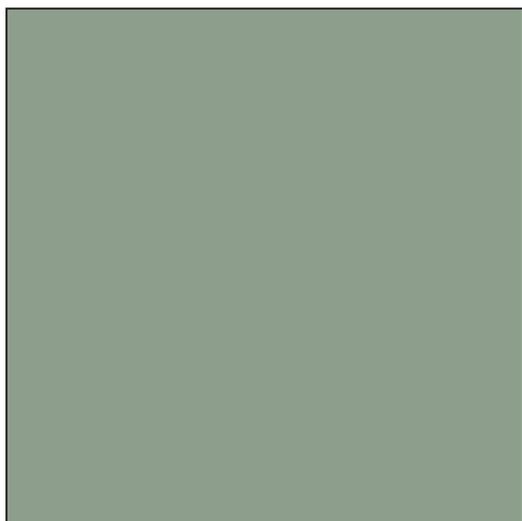


per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

106



PAOLO GROSSI

NOBILTÀ
DEL DIRITTO

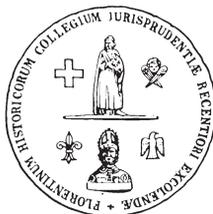
PROFILI DI GIURISTI

II



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 PAOLO CAPPELLINI

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

www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTOSEIESIMO

Per la storia del pensiero giuridico moderno

106

PAOLO GROSSI

NOBILTÀ DEL DIRITTO

Profili di giuristi

II



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 9788814183683

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2014

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

*ad Achille de Nitto,
all'amico,
al consigliere illuminante,
al lettore sottile*

“Molto ho imparato dai miei Maestri,
dai miei compagni più che dai miei Maestri;
dai miei discepoli più che da ogni altro”
TALMÙD Bavli, Ta' anith 7a

PREFAZIONE

1. Nel 2008 ho raccolto in un ampio volume parecchi miei contributi volti “a puntualizzare il messaggio scientifico di giuristi, italiani e non, che hanno incisivamente concorso al prestigio della scienza giuridica nella costellazione culturale moderna e contemporanea” (1). E aggiungevo: “una autentica ‘nobiltà del diritto’”, con riferimento al titolo che avevo prescelto.

Nei sei anni successivi circostanze varie mi hanno portato a riflettere su altri personaggi, o su differenti dimensioni di giuristi già studiati (per esempio, Finzi, Giugni, Pugliatti, Orestano, Tomàs y Valiente). E si è accumulato senza forzature il materiale per un nuovo volume, che ora la Direzione del fiorentino ‘Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno’ accoglie generosamente all’interno della ‘Biblioteca’.

Licenziando questa seconda raccolta, non posso che ripetere quanto scrivevo nella ‘Prefazione’ alla prima: “I personaggi di cui si è cercato di disegnare con fedeltà i tratti distintivi sono — tutti — uomini di scienza muniti di forza speculativa e respiro culturale, tutti (a vario titolo) protagonisti della storia del pensiero giuridico moderno in Europa: storici e filosofi del diritto, cultori delle branche più disparate del diritto positivo, e anche pratici di notevole rango, tutti si sono posti i problemi più gravi del loro tempo, affrontandoli da giuristi e concorrendo efficacemente a irrobustire quella dimensione salvante della società che è il diritto” (2).

Anche questa volta, all’autore ha “sorriso la speranza di aver contribuito a smentire l’immagine del giurista dèdito a intessere la sua fragile tela di ragno fatta di astruse tecniche e di artificiosi

(1) P. GROSSI, *Nobiltà del diritto-Profilo di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008, Prefazione, p. VII.

(2) Op. cit., Prefazione, p. XI.

formalismi”, con il rinnovato augurio “che anche il comune lettore, superata la fatica di inoltrarsi nel non facile possesso del vocabolario e dell’ideario specifici dei giuristi, possa rendersi conto di essere di fronte a dei costruttori di pensiero e, in quanto tali, a degli autentici costruttori di storia” (3).

2. Come nel precedente volume del 2008, si dà qui l’elenco dei contributi raccolti, ordinati secondo la loro consecuzione temporale; si precisano i luoghi e i tempi della originaria pubblicazione:

Cronaca di un lontano incontro maceratese, in *Il diritto privato nella società moderna — Seminario in onore di Stefano Rodotà*, a cura di G. Alpa e V. Roppo, Napoli Jovene, 2005;

L’avvio di un itinerario scientifico (Una lettura del primo volume degli ‘Scritti giuridici’ di Salvatore Pugliatti) (Relazione tenuta nell’Aula Magna della Università di Messina il 15 ottobre 2008), in *Rivista di Diritto Civile*, LV (2009), p. 365 ss.;

Lungo l’itinerario di Piero Calamandrei (Relazione tenuta a Firenze, nel salone dei Dugento in Palazzo Vecchio, il 6 febbraio 2009, in occasione della presentazione del volume “Atti del primo Congresso nazionale giuridico forense del secondo dopoguerra — settembre/novembre 1947”, organizzata a cura del Consiglio Nazionale Forense e dell’Ordine degli Avvocati di Firenze), in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, LXIII (2009), p. 865 ss.;

Testimonianza per un Maestro: Riccardo Orestano (Intervento tenuto presso la Accademia Nazionale dei Lincei l’8 maggio del 2009 in occasione della giornata commemorativa del centenario della nascita di Riccardo Orestano), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 39 (2010);

Il ‘giurista’ Giovanni Nencioni, in *Per Giovanni Nencioni — Atti del Convegno internazionale di studi, Pisa/Firenze 4-5 maggio 2009 (Studi di grammatica italiana, XXVII)* (2008), nonché in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 39 (2010);

Su: NORBERTO BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo* (pubblicato quale ‘Introduzione’ a: NORBERTO BOBBIO, *La consuetu-*

(3) Loc. ult. cit..

dine come fatto normativo, ristampa presso Giappichelli, 2010 (Bobbiana, n. 2).

Dialogo su Giorgio Berti con Paolo Grossi, a cura di Enrico Mauro, in *Diritto Pubblico*, a. 2011, n. 3, p. 1007 ss.;

Nobiltà culturale degli avvocati dell'Italia unita (Conferenza tenuta il 17 marzo 2011 in seno al Congresso di aggiornamento organizzato dal Consiglio Nazionale Forense), in *Rassegna Forense*, XLIV (2011), 1, p. 23 ss.;

Per Alessandro Giuliani (Intervento nell'ambito del Convegno di studi organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia nei giorni 15 e 16 giugno 2010), in *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, a cura di F. Cerrone e G. Repetto, Milano, Giuffrè, 2012;

Introduzione ai lavori dell'Incontro "In ricordo di Gino Giugni" (organizzato in Roma presso la LUISS il 14 ottobre 2011), in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, XXXIV (2012), n. 134.

Luigi Mengoni nella civilistica italiana del Novecento (Relazione tenuta il 21 ottobre 2011 presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore in Milano, nell'ambito del Convegno destinato a ricordare la personalità scientifica di Luigi Mengoni nel decennale della sua morte), in *Europa e diritto privato*, a. 2012, fasc. 1, p. 15 ss., nonché in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 41 (2012);

Per Paolo Barile (Intervento nell'ambito della cerimonia di dedizione a Paolo Barile di un'aula giudiziaria nel Palazzo di Giustizia di Prato avvenuta il 31 ottobre 2012) (negli 'Atti' in corso di stampa per cura degli organizzatori);

Le 'prolusioni' dei civilisti italiani e la loro valenza progettuale nella storia della cultura giuridica italiana, Introduzione a *Le prolusioni dei civilisti (1873-1979)*, Napoli, ESI, 2012, nonché in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 41 (2012);

Il contributo di Romualdo Trifone alla sistemazione teorica del 'diritto forestale' in Italia (Comunicazione tenuta nell'Incontro di studio sulla personalità scientifica di Romualdo Trifone promosso dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Salerno il 16 aprile 2013), in *Rivista di Diritto Agrario*, XCII (2013), fasc. 1, p. 3 ss.;

En recuerdo de Francisco Tomàs y Valiente (Intervento inaugurale della prima 'Semana Tomàs y Valiente' organizzata dalla Facultad de Derecho della Universidad Autónoma de Madrid il 12 settembre 2013 (in corso di pubblicazione a cura delle autorità accademiche);

Rileggendo le 'Note critiche in tema di proprietà' (1960), in *La vocazione civile del giurista — Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, a cura di G. Alpa e V. Roppo, Roma/Bari, Laterza, 2013;

Enrico Finzi: un innovatore solitario, Introduzione a: Enrico FINZI, *'L'officina delle cose' - Scritti minori*, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 2013;

Capograssi, Giuseppe, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna, Il Mulino, 2013;

Venezian, Giacomo, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna, Il Mulino, 2013;

'Il diritto mite' di Gustavo Zagrebelsky: una rilettura ventidue anni dopo (2014) (in corso di stampa nel volume promosso sull'opera scientifica (e in onore) di Gustavo Zagrebelsky, nonché in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XCI (2014)).

Citille in Chianti, il 29 giugno 2014

PAOLO GROSSI

CRONACA DI UN LONTANO INCONTRO MACERATESE

Conosco Stefano Rodotà da più di quaranta anni, e deriva probabilmente da questa singolare circostanza se oggi mi è stato affidato il ruolo — graditissimo e onorevole — di presiedere la prima seduta di questo Convegno per il suo settantesimo compleanno, organizzato con affettuosa premura dai discepoli genovesi Guido Alpa e Vincenzo Roppo.

Fu a Macerata che ci incontrammo per la prima volta nel clima fertile e fervido di una piccola Università. I docenti — quasi tutti giovani o giovanissimi — provenivano dalle più disparate sedi universitarie italiane e portavano nella minima Sorbona provinciale (1) il tesoro delle loro singole esperienze; il confronto fra le ricerche in corso, i diversi approcci metodologici, le novità di risultati delle varie scuole nei tanti campi dell'universo giuridico avveniva nella familiarità di una vita vissuta comunitariamente durante i giorni di permanenza maceratese. E il vincolo amichevole ne riusciva intensificato.

Stefano si presentava a noi, già da qualche tempo insegnanti *in loco*, con una credenziale rispettabilissima, che lo rendeva atteso e auspicato; e non tanto perché apparteneva a una grossa scuola civilistica, quella romana di Rosario Nicolò, quanto perché, avendo appena pubblicato sulla Rivista trimestrale bolognese un lungo saggio, quasi una monografia, "Note critiche in tema di proprietà" (2), egli rappresentava ai nostri occhi l'immagine di un civilista che poco aveva da spartire con i vecchi modelli ancora per inerzia imperanti. Non era, certo, un esegeta prono al testo legislativo e

(1) 'Sorbona in provincia' era il titolo di un saggio, nel quale, con penna felice, uno dei pochi professori anziani, l'internazionalista Mario Miele, rievocò sulle pagine della 'Nuova Antologia' l'ambiente universitario maceratese degli anni del secondo dopoguerra.

(2) *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, a. 1960, fasc. 4.

neanche uno di quei dommatici che continuavano a disegnare le trame purissime di uno *abstrakte Zivilrecht* come se Windscheid fosse ancora vivo e vegeto nella sua cattedra di Lipsia.

Le “Note critiche” apparvero subito a noi lettori come uno scritto dalla forte valenza programmatica, anche se si trattava — se non erro — della prima corposa prova di scrittura del giovanissimo Rodotà. La scelta del nodo gordiano della proprietà non era stata casuale, anzi voluta, studiosamente cercata. Era infatti la pietra angolare dell’ordine giuridico privato in cui si erano affannati vecchi laudatori dell’individualismo giuridico borghese, insopportabili retori, ambigui cantori del verbo corporativo, insieme ad analisti raffinati e coraggiosi come Finzi, Vassalli, Pugliatti. In più, soprattutto nell’immediato secondo dopoguerra, prima e dopo la Carta Costituzionale, un ruminio continuo sulla cosiddetta ‘funzione sociale’ spesso all’insegna della più banale ripetizione di luoghi comuni.

La posizione di Stefano, accanto al doveroso omaggio per i passi innanzi compiuti da alcuni civilisti di rango, fu di stacco rispetto all’ammasso cartaceo accumulato fino a quei giorni. Ma non si trattò di un gesto di giovanile presunzione: lo stacco si rendeva necessario alla luce di quegli apporti che Rodotà, intellettualmente curiosissimo, aveva puntualmente registrato, ma apporti spesso inusitati per il normale civilista, assolutamente fuori della sua portata di mano.

Cerchiamo di redigerne frettolosamente un sommariissimo inventario: piena valorizzazione della dimensione storica, approfondite letture di testi economici (molti provenienti da Oltreatlantico), largo spazio alla esperienza di ‘common law’ ma anche a quella dei paesi socialisti, attenzione alla dottrina pubblicistica, ottime fondazioni nella speculazione filosofica. Il tutto documentato in un apparato di note che mi avevano colpito per la loro vastità; ma non note — come troppo spesso succede — somiglianti a un farraginoso magazzino o a una vetrina di esibizioni, bensì la ragionata documentazione della reale cultura dell’autore.

Mai, come in queste ‘Note’ di Rodotà, la qualificazione di ‘critiche’ era stata tanto appropriata: giacché eran ‘Note’ che segnalavano un giovane civilista inappagato — prima ancora che delle soluzioni tratlazio — della deplorabile carenza di una autentica consapevolezza epistemologica nella visione dei giuristi.

Si capisce perché chi vi parla, altrettanto giovane, altrettanto intellettualmente curioso, ma fornito di strumenti culturali assai più grossolani, abbia colto nel colloquio con Stefano un prezioso strumento arricchente. E nei nostri anni maceratesi colloquio ci fu, costante, vivissimo, sino a quando io, a fine del 1966, chiamato dalla Facoltà giuridica fiorentina, lasciai con non poco rammarico il prediletto colle marchigiano.

Il dialogo era reso straordinariamente intenso da una circostanza felice: erano gli anni in cui egli andava progressivamente definendo il suo programma civilistico. Fu, infatti, durante la nostra comune colleganza che egli disegnò e dette alle stampe il volume sulla responsabilità, nonché il saggio — squisitamente metodologico — “Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile”, che costituì il discorso inaugurale dell’anno accademico 1966/67.

Contro la “immutabilità quasi assoluta del diritto delle obbligazioni”, Rodotà lo immergeva nel mutamento, reclamando dal civilista quella “viva consapevolezza storica” che — sola — avrebbe trasformato la vieta ma ancora intatta dommatica pandettistica nel ‘problema della responsabilità civile’⁽³⁾. Come per la proprietà, il giovane civilista dilatava il suo sguardo, utilizzando senza risparmio le lezioni del *common law* e della riflessione pubblicistica, osservando con attenzione le pretese dell’economia e delle tecniche in galoppante sviluppo.

Ma l’originalità del suo approccio doveva rivelarsi compiutamente nella prolusione maceratese, che io ebbi la fortuna di ascoltare con sincera ammirazione, senza esserne sorpreso. Ricordo ancora l’impressione che mi fece, in quell’Aula Magna universitaria ridondante di artificiose decorazioni pseudo-medievali, l’attacco del discorso, che denunciava con coraggiosa schiettezza una grossa vigilanza etica e culturale insieme: “con quale spirito lo studioso del diritto civile deve oggi muovere verso le frontiere della sua scienza? Nei tempi nuovi, di certo, non gli si addice la tranquilla coscienza di

(3) *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964 (le frasi virgolettate sono, rispettivamente, a p. 2 e a p. 6).

chi è pago della saldezza e dell'armonia delle costruzioni edificate dai suoi predecessori" (4).

E il discorso era portato senza indugi sul tema sempre rovente e sempre spinoso delle fonti, riproponendo "la questione dell'apporto del giudice alla elaborazione ed alla applicazione del diritto", che diveniva tosto "il problema degli strumenti da mettere a disposizione del giudice, per esaltare al massimo la sua responsabilità" (5). E la conclusione, assolutamente ereticale per quel tempo, additava nelle 'clausole generali', aborrite dal miope legislatore imperante, "i veri modelli ordinatori" (6) di una realtà in rapidissimo mutamento e insofferente a farsi inchiodare in una rigida testualità normativa.

Stefano avrebbe compiuto il suo giovanile progetto civilistico nel 1969 con la densissima indagine su 'Le fonti di integrazione del contratto', quando ormai la nostra colleganza formale si era interrotta, io definitivamente fiorentino, lui dapprima a Genova, in anni fertilissimi (e Alpa, Bessone, Roppo lo testimoniano con la loro presenza di discepoli su cattedre civilistiche), poi a Roma. Se ho ricordato distesamente (forse anche troppo) la nostra familiarità maceratese, non è per indulgere a biografismi deteriori, ma per sottolineare, pubblicamente, il debito di gratitudine che ho verso Stefano e anche l'origine del forte vincolo amichevole che ci ha legato. Che ci ha legato e ci lega, che spiega e anche giustifica la presenza di un non-civilista a presiedere questa sessione inaugurale.

Mi preme aggiungere che il vincolo non ha mai sofferto cedimenti, malgrado il gran tempo che è trascorso e malgrado che io e Stefano siamo — ideologicamente — personaggi assai diversi. Segno che in tutti e due il valore unitivo della dimensione culturale ha sempre prevalso sulle separatrici motivazioni ideologiche. Di questa amicizia sincera ho avuto continui riscontri da lui, sempre pronto a corrispondere cordialmente ai miei inviti e a correre a Firenze per iniziative da me promosse in seno al 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno'. L'ultima grossa testimonianza la ebbi,

(4) *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Macerata, Università, 1967, p. 5 (cito dall'opuscolo in mio possesso, ma per il lettore può forse esser più comodo consultare la ristampa in *Rivista del diritto commerciale*, LXV (1967)).

(5) *Ibidem*, pp. 14 e 17.

(6) *Ibidem*, p. 20.

quando, invitato dall'allora Preside della Facoltà giuridica fiorentina, Aldo Schiavone, volle generosamente presentare il mio profilo storico della 'Scienza giuridica italiana', ricostruzione personalissima di un itinerario assai complesso e che non poteva non avere ai suoi occhi parecchi aspetti di discutibilità. Non l'ho dimenticato, e anche di questo — caro Stefano — son qui a dirti grazie.

L'AVVIO DI UN ITINERARIO SCIENTIFICO
(Una lettura del primo volume degli 'Scritti giuridici'
di Salvatore Pugliatti) (*)

1. Pugliatti: un uomo di cultura alla ricerca di se stesso. — 2. Caratteri dell'itinerario pugliattiano. — 3. Logica giuridica e sistema nel primo Pugliatti. — 4. Logica e capacità sistematoria nell'analisi pugliattiana degli istituti giuridici. — 5. Anno 1931: "Teoria dei trasferimenti coattivi". — 6. Anno 1932. Un colloquio al di fuori della comunità dei giuristi e la sua franchezza confessoria. — 7. Al di là del Codice Civile del 1865. La storicità espressiva delle leggi speciali. — 8. Anno 1935. — "Esecuzione forzata e diritto sostanziale". — 9. Un problema assillante: il diritto come scienza particolare e come scienza pratica. — 10. Lungo il successivo itinerario pugliattiano. Anno 1943: "Gli istituti del diritto civile". — 11. Lungo il successivo itinerario pugliattiano. Anno 1946: il colloquio con un linguista. — 12. Lungo il successivo itinerario pugliattiano. Anno 1948: "Fiducia e rappresentanza indiretta". Anno 1950: "La giurisprudenza come scienza pratica". — 13. L'aperto storicismo dell'ultimo Pugliatti.

1. Riuniti, a fine giugno del 2003, in questa stessa Aula Magna dell'Ateneo messinese, io e altri Colleghi avemmo il privilegio di ricordare Salvatore Pugliatti nel centenario della nascita: Gaetano Silvestri, oggi autorevole giudice costituzionale (che ci fa l'onore di essere qui in mezzo a noi), segnalò in Pugliatti "un maestro per tutti", parlando da costituzionalista e sottolineando la sensibilità e la lungimiranza di questo singolarissimo civilista messinese di fronte all'evento novissimo in Italia (e, per giuristi misoneisti, sconcertante) della carta costituzionale del 1948 ⁽¹⁾; Vincenzo Scalisi non ebbe

(*) Relazione pronunciata nell'Aula Magna della Università di Messina il 15 ottobre 2008 nella occasione della stampa del volume: S. PUGLIATTI, *Scritti giuridici - I - 1927/1936*, Milano, Giuffrè, 2008.

⁽¹⁾ G. SILVESTRI, *Salvatore Pugliatti un maestro per tutti*, in *Salvatore Pugliatti giurista* — Ricordo nel I centenario della nascita (1903-2003) (Messina, 27-28 giugno 2003), in *Rivista di diritto civile*, XLIX (2003) — Parte prima.

mezzi termini nel qualificare attualissimo il suo insegnamento soprattutto per le sue orientazioni metodologiche (2); Angelo Falzea parlò del “giurista innovatore” (3); io ritenni di sottolineare la sua inquietudine intellettuale (4); Pietro Rescigno si compiacque di contemplare un “giurista completo” (5).

Di fronte a tutti questi encomii, è lo storico il primo a dubitare se non si sia di fronte a un vuoto panegirico di indole bassamente celebrativa. Mi sentirei di rispondere, anche come partecipe al preteso panegirico, in modo nettamente negativo. Salvatore Pugliatti fa spicco tra i giuristi italiani del secolo ventesimo e meritò pienamente l’omaggio corale résogli nel 2003; spero di offrirne una adeguata motivazione nel prosieguo di questo discorso.

E comincio da una premessa fondativa: egli ha vissuto pienamente il suo tempo quale intellettuale dagli occhi apertissimi (6); più specificamente per quanto oggi qui ci interessa, egli si è posto tutti i grossi problemi della scienza giuridica del Novecento, anche quei problemi tormentatori che un civilista meno animoso e coraggioso avrebbe accuratamente evitato.

Di quel secolo lungo che è stato per il giurista il Novecento — affiorante già qualche decennio prima del suo scoccare e tuttora durevole nel manifestare, alimentare, approfondire la crisi della modernità giuridica — Pugliatti fu indiscusso protagonista. Significativo di questo sguardo vigile è il tema da lui affrontato a metà del secolo, nel 1948, nel compiuto possesso ed esercizio della propria maturità culturale: “Crisi della scienza giuridica” (7); come è significativo che ne abbia fatto oggetto di una Relazione al XV° Con-

(2) V. SCALISI, *Teoria e metodo in Salvatore Pugliatti. Attualità di un insegnamento*, ibidem.

(3) A. FALZEA, *Salvatore Pugliatti giurista innovatore*, ibidem.

(4) P. GROSSI, *Salvatore Pugliatti giurista inquieto*, ibidem.

(5) P. RESCIGNO, *Salvatore Pugliatti giurista completo*, ibidem.

(6) Una dimostrazione Pugliatti la dette nella sua ‘ultima lezione’, dove colpisce uno sguardo preteso a ricomprendere e penetrare i primi settanta anni del Novecento, che coincidevano all’incirca con la sua stessa vita (S. PUGLIATTI, *Il diritto ieri oggi domani – Ultima lezione*, Milano, Giuffrè, 1993) (la lezione di commiato dall’insegnamento ufficiale fu tenuta il 19 dicembre 1973; a venti anni di distanza, è stata pubblicata sulla scorta della sola registrazione a cura di Costanza, Teresa e Paola Pugliatti).

(7) Leggibile ora in: *Grammatica e diritto*, Milano, Giuffrè, 1978.

gresso Nazionale di Filosofia, quasi per evidenziare il suo bisogno di colloquio e di chiarificazione *extra moenia*.

Crisi sta a indicare un divenire rapido, segnato da mutamenti incisivi che provocano incrinature anche penetranti nelle mura compatte della modernità giuridica, che ne mettono a dura prova la stabilità. Contemprarla oggettivamente in tutta la sua carica erosiva non è certo confortante, e all'osservatore intellettualmente debole può risultar facile e comodo eluderla od occultarla; ma non è questo l'atteggiamento di Pugliatti, che — anzi — vi si immerge per capirne ragioni e svolgimento, unica solida operazione che possa valere a ordinarla, che possa soprattutto esaltare i germi di futuro in essa inevitabilmente contenuti. Dunque, seguire la crisi non per accondiscéndervi nicodemisticamente, ma per trarne le forze nuove capaci di costruire un futuro che sia veramente futuro. Questo ha fatto Pugliatti per tutta la sua vita di scienziato, di giurista, di civilista.

Il suo umano rosario di giorni e di anni è identificabile non in una sequela banalmente cronologica di frammenti temporali, ma in un vero itinerario, come ho creduto di mettere in rilievo financo nel titolo, ossia in un tempo intensamente vissuto con un continuo superamento dell'oggi rispetto allo ieri. Facèndogli, a mio avviso, il più bell'elogio possibile, identificherei cioè la sua vita in un giurista alla ricerca di se stesso, dove sono in gioco coraggio, forza costruttiva e umiltà, virtù apparentemente antinomiche ma che — armonicamente congiunte — costituiscono la cifra intima e la potenza progettuale dei più grossi personaggi.

Ho detto: un giurista alla ricerca di se stesso, ma vorrei immediatamente correggermi: un uomo di cultura alla ricerca di se stesso. E mi spiego subito. Noi mediocri ministri della scienza giuridica adempiamo un primario dovere a rendere un sincero tributo di ammirazione al giurista innovatore, ma gli facciamo un torto sostanzioso quando lo sacrificiamo riducèndolo a un chiuso orizzonte giuridico. Perché, se fu innovatore, lo fu anche, come vedremo, grazie al suo respirare a pieni polmoni i venti aperti della filosofia, della storia, della linguistica, e anche della letteratura, delle arti plastiche, della musica.

Pugliatti, infatti, se fu allora solitario nella sua ricerca di giurista, da un punto di vista più ampiamente culturale deve essere collocato al centro di una comunità di letterati e di artisti vivacissima nella

Messina degli anni Quaranta e Cinquanta, lui stesso promotore e stimolatore quando non protagonista in prima persona ⁽⁸⁾. I suoi esercizi giuridici si integrano (ricevendo alimento ideale) con la costellazione dei tanti saggi interpretativi di testi musicali e poetici (soprattutto dei suoi vecchi amici Quasimodo e Vann'Antò) ⁽⁹⁾, o indaganti i nessi misteriosi tra linguaggio ed espressione musicale ⁽¹⁰⁾, o gli arcani dell'interpretazione musicale ⁽¹¹⁾. Ne risultò un affinamento culturale che permise a Pugliatti, fin da giovane, di sollevarsi dalla piatta esegesi e dalle esercitazioni di mera logica formale.

Una presenza rara, la sua, in una scienza giuridica italiana mortificata da legalismi e dogmatismi; un itinerario scientifico, il suo, identificabile in una originalissima avventura intellettuale. Il civilista inquieto (riprendo volentieri la cifra da me individuata nel 2003 e secondo me assai convincente) non ci garantisce una lineare coerenza. Osservatore vigile dei segni dei tempi, il suo presente si riempie sempre di futuro, ed è per questo un messaggio ascoltabile con profitto nei tempi lunghi. Io credo che abbia fatto bene la Facoltà giuridica messinese a varare oggi la pubblicazione di tutti gli scritti

⁽⁸⁾ Comunità facente perno sulla OSPE (Organizzazione Siciliana Propaganda Editoriale) e sulla libreria di uno straordinario libraio, Antonio Saitta, ma avente a promotori principali lo stesso Pugliatti e il poeta dialettale Giovanni Antonio Di Giacomo (Vann'Antò). Cfr. la ricca messe di dati offerta in: *Per una storia dell'OSPE nel centenario della nascita di Salvatore Pugliatti*, a cura di P. Serboli, Messina, Edas, 2003, nonché il recente prezioso contributo di L. FERLAZZO NATOLI, *Nel segno del destino-Vita di Salvatore Pugliatti*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007.

⁽⁹⁾ Pugliatti segue passo passo Quasimodo e Vann'Antò nella loro produzione poetica, esercitando una non comune capacità ermeneutica come nel saggio "Interpretare la poesia", pubblicato nel '32 su 'Solaria', mirabile esercizio interpretativo sulla lirica famosa di Quasimodo 'Vento a Tindari'. Dimostra, inoltre, una sicura percezione estetica sottolineando nel '31 le 'qualità stilistiche' di Carlo Emilio Gadda, o, sempre nel '31, l'originalità della lirica di Montale e nel '39 di Sandro Penna. È doveroso sottolineare come il sicuro senso estetico di Pugliatti lo porti a valorizzare le estreme avanguardie della poesia ermetica italiana.

⁽¹⁰⁾ "Essenza musicale della parola" (1946); "Funzione pratica del linguaggio musicale" (1947); "Nuovi spunti sull'interpretazione musicale" (1947), "Contenuto del linguaggio musicale" (1948), "Semanticità patetica della musica" (1948), "Discorso comune e discorso musicale" (1965).

⁽¹¹⁾ Cfr. "L'interpretazione musicale" (1940), nuova edizione a cura di A. Crea, Messina, 1991.

giuridici, nella speranza che a questo primo volume (corposissimo anche se ristretto al primo decennio di attività scientifica) ne seguano presto gli altri. Non sarà soltanto un compendio di giuridica sapienza; sarà soprattutto un breviario per il giurista di oggi e particolarmente per il novizio di oggi. Spero che ciò possa emergere limpidamente dalla mia Relazione.

2. Parlando più sopra di *itinerario* si voleva sottolineare una peculiarissima qualità dello svolgersi del pensiero di Pugliatti: indubbiamente, nella sua testa c'è un progetto, che ha la fortuna di essere ben definito fin dall'avvio, ma di non possedere — nello stesso tempo — nulla di dogmatico, di immobilizzante. Si tratta, al contrario, di un progetto che l'autore vuol sottoporre alla preziosa verifica derivante dall'ascolto degli altri: umiltà del colloquio che si trasfigura però in ricchezza, in robustezza. È certo che non siamo dinnanzi a una statica immobile; piuttosto, a una continuità discontinua, o, se si vuole, a una discontinuità nella continuità.

L'ascolto non mortifica il giurista a una posizione di eteronomia, ma lo costringe a un costante ripensamento critico; e lo dimostra la ripetizione dei temi e, insieme, la rinnovazione della riflessione su di essi. Ne sono un esempio significativo la rappresentanza e la proprietà, su cui Pugliatti comincia a scavare fin dagli esordii (e lo testimonia questo primo volume) portandovi una fedele attenzione fino agli estremi della sua vicenda terrena, ma sempre variando a seconda del complicarsi e del variare della sua consapevolezza critica.

Un solo rammarico ho da segnalare in proposito: che la morte improvvisa, nel 1976, gli abbia impedito una collaborazione ai miei 'Quaderni fiorentini', alla quale tenevo moltissimo. Avevo, infatti, invitato a partecipare al volume monografico della Rivista dedicato alla proprietà moderna lui e Franz Wieacker quali autori delle riflessioni più penetranti sul difficile tema; e, mentre Wieacker poté darmi il suo contributo, altrettanto — ohimè! — non fu possibile al Maestro messinese, ed è stato un vuoto davvero incalcolabile.

