude historique et critique de la*

A seguito della riforma, il peculio riservato creato dalla donna rappresenta un « patrimoine d'affectation », costituisce cioè un fondo domestico riservato, affidato, per mandato legale, alla sua amministrazione esclusiva. Si tratta della definitiva presa d'atto degli importanti mutamenti sociologici che coinvolgono la struttura e l'organizzazione della famiglia. La modifica del ruolo tradizionale dei coniugi, conseguenza dell'emergere della figura inedita della donna lavoratrice, provoca un sovvertimento degli equilibri familiari (230). Ne deriva il passaggio da una famiglia di impronta patriarcale a una famiglia di impronta matriarcale, la riscoperta del *Mutterrecht*, cioè del ruolo giuridico determinante della donna come centro e punto di riferimento del gruppo familiare.

Un segnale significativo del graduale riconoscimento giuridico del ruolo cruciale della donna all'interno del nucleo familiare è rappresentato dal fatto che il legislatore elevi la norma che garantisce ad essa la libera amministrazione dei proventi della propria attività lavorativa al rango di un principio di ordine pubblico. La regola ha il medesimo contenuto imperativo di quella contenuta nell'art. 1388 e si presenta come la conseguenza diretta di una rinnovata concezione del matrimonio.

La gestione del fondo matrimoniale è ripartita tra i coniugi attraverso un duplice mandato legale, che attenua la rigida struttura patriarcale disegnata dal legislatore napoleonico. L'art. 1 della legge, anche grazie a un intervento decisivo di Maurice Faure, consacra il principio del « libre salaire de la femme mariée » dichiarandolo inderogabile, sottraendolo cioè al principio della libertà delle convenzioni matrimoniali (231).

---

loi du 13 juillet 1907, Paris, 1910; A. Veaux, *Le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage. Loi du 13 juillet 1907 complétée par les lois de 19 mars 1919 et 8 juin 1923*, Rennes, 1925.

(230) I passi successivi del processo di emancipazione femminile saranno rappresentati dall'abolizione della potestà maritale (1938), dall'abolizione della qualifica di capofamiglia riconosciuta al marito, dall'abolizione dei poteri preponderanti (1975). Ormai « la loi n'affirme plus, dans le mariage, la prééminence du mari; elle ne lui réserve, en titre, aucune primauté; elle n'instaure aucune précellence masculine. Au contraire, elle établit les deux époux sur un pied d'égalité », cfr. G. Cornu, *Droit civil*, *La famille*, Paris, 1998, cit., p. 41.

(231) « Sous tous les régimes et à peine de nullité de toute clause contraire portée

Questo approdo, benché non condiviso da tutti, era negli auspici di molti giuristi. Louis Frank, ad esempio, citando l'esempio britannico e ginevrino, sosteneva la necessità di considerare il diritto di disposizione della donna alla stregua di un principio di ordine pubblico: « conformément au droit des peuples anglo-saxons et à la loi genevoise de 1894, nous entendons donner ainsi à la règle nouvelle le caractère d'une disposition d'ordre public, applicable à tous les régimes matrimoniaux, même à ceux qui l'excluraient de leur nature; à cette règle, il ne pourra être dérogé, même par une stipulation expresse du contrat de mariage. Toute femme mariée aura ainsi la propriété séparée du fruit de son travail. Il y aura là une disposition impérative de la loi et non une règle supplétive abandonnée à la libre volonté des partis » (232).

La legge rappresenta il coronamento di un complesso movimento di riforma, evidente a livello di diritto comparato, articolato in tre fasi.

Nella prima fase, il cui modello è la codificazione tedesca, la istituzione dei beni riservati avviene attraverso la predeterminazione di specifiche categorie legali ed è il frutto di una convenzione espressa o tacita, a seconda del regime matrimoniale adottato. In questo sistema è perciò possibile impedire, attraverso una apposita convenzione, la costituzione di un peculio riservato.

Nella seconda fase, la clausola tacita relativa ai beni riservati legali si trasforma in una clausola generalizzata, indipendente dal regime matrimoniale. Nel modello svizzero, l'istituzione dei beni riservati è una conseguenza essenziale del matrimonio, come si

---

au contrat de mariage, la femme a, sur les produits de son travail personnel et les économies en provenant, les mêmes droits d'administration que l'article 1449 du Code civil donne à la femme séparée de biens. Elle peut en faire emploi en acquisition de valeurs mobilières et immobilières. Elle peut, sans l'autorisation de son mari, aliéner à titre onéreux les biens ainsi acquis. La validité des actes faits par la femme sera subordonnée à la seule justification, faite par un acte de notoriété ou par tout autre moyen mentionné dans la convention, qu' elle exerce personnellement une profession distincte de celle de son mari; la responabilité des tiers avec lesquels elle a traité en leur fournissant cette justification, n'est pas engagée. Les dispositions qui précèdent ne sont pas applicables au gain résultant du travail commun des deux époux ».

(232) *Les salaires de la famille ouvrière*, citato da L. Leduc, *La femme devant le Parlement*, cit., p. 179.

evince dalla lettura degli artt. 197 e 198. Gény, commentando tali disposizioni e notando come il testo del progetto inserisca il peculio riservato non tra le disposizioni che disciplinano i diversi regimi matrimoniali ma tra le disposizioni in materia di effetti del matrimonio, avanza l'ipotesi che si tratti di una norma di carattere imperativo, e ne chiede conferma a Huber. Questi risponde che la previsione dei beni riservati non deve essere considerata alla stregua di una regola di ordine pubblico, trattandosi invece di una disposizione interpretativa della volontà, cioè, in altre parole, di una clausola tacita, conforme alla nozione di unione coniugale, presente di diritto, a prescindere dal regime prescelto.

La terza fase non è altro che lo sviluppo coerente della impostazione adottata dal legislatore elvetico. Se l'istituzione del peculio riservato, attraverso una clausola generalizzata, è conforme alla nozione corrente di unione coniugale, appare logico fare di essa un elemento essenziale del matrimonio e un effetto diretto di tale unione. Il legislatore francese ha il merito di « avoir enfin donné à l'institution des biens réservés sa pleine et définitive efficacité, et d'avoir complété ou parachevé…le mouvement de droit comparé qui s'était développé en cette matière » ([233]).

In questo senso, la vicenda dei « gains et salaires de la femme mariée » è forse quella che meglio di ogni altra consente di farsi un'idea del vero significato dell'impegno di Saleilles in seno alla *Société d'études législatives* e del *munus* autentico del giurista-legislatore. Tutti gli elementi della metodologia saleillesiana vi sono riuniti: la comunità dei *jurisconsultes*, principale artefice del progresso dell'ordinamento, orienta il processo di creazione legislativa e ne predetermina il contenuto, utilizzando gli apporti delle comparazione, nel senso peculiare della « science nationale du droit comparé » e con riferimento a un modello di « droit commun » europeo in costante formazione.

Non stupisce pertanto l'entusiasmo con il quale Saleilles saluta la riforma:

> que de points et de matières analogues sur lesquels il resterait ainsi, à l'honneur du législateur français, dans une révision d'ensemble de notre Code civil, à fixer l'évolution du droit comparé européen, de façon à la

([233]) *La condition juridique de la femme*, cit., p. 140.

synthétiser, dans une législation d'ensemble qui en achéve, pour quelques temps du moins, la courbe commencée! Ce serait là, pour notre pays, une belle tâche à remplir; celle qui restituerait, pour l'avenir, et sur le terrain du droit, un rôle analogue à celui que lui avait valu le Code Napoléon, et que, depuis quelques temps déjà, il a cessé d'exercer. Le Sénat vient de montrer, sur un point particulier, ce qu' il y aurait à faire, et comment, au lieu de copier servilement ce qui s'est fait ailleurs, ce serait à nous d'en compléter et d'en construire le système (234).

Essa, specie sotto il profilo della metodologia adottata, rappresenta una importante conferma degli auspici che lo avevano indotto a vestire i panni del legislatore, e lascia ben sperare quanto al raggiungimento di una ritrovata *grandeur*, almeno giuridica. Essa presuppone il ritorno dei *jurisconsultes* e la rinascita, in Francia, di una autentica *jurisprudence*.

EPILOGO

L'opera di Saleilles, in tutta la sua multiforme ricchezza, è il frutto di un periodo storico irripetibile, caratterizzato da una peculiare complessità, nel quale si assiste alla rottura dell'equilibrio introdotto dal sistema codicistico e alla crisi del modello giuridico liberale. Sfuma l'illusione di un mondo fatto a misura d'uomo, dell'uomo borghese, di un mondo retto da un insieme di cause ed effetti relativamente prevedibili e perciò facilmente controllabili, ed emergono le insufficienze di un diritto modellato esclusivamente sul soggetto e sulla sua volontà, adatto a una realtà stilizzata, le cui uniche unità di misura sono l'individuo e lo Stato.

Saleilles interpreta tale crisi e si sforza di risolverla proponendo un progetto di cui abbiamo tentato di esaminare il contenuto.

Viene spontaneo domandarsi se e in quale misura esso abbia avuto successo e abbia trovato compiuta realizzazione nel corso del XX secolo. La verifica deve coinvolgere i singoli capitoli di tale progetto: il rinnovamento metodologico, funzionale alla elabora-

---

(234) *Le principe du libre salaire de la femme mariée érigé en règle d'ordre public*, cit., p. 582.

zione del diritto privato della solidarietà, da un lato; la costruzione giuridica della democrazia sociale, dall'altro.

Per quanto riguarda il capitolo della metodologia giuridica e della teoria della interpretazione, non bisogna dimenticare come l'obiettivo finale dell'indagine di Saleilles, in tale ambito, sia rappresentato dalla (ri)affermazione della centralità della dottrina. Il contenuto della *méthode historique*, in altre parole, non si risolve nella definizione di un canone ermeneutico di carattere storico-evolutivo. Il superamento dell'esegesi attraverso l'elaborazione di una metodologia basata sulla desacralizzazione della legge, sulla riduzione di essa a mero luogo della giuridicità, rappresenta indubbiamente un elemento fondamentale del progetto modernista. Ma se si fosse limitato a tale profilo, il modernismo giuridico avrebbe avuto una portata innovativa piuttosto circoscritta, risolvendosi in una sorta di esplicitazione e, al limite, di sistematizzazione, di una prassi interpretativa già ampiamente in uso presso i giudici transalpini. In realtà, il fine ultimo della *méthode historique* non è (soltanto) la definizione di una tecnica interpretativa legicentrica ed antilegalistica, in grado di spezzare il giogo dell'*Exégèse*, ma è la redistribuzione dei ruoli all'interno della comunità dei giuristi, è l'affermazione della egemonia dei *jurisconsultes* e la riproposizione di un modello sapienziale di produzione del diritto.

Tale recupero avviene attraverso una decisiva riscoperta del ruolo della dogmatica. L'arma decisiva nelle mani dei *jurisconsultes*, il segreto della loro ritrovata egemonia, è rappresentato dal sistema, dalla teoria generale, dalla elaborazione di appropriate *constructions juridiques*, le quali fissano le coordinate dell'ordinamento e ne definiscono le condizioni di sviluppo.

La riscoperta della dogmatica ha un duplice significato: da un lato, essa avviene in chiave difensiva, in quanto rende possibile l'affermazione identitaria della scienza giuridica contro le *sciences sociales* (corteggiate e temute allo stesso tempo); dall'altro, essa consente alla scienza giuridica di porsi come fondamentale fattore ordinante di un sistema giuridico complesso, sempre più caratterizzato dall'« éclatement du droit positif » (235).

---

(235) Cfr. P. JESTAZ-C. JAMIN, *La doctrine*, cit., p. 303. Tale riscoperta, attuata al

Saleilles è all'origine di tale processo di riappropriazione identitaria, caratterizzato dal passaggio dalla *méthode doctrinale* alla *doctrine*; è cioè all'origine della definizione di un modello intellettuale, fondato sulla dogmatica, che acquista i suoi tratti definitivi intorno agli anni Venti del Novecento, divenendo rapidamente il modello egemone all'interno della cultura giuridica francese.

Da questo punto di vista, è indubbia la fortuna del progetto scientifico elaborato dal giurista di Beaune e dagli altri esponenti della *Ecole scientifique*. Più difficile, al contrario, è capire se esso possa rivelarsi attuale anche agli occhi di un giurista del XXI secolo.

Rispondere a tale domanda significa, come si intuisce, confrontarsi con temi fondamentali, quali la funzione del diritto e l'identità del giurista nella società contemporanea. Viene da chiedersi, in altre parole, se le *constructions juridiques*, anima della dogmatica, conservino ancora il loro valore ordinante nei confronti di un sistema giuridico che ha smarrito la semplicità originaria ed è entrato ormai da tempo nell'età inedita della globalizzazione e della tecno-economia (236). È lecito pertanto chiedersi quale possa essere il futuro di un modello culturale nato per disciplinare un paesaggio giuridico tutto sommato lineare in un'epoca segnata da fenomeni inediti, quali la perdita del centro e di un senso complessivo del diritto, tali da far dubitare che la scienza possa ancora « recare ordine e unità dove domina l'arbitraria casualità » (237).

Allo stesso tempo, se da un lato la *méthode historique*, nella misura in cui postula l'opportunità di un Codice snello, ricco di principi generali, sembrerebbe poter funzionare in un contesto caratterizzato dal « policentrismo » e dalla « funzione residuale del codice civile » (238), è tuttavia evidente il rischio che la frantumazione dell'ordine giuridico, tipica della globalizzazione, possa finire per accreditare l'immagine del giurista come « tecnico dei micro-

---

riparo del Codice, inteso come grande strumento di *soft-power* della cultura giuridica francese, permetterà a quest'ultima di porsi come l'unica cultura realmente alternativa al modello giuridico americano. Cfr. P. G. Monateri, *"Code Napoléon", strumento di difesa del diritto europeo di fronte al modello americano*, cit., p. 137.

(236) Cfr. N. Irti, *Nichilismo e concetti giuridici*, in *Liber Amicorum per F. D. Busnelli - Il diritto civile tra principi e regole*, II, Milano, 2008, pp. 3-9, cit., p. 9.

(237) Cfr. N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma, 2004, cit., p. 72.

(238) Cfr. N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, cit., p. 44 e ss.

sistemi » (239), favorendo il ritorno a una nuova forma di esegesi. Il che rappresenterebbe, com'è ovvio, la più grave smentita del progetto scientifico elaborato dal giurista di Beaune.

Ma vi è, del pari, la possibilità che l'odierno sconvolgimento tecno-socio-economico che stiamo vivendo, oltre a favorire il recupero della complessità dell'ordinamento giuridico, conduca a una definitiva riscoperta della vocazione universalistica della scienza giuridica, e quindi della centralità del giurista, quale artefice di un rinnovato *ius commune*, chiamato a costruire, a livello europeo, un tessuto e un linguaggio giuridico unitario (240). In tal modo, la globalizzazione, lungi dal favorire una deriva nichilista e una dissoluzione della *scientia iuris*, ne esalterebbe il ruolo, affidandole il compito di tessere « trame coraggiose che sùperino le miserie del particolare ». Allo stesso tempo, il diritto ritroverebbe la sua essenza originaria e, « dopo la lunga espropriazione perpetràtasi durante tutto il moderno, dopo i secoli di condanna ai lavori forzati dell'esegesi », esso potrebbe tornare 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 » (241).

Se ciò si verifica, è evidente come il messaggio di Saleilles, il ritorno dei *jurisconsultes*, nel quale è racchiuso il significato profondo del suo progetto, conservi ancora una sua validità e possa insegnare molto al giurista contemporaneo.

Il secondo profilo del "progetto Saleilles", ovvero la costruzione giuridica della democrazia sociale (di cui il diritto privato della solidarietà è uno degli strumenti fondamentali) troverà, nel corso del XX secolo, una puntuale realizzazione. Se, sul versante pubblici-

---

(239) Cfr. N. Irti, *L'età della decodificazione*, cit., p. 126 e ss.

(240) Può apparire un esito non scontato, in altre parole, il « declino del diritto "dei giuristi" (tradizionali) a pro di una sua utilizzazione meramente funzionale come strumento di ingegneria sociale ». Per far ciò, tuttavia, i giuristi devono essere capaci di « andare in cerca di un linguaggio preciso e "forte" per poter fissare in volto il presente senza strascichi di nostalgia », condizione indispensabile per la conoscenza e la elaborazione della costituenda grammatica giuridica universale. Cfr. P. Cappellini, *Per una storia dei "concetti" giuridici alla fine dell'epoca moderna*, in P. Cappellini, *Storie di concetti giuridici*, cit., pp. 1-10, cit., p. 8 e s.

(241) Cfr. P. Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, cit., p. 277.

stico, si assiste all'insuccesso della rappresentanza proporzionale, accompagnato però dallo sviluppo dei partiti politici, i quali finiscono per assumere la funzione di stabilizzazione del sistema costituzionale prefigurata da Saleilles, sul versante privatistico, si assiste alla sistematica recezione, in ambito giurisprudenziale e legislativo, dei temi forti trattati dal giurista borgognone in seno alla *Société d'études législatives*: dal regime giuridico della *femme mariée*, disciplinato con legge del 13 luglio 1907, al tema dell'abuso del diritto, recepito dalla *Cour de Cassation* con la celebre sentenza del 3 Agosto 1915; dalla materia complessa del contratto di lavoro, che trova una prima, fondamentale regolamentazione con la legge del 25 marzo 1919 (mentre nel 1910 hanno inizio i lavori preparatori del *Code du travail*), al tema della fondazione di diritto privato il quale, a parziale conferma dei timori di Saleilles, riceverà una adeguata disciplina soltanto con la legge del 23 luglio 1987 « sur le développement du mécénat ».

Un altro capitolo decisivo dell'opera di Saleilles è rappresentato dal rapporto religione/diritto e dal tema della laicità, ovvero dalla ricerca delle condizioni che rendono possibile la conclusione di un duraturo *pacte laïque*; tema che il giurista di Beaune, con approccio del tutto peculiare, tratta unitamente al problema della fondazione, quale pilastro della progettata ricomposizione organica della società.