3. Il carattere saliente dell'approccio scientifico di Pugliatti si risolve in una problematizzazione costante degli oggetti della sua conoscenza; l'approdo è sempre un sapere problematico sorretto da

un atteggiamento che non assume mai una perversione scettica, che è — invece — perennemente critico e anche auto-critico. Sta qui il grande salvataggio del Nostro, perché gli consente di stemperare il proprio normativismo.

Sì, perché egli nasce normativista, assorbendo una siffatta impostazione dal suo maestro accademico Gioacchino Scaduto (con cui discute — nel 1925 — la sua dissertazione di laurea), in perfetta consonanza con l'impostazione del normale civilista italiano abituato dalla imperiosa dominanza del Codice napoleonico e della sua imitazione nazionale italiana a un rigido legalismo. L'analisi pugliattiana, per avviarsi, ha bisogno del fondamento della positività di testi autorevoli, ma il suo carattere problematizzante impedisce di concepire il diritto quale somma di comandi sparsi negli articoli di un Codice o di leggi speciali, e il giurista quale esegeta di quei comandi. In una riflessione dall'indole fortemente teorica risalente al 1941 egli dichiara espressamente di temere "il caos risultante dalla pluralità asistemica delle norme" con l'èsito schiavizzante di "affermare quale compito del giurista l'esegesi puntuale delle singole norme giuridiche isolate" (12).

Il diritto per Pugliatti è innanzi tutto sistema, ossia riduzione armonica ad unità di una pluralità sparsa, perché solo attraverso una costruzione e definizione sistematica si attinge alla percezione di quella totalità che è l'ordinamento giuridico, specchio del costume di un popolo e cemento di uno Stato; ovviamente, il giurista, anche se il suo punto di partenza non può che essere l'esegesi di singole norme, deve sollevarsi al rango di costruttore utilizzando lo strumento indispensabile di una logica rigorosa.

Un ascoltatore più dotto degli altri, che ha letto per suo conto il saggio pugliattiano del '41, vi ha trovato l'affermazione della "scienza giuridica come rigorosa sistematica concettuale...sulla base dei principii immutabili della logica" (13), una affermazione espressa con l'assolutezza d'una professione di fede. E ciò appare smentire —

(12) *La logica e i concetti giuridici*, ora in *Diritto civile — Metodo, teoria, pratica* -Saggi, Milano, Giuffrè, 1951, p. 677. Il saggio è stato ristampato anche in: *Grammatica e diritto*, cit. e, a cura di Natalino Irti, insieme ad altri di Guido Calogero, Widar Cesarini Sforza, Arturo Carlo Jemolo, in: *La polemica sui concetti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2004.

(13) *La logica e i concetti giuridici*, cit., p. 686.

ed effettivamente smentisce — l'immagine da me or ora disegnata di un giurista problematizzante in perenne ricerca di se stesso; qui la dinamicità del problema sembra assorbita nella statica del cristallo logico. Credo, però, che si debba storicizzare la drasticità di quelle proposizioni.

Siamo ancora nella prima stagione pugliattiana, un tempo in cui il giovane civilista sente un disperato bisogno di fondazioni solide: l'edificio giuridico sarà tanto più solido quanto più sarà sistematico, cioè coeso e unitario, ma dove coesione e unità non sono il frutto di artifici e strategie discutibili dei giuristi, bensì il prodotto di un procedimento indiscutibile. Il sistema ha perciò bisogno di strutturarsi in concetti, e i concetti hanno a loro volta bisogno di un rigorosissimo legante logico, il legante che esige coerenza tra una premessa e il risultato che da questa consegue.

Nel lungo e accidentato itinerario di Pugliatti è il momento in cui il costruttore deve far conto soprattutto sulla cementazione logica della sua costruzione, che ne esce necessariamente sottolineata, valorizzata, forse anche enfaticizzata rispetto al secondo Pugliatti dei tardi anni Quaranta o all'ultimo Pugliatti degli anni Settanta.

Non dimentichiamo che è questo anche il momento in cui il Nostro subisce intensamente la suggestiva influenza di Angelo Errmanno Cammarata, il filosofo del diritto che, nella più rigorosa fedeltà all'attualismo gentiliano, era arrivato a un radicale formalismo filosofico nel rifiuto di ogni contaminazione teleologica. Non dimentichiamo inoltre che il saggio del '41 si inserisce nella vivace polemica sui concetti giuridici che fertilizzò la scienza giuridica italiana in quel torno di anni, e non dimentichiamo che il saggio fu una ferma risposta ad Arturo Carlo Jemolo e a una sua posizione scettica, la quale, denunciando l'arbitrarietà dei concetti giuridici e soprattutto negandone l'autonomia, faceva mancare a Pugliatti il pilastro portante dell'edificio giuridico con il rischio di una sua inesorabile erosione.

Si aggiunga un'ultima considerazione: nel '41 il giurista italiano è impaurito dagli orrori di un *Freirecht* così come viene praticato in Germania e in Unione Sovietica, dove il diritto è sostanzialmente affidato a giudici portatori di amplissimi poteri discrezionali perché portatori di una precisa ideologia politica (quella nazista o quella marxista/leninista); è la paura nutrita da un altro grande giurista

italiano, Piero Calamandrei, che proprio in quei primi anni Quaranta riproponeva il vecchio credo illuministico imperniato sul principio di stretta legalità, sulla certezza del diritto, su un giudice ancora vincolato nella logica deduttiva del sillogismo propugnata da Beccaria ⁽¹⁴⁾. Nella nettezza di queste affermazioni, la pretesa immutabilità della logica sembra al giurista l'unica difesa, il rifugio sicuro in cui mettersi al riparo dalla invadenza rovinosa dei regimi totalitarii.

Al di là delle contingenze di anni torbidi, per Pugliatti, normativista problematizzante, i 'principii immutabili della logica' si identificano in nulla più che nella immancabile coerenza tra premessa e conclusione ⁽¹⁵⁾, mentre un sapere puramente logico serba in sé il vizio perverso di diventare una geometria, di galleggiare sulla storia, di separarsi dalla storia. Già nel '35, nell'ampio volume su "Esecuzione forzata e diritto sostanziale", che rappresenta lo sforzo sistematizzante più compiuto del giovane civilista, si critica duramente Kelsen, "il suo sistema rigorosamente logico, ma forse null'altro che logico" ⁽¹⁶⁾. E sempre nel '35 la logica è convintamente percepita come "strumento di sistemazione", prezioso senza dubbio ma da collocarsi a un livello strumentale, com'è preziosa ma strumentale la grammatica per l'utente di una lingua ⁽¹⁷⁾.

La percezione si trova all'interno di un saggio che è illuminante per chiarire le direttive metodologiche del Nostro. Lo segnala bene il titolo d'attributione dall'autore: "Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali" ⁽¹⁸⁾, dove Pugliatti difende la logica come tessuto che dà coerenza all'ordinamento giuridico, e

⁽¹⁴⁾ P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto* (1940), Roma/Bari, Laterza, 2008, nonché *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* (1942), ora in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, Morano, 1985.

⁽¹⁵⁾ SCALISI, *Teoria e metodo in Salvatore Pugliatti*, cit., p. 567.

⁽¹⁶⁾ *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, ora in *Scritti giuridici*, cit., vol. I, p. 794.

⁽¹⁷⁾ Puntualizzazione che resta tipica di Pugliatti fino alle riflessioni della vecchiaia. Cfr. *Sistema grammaticale e sistema giuridico*, che costituisce una Relazione presentata al Congresso Internazionale di Linguistica organizzato nel settembre 1972 dalla Facoltà di Lettere della Università di Firenze (vedila pubblicata, oltre che negli 'atti' congressuali, in *Grammatica e diritto*, cit.).

⁽¹⁸⁾ Ora in: *Diritto civile — Metodo, teoria, pratica*, cit. (la frase è a p. 655), ma ristampato anche in: *Grammatica e diritto*, cit., e nella pubblicazione curata da Irti e citata alla nota 12.

respinge quella dottrina tedesca delle cosiddette *Doppelwirkungen*, che, nelle pagine di un Kipp, di un Peter, di un Hubernagel arrivavano a viziare l'edificio giuridico di una intima contraddizione e a minare una costruzione rigorosamente sistematica.

4. Un salvataggio decisivo per il normativismo pugliattiano fu di esercitare la logica sistematoria nel tessuto concreto degli istituti, di assumere l'istituto — quale modulo con cui l'esperienza si auto-organizza — a terreno privilegiato di verifica delle proprie ipotesi teoriche.

Qui il sistematore, che per sistemare appropriatamente deve altrettanto appropriatamente avere consapevolezza degli elementi che egli ricomporrà in unità armonica, non può che cominciare da una analisi minuziosa, da una sorta di dissezione istologica; solo che l'oggetto della dissezione non è un corpo morto ma un frammento di vita, ossia l'istituto. La tecnica sistematoria di Pugliatti è un procedimento ascensionale dal comportamento specifico (il disporre, il rappresentare, il vendere, il locare, e così via) all'istituto, dal singolo istituto al complesso di istituti funzionali a una medesima finalità, per risalire infine all'intero sistema civilistico. E l'operazione maestra in un non agevole procedimento logico/costruttivo è quella decostruzione e ricostruzione su cui, cinque anni fa, hanno giustamente insistito sia Falzea ⁽¹⁹⁾ che Scalisi ⁽²⁰⁾.

Ne abbiamo esemplari testimonianze precisamente in questo primo volume e addirittura nei primi scritti. Infatti, nel primissimo lavoro risalente al 1927 e vertente su "L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti" ⁽²¹⁾, il giurista arriva a penetrare l'intimo meccanismo giuridico scomponendo l'atto di disposizione nei due elementi del potere di disporre e della sua manifestazione attuativa. Ugualmente, in due lavori risalenti al 1928/29, nei quali Pugliatti comincia quello che sarà il ripetuto infaticabile martellio sul nodo civilistico della rappresentanza, scioglibile e penetrabile unicamente

⁽¹⁹⁾ FALZEA, *Salvatore Pugliatti giurista innovatore*, cit., p. 592.

⁽²⁰⁾ SCALISI, *Teoria e metodo in Salvatore Pugliatti*, cit., p. 565 ss..

⁽²¹⁾ È solo menzionato nel primo volume degli 'Scritti giuridici', perché, pur risalente al 1927 nella sua pubblicazione originaria sugli 'Annali Messina', sarà pubblicato nei volumi successivi essendo stato ristampato dall'autore nel 1951 e nel 1965.

con un procedimento di scomposizione/ricomposizione. Infatti, le fasi procedurali sono due: scomposizione del momento volitivo nelle due volontà del rappresentante e del rappresentato, loro coordinazione nel rapporto di gestione, che ne esce valorizzato come la dimensione più incisiva nell'esperienza concreta, nella pratica degli affari ⁽²²⁾.

Mi piace fare qui una piccola appendice ai rilievi ora precisati in tema di rappresentanza. È noto il forte sodalizio che legò Pugliatti a Giorgio La Pira fin dai tempi in cui sedevano insieme sui banchi dell'Istituto Tecnico Jaci, sodalizio che il distacco di La Pira da Messina e il suo definitivo incardinamento a Firenze come docente di diritto romano non valse a cancellare. Lo dimostrano le numerose lettere di La Pira conservate da Pugliatti e pubblicate per provvido interessamento delle figlie Paola e Teresa (quest'ultima che sono lieto di salutare qui stasera in mezzo a noi). Sono lettere il cui tema di fondo è spesso il fervore religioso di cui La Pira investe l'agnostico amico messinese, ma che consistono altrettanto spesso nel colloquio fra scienziati del diritto discorrenti sui proprii lavori. In una, datata 5 ottobre 1927, Giorgio, corrispondendo all'invio di un testo da parte di Salvatore, fa una notazione significativa: "tra tutte le altre teorie della rappresentanza quella che tu proponi ha il pregio di essere integrale" ⁽²³⁾, dove, se non erro, La Pira, ottimo giurista e — come allievo di Betti — ottimo dominatore delle tecniche giuridiche, coglie in modo perspicacissimo il riuscito sforzo unificante di Pugliatti.

5. Il 1931 è data che può essere segnata *albo lapillo* nella biografia intellettuale del Nostro. Appare, infatti, la prima monografia, che per la sua ampiezza e complessità impegna il giovane non ancora trentenne in un'opera autenticamente costruttiva.

⁽²²⁾ I riferimenti sono a due saggi: *Il conflitto di interessi tra principale e rappresentante - Contributo alla teoria generale della rappresentanza*, del 1928; *Il negozio di gestione sottostante alla rappresentanza*, del 1929 (i due saggi, pur essendo stati originariamente pubblicati sugli 'Annali Messina', saranno integralmente riprodotti in successivi volumi degli 'Scritti giuridici' avendoli l'autore ristampati nel 1965 negli 'Studi sulla rappresentanza').

⁽²³⁾ G. LA PIRA, *Lettere a Salvatore Pugliatti (1920-1939)*, a cura di F. Mercadante, Roma, Studium, 1980, p. 72.

Il tema è arduo e delicato: la teoria dei trasferimenti coattivi, dove, dalla nozione primaria di trasferimento volontario che funge da substrato concettuale di ogni trasferimento, si deve, per via di differenziazioni e specificazioni, senza deformazioni alteranti, disegnare i caratteri tipizzanti di quello coattivo.

Pugliatti ha cura di indicarci il procedimento da lui osservato: “il procedimento da tenere non può consistere che nella scomposizione dello schema tipico dei trasferimenti volontari nei suoi elementi, e nella ricomposizione di un nuovo schema con la utilizzazione degli elementi che possono considerarsi comuni, in quella nuova combinazione, alla quale si deve pervenire tenendo presenti le speciali caratteristiche, che si possono ricavare dall’analisi delle singole figure di trasferimenti coattivi” (24). Nulla di nuovo, ma soltanto l’applicazione della metodologia già collaudata sui temi dell’atto di disposizione e della rappresentanza, e che ormai costituisce un *modus procedendi* che Pugliatti stima corretto e soprattutto adeguato ai suoi ideali scientifici di rifondazione della dottrina civilistica.

Ed è proprio fra le trame della monografia che si disvela pienamente il compito e il ruolo del giurista nella visione pugliattiana. Diámogli la parola e lasciamo a lui di far chiarezza: “l’interprete mira a ricondurre la formula della legge al caso concreto, e nel far ciò egli non riduce la realtà entro lo schema rigido della formula, ma viceversa tende ad adattare la formula al fatto da disciplinare” (25). La scienza, cominciando da quell’opera che ho più sopra icasticamente qualificato come istologica, ma procedendo via via e gradualmente nella ricomposizione di un tessuto nuovo (26), si pone

(24) *Teoria dei trasferimenti coattivi (Introduzione)*, ora in *Scritti giuridici*, cit., vol. I, p. 55.

(25) *Teoria dei trasferimenti coattivi (Introduzione)*, cit., p. 49.

(26) Eloquentemente questa pagina: “le linee che devono segnare il profilo di un istituto nuovo, non vengono dedotte dal complesso di regole dalle quali sorge l’istituto da sistemare, per essere magari poste a contatto con quelle di istituti affini già vigenti; ma, viceversa, da questi istituti affini si estraggono quei fili, con i quali si cerca di comporre il tessuto che costituirà lo schema concettuale dell’istituto nuovo. Dapprima, naturalmente, il tessuto mal si adatta al corpo del nuovo istituto, e si procede per via di rettifiche e di approssimazioni successive, fino al punto che, tagliati gli ultimi legami, non restano che scarsi spunti per un certo accostamento tra il preesistente istituto e quello nuovo, il

ormai — nella coscienza del civilista — come mediatrice fra norma e prassi. I due opposti sembrano irrimediabilmente distanti. Sistema e storia — da un lato rigidità, dall'altro elasticità, staticità e dinamicità, logica e caos fattuale — possono trovare la loro armonizzazione unicamente per mani della scienza.

Nel 1933, in una replica alla recensione che Tramontana aveva fatto ai suoi 'trasferimenti coattivi', Pugliatti si lascia sfuggire una espressione che ha ormai un sapore emblematico esprimendo la traccia di un itinerario che dal presente mena dritto al futuro: "la vera teoria è nutrita del midollo dell'esperienza" (27).

6. Forse, più che nei provvedutissimi discorsi tecnici, il senso dell'itinerario pugliattiano ci può essere offerto da uno dei suoi numerosi colloqui rivolti all'esterno del conchiuso circolo dei giuristi.

Nel primo volume che stiamo presentando ci sono pagine redatte per una Rivista non-giuridica ma in cui egli parla di cose giuridiche e dove, per necessità, il giurista, deposta l'esotericità consueta del suo ideario e vocabolario, non può fare a meno di confessare più nitidamente la propria identità. Proprio per il loro valore confessorio, è opportuno sostarvi un momento, tanto più che si tratta di pagine, sepolte nella a me sconosciuta Rivista "Il secolo nostro", che io avevo ignorato durante la mia precedente ricognizione pugliattiana del 2003 (28).

L'anno è il 1932. Il Nostro dichiara espressamente di voler "esporre in una sintesi piana i risultati di una serie di studi scientifici che ho già pubblicati e in parte in elaborazione", e poiché l'angolo di osservazione prescelto è "La crisi dell'individualismo nel diritto privato" da cui è facile sorprendere l'inezienza di una personalità scientifica ma anche il complesso delle sue ideologie politico-sociali,

quale finisce da ultimo col conquistare uno schema teorico proprio" (*Teoria dei trasferimenti coattivi* (Introduzione), cit., p. 132).

(27) Sul momento del trapasso del diritto nei trasferimenti coattivi, in *Scritti giuridici*, cit., vol. I, p. 346.

(28) Ad essa Pugliatti collaborerà fittamente fino ai primi anni Quaranta, soprattutto con saggi di critica letteraria.

la sosta non può che essere fruttifera per mettere a fuoco la precisa orientazione di Pugliatti ⁽²⁹⁾.

Una prima constatazione: egli si guarda attorno con curiosità, cercando di cogliere quei movimenti e mutamenti a livello sociale economico politico che stanno mettendo in crisi l'età borghese e le sue fondazioni individualistiche. Il giurista appare come seduto su un complicato spartiacque tra passato, presente e futuro, e il suo tentativo è di comprendere la linea di svolgimento. Comprendere è un verbo usato da Pugliatti ed è il segno primo di un atteggiamento squisitamente storicistico.

Non v'è dubbio che il generale movimento circostante, in Italia e in Europa, ha una decisa impronta anti-individualistica, ma il civilista — anche se è l'uomo che fonda il suo sapere sui Codici borghesi, fra i quali quello ottocentesco italiano ancora vigente nel 1932 — non ne è sgomento; l'angolo di osservazione storicistico è per lui salvante. Ecco, espressa pianamente, la sua elementare metodologia storicistica: “la storia non si fa cancellando con un procedimento ingenuo il passato ma sforzandosi di comprenderne il valore ed il significato, di impossessarsene” ⁽³⁰⁾. Comprendere, cioè, nel suo significato etimologico: *comprehendere*, afferrare, far proprio il messaggio proveniente dal divenire storico.

Con un duplice vistoso risultato: fare di ogni dato l'espressione fedele del proprio tempo e arrivare a separare ciò che è effimero (e che, pertanto, può essere lasciato sepolto nel divenire incessante) da ciò che invece è duraturo e che è, pertanto, il materiale atto a edificare presente e futuro: “la critica di epoche storiche passate non è censura, ma è vanto per mettere da parte il contingente e isolare l'essenziale, che permane e si riproduce ed è riflesso del passato, attuazione del presente, annuncio dell'avvenire” ⁽³¹⁾.

Leggendo queste frasi così progettualmente dense, non ho potuto fare a meno di riandare col pensiero ai materiali di cui un grande edificatore, Cesare Vivante, il fondatore di una moderna scienza italiana del diritto commerciale, si serviva — a fine Ottocen-

⁽²⁹⁾ *La crisi dell'individualismo nel diritto privato*, in *Scritti giuridici*, cit., vol. I, p. 285.

⁽³⁰⁾ *La crisi dell'individualismo nel diritto privato*, cit., p. 289.

⁽³¹⁾ *La crisi dell'individualismo nel diritto privato*, loc. ult. cit..

to — per dare a questa una base vigorosa: analisi attenta della prassi economica; analisi parimente attenta del divenire storico, con la peculiare finalità attribuita a quest'ultima di permettergli di sceverare e isolare (le parole son quasi le stesse di Pugliatti!) il contingente, il puramente erudito, dal durevole ⁽³²⁾.

Con gli occhi culturalmente rafforzati il Maestro messinese può leggere serenamente il proprio tempo: come civilista constata l'emergere e l'ingrossare delle situazioni di dovere fino ad assumere una assoluta primazia nel diritto privato, e il soggetto al centro di un fascio di doveri ⁽³³⁾; constata altresì “una nuova fisionomia” che ha assunto il diritto civile, ormai segnato da “larghe e profonde infiltrazioni del diritto pubblico”, che hanno parecchio contaminato (il termine è mio e non di Pugliatti) la vecchia purezza accuratamente messa a punto dalle raffinate merlettature dei Pandettisti ⁽³⁴⁾.

La veste candida è ormai infangata da fatti sociali, economici, politici, ma il Nostro, grazie al suo relativismo storicista, non ne è sgomento. Gli sembra, però, vitale per il civilista l'esigenza di attrezzarsi in un paesaggio giuridico in rinnovazione e che, in quanto nuovo, reclama nelle mani di lui attrezzi nuovi capaci di colonizzarlo. Il mito della purezza, il culto di un diritto civile capace nella sua formalità di sovraordinarsi al magma della fattualità, appartengono ormai, negli anni Trenta del secolo ventesimo, a un passato irrimediabilmente passato.

7. Nella sintesi redatta per i lettori de ‘Il secolo nostro’ sono anche precisati alcuni campi specifici dove la trasfigurazione del volto privatistico è più rimarchevole: la proprietà, soprattutto la proprietà terriera; il diritto del lavoro ormai insofferente della *locatio operarum* di conio romano; il diritto commerciale. E tutto il primo volume degli ‘Scritti giuridici’ pugliattiani sta a dimostrare che il giovane civilista non si è limitato a semplici asserzioni metodologiche, ma che le ha tradotte in canoni di azione.

Il suo sguardo si è spostato; lungi dal farsi monopolizzare dal

⁽³²⁾ Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana - Un profilo storico 1860/1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 54.

⁽³³⁾ *La crisi dell'individualismo nel diritto privato*, cit., p. 287.

⁽³⁴⁾ *La crisi dell'individualismo nel diritto privato*, cit., p. 290.

Codice, che negli anni Trenta è ancora l'invecchiatissimo manufatto del 1865 con le sue intelaiature pos-napoleoniche, l'attenzione di Pugliatti è ormai prevalentemente rivolta alle leggi speciali. Sembra quasi che egli abbia raccolto l'invito rivolto ai giuristi nel 1913 da un giovane e lungimirante Carnelutti a 'frugare con pazienza negli angoli più reconditi dell'ordinamento giuridico dove il Codice non arriva e dove l'unico disciplinamento concreto può venire da leggi speciali "leggi grezze, fumose, coperte di scorie, pezzi usciti dall'officina senza che la mano del giurista li abbia rifiniti e ripuliti" (35).

Senza la spocchia che è troppo spesso familiare al mediocre uomo di scienza, senza rimpianti per le passate purezze, il Nostro non èsita a rimboccarsi le maniche e ad affondare mani e braccia nei cantucci sporchi della sua stanza di lavoro dove stanno quegli atti normativi coperti di scorie e innegabilmente grezzi ma testimonianze di un diritto che vive in Italia una trasformazione profonda e che, ben al di là dall'essere espressione di un regime autoritario, è — nella sua intima sostanza — anche lo specchio della crisi inarrestabile dello Stato di diritto di stampo liberal-borghese.

Ecco, nel '31, lo sguardo approfondito alla rappresentanza sindacale in rapporto all'articolo 5 della Legge 3 aprile 1926 (36), documento di un interesse del civilista verso il diritto del lavoro, che non è affatto episodico nell'itinerario pugliattiano; ecco, nel '34, il saggio sulla ricomposizione delle proprietà frammentate (37) e nel '35 la Relazione al Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario (38),

(35) Frasi tratte da quell'indubbio capolavoro che è la 'Introduzione' redatta da Francesco Carnelutti per la raccolta di suoi scritti in tema di infortunii sul lavoro. Mi ci sono attardato in: *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 125-27 (le citazioni sono a p. 126).

(36) *Dalla obbligazione in solido alla rappresentanza sindacale*, ora in *Scritti giuridici*, cit., vol. I, p. 15 (saggio che Pugliatti volle originariamente pubblicare nella nascente Rivista "Il diritto del lavoro").

(37) *La ricomposizione delle proprietà frammentate secondo le nuove norme sulla bonifica integrale*, ora in *Scritti giuridici*, cit., vol. I, p. 391.

(38) *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà* (il saggio, pubblicato nel '35 all'interno degli 'atti' congressuali, ha solo un riferimento nel primo volume degli 'Scritti giuridici', perché, avendolo l'autore ristampato con altri suoi scritti su argomento analogo, nel 1954, nella famosa raccolta "La proprietà nel nuovo diritto", troverà collocazione nei volumi successivi degli 'Scritti').

primo atto di una collaborazione duratura con i nuovi ⁽³⁹⁾ colleghi gius-agraristi e di una duratura attenzione verso una branca giuridica di novissimo conio, che pur rappresentava agli occhi di un civilista pos-pandettista (ma non certo di Pugliatti) la rivolta contro pretese purezze e lo strappo con il tradizionale diritto civile unitario in nome di non più eludibili forze agronomiche ed economiche.

Quando, nel 1954, il nostro Maestro vorrà raccogliere i suoi contributi in tema di proprietà entro un libro che resterà memorabile negli annali civilistici italiani e all'insegna di un titolo che la diceva lunga ⁽⁴⁰⁾, nella 'Premessa' confesserà con soddisfazione: "La ricerca, lasciando sullo sfondo le disposizioni del Codice, si è nutrita quasi esclusivamente di quelle contenute nelle leggi speciali" ⁽⁴¹⁾. Veniva, così, segnata con precisione la coscienza storicistica del giurista, che si sentiva chiamato a cogliere e raccogliere movimenti e mutamenti testimoniati nella folta legislazione speciale, lasciando al Codice del 1865 di parlare il suo linguaggio rarefatto lontano dalla storia e dalla vita.

8. Gli anni Trenta costituiscono il momento in cui Pugliatti riesce a definire la sua fatica più impegnativa come giurista costruttore, l'imponente volume su "Esecuzione forzata e diritto sostanziale" ⁽⁴²⁾, che, distendendosi in ben cinquecento pagine, offre al lettore, nel 1935, la dimostrazione compiuta del progetto scientifico pugliattiano nei suoi ben definiti basamenti metodologici.

Prima di tutto vi appare netto il ruolo cui il giurista è chiamato: arrivare — partendo da una solida esegesi dei dati normativi — alla costruzione di un edificio teoricamente robusto. E qui non gli basteranno né la logica — preziosissimo strumento, ma strumento —, né le tecniche collaudate della officina del civilista. Occorreran-

⁽³⁹⁾ Nuovi, perché il cosiddetto 'diritto agrario', disciplina che rivendica la propria autonomia grazie alle sue fondazioni nella coltivazione e nella produzione agrarie (le quali, a loro volta, si fondano su fatti geologici, agronomici, economici), risale ai primi decenni del Novecento, ricevendo un suo programmatico disegno nel 1922 con il varo della 'Rivista di diritto agrario', ideata e realizzata da Giangastone Bolla all'ombra della fiorentina Accademia Economico-agraria dei Georgofili.

⁽⁴⁰⁾ *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, Giuffrè, 1954.

⁽⁴¹⁾ *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., Premessa, p. VI.

⁽⁴²⁾ Milano, Giuffrè, 1935.

no cultura giuridica, cultura filosofica, sguardo ampiamente interdisciplinare. E si faranno sempre più spiccate e decise alcune caratterizzazioni altamente tipizzanti. Vale la pena di fissarle qui di seguito.

La sentitissima esigenza di misurare la propria scienza particolare — il diritto — con i modelli della scienza madre — la filosofia — per ricavarne quella correttezza metodologica che — sola — può rendere corretto e saldo l'edificio teorico innalzato dai giuristi; un grosso sforzo è rappresentato in questa direzione dal secondo capitolo dedicato a 'Potere giuridico e diritto subbiettivo', un tema fondante su cui si era esercitata con arditi pinnacoli gotici la bravura sistematica dei Pandettisti.

Il possesso della tradizione scientifica dei giuristi, che aveva dato — soprattutto nel corso dell'Ottocento — prova eccellente di capacità costruttive sul piano teorico, anche se talora in modo esasperatamente raffinato; le annotazioni pugliattiane denunciano, nella loro ammirevole vastità, la assoluta dominanza da parte del Messinese del gran tesoro accumulato da Germanisti e Pandettisti, particolarmente da questi ultimi.

La coscienza della unitarietà della scienza giuridica, che irrompe con prepotenza nella elaborazione di un tema di frontiera, dove dimensione privata e pubblica, sostanzialistica e processualistica si integrano vicendevolmente fornendo, nella loro congiunzione, un corredo indispensabile di comprensione.

Il risultato ci sembra anche essere un altro, e non di poco rilievo. Le estese e ramificatissime articolazioni culturali, delle quali si arricchisce il banco di lavoro del civilista, mettono a dura prova il severo normativismo pugliattiano, che è qui costretto a fare i conti con la storia, una presenza incrinatrice di certezze dommatiche perché evocatrice di fatti e di valori. Nel carteggio fra La Pira e Pugliatti, da noi prima menzionato, v'è un'ultima lettera, datata genericamente 1939, nella quale il vecchio amico pone due interrogativi al civilista in prodigiosa crescita: "progrediscono le tue meditazioni di teoria generale? Si affina la visione teleologica da contrapporre a quella di Kelsen?" (43). La Pira, nel suo continuo dialogo con il Nostro ma anche nella sua continua intelligente attenzione, si

(43) LA PIRA, *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit., p. 164.

accorge di seguire un personaggio in ricerca; e martella l'amico, contento che i cementi logicistici e formalistici delle muraglie pugliattiane si sfaldino lentamente ma progressivamente.

9. Un'ultima sosta di qualche rilievo sui segni caratterizzanti che emergono dalle pagine di questo primo volume di 'Scritti giuridici'. In una risposta a Salvatore Satta, del 1936, intitolata "Processualismo e diritto sostanziale", si manifestano in Pugliatti con evidenza puntualissima due problemi che verranno ad assillarlo con maggiore virulenza nei prossimi anni: il diritto come scienza particolare e il conseguente problema della sua legittimazione scientifica; il diritto come scienza pratica, la sua ineluttabile proiezione a livello pratico e anche il suo salvataggio agli occhi esigenti del giovane civilista ⁽⁴⁴⁾.

10. Tiriamo le fila di questo diffuso discorso, che ha voluto sottolineare alcuni punti fermi nell'avvio dell'itinerario pugliattiano, così come appare dal primo volume che oggi presentiamo; punti fermi, ma che già si profilano come soste provvisorie di un cammino, gradi di una ascensione conoscitiva che non rifugge dal problematizzare le proprie conclusioni e, quindi, dal considerarle tappe verso ulteriori e più meditate acquisizioni.

Cerchiamo di fissarli asciuttamente: coscienza che il diritto è norma ma certamente non una somma frammentata di comandi, bensì un sistema normativo; con un ruolo attivo per il giurista quale progettatore e costruttore, e con un ruolo rilevante della logica nelle sue mani; coscienza della unitarietà della scienza giuridica, considerazione dell'estremo rilievo culturale e tecnico della scienza giuspubblicistica novecentesca e necessità per il civilista di attingere nel suo terreno ben al di là del ristretto campo privatistico.

Se a questa complessa coscienza si unisce una attenzione inusuale per la legislazione speciale e per la prassi e una visione lucida

⁽⁴⁴⁾ "le nostre povere elucubrazioni teoriche, se prescindono dalla legge e non servono alla pratica, quale valore possono avere? Le scienze particolari, anche se intessute di teorie (anch'esse *particolari*) sono tutte legate ai fini pratici: e lo è, tra le altre, e forse più intimamente, la scienza giuridica" (*Processualismo e diritto sostanziale*, in *Scritti giuridici*, cit., vol. I, p. 1307).

della scienza quale mediatrice tra livello delle norme e livello dei fatti, non tardiamo ad accorgerci della presenza — accanto, e in molto relativa coerenza, con le affermazioni logicistiche — di un atteggiamento storicistico; il quale — da latente — si fa sempre più scoperto. E la veste normativistica si fa, di conseguenza, sempre più stretta.

Se così è, anche se noi siamo qui riuniti per festeggiare la pubblicazione di un volume, mi sembrerebbe troppo monco arrestare seccamente il discorso a questo punto; e, proprio perché si tratta di un primo volume che lascia aperte le prospettive disegnate nelle sue pagine, mi pare opportuno porci qualche interrogativo sul distendersi del futuro sentiero della pugliattiana ricerca della verità, anche per documentare agli uditori che il nostro esordio, impostato sulla constatazione di un progrediente — continuamente progrediente — itinerario del Maestro messinese, non è stato un espediente artificioso ma il frutto di una lettura rispettosa. Non cercherò di seguire nei suoi dettagli il suo sviluppo scientifico; al contrario, si tenterà di segnalare soltanto il senso della linea di ricerca. Il che varrà anche a una più efficace collocazione del 'primo' Pugliatti di cui si è fin qui discorso.

Già ho accennato alle insistenze sugli strumenti logici del giurista nei saggi del 1935 e del 1941, quest'ultimo redatto in colloquio con Arturo Carlo Jemolo, e ho offerto alcune motivazioni legando quelle insistenze a precise contingenze. Che sia stato così lo dimostra un cospicuo esperimento didattico del 1943 ⁽⁴⁵⁾, in cui hanno compiuta consolidazione intuizioni già presenti in sperimentazioni precedenti.

Qui appare più stringente la consapevolezza del tessuto esperienziale del diritto, del suo continuo originarsi dalla vita, e con essa mescolarsi e misurarsi ⁽⁴⁶⁾, quel suo prendere forma in assetti

⁽⁴⁵⁾ *Gli istituti del diritto civile* - vol. I - *Introduzione allo studio del diritto*, Milano, Giuffrè, 1943.

⁽⁴⁶⁾ Non era una frase di circostanza quella pronunciata da Falzea, il 19 dicembre 1973, in occasione dell'ultima lezione ufficiale di Pugliatti, puntualizzando: "Salvatore Pugliatti ci ha insegnato anzitutto che il diritto è la stessa vita, la vita della società nei suoi ritmi quotidiani, negli episodi piccoli e grandi, minuti ed imponenti della esistenza comune" (A. FALZEA, *Presentazione*, in PUGLIATTI, *Il diritto ieri oggi domani*, cit., p. VII).

organizzativi della quotidianità, gli istituti appunto, chiamati a ordinare le vicende sociali degli uomini; e si profila una differenziazione di fondo tra ordinamento giuridico e sistema normativo, cominciando un deciso recupero della complessità del primo ⁽⁴⁷⁾, che un insieme di imperativi autorevoli non è in grado di esaurire.

E i modelli culturali di riferimento si pluralizzano, e — quel che è più importante — si pluralizzano nella eterogeneità delle loro sorgenti ispirative: il vecchio mentore Cammarata, che aveva intensamente suggestionato Pugliatti col suo formalismo rigoristico, cede il passo, da un lato, a un dichiarato campione del formalismo giuridico, Tommaso Perassi, ma altresì a Santi Romano e perfino a Mortati con la sua ereticale valorizzazione della costituzione materiale.

11. È nell'immediato dopoguerra — per l'esattezza nel 1946 — che Pugliatti, tenendo dietro alla sua perenne curiosità intellettuale, consegue un incontro per lui fertilissimo: quello con un libro scritto da un singolare linguista, Giovanni Nencioni, carissimo amico mio con cui ho avuto costante familiarità, che ricordo con ammirazione e di cui piango la morte avvenuta nella primavera scorsa in tardissima età. Il libro si intitolava "Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio" ⁽⁴⁸⁾. Perché tanto interesse? Perché lettura fertilissima?

Nencioni vi affrontava senza elusioni il problema che tormentava il giurista messinese e che sembrava sfuggirgli di mano: il valore conoscitivo della linguistica come scienza particolare. Due studiosi di discipline diverse, ambedue rósi (e quindi accomunati) da uno stesso tarlo di graffiante indole metodologica; per di più, da parte di Nencioni, con la singolarità — e anche con la singolare provvedutezza — di chi, nell'affrontarlo, chiedeva aiuto alla scienza giuridica instaurando comparazioni precise, imperniando la propria analisi sulla intima affinità fra diritto e linguaggio come due modi di organizzazione della dimensione sociale del soggetto, utilizzando strumenti peculiari adoperati dalla più avveduta dottrina giuridica della prima metà del Novecento.

⁽⁴⁷⁾ Vedi la netta differenziazione in: *Gli istituti del diritto civile*, cit., p. 7.

⁽⁴⁸⁾ Firenze, Sansoni, 1946 (n. ed.: Pisa, Scuola Normale Superiore, 1989).

Nencioni era in grado di farlo, perché, dopo i normali studi giuridici universitarii, aveva avuto modo di cimentarsi, sotto la guida del suo maestro Piero Calamandrei, in una difficile indagine processualistica e nella redazione di un volume tecnicissimo accolto dallo stesso Calamandrei in una ‘collana’ da lui diretta (49). Al centro del libro nencioniano spiccava, infatti, la nozione romaniana di ‘istituzione’; la lingua veniva presentata come istituzione; la lingua: una istituzione alla pari del diritto.

Pugliatti lo legge immediatamente, e immediatamente lo recensisce allargando lo sguardo a un più generale problema epistemologico, quello del “Valore conoscitivo e funzione pratica delle scienze particolari”; e, volendo senza indugi stabilire un colloquio stretto con i filosofi depositarii della *scientia mater*, non seppellisce le sue pagine nelle non lette e anche difficili a leggersi Riviste giuridiche, ma le affida al primo numero di una Rivista filosofica novissima, ‘Teoresi’ (50); né dobbiamo dimenticare che, due anni dopo, come abbiamo già accennato, egli vuol partecipare al Congresso Nazionale di Filosofia e vi tiene la Relazione sopra ricordata sulla crisi della scienza giuridica (51).

Basti qui riferire l’esordio dell’intervento recensorio di Pugliatti: “Il pensatore, lo studioso, l’uomo di cultura del nostro tempo non opera e vive in letizia e olimpica serenità, ma sembra sospinto da oscuri impulsi irrazionali e agitato da tormentosi aneliti, che non gli danno requie; e pare una sola cosa possa sottrarsi al tarlo demolitore dell’autocritica: il sentirsi rapito nell’eterno *panta rei* del gran mare dell’essere, sospinto da una sorta di demoniaco *élan vital*, sciolto dalla compattezza del fatto nel processo del farsi, assorbito nell’unica realtà dinamica della *durée*” (52). Se si riesce a superare il disagio di uno stile troppo tronfio e carico e si va alla sostanza, si tratta di un messaggio che merita tutta la nostra attenzione.

Qui della purezza della logica e delle sue geometrie sembra

(49) Maggiori notizie il lettore può trovare in quanto dissi e poi scrissi nel 2003 in occasione del centenario pugliattiano. Cfr. GROSSI, *Salvatore Pugliatti giurista inquieto*, cit., p. 605 ss..

(50) Ora, la recensione è leggibile in: *Grammatica e diritto*, cit., p. 205 ss..

(51) Cfr. più sopra, alla p. 8.

(52) *Valore conoscitivo e funzione pratica delle scienze particolari*, cit., p. 207.

quasi non essere rimasto nulla nelle mani vuote del giurista/pensatore. La tragedia chiùsasi un anno prima con dei costi immani — strutturali, politici, economici, culturali, ma anche psicologici — ha posto brutalmente l'intellettuale a contatto con le carnalità e impurità della storia, facendo riaffiorare una indubbia anche se latente vena storicistica. Pugliatti si sente immerso in un divenire convulso dove l'oggi supera e inghiotte ineluttabilmente l'ieri e dove vengono frantumati tutti i suoi cristalli logici; né sa far di meglio che affidarsi a Bergson, al filosofo che — tra i moderni — più aveva avvertito il contrasto dialettico fra stasi temporali e continuità fluida riconoscendo nella durata il tempo autentico della vita umana.

C'è nella esistenza dell'intellettuale siciliano quasi un cippo confinario negli anni tragici, difficili ma fertili dell'immediato dopoguerra, anni in cui il giurista, continuando nella costante riflessione, non smentisce il passato ma è portato a *ri-pensare*. Eloquente il riferimento sempre più frequente a Capograssi, un filosofo valorizzatore delle costruzioni teoriche dei giuristi, un pensatore che non disdegnava (anzi, amava) filosofeggiare su di essi, sulle loro costruzioni, sulle loro tecniche; un filosofo che, però, li richiamava giù dall'empireo d'una scienza pretestuosamente pura nel basso d'una positività concreta, nell'esperienza, nella storia. E mentre svaria la gamma delle letture pugliattiane, si fa netta la prevalenza delle venature storicistiche.

12. Gli anni 1948 e 1950 sono, per chi segue spassionatamente l'itinerario di Salvatore Pugliatti, il tempo della sua piena maturità, testimoniata in due saggi che il Maestro riterrà tappe fondamentali della propria ricerca. Soffermiàmocì un istante per rendere più nitido il disegno della linea che stiamo seguendo e soprattutto il suo senso.

Nel'48 "Fiducia e rappresentanza indiretta" ⁽⁵³⁾, saggio intesuto di sapienza tecnica ma al quale il civilista sente il bisogno di premettere venticinque fittissime pagine di indole squisitamente metodologica; quasi, per Pugliatti, la sosta necessaria per fare il punto, per riprender fiato a mezzo di un'ardua salita.

(53) Ora in: *Diritto civile - Metodo, teoria, pratica* - Saggi, Milano, Giuffrè, 1951.

È aperta la condanna di quel suicidio culturale moderno che è stato l'isolamento dei giuristi e della scienza giuridica, la loro compiaciuta auto-referenzialità con la pretesa — epistemologicamente insussistente — di un distacco fondamentale sia dalle scienze storiche sia dalle scienze naturali. E si segnalano impietosamente i due tranelli culturali in cui il giurista moderno si è fatto attrarre, un “esasperato formalismo” e un “rigido dogmatismo” (54), che hanno apparentemente funto da perfetta cerniera di chiusura, ma lo hanno costretto a costruire castelli di carte senza alcuna effettiva radicazione.

Pugliatti avverte, invece, due urgenze: la prima è che si abbandonino una solitudine assolutamente pretenziosa, ponendo come problema primo quello de “la posizione della scienza giuridica in relazione alle altre scienze” (55), sì da adottare “un metodo d'indagine che sia adeguato alle esigenze critiche del pensiero moderno” (56); la seconda è che la scienza giuridica riprenda il suo ruolo di “momento di mediazione” (57) tra norma e prassi, un ruolo insostituibile giacché è essa l'unica a poter percepire quella realtà storicamente viva che è la “coscienza giuridica” circolante (58) e a poterla concettualizzare, salvo poi a farla *rifluire* (59) sull'esperienza in un continuo processo circolare (60).

È del '50 l'altro saggio altamente programmatico: “La giurisprudenza come scienza pratica” (61), e lo sviluppo della riflessione pugliattiana è coglibile nelle sue ormai decise scelte di fondo. Ci limitiamo ad alcune sommarie annotazioni.

(54) *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., p. 202.

(55) *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., p. 205.

(56) *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., p. 202.

(57) *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., p. 220.

(58) *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., p. 223.

(59) Si noti: ‘rifluenza’ è parola che appartiene al lessico tipico di Pugliatti. Si legga anche quest'altro testo di rara espressività e di poco posteriore: “la scienza giuridica nasce dalla storia e vi rimane innestata, tendendo sempre a confluire, in perpetuo ciclo, nella storia” (*La giurisprudenza come scienza pratica*, ora in *Grammatica e diritto*, cit., p. 112)

(60) Sulla “perfetta circolarità tra la scienza giuridica e l'esperienza giuridica” insistette con molta ragione Vincenzo Scalisi nella sua densa Relazione al Convegno per il centenario (SCALISI, *Teoria e metodo in Salvatore Pugliatti*, cit., p. 565).

(61) Ora in: *Grammatica e diritto*, cit..

Vi troneggia il trapianto di un sintagma “esperienza giuridica”, insegna del progetto filosofico-giuridico di Capograssi, “l’esperienza giuridica come vita e storia degli uomini” (62), ossia quel complesso di valori, interessi, bisogni, di cui è folta la trama di ogni vicenda storica. Dal basso, dove alligna, una fattualità grezza reclama di poter impressionare di sé il soprastante edificio sistematico fino a ieri cementato di comandi e immune da ogni contaminazione fattuale.

I dubbii, i tormenti, le insoddisfazioni del normativista Pugliatti, fin dall’inizio presenti anche se latenti, si mutano in una visione nuova del diritto, e “l’ordinamento giuridico si presenta più che come un complesso sciolto di prescrizioni, come un sistema di istituti” (63). L’istituto è al cuore dell’universo giuridico obbligando l’osservatore a un cospicuo spostamento del suo angolo di osservazione, perché l’istituto è — geneticamente — la società stessa che si auto-organizza, anche se poi verrà disciplinato legislativamente e imbalsamato in un Codice. “In conclusione — ammette in epilogo il Nostro —, nel diritto confluiscono logica e storia” (64). Mi sento di aggiungere io, non indebitamente: forse, più storia che logica.

13. È pressoché inutile riassumere un discorso anche troppo lungo, che ha però voluto collocare il libro oggi presentato all’interno di un intiero cammino di ricerca, discontinuo nella sua continuità; inutile, a causa della franchezza confessoria di tante pagine di Pugliatti.

Il ‘crescendo’, in cui può essere identificata la sua continua ricerca, è lo sciogliersi del giurista dall’abbraccio — sentito come troppo stringente e costringente — della logica, è un sempre più convinto distacco da posizioni di normativismo formalistico e logistico. Il suo occhio si è fatto sempre più disponibile a catturare tutta la pluralità di voci provenienti dall’esperienza giuridica; ha riscoperto la complessità dell’ordinamento giuridico, dove convivono e si congiungono armonicamente fatti e valori, il cui volto è divenuto complesso perché si è svincolato dall’ombra limitata e limitante dello Stato; con la complessità Pugliatti non può non

(62) *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., p. 136.

(63) *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., p. 139.

(64) *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., p. 142.

riscoprirne altresì la originarietà, perché sono i fatti — nella loro primordialità — a contraddistinguere un ordinamento, quei fatti che la pura logica aveva creduto di poter esiliare e che, ad occhi resi più aguzzi da un provvido lavacro culturale, paiono costitutivi dell'esperienza e, necessariamente, oggetto privilegiato di una scienza che ha nella praticità il suo connotato più tipizzante ⁽⁶⁵⁾.

Negli ultimi anni, fino alla morte improvvisa e prematura, come scrissi nella Relazione del 2003, “un motivo diventa invadente e insistente, quasi ossessivo nella sua costante ripresa: quello del rapporto fra continuo e discontinuo” ⁽⁶⁶⁾, il conflitto fra statica e dinamica destinate a convivere assieme, perché “l'ordinamento giuridico rappresenta la concretezza storica, e quindi il continuo mobile, mentre il sistema normativo...rappresenta il discontinuo astratto” ⁽⁶⁷⁾.

La scelta dell'inquieto giurista, che è ormai al colmo del suo itinerario di ricerca, non può che essere una. La conclusione è quella con cui io terminavo non arbitrariamente il capitolo precedente: nel diritto confluiscono logica e storia, forse più storia che logica. E, infatti, la troviamo apertamente conclamata in uno dei suoi ultimi testi: “la società e la storia bussano alla porta del giurista, ed egli non può fingersi sordo” ⁽⁶⁸⁾; conclusione che è anche la nota martellante di una sua riflessione incompiuta, lasciata informe sul suo tavolo di lavoro quasi come una sorta di testamento spirituale ⁽⁶⁹⁾.

Quanto remoto appare il testo del '41 tutto impietrito sui suoi piedistalli logici! Agli occhi dello storico del diritto il pregio grande

⁽⁶⁵⁾ “sembra difficile, allo stato attuale degli studi, poter sostenere che l'ordinamento giuridico si risolva senza residuo nel sistema normativo ... l'ordinamento giuridico costituisce una realtà assai complessa, e concreta, quindi originaria: quella realtà oggettiva nella quale si danno inscindibilmente fatto e valore” (*Continuo e discontinuo nel diritto*, ora in *Grammatica e diritto*, cit, p. 87).

⁽⁶⁶⁾ GROSSI, *Salvatore Pugliatti giurista inquieto*, cit., p. 612.

⁽⁶⁷⁾ *Continuo e discontinuo nel diritto*, cit., p. 87.

⁽⁶⁸⁾ *Continuo e discontinuo nel diritto*, cit., p. 89.

⁽⁶⁹⁾ Il riferimento è a quella *Nota su continuo e discontinuo*, su cui Pugliatti ha persistito a lavorare senza sosta e dalla quale ha esitato a separarsi rinviando all'infinito la pubblicazione di un volume sostanzialmente già pronto (ne dà conto Angelo Falzea pubblicando la *Nota* in *Grammatica e diritto*, cit.). Più distese considerazioni ho fatto cinque anni fa in: *Salvatore Pugliatti giurista inquieto*, cit., p. 612 ss..

del progetto culturale di Pugliatti è stato la sua *docilità* a lasciarsi impressionare da movimento e mutamento, registrando l'uno e l'altro e pagando anche qualche costo, soprattutto il costo di quello che a un osservatore superficiale e spicciativo può essere interpretata come incoerenza.

Lo stesso Pugliatti si rese perfettamente conto di questo rischio lavorando in profondità su di un tema/problema dalla evidente storicità, e cioè la proprietà. E quando — nel '54 — raccolse i suoi numerosi scritti in proposito, credette bene di parare una simile critica che avvertiva probabile, se non certa: “chi va a caccia di contraddizioni tenga presente che non solo mutano idee, orientamenti, metodi di indagine, ma qui addirittura è andato continuamente mutando l'oggetto stesso dell'indagine: e assai profondamente” (70).

Io farei mio l'ammonimento pugliattiano e lo estenderei a tutta l'opera del Maestro messinese. A colui che va a caccia di contraddizioni replicherei che le idee degli uomini debbono sempre misurarsi con il mutamento, soprattutto in una scienza *pratica* come il diritto. La perfetta coerenza è del mediocre, del distratto che non ha occhi bastanti per vedere, del miope che è insensibile al futuro perché non vede oltre due spanne più in là del suo naso, non dello scienziato autentico che, ponendosi i grossi problemi epistemologici, è nella scomoda posizione di ricercare perennemente se stesso. Quella che può sembrare contraddizione è, invece, il più delle volte coerenza suprema allo svolgersi interiore — e, quindi, carsico, secreto — dell'itinerario intellettuale dello scienziato.

(70) *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., Premessa, p. VIII.

LUNGO L'ITINERARIO DI PIERO CALAMANDREI

1. Un elogio; una rivendicazione. — 2. In ricordo dell'avvocato Ernesto Brunori, Relatore al Primo Congresso Nazionale Giuridico Forense del 1947. — 3. I laboratori forensi: una possibile fucina di pensiero giuridico. — 4. Il discorso fiorentino del 5 novembre 1947 nell'itinerario intellettuale di Calamandrei. — 5. L'assillo calamandreiano per la legalità. — 6. Calamandrei e la fedeltà alla ideologia giuridica illuministica. — 7. Un personaggio in ascolto e la crisi delle vecchie certezze. — 8. L'avvio di un nuovo percorso. — 9. Verso nuove fondazioni. — 10. L'arringa palermitana per Danilo Dolci. — 11. Piero Calamandrei: una coerenza ai segni dei tempi.

1. Prima di adempiere il compito che mi è stato assegnato in seno a questo Incontro, permettetemi di esprimere a Guido Alpa il mio più sincero compiacimento per la sua opera quale Presidente del Consiglio Nazionale Forense; un'opera che non è solo di illuminato governo e di efficace organizzazione, ma che si impone per la sua aperta e intensa dimensione culturale. Ne è una prova il nostro Incontro odierno e questo prezioso volume di 'Atti' congressuali ⁽¹⁾, che si è realizzato soprattutto su iniziativa lungimirante di Alpa e che oggi presentiamo nella sede augusta di Palazzo Vecchio.

E permettetemi di iniziare con una rivendicazione: anche se il mestier mio è stato ed è, nella mia ormai lunga vita, quello del docente universitario (per di più, insegnando sempre la storia del diritto), sono lieto e orgoglioso di sentirmi qui avvocato fra avvocati. Infatti, subito dopo la laurea mi inserii in uno studio legale fiorentino per esercitarvi la pratica professionale, sostenni quelli che — allora — si chiamavano gli esami di 'procuratore legale', mi iscrissi nell'albo e cominciai anche i primi passi nella esperienza della

⁽¹⁾ *Atti del Primo Congresso Nazionale Giuridico Forense del secondo dopoguerra (settembre-novembre 1947)*, a cura di G. Alpa, S. Borsacchi, R. Russo, Bologna, Il Mulino, 2008.

avvocatura. La troncai quando, abbastanza presto, ebbi il primo incarico di insegnamento nella Università di Macerata, che, a causa della allora difficile raggiungibilità di quella sede, costituì un impedimento per l'esercizio di un lavoro stabile a Firenze.

2. Voi direte che questi fatti privati di Paolo Grossi non interessano l'uditorio, né hanno rilievo nell'ambito del nostro Convegno. Il che sarebbe verissimo se il mio patrono forense non fosse stato l'avvocato Ernesto Brunori. Infatti, chi ha già sfogliato il volume riprodotto gli 'atti' del Primo Congresso Nazionale Giuridico Forense del 1947 ha sicuramente familiarissimo quel nome essendo Brunori uno dei protagonisti di quel lontano Congresso quale Relatore, insieme a Tito Carnacini, sulla riforma del Codice di Procedura Civile.

Il mio incontro con lui ha costituito uno degli eventi più fortunati della mia vita. E Ve ne spiego brevemente i motivi.

Brunori, uomo bizzarro ma di grosso ingegno, era dotato di quello che potremmo chiamare un sensibilissimo naso giuridico. La dimensione giuridica gli era congeniale: forte del possesso sicuro delle più complesse strumentazioni tecniche, egli riusciva però — grazie a una robustissima cultura — a inserirle in una ammirevole intelaiatura teorica. Quando, immediatamente dopo la laurea, io mi recai a far visita al mio venerato Maestro di 'Istituzioni di diritto privato' Enrico Finzi, egli mi sorprese — ma aveva ragione — qualificando Brunori come "il più dogmatico degli avvocati fiorentini".

Proprio per questo suo peculiare talento egli svolgeva buona parte della sua attività professionale facendo l'avvocato di avvocati, i quali si rivolgevano a lui affidandogli casi di difficile soluzione o problemi dove non bastava il modesto sapere del pratico. Proprio per questo egli fu anche scrittore acuto e originale nel campo del diritto civile e processuale ⁽²⁾, apprezzatissimo anche da esigenti cattedratici universitarii. Del resto, basta leggere negli 'atti', la sua Relazione e si può sorprendere un personaggio che non si pèrita a

⁽²⁾ Ne è testimonianza veridica la sua acuta, originale riflessione sul tema del comodato (cfr. E. BRUNORI, *Del comodato*, in *Commentario al Codice Civile*, dir. da M. D'Amelio ed E. Finzi, vol. II, parte II, Firenze, Barbera, 1949).

contraddire perentoriamente Maestri indiscussi come Calamandrei, Allorio, Micheli, o a dialogare paritariamente con il correlatore Carnacini, allora già Ordinario nella Università di Modena.

3. In quello straordinario studio professionale, dove — nella biblioteca personale dell'avvocato — facevano bella mostra di sé i grandi classici della letteratura giuridica moderna (a cominciare da quei costruttori di concetti che furono i pandettisti tedeschi dell'Ottocento), io potei affinare compiutamente le mie capacità di diagnosi giuridica; in quello studio ebbi anche la prima percezione che la fucina del pensiero giuridico non fosse riserva esclusiva degli Istituti universitarii, ma avesse trovato ben spesso anche negli stessi laboratori forensi ottimi terreni germinali.

E vorrei su questo punto rassicurarVi: non lo dico per carpire il Vostro applauso, visto che la maggioranza dei miei uditori è formata da giovani e meno giovani avvocati. Ciò che ho detto ora, l'ho scritto a chiare note quasi quaranta anni fa, quando promossi e avviai la pubblicazione dei 'Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno', ed è segnato chiaramente nella 'pagina introduttiva' del primo volume; ed è scritto altrettanto chiaramente nella 'voce' 'Pensiero giuridico' da me redatta per un dizionario di teoria e sociologia del diritto ⁽³⁾.

È che la nostra scienza giuridica non galleggia nell'empireo come una nuvola; è, al contrario, un sapere incarnato, nasce nella vita, nell'esperienza quotidiana, e per la vita, per ordinare e salvaguardare la vita.

Questa elementare verità fu orgoglioso di conclamarla, nel suo 'intervento' al Congresso del '47, il Presidente dell'Ordine forense fiorentino di allora, Adone Zoli, futuro protagonista della vita politica italiana, quando volle mettere in rilievo la figura di Gustavo

⁽³⁾ Si trattava del 'Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit' organizzato e diretto da André-Jean Arnaud. Il testo della 'voce' può leggersi anche nel testo originale italiano (cfr. P. GROSSI, *Pensiero giuridico-Appunti per una 'voce' enciclopedica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988)).

Bonelli ⁽⁴⁾, che non ricoprì mai una cattedra universitaria, che trascorse tutta la sua vita di lavoro come avvocato all'interno dell'ufficio legale della 'Banca d'Italia', senza che ciò gli impedisse di essere una delle forze speculative più vive e vivaci della scienza giuridica italiana, autentico costruttore delle più fini elaborazioni concettuali della nostra riflessione commercialistica. Io non ho mai nascosto la mia ammirazione per questo grande giurista ⁽⁵⁾, e sono stato lieto di raccogliere — qualche anno fa — l'invito dell'Ufficio Studi della Banca d'Italia, desiderosa di far luce sulla personalità scientifica di questo suo singolarissimo avvocato. Sono il primo a sperare che all'invito consegua una prossima realizzazione.

4. Ma è ora che io venga allo specifico tema assegnatomi dagli amici Alpa e Russo, che concerne la figura del Presidente del Consiglio Nazionale Forense di quel lontano 1947, Piero Calamandrei, un Maestro (tra l'altro, il mio Maestro) della scienza processual-civilistica, uno dei ri-fondatori — nel 1924 — della Facoltà giuridica fiorentina, un impegnato Costituente e, poi, membro autorevole del Parlamento nazionale, ma anche il titolare di uno dei più accreditati studi forensi fiorentini.

Personalità complessa, pluri-dimensionale, quella di Calamandrei, che è difficile disegnare sommariamente perché si corre sempre il rischio di non renderle piena giustizia. Il mio compito è reso, tuttavia, più semplice dal fatto che la mia messa a fuoco avrà un oggetto preciso da cui prendere l'avvio e su cui basarsi, ed è l'intervento tenuto da Piero in questo palazzo, qui accanto nel Salone dei Cinquecento, il 5 novembre 1947, nell'ambito del Congresso che noi celebriamo; un intervento che non è sito a qualificare centrale nella vicenda intellettuale di Calamandrei, specchio fedele della sua arte oratoria, ma, per quel che a noi più preme, della sua statura di giurista e soprattutto di uomo di cultura alla perenne ricerca di se stesso.

Liquidiamo il primo aspetto, che è assolutamente secondario ma

⁽⁴⁾ La menzione è, all'interno del volume di 'Atti', nello *Intervento* di Zoli, alla p. 39.

⁽⁵⁾ Mi basti citare la prima pagina del mio volume: *Scienza giuridica italiana-Un profilo storico 1860/1950*, Milano, Giuffrè, 2000, dove c'è un ricordo espresso di Bonelli.

su cui non mi sentirei di tacere: si tratta di un capolavoro di quell'arte oratoria, in cui il Nostro fu grande, un discorso indubbiamente scritto ma destinato ad essere letto dall'autore in un gioco sapiente di pause, soste, accentuazioni e attenuazioni del tono, congegnate per avvicinare l'uditorio; e non è un caso che egli lo abbia riservato in prima battuta alla Rivista napoletana "Oratoria", edita da 'La Toga' di Napoli e consacrata ad accogliere esercizi oratorii (notazione minima: il mio primo incontro con il suo testo io lo ebbi grazie a un modesto estratto da questa Rivista — che tuttora possiedo — donatomi proprio da Brunori, stampato nella carta povera di quel povero dopoguerra) (6).

V'è, però, un'altra specularità ben più sostanziosa. Calamandrei vi affronta il tema/problema di tutta la sua vita di giurista: quello della legalità, un tema/problema su cui ha martellato costantemente, ma che qui, in quest'anno 1947, sembra congiungersi più strettamente con le esigenze di una maggior giustizia effettiva. Anno che, situato immediatamente a valle di una immane tragedia, pone il maturo processualista di fronte a tanti nodi che lui riteneva di avere sciolto definitivamente, che invece si ritrova intatti e ingombranti, ma che affronta con coraggio ed umiltà.