Qualche anno fa, si è celebrato in Francia il centenario della legge del 1905. Essa rappresenta una tappa essenziale del lungo processo di costruzione della coscienza repubblicana ed è considerata a buon diritto un pilastro della Repubblica.

Una pluralità di fattori hanno contribuito a riaccendere l'interesse per un tema la cui attualità non è mai venuta meno: uno scenario internazionale difficile da decifrare, che offre un terreno fertile agli opposti integralismi religiosi; il dibattito sull'opportunità del riferimento alle radici cristiane nella nuova costituzione europea; la riflessione sulla discriminazione positiva come possibile strumento di conciliazione tra *citoyenneté* e comunitarismo, soprattutto in relazione al diffondersi in Europa di confessioni religiose cui è estraneo il concetto di laicità.

In tale contesto, la storia della laicità alla francese, per il suo valore paradigmatico, assume un rilievo di primo piano. E anche a non voler accreditare l'idea di una laicità esclusivamente francese, di

una « laïcité hexagonale perdue dans un océan menaçant, d'une France-Astérix dépourvue de potion magique » (242), è innegabile che la laicità alla francese presenti una sua irriducibile specificità, tanto da costituire un oggetto di indagine di estremo interesse.

Di questa idea di laicità, Saleilles, nel suo piccolo, con la discrezione tipica del giurista, è uno dei padri fondatori.

Egli aderisce con convinzione al *ralliement* promosso da Leone XIII. Ma resta un *rallié* atipico. Infatti, mentre la maggior parte dei cattolici repubblicani combattono la laicizzazione, ritenendola il frutto perverso dei nemici della Chiesa, Saleilles è favorevole alla separazione tra Stato e Chiesa, anche se non manca di segnalare le imperfezioni della legge del 1905. Ai suoi occhi, l'idea di una religione di Stato o di uno Stato confessionale appare ripugnante. Egli non considera per questo la separazione alla stregua di una rottura intollerabile con una tradizione secolare, che faceva della Francia la *fille aînée de l'Eglise*, ma la considera semmai un punto di partenza, un'occasione importante per una rigenerazione del cattolicesimo francese.

In Saleilles ritroviamo motivi e inquietudini comuni a molti tra i fautori della laicità nel corso dell'Ottocento: l'idea che la religione, avendo il carattere della inevidenza, sia soprattutto un fatto privato e non possa essere sanzionata e resa esecutiva da una autorità temporale; l'idea che la società civile e la società religiosa siano due società coesistenti, libere e indipendenti; la convinzione, che si direbbe pascaliana, che la pluralità delle religioni e persino delle confessioni cristiane sia la necessaria conseguenza di un *Deus absconditus*, di un Dio che vuole essere cercato, da cui deriva la convinzione della provvidenzialità del protestantesimo, in quanto presenza problematica che obbliga il cattolicesimo a mettersi costantemente in discussione. Il tutto, unito a una vaga propensione per il gallicanesimo inteso, ovviamente, non come volontà di sottomettere la Chiesa di Francia al potere politico, ma come tentativo di rivendicare, entro certi limiti, l'autonomia dell'episcopato francese di fronte all'autorità della Santa Sede.

La sua posizione si rivela, per questo, particolarmente *nuancée*,

---

(242) Cfr. J. Bauberot, *Laïcité 1905-2005, entre passione et raison*, Paris, 2004.

difficile da collocare in un'epoca in cui la radicalità dello scontro che lacerava il paese non lasciava molto spazio alle sfumature. La ritroveremo, ad esempio, nell'idea della separazione della dimensione politica dalla dimensione religiosa e di una gradualità, commisurata alle circostanze, dell'impegno politico del credente cara a un Emmanuel Mounier; o nell'idea, sostenuta da Jacques Maritain, che i credenti debbano accettare la dimensione secolare, intervenendo espressamente, *in quanto* cristiani, solo laddove siano in gioco valori morali giudicati intangibili.

L'impegno di Saleilles e la sua posizione nei confronti della legge del 1905 è il frutto di questo modo di concepire la religione e i rapporti tra la dimensione spirituale e la dimensione temporale.

Il ventesimo secolo segna la fine, per la Chiesa di Francia, allo stesso tempo, dell'ultramontanesimo e del gallicanesimo. Più libera, anche se indiscutibilmente ridimensionata, un attore come gli altri sul palcoscenico sociale, essa è costretta a ripensare se stessa individuando nuove strategie e nuovi strumenti di affermazione.

Sarà proprio la considerazione del valore di una ritrovata libertà a indurre Saleilles a battersi per l'accettazione della legge del 1905. Pur rappresentando il coronamento della politica dei governi radicali, essa appariva, ai suoi occhi, non tanto come l'espressione esecrabile di una aggressività ideologica secolare, ma come l'esordio di una laicità intesa come principio di neutralità, e come tale garanzia di libertà, da cui la stessa Chiesa cattolica poteva trarre beneficio.

Tale idea di laicità, autentico principio fondatore della *République*, a più di un secolo di distanza dalla sua consacrazione, deve far fronte a una sfida inedita: risolvere la tensione tra comunitarismo e *citoyenneté*, contribuendo al superamento della tradizionale uniformità politica, giuridica e culturale di matrice rivoluzionaria. Definire i contorni di una *République* non esangue, capace di dar voce alla irriducibile diversità delle sue componenti senza cedere alla logica comunitaria: ecco la prova cui deve essere sottoposto il principio fondante contenuto nella legge del 1905. Esso conserverà il suo valore nella misura in cui si rivelerà capace di fornire strumenti utili per risolvere o prevenire i conflitti frutto di una crescente complessità sociale. Il che significa, in altre parole, correggere gli effetti aberranti di una specificità tutta francese: lo scarto tra i principi proclamati e la realtà effettuale.

Anche per questo, per una migliore comprensione delle sfide del presente, può essere utile approfondire la testimonianza di un intellettuale che ha creduto nella laicità *à la française*, affrontandola con lo strumento della tecnica giuridica, e quindi con un approccio peculiare e particolarmente incisivo.

Ma al di là delle concrete acquisizioni che possono ritenersi frutto dell'opera di Saleilles, ancora più significativa è l'eredità che egli lascia ai giuristi delle generazioni successive.

Siamo infatti in presenza di una riflessione che segna una tappa decisiva nel faticoso processo di recupero e ridefinizone della identità del giurista contemporaneo. Tale processo trova nella tematizzazione del rapporto tra legge e diritto un momento privilegiato e punta alla riscoperta di una visione alta della scienza giuridica, la quale non può prescindere da una rivoluzione di carattere metodologico, da un deciso recupero della dimensione culturale e dall'affermazione, a dispetto di ogni relativismo, di un principio superiore di giustizia, di cui il giurista sente di non poter fare a meno.

È un'eredità che oggi potrà forse sembrare inattuale, ma che presenta non di meno una sua validità permanente.

Si è osservato come l'epoca contemporanea sia caratterizzata dal tramonto del *Volljurist*, dal frantumarsi del sapere giuridico in una molteplicità di saperi, i quali « divelti da una forma universale e strappati da un centro comune, si offrono in una sorta di chiusa e serrata auto-sufficienza » (243). Confrontarsi con l'opera di Saleilles significa, per l'appunto, riscoprire l'immagine del giurista inteso come *Volljurist*, del giurista visto come figura-chiave dello scenario politico-sociale, dal quale dipende l'effettività del processo democratico e la definizione delle condizioni che rendono possibile la civile convivenza.

Si tratta di un giurista profondamente consapevole dell'importanza della propria funzione, di un giurista *engagé*, immerso nella storia del proprio tempo e inevitabilmente parziale, come sottolinea il Maestro di Beaune, con parole che ci piace citare al termine di questo lavoro: « il n'y a de neutralité nulle part, il faut avoir le courage de le reconnaître ».

---

(243) Cfr. N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 72.