L'intervento calamandreiano è, infatti, lo specchio fedele di una vicenda esemplare di vita; esemplare perché non si identifica in una sequela piatta e neutra di giorni, mesi ed anni, ma che è *itinerario*, cioè ricerca del sentiero più giusto da percorrere, cioè ricchezza sempre nuova e mutevole. Dico ricchezza, perché Calamandrei è un personaggio in ascolto, disponibile ad arricchirsi nel colloquio con l'altro, magari modificando vecchie certezze; insomma, l'opposto del fanatico e del dogmatico.

Seguire il suo itinerario, o, se vogliamo, il trasformarsi e perfezionarsi della sua statua interiore, costituirà l'orditura di questa Relazione, seguendo il filo conduttore di quella legalità che è al centro delle sue convinzioni e delle sue revisioni.

5. Basta dare uno sguardo comprensivo alla sua produzione scientifica per rendersi conto del costante affioramento: dopo il re-

(6) Era l'estratto da *Oratoria*, n. 1-2 del 1948.

moto saggio “Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità” pensato e redatto nella crisi del primo dopoguerra (7), è tutta una costellazione di sottolineature che ribattono sullo stesso chiodo fisso.

Vi continua a rimuginare sopra quando, alla fine del secondo conflitto bellico, ormai auto-esiliatosi a Collicello Umbro per sfuggire le persecuzioni nazi-fasciste, nel dicembre del '43 inizia a scrivere la ‘prefazione’ alla riedizione di Beccaria chiestagli dal fraterno amico Pietro Pancrazi, e dichiara altresì di voler scrivere un libro sulla legalità. È un libro che non scriverà mai, riducendo il progetto a un articolo — redatto a fine '44 per il settimanale diretto da De Ruggiero e Salvatorelli — e intitolato significativamente “La crisi della legalità” (8). Ancora: avuto l’incarico, nel '44, dalla Facoltà giuridica fiorentina di un ‘corso’ di diritto costituzionale, ripropone il tema ai suoi studenti, e ne nascono gli “Appunti sul concetto di legalità” (9).

1943 e 1944: sono gli ultimi atti di una costante coerenza, anche se si sta esaurendo la sicura persuasione che lo aveva fatto sempre sentire in perfetta consonanza con il prediletto Beccaria e con l’alto messaggio dell’illuminismo giuridico italiano. Ancora nel '40, il 21 gennaio 1940, riafferma un rigido atteggiamento legalistico in una conferenza agli universitarii cattolici fiorentini, che la nipote Silvia ha recentissimamente pubblicato presso l’editore Laterza (10); e nel '41, presentando ai giuristi italiani il nuovo Codice processuale, non manca di tratteggiare i giuristi quali “tecnici dell’applicazione delle leggi”, invitandoli “alla esegesi e alla descrizione” e ad “andar tra gli uomini a spezzare tra loro il pane della legalità”, essendo essi nulla più che “gli ausiliari fedeli e insostituibili della legalità” (11).

L’innamorato cantore della legalità non aveva un minimo di

(7) Risale, infatti, al 1921; ora si può leggere in *Opere giuridiche*, Napoli, Morano, 1968, vol. III.

(8) Apparve nel n. 4, del 31 dicembre 1944, del settimanale di politica e letteratura ‘La nuova Europa’; è ora leggibile in: *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. Bobbio, Firenze, La Nuova Italia, 1966, vol. I, T. I.

(9) Firenze, Ed. Universitaria, 1944, ristampato senza l’appendice di testi costituzionali in: *Opere giuridiche*, cit., vol. III.

(10) P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, a cura di Silvia Calamandrei, Roma/Bari, Laterza, 2008 (con saggi di G. Alpa, P. Rescigno, G. Zagrebelsky).

(11) *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. I (le citazioni riportate nel testo sono, rispettivamente, alle pp. 465, 473, 467).

esitazione nel ridurre tutti i giuristi (ma soprattutto i giudici) a un ruolo umile, modestissimo, pressoché inerte e passivo. Ma dove l'empito legalitario tocca il suo acme è nella famosa recensione che, nel 1942, il Nostro scrive al libro del filosofo Flavio Lopez de Oñate su "La certezza del diritto" (12); un libro che legge con entusiasmo, arrivando anche a fraintendere l'autentico messaggio filosofico di quelle pagine (13). Non ci interessa affatto se non è stato interpretato fedelmente lo spessore filosofico voluto da Lopez; ci interessa l'incondizionato elogio calamandreiano della legalità, "questo culto della legalità a tutti i costi, questo sconsolato ossequio alle leggi *solo perché sono tali*" [il corsivo è mio] (14). Ossia, l'ossequio a una legalità formale, a leggi valorizzate come vasi vuoti prescindendo completamente dai contenuti in esse inseriti.

Qui Calamandrei ci appare l'erede diretto di quella riflessione giuridica squisitamente moderna che aveva trovato i primi spregiudicati espositori, a fine Cinquecento, in Montaigne e in Bodin (15), e che era arrivata alla mitizzazione di legislatore e legge. Due anni dopo, nella Università ormai libera, vittima ancora di questa strategia mitizzante, il Maestro credette bene di consegnare agli studenti fiorentini il solito messaggio pienamente intriso di passato: "nel sistema della legalità giustizia non vuol dire altro che conformità alla legge; il giudice non ha altro modo di essere giusto che quello di conformare la sua sentenza alla volontà della legge" (16).

6. Se si collocano nel tempo queste esternazioni contrassegnate da un autentico spasmo legalitario — anni '40, '41, '42 — non si può

(12) *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. I.

(13) Lopez si muoveva, infatti, in una dimensione prettamente filosofica e la sua certezza era un *prius* rispetto al problema della frizione fra certezza e giustizia nella legge positiva, che interessa soprattutto la riflessione dei giuristi. Lo notò con obiettività Giuseppe Capograssi nella prefazione scritta nel 1950 per la ristampa del libro di Lopez, sia pure a proposito di una recensione di Carnelutti; ma il problema era identico (da leggersi ora in: G. CAPOGRASSI, *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. V, p. 81).

(14) *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, cit., p. 511.

(15) Mi sia consentito di rinviare ad alcune mie puntualizzazioni: P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007³, soprattutto pp. 31 e 37.

(16) *Appunti sul concetto di legalità*, cit., p. 69.

non essere aggrediti da una elementarissima ma sconcertante constatazione: sono esternazioni successive a tante manifestazioni ripugnanti della legalità fascista e soprattutto a quell'orrore etico, a quella incancellabile vergogna giuridica rappresentata dalle leggi razziali del 1938. E non può non venire a mente la sofferenza sincera che provocarono nello stesso Calamandrei quando arrivarono a colpire il suo amico fraterno Federico Cammeo. Con il suo stile evocatore, in pagine commemorative ricche di una forte e sentita dimensione emozionale ⁽¹⁷⁾, è proprio Piero a urlare contro quelle leggi infami, contro lo stato di prostrazione, di umiliazione, di squallore in cui era stato ridotto Cammeo, il giurista eccelso, l'avvocato di grido, il docente amato e ammirato, il consulente che — malgrado la mai smentita fede israelita — Pio XI aveva scelto quale disegnatore dell'ordinamento giuridico del nuovo Stato vaticano ⁽¹⁸⁾.

Un abominio fascista che aveva trovato nella legalità la propria giustificazione formale. Sì, legalità, perché di atti legislativi si trattava, formati con la puntigliosa osservanza del procedimento previsto per ogni legge. Erano leggi — le leggi razziali — e formalmente ineccepibili, probabilmente eccellenti da un punto di vista puramente tecnico. Non siamo, poi, molto distanti dalla suadente scritta inneggiante al lavoro collocata sopra il cancello d'ingresso al campo di sterminio di Auschwitz.

E allora? Allora, perché? Perché il perdurare di un atteggiamento filo-legalitario quando la legalità troppo spesso celava e copriva scelte e contenuti così riprovevoli? È un groppo di domande che si impone e che l'interprete della vicenda intellettuale di Calamandrei non può eludere. In altra sede ⁽¹⁹⁾, quando più di venti anni fa fui chiamato a disegnare la storia della Facoltà giuridica fiorentina fino al 1950, io esaminai diverse risposte di diversi osservatori, manife-

⁽¹⁷⁾ *Federico Cammeo nel decennale della sua morte*, ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. X.

⁽¹⁸⁾ E che lo stesso Cammeo fu orgoglioso di esporre in un ampio volume da lui pubblicato a Firenze nel 1932 (da leggersi ora in una recente ristampa: F. CAMMEO, *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2005).

⁽¹⁹⁾ P. GROSSI, *Stile fiorentino-Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859/1950*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 147 ss..

stando anche una sostanziale insoddisfazione e avanzando — all'opposto — quella che mi pareva una motivazione maggiormente appagante, motivazione che ancor oggi sufficientemente mi appaga.

Calamandrei appartiene a quella intelligente borghesia toscana che si era nutrita e saziata del rinnovamento illuministico voluto e avviato dal non dimenticato granduca lorenese Pietro Leopoldo, si sente a suo agio nell'onda lunga del filone illuministico che aveva trovato adesioni pressoché unanimi fra gli intellettuali italiani. Le convinzioni illuministiche si erano concretate in soluzioni giuridiche che sembravano vette supreme ed ultime: uguaglianza giuridica, certezza e chiarezza del diritto, primazia della legge come la sola fonte esprimente la volontà generale, fiducia completa in quel modello di uomo al di sopra delle passioni che è il Principe, il titolare della sovranità, alla cui voce autorevole — la legge — non si può non dovere obbedienza.

Vette supreme e ultime, quindi verità indiscutibili. Forse, qualcosa di più: addirittura un complesso di credenze da far proprie. A mio avviso (e l'ho scritto anche altre volte), Calamandrei è il portatore di una intensissima, quasi plagiante, ideologia giuridica illuministica, che si è in lui tanto immedesimata da non consentirgli di oggettivarla criticamente, di cogliere la dimensione mitologica da cui quella ideologia era vistosamente permeata. Ancora nel 1944, quando tutto sembrava crollare all'intorno, e quando — come vedremo — si stanno profilando grosse incrinature nella compattezza del credo calamandreiano, eppure egli lo ripropone agli allievi fiorentini del suo 'corso' costituzionalistico, e ripropone i suoi prediletti classici, i protagonisti dell'illuminismo giuridico italiano, primo fra tutti Beccaria, e subito dopo Muratori e i fratelli Verri.

La luce brillante del Principe illuminato, di cui Beccaria parla con fervore nel suo libretto, modello di uomo al di sopra delle passioni e interprete esclusivo della volontà generale, arriva intatta fino agli anni Trenta/Quaranta del Novecento abbacinando il giurista italiano e attenuando di parecchio le sue capacità critiche.

Ovviamente, sempre dietro Beccaria, e sempre nel solco del credo illuministico, a fronte della fiducia nel legislatore, continua la sfiducia nel giudice e nel suo arbitrio. Calamandrei sembra avere ben presente la pagina icastica e unilaterale, in cui il grande milanese si era compiaciuto di disegnare il giudice immerso nel particolare,

vittima delle passioni, vittima addirittura della buona o cattiva digestione che ha avuto nella notte e che condizionerà l'indomani l'equità o l'iniquità della sentenza (20).

Questo accenno alla diffidenza nel giudice quale produttore di diritto, ci conduce pianamente a un'altra sicura motivazione del legalismo calamandreiano. Egli è legalista anche perché gli fanno orrore le vicine esperienze europee totalitarie, la nazista e la sovietica, dove si va ben oltre gli orientamenti del 'diritto libero' di marca kantorowicziana e dove il giudice, soltanto perché ferreamente aderente alla ideologia dominante, può permettersi un arbitrio pressoché illimitato. Calamandrei ritorna parecchie volte sul punto, facendo continui riferimenti alla Germania nazional-socialista e alla Russia sovietica, spettri da esorcizzare percorrendo una strada protetta dagli argini alti di un rigido legalismo.

7. Dunque, orrore per i poveri cittadini nelle mani di giudici onnipotenti, ma soprattutto una ideologia giuridica post-illuministica che è calata nello *interior homo* fino a plasmarlo e a condizionarlo interamente.

Ma Calamandrei ha gli occhi ben aperti sul mondo, e quegli occhi non possono lasciare a lungo impassibile un personaggio segnato da una probità intellettuale a tutta prova. E accanto alle conclamazioni legalistiche affiorano dubbii, tracce di incrinature che si stanno generando negli strati più riposti dell'animo.

Alcuni giorni dopo aver tenuto la sua conferenza legalistica presso la FUCI fiorentina, il 27 gennaio del 1940, egli non può fare a meno di annotare sul suo 'Diario', strumento oggi per noi preziosissimo, alcune domande che non hanno una risposta pronta ma che egli vuol proiettare nel profondo della sua coscienza: "Ma siamo poi nel vero a difendere la legalità? È proprio vero che per poter riprendere il cammino verso la 'giustizia sociale' occorre prima ricostruire lo strumento della legalità e della libertà? Siamo noi i precursori dell'avvenire o i conservatori di un passato in dissoluzione?" (21). E ha fatto benissimo la nipote Silvia a trascrivere il

(20) C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, §. IV — *Interpretazione delle leggi*.

(21) *Diario 1939-1945*, a cura di G. Agosti, Firenze, La Nuova Italia, 1982, T. I, in data 27 gennaio 1940.

frammento di diario in esergo al libretto laterziano. L'impassibilità sta cedendo alla disponibilità e all'ascolto, la certezza al dubbio; e sulla muraglia prima compatta comincia a serpeggiare una incrinatura.

Ancora. Se, a fine '44, egli assume a oggetto del suo 'corso' costituzionalistico (già lo sappiamo) il tema della legalità, egli non lo risolve e non lo chiude nel vecchio culto della legge pur che sia, contenitore quasi sacro e insindacabile nei suoi contenuti; avanza — invece — una distinzione fra 'legalità in senso formale' e 'legalità in senso sostanziale', complicando il paesaggio giuridico e insinuando una nozione assolutamente nuova nella storia del legalismo moderno, nuova perché fa capo a precisi contenuti politico-sociali. 'Legalità in senso sostanziale' significa, infatti, secondo questo parzialmente uomo nuovo, "partecipazione di tutti i cittadini alla formazione delle leggi" e "preventiva delimitazione dei poteri del legislatore" (22), e l'insinuazione più corrosiva, più alterante i consolidati sacrari mitologici è la venatura di sfiducia nel legislatore, o, almeno, l'eclisse dell'affidamento completo, assoluto, di prima.

Né dobbiamo omettere di ricordare una circostanza già puntualizzata poco sopra, e qualificata come significativa: a fine '44 si propone di scrivere un libro sulla legalità che non scriverà mai, arrivando solo a buttar giù un articolo sulla 'crisi della legalità', dove la adamantina, pura e semplice, nozione di legge attenua il suo carattere di schema formale a-contenutistico per diventare "auto-disciplina voluta", unica garanzia per evitare alla legge il marchio infamante di "tirannia imposta", rispetto alla quale si imporrebbe il deflagrante dovere civico di trasgredirla (23).

8. Che sta succedendo? E perché l'itinerario di Calamandrei, da lineare che era, si complica e, almeno ai miei occhi, si arricchisce parecchio?

Anni politicamente ed economicamente rovinosi questi del momento finale della guerra, ma fertilissimi giacché, al grigio immobilismo della dittatura, comincia a profilarsi il primo disegno di un mondo rinnovato, e la grande risorsa della speranza torna a fecon-

(22) *Appunti sul concetto di legalità*, cit., Premessa, p. 56.

(23) *La crisi della legalità*, cit., pp. 80-81.

dare gli uomini di buona volontà; e nella Firenze liberata riprendono ad agire liberamente tante energie prima soffocate, costrette al silenzio, al carcere. In una vita politico-sociale ormai enormemente mossa e diversificata Piero si trova a stretto contatto con personaggi portatori di valori differenti, di valori lontani da quelli del suo ceppo familiare fondati su una tradizione qualificabile sommariamente come liberale, laicista, risorgimentale. Ora, egli è chiamato a fare i conti con i cattolici e i marxisti, lui così alieno da posizioni cattoliche e marxiste, lui che non è né sarà mai cattolico e marxista.

Ma non saranno solo i primordii di vita democratica a Firenze a mettere a dura prova la sua statua interiore così illuministicamente modellata. Di lì a poco comincerà per Piero l'esaltante, coinvolgente ma anche ardua esperienza della Costituente, dove, da protagonista, si troverà al centro di un fitto reticolato dialogico con personaggi di altissimo livello ma ideologicamente lontani, forse opposti. Le menzioni potrebbero essere numerose; mi limito a citare due cattolici, due giuristi che hanno idee assai chiare nella loro testa, Giuseppe Dossetti e Giorgio La Pira, o quell'uomo di aguzza intelligenza e di raffinata cultura (basterebbe pensare alla qualità della sua gestione di 'Rinascita') che fu Palmiro Togliatti.

Calamandrei, uomo in perenne ascolto, non respinge sdegnato le istanze innovative, ma le registra; dapprima in cuor suo, ma immediatamente dopo rende conto del suo filo riflessivo, manifestando senza finzioni la burrasca dalla quale si sente investito. Ed è schietta la disponibilità a mutare avviso, a lasciare posizioni per lui consolidate, ad avventurarsi in un terreno più infido ma che la sua sensibilità di vivace uomo di cultura gli fa percepire come maggiormente congeniale ai tempi nuovi che avanzano. La vita prosegue come itinerario, come ricerca spassionata di nuovi assestamenti, proiettata verso il futuro, anche se è scomodo e difficile il processo di conversione a nuovi modelli intellettuali ed esperienziali.

Ecco. Il culmine di questo itinerario è rappresentato proprio dal solenne discorso che Calamandrei pronuncia qui, in Palazzo Vecchio, il 5 novembre 1947 quale Presidente del democraticamente eletto Consiglio Nazionale Forense. È in memoria di un avvocato fiorentino, Enrico Bocci, un martire della Resistenza, ma anche di "tutti gli avvocati d'Italia caduti per la libertà". Sulle qualità stilistiche del discorso mi sono già soffermato. Ora, mi preme di cogliere

il suo significato di tappa rilevante nel processo paligenetico del Nostro.

Egli non è sgomento di fronte a novità tanto erosive per la solidità della sua statua interiore; si potrebbe, al contrario, affermare che si dà da fare per contribuire alla rifondazione di un uomo nuovo. Vi si citano ancora i prediletti illuministi — Beccaria, Pietro Verri —, ma per andare oltre. Il vecchio illuminista getta via senza troppi rimpianti la vecchia veste, che aveva indossato con tanta convinzione e soddisfazione, quella — però — che, già nel 1940, dopo la conferenza agli universitarii cattolici fiorentini, aveva provocato degli interrogativi che si traducevano sostanzialmente nella proposta d'una scelta coraggiosa: mantenersi addosso i panni di “conservatore d'un passato in dissoluzione” o indossare quelli di “precursore dell'avvenire”?

Una nuova visione sottopone a un radicale lavacro gli occhi del giurista; ora, egli non sembra più il personaggio distaccato, impassibile, di ieri. La tragedia immane di quegli anni duri, vissuta fino in fondo, lo ha rinnovato, e il fulcro di questo rinnovamento è costituito nella sua immersione entro l'incandescenza del magma storico: “nessuno, meglio dei giuristi, ha potuto misurare la vastità di questa disgregazione in cui la società umana è stata sul punto di naufragare” (24). Finalmente, il giurista si è rivestito di carne e di ossa, mentre i sillogismi riservati a lui da Beccaria non gli bastano più.

Quando, nel 1958, il Consiglio Nazionale Forense provvede a una solenne commemorazione del suo insigne primo presidente democratico, il commemorante — che era il Vice-presidente Vittorio Malcangi — credette di riportare (e fu scelta opportuna) un frammento calamandreiano dal tono schiettamente confessorio (25). Lo faccio io qui, a mia volta, perché ci offre un contributo rilevante: “quanto più passano gli anni e più si allunga la mia esperienza forense, che ha già superato il quarantennio [è Piero che parla],

(24) *Intervento di Piero Calamandrei*, in *Atti del Primo Congresso Nazionale Forense del secondo dopoguerra*, cit., p. 53.

(25) V. MALCANGI, *Commemorazione solenne di Piero Calamandrei ad iniziativa del Consiglio Nazionale Forense*, in *Atti del Primo Congresso Nazionale Forense del secondo dopoguerra*, cit., p. 178.

tanto più si accresce la mia diffidenza, che certe volte si avvicina al terrore, per la logica giuridica”.

Mi verrebbe voglia di dire: ‘quam mutatus ab illo’! Non più il giurista neutrale, una sorta di a-sessuato, un puro loico dedito unicamente a esercizi sillogistici; non più il giurista as-tratto dalla carnalità della storia quotidiana, non più l’esegeta passivo descrittore di una volontà aliena immobilizzata in un testo cartaceo. Sono crollate — o stanno crollando — purezze e astrattezze, e crollano le mitologie illuministiche chiamate a fondarle, sorreggerle, fortificarle. E Calamandrei, nella sua probità intellettuale, nella sua viva coscienza etica, ne prende atto con franchezza.

Il discorso del’47 in Palazzo Vecchio — il ‘nostro’ discorso, se così vogliamo dire — è l’acceso segnale che Piero ha lasciato la quiete e comoda nicchia all’ombra del legislatore ed è coraggiosamente asceso a un crinale alto, a un vero spartiacque da dove si può non soltanto contemplare un paesaggio ben più complesso, ma cogliere di questo paesaggio il respiro ampio e le novità piene di futuro. Ora, la legalità fascista viene spogliata degli orpelli formali che ne celavano le nudità vergognose, e viene gettato alle ortiche un artificioso mantello legalitario che, a un esame impietosamente oggettivo, appare inadatto ed iniquo: “custodi per vocazione della santità delle leggi, abbiamo dovuto vivere un periodo in cui violare le leggi era diventato un mezzo di civile protesta e di ribellione generosa all’oppressione” (26).

Sono passati solo cinque anni dalla clamorosa recensione a Lopez de Oñate, dove l’assillo legalitario era portato ben al di là dei limiti pretesi dalla vigilanza etica, dove si esigeva obbedienza ad ogni comando, con qualsivoglia contenuto, purché provenisse per il tramite nobilitante e purificante di un procedimento legislativo. Nel ’47 gli occhi non sono più velati, e le stesse cortine mitologiche si sono dissolte nel crogiuolo dissacrante della storia italiana ed europea degli anni Quaranta.

E non sarà male, anche se richiede a Voi una ulteriore pazienza, leggere il messaggio finale del discorso, dove Calamandrei intende parlar chiaro, evitando ogni possibile ambiguità, e mettendo così in

(26) *Intervento di Piero Calamandrei, in Atti del Primo Congresso Nazionale Forense del secondo dopoguerra, cit., p. 54.*

discussione un lungo segmento del proprio itinerario riflessivo: “sì, la legalità è molto, ma non è tutto; l’abbiamo difesa in tempo di disfacimento giuridico, ma *ora non ci basta più* [il corsivo è mio]. Al di sopra e al didentro delle leggi scritte, di cui noi siamo i custodi e gli interpreti, ci occorrono quelle leggi non scritte di cui parlava Antigone, quella legge di cui parlava, prima di morire, Cino da Pistoia, nostro confratello, ‘che scritta in cuor si porta’” (27).

Come farà tra poco il più anti-formalista fra i giuristi italiani, Tullio Ascarelli (28), anche Calamandrei si richiama ad Antigone, e tornerà a riferirvisi in quello che è verisimilmente il suo ultimo scritto, l’arringa del 1956 in seno al processo palermitano contro Danilo Dolci (29); e si richiama a Cino, il giurista/poeta, figlio di una civiltà integralista e protagonista di quel diritto comune dell’Europa medievale quando costruttori del nuovo diritto non erano i Principi legislatori bensì i giuristi.

Antigone e Cino da Pistoia, ‘nostro confratello’, sono portatori di un medesimo vessillo su cui è impressa la medesima insegna: la giuridicità non si esaurisce al livello del semplice diritto positivo, ma si esprime in una dialettica più complessa dove convergono due piani ben differenziati: in basso, i diversi diritti positivi ‘creati’ da questo o quel Principe, da questo o quello Stato; in alto, sovrastante, il diritto naturale; l’uno scritto nelle leggi, l’altro nel cuore di ogni uomo; l’uno rigidamente territoriale, l’altro universale; l’uno esprime la volontà del detentore del potere supremo, e pertanto autoritario, l’altro esprime la razionalità e la ragionevolezza, e pertanto necessariamente equo.

Il nostro Calamandrei è schiettissimo: non si tratta più della dialettica, significativa ma ancora un po’ ambigua, fra legalità formale e legalità sostanziale presente nel ‘corso’ del ’44; qui, ormai, tutti i nodi sono stati sciolti e il problema della legalità è divenuto complesso perché scandito in due piani. Ed è singolare che un giurista di *civil law*, come Calamandrei, ben immerso nella tradizione dello

(27) *Intervento di Piero Calamandrei*, in *Atti del Primo Congresso Nazionale Forense del secondo dopoguerra*, cit., p. 56.

(28) Ascarelli lo farà spesso in parecchie sue pagine; ma si veda soprattutto: *Antigone e Porzia*, ora in *Problemi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1959.

(29) Si veda più sotto alla nota 46.

Stato liberale di diritto, parli disinvoltamente di diritto naturale, nozione reietta e spregiata perché maleodorante di metafisica, perché mette confusione nelle teste dei giuristi, i quali devono — al contrario — fare i conti con l'unica dimensione (che si pretende) scientifica del diritto, e cioè quella meramente positiva.

Dai problemi, dai dubbi, dalle incrinature siamo giunti a nuove certezze e, conseguentemente, alla revisione di atteggiamenti del passato ripetuti per lunga pezza. Come ho già detto, Calamandrei non elude, ma registra con franchezza assoluta. Si sta per inaugurare una nuova fase della sua riflessione, una tappa ulteriore della sua ricerca della verità.

9. Fase che ha la sua compiuta epifania nel solenne discorso inaugurale che spetta a Calamandrei di tenere, come cattedratico di 'diritto processuale civile' nella Facoltà giuridica fiorentina, in seno alla grande assisa internazionale della disciplina processual-civilistica convocata a Firenze nel 1950.

Una prima puntualizzazione: il tema da lui scelto — "Processo e giustizia" —, è un tema che un severo legalista avrebbe accuratamente evitato come il fumo negli occhi, e che, invece, lui vuole aggredire frontalmente.

Una seconda puntualizzazione: il tono è apertamente confessorio, quasi un pubblico esame di coscienza che egli sente il bisogno di manifestare come per sgravarsi l'animo da un grosso peso: "per noi processualisti giustizia ha voluto dire finora legalità... la giustizia intrinseca della legge, la sua rispondenza sociale, la sua moralità non tocca noi processualisti (*almeno così si è sempre insegnato*)" ⁽³⁰⁾ [il corsivo è mio].

Il che vale dire che è tempo di voltar pagina, che siamo già in una fase profondamente nuova e che ci si deve affrettare a cambiar tradizioni vulgate non più corrispondenti a esigenze effettive. E, proprio perché di confessione si tratta, Calamandrei si aggrappa a testimonianze — apparse tutte sulla 'Rivista di diritto processuale' — che indicano con un notevole grado di audacia i nuovi sentieri da percorrere: l'ultima lezione di Carnelutti "Torniamo al giudizio", del

⁽³⁰⁾ *Processo e giustizia*, ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. I, p. 573.

1949, con la rivalutazione dell'insostituibile sapere intuitivo del giudice ⁽³¹⁾; il saggio di Satta su "Il mistero del processo" sempre del '49 ⁽³²⁾; il saggio di Capograssi del 1950 su "Giustizia processo scienza verità" ⁽³³⁾. Ma il Nostro va oltre: ha letto con interesse, anche se — forse — con qualche turbamento, la allocuzione di Pio XII ai Giuristi Cattolici, così disinvoltamente anti-formalista ⁽³⁴⁾; e gli è restato impresso nella mente un fascicolo di 'Esprit', la Rivista di Mounier e dei cattolici neoterici francesi, dedicato alla giustizia (fascicolo che il Nostro non è a qualificare come "memorabile" ⁽³⁵⁾). È facile l'annotazione che sono tutte voci provenienti dall'area cattolica.

È chiaro che Calamandrei vi percepisce germi di novità, ed entra volentieri in dialogo con quelle voci, certo che solo lì avrebbe trovato la forza culturale e anche gli ausilii metodologici per imbastire un progetto idoneo a costruire l'immediato futuro alle porte. Sente, insomma, che deve voltar pagina: "tutto il sistema della legalità è rimesso in discussione; è il problema delle relazioni tra la legge positiva e il diritto naturale, tra Stato e società, che si ripropone" ⁽³⁶⁾. Il riferimento al diritto naturale è ripetuto, quasi ribadito; quello che poteva sembrare un accenno episodico si sta trasformando in un indirizzo di pensiero.

L'anno dipoi, nel 1951, ospite della Facoltà giuridica patavina nell'ambito del celebre ciclo di conferenze su "La crisi del diritto", ritorna a martellare sul tema/problema di questi anni della sua maturità intellettuale; il titolo prescelto è "La crisi della giusti-

⁽³¹⁾ F. CARNELUTTI, *Torniamo al 'giudizio'*, in *Rivista di diritto processuale*, IV (1949), P. I.

⁽³²⁾ S. SATTA, *Il mistero del processo*, in *Rivista di diritto processuale*, IV (1949), P. I.

⁽³³⁾ G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Rivista di diritto processuale*, V (1950), P. I.

⁽³⁴⁾ "quando ..., nella recente allocuzione del Pontefice ai giuristi cattolici, sentiamo riproporre non più in termini di politica, ma in termini di morale cristiana, il problema della legge moralmente ingiusta e del dovere del giudice di rifiutarne l'applicazione, allora ci accorgiamo che nel discutere dei poteri del giudice e della funzione del processo, in realtà tutto il sistema della legalità è rimesso in discussione" (*Processo e giustizia*, cit., p. 576).

⁽³⁵⁾ Si tratta del numero di *Esprit* dell'agosto 1947.

⁽³⁶⁾ *Processo e giustizia*, cit., p. 576.

zia”⁽³⁷⁾, e il lettore è ancora una volta colpito dal suo rifar capo — nuovamente, insistentemente — alla anti-formalistica allocuzione di Pio XII, cui si aggiunge — questa volta — il disteso ricordo di un lungo soggiorno in Inghilterra⁽³⁸⁾, terra di *common law*, dove, ancora in piena età moderna, perdura una visione medievale del diritto e un ruolo creativo del ceto giudiziale.

Calamandrei ha respirato a pieni polmoni l’aria fresca di Oltremarina, e il disegno di un rinnovando paesaggio giuridico continentale ne è uscito convalidato e anzi rafforzato. E si arriva prontamente alla de-mistificazione delle vecchie purezze: “non è soltanto la crisi della legalità, è la crisi del giurista puro e della pura logica giuridica”⁽³⁹⁾. E con sempre maggiore distacco guarda alla pretesa neutralità del giurista, che oggi — 1951 — gli appare come una pseudo-verità da relegare nella bottega del rigattiere: “si parlava della indifferenza del giurista per contrapporla alla parzialità, o anzi alla faziosità, del politico... Ho il sospetto che questa pretesa indifferenza del giurista sia una illusione”⁽⁴⁰⁾.

Illusione! Finalmente gli è uscita di bocca la parola che registra e fissa la qualità mitologica di un sapere dominante, di un grande ideario nel quale egli aveva appassionatamente creduto, di un breviario di verità che si sta sgretolando come argilla al sole dimostrando la sua inconsistenza.

Calamandrei sembra, in questi primi anni Cinquanta, aver riconquistato quella penetrante lucidità dei propri occhi che gli consente di oggettivare, di cogliere con distacco critico i reali contorni di figure, che la vecchia lanterna magica della visione ideologicamente assai segnata aveva — prima — deformato e falsato.

Ora, davanti all’erede della tradizione illuministica, all’innamorato cantore delle garanzie dello Stato di diritto di stampo borghese, la nuova messa a fuoco dei suoi occhi nuovi rivela forme e formalismi che troppo spesso non hanno riscontro nel crudo paesaggio della effettività giuridica quotidiana. Ora, davanti all’osservatore lucido del proprio tempo c’è solo la storia, la storia di tutti i giorni

⁽³⁷⁾ *La crisi della giustizia*, ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. I.

⁽³⁸⁾ *La crisi della giustizia*, cit., pp. 579-81

⁽³⁹⁾ *La crisi della giustizia*, cit., p. 584.

⁽⁴⁰⁾ Loc. ult. cit..

con il suo fardello di miserie reali, con i suoi segni che l'intellettuale è chiamato a leggere malgrado il loro messaggio disperante, quella storia che è impastata assai poco di logica, di geometrie, di sillogismi. Ma il Nostro non ne è sgomento, e ha invece il coraggio di orientare diversamente, alla bella età di sessantadue anni, la propria bussola. Ormai, in queste riflessioni finali, Beccaria e Muratori restano dietro le spalle.

Una conferenza barese del 1955 reca un titolo rischiosissimo, quasi avventato: "La funzione della giurisprudenza nel tempo presente" (41). Quello che era stato costruito come un patrimonio dogmatico insofferente all'usura del tempo, diventa — alla luce di un'analisi più realistica — nulla più che un prodotto storico. La rigida, inflessibile legalità in cui tante generazioni di giuristi, dal Settecento in poi, avevano dommaticamente creduto, prende la consistenza irritante di un espediente, di una strategia, di un semplice prodotto storico della mono-classe età borghese; un prodotto storico che la nuova età pluri-classe va lentamente ma progressivamente sostituendo.

Calamandrei non si sottrae al compito etico e sociale di rivalutare il ruolo del giudice, che è ormai uno degli edificatori del nuovo ordine giuridico in costruzione. In queste parole ultime, l'aborrito 'diritto libero' diventa agli occhi del vecchio processualista un altro modo di esprimere la giuridicità (42), mentre l'interpretazione evolutiva, da inammissibile stortura (com'era considerata dal legalismo post-illuministico), si trasforma — sono parole sue — in "una finestra aperta sul mondo" (43).

10. Credo che sia opportuno indirizzare al suo termine questo discorso che sta diventando troppo lungo e tedioso, ma non senza aver fatto cenno a un testo di straordinaria specularità perché

(41) *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. I.

(42) *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, cit., p. 606.

(43) *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, cit., p. 610: "l'interpretazione evolutiva, l'analogia, i principî generali, finestre aperte sul mondo, dalle quali, se il giudice sa affacciarsi a tempo, può entrare l'aria ossigenata della società che si rinnova".

specchio schietto dei succosi ripensamenti dell'ultimo Calamandrei, un testo che è probabilmente l'ultimo in assoluto da lui redatto: l'arringa pronunciata il 30 marzo 1956 dinnanzi al Tribunale Penale di Palermo nel processo contro Danilo Dolci, arrestato — com'è ben noto — per avere organizzato una manifestazione di protesta dei disoccupati. Di lì a qualche mese, il 27 settembre dello stesso anno, Piero avrebbe lasciato prematuramente questo mondo.

È un testo che incarna il più sentito elogio dei giudici e del loro ruolo che si potesse immaginare, un elogio ben diverso da quello che Calamandrei aveva scritto tanti anni prima ⁽⁴⁴⁾. Né credo che debba esser visto quale espediente per catturare i favori del collegio giudicante, come un osservatore malizioso potrebbe ritenere trattandosi di un atto defensionale, ossia di un atto di parte redatto dall'avvocato di Dolci. A mio avviso, esprime compiutamente — e conclude — un ripensamento fondamentale del processualista fiorentino sul sistema delle fonti in uno Stato di diritto trasformatosi in Stato 'sociale'.

Quel che colpisce è la storicizzazione del nostro tempo e delle sue esigenze, che non sono né possono essere quelle di ieri. Calamandrei, lettore attento dei segni: questo mi sembra l'atteggiamento del giurista fiorentino alla fine della vita; quindi, storicizzare; quindi, rifiutare soluzioni lontane come se fossero valedoli per l'eternità; quindi, recuperare al tempo 'attuale' quelle soluzioni ad esso congeniali e di cui la comune coscienza si è già impossessata. Tra queste soluzioni c'è il nuovo, decisivo ruolo del giudice come autonomo produttore di diritto.

Già nella conferenza barese dell'anno prima, con un atteggiamento decisamente storicistico, aveva sottolineato con forza le mutate esigenze dell'ora presente: “Vi sono tempi di stasi sociale in cui il giudice può limitarsi ad essere il fedele secondo del legislatore, il seguace che l'accompagna passo per passo, ma vi sono tempi di rapida trasformazione in cui il giudice deve avere il coraggio di esserne il precursore, l'antesignano, l'incitatore” ⁽⁴⁵⁾.

Identico il messaggio chiarissimo contenuto nella arringa per

⁽⁴⁴⁾ Il riferimento è a uno degli scritti più noti di Calamandrei, risalente al 1935: *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, che può ora essere letto nella recente ristampa curata da Paolo Barile (Firenze, Ponte alle Grazie, 1993).

⁽⁴⁵⁾ *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, cit., pp. 610-11.

Dolci, dimostrando nitidamente che egli non attuava una strategia avvocatesca, ma esprimeva una convinzione culturale: “Questo è uno di quei periodi, che ogni tanto si ripresentano nella vita dei popoli, in cui la gloria di poter costruire pacificamente l'avvenire, il vanto di poter guidare entro la legalità questa trasformazione sociale che è in atto e che non si ferma più, spetta soprattutto ai giudici” (46).

Ancora: “oggi l'Italia vive uno di questi periodi di trapasso, nei quali la funzione dei giudici, meglio che quella di difendere una legalità decrepita, è quella di creare gradualmente la nuova legalità promessa dalla Costituzione” (47).

Oggi, puntualizza Calamandrei, un *oggi* che ha bisogni nuovi e ai quali si deve corrispondere senza indugi; né può valere la ‘legalità decrepita’ in cui si era prima creduto e in cui Lui per primo aveva disperatamente creduto. La nuova legalità, che vede il giudice quale protagonista, ha ben poco da spartire con la vecchia; non è fossilizzata — come ieri — nella obbedienza cieca alla volontà autoritaria fermata in un testo, ma si incarna piuttosto in quel complesso di valori giuridici circolanti, che la Costituzione ha avuto la capacità di leggere nelle trame della società civile italiana e ha tradotto in un breviario essenziale di principii e di regole per il cittadino.

11. Ho detto, all'inizio, che identificavo Calamandrei in un uomo in ascolto e che lo snodarsi della sua vicenda di giurista mi pareva incarnare un autentico itinerario intessuto di probità intellettuale e di disponibilità. Un itinerario che è crescita, cammino ascensionale e che è pertanto destinato a giungere, prima o poi, al sommo di un crinale. Questo crinale è situato lì, negli anni dell'immediato dopoguerra, soprattutto nel 1947, in quel discorso di Palazzo Vecchio commemorante Enrico Bocci e tutti gli avvocati italiani caduti per la libertà; un discorso che costituisce per il ricostruttore della figura complessiva di Piero Calamandrei una tappa e, quindi, una data degna del nostro rispettoso ricordo.

Ho detto anche che il termine ‘itinerario’ mi pareva efficace per identificare un percorso né piatto né immobile né uni-lineare, ma, al contrario, reso elastico dalla disponibilità del camminatore. Un

(46) *In difesa di Danilo Dolci*, ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. X, p. 564.

(47) Loc. ult. cit..

osservatore superficiale, più che di disponibilità, potrebbe sentirsi autorizzato a parlar di incoerenza di fronte a ripensamenti sostanziali e sostanziosi da parte di Calamandrei, per giunta confessati pubblicamente con l'assoluta schiettezza che ho più sopra verificato.

Io non ho esitazione nel rifiutare una così riduttiva valutazione. Calamandrei è, piuttosto, un personaggio che ha vissuto intensamente il proprio tempo, un tempo storico segnato da rivolgimenti e mutamenti pesantissimi sotto ogni profilo; ne ha letto attentamente i segni e si è rifiutato di ingabbiarli in artificiose e costringenti armature.

Lo storico del diritto coglie nella sua aperta disponibilità la traccia viva di una sensibilità culturale e di una vigilanza etica che trasformano un agguerrito giurista in un facitore di storia: solo lasciandosi coinvolgere dal flusso storico si può — infatti — tentare di ordinarlo e di governarlo senza operare antistoriche resistenze di retroguardia.

Credo che questo suo messaggio noi dobbiamo farlo nostro. E dobbiamo raccogliere anche l'invito con cui Egli chiudeva, il 5 novembre 1947, quale Presidente del Consiglio Nazionale Forense, il discorso di Palazzo Vecchio, ripetendo il monito dell'avvocato Enrico Bocci, morente dopo le torture nazi-fasciste ma indomito e fermo in una ammirevole serenità spirituale: "Lavorate tranquilli"! Sì, amici avvocati, lavoriamo tranquilli, forti di quella etica della responsabilità che deve sempre orientare la nostra operosità di giuristi.

TESTIMONIANZA PER UN MAESTRO:
RICCARDO ORESTANO

1. Sono schiettamente felice di organizzare e definire in uno scritto le parole che improvvisai subito dopo le Relazioni di Bretone e Mantello raccogliendo l'invito cordialmente insistente di Giovanni Conso, giacché in tal modo la mia testimonianza per Riccardo Orestano — uno dei Maestri su di me più incisivi — acquista una positività maggiore.

Io non ho avuto il privilegio di essere scolaro di Orestano in una delle sedi universitarie dove si svolse il suo itinerario accademico, né ho mai avuto con Lui un rapporto di collaborazione universitaria, ma posso e debbo annoverarlo tra i miei Maestri. Con questa singolare notazione: che il suo magistero si è su di me intensificato via via che prendevo coscienza del mio 'mestiere' di storico del diritto e progressivo nella strada verso una più compiuta maturità intellettuale; buona sorte che non è toccata solo a me, ma a un numero vastissimo di giuristi, coltivatori dei più diversi campi dell'universo giuridico.

Certo, Orestano ha potuto contare su allievi diretti, che si sono fatti portatori del suo messaggio culturale nell'orbita specifica del diritto romano (disciplina da Lui costantemente insegnata) — e mi viene subito a mente uno dei primi, morto, ohimè!, giovanissimo, Luigi Raggi, cui ero legato da fraterna amicizia ⁽¹⁾ —, ma il magistero suo più efficace e forse più duraturo nello sviluppo della scienza giuridica italiana del Novecento si è dispiegato al di là degli storici del diritto.

La vicenda scientifica di Orestano ricorda da vicino quella di un personaggio che di lui fu sicuramente tra i mentori riconosciuti,

⁽¹⁾ Su Raggi si vedano le commosse, dense pagine evocative scritte dallo stesso Orestano (R. ORESTANO, *Luigi Raggi*, ora in *'Diritto'-Incontri e scontri*, Bologna, Il Mulino, 1981).

seguiti, ammirati, e cioè Giuseppe Capograssi. Il profondo ascendente del filosofo sulmonese lo si misura, infatti, non tanto sui filosofi del diritto da lui direttamente allevati, bensì sullo stuolo di giuristi con cui egli era in perenne colloquio culturale, sì da fare della sua casa romana di viale Mazzini il 'salotto' giuridico più frequentato e più influente soprattutto negli anni dell'immediato secondo dopoguerra (2). Se mi è consentita una memoria personale, ebbi modo di rendermene conto quando, giovane Preside della Facoltà giuridica maceratese, nella primavera del 1966, nella chiesa romana di San Carlo al Corso, partecipai a una messa di suffragio per il decennale della morte, e vidi riempirsi il vastissimo edificio sacro dei cultori delle più disparate branche del diritto positivo accorsi colà da tutta Italia.

Orestano non riceveva a casa sua alla stessa stregua di Capograssi, ma era anch'egli al centro di una raggiera estremamente ampia di rapporti, tanto da far di lui — dopo la scomparsa di Capograssi nel 1956 — uno degli interlocutori più richiesti e più ascoltati per ogni giurista che desiderasse fornirsi di solidi orientamenti metodologici e di robusti approfondimenti culturali. Guardando retrospettivamente alle vicende dei due grandi Maestri italiani, mi è sempre sembrato di cogliere in esse quasi due vite parallele, almeno sotto lo specifico profilo di una alta, singolarissima, suggestiva capacità di comunicazione pedagogica.

Resta, ora, da chiedersene le ragioni, che sono molte, e probanti. Le prime — dalle quali possiamo muovere — sono le seguenti.

2. La storia del diritto, così come Orestano la pensava, la progettava e la realizzava, aveva una valenza intimamente giuridica. Con questa affermazione, ai limiti dell'ovvietà e che può sorprendere un uditor ragionevole, intendo sottolineare l'atteggiamento peculiare di chi si sentiva essenzialmente un giurista, di chi si sentiva chiamato a porre in essere (sia pure sul piano storico) categorie ordinanti proprie alla conoscenza giuridica, nella persuasione che esse rappresentassero non un forzoso artificio degli addetti ai lavori,

(2) Lo notavo in un mio ideale dialogo con Capograssi (cfr. P. GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi* (2006), ora in *Nobiltà del diritto-Profilo di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008).

bensì un modo legittimamente autonomo di leggere e comprendere la società, traducendosi in una messa a fuoco di questa straordinariamente puntuale ed efficace.

Agli occhi del Nostro, il sapere tecnico, il complesso delle tecniche elaborate dai giuristi nella loro plurisecolare officina, non era un ciarpame astruso privo di agganci con la realtà e pertanto meritevole — se non di disprezzo — almeno del più completo disinteresse, ma piuttosto un prezioso strumento per ordinare, chiarificare, definire aspetti specifici del ‘sociale’ altrimenti inintelligibili. Certamente, occorreva penetrarne le cifre riposte, munendosi degli attrezzi usuali al banco di lavoro dei giuristi, ma, fatto questo primo passo di umiltà, le enigmatiche tecniche arrivavano a disvelare generosamente tutto un paesaggio retrostante — strutturale, sociale, economico, politico, culturale — che esse, lungi dal falsare, permettevano anzi di sorprendere con puntualità.

In altre parole, la storia del diritto di Orestano era ben al di dentro della scienza giuridica, e fruiva della sua metodologia, del suo linguaggio, dei suoi strumenti conoscitivi. Siamo, come si può ben vedere, assai lontano da quegli pseudo-storici del diritto che si limitano a guardare dall'esterno l'universo giuridico senza nemmeno tentare un percorso dentro le mura. Orestano ha, invece, bisogno di confrontarsi con i diversi cultori del diritto positivo, li legge, li medita, entra in dialogo con loro, li cita in quelle note spesso lunghissime ma dove — quasi sempre — non sono gli storici a farla da padroni.

Anche in questo atteggiamento — che è fondamentale nel Nostro, ed è altrettanto fondamentale per capirlo — è palese la consonanza con Capograssi. Io ricordo ancora, quando, nel mio noviziato accademico presso la cara Università di Macerata, Antonio Villani, l'ultimo allievo napoletano di Capograssi, mi riferiva il costante impegno del Maestro sulmonese nel leggere i giuristi, nel filosofeggiare sulle loro pagine, sulle loro architetture tecniche, che diventavano per il filosofo/giurista espressive di idealità e di ideologie a condizione che egli si fornisse di un adeguato cifrario. Atteggiamento reso esplicito dallo stesso Capograssi parecchie volte; un esempio particolarmente perspicuo è nella sua commemorazione di Giuseppe Chiovenda, giurista costruttore e sistematore, il cui

raffinato pensiero può essere percepito solo se il lettore riesce a oltrepassare l'arcigna barriera delle invenzioni tecniche ⁽³⁾.

3. Una seconda — e buona — ragione, strettamente consequenziale alla prima, è la certezza — di cui Orestano è stato sempre il fermo propugnatore — della unitarietà della scienza giuridica, una unitarietà riposante non su palafitticole finzioni ma su salde fondazioni epistemologiche.

Nella concezione orestaniana presente e passato non sono dimensioni disgiungibili; al contrario, si pongono in una stretta dialettica, dalla quale lo storico deve essere sempre salutarmente percorso. Il che non vuol dire operare un soffocamento dell'una o dell'altra; anzi, arrivare, grazie a una precisa analisi comparativa, a fortificarne le rispettive tipicità. Soltanto la piena consapevolezza del messaggio del presente può consentire la percezione e valorizzazione di quanto tipico sia il messaggio racchiuso in un passato prossimo e remoto. L'osservatorio comparativo unisce senza mescolare indebitamente; insomma, consegue il risultato di una compiuta storicizzazione.

Da questa netta posizione scaturiscono due altrettanto nette conseguenze. La storia del diritto, affrancata dalla identificazione in una pesante erudizione archeologica, diventa un bagaglio indispensabile per ogni giurista, mentre lo storico del diritto, che non può sottrarsi al dovere di maneggiare gli strumenti della conoscenza giuridica, dovrà avere familiarità con le categorie formanti della scienza giuridica.

Analisi storica e teoretica costituiscono l'indispensabile congiunzione, della quale non può fare a meno il ricercatore che si vuole provvedutamente inoltrare nella esplorazione scientifica del diritto. E, infatti, la storia giuridica di Orestano si innesta sempre in una forte nervatura teoretica, senza la quale il rischio grosso sarebbe

⁽³⁾ Vale la pena di trascrivere qui le parole stesse di Capograssi: "occorre invece che i cosiddetti filosofi del diritto vadano a scuola di pensiero dalla scienza del diritto". Motivando più sotto una siffatta affermazione: " perché solo la scienza del diritto ... sembra che abbia serbato la capacità speculativa di rispettare ed afferrare il reale nella sua viva complessità" (G. CAPOGRASSI, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)* (1938), ora in *Opere*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 133).

l'atomismo di date e dati, con la inevitabile incapacità di ordinare lo strabocchevole materiale storico (4). E il Nostro non si limita a enunciazioni di metodo, ma le applica nella personale indagine sul tessuto istituzionale.

Uno dei suoi saggi più noti, citatissimo e universalmente ammirato, quello su 'diritti soggettivi e diritti senza soggetto', fu pubblicato autonomamente su 'Jus', Rivista allora diretta dal suo amico Enrico Allorio, ma non è altro che il capitolo di un 'corso' romantico in tema di fondazioni, esempio di perfetta fusione tra dimensione storica e teoretica, fra didattica e analisi scientifica, dove la lezione consegue il suo pieno traguardo formativo unicamente se è la manifestazione in aula (o in un 'corso' scritto) della riflessione dello scienziato (5).

Si pensi, ancora, a certe pensatissime 'voci' enciclopediche su impegnativi temi di fondo, che Orestano accetta volentieri di redigere perché gli consentono di calare l'impostazione metodologica nella sua 'edificazione del giuridico' (6): le 'voci' "Formalismo giuridico" per la 'Enciclopedia italiana', e "Azione (storia del problema)" per la 'Enciclopedia del diritto' sono lì a dimostrarlo (7).

Lo stesso suo testo più celebrato e anche più fortunato, la "Introduzione allo studio storico del diritto romano", divenuto nella edizione definitiva bolognese la "Introduzione allo studio del diritto romano" — proprio perché nel progetto più riposto dell'Autore intende essere semplicemente una introduzione allo studio storico

(4) Ne sono un esempio illuminante le *Ventotto pagine necessarie* premesse come introduzione a un volume dedicato a *La struttura giuridica del matrimonio romano*, I, Milano, Giuffrè, 1951, dove Orestano sente l'esigenza di parlare congiuntamente di problemi epistemologici generali, di temi di teoria del diritto, di grandi temi della storiografia giuridica. Le *Ventotto pagine necessarie* possono ora leggersi in *'Diritto'-Incontri e scontri*, cit..

(5) *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, XI (1960), ora in *Azione-Diritti soggettivi-Persone giuridiche — Scienza del diritto e storia*, Bologna, Il Mulino, 1978.

(6) Espressione orestaniana, da lui usata quale titolo della Relazione che tenne — dietro mio invito — all'incontro fiorentino su Savigny del 1980 e anche della ultima raccolta di scritti (cfr. *Edificazione del giuridico*, Bologna, Il Mulino, 1989).

(7) Vedile raccolte ora in: *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, cit..

del diritto ⁽⁸⁾ con il compito grave e nobile di dare spessore al giurista, a ogni giurista, di arricchirlo, di irrobustire la sua coscienza critica — è per Orestano l'occasione principe per dimostrare la fertilità di un osservatorio comprensivo, immune dalle innaturali separazioni fra analisi storica e dogmatica, fra scopo scientifico e didattico ⁽⁹⁾.

Ed è chiaro, chiarissimo, che il destinatario privilegiato non è il romanista e nemmeno un generico storico del diritto, ma il giurista, o quel giurista in formazione rappresentato dallo studente di Giurisprudenza e che il docente si ostina caparbiamente a formare, o quel giurista — già insegnante e ricercatore — che tratlazioni fuorvianti impostazioni metodologiche hanno condotto a inaridirsi e isterilirsi. Il giurista, ovviamente, ha risposto e corrisposto, leggendo avidamente le pagine orestaniane, che parlavano il suo stesso linguaggio, che erano state scritte per lui, che lo richiamavano a un salutare esame di coscienza. Quelle pagine potevano, dovevano essere per lui quasi una sorta di breviario.

Non credo di esagerare se affermo che Orestano è, senza alcun dubbio, lo storico del diritto che ha riscosso maggior successo fra i cultori del diritto positivo. Né credo di sbagliare se affermo anche che le sue proposte hanno trovato indifferenza se non addirittura accoglienze scettiche e rifiuti fra i romanisti, al di sopra dei quali il credo orestaniano ha galleggiato senza influenze considerevoli.

3. Con i suoi correligionari il dialogo non poteva essere facile. Il devoto allievo di Riccobono doveva sentirsi completamente estraneo a quei rigurgiti di post-interpolazionismo che sono stati un vizio

⁽⁸⁾ Lo confessa lo stesso Orestano nella 'avvertenza' premessa alla seconda edizione (*Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1963, p. III), quando afferma: "è un abbozzo di quella che vorrebbe essere una *Introduzione allo studio storico del diritto*, in qualche modo rispondente ai problemi della scienza giuridica del nostro tempo".

⁽⁹⁾ Mi sia consentito di rinviare alle notazioni che ebbi a fare nella Relazione tenuta, su invito della Facoltà giuridica genovese, nel 1988, in occasione della solenne presentazione della edizione definitiva della 'Introduzione': P. GROSSI, *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata e definitiva "Introduzione allo studio del diritto romano" di Riccardo Orestano (1988), ora in Nobiltà del diritto*, cit..

mai interamente spento nella peggiore romanistica novecentesca. Né poteva egli condividere i due atteggiamenti estremi affiorati di recente, l'uno opposto all'altro; con la pretesa — il primo — di fare del diritto romano un semplice capitolo della antica civiltà romana seppellendolo nella antichistica senza alcun cordone ombelicale con il presente; con la pretesa — il secondo — di riaffermare un *usus hodiernus Pandectarum*, un diritto romano attuale, trapiantando antistoricamente e insensatamente nell'oggi soluzioni romane quale modello coartante per il presente.

La storia del diritto di Orestano è, per così dire, capograssiana; è, cioè, storia di esperienze giuridiche. Insofferente a ogni assolutismo giuridico perché cosciente del riduzionismo operato da ogni visione normativistica, insofferente al formalismo che ogni riduzionismo legalista viene necessariamente ad implicare, egli non può che salutare come liberanti le conquiste compiute durante il Novecento dalla giuristica italiana grazie alle riflessioni di Santi Romano e di Capograssi, conquiste incarnate nelle nozioni nuove e innovatrici di 'ordinamento giuridico' e di 'esperienza giuridica'.

Lo storicismo orestaniano accoglieva compiaciuto l'ipotesi romaniana, perché essa esorcizzava efficacemente i rovinosi immobilismi normativistici, avendo l'*ordinamento* una genesi dal basso e serbando sempre in sé un nesso simbiotico salvante con la società in continuo divenire ⁽¹⁰⁾, ma si appagava interamente di quel passo innanzi rispetto a Romano che, secondo Orestano, Capograssi aveva compiuto con la nozione più ampia e più duttile di *esperienza giuridica* ⁽¹¹⁾ dove il costituirsi del diritto come espressione intima della vita sociale, come struttura essenziale posta in essere dalla stessa vita per salvarsi dalla rissa e dallo sfacelo, lo garantiva

⁽¹⁰⁾ Mi sia consentito di rinviare a un mio tentativo di interpretazione del messaggio metodologico e teorico fondamentale di Santi Romano: P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti* (2005), ora in *Nobiltà del diritto-Profilo di giuristi*, cit..

⁽¹¹⁾ Per comprendere appieno la scelta orestaniana è di grande interesse la *retractatio* compiuta in: R. ORESTANO, *Della 'esperienza giuridica' vista da un giurista*, in *'Diritto'-Incontri e scontri*, cit., p. 487 ss..

completamente da ogni cristallizzazione e, quindi, da ogni forzatura della storia ⁽¹²⁾.

Storia del diritto, dunque, come storia di esperienze giuridiche, di tante maturità di tempi ciascuna delle quali offriva un modo tipico e inimitabile di vivere il diritto, ciascuna delle quali viveva della morte della precedente e moriva partecipando alla successiva i germi vitali per svilupparsi. Una storia del diritto più scandita in diversi momenti sincronici che in una diacronia scivolante inevitabilmente in continuità. Una storia del diritto che permetteva ad Orestano di rimanere illeso da quel vizio appiccicoso della continuità, su cui erano scivolati tanti storici di non grossa provvedutezza metodologica.

Si deve, però, anche aggiungere che, come per Capograssi, l'esperienza giuridica — che è storia, e certamente più storia minuta, tacita, quotidiana che roboante macro-storia — trova nella scienza giuridica la sua forza ordinatrice e, dunque, il suo concreto salvataggio. La capograssiana e orestaniana storia del diritto come storia di esperienze giuridiche viene percorsa sulla scorta prevalente della riflessione scientifica che di quella è nervatura essenziale e, pertanto, specchio fedele ⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ Nel corso dell'Incontro linceo, e precisamente nella Relazione di Antonio Mantello, si è detto che Orestano laicizzava la nozione di 'esperienza giuridica' assumendola quale canone orientativo della propria ricerca. Mi permetto di sottolineare che questa nozione era già offerta assolutamente 'laica' dalla stessa riflessione del cattolico Capograssi.

⁽¹³⁾ Illuminanti le precisazioni fatte dallo stesso Capograssi nel suo ricordo del processualista Chiovenda citato più sopra alla nota 3.

IL 'GIURISTA' GIOVANNI NENCIONI

1. Forse, qualche linguista resterà sorpreso dal titolo di questo intervento, essendo a lui ignota la circostanza che Giovanni Nencioni seguì i normali 'corsi' giuridici nella — da poco rinata — Facoltà di Giurisprudenza della Università fiorentina, che instaurò un rapporto di stretto colloquio intellettuale con il professore titolare della cattedra di 'Diritto processuale civile' Piero Calamandrei, che si laureò sotto la sua guida discutendo nel 1933 una dissertazione ritenuta dalla Facoltà meritevole di pubblicazione, divenendone anche assistente e avviandosi agli studi giuridici con la stampa di alcuni articoli e di un libro di severa tecnica giuridica accolto nella 'collana' fondata e diretta dallo stesso Calamandrei (1).

Ma v'è di più: con il Maestro fiorentino il colloquio era destinato a continuare anche quando il giovane Nencioni, per motivi strettamente economici, fu costretto ad assumere in Roma un ufficio nel Ministero della Educazione Nazionale e ad abbandonare il cammino appena iniziato sul terreno della scienza giuridica. Che si trattasse di un "discepolo infedele" era solo una falsa apparenza (2), come dimostrano le 'Lettere' e i 'Diarii' dello stesso Calamandrei integralmente pubblicati nel 1968 e nel 1982 da un editore fiorentino (3).

Insomma, Giovanni Nencioni è "un linguista nutrito di studi

(1) Il titolo del volume segnala la assoluta tecnicità dell'oggetto di studio: *L'intervento litisconsorziale nel processo civile-Contributo ad una nuova sistematica dell'intervento*, Padova, Cedam, 1935, ma anche il sistematizzante impegno teorico sovrastante di gran lunga un piatto esercizio di strumenti meramente tecnici.

(2) "Discepolo infedele" è la auto-qualificazione scritta con qualche rimorso dallo stesso Nencioni, nel 1990, all'interno di una raccolta di saggi commemorativi del Maestro curata da Paolo Barile: *Piero Calamandrei-Ricordo di un discepolo infedele*, ora leggibile in G. NENCIONI, *Saggi e memorie*, Pisa, Scuola Normale Superiore, 2000.

(3) Di 'tradimento', ma ben circoscritto da eloquenti virgolette e all'interno di una frase ricolma di affettuosità, parla Calamandrei in una lettera al padre di Nencioni, ed è

giuridici”, come ebbe a sottolineare cinquanta anni fa Piero Fiorelli, che è — a sua volta — uno storico del diritto nutritissimo di studi linguistici (4). Circostanza — questa — né sterile né innocua, perché Nencioni ne fu segnato nel profondo della sua statua interiore, ricavando da quegli arricchimenti giovanili un patrimonio di intuizioni e di nozioni che gli sarebbe stato prezioso per indirizzare le stesse venturose ricerche linguistiche. Quindi, non una parentesi che si apre e che irrimediabilmente si chiude, ma piuttosto una vena destinata a fecondare campi futuri d’indagine riapparendo con intatta vitalità dopo un lungo itinerario carsico.

Di quella vena il frutto genuino è il libro — tanto agile, quanto denso ed aguzzo — che il Nostro pubblica nel 1946: “Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio”, pagine liberatorie per l’ormai maturo linguista, perché pagine di confronto polemico, di definizione epistemologica, di rifondazione teorica del proprio assetto disciplinare (5).