INDICE DEI NOMI

Ableiges, J. D', 231
Accoyer, B., 637, 638
Aftalion, A., 642
Agnoletto, A., 174
Alglave, P., 582
Allinne, J.-P., 80
Amari, E., 238, 239, 240
Ancel, M., 246, 247, 267
Andreatta, A., 62
Antonetti, G., 9
Arabeyre, P., XII, 80, 81, 231
Aragoneses, A., X, XVIII, 32, 78, 123, 154, 220, 223, 225, 232, 235, 242, 243, 245, 246, 249, 250, 270, 273, 274, 276, 278, 289, 303, 337, 356, 416, 419, 485, 527, 528, 553, 575, 623
Arbelet, S., 47
Archi, G. G., 15
Arnaud, A.-J., VIII, IX, X, XXIX, XXXVI, 128, 141, 215, 288, 641
Arndts, K. L., 420
Ascarelli, T., XVII, 159, 160, 243, 255, 261, 288, 348
Ascheri, M., 61
Asquini, A., 330
Atias, C., XVI, 125, 152, 343, 352
Aubert, J.-L., 290
Aubry, C., XIII, 7, 613
Auclert, H., 645
Audren, F., XXX, 81, 145
Avon-Soletti, M.-T., 567
Bachofen, J. J., 144
Bacot, V. G., 365
Bailly, V., 508
Baldini, A. E., 62
Ballot-Beaupré, A., 316, 317
Barberis, M., 168, 171
Barbier, E., XXXV, 57
Barbier, M., 504
Bard, C., 641
Bardy, G., 203
Barres, M., XXI
Barthelemy, H., 571
Barthelemy, J., 517, 527
Barthelemy, R., 568
Basile, M., 420
Bastit, M., 289, 348
Batiffol, P., 180
Bauberot, J., 504, 505, 664
Baudry-Lacantinerie, G., 9, 613
Bayon, D., 569, 600
Beaud, O., X, 8, 25, 366
Beaudouin, E., 35, 37, 38, 596
Beaudouin, J., XXIV
Beaumanoir, P. De, 648
Beauthier, R., VIII
Becker, J.-J., 645
Bedouelle, G., 504
Beignier, B., 63
Bekker, E. I., 421, 463
Behrends, O., 453
Belleau, M.-C., X, 125, 135, 288
Benoist, C., 359, 374, 378, 379, 380
Benoit, F.-P., 488
Bentham, J., 23, 120
Bergel, J.-L, 613
Berlioz, G., 293
Bernanos, G., 506
Bernard, C., 22
Berriat-Saint-Prix, J., 79
Bertorello, V., 261
Besson, A., 360

Betti, E., 172, 187, 201, 211, 309, 311, 312, 321
Beudant, C., XVI, 612
Beudant, R., 526
Bieback, K.-J., 424
Bienvenu, J.-J., 290
Binder, J., 441
Birocchi, I., 61
Birot, L., XV, XXXII, 46, 47, 56, 174, 178, 180, 194, 195, 196, 408, 417, 426, 514, 517, 526, 527, 534, 540, 541
Bismarck, O. E. L. Von, 34
Blackstone, W., 423, 498
Blais, M.-C., 22
Blondeau, J.-B.-A.-H., 79
Blondel, G., 575
Blondel, M., XXXIII, 176
Bluhme, F., 79
Blum, L., 641
Bluntschli, J. C., 283
Bobbio, N., 26, 62, 63, 65, 72
Boegner, M., 634
Boistel, A. B. M., 526
Boistel, C., 642, 644
Bolgar, V., 293
Bolze, A., 421
Bonald, L. De, 382
Bonnecase, J., XIII, 6, 9, 79, 123
Borgetto, M., XXXII
Boudot, M., 6, 11
Bougle, C., XXIX
Boulanger, G. E. J.-M., 369
Bourgeois, L., XXVIII, XXIX, 398, 515
Boussinesq, J., 504
Boutmy, E., XXXI
Braibant, G., 114, 224
Branca, G., 420
Braun, J., 29
Bredin, J.-D., 507
Bressoles, G.-J.-D., 82
Bretone, M., 93
Briand, A., XXIII, 509, 513, 527, 532
Bridel, L., 639
Brinz, A., 420, 430, 552
Brouardel, P., XXIX
Bruley, Y., 505
Brunetiere, F., XXXV, 198, 511, 513, 514, 527, 536
Bruns, C. G., 29
Bruschi, M., 613
Bry, G., 569
Bufnoir, C., XVI, 4, 6, 7, 11, 12, 13, 32, 78, 123, 137, 141, 230, 231, 233, 242, 300, 336, 614
Bufnoir, M., XIV, 189, 486
Bülow, O., 96, 97, 99, 103, 200, 215, 308
Burdeau, F., 488
Bureau, D., XVI, 112, 123, 152
Bureau, P., 570
Bürge, A., 18, 78, 614
Burke, E., 82
Busnelli, F. D., 348, 615
Butler, J., 634
Calasso, F., 308
Cambaceres, J.-J. Regis De, 642
Candar, G., 645
Canivet, G., 259, 317
Cantamessa, L., 567
Capitant, H., 227, 237, 238, 243, 253, 467
Capograssi, G., 169
Capogrossi Colognesi, L., 15, 240
Cappellini, P., VIII, XX, 8, 23, 62, 63, 76, 81, 84, 120, 215, 248, 280, 662
Carbasse, J.-M., 103
Carbonnier, J., 103, 121, 127, 157, 168, 407, 421, 497, 613, 633
Caron, J., 51, 53, 55, 307
Caroni, P., 8, 76, 77, 90, 144, 224
Carré de Malberg, R., 365, 382
Casimir-Perier, J., 368
Castrucci, E., 144, 342
Cauwès, P.-L., 582, 642, 647
Cavanna, A., 8, 61, 62
Cayala, O., 424
Cazzetta, G., 314, 566
Cerclet, A., 282
Cerulli irelli, V., XVI
Cezar-bru, C.-J., 644
Cesarini sforza, W., 172, 173
Chabas, F., 293, 421

Chantin, J.-P., 505
Charmont, J., 614, 615, 644
Chatelain, E., 568
Chauvin, J., 637
Chazel, F., 152, 153
Chenon, E., 359
Chevalier, E., 3
Chiodi, G., 468
Cianferotti, G., 378
Cimamonti, S., 613
Cimbali, E., 308
Clavero, B., 120
Clemenceau, G., 505, 515, 574
Clere, J.-J., 81, 231
Clermont, M., 270
Cochez, C., 437
Coing, H., 614
Colin, A., 302, 644
Colon, D., 41, 43
Colson, C., 571, 595
Combes, E., 53, 180, 329, 509
Combes, G., 47
Commaille, J., 58, 153
Comte, A., 22, 146, 360, 442
Condorcet, J.-A.-N.-C., 126
Constant, B., 66
Constantinesco, L.-J., 238, 250
Cormenin, L.-M.-D., 79
Cornil, G., 567
Cornu, G., IX, 121, 611, 656
Costa, J.-P., 504
Costa, P., XXVI, XXVIII, XXX, XXXVI, 45, 64, 65, 66, 69, 72, 172, 330, 333, 365, 376, 451
Costa-Lascoux, J., 504
Cotelle, L. B., 79
Coulombel, P., 420
Courcelle-Seneuil, J.-G., 3
Cousin, V., 283
Coutu, M., 116
Cruet, J., XVI, 480
Cuche, P.-C.-F., 262
Cujas, J., 9, 93
Cuneo D'Ornano, G., 400
Cuq, E., 16
D'Ableiges, J.
D'Aguesseau, H. F., 410, 492, 493, 498, 499
D'Ales, A., 204
Damien, A., 505
Dansette, A., 508, 519
Dareste de La Chavanne, R. M. C., 81, 231
Daudet, A., 557, 558
Davy, G., 437
De Bechillon, D., 121
De Cabrieres, A., 512
De Doelder, H., 468
D'Emilia, A., 546
De Gouges, O., 640
De Kerchove, M. VAN, 592
De La Grasserie, R., 150, 378
De La Tour Du Pin, R., 48, 145, 399
Delbrück, B., 289
Delhay, F., 420
Delitzsch, F., 182
Delmas-Marty, M., 266
De Los Mozos, J. L., 323, 325
Del Vecchio, G., 272, 373
Delvincourt, C.E., 7
De Maistre, J., 64, 83, 360, 382
Demante, A.-M., 79
De Marini Avonzo, F., 90
De Mericourt, T., 640
Demogue, R., 355, 457, 462, 463
De Molinari, G., 472
Demolombe, J.-C.-F., XIV, 6, 613
De Montclos, X., 504
De Mun, A., 48, 54, 145, 177, 471, 477, 511
Dereux, G., 293
Dernburg, H., 29, 421, 430
Deroulede, P., 369, 506
Deroussin, D., 614, 615
Descartes, R., 62
Desjardins, P., XXXII, 4, 14, 18, 19, 100, 123, 136, 152, 162
Deslandres, M., XV, 6, 299
Desportes, F., 468
Desroys Du Roure, H., 569

De Villepin, D., 505
De Visscher, C., 581, 604
Dezalay, Y., 267
Dezes, M.-G., XXIII
Dezza, E., 8, 63
Didry, C., XXXI, 399, 428, 566, 570, 582, 596, 598, 599, 609
Diesselhorst, M., 422
Digeon, C., 286
Disraeli, B., 371
Dollat, J., 293
Dölle, H., 267
Doneau, H., 9
D'Onorio, J.-B., 222
Donzelot, J., XXV
Dorigny, J., 57, 400
Doumergue, G., 599, 608, 609
Drago, R., 338
Dreyfus, A., 317, 507, 508
Drumont, E., 508, 511
Du Caurroy, A. M., 79
Duchesne, L., 180
Dufour, A., 450, 465
Duguit, L., XXXI, 69, 355, 374, 378, 428, 436, 438, 442, 443, 444, 445, 446, 448, 449, 450, 471, 472, 488, 489, 534, 617
Duhart, J.-M., 505
Dumoulin, C., 9, 268
Dupin, A.-M.-J.-J., 79, 285
Dupuis, G., 488
Dupuy-dutemps, L., 637
Durand, A., 642
Durand, M., 645
Durand-Prinborgne, C., 504
Duranton, A., XIII, 3, 282
Durkheim, E., XIX, XXVI, XXX, XXXI, 17, 18, 22, 64, 146, 147, 149, 152, 351, 377, 443, 470, 474, 575, 617, 641
D'Urso, F., 468
Duverger, M., XXIII, 368, 603
Ehrlich, E., 327
Ellul, J., 61
Esmein, A., 5, 222, 247, 263, 329, 342, 343, 344, 382, 386, 387
Esmein, P., 613
Espinas, A., 146
Esterhazy, F. W., 317
Etienne, L., 282
Ewald, F., XXIV, 314
Fabreguettes, P., 570
Fages, B., 291
Falck, N. N., 282
Fallot, T., 634, 636, 637
Falzea, A., 126, 420
Fantappiè, C., XXXIII, 76
Fassò, G., 26, 115, 328
Faucon, M., XXXIII, 39, 40, 167, 198
Faure, M., 656
Fayolle, L., 489
Fedtke, J., 259
Ferneuil, T., 377
Ferrante, R., 9, 10
Ferrara, F., 420
Ferrarese, M. R., 261, 267, 273
Ferrata, D., 180, 514
Ferri, E., 314
Ferry, J., XIX, 360, 376, 506
Fest, J., 91
Feuerbach, P. J. A., 280
Fiandaca, G., 342
Fichte, J. G., 436
Fikentscher, W., 450
Fioravanti, M., VIII, 8, 65, 109, 358, 359, 366, 367, 378, 380, 383, 424
Flaubert, G., 3
Flessner, A., 232
Fleury, C., 231
Flour, J., 290
Flourens, L., 517, 527
Foelix, J.-J.-G., 228, 231, 284
Fogazzaro, A., XXXII, XXXIII, 174, 506, 507, 534
Fonsegrive, G., XXXIII, 174, 176, 180, 198, 403
Forestier, P., 43
Forray, V., 293
Foucher, V., 228
Fouillée, A., XXXI, 107, 112, 130, 617
Fournier, P., 6, 33, 38, 77
Foyer, J., 420

Frank, L., 639, 657
Frison-Roche, M.-A., 290
Frobert, L., 569, 600
Frossard, A., VII
Frydman, B., 328
Fuchs, E., 327
Furet, F., XXII, XXIV
Fustel de Coulanges, N. D., 34, 35, 151, 152, 199
Fuzet, F., 512, 515, 527
Gabba, C. F., 308
Gadille, J., XXXIV, 190
Gagarin, J., 41
Gaillard, J.-M., 505
Galgano, F., 420
Gallo, F., 348
Gambaro, A., 342
Gambetta, L., 53, 305, 363, 376
Gangemi, G., 240
Gans, E., 29
Garaud, M., 633
Gardeil, A., 168
Gast, B., IX
Gastaud, J.-P., 420
Gauchet, M., 66
Gaudemet, F.-E.-H., IX, X, 14, 18, 29, 30, 34, 89, 115, 162, 175, 189, 201, 277, 289, 297, 324
Gaudemet, J., VIII, 26
Gayraud, H., 198
Gazzaniga, J.-L., XXXI, 121, 291, 293, 314
Geny, F., XII, 6, 25, 77, 80, 119, 124, 131, 133, 152, 167, 168, 190, 201, 225, 269, 295, 298, 299, 300, 303, 309, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 337, 429, 462, 643, 657
George, J., XX, 363
Gerando, J.-M., 79
Gerard, P., 592
Gerber, C. F. W. Von, 24
Gerlier, P., 569
Ghestin, J., 293, 349, 613
Gide, C., XXIX, 192, 614
Gide, P., 4, 6, 14, 15, 33, 78, 123, 152, 201, 336
Gierke, O. Von, 235, 286, 287, 421, 431, 435, 436, 459, 460, 464, 467, 468, 483, 552, 553, 554, 555, 556, 562
Ginoulhiac, J.-C.-M., 231
Girardi, E. N., 174
Giraud, C.-J.-B., 285
Glasson, E., 569, 635, 636, 637, 638, 644
Godard, J., 569
Goeschen, J. F. L., 79
Goirand, L., 637, 638, 639, 647
Goncourt, E. De, 483, 556, 557, 558, 561
Gondon, J., 645
Gorla, G., 237, 342
Goubeaux, G., XXXI, 345, 347
Gounot, E., XXXI, 293
Gourju, A., 643
Gout, R., 178
Goyard-Fabre, S., XXV
Goyau, G., 306
Gozzi, G., XXVIII
Grande, E., 342
Grasso, D., 178
Grosjean, G., 643
Grossi, P., VIII, IX, XIII, XV, XVIII, XXVII, XXX, XXXIII, 4, 5, 8, 13, 34, 63, 64, 66, 84, 119, 122, 127, 132, 133, 144, 149, 151, 152, 161, 169, 175, 190, 200, 214, 220, 234, 235, 263, 267, 274, 289, 308, 311, 314, 320, 325, 327, 328, 329, 330, 331, 357, 398, 399, 452, 566, 567, 573, 580, 612, 613, 614, 662
Groussier, A., 609
Grunebaum-Ballin, P., 557, 560
Grynbaum, L., XXIX, 291
Guenoux, C., 282
Guitton, J., 182
Guizot, F. P. G., 382
Guntzberger, A., 642
Gurvitch, G., XXVIII, 436, 449, 450, 451, 465, 466
Gutmann, D., XX
Gutzwiller, M., 229
Haarscher, G., 504

Hakim, N., 349, 569
Halperin, J.-L., IX, XII, 7, 8, 80, 81, 145, 231, 238, 291, 343
Hamman, A., 204
Harnack, A. Von, 182
Hassemer, W., 339
Hauriou, M., 149, 355, 428, 436, 438, 449, 450, 451, 452, 453, 457, 458, 460, 465, 540, 617
Hause, S. C., 633
Helfer, C., 26
Hemmer, H., 512
Hennique, L., 557, 558
Hepp, G.-P., 283
Herberger, M., 171
Herelle, G., 174
Herrera, C.-M., X, 291, 573
Hervieu, P., 641
Hespanha, A. M., 61
Hilaire, J., 228
Hirsch, E. E., 26
Hobbes, T., 82
Hofmann, H., 474
Hölder, E., 429, 430, 432, 433, 434, 457, 463
Homeyer, C. G., 283
Hommes, H. J., 26
Hours, J., 400
Huber, E., 32, 123, 124, 220, 221, 223, 224, 225, 235, 241, 242, 273, 275, 276, 278, 288, 303, 337, 416, 483, 527, 552, 553, 554, 644, 658
Hufeland, G., 280
Hügel, F. M. A. F. K. Von, 179, 190, 196, 522
Hugo, G., 79, 97, 280
Humbert, M., 222
Hummel, J., 25
Husson, L., 314
Ihl, O., 486
Imbart De La Tour, P., XIV, XV, XXI, XXXII, 174, 175, 180, 189, 198, 486, 506
Irti, N., XIII, 113, 661, 662, 666
Isambert, F.-A., 79, 492
Jamin, C., X, XI, XII, XIII, XXIII, XXX, XXXI, 5, 16, 22, 28, 75, 80, 123, 124, 152, 154, 212, 229, 233, 288, 291, 295, 296, 299, 317, 323, 329, 343, 344, 346, 376, 421, 462, 575, 660
Jaume, L., 8, 382
Jay, R., 568, 569, 572, 582, 597, 598, 599, 601
Jayme, E., 238, 240
Jellinek, G., 439, 440
Jestaz, P., X, XIII, XXXI, 16, 123, 125, 152, 343, 344, 346, 660
Jhering R. Von, 3, 12, 17, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 29, 30, 31, 32, 33, 36, 75, 89, 95, 122, 142, 146, 161, 162, 229, 230, 250, 351, 432, 435, 439, 440, 454, 455, 457
Jobert, B., 58
Jones, G., 498
Jones, H. S., XXXI, 118, 160, 308, 359, 360
Josserand, L., 434, 614, 616, 617
Jouanjan, O., 110, 292
Jourdan, A.-J.-L., 79, 122, 279, 282, 284
Jourdan, L., 637, 639
Kaluszynski, M., 486
Kantorowicz, H., 94, 172, 318, 333
Karimi, A., 612
Kasirer, N., XI
Kaufmann, A., 339
Kauffmann, C., 640, 641
Kayser, P., 322
Kelley, D. R., 94
Kelsen, H., 391
Kenney, A. R., 633
Klimrath, H., 81, 82, 88, 89, 122
Kohler, J., 200, 236, 247, 252, 253, 308, 333
König, E., 182
Krause, K. C. F., 436
Krug, C., 642
Krynen, J., XII, 80, 81, 231
Kuntze, J. E., 288
Labbé, J.-E., XVI, 4, 5, 15, 16, 17, 22, 33, 78, 122, 123, 343