Come sa ogni studioso di linguistica, quel libro veniva a realizzare un autentico manifesto culturale e puntava a colpire due oggetti specifici: da un lato, l’estetismo individualistico di Croce (e, dietro di lui, dei linguisti Vossler e Bertoni) con la conseguente riduzione della lingua a mera espressione dell’individuo; dall’altro, la consegna della linguistica come sapere particolare nelle mani della filosofia, la quale — malgrado il suo essere *altior scientia* — rischia di soffocare la *scientia inferior* in una sorta di “camicia di forza”, come espressamente afferma Nencioni nel suo libro (6).

2. In questa ideale battaglia il Nostro attinge a piene mani a principii, categorie ordinanti e perfino strumenti tecnici della officina dei giuristi, che l’assistente di Calamandrei aveva appreso a dominare con bravura nei non brevi anni di apprendistato giuridico.

da quest’ultimo riportata nel saggio commemorativo citato nella nota precedente (cfr. alla p. 399).

(4) P. FIORELLI, *Storia giuridica e storia linguistica*, in *Annali di storia del diritto*, I (1957), p. 267.

(5) Firenze, La Nuova Italia, 1946 (IIa edizione: Pisa, Scuola Normale Superiore, 1989, sulla quale saranno fatte le citazioni).

(6) *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, cit., p. 46.

Infatti, se su di un piano demolitorio gli oggetti della polemica nencioniana erano quelli sopra segnati, su di un piano positivo e costruttivo si traducevano nel recupero della socialità della lingua e della piena legittimazione della linguistica quale scienza autonoma.

Pensava — e scriveva — egli, infatti, nel lontano 1946, disegnando “la natura istituzionale e sistematica della lingua”, che “al linguista gli insegnamenti più utili provengono dagli studi giuridici” (7); penserà e scriverà quasi trenta anni dopo redigendo il “parere di un antico istituzionalista sulla linguistica odierna”: “i miei studi giuridici mi fornivano un modello sociologico, uno dei pochi allora familiari in Italia”, prezioso — anzi, necessario e imprescindibile — per chi andava “puntando sulla lingua come realtà superindividuale, collettiva” (8).

Cerchiamo, dunque, di vedere in azione il giurista/linguista Giovanni Nencioni.

E cominciamo con una notazione: il volume è dedicato a Flavio Lopez de Oñate, un filosofo del diritto allievo di Giorgio Del Vecchio, conosciuto negli uffici ministeriali dove entrambi lavoravano e con cui Giovanni aveva stabilito un complesso rapporto fatto di intima amicizia e di intenso dialogo culturale. Il dialogo si interruppe presto, giacché Lopez morì poco più che trentenne nel 1944, ma il non molto tempo trascorso insieme bastò a incidere durevolmente sulla formazione culturale del Nostro. Mi sia consentito, a questo proposito, un ricordo personale: nelle lunghe e per me gradevolissime serate trascorse nella stupenda altana sopra il lungarno Guicciardini dove era situato lo studio privato di Nencioni in Firenze, egli non mancava mai di evocare commosso quella romana dimestichezza con il provvedutissimo filosofo del diritto, una dimestichezza che sentiva ancora incidere sulla propria interiorità malgrado i tanti anni passati (9).

(7) *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, cit., p. 94.

(8) *Parere di un antico istituzionalista sulla linguistica odierna* (1975), ora in *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio* (IIa Edizione), p. 155.

(9) Tra l'altro, fu Nencioni a far conoscere Lopez al suo Maestro Calamandrei, il quale aveva appreso a stimarlo leggendo il libro “La certezza del diritto” e redigendo una nota e discussa recensione (per un preciso riferimento, cfr. NENCIONI, *Piero Calamandrei-Ricordo di un discepolo infedele*, cit., p. 399).

Che quella dedica non fosse un dato esornativo, ma il segno palese di un vincolo sostanziale e anche il tributo di chi si riconosceva debitore, è dimostrato dalle pagine del capitolo sesto rivolto al problema metodologico più assillante, quello de “la linguistica come scienza particolare e il valore del suo conoscere”, dove le citazioni di Lopez sono numerose e senza riserve amplissime, come se Nencioni si appoggiasse sulla spalla forte del filosofo/giurista per trarne un sostegno indispensabile.

Scrivendo Lopez a proposito della sua scienza giuridica e fondazione la autonomia gnoseologica, con frasi che avevano il merito grosso di esorcizzare il turbamento culturale del linguista: “Ogni sistema di sapere come sistema determinato comprende ... soltanto una serie di conoscenze che sono relative ad un settore della realtà e non a tutta la realtà; ogni sapere si propone, attuandosi come sistema, di studiare tutta una realtà, in quanto essa esaurisce un determinato aspetto della realtà ... Il problema della realtà, che è sostanzialmente uno solo, a causa della frammentazione del sapere umano si articola in tante forme di sapere, ciascuna delle quali ha il compito di esaurire conoscitivamente un aspetto della realtà” (10). Il sapere è, perciò, necessariamente frammentario, ma si rivolge a frammenti che non sono artifici e che sono invece forniti — ciascuno — di una profonda intrinseca unità; è da qui che si origina il valore altamente conoscitivo dei singoli saperi particolari, per esempio il linguistico e il giuridico.

Lopez concludeva, assicurando lo scienziato/giurista suo interlocutore — e così tranquillizzandolo — che unicamente attraverso il sapere particolare egli sarebbe riuscito ad attingere compiutamente “la concretezza di vita che anima la realtà” (11).

Così scrivendo nel 1939, egli non faceva che ribadire quanto, due anni prima, uno dei più pensosi filosofi del diritto italiani del Novecento, Giuseppe Capograssi, aveva definito in un suo libro

(10) Nencioni utilizza gli *Studi filosofici sulla scienza del diritto* pubblicati da Lopez nel 1939, citando da un estratto probabilmente donatogli dall'autore/amico (vedi le citazioni in: *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, cit., pp. 49 e 51; a p. 2, nota 2 il riferimento espresso all'estratto).

(11) Cfr. la citazione fatta da Nencioni a p. 53.

memorabile, vera pietra miliare del pensiero giuridico novecentesco, espressamente dedicato a “Il problema della scienza del diritto”.

Capograssi è — insieme a Lopez e ad altri giuristi — il fidato consigliere e la guida teoretica di Nencioni ⁽¹²⁾; il quale ripete volentieri l'appagante e consolante richiamo (appagante e consolante per il giurista non meno che per il linguista) al rispetto che lo scienziato non può non avere per “tutto l'essere, nelle sue infinite posizioni di vita, di realtà e di verità”, un rispetto che gli impone di “non tradirle” ⁽¹³⁾, un rispetto che solo le diverse scienze particolari sono in grado di pienamente realizzare.

Capograssi, il filosofo della ‘esperienza giuridica’ ⁽¹⁴⁾, che ammoniva il giurista alla umiltà della ‘osservazione’, “una osservazione profonda intensa interiore della realtà nella sua vera intimità di vita” ⁽¹⁵⁾, non era soltanto l'affrancatore del giurista dal servaggio alle astrattezze speculative della filosofia, ma altresì del linguista. Gli amati e non dimenticati scienziati del diritto, divenuti ormai protagonisti del suo libro del 1946, erano stati capaci di tracciare anche per Nencioni un sicuro cammino metodologico da percorrere.

3. Ma Nencioni, dopo aver sufficientemente fondato l'autonomia della sua scienza linguistica grazie particolarmente al contributo dei filosofi del diritto, ha un altro recupero da compiere: quell'aspetto sociale e comunicativo della lingua troppo attenuato nelle analisi di Croce e dei crociani. Anche qui un soccorso primario, decisivo, doveva venirgli dalle costruzioni dei giuristi, e non tanto di personaggi filosofeggianti, quanto di maneggiatori sapienti delle difficili, enigmatiche tecniche giuridiche, così ricche di rivelazioni per chi riusciva a sciogliere i loro nodi intricati.

⁽¹²⁾ Che, infatti, lo cita ampiamente (cfr. *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, cit., pp. 50-54).

⁽¹³⁾ Si veda la espressa citazione di Capograssi a p. 53, dove si fa riferimento a un saggio dedicato al processualista, Giuseppe Chiovenda, ben noto al ‘processualista’ Nencioni.

⁽¹⁴⁾ Sintagma tipicamente capograssiano e implicante il richiamo ad una elementare verità: il diritto è innanzi tutto e sopra tutto vita, vita vissuta, dimensione fisiologica della esperienza quotidiana di ogni soggetto umano nel suo intreccio di relazioni con l'altro, con gli altri.

⁽¹⁵⁾ *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, cit., p. 53.

Il ‘giurista’ Nencioni era in grado di farlo, e lo fece — apertamente e puntigliosamente — nel testo del’46, dove è centrale il capitolo X tutto proteso nella proposta della ‘istituzionalità’ della lingua, della lingua come *istituzione*.

Istituzione era un termine (e una nozione) assai praticato negli esercizi della scienza giuridica novecentesca; e lo sorreggeva uno scopo preciso: quello di metter da parte, una buona volta, la configurazione tutta moderna del diritto come norma, come comando, come imperativo autoritario e autorevole, per tutto quel che di arbitrario e di meramente soggettivo vi era contenuto. Guardare al diritto nel prisma dell’*istituto*, dell’*istituzione* significava coglierlo nella sua genesi dal basso, nel crogiuolo sociale dove le volontà individuali si confrontavano e si intrecciavano in uno sforzo comune e dove contavano soprattutto il costume, la durata, la tradizione quali fattori generanti di comportamenti tipici.

‘Istituzione’ può essere nozione dalla difficile comprensione, e me ne resi perfettamente conto io stesso quando la volli assumere a cardine di un mio libretto di iniziazione per un giurista novizio e dovetti spiegargliela adeguatamente (questa era, almeno, la mia speranza). Mi permetto trascrivere qui quella mia spiegazione come contributo chiarificatore per un uditorio di linguisti: “un’opera superindividuale che la coscienza comune, grazie alla costante ripetizione di comportamenti individuali, proietta al di fuori e al di sopra della labilità dei singoli impulsi e volontà, costituendo quel nodo di rapporti organizzativi, funzioni, valori in cui l’istituzione consiste, quel nodo che viene ad assumere una realtà autonoma con una sua vita stabile all’interno dell’esperienza sociale” (16).

Come si può constatare, lo schema elaborato dai giuristi non era il frutto di un arbitrario solipsismo, ma era stato osservato, letto, quasi decifrato (e recuperato) frugando con sguardo oggettivo nelle trame della società; e, proprio perché registrava in sé un’accentuata socialità, sembrava fatto apposta per fornire a Nencioni l’arma appropriata per la sua ferma battaglia antiindividualista.

Quando egli, ormai vecchio, prefando nell’89 la seconda edizione del volumetto del’46 voluta dalla affettuosa premura della

(16) P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma/Bari, Laterza, 2009¹³.

Classe di Lettere della Scuola Normale di Pisa, volle darci una puntuale definizione del concetto di istituzione, non ebbe esitazione nel qualificarla “un ordine di cose primario e costitutivo; costitutivo dell'uomo e della sua socialità” (17). Così scrivendo, veniva a darci una interpretazione autentica di come si collocasse all'interno del suo progetto culturale originario, con quale ruolo, con quale carica dirompente: arma efficace contro un soggettivismo estetico, che aveva costituito ai suoi occhi il fraintendimento — anzi: il tradimento — della natura e della vocazione essenziale della lingua.

Il diritto, scienza intimamente sociale ma anche intimamente ordinante del 'sociale', consegnava al giurista/linguista lo strumento appuntito di cui egli aveva bisogno; ed egli non fece altro che trapiantare la nozione giuridica nell'universo linguistico. Si sarebbe ripetuto all'interno di questo universo, grazie a una nozione socialmente fresca, il miracolo di organizzare e sistemare senza irrigidire, di calare nella storia — e, quindi, socializzare — quanto l'intimismo soggettivistico aveva rinchiuso all'interno della sfera individuale, separando, isolando e anche isterilendo.

4. Un'ultima notazione. Se è veridica la constatazione fatta tanti anni fa da Giacomo Devoto, e cioè che “rimane pur sempre, come grave debolezza della scienza giuridica, il non aver tratto le conseguenze dal suo parallelismo con i linguaggi” (18), è anche vero che i giuristi più colti lessero attentamente le pagine di Nencioni e cercarono di metterne a frutto la conclusione principale; e si operò una sorta di flusso dalla scienza giuridica alla linguistica, e da questa ancora un riflusso verso la prima. E l'èsito era lo stesso: fare propria e attuare una forte valorizzazione del messaggio risolutivo che ne derivava, consistente nel rifiuto di un chiuso soggettivismo legalistico sfociante in un altrettanto chiuso formalismo.

Il primo dei giuristi ad accorgersi della rilevanza dello scritto nencioniano fu un civilista culturalmente inquieto, Salvatore Pugliatti, che ne trasse conforto teorico per la soluzione del problema

(17) *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio* (IIa edizione), Premessa, p. VIII.

(18) G. DEVOTO, *Pensieri sul mio tempo*, Firenze, Sansoni, 1945, p. 116 (riprodotto in: *Civiltà del dopoguerra* (“*Pensieri sul mio tempo*”), Firenze, Sansoni, 1955, p. 116).

metodologico che gli stava particolarmente a cuore: il valore conoscitivo di quel complesso di principii, intuizioni, soluzioni posti in essere da una scienza particolare ⁽¹⁹⁾. Nel 1956 il libro è al centro della pensosissima prolusione triestina di uno storico del diritto, Piero Fiorelli ⁽²⁰⁾. Nel '59, un cultore del diritto romano, Paolo Frezza, riesaminando l'opera scientifica del suo Maestro Pietro Bonfante in seno alla cultura italiana della prima metà del Novecento e parlando distesamente delle correnti istituzionalistiche, commentava e apprezzava la riflessione nencioniana ⁽²¹⁾. Nel 1962, un filosofo del diritto, Pietro Piovani, affrontando direttamente il tema della "Mobilità, sistematicità, istituzionalità della lingua e del diritto", riconsiderava non solo il libro ma tutta la produzione di Nencioni fino a quella data, con pagine di grande finezza culturale, anche se con il solo torto (almeno ai miei occhi) di minimizzare eccessivamente il messaggio nencioniano sulla storicità del linguaggio nel suo più schietto significato di richiamo alla dimensione oggettiva di questo, organizzativa, superatrice di ogni chiusura individuale, e quindi intensamente sociale ⁽²²⁾.

Con questi giuristi, che gli avevano dimostrato una inconsueta attenzione, ma soprattutto con Piovani, l'autore del saggio teoricamente più complesso e compiuto, entrò in fruttuoso colloquio lo stesso Nencioni ⁽²³⁾.

Chi scrive oggi — 2009 — questo intervento in seno a un Convegno commemorativo del Maestro, non poté fare a meno, come ho segnalato più sopra, di incontrarsi un'ultima volta con il volume

⁽¹⁹⁾ Ne ho trattato in un mio recentissimo profilo intellettuale del giurista Pugliatti (cfr. P. GROSSI, *Salvatore Pugliatti giurista inquieto*, ora in *Nobiltà del diritto-Profilo di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008, soprattutto il §. 7: *Un incontro fertile al di là delle mura giuridiche: Giovanni Nencioni e il saggio su 'Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio'. Il montare delle venature storicistiche*).

⁽²⁰⁾ P. FIORELLI, *Storia giuridica e storia linguistica*, in *Annali di storia del diritto*, I (1957).

⁽²¹⁾ Vi abbiamo accennato nella nostra ricostruzione dell'itinerario culturale di Frezza (cfr. P. GROSSI, *Una lettura degli 'Scritti' di Paolo Frezza*, ora in *Nobiltà del diritto*, cit., p. 515 ss.).

⁽²²⁾ Il saggio è leggibile ora in: P. PIOVANI, *La filosofia del diritto come scienza filosofica*, Milano, Giuffrè, 1963.

⁽²³⁾ Cfr. G. NENCIONI, *Ancora di lingua e diritto* (1962), ora in *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio* (IIa edizione), cit., p. 139 ss..

del 1946 e con le sue proposte affrancatrici, quando, nel 2003, cedendo all'invito dell'editore Laterza, redasse un libretto di iniziazione allo studio del diritto; il parallelismo diritto/linguaggio, proprio per il carattere illuminatorio sulla autentica natura del diritto e liberatorio da vecchie visioni moderne alterative di quella natura, costituiva un prezioso strumento di comprensione per il novizio digiuno, e, come tale, fu largamente usato. Non ne potei parlare con Giovanni, giacché l'antico, fertilissimo colloquio culturale fra me e lui si era andato spengendo via via che si andava spengendo la vivacità della sua presenza intellettuale. E questo è un rammarico che ancora mi brucia.

SU: NORBERTO BOBBIO,
LA CONSUETUDINE COME FATTO NORMATIVO

1. Lo smilzo libretto (appena novantadue pagine) che Norberto Bobbio dèdica a “La consuetudine come fatto normativo”, appare agli inizi del 1942 presso la patavina Cedam ⁽¹⁾, editrice naturale per chi, ormai, dopo le peregrinazioni accademiche di Camerino e di Siena ⁽²⁾, è approdato nel dicembre 1940 alla cattedra di Filosofia del diritto nella prestigiosa Università di Padova. Aggiungerei: non poteva che apparire in quell’anno (o giù di lì).

In quell’anno l’avventura intellettuale di Bobbio era iniziata da parecchio, ed aveva già assunto un carattere che contrassegnerà sino alla fine il suo itinerario culturale: di non avere un tratto unilineare, di non trasmettere al lettore un messaggio univoco. Qualche tardo osservatore parlerà di tre fasi, e lo stesso Bobbio non esiterà, nella vecchiaia, guardando a ritroso con occhi disincantati, a parlare di “preistoria” ⁽³⁾ e di “anni di apprendistato” ⁽⁴⁾ proprio mirando al

⁽¹⁾ La data di stampa è segnata dall’editore, nel colophon finale, al 18 marzo 1942.

⁽²⁾ “Dopo il conseguimento della libera docenza in Filosofia del diritto, ottenni nel 1935 l’incarico nell’allora libera università di Camerino” (N. BOBBIO, *Autobiografia* (1997), a cura di A. Papuzzi, Roma/Bari, Laterza, 2004, p. 29). Inizia l’insegnamento a Siena il 19 gennaio 1939 (cfr. G. CIANFEROTTI, *L’opera giovanile di Norberto Bobbio e l’inizio del suo insegnamento (1934-1940)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXV (2005), p. 412).

⁽³⁾ Così si intitola il capitolo primo del suo racconto autobiografico (BOBBIO, *Autobiografia*, cit., p. 3 ss.).

⁽⁴⁾ Nel ’94, premettendo alcune note alla raccolta di *Contributi ad un dizionario giuridico* (Torino, Giappichelli, 1994), dopo avere osservato che “nella mia biografia ideale l’interesse per questi studi [di teoria generale del diritto] comincia dal commento alla *Teoria generale del diritto* di Francesco Carnelutti, che è del 1949” (*Premessa*, p. XV), puntualizza tuttavia:” a voler essere più precisi, a temi di teoria del diritto avevo in realtà dedicato le due principali monografie scritte nei miei anni di apprendistato, *L’analogia nella logica del diritto* (1938) e *La consuetudine come fatto normativo* (1942)”

momento, cui appartiene il libretto sulla consuetudine e che può esser fatto terminare — grosso modo — con alcune profonde svolte nel proprio cammino di ricerca avvenute negli anni immediatamente successivi al '43 e, nel 1949, con la 'chiamata' alla cattedra torinese di Filosofia del diritto quale successore del suo Maestro Gioele Solari (5).

Di fronte alla discontinuità di questo cammino un contemplatore superficiale potrebbe frettolosamente concludere facendo sua una valutazione negativa di incoerenza. Lo storico, avvezzo a misurare le umane vicende non secondo il metro troppo rigido di una logica aridamente incomprensiva, ha rispetto e attenzione verso movimenti e mutamenti — quali quelli delle opzioni metodologiche e delle costruzioni del Bobbio uomo di cultura — motivati non già da calcoli opportunistici, bensì da quella carica di probità intellettuale che nemmeno il valutatore più severo e distante può negare alla ricerca scientifica del filosofo torinese.

Sempre intellettualmente curioso ma osservatore e lettore attento e disponibile, personaggio portato al dialogo e praticante il dialogo (6), Bobbio è alieno sia da dogmatismi sia da prevenzioni, avendo sempre la franchezza di registrare le proprie adesioni e, soprattutto, del proprio rivolgersi a nuovi e più convincenti messaggi con cui sia entrato in contatto. Al narcisismo di tanti pseudostudiosi egli preferisce l'esercizio della virtù massima di uno scienziato autentico, e cioè l'umiltà, che ha nel dubbio critico la sua manifestazione più alta, un dubbio che non significa né incertezza né debolezza ma soltanto una perenne, dominante posizione dialettica

(p. XVI). Tipico esempio di quell'atteggiamento minimizzatorio che Bobbio avrà sempre verso le prove del suo primo decennio di ricerca.

(5) Qualche opportuna precisazione sarà offerta in seguito. È certo che nel '49/50 sta uno spartiacque già nettamente segnato e che "tra il prima e il dopo la discontinuità è innegabile" (A. PUNZI, *L'essenza e il senso. Bobbio, Cotta e la fenomenologia del diritto, in Metodo, linguaggio, scienza del diritto. Omaggio a Norberto Bobbio (1909-2004)*, a cura di A. Punzi (Quaderni della RIFD, 6), Milano, Giuffrè, 2007, p. 355).

(6) "non solo ho fatto l'elogio del dialogo, ma l'ho a lungo praticato" (N. BOBBIO, *De senectute e altri scritti autobiografici*, nuova edizione a cura di P. Polito, Torino, Einaudi, 2006, p. 10).

dello scienziato (7); e si capisce perché nella ‘Autobiografia’ egli parli di ‘Preistoria’, perché è il primo ad avvertire una secca discontinuità tra l’anti-normativismo del momento fenomenologizzante (lo si vedrà tra poco) e il normativismo successivo. E io, pur così lontano da lui per fondazioni culturali e approcci metodologici al diritto, ho sempre ammirato schiettamente il suo severo e franco atteggiamento critico e autocritico.

2. Seguiamo, dunque, la sua avventura durante il decennio prima del ’42, nella convinzione che ci permetterà una comprensione più adeguata delle scelte che fondano la monografia sulla consuetudine.

Alla laurea in Giurisprudenza — conseguita nel ’31 sotto la direzione di Solari — segue, nel ’33, quella in Filosofia raggiunta sotto la guida di Annibale Pastore, del quale Bobbio aveva ascoltato assiduamente e con sincera adesione un ‘corso’ sulla fenomenologia di Husserl (8); tanta adesione da farne — malgrado le riserve di Solari e di Piero Martinetti (9) — il tema della sua dissertazione di

(7) Posizione bene espressa da quei titoli bobbiani concretantisi molto spesso in interrogativi. Pesco disordinatamente nella sua folta bibliografia: *Quali alternative alla democrazia rappresentativa?* (1975); *Esiste una dottrina marxista dello stato?* (1975); *Perché democrazia?* (1976); *Quale socialismo?* (1976); *Marx pluralista?* (1976); *Ma intendiamo la stessa cosa?* (1976); *Perché democrazia?* (1976); *Cultura laica: una terza cultura?* (1978); *Governo degli uomini o governo delle leggi?* (1983). Ma è un elenco che potrebbe ancora continuare.

(8) Si leggano le rammemorazioni dello stesso Bobbio: N. BOBBIO, *Annibale Pastore*, in *Rivista di filosofia*, XLVII (1956), soprattutto p. 245. Cfr. anche BOBBIO, *Autobiografia*, cit., p. 18.

(9) Solari, che amava in tutte le sue ricerche di ben piantare i piedi del filosofo nel terreno solido e concreto della storia, non poteva amare delle filosofaglie dalla esclusiva dimensione teoretica (una traccia della sua scarsa simpatia per Husserl è in una lettera più tarda a Bobbio, datata 15 settembre 1939, ora in *La vita degli studi - Carteggio Gioele Solari - Norberto Bobbio 1931-1952*, a cura di A. D’Orsi, Milano, Angeli, 2000, p. 124. Con il filosofo Piero Martinetti, personalità che univa una autentica forza speculativa ad una altrettanto autentica forza morale, uno dei pochi docenti che si sottrassero al giuramento fascista e che per quel libero comportamento perse la cattedra nella Università di Milano, Bobbio ebbe una qualche familiarità come collaboratore alla ‘Rivista di filosofia’, che, dapprima formalmente e poi di fatto, il pensatore canavesano dirigeva. È Bobbio stesso a raccontare che Martinetti “aveva dato il placet al mio articolo su Husserl, trovandolo soltanto ‘un po’ astruso” (BOBBIO, *Autobiografia*, cit., p. 25).

laurea e, addirittura, l'anno dipoi, della prima pubblicazione monografica ⁽¹⁰⁾.

L'insistenza ci attesta, nel suo ribadimento, una scelta assolutamente convinta. Non si tratta, infatti, della condiscendenza alla moda del momento, anche se ci sono indubbiamente nel giovane 'apprendista' venature affioranti di ingenuità e di invasamento ⁽¹¹⁾. La scelta non è, però, rivolta genericamente alla fenomenologia, ma alla fenomenologia così come veniva proposta da Edmondo Husserl, e cioè quale guida al raggiungimento di un risultato rilevante: la 'Philosophie als strenge Wissenschaft'. Se mi attarderò un poco sulle motivazioni bobbiane, non è per imboccare uno sterile divertimento dall'oggetto di questa introduzione, ma per acquisire preziosi elementi nella identificazione culturale dell'apprendista filosofo del diritto negli anni Trenta e nei primi anni Quaranta.

Bobbio guarda ad Husserl "per ritrovare la fiducia perduta nella fecondità del pensiero teoretico" ⁽¹²⁾; la fenomenologia giuridica "disciolta da ogni preoccupazione metafisica, considerando la filosofia come scienza rigorosa dell'essere fondata su un principio certo, ha eliminato il problema del diritto naturale ... ma indaga, non valuta, essa stabilisce connessioni fra essenze, non pone valori" ⁽¹³⁾; "l'essenza della fenomenologia è la conoscenza dei significati puri delle cose ... il suo interesse non è metafisico, ma teoretico" ⁽¹⁴⁾.

Ecco, sottolineate con la consueta lucidità, alcune bussole ben precise: il rifiuto di ogni metafisica (una costante continua — questa sì — di tutto l'itinerario bobbiano) e l'eliminazione conseguente di ogni rigurgito giusnaturalistico, l'edificazione di una scienza aliena da valutazioni e sentimentalismi e tutta tesa a misurarsi su un piano esclusivamente conoscitivo, così da arrivare senza offuscamenti al significato puro delle cose.

⁽¹⁰⁾ N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Torino, Istituto Giuridico, 1934.

⁽¹¹⁾ Non saprei qualificare diversamente affermazioni come queste che si leggono nella 'Premessa': la dottrina fenomenologica appare "metodo infallibile e rigoroso di ricerca dell'assoluto", "scienza nuova" (BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico*, cit., p. 3).

⁽¹²⁾ BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico*, cit., p. 3.

⁽¹³⁾ BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico*, cit., p. 150.

⁽¹⁴⁾ BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico*, cit., p. 151.

Di lì a poco, nello stesso anno 1934 e nella stessa scia della scelta fenomenologica, batte lo stesso chiodo la seconda pubblicazione monografica “Scienza e tecnica del diritto” (15), dove il tema di fondo è quello — annoso e dibattuto — della giurisprudenza come scienza, dove si cerca di affrancare la giurisprudenza dalle molte difficoltà incontrate per la affermazione del suo carattere teoretico (16), dove — nel solco dell’assillante richiamo di Husserl alla *Wesensschau* — si dà alla scienza giuridica il compito “di fissare l’essenza dei fenomeni giuridici” (17), la si coglie quale “scienza di concetti”, “una scienza essenziale” (18).

Nel 1938 appare la più costruita tra le monografie degli anni Trenta, quella sull’analogia, con la quale il Nostro guadagna la cattedra universitaria (19). Come segnala già il titolo, la si vuole identificare e situare “nella logica del diritto”, “tra i procedimenti logici della tecnica giuridica”, riducendo la stessa interpretazione a uno strumento sorpreso nella sua “natura di procedimento logico” (20) e polemizzando con gli *homines novi* della riflessione filosofico-giuridica italiana (Maggiore, Max Ascoli, Battaglia) che “valendosi di più moderni metodi speculativi” si erano impregnati di “quel romanticismo che propugna la libertà e del giurista e del giudice ad ogni costo, anche a costo del buonsenso” (21). “Analogia come ragionamento di certezza ... ragionamento logico formalmente valido e sostanzialmente certo” (22), “una pura argomentazione logica” (23).

Le volutamente diffuse citazioni dalle tre prime monografie, selezionate unicamente in base alle finalità della linea interpretativa di questa introduzione, servono a caratterizzare l’operazione culturale posta in essere da Bobbio. Logica giuridica, significati puri delle cose, essenze, scienza rigorosa, scienza pura, razionalità pura. Sia nel

(15) Torino, Istituto Giuridico, 1934.

(16) BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto*, cit., p. 10.

(17) BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto*, cit., p. 34.

(18) BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto*, cit., p. 26.

(19) BOBBIO, *L’analogia nella logica del diritto*, Torino, Istituto Giuridico, 1938.

(20) BOBBIO, *L’analogia nella logica del diritto*, cit., p. 2.

(21) BOBBIO, *L’analogia nella logica del diritto*, cit., p. 134.

(22) BOBBIO, *L’analogia nella logica del diritto*, cit., p. 198.

(23) BOBBIO, *L’analogia nella logica del diritto*, cit., p. 199.

momento più propriamente fenomenologico, sia nella ricostruzione della interpretazione analogica sorregge Bobbio uno stesso progetto culturale: procedere ad una purificazione della *iurisprudencia*, ad una sua scarnificazione. Si potrebbe anche dire, malgrado la larga parte — tutta la prima di tre parti — dedicata nel volume del '38 alla storia ma con una funzione puramente argomentativa, ad una de-storicizzazione.

Che cosa vuole l'allievo di Gioele Solari? Certamente non seguire il Maestro, che non si è mai misurato volentieri in analisi esclusivamente teoriche. Una prima — e indubbia — sollecitazione può ricercarsi, anche per questi scritti giovanili, in un atteggiamento costante del Bobbio scienziato e del Bobbio didatta che lo distanzia volutamente, consapevolmente, dal magistero solariano: dimostrare — lui, filosofo — ai colleghi di diritto positivo di essere conscio di trovarsi — ma soprattutto di sentirsi a proprio agio e non come un corpo estraneo — all'interno di una Facoltà di Giurisprudenza, di essere perfettamente in grado di dialogare con loro, di poter fornire loro strumenti di teoria generale valevoli anche per il loro lavoro di tecnici. Ancora: di poter dialogare con studenti che sono giuristi novizii e che chiedono a tutti i docenti (anche al filosofo) contributi alla propria formazione giuridica ⁽²⁴⁾.

Certamente, questa prima sollecitazione è da individuarsi tra gli sproni sottostanti, ma sarei altrettanto certo che un secondo e forte sprone è nella tensione a costruirsi un castello di teoria generale inespugnabile dalla grezza fattualità circolante (prima fra tutte, in Italia, la grossolana violenta fattualità politica del Regime) e dalle derivazioni estreme dell'imperante idealismo ormai sposate al Regime almeno nel filone gentiliano ⁽²⁵⁾. Bobbio, che non è fascista

⁽²⁴⁾ Nella 'Premessa' ai *Contributi ad un dizionario giuridico* (cit., p. XVI), Bobbio afferma: "sin dall'inizio dei miei studi in reazione all'indirizzo 'speculativo', prevalente nella filosofia del diritto italiana che traeva ispirazione dall'idealismo, ben consapevole del fatto che questo insegnamento svolgendosi nelle facoltà di giurisprudenza era rivolto a futuri avvocati e magistrati, avevo concepito il mio corso come propedeutico agli insegnamenti di diritto positivo".

⁽²⁵⁾ Non dimentichiamo che il volume fenomenologico del '34 si chiude con un pessimistico richiamo al "persistente idealismo in chi si professa filosofo del diritto" (BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico*, cit., p. 151).

(malgrado alcuni piccoli cedimenti opportunistici ⁽²⁶⁾), vuole erigere un argine alto a difesa dell'esiguo orticello coltivato dai filosofi del diritto; e questo argine consiste nel ridurre la scienza giuridica entro la dimensione esclusiva della razionalità ⁽²⁷⁾.

Insomma, farne una scienza di concetti, di essenze, di nozioni e categorie pure, è lo strumento principe di una salvante strategia, il salvataggio da una visione volontaristica destinata — come in certo idealismo — a consegnarla all'arbitrio del potere. Il progetto bobbiano degli anni Trenta può inserirsi perfettamente in quel movimento per la *impassibilità* della scienza giuridica, una *impassibilità* conseguente alla sua riduzione nelle vesti di una natura squisitamente formale, come scriverà nel 1947 Arturo Carlo Jemolo, uno dei consapevoli protagonisti di quel crinale tormentato ⁽²⁸⁾. La scelta bobbiana non fu una fuga, rappresentò — al contrario — la realizzazione di una strategia culturale efficace a precostituire un rifugio per il giurista/scienziato.

Non fu l'unico rifugio che Bobbio sperimentò in quegli anni torbidi di una dittatura esangue ma arrabbiata; l'altro correva su una strada diversa ma perseguiva la medesima strategia: fu la minuziosa preparazione dell'edizione critica della 'Città del sole' di Tommaso Campanella, dove l'impassibilità era garantita dalla severità arcigna di un sapere erudito di indole storico-filologica. Scriveva, infatti, il Nostro al suo Maestro Solari non più discorde come nel caso dei vecchi trascorsi husserliani: "l'unica mia intenzione è stata quella di

⁽²⁶⁾ Il riferimento è, soprattutto, a una lettera indirizzata da Bobbio, l'8 luglio 1935, a Benito Mussolini quale capo del Governo, che fu certamente un atto di debolezza ma comprensibile in un regime dittatoriale come quello fascista. Tale lettera fu, nel 1992, pubblicata con un palese scopo infamante, a dimostrazione dei cedimenti da parte degli intellettuali cosiddetti di sinistra. È lo stesso Bobbio a farsi carico di trascriverla — e a parlarne — nella sua *Autobiografia*, cit., p. 29 ss..

⁽²⁷⁾ In una linea interpretativa non dissimile Tommaso Greco rileva che l'aggancio all'indirizzo fenomenologico "sembrava operare fecondamente ... contro l'intromissione di ideologie e di scelte politiche, così come contro quell'ultimo avanzo della metafisica pre-critica rappresentato dal giusnaturalismo" (T. GRECO, *Norberto Bobbio - Un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, Roma, Donzelli, 2000, p. 6).

⁽²⁸⁾ A. C. JEMOLO, *Confessioni di un giurista*, Milano, Giuffrè, 1947, p. 174.

fare, nei limiti delle mie ricerche, della critica storica” (29). Sarebbe stato anche quello un sicuro rifugio (30).

3. Tutto quanto si è scritto fino a questo punto, apparentemente slegato dal volumetto del 1942 sulla consuetudine, costituisce, invece, una opportuna ed utile introduzione per capirlo fino in fondo, collocandolo nel progetto culturale bobbiano negli anni antecedenti all'avvio del movimento di resistenza in Italia. La pubblicazione del libretto avviene, come ho già detto, nel marzo del '42, mentre è dell'ottobre del '42 la fondazione a Treviso della sezione veneta del Partito d'Azione cui Bobbio, professore a Padova, partecipò di persona (31). La progettazione, redazione e stampa si situano, dunque, agli estremi di una fase di vita e di lavoro, che coincideva con l'estrema agonia del regime autoritario in Italia.

Di quella fase, delle ansie e delle sollecitazioni che la percorrono, anche il volumetto sulla consuetudine è specchio fedele, anzi, ne è lo specchio più fedele; ed è anch'esso — al pari di tutte le prove precedenti — il frutto di una strategia culturale, la precostituzione di un argine, di un rifugio. L'oggetto — la consuetudine — sembra appartenere alla più bassa terzietà, in una dimensione che è esattamente l'opposta al cielo della pura razionalità scientifica, ma non a caso il filosofo l'ha estratta dal nòvero delle fonti per chinarsi ad indagarla. Anche se, per così dire, nel 1942 si effettua una discesa

(29) In data 1 dicembre 1941 (cfr. *La vita degli studi - Carteggio Gioele Solari-Norberto Bobbio*, cit., p. 136. L'edizione critica uscì nel 1941 nella 'Nuova raccolta di classici italiani annotati' dell'editore torinese Einaudi (di cui Bobbio era collaboratore fin dal 1935)).

(30) Merita, invece, appena un cenno la episodica attenzione di Bobbio per la ventata esistenzialistica, rispetto alla quale non tardò a distanziarsi assai presto. Ne è testimonianza, peraltro segnata da eccessiva unilateralità, un libriccino (*La filosofia del decadentismo*) pubblicato a Torino nel 1944 dall'editore Chiantore e dove l'esistenzialismo è designato come “quella filosofia che, coscientemente e apertamente, alla speranza oppone la disperazione, al raggiungimento della meta il naufragio finale ..., alla coerenza del pensiero razionale l'inconcludenza e l'inafferrabilità di uno stato d'animo” (p. 21).

(31) *Autobiografia*, cit., p. 51. Appartengono, invece, alla preistoria della resistenza — fine anni Trenta — le riunioni del movimento liberal-socialista, che avevano il loro centro nella villa di Umberto Morra a Cortona e alle quali, oltre a Bobbio, partecipavano Guido Calogero, Aldo Capitini, Cesare Luporini e Renato Guttuso (cfr. *Autobiografia*, cit., p. 41).

a picco dalle stelle alle stalle, la direzione e la focalizzazione della strategia dello scienziato rimangono identiche. È quanto cercherò di dimostrare nelle pagine che seguono.

Credo che si debba cominciare con una domanda: perché la consuetudine? Alla quale si deve una prima risposta: perché è una fonte di diritto e perché a Bobbio preme di parlar di fonti. Non si può, però, a questo punto, eludere una seconda domanda: perché, per l'appunto, quella fonte lì? Non certo per il fascino conseguente all'alone romantico che la ammanta ⁽³²⁾, quanto perché si tratta della cenerentola tra le fonti, la più negletta e anche la più perseguitata dallo statalismo legalistico moderno, forse anche perché su di essa i pochi esercizi analitici dei giuristi, nel loro annaspere all'interno e all'intorno della sua struttura complessa ⁽³³⁾, lungi dal giungere alla comprensione dell'istituto, sono valse piuttosto a fraintenderlo. Queste ultime frasi — lo riconosco — non sono un modello di perspicuità, ma servono per abbozzare almeno il punto di avvio della analisi de-costruttiva e costruttiva messa in atto da Bobbio.

4. A Bobbio, nel 1942, preme parlare di fonti. È vero, ma si deve dire di più: gli preme parlare di diritto su un piano generalissimo e affrontare i temi di fondo proprii della teoria generale del diritto. Si dia una rapida scorsa alla articolazione interna del volume: suddiviso in sette capitoli, è soltanto negli ultimi quattro che si rivolge al tema specifico della consuetudine; infatti, nel primo si esaminano i “Moderni orientamenti della scienza giuridica”, nel secondo la “Attualità del problema delle fonti”, nel terzo ci si proietta “Verso una teoria delle fonti”.

Potrebbe, di primo acchito, apparire un gesto di presunzione sollevarsi a un paesaggio così plenario, ma certamente non lo è, considerato un ben definito stato d'animo che sorregge il libretto e, quindi, la sua genesi specifica.

⁽³²⁾ Massimo Severo Giannini, nella sua recensione fortemente critica al libro bobbiano, ammette “che lo studio della consuetudine presenta un fascino come pochi altri argomenti della vasta materia delle fonti” (M. S. GIANNINI, *Sulla consuetudine*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXIV (1947), p. 89).

⁽³³⁾ Una dimostrazione la offre quello che, salvo errore, mi sembra essere, in Italia, l'ultimo contributo collettivo dedicato alla consuetudine: *La consuetudine giuridica - Teoria, storia, ambiti disciplinari*, a cura di S. Zorzetto, Pisa, ETS, 2008.

Sotto questo profilo, gli esperimenti degli anni Trenta e il presente, pur strumentali a una medesima strategia culturale, sono diversissimi, quasi che non fossero trascorsi solo alcuni anni. Lo stato d'animo del contemplatore ammirato di Husserl era sereno, e sereno era quel rifugiarsi bobbiano nel cielo alto d'una scienza pura. Il carattere strategico di quelle pagine non traspare fuori delle mura del castello cementato di pura razionalità, ed è soltanto la malizia o la capacità penetrativa dell'interprete a percepirlo e individuarlo. Il lettore sa che sono pagine appartenenti agli anni Trenta, ma avrebbero potuto essere scritte anche in tempi diversi.

Qui, nel '42, tutto è più scoperto. La imperturbabilità dello scienziato si è trasformata in accesa partecipazione, e la sua voce reca nel proprio timbro la tipicità dell'ora in cui viene pronunciata; allo stato di serenità è ormai subentrato uno stato di ansia, di ansia che lo scrittore non nasconde ma che sente di dover manifestare apertamente. La voce di Bobbio si è fatta diversa, quasi una voce gridata, che assume l'aspetto drammatico di una denuncia. E affiorano vocaboli allarmanti: rovina, provvisorietà, fragilità, crisi; e, immediatamente, la voce si tinge di una intensa storicità.

L'avvio primo dell'itinerario, segnato nella prima pagina, è la contemplazione di un paesaggio storico: "l'edificio costruito dalla scienza giuridica ottocentesca è ormai dovunque in rovina" ⁽³⁴⁾, e sono macerie i due suoi capisaldi essenziali, lo statalismo e il legalismo, e sono macerie soprattutto la "dommatica" ⁽³⁵⁾, che ci si era sforzati di costruire al di sopra, le "dommatiche fobie" ad essa naturalmente consequenziali ⁽³⁶⁾ e il "cosiddetto dogma volontaristico", che aveva condotto a una nozione di diritto caratterizzata da "i tre ingredienti fondamentali della imperatività, della coattività, della generalità" ⁽³⁷⁾.

Accanto alla valutazione apertamente negativa della scienza maggioritaria, si seguono con simpatia i filoni dottrinali minoritari tendenti a "spezzare il cerchio chiuso della dommatica legalisti-

⁽³⁴⁾ BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 1.

⁽³⁵⁾ Ibidem, pp. 2-3. Ma si veda anche a p. 10, dove si parla più specificamente della "stretta dommatica statualistica e legalistica".

⁽³⁶⁾ Ibidem, p. 14.

⁽³⁷⁾ Ibidem, p. 3.

ca”⁽³⁸⁾, in Francia Gény e Gurvitch, in Italia l’idealismo storicista di Croce⁽³⁹⁾, mentre non si risparmiano critiche severe, in Germania, al neo-kantismo (ivi compreso, ai suoi esiti estremi, Kelsen) e alla ‘fenomenologia’, il primo per i suoi sbocchi eccessivamente formalistici, la seconda “per causa di un intransigente apriorismo”⁽⁴⁰⁾. L’antico innamorato di Husserl degli anni Trenta è, nel ’42, un personaggio completamente deluso, mentre guarda con interesse all’istituzionalismo, giacché “la teoria istituzionale è perfettamente il rovescio del volontarismo giuridico”⁽⁴¹⁾ e lo stesso concetto di istituzione “costituisce una delle più importanti scoperte della dottrina giuridica nell’ultimo trentennio e fa da veicolo all’allargamento della sfera giuridica al di là o al di qua dello stato”⁽⁴²⁾. È singolare che ‘istituzionalismo’ significa per Bobbio Gurvitch e Renard⁽⁴³⁾, mentre è ostentato in tutto il volumetto un assoluto silenzio su Santi Romano, tanto più rimarchevole dal momento che si parla diffusamente di ‘ordinamento giuridico’ inteso qui nella accezione romaniana e della pluralità degli ordinamenti giuridici secondo la invenzione romaniana.

5. L’analisi messa in atto da Bobbio è squisitamente storico-giuridica, e storico-giuridico è il contrappunto fra le pseudo-conquiste della modernità di ieri e il rimescolamento profondo nella pos-modernità che si vive ormai appieno del 1942. L’infatuazione per la legge, dando vita alla assoluta dominanza della legge, ha operato una riduzione drastica della nozione di diritto e una soffocante “semplificazione dell’esperienza giuridica”⁽⁴⁴⁾. Bobbio, che non cita Capograssi ma che si rifà volentieri ai suoi mentori francesi, accoglie questa nozione proprio per l’ampio respiro che essa infonde alla dimensione giuridica, tolta dalle secche di un arido universo di

⁽³⁸⁾ Ibidem, p. 5.

⁽³⁹⁾ Ibidem, p. 8.

⁽⁴⁰⁾ Ibidem, p. 9.

⁽⁴¹⁾ Ibidem, p. 7.

⁽⁴²⁾ Ibidem, p. 6.

⁽⁴³⁾ Ibidem, p. 7. Ad essi aveva dedicato, qualche anno prima, un saggio autonomo.

⁽⁴⁴⁾ Ibidem, p. 2.

norme e restituita al mondo vario, complesso, vivace delle azioni, e la accoglie per la sua benefica “concretezza, storicità” (45).

Nella visuale moderna così monca era inutile parlare di fonti, perché non esisteva un problema delle fonti, perché il rigido monismo giuridico non consentiva che emergesse (46). “Il problema era destinato ad essere rimesso in onore, allorché si sarebbero sentiti i primi scricchiolii e viste le prime incrinature” (47), fino a costituire il problema fondamentale dell’ordine giuridico nel momento in cui il trasformarsi del contesto socio-politico ha condannato le vecchie certezze rivelatesi illusorie e ha preteso nuovi assestamenti e nuove stabilità. E come problema fondamentale lo percepisce Bobbio nell’anno di grazia 1942, e lo percepisce come necessaria e impro-rogabile esigenza (e conquista) di pluralismo giuridico, salutando il suo sempre più ampio campeggiare nelle pagine dei giuristi più giovani.

Iniziando, però, con un primo monito: “il primo avvertimento metodico per una teoria delle fonti raccomanda di abbracciare il più largo campo possibile d’esperienza giuridica” (48) senza preoccuparsi troppo di tipizzare ed enumerare le fonti, “perché esse sono virtualmente infinite, come è infinita l’iniziativa e l’originalità della storia” (49). Solo lasciando alle fonti il compito di manifestare il diritto senza artificiosi ingabbiamenti si elimina il rischio di “correre dietro alla chimera di una falsa semplicità” (50) e si ottiene il risultato corposo di riscoprire la complessità del reale assumendola quale irriducibile sostrato di ogni regola giuridica.

Si aggiunga un secondo monito tipicamente bobbiano: che si espunga dal nòvero delle fonti il cosiddetto ‘diritto naturale’, che è per Bobbio artificio e chimera (51), né si lasci mai il terreno positivo

(45) *Ibidem*, p. 10.

(46) “Il problema delle fonti fu messo in disparte, e soltanto qua e là nella cieca adorazione delle leggi stabilite uscì fuori qualche studio sul diritto consuetudinario” (*ibidem*, p. 13).

(47) *Ibidem*, p. 13.

(48) *Ibidem*, p. 17.

(49) *Ibidem*, p. 22.

(50) *Ibidem*, p. 21.

(51) Ma si veda più avanti una singolare, anche se ridotta, ammissione giusnaturalistica enunciata proprio nello stesso volume di cui qui si parla (cfr. al n. 9, nota 79).

della storia ⁽⁵²⁾. All'interno di questo recupero pluralistico può trovare una adeguata comprensione il diritto consuetudinario "che è il diritto spontaneo, immediato, non volontario".

Sia, ora, consentita una minima sosta anche per riassumere il senso di questa prima tappa dell'itinerario compiuto da Bobbio all'interno del suo progetto culturale. Il nemico da battere è chiaramente delineato, e senza mezzi termini, anzi, con una virulenza un po' stonata rispetto all'abituale stile pacato del Bobbio di sempre: è il complesso di quelle che io non ho avuto esitazione di chiamare le 'mitologie giuridiche della modernità', al cui centro stanno la mitologia dello Stato e quella della legge, Stato e legge espressione dello spirito volontaristico, espressione di un sistema di potere che si traduce in apparato, in comminazioni di sanzioni, in esercizio di coazioni.

Il che si concretizza in una minaccia per il diritto particolarmente in situazioni quali l'italiana e la germanica, dove lo Stato ha assunto un volto tragicamente totalitario. Non avevo torto, quando più sopra sottolineavo la circostanza, solo apparentemente lapalisiana, che il libretto sulla consuetudine non poteva generarsi che nel 1942, anno di guerra, anno di arroganza del Regime, anche se non pochi erano i presentimenti di una non lontana caduta. E lo scienziato-giurista sfodera l'unica arma a sua disposizione: un contributo teorico che demolisca — almeno virtualmente — la prigione dello statalismo, quello statalismo che ha costretto la consuetudine nelle segrete della storia.

Il paesaggio, che Bobbio disegna, è infatti un paesaggio di ordinamenti giuridici. Il diritto non ha bisogno dello Stato per generarsi in seno alla società. Se certamente il magma sociale, finché mantiene un magmatico atomismo, non è terreno giuridicamente fertile, il miracolo è possibile quando un certo grado di organizzazione genera quella che Bobbio chiama "concentrazione di autorità" ⁽⁵³⁾; "tale organizzazione, rivelatrice di una autorità capace di dettar norme generali, è ciò che la scienza del diritto chiama ordinamento giuridico" ⁽⁵⁴⁾; precisando meglio che esso "è società

⁽⁵²⁾ Ibidem, p. 6.

⁽⁵³⁾ Ibidem, p. 24.

⁽⁵⁴⁾ Ibidem, p. 24.

organizzata e non somma di individui” caratterizzato dalla persistenza delle regole poste in essere e dalla efficienza della propria nervatura ordinativa ⁽⁵⁵⁾. È una definizione alla quale lo stesso Santi Romano — ignorato nella pagina bobbiana — avrebbe potuto consentire.

6. Sorregge, dunque, Bobbio una diagnosi puntualissima della sua *condicio existendi* di giurista pensante e scrivente nel 1942: la diagnosi di pensare e scrivere su un crinale storico, o, ancor meglio, in un terreno storico che — se pure da poco — non è più quello della modernità post-illuministica e da dove si può guardare con occhi disincantati le certezze e le fondazioni di ieri identificandole ormai in mitologie (il termine, però, è soltanto mio) e dommatiche (il termine è, invece, bobbiano) da abbandonare frettolosamente per poter costruire edifici nuovi adeguati ai tempi nuovi.

Il primo risultato, di cui far tesoro, è la riscoperta del pluralismo giuridico, del problema delle fonti come problema novissimo ieri ignorato o negletto o, comunque, sepolto, ma oggi sollecitato e quasi imposto; del problema delle fonti come realtà plurale, cui ripugna il vecchio inchiodamento gerarchico inventato dagli illuministi e consolidato dai giacobini.

C'è, tuttavia, ancora un passo da compiere: la posizione della consuetudine nel nòvero delle fonti e soprattutto il rapporto consuetudine/legge, passo che può essere agilmente compiuto portando correttamente a conclusione lo scardinamento effettuato del diritto dallo Stato e indagando fino in fondo, senza prevenzioni, il fenomeno consuetudinario fino a percepirne quella oggettiva natura troppo a lungo fraintesa (coscientemente o inconscientemente). Solo così la strategia culturale bobbiana può erigere argini durevoli all'arbitrio del potere.

Il primo accorgimento — che è epistemologicamente doveroso — è quello di collocarsi in un angolo di osservazione da cui la consuetudine possa essere restituita allo sguardo dell'osservante in tutta la sua genuinità; accorgimento che si identifica nella scelta salvifica di abbandonare l'osservatorio falsante dal quale la si usa

⁽⁵⁵⁾ Ibidem, p. 24.

guardare, e cioè dal sommo vertice dello Stato. Il filosofo si eleva ad un più alto livello, squisitamente teoretico, che è, del resto, quello generale del libretto: “dal punto di vista della teoria generale, che è quello qui prescelto, il diritto consuetudinario può ancora far valere le sue buone ragioni” (56). A sua volta, la messa a fuoco teoretica sulla consuetudine “è pur sempre il miglior banco di prova delle varie teorie sul diritto”, dimostrando che la scelta plenaria fatta da Bobbio non era un gesto di riprovevole presunzione, bensì lo strumento idoneo per ridare all’intero ordine giuridico una misura più corretta.

Anche qui soccorre in misura determinante l’analisi storico-giuridica con la sua impietosa dialettica comparativa. Diamo la parola all’Autore, perché è senz’altro illuminante: “l’analisi del diritto consuetudinario, mettendo in evidenza, più che ogni altra teorica dissertazione, tutte le incrostazioni d’origine statalistica e legalistica, formatesi nella definizione del diritto, soprattutto l’imperatività e la coattività, e mettendo in guardia dalle tradizionali e correnti unilateralità dommatiche, può giovare a guisa di ‘memento’ e al fine di una chiarificazione” (57). Ecco il nucleo del suo breviario metodologico ed ecco perché quell’apparente salto che si constata in un libretto dove ci si dovrebbe soltanto domandare che cosa sia la consuetudine e dove, invece, ci si pone la domanda generalissima che cosa sia il diritto: perché l’eliminazione delle *incrostazioni*, che la storia ha depresso sulla consuetudine seppellendola, è lo strumento efficace per mettere in risalto l’essenza stessa del diritto.

La domanda generalissima non era il frutto della immaturità epistemologica del filosofo che risale indebitamente dal particolare all’universale; era, piuttosto, la testimonianza della sua consapevolezza epistemologicamente ben provveduta. E Bobbio ce ne informa apertamente: “intorno alla quale domanda si sviluppa, direttamente e indirettamente, il presente lavoro, in cerca di una soluzione che, attraverso l’esame del diritto consuetudinario, si andrà via via chiarendo” (58).

(56) Ibidem, p. 27.

(57) Ibidem, p. 28.

(58) Ibidem, p. 33.

Vorrei — se mai — sottolineare ancora la chiave di volta del processo chiarificatorio nella coscienza del filosofo, che si fonda su una analisi storico-giuridica assolutamente sgombra da preconcetti ideologici.

7. Dove sta, dunque, la cifra irripetibile della singolarissima fonte consuetudinaria?

Premesso che “due sono i modi tipici di formazione di un’ autorità sociale: un modo incosciente e involontario e un modo cosciente e volontario” (59), il primo coincidente con il formarsi di una *tradizione* e il secondo, invece, di una *volontà dominante* (sia essa collettiva, o di una classe, o di un Principe), a questi due modi corrispondono le due fonti del diritto oggettivo, la consuetudine e la legge. Con la prima rilevante conclusione teorica che “la norma consuetudinaria ha dietro di sé l’ autorità della tradizione”, che il suo processo di formazione è involontario, che la consuetudine è stata correttamente classificata “tra i fatti in contrapposizione agli atti” (60).

Insomma, essa è generata unicamente dalla autorità della tradizione, non da un singolo atto e nemmeno da una somma di atti, indipendentemente dalla volontà dei singoli che pure hanno contribuito a costituirla; “deriva ... dal fatto puramente naturale, cioè non voluto ed inconscio, che questi atti sono stati ripetuti per una logica implicita negli atti stessi durante un lungo e immemorabile periodo di tempo” (61). Alla sua genesi c’è solo una *tradizione incosciente*; da qui la definizione che essa è null’altro che “un fatto naturale che si svolge nel tempo” (62).

Ma Bobbio sa bene che, intorno a lui, sta una maggioranza di giuristi accanitamente volontarista e, di conseguenza, legalista e formalista, ed è lui stesso a proporsi l’immancabile obiezione basata sulla incapacità di un fatto a trasformarsi in diritto; ed è lui stesso, ormai affrancato da decrepite ipoteche culturali, a cogliervi

(59) Ibidem, p. 29.

(60) Ibidem, p. 29.

(61) Ibidem, p. 30.

(62) Ibidem, p. 31.

senza imbarazzo “ancora una volta il frutto d’un pregiudizio di origine statual-legalistica” (63).

Al centro di una esperienza giuridica come quella novecentesca e di una scienza giuridica rinnovata dove il principio di effettività ha un relevantissimo ruolo motorio, Bobbio non ha dubbi nel cogliere nel fatto, a certe condizioni, una assoluta autonomia e a porsi pertanto “anteriormente ad ogni qualificazione formale ... come una forza costitutiva di diritto” (64). “Il fatto produttivo di diritto ha in se stesso le sue ragioni” (65); conclusione teoreticamente di grosso rilievo, giacché è da essa che discende il valore *costitutivo* e non *meramente ricognitivo* della consuetudine.

Il guaio, per i giuristi, per i giuristi educati alle mitologie dell’età moderna o ripetitori a mezzo Novecento delle dogmatiche moderne, è di essersi posti (o di continuare a porsi) su un osservatorio falsante, il più falsante che si possa immaginare: quello dello Stato, perché da quella posizione unilaterale la visione è inevitabilmente gravata e distorta dalla sua ombra pesante (66). L’ottica di Bobbio, al contrario, è, come si vedrà meglio anche in seguito, completamente affrancata da ipoteche statalistiche, facendo sua una contemplazione del fenomeno consuetudinario (ma, di più, di tutto il diritto) rigorosamente pluri-ordinamentale e tale da poterlo cogliere “nella sua struttura originaria” (67).

È, partendo da questa convinzione, che vengono censurate come alteranti le tre ricostruzioni dottrinali dominanti, quella romano-canonica, quella della Scuola Storica, quella più moderna che — dal suo principale assertore Edouard Lambert — Bobbio chiama appunto del Lambert (68); alteranti perché, senza sforzarsi di sondare la possibile autonomia del fatto consuetudinario, tendono a

(63) *Ibidem*, p. 31.

(64) *Ibidem*, p. 33.

(65) *Ibidem*, p. 34.

(66) “i giuristi si trovano generalmente in una situazione non favorevole per lo studio del diritto consuetudinario, perché sono nella condizione di doverlo osservare non nella sua struttura originaria, ma dal punto di vista di altra fonte accolta come fonte primaria” (*Ibidem*, p. 37).

(67) Secondo l’espressione dello stesso Bobbio menzionata nella nota precedente.

(68) *Ibidem*, p. 38 ss..

fondarlo su elementi, forze, valori ad esso estranei ⁽⁶⁹⁾. Ed è sempre partendo da una siffatta convinzione che si respinge la domanda — dal timbro già pregiudicato — che ci si pone su quale sia il fondamento della consuetudine giuridica; sì pregiudicata, poiché rivela “l’atteggiamento generalmente negativo assunto dai giuristi di fronte alla consuetudine” ⁽⁷⁰⁾.

Limpide le conclusioni finali del Nostro, che vale la pena di riportare per esteso: “il diritto consuetudinario è un fatto normativo, e come fatto vale in quanto si fa; in esso validità ed efficacia coincidono ... la consuetudine ha il proprio fondamento in se stessa, nel suo stesso farsi; la sua ragion d’essere sta nell’osservanza che la costituisce e la mantiene in vita”, “porre un fondamento prima e al di fuori del fatto consuetudinario vuol dire negare l’autorità sociale della tradizione e quindi la costitutività normativa di una ripetizione costante ed uniforme” ⁽⁷¹⁾.

8. Con l’aver escluso la necessità di un contributo dall’esterno e aver, quindi, messo a riparo da ingerenze esterne il formarsi del fatto consuetudinario come fonte, la strategia culturale del giurista Bobbio ha precostituito un eccellente rifugio per ogni scienziato/giurista e anche un efficiente ostacolo alle pretese colonizzatrici da parte di volontà potestative, prima fra tutte quella dello Stato.

L’operazione può, però, dirsi condotta a buon fine se si riesce a eliminare un elemento psicologico che la stragrande maggioranza della riflessione giuridica aveva ritenuto componente necessario per il formarsi di una consuetudine: la cosiddetta *opinio iuris*. Eliminazione che, nel libretto bobbiano, viene argomentata, motivata, attuata in modo deciso e reciso. È superfluo seguirlo nella sua dettagliata esposizione: egli, in sostanza, ribadisce il carattere non volontario del processo formativo, dove ripetizione, durata, tradi-

⁽⁶⁹⁾ Si denuncia, soprattutto, nell’ambito di queste dottrine, “l’attrazione della norma consuetudinaria da parte di un’altra fonte” (Ibidem, p. 39); con la prima conseguenza che ne “vien fuori snaturata”, e con una seconda ancora più demolitiva: che “la consuetudine non è di per sé stessa fonte di diritto” (Ibidem, p. 43).

⁽⁷⁰⁾ Ibidem, p. 44.

⁽⁷¹⁾ Ibidem, pp. 44/45.

zione sono le forze traenti ⁽⁷²⁾ e dove l'*opinio iuris* è da vedersi come una conseguenza di quel processo, come inerente non al processo di formazione ma di conservazione della norma al fine di mantenerne l'efficacia ⁽⁷³⁾.

Può essere, invece, di non poco interesse sottolineare l'atteggiamento con cui Bobbio scrive queste pagine, nella lucida coscienza di dare un contributo teoretico non soltanto per una migliore comprensione della fonte consuetudinaria, ma altresì di tutta la dimensione giuridica così come viene vissuta e concepita nella postmodernità del Novecento. Rimuovere il dogma della *opinio* non significa solo riportare la consuetudine nella sua reale misura giuridica, ma anche rimuovere la dogmatica credenza che il diritto — dimensione umanissima — non può che discendere da atti di volontà. Bobbio, che cerca di leggere il proprio tempo e segue con attenzione le trasformazioni che in questo sono scritte o si stanno scrivendo, ne accoglie uno dei segni caratterizzanti: il canone vincente della effettività; e registra “la constatazione, sempre più ovvia, che il diritto deriva dal fatto e non ha altro fondamento se non il fatto che esiste e s'impone” ⁽⁷⁴⁾.