Laberthonniere, L., XXXIII, 176, 180
La Boetie, E. De, 68
Laboulaye, E.-R., L. DE, XIV, XVI, 3, 66, 81, 82, 85, 133, 231, 232, 280, 282, 283, 284, 285, 614
Lacordaire, J.-B. H., 42
Laferriere, F., 79, 282, 285
Lafore, R., XXXII
Lagrange, M.-J., XXXIII, 173, 176, 182
Lalouette, J., 505
Lambert, E., 248, 251, 265, 269, 270, 329, 346
Lamy, P., 180, 401, 402
Lancry, G., 58
Landsberg, E., 96
Langlois, H., 342, 568
Laquieze, A., 365
Larenz, K., 24
Larkin, M., 505
Larnaude, E.-F., 596
Laurent, F., 642
Lazar, M., XXV, 304
Le Bon, G., 362
Le Chapelier, I.-R.-G., 398, 568
Leclerc, J., 190
Le Courtois, J., 655
Le Crom, J.-P., 453, 567, 568, 569, 570, 571
Leduc, L., 642, 652, 657
Le Gall, Y., 569
Le Goff, J., X, 453, 476, 566, 567, 573, 574, 592
Le Goff, J., 54, 504
Le Gunehec, F., 468
Leibniz, G. F. Von, 87
Lemire, J., 46, 47, 50, 56, 57, 58, 59, 60, 174, 176, 180, 191, 192, 193, 198, 377, 399, 400, 401, 406, 408, 516, 526, 582, 597, 598
Lenz, G., 29
Leoni, B., 169
Le play, P. G. F., 58, 145, 489, 513, 573
Lepointe, G., 359
Lerebours-Pigeonniere, P., 289, 632
Lerinense, V., 203
Lerminier, J.-L.-E., 4, 79, 82, 279
Le roy, E., 181
Leroy, J.-C., 569
Leroy, M., 471
Leroy-Beaulieu, A., 513
Le tourneau, D., 504
Levillain, P., 48
Levy, E., 328, 616
Levy, J.-P., 7
Levy-Ullmann, H., 557
Lipari, N., 66, 255
Lipp, M., 422
Liszt, F., 262, 286
Littré, E. M. P., 360
Litty, O., 293
Locke, J., 68
Loisy, A., XXXII, 47, 171, 179, 180, 182, 192, 194, 195, 199, 318, 520
Lokiec, P., 291
Lombardi, L., XXXIII, 18, 125, 168, 169, 342, 453
Losano, M., 23, 24
Loysel, A., 35
Luchaire, F., 488
Luchaire, Y., 488
Luig, K., 232
Lyall, A., 146
Lyon-Caen, G., 6, 592, 635
Macarel, L.-A., 79
Macario, F., 255
Macmillan, J., 633, 645
Madoz, J., 204
Magnaud, P., 172, 210, 295, 318, 319, 320, 321, 587
Magraw, R., 470
Maignen, M., 48
Malaurie, P., VIII, IX
Malinvaud, P., 63
Mann, T., 91
Manning, H. E., 57, 176
Mannoni, S., XXIV, XXIX, XXXII, 488, 495
Mannori, L., XXXII, 388, 488
Mantovani, D., 17
Marcadé, V.-N., XIV

Marcora, C., 174
Marezoll, G. L. T., 282
Marinelli, F., XIII, XXVIII
Marini, G., 25, 76
Maritain, J., 665
Markesinis, B., 259
Marshall, A., 595
Martin, X., VIII, 142, 632, 633
Martin De La Moutte, J., 289
Massigli, C., 315
Mathieu, F.-D., 180, 513, 515
Matthey, N., X, 175, 203, 208, 217
Maulin, E., 365
Mayeur, J.-M., XXXIV, XXXV, 46, 47, 50, 57, 58, 60, 190, 305, 306, 399, 400, 504, 505, 506, 509, 512, 513, 518, 520, 567, 597
Mazeaud, C., 317
Mazeaud, D., XII, 291, 575
Mazeaud, H., 293, 421
Mazeaud, J., 293, 421
Mazeaud, L., 293, 421
Mazet, P., XXIX
Mazzacane, A., 23, 90, 250
Menger, A., 650
Mengoni, L., 255
Meny, Y., 488
Merlet, J.-F., 400
Merlin, R., 568
Merry Del Val y Zulueta, R., 514, 517, 519, 532
Mestre, A., 468
Meulenaere, O. De, 24
Meynial, E., 5
Meynier, L., 282
Michel, A., 633
Michelet, J., 80, 144
Michoud, L., 419, 420, 436, 440, 460, 527
Micou, E., 633
Mignot, E.-I., XV, XXXII, 46, 47, 180, 190, 196, 483, 513, 514, 515, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526
Milet, M., XX, 486
Millerand, A., 470, 567, 572, 594, 596, 598, 599
Mittermaier, K. J. A., 79, 81, 277, 283
Moatti, C., 15
Mollier, J.-Y., XX, 363
Mommsen, T., 34
Monateri, P. G., 661
Monod, G., 286
Monod, H., XXIX
Montagnes, B., 182
Montaigne, M. De, 284, 309
Montagnini, C. G., 519, 541
Montalembert, C. F. R. De, 42
Montesquieu, Charles Louis de Secondat, 82, 83, 84, 338
Montreynaud, F., 641
Morabito, M., 359
Morin, G., XXV, 574
Morizot-Thibault, C., 642, 644, 647
Morlino, L., 240
Moscati, L., 279, 280
Möser, J., 280
Mossa, L., XXX, 200
Motte, O., 77, 249, 262, 279, 282, 283, 287
Moubsit, H., 28, 291
Moulinet, D., 505
Mounier, E., 665
Mucchielli, L., XXVI, 146
Müller, C., 115
Navarretta, E., 615
Naville, E., 378
Necker, A.-L. G., De Staël-Holstein, 281, 286
Netter, M.-L., 513
Neumann, F., VIII
Newman, J. H., XXXIII, 174, 175, 176, 177, 178, 188, 191, 192, 197, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 211, 234
Nicod, M., XXIX, 291
Nicolet, C., XIX
Niebuhr, B.-G., 79
Niort, J.-F., X, XX, 77, 147, 288, 299
Nora, P., 121
Oberholtzer, E.-P., 360
O' Connor, W., 204
Offen, K., 633

Olivaint, P., 3, 39, 41, 43
Olof Ekeloef, P., 26
Olszak, N., 566
Oppetit, B., 103, 223, 328
Orestano, R., XXXI, 15, 20, 90, 93, 95, 420
Orlando, V. E., 378, 439, 442
Ortolan, J.-L.-E., 228, 243, 244
Ost, F., 592
Oudot, C.-F., 3
Ozouf, J., XIX
Ozouf, M., XIX, XXIV, XXVIII, 215, 383, 396
Padoa Schioppa, A., 61, 246
Palazzo, F. C., 468
Palazzolo, V., 441
Pardessus, J.-M., 79
Paresce, E., 202
Pariotti, E., 210, 212
Pascaud, H., 568
Pasini, D., 26
Passaniti, P., 566
Patault, A.-M., 422
Paulet, G., XXIX
Paynot-Rouvillois, A., 422, 456, 467, 479
Pecci, V. G. R. L., 44
Peguy, C., 192
Pellat, C.-A., 282
Pelletier, M., 645
Pene Vidari, G. S., 61
Perin, E., 568
Perrut, M. B., 575
Peterson, C., 120
Petit, C., 236, 246, 247, 248, 251, 269, 333, 346, 347
Petit, F., 513, 515
Petre, M. D., 178
Petroni, A. M., 72
Petronio, U., 8, 122
Philip, O., 488
Pic, P., 407, 475, 569, 609
Pichon, V., 293
Picory, C., 595
Picot, G., 513, 514
Pioli, G., 178
Pirou, G., 568
Pirovano, A., 615
Pisier-Kouchner, E., 443
Pitt, A., XXII
Planiol, M., XX, 6, 329, 429, 477, 615, 618, 621, 626
Pleister, W., 24
Plytas, G., 569
Poincaré, R., 505, 637
Polay, E., 29
Pollet, G., 58, 486
Pollock, F., 247
Poncelet, F.-F., 79
Portalis, J.-E.-M., 62, 63, 126, 141, 215, 220, 222, 285, 287, 338, 486
Portier, L., 174
Post, A. H., 146, 253
Pothier, R.-J., 62, 268
Poulat, E., XXXIV, XXXV, 47, 57, 194, 504, 505
Poullaouec, G., 48
Poumarede, J., 29
Pound, R., 332, 336
Prevost-Paradol, L.-A., 614
Prochasson, C., XXVIII
Proudhon, P.-J., 436
Puchta, G. F., 29, 324
Pugiotto, A., 255
Pugliatti, S., XVIII
Pütter, J. S., 280, 281
Rabel, E., 252
Radbruch, G., 171, 202
Rampolla Del Tindaro, M., 514
Rau, C., 7, 231, 613
Raynaud, B., 472, 473, 601
Reberioux, M., 505
Rebuffa, G., 495
Redor, M.-J., 359, 365
Reilly, U. I., 204
Reimann, M., 232
Reinach, J., 508
Remond, R., 54, 505
Remy, P., IX, XIII, XX, XXVIII, 120, 123
Renan, E., XXVIII, 130, 285, 287, 360
Renard, G., 168, 171

Rencker, P., 315
Renouard, A.-C., 79
Renouvier, C.-B.-J., 22
Rescigno, P., 615
Revet, T., 291
Rheinstein, M., 267
Richard, A., 568
Richard, F.-M.-B., 180, 519
Richer, L., 640
Rieg, A., 290, 293
Rifaux, M., 185
Riot-Sarcey, M., 633
Ripa, Y., 633
Ripert, G., 291, 613, 615, 616, 618
Ritter, G. A., XXIV
Riviere, J., 177, 181
Robaye, R., VIII
Robert, J.-H., 241, 287
Rochefort, F., 633, 645
Rodiere, R., 237
Rolando, D., 178
Rolland, P., XI, XXXV, 39, 43, 408
Romagnoli, U., 566, 570
Romagnosi, G., 239
Romano, S., 452
Rorive, I., VIII
Rosanvallon, P., XXIV, XXVI, 64, 306, 362, 375, 376, 377, 396, 397, 398, 469
Roselli, O., XVI
Rosendand, L. N., 608
Rossi, P., XV, 282, 285
Rotondi, M., 615
Rouast, A., 567
Rouhette, G., 314
Rouland, N., 495
Rousseau, J.-J., 66, 68, 75, 82, 103, 290, 308, 360, 381, 382, 390
Roziere, E. De, 81, 231
Rudelle, O., 305
Rudischhauser, S., 566
Sabatier, P., 180, 318
Sacco, R., XIII, 237, 348
Sadoun, M., XXIV, XXV
Sainctelette, C., 315
Saint-joseph, A. De, 228
Salkowski, C., 420
Salvandy, N.-A. De, 243, 284, 285
Sangnier, M., XXXII, 50, 51, 52, 55, 56, 198, 305
Saripolos, N., 360
Sart, A., 473, 475, 477, 480
Sartori, G., 240
Sautel, G., 359
Sauzet, M., 315
Savage, J., XIX
Savatier, R., 630
Savaux, E., 290
Savigny, F. C. Von, XVII, 26, 29, 30, 75, 76, 77, 79, 82, 83, 84, 85, 86, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 101, 102, 103, 105, 106, 108, 111, 113, 114, 118, 119, 132, 134, 142, 143, 144, 217, 218, 230, 237, 280, 281, 283, 287, 311, 324, 422, 426, 449, 552, 575
Savigny, L. Von, 96
Scalfi, G., 420
Scelle, G., 470
Schäffle, A. E. F., 145, 146
Schiavone, A., 92
Schmahl, J., 637, 644, 645
Schmitt, C., 144
Schmoller, G., 145
Schröder, J., 280
Schulze delitzch, H., 404
Schützenberger, G.-F., 285
Scialoja, A., 420
Scialoja, V., 21
Scoppola, P., 171, 189
Scott, J. W., 633
See, C., 640
Seriaux, A., 126
Serrand, P., 126
Siegel, H., 289
Simoncelli, V., 308
Sohm, R., 247
Solari, G., 27, 29, 76, 95, 115, 120, 435
Solimano, S., 215
Somma, A., 261
Sordi, B., VIII, XXXII, 488
Sorel, G., 471

Soubiran-Paillet, F., 81, 473, 475, 568, 571, 572, 592, 595
Sourdois, J., 646
Spencer, H., 146
Spitz, J.-F., 65
Sraffa, A., 227, 266, 271
Stammler, R., 115, 116, 117, 241, 258
Stein, P., 498
Steinhuber, A., 515
Stintzing, R., 96
Stocquart, E., 567
Stoffel-munck, P., 612
Stolfi, G., 612
Stolzi, I., 399, 474
Stoos, C., 242, 262, 286
Stora-Lamarre, A., XXI, XXIV, 43, 107, 267
Stuart Mill, J., 23, 639, 652
Stumpf, S. E., 168
Sturmel, P., 78
Sueur, P., 359
Surville, F., 655
Szramkiewicz, R., 633
Taine, H., XXII, 72, 130, 359, 360, 397, 398, 489
Talmon, J. L., 397
Tanzi, A., 167
Tarbouriech, P., 315
Tarde, G., 247
Tardif, A., 231
Tarello, G., 61
Tartufari, L., 573
Teissier, G., 552
Tellier, F., XI, XXIX
Thaller, E., 582, 642, 645, 646
Thibaut, A. F. J., 76, 79, 81, 113, 280
Thierry, J.-N.-A., 80
Thorpe, F. N., 360
Thureau-Dangin, P., 180
Tiedmann, K., 468
Timsit, G., 325
Tissier, G., 644
Tocqueville, A-H.-C. C De., 375, 489
Todescan, F., 65, 453
Touillier, C.-B., 613
Trigeaud, J.-M., IX
Troiani, S., 178
Troper, M., 103
Troplong, R.-T., XIV, 285
Turgeon, , 644
Turgot, A.R.-J., 494, 495, 496, 497, 498, 500, 501, 502, 503, 564
Tyrrell, G., 178, 318, 319
Unger, J., 289
Vanderlinden, J., VIII
Vannutelli, S., 515
Vannutelli, V., 515
Vano, C., 90
Vareilles-Sommieres, M. G. A. De La Broüe De, 400, 420, 431
Veaux, A., 656
Venezian, G., 314
Verhoeven, J., 604
Verkindt, P.-Y., XI, XXX, 152, 212, 296, 437, 462, 473, 575
Verone, M., 645
Veuillot, L., 42
Vico, G., 239
Vidal, M., 613
Viehweg, T., 26
Vignon-Barrault, A., 314, 613, 630
Villey, M., VII, 61, 62, 167, 293, 309, 438, 452
Viola, F., 209, 210
Viollet, P., 508
Vitale, R., 72
Viviani, R., 574, 609, 637, 643, 655
Vogliotti, M., VIII, 309, 317
Vollschläger, C., 229
Volpi, F., 144
Wachsmann, P., 25
Wagner, P., 566
Waldeck-Rousseau, P., 329, 470, 476, 477, 505, 507, 509
Walras, L., 595
Walter, F., 283
Warnkoenig, L. A., 3, 79, 81, 280, 281, 283, 284
Weber, M., 116, 120, 572
Weidenfeld, K., 145

Weill, G., 505
Weiss, L., 645
Welker, K. H. L., 280
Whitman, J. Q., 25
Wieacker, F., XXX, 17, 24, 229, 422, 461
Wiegand, W., 614
Wieviorka, M., 505
Wilhelm, W., 23, 24, 26, 614
Windscheid, B., 30, 93, 115, 289, 420, 435
Wolff, C, 82
Wolodkiewcz, W., 240
Wolowski, L.-F.-M.-R., 79, 80, 228, 283, 284, 285
Worms, R., 458, 617
Wundt, W., 145
Yver, J., 29
Zablocka, M., 240
Zaccaria, G., 209, 210
Zachariae Von Ligenthal, K. S., 81, 283
Zagrebelsky, G., 263
Zatti, P., 420
Zimmermann, B., 566
Zitelmann, E., 421, 464, 465
Zolo, D., 365, 451
Zweigert, K., 26, 229, 237, 267

INDICE SOMMARIO

Introduzione VII

Parte Prima
IL CONFRONTO CON I PARADIGMI

CAPITOLO I
LA FORMAZIONE

1. La scoperta del diritto giurisprudenziale 3
2. 1883: sulle orme di Rudolf von Jhering 22
3. L'*agrégation* e l'insegnamento della *histoire du droit* 33
4. L'incontro con il cattolicesimo sociale 39
   4.1. L'ingresso nella *Conférence Olivaint* 39
   4.2. La vicinanza agli *abbés-démocrates* e al *Sillon* 44

CAPITOLO II
IL SUPERAMENTO DELLE COORDINATE TRADIZIONALI

1. La critica del giusnaturalismo razionalistico 61
2. Il diritto tra storia e volontà: la critica dello storicismo giuridico tedesco 75
   2.1. L'eredità della *Ecole historique française* 77
   2.2. La denuncia del « positivisme mystique » 89
   2.3. La valorizzazione del diritto legislativo 102
   2.4. Il recupero del diritto naturale oltre il giusnaturalismo 114
3. Uscire dal « sommeil dogmatique »: il rifiuto dell'*exégèse* e la centralità della riflessione metodologica 120
4. Dalla *histoire du droit* alla *méthode historique*: la nascita dello storicismo metodologico 132