9. Rimossa la *opinio iuris* per i suoi possibili (se non probabili) esiti volontaristici, Bobbio non ha dubbii nel rimuovere dalla essenza della giuridicità la coazione, un attributo che gli appare strettamente connesso a una visione rigidamente statalistica del diritto ⁽⁷⁵⁾.

Questo, “in quanto fenomeno storico” ⁽⁷⁶⁾, non può che germinare nella concretezza della storia, ossia nella concretezza di speci-

⁽⁷²⁾ I singoli, “mentre si obbligano, ignorano di obbligarsi in nome di una regola costituita, che, d'altronde, non esiste ancora perché essi stessi contribuiscono a formarla, ma contraggono unicamente una obbligazione di fatto o naturale, che solo il tempo o la tradizione trasformerà in obbligazione generale ed astratta, allorquando la serie delle ripetizioni sarà tale da avere ingenerato mediante la forza dell'esempio, la convinzione o la credenza che osservare quella regola sia obbligatorio” (Ibidem, p. 55).

⁽⁷³⁾ Ibidem, p. 56.

⁽⁷⁴⁾ Ibidem, p. 63.

⁽⁷⁵⁾ Ibidem, p. 69. Identico è l'insegnamento delle quasi coeve *Lezioni di filosofia del diritto*, raccolte dagli studenti P. Antonelli e G. Chiesura, Bologna, La Grafolito, 1941, p. 234.

⁽⁷⁶⁾ Ibidem, p. 80.

fiche situazioni spaziali e temporali; il che avviene all'interno delle comunità grazie a un processo di differenziazione che conferisce a fatti più intensamente operativi di altri "una più urgente imperatività"; selezione "compiuta dall'autorità sociale che agisce, ora mediante il meccanismo della tradizione, onde ha luogo la consuetudine giuridica, ora mediante il meccanismo della volontà dominante, onde hanno luogo gli atti normativi in genere, le leggi in specie" (77); selezione che, nel caso della consuetudine, non cessa di caratterizzarsi per la sua involontarietà (78). "Ogni gruppo ha il suo diritto, il che vuol dire che ogni gruppo considera essenziale alla propria conservazione un certo complesso di regole", "l'essenzialità costitutiva della giuridicità non è una categoria a priori, ma un fatto storico" (79).

Perfettamente consequenziale a tutta l'impostazione e allo svolgimento del libretto è il tema proposto quale ultimo capitolo: "La consuetudine e gli ordinamenti giuridici". Disfattosi dello statalismo come di un vestito troppo stretto per il diritto e per il giurista, è in una folta pluralità di ordinamenti giuridici che deve essere individuata l'espressione normale della giuridicità, ed è proprio a un livello ordinamentale — anzi, pluri-ordinamentale — che il diritto consuetudinario si pone "sullo stesso piano di validità del diritto legislativo" (80).

Questa ineccepibile conclusione teorica può avere delle smen-

(77) Ibidem, p. 80.

(78) Tommaso Greco, uno degli indagatori più attenti e penetranti dell'intero itinerario scientifico di Bobbio, è di avviso diverso; secondo lui il rifarsi all'opera selettiva di una autorità sociale "spostava inequivocabilmente l'accento sull'elemento della volontà, penalizzando quello razionale" (GRECO, *Norberto Bobbio*, cit., p. 37); il che, però, mi sembra smentito dalle affermazioni dello stesso Bobbio.

(79) Ibidem, pp. 80/81. C'è, a questo punto (metà di p. 80), una inaspettata e strana appendice: dopo aver predicato con forza la storicità del diritto e il suo naturale legame a spazi e luoghi determinati, Bobbio aggiunge che è lecito ipotizzare anche "un complesso di principii giuridici essenziali alla costituzione della società universale degli uomini e quindi comuni a tutti i gruppi sociali storicamente accertabili"; precisando, per salvarsi l'anima: "in detta forma il diritto naturale non rappresenta più affatto un diritto ideale da contrapporre al diritto reale, bensì un prolungamento ... del diritto positivo, o, per meglio dire, la quintessenza del diritto positivo, un diritto insomma tanto positivo che vige in ogni gruppo sociale" (p. 81).

(80) Ibidem, p. 84.

tite sul piano storico, com'è avvenuto nella modernità, quando l'ordinamento totalitario e monistico dello Stato ha preteso di risolvere il rapporto con gli altri ordinamenti nella scansione di una relazione gerarchica, quasi che il rapporto si esaurisse unicamente al suo interno. La gerarchia delle fonti inventata e attuata dallo statalismo moderno, ponendo la consuetudine a un gradino ben inferiore a quello della legge, si è risolta in una indiscussa e indiscutibile supremazia di questa su quello. Ma si tratta, agli occhi di Bobbio, di una violenta distorsione verificatasi sul piano della effettualità storica.

Il problema riceve nuova luce e soluzioni più appaganti, se il rapporto legge/consuetudine è colto teoreticamente nella dialettica fra ordinamenti diversi, tra ordinamento statutale e ordinamenti extra-statali; e Bobbio non manca di fare riferimento all'ordinamento mercantile, a quello cavalleresco, a certi residui ordinamenti agrarii (come la famiglia colonica nel contratto di mezzadria classica) governati da usi a cui fanno rinvio le norme dello Stato.

Il tutto, con un atteggiamento di singolare apertura teoretica da parte di Bobbio, cui ho già accennato ma che deve essere qui ancora sottolineato: di considerare il singolo ordinamento quale realtà conchiusa ed autonoma, all'interno del quale è corretto guardare non con gli occhi ancora impregnati dei valori dell'ordinamento statutale, ma assumendo quell'interno come l'unico punto di osservazione capace di restituire nella sua oggettività il paesaggio giuridico proprio a quell'ordinamento. E Bobbio coraggiosamente avverte: "per quanto la legge statutale limiti l'applicazione del diritto consuetudinario, questa limitazione non incide sulla validità del diritto consuetudinario di per sé considerato, ma esclusivamente sulla sua validità nell'ambito dell'ordinamento statutale, che è appunto un ordinamento a base legalistica; il che non esclude che esso continui ad avere piena validità nell'ordinamento che gli è proprio" ⁽⁸¹⁾.

10. Un intelligente e colto illustratore dell'opera di Bobbio — che è anche uno dei suoi più brillanti allievi — ha scritto, a proposito

⁽⁸¹⁾ Ibidem, p. 88.

del grande studioso torinese, che “la sua produzione intellettuale più significativa coincide quasi con l’arco temporale che va dal 1943-1946 al 1989-1991” (82), mentre il Direttore della nostra Collana, studioso di pari intelligenza e cultura, ha rilevato che “il Bobbio del dopoguerra si sarebbe impegnato a lungo nel tentare di confutare le tesi che lui stesso aveva espresso in precedenza” (83).

Limitando lo sguardo al volume che oggi viene riproposto, si potrebbe aggiungere due notazioni puntuali. La prima è che il saggio del ’42, universalmente citato, è stato, però, nella sostanza del suo messaggio altrettanto universalmente schivato dai filosofi del diritto, se si eccettuano due recenti indagini specifiche (84). La seconda è che lo stesso suo Autore, tra la produzione più remota da lui sveltamente collocata nella propria ‘Preistoria’, ha ritenuto la sua indagine del ’42 come un frutto minore — quasi contingente — meritevole di essere dimenticato.

Come si è visto nelle poche pagine di questa ‘Introduzione’ e soprattutto dai testi bobbiani da me volutamente riportati con abbondanza, il risultato di una ricerca tesa a “esaminare la consuetudine giuridica allo stato puro, liberata da tutte le sovrastrutture storiche e dottrinali” e che arriva alla conclusione della “autonomia della consuetudine giuridica, come fonte di diritto che trova il proprio fondamento in se stessa”, della consuetudine che “non è un atto o un complesso di atti, ma è un fatto naturale che si svolge nel tempo”, questo risultato doveva essere messo da parte dal Bobbio che, ricercatore inquieto di se stesso, òpera dal ’43 in poi una rinnovazione squassante nei lineamenti della sua statua interiore.

Non c’è più alle spalle il mostro politico a condizionarlo nella sua libertà scientifica, a costringerlo alla rivalutazione dei semplici fatti, a trovare rifugio nella grezza dimensione dei fatti. Nella vicenda intellettuale bobbiana il nuovo ha il sopravvento: dal 1943

(82) P. P. PORTINARO, *Introduzione a Bobbio*, Roma/Bari, Laterza, 2008, p. 3.

(83) GRECO, *Norberto Bobbio*, cit., p. 35.

(84) U. PAGALLO, *Bobbio a Padova: la natura dei fatti normativi alle prese con il fenomeno dell’entanglement*, in *Metodo, linguaggio, scienza del diritto. Omaggio a Norberto Bobbio*, cit.; P. CHIASSONI, *Tre buoni filosofi contro i cattivi costumi (Giurisprudenza analitica e teoria della consuetudine)*, in *La consuetudine giuridica - Teoria, storia, ambiti disciplinari*, cit..

ha un posto d'onore sul suo tavolo di lavoro l'opera di Cattaneo, dono di nozze di Solari, con il suo messaggio di filosofia positiva intrisa — allo stesso tempo — di illuminismo moderato e di sano empirismo; ci sono la familiarità e il dialogo fitto con *homines novi* portatori di una profonda rinnovazione epistemologica sul piano delle cosiddette scienze umane (primo fra tutti Ludovico Geymonat); c'è un fecondissimo viaggio (e soggiorno) in Inghilterra nel 1945, che apre a Bobbio una mentalità e un mondo culturale cui sente di dover dare spazio al posto dei tradizionali attingimenti germanici.

Il nuovo Bobbio, così come appare nella conferenza del marzo 1949 su "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", tenuta proprio al Centro di studi metodologici fondato da Geymonat, o nel saggio su "Francesco Carnelutti teorico generale del diritto", sempre del '49, o nelle dispense giappichelliane del '50 su "Teoria della scienza giuridica", è il fabbro di una operosa officina dove, negli anni dal '43 al '49, sono stati acquisiti parecchi strumenti di lavoro nuovi di zecca. Un quinquennio soltanto, ma ventilato da un'aria che proviene dalle molte finestre che Bobbio stesso ha provveduto a spalancare.

Il fossato della discontinuità fra il prima e il poi è profondo (senza dimenticare che anche il terreno della 'preistoria' non ha corso continuo): alle intolleranze verso il normativismo, alle acide critiche contro Kelsen, si sostituiscono, in un arricchirsi e variare continuo, kelsenismo, neo-positivismo, neo-empirismo, proceduralismo fino al 1972 quando Bobbio lascerà la Facoltà di Giurisprudenza e la cattedra di Filosofia del diritto per insegnare — gli ultimi sette anni della sua presenza accademica — la Filosofia della politica nella Facoltà torinese di Scienze politiche.

Il fossato della discontinuità possiamo constatarlo anche in rapporto al nostro tema. Nel 1962 Bobbio è chiamato a redigere per la 'Enciclopedia del diritto' la voce 'Consuetudine (teoria generale)' e nel '67 la voce 'Fatto normativo'. Mi verrebbe di dire: *quam mutatus ab illo!* Non solo perché sono voci compilatorie, un po' malate di stanchezza rispetto al fervore delle pagine del '42 (fervore senza dubbio giovanile, ma anche provocato dalla ferma coscienza dello scrittore di trovarsi su una trincea avanzata), ma particolar-

mente perché le categorie giuridiche si sono trasformate nelle sue mani.

Bàstino due riferimenti. La nozione di ordinamento giuridico è quella che si troverà in tutti i ‘corsi’ bobbiani di teoria generale, e cioè “un insieme di norme” (85). Ancor più incisiva la alterazione che subisce lo schema categoriale del ‘fatto normativo’. Intanto, non si lésinano critiche alla teoria “confusa” di Gurvitch (86) e alla ambiguità concettuale dello stesso sintagma. Ma c’è di più: anche se l’involucro lessicale rimane il medesimo, il contenuto viene radicalmente mutato da un cultore di teoria generale (il Bobbio del ’67), che ormai lo usa di malavoglia e lo modella con mani normativistiche. Questo ‘fatto normativo’ del ’67, insomma, sembra appartenere a un pianeta culturale assolutamente alieno rispetto a quello di trentacinque anni prima.

Il volumetto bobbiano sulla consuetudine resta consegnato nella sua nicchia remota, alle soglie di un mondo che sta crollando. È lo specchio fedele di una stagione vissuta da Bobbio con la stessa intensità con cui egli vivrà le sue stagioni future: un momento, a mio avviso, non dimenticabile di un personaggio alla ricerca di se stesso, anello di una catena meritevole di essere seguita in tutto il suo distendersi, nelle sue continuità e discontinuità. Solo in tal modo si può percepire la complessità e ricchezza della sua statura culturale.

(85) BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., p. 34.

(86) *Ibidem*, p. 46.

DIALOGO SU GIORGIO BERTI CON PAOLO GROSSI (*)

« Concepisco i rapporti umani solo sul piano dell'uguaglianza; dal momento in cui taluno comincia a trattarmi da inferiore, nessun rapporto umano è più possibile fra lui e me, ed io lo tratto a mia volta come un superiore, vale a dire subisco il suo potere come subirei il freddo o la pioggia ». S. WEIL, *La condizione operata* (1951), 1994, rist. 2003, Milano, SE, p. 152.

1. Premessa. — 2. Colloquio. — 3. Postilla.

1. La postilla consente qui di limitarsi a ricordare che i percorsi scientifici di Berti e di Grossi si incontrano ripetutamente. L'intensità del sodalizio spirituale che ne scaturisce è suggellata dalla dedica a « Giorgio Berti [...], che alla nobiltà del diritto apparteneva per pienezza di meriti », della raccolta di scritti grossiani intitolata, appunto, *Nobiltà del diritto* (sottotitolata *Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008). Le domande indirizzate a Grossi vorrebbero rievocare alcuni di questi incontri, ma soprattutto trarne spunti da porgere all'intervistato per riflessioni sulla vasta e complessa opera di Berti.

2. *Enrico Mauro* — I *Quaderni fiorentini* del 1976-1977, intitolati *Itinerari moderni della proprietà* (in cui lei compare con un corposo saggio su *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, oltre che con la consueta *Pagina introdutti-*

(*) Il testo riproduce una intervista realizzata l'8 marzo 2012 su cortese e gradita richiesta del Prof. Enrico Mauro, giurista e pubblicista della Università di Lecce, il quale funge da intervistatore ed è autore della 'premessa' e della 'postilla'.

va), ospitano una recensione di Berti a tre *Recenti scritti di giuspubblicisti intorno alla proprietà* (p. 991).

In particolare esaminando la prima edizione di un noto volume di M.S. Giannini (*Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1977) e la monografia di D. Sorace in materia espropriativa (*Espropriazione della proprietà e misura dell'indennizzo*, Milano, Giuffrè, 1974), Berti rileva che la funzione sociale della proprietà, « assicurata » dall'art. 42, co. 2, Cost., risulta penalizzata dall'impostazione « soggettivistica » dei due lavori. Più in dettaglio, a Giannini è rivolta la critica di aver visto nella funzione sociale, antiprivatisticamente, non un contenuto, solidaristicamente rinnovato, del diritto di proprietà, ma una conformazione data alla proprietà dall'esterno, da un potere amministrativo di direzione; di aver visto, in altri termini, la funzione sociale come convivenza su un medesimo bene non di diritti e obblighi di più persone, ma del diritto di proprietà e di poteri amministrativi. Mentre a Sorace si fa notare che la prospettiva espropriativa è quella dell'avvicendamento dei proprietari, mentre la 'promessa' costituzionale di una funzione sociale avrebbe dovuto portare a mutare il contenuto, se non anche il significato, della proprietà, non solo e non tanto la sua titolarità.

Berti sembra voler dire, in definitiva, che l'attenzione eccessiva prestata da legislatori e interpreti ai profili soggettivi dell'istituto proprietario non ha reso un buon servizio alla funzione sociale intesa come « moltiplicazione in relazione ad una corrispondente pluralità di interessi e pretese di più soggetti rispetto ad un unico bene » (*Il diritto dell'abitazione*, in *Jus*, 1986, p. 81). Come valuta questa critica bertiana?

Paolo Grossi — La « funzione sociale », che l'art. 42 della Costituzione coglie come intimamente connessa alla natura stessa della proprietà, lungi dall'essere una affermazione socio-politica o addirittura retorica, ha il significato innovatore di sorprendere la proprietà quale situazione giuridica complessa articolata in diritti e in doveri. Da qui scaturisce il suo recupero sociale, perché, se il diritto tende ad isolare il proprietario dagli altri o — almeno — a collocarlo in una posizione superiore alla comunità, il dovere lo immerge nella comunità, lo pone accanto agli altri, in frizione con gli altri.

La venatura di dovere non può non essere intrinseca a ogni

forma proprietaria quale strumento organizzativo dell'umana convivenza. Insomma, il dovere, anziché *comprimere* la proprietà, come può apparentemente sembrare, più semplicemente contribuisce ad *esprimerla*; allo stesso tempo, la sottrae a quella impostazione eccessivamente soggettivistica lamentata precisamente da Berti in rapporto alle due opere di M.S. Giannini e di D. Sorace. Infatti, la proprietà quale diritto assoluto — inviolabile e sacro secondo l'art. 17 della *Déclaration des droits* del 1789 — è strettamente connessa a quell'artificio meta-storico — strategicamente inventato durante la modernità — che è il preteso stato di natura e dove può ben essere concepita come *absoluta*, ossia sciolta da legami, perché galleggia quasi nuvola al di sopra della concretezza della storia.

E.M. — Nei *Quaderni fiorentini* del 1982-1983, intitolati *Itinerari moderni della persona giuridica* (in cui lei compare con *Pagina introduttiva* e altri brevi scritti), è pubblicato un saggio di Berti intitolato *La parabola della persona stato (e dei suoi organi)* (p. 1001), riproposto, in termini sostanzialmente inalterati, ma con integrazioni in apertura e in chiusura, quale capitolo VI del suo ultimo libro, postumo (*Diritto amministrativo, Memorie e argomenti*, Padova, Cedam, 2008).

Si tratta di uno degli scritti in cui Berti insiste di più sul problema del metodo: la parabola della personalità giuridica dello Stato, ossia, in definitiva, del diritto pubblico, sarebbe la parabola di un metodo 'decontaminato' non solo dai valori ma persino dai fatti, nella misura in cui non filtrati, dunque sterilizzati, dai volontaristici canali legislativi. Berti osserva, tra l'altro, che « il concetto di persona dello stato nasce da un intreccio tra prospettiva politica e prospettiva giuridica, onde [...] il diritto pubblico potrebbe dirsi frutto di un incrocio tra contenuti politici e forme giuridiche tratte dal diritto privato. [...] La sapienza dei giuristi di quell'epoca consistette appunto nell'usare gli istituti del diritto comune, o pezzi di questi istituti, per costruire ciò che serviva a coonestare la potenza giuridica dello stato ». E termina con l'auspicio « della accettazione della reciproca contaminazione, nei metodi di conoscenza e nelle classificazioni, d[e]lle scienze sociali », della « composizione di diversi, ma pur sempre naturalmente coordinati metodi di lettura scientifica della realtà sociale », dell'« utilizzo integrato di metodi di

conoscenza e di azione definiti appunto insieme mediante l'analisi politica, economica e giuridica». Con l'auspicio, in definitiva, che, «così come il metodo giuridico ha prodotto, nella elaborazione scientifica e nella prassi, la persona e il potere dello stato e attraverso ciò il diritto pubblico come conoscenza totalizzante ed esclusiva del rapporto tra lo stato e la società, un nuovo ordine scientifico di interpretazione della vicenda politica ed economica della società dovrà produrre necessariamente nuove convenzioni culturali e pratiche».

Al culmine della parabola, statalistica in quanto puristica e viceversa, siederebbe Hans Kelsen, con il quale «l'ordinamento, e le istituzioni di cui esso si compone, acquista tanta indifferenza da prestarsi a tutti gli utilizzi resi possibili o convenienti dalle vicissitudini politiche». Poche pagine dopo questo severo giudizio Berti, senza citare Carl Schmitt, riassume il nucleo delle dottrine decisionistiche con queste parole: «la capacità giuridica del soggetto legittima le decisioni indipendentemente dal loro contenuto e dalle loro effettive giustificazioni».

Sia pure provocatoriamente, si potrebbe forse dire che si tratta di due percorsi di esaltazione, quasi di deificazione della forza, di svuotamento volontaristico di ogni rapporto fondato sul dialogo, sulla comunicazione, sul tentativo di conoscersi, con la differenza che il discorso schmittiano rischia di apparire più 'sincero'. Le sembra azzardato interpretare questo scritto nel senso che vi si rinvenga il rilievo, neppure troppo velato, di una stretta contiguità di esiti, a prescindere dalla profonda diversità degli itinerari, tra kelsenismo e schmittismo? Non le pare che questo suggerimento trovi pieno sostegno in alcune delle più ispirate pagine capograssiane, quelle in cui si legge, tra l'altro, che in Kelsen «il diritto è forza organizzata, cioè forza e forma; la forza sostiene e riempie la forma, la forma riveste la forza» [G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto* (1952), in *Opere*, V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 333]?

P.G. — Rispondo positivamente alla tua seconda domanda: nella sostanza, gli esiti del kelsenismo e dello schmittismo sono affiancabili. Con una differenziazione formale da te ben rilevata e che può fuorviare il giudizio di un sereno osservatore: la diagnosi di Schmitt — al contrario di quella di Kelsen — è franca e schietta,

assumendo forza e potere quali elementi portanti del proprio discorso giuridico. A parte che anche un convinto kelsenista come Bobbio ha dovuto ammettere, con grande probità intellettuale, che « il problema del potere giuridico è venuto assumendo un rilievo sempre maggiore nelle ultime opere » (N. BOBBIO, *Kelsen e il potere giuridico*, in *Ricerche politiche, Saggi su Kelsen, Horkheimer, Habermas, Luhmann, Foucault, Rawls*, a cura di M. Bovero, Milano, Il Saggiatore, 1982, p. 6), io stesso non ho mancato di rilevare, in un saggio del 2000, il rischioso, anche se latente messaggio del giureconsulto austriaco. Mi permetto di trascrivere quanto allora scrissi e che mi sento di confermare interamente: « anche se tutta la sua opera può essere vista come un grandioso esorcismo contro il potere attraverso la sua razionalizzazione formale-normativa, avendo prescelto il punto di vista della norma come perno dell'ordine giuridico, momento essenziale deve necessariamente essere il tempo della sua produzione, evento essenziale il comando, contenuto essenziale la coercizione, manifestazione essenziale la sua forma, con il risultato che il grandioso esorcismo si palesa come sostanzialmente inefficace, e il potere domina indirettamente ma con una presenza greve tutto l'itinerario kelseniano quasi come il coro nell'antica tragedia greca » [*Oltre le mitologie giuridiche della modernità* (2000), ora in *Mitologie giuridiche della modernità*, III ediz. accresciuta, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 57 s.].

È quasi inutile che aggiunga quanto io condivida le conclusioni di Capograssi, ritenute ingiustamente da parecchi kelsenisti come chiara testimonianza di una forzosa incomprensione.

E.M. — Negli atti, pubblicati (Milano, Giuffrè) nel 1984, di un convegno fiorentino dedicato a *La 'cultura' delle riviste giuridiche italiane*, da lei promosso e svoltosi il 15-16 aprile 1983 (lei vi compare con *Premessa, Lettera invitatoria e Chiarimenti preliminari*), si legge una testimonianza senza titolo di Berti (p. 31), pubblicata invece in *Jus*, 1983, sotto il titolo *Riflessioni su cultura ed esperienza del giurista* (p. 351).

In innumerevoli scritti di Berti si leggono convincenti professioni di storicismo. Nello scritto in parola, ad esempio, leggiamo: « Un sistema logico-formale [...] regge fino al punto in cui si accorda con il suo sottofondo sociale, il che val quanto dire con una certa storia

sociale. Dopodiché, si dissolve e diventa il fantasma di se stesso. Ci convinciamo così che la struttura portante di qualsiasi sistema di norme e di istituti è la storia [...]. E se la storia sorregge il sistema, noi dovremo pensare al diritto come un processo sistematico che si alimenta di storia trasfusa in direttive e norme, ma in modo tale che queste, nella loro efficacia, rimangono sempre condizionate dalla storia. [...] in questa linea risalta la funzione dello storico di professione il quale, analizzando la dinamica della società, mette in chiaro l'ambiente di forze o di segni da cui scaturiscono le sintesi razionali che diciamo appunto giuridiche e che nel loro insieme e nel loro intrecciarsi consentono al linguaggio sistematico del giurista di alimentarsi o di offrire alla fine delle formule per il governo della società. [...] lo storico deve illuminarci sulle ragioni [...] per le quali si è formato un certo ordine giuridico, sono state escogitate certe formule, è stato alla fine possibile creare un sistema. [...] Lo storico, in special modo lo storico-giurista, deve insomma rendere visibile la tensione fra l'immediato e il duraturo ».

Se la costante attenzione di Berti per gli svolgimenti e i rivolgimenti storici è innegabile, neppure si può negare che altrettanto numerosi sono i suoi scritti in cui compaiono riferimenti giusnaturalistici. Anche qui valga un solo esempio, tratto dal testo sul quale l'intervistatore vorrebbe incentrare la domanda successiva (alla quale rinvia per l'indicazione bibliografica). In tale testo, dopo aver accennato al diritto come « fattore della storia » e all'« essere [...] davvero il diritto dentro la storia », Berti scrive: che « diritti e libertà sono attributi naturali, e perciò stesso [...] razionali [...], della persona e contengono, come fattore essenziale, la predisposizione alla conciliazione o, più contenutisticamente, alla solidarietà. L'ordinamento, che si riassume positivamente nella Costituzione, rappresenta pertanto la versione storicizzata di questo intreccio di libertà »; che « L'ordinamento giuridico positivo agisce [...] con una diversa meccanica rispetto all'ordine naturale o storico che si fonda nel trascendente o nella ragione: in quest'ordine infatti le regole sono universali e imm modificabili »; che le « libertà [...] hanno innate valenze per ricongiungere le persone secondo il criterio sociale della solidarietà e costruire così la società [...]. Solo attraverso le libertà [...] l'ordine positivo si congiunge con l'ordine naturale ».

Ora, il pensiero di Berti presenta più di un significativo punto di contatto con quello di un filosofo dello spessore di Jürgen Habermas (non è un caso, forse, che si chiuda proprio con una citazione habermasiana l'ultimo libro di Berti), a cominciare da un'impostazione proceduralistica impregnata di moralità (dunque lontana da quella, proceduralistica ma nichilistica, di Natalino Irti), sia pure riferita da Berti principalmente agli ambiti amministrativi e giudiziari e da Habermas principalmente agli ambiti legislativi e a quelli informali della sfera pubblica. Tuttavia, agli occhi dell'habermasiano « osservatore postmetafisico » [*Tra scienza e fede* (2005), trad. it. di M. Carpitella, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. X, ma il principale riferimento è, naturalmente, *Il pensiero post-metafisico* (1988), trad. it. di M. Calloni, Roma-Bari, Laterza, 2006], i due richiamati aspetti del pensiero di Berti non appaiono facilmente conciliabili. Che tipo di storicismo è quello di Berti, che tenta di spiegare tutto in termini storici, ma poi ha bisogno di spiegare la storia, dunque prima di tutto la cultura, con la natura: il diritto storico con quello naturale, i valori storici con quelli naturali, la ragione storica con quella naturale?

P.G. — La terza domanda è meno semplice: come si coniughino in Giorgio Berti storicismo e giusnaturalismo.

Non dimentichiamo che Berti non è un immanentista; al contrario, la sua storia e la sua natura si incastonano in una meta-storia e in una meta-natura. Per dirla in altro modo, Berti è un giurista che ha una forte coscienza — anzi, convinzione — di una dimensione metafisica. Nel suo pensiero storia e natura non sono delle realtà statiche da poter cogliere in una loro compiutezza e, quindi, fissità. La storia è orientata da (e verso) un orizzonte che è situato al di là (o al di sopra); e lo stesso avviene per la natura. Storia e natura non sono frammenti di terra senza un senso, ma si collocano in uno sviluppo segnato teleologicamente da un senso ben preciso.

L'azione dell'uomo — del lavoratore manuale e dell'intellettuale, quindi anche del giurista — è anello di una catena che attinge al di là e al di sopra. Se, quale vera azione, non è mai intessuta di circostanze effimere (i meri episodi scivolano semplicemente sulla sua superficie e si dileguano), bensì di risultati incisivi sulla realtà circostante e in quanto incisivi durevoli, si tratta pur sempre di risultati

che possono anche durare nei tempi lunghi ma suscettibili sempre di mutamenti nel perenne movimento. Nel solco della tradizione cristiana (nella quale Berti si colloca) lo stesso diritto naturale, affermatore di certezze durevoli, può essere suscettibile di variazioni (si pensi al diritto naturale secondario di cui parlano San Tommaso e gli Scolastici e di cui è espressione — per esempio — la proprietà privata individuale); e qui il rapporto fra i diritti positivo e naturale non è di opposizione ma di integrazione. Lo stesso Berti, in certe sue pagine ultime, tiene a precisare che « il diritto positivo esiste non per superare il diritto naturale, ma per legare quest'ultimo a letture e interpretazioni temporalmente necessarie » (*Sovranità*, in *Enciclopedia del diritto-Annali*, I, 2007, p. 1068, e in *Jus*, 2007, p. 268).

L'azione umana, tuttavia, non può non riflettere anche la luce spirituale che dall'aldilà e dal disopra proviene, luce che dà fissità a certe azioni trasformandole nel loro profondo e immettendole in una dimensione meno condizionabile dalla storia, che è quella del bene e del male, che può trasformare i fatti in valori, addirittura in valori assoluti, eterni per quanto eterno è il mondo (e siamo, allora, nella dimensione del diritto naturale primario, di cui è espressione — per esempio — il matrimonio come unione indissolubile fra un uomo e una donna).

E.M. — Il terzo e ultimo fascicolo di *Jus* del 1985 ospita gli atti di un convegno promosso da Giorgio Berti, che si intitola *Autorità, consenso e prassi nella creazione e nella attuazione delle norme giuridiche* e si svolge a Milano il 26-27 ottobre 1984 [proprio riflettendo sugli atti di questo convegno, al quale, invitato, non poté partecipare, lei scrisse, alla vigilia del bicentenario della Rivoluzione, il noto *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'Atti' di un Convegno milanese, e alla ricerca di segni)* (1988), ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 13)].

Alla penna di Berti dobbiamo la relazione introduttiva, dal titolo *Normatività, leggi dello Stato