Parte Seconda
MODERNISMO GIURIDICO

Capitolo I
L'ELABORAZIONE DELLA *METHODE HISTORIQUE*

1. I caratteri della *méthode historique* 141
   1.1. La giurisprudenza come scienza di osservazione 143
   1.2. L'equivalenza tra storia e sociologia 151
   1.3. La distinzione tra *conceptions* e *solutions* e il carattere presuntivo delle disposizioni legali 156
   1.4. L'evoluzione organica del sistema come finalità della *méthode historique* 161
2. La crisi modernista del pensiero giuridico: il fondamento teologico della riflessione metodologica 167
   2.1. La dialettica tra principio di autorità e principio di evoluzione: la *méthode historique* e la Bibbia 173
   2.2. Il « protestantisme fondu dans le catholicisme » e la difficile ricerca di una *via media* 189
   2.3. La nozione di *développement* come categoria fondamentale dell'ermeneutica giuridica 200
   2.4. La scienza giuridica come comunità di interpreti 209
3. La *méthode historique* e il Codice: il rifiuto delle tesi del *Beruf* e l'affermazione del valore progressivo della forma-Codice 214

Capitolo II
LA COMPARAZIONE

1. La comparazione come pilastro della *méthode historique* 227
2. La genesi del diritto comparato e la costruzione di una « science nationale du droit comparé » 237
   2.1. Il diritto comparato all'*Exposition Universelle* 241
   2.2. Diritto comparato e interpretazione 259
   2.3. La comparazione come fonte di un nuovo diritto naturale: il « droit commun de l'humanité civilisée » 266
3. La comparazione come "protesi" per la Repubblica: la seconda « crise allemande » della scienza giuridica francese 275

Capitolo III
LA TRASFIGURAZIONE DELLA LEGGE

1. « Au-delà du Code civil mais par le Code civil »: l'elaborazione di un metodo legicentrico ed anti-legalistico 295

2. La *loi* come « organisme vivant » e l'interpretazione come « assouplissement »: la *méthode historique* come forma di bartolismo per la Repubblica 307
3. La distinzione tra sviluppo organico e deriva soggettivistica: la *freie Rechtsbewegung* e il *phénomène Magnaud* come forme di eresia modernista 318
4. Saleilles *versus* Gény: *méthode historique* e *libre recherche* a confronto . . 322
5. I giudici come incarnazione della concezione storico-sociologica del diritto 338
6. Il ritorno dei *jurisconsultes*: le « constructions juridiques » e il primato della dottrina 345

Parte Terza
IL DIRITTO PRIVATO DELLA SOLIDARIETÀ

Capitolo I
IL RECUPERO DELLA *CITÉ REELLE* LA PERSONALITÀ GIURIDICA COME FUNZIONE DI RAPPRESENTAZIONE DEL SOCIALE

1. *Méthode historique* e riforma legislativa: il "progetto Saleilles" in azione . 355
2. La libertà di associazione come strumento di stabilizzazione del sistema politico 358
   2.1. L'evoluzione della Costituzione del 1875: la (faticosa) via francese al parlamentarismo 360
   2.2. La rappresentanza proporzionale e l'attuazione del principio sociologico della democrazia 372
3. La libertà di associazione come fondamento della democrazia sociale . . . 396
4. La personalità giuridica come fondamento della libertà di associazione: la costruzione tecnico-giuridica della personalità 418
   4.1. La teoria della finzione: critica 420
   4.2. La teoria della proprietà collettiva: critica 429
   4.3. La teoria della realtà. 435
      4.3.1. Saleilles *versus* Duguit: il salvataggio del *droit subjectif* e la centralità della nozione di *appartenance juridique* 438
      4.3.2. L'istituzionalismo e il ruolo costituzionale della persona giuridica: Saleilles e Hauriou 449
      4.3.3. Saleilles *versus* Demogue: contro il nichilismo giuridico: l'associazione come realtà in senso giuridico 457
5. Contro il nichilismo sociale: la concezione realistica della persona giuridica come strumento di riconoscimento e di tutela del *fait syndical* 469

CAPITOLO II

SOLIDARISMO E MODELLO SAPIENZIALE
DI PRODUZIONE LEGISLATIVA: IL CONTRIBUTO
DI SALEILLES ALLA *SOCIETE D'ETUDES LEGISLATIVES*

1. Diritto sapienziale e riforma legislativa: i *jurisconsultes* alla riconquista della legge 483
2. Solidarismo e decentralizzazione: la riscoperta della fondazione di diritto privato 486
2.1. Una crisi provvidenziale: la ricomparsa discreta della fondazione nella tempesta della *question religieuse* 504
2.2. Alla ricerca del *pacte laïque*: le potenzialità nascoste della legge del 1905 520
2.2.1. La posizione di un vescovo transigente: Eudoxe-Irénée Mignot ovvero il contributo decisivo di Saleilles alla elaborazione della linea del compromesso 521
2.2.2. L'analisi tecnico-giuridica e il conseguente ridimensionamento della portata eversiva della legge del 1905. 526
2.3. L'elaborazione dei progetti di legge in materia di fondazione . . . 542
2.3.1. Il *Rapport préliminaire* ovvero la comparazione al servizio della causa della fondazione 543
2.3.2. Gli interventi *ad adiuvandum* di Eugen Huber e di Otto von Gierke 552
2.3.3. La tesi della regolamentazione giudiziale: il caso *Goncourt*. 556
2.3.4. Il nuovo statuto giuridico della fondazione 562
3. La revisione dell'autonomia privata: il problema del contratto di lavoro. . 566
3.1. Monopoli giuridici, grande industria e rapporto di lavoro: *assouplissement* e tutela giudiziale del contratto individuale di lavoro. . . . 575
3.2. Verso una *charte collettive obligatoire*: dal contratto individuale alla *loi contractuelle* 591
4. Dalla libertà alla responsabilità: l'abuso del diritto 611
5. Il problema del *libre salaire de la femme mariée*. 631
Epilogo 659

Indice dei nomi. 667

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486
Vol. 2 (1973), 8°, p. 798
Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041
Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140
Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648
Vol. 8 (1979), 8°, p. 564
Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590
Vol. 10 (1981), 8°, p. 584
Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200
Vol. 13 (1984), 8°, p. 782
Vol. 14 (1985), 8°, p. 646
Vol. 15 (1986), 8°, p. 748
Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718
Vol. 17 (1988), 8°, p. 640
Vol. 18 (1989), 8°, p. 744
Vol. 19 (1990), 8°, p. 736
Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588
Vol. 21 (1992), 8°, p. 750
Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706
Vol. 23 (1994), 8°, p. 554
Vol. 24 (1995), 8°, p. 620
Vol. 25 (1996), 8°, p. 810
Vol. 26 (1997), 8°, p. 744
Vol. 27 (1998), 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
Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562
Vol. 37 (2008), 8°, p. 744
Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956
Vol. 39 (2010), 8°, p. 946

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484

2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399

3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414

4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169

5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392

6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429

8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432

9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465

10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259

11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527

13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198

14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124

15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202

16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204

17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638

18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656

19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416

20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483

21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476

22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466

23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230

24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254

25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378

26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88

27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206

28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87

29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144

30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766

31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195

32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556

33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644

34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036

36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396

37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424

38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536

39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259

40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564

41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755

42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440

43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368

44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603

45 Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486

46 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448

47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374

48 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

55/56 Sergio Caruso, LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (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 Pufendorf
(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 COMUNE 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, IURISDICTIO
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 *SEGN0* DEI TEMPI
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530

66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICT0RUM*
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468

67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA (SECOLI XVII-XX)
(2006), 8°, p. XII-374

68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI *PATRES*
(2006), 8°, p. XIV-502

69 Piero Fiorelli, INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO
(2008), 8°, p. XXXII-548

70 Paolo Grossi, SOCIETÀ, DIRITTO, STATO
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346

71 Irene Stolzi, L'ORDINE CORPORATIVO
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464

72 Hasso Hofmann, RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586

73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO BRITANNICO (1690-1832)
(2007), 8°, p. VIII-156

74 Giovanni Cazzetta, SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388

75 Manuela Mustari, IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284

76 Carlo Fantappiè, CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282

77 Rafael D. García Pérez, ANTES LEYES QUE REYES
Cultura jurídica y constitucíon política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546

78 Luciano Martone, DIRITTO D'OLTREMARE
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228

79 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
I. Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800
(2008), 8°, p. X-632

80 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi
(2008), 8°, p. XII-742

81 Andrea Marchisello, LA RAGIONE DEL DIRITTO
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento
(2008), 8°, p. XXIV-532

82 Bartolomé Clavero, GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007
How to make, unmake, and remake law with words
(2008), 8°, p. VIII-268

83 Paolo Grossi, TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE
Quaderni fiorentini 1972-2001
(2009), 8°, p. XXVIII-252

84 Aldo Sandulli, COSTRUIRE LO STATO
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)
(2009), 8°, p. XVIII-324

85 DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta
(2009), 8°, p. IV-306

86 Pio Caroni, LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO
(2009), 8°, p. VI-252

87 Federigo Bambi, UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisioni fiorentine del 1355-57
(2009), 8°, p. IV-816

88 Mario Sbriccoli, STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA
Scritti editi e inediti (1972-2007)
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338

89 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo II (1928-1943)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2009), 8°, p. IV-512

90 Sabino Cassese, IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE
(2010), 8°, p. X-576

91 Marco Sabbioneti, DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)
(2010), 8°, p. XXXVIII-682

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

ISBN 88-14-15470-8

€ 70,00

4852-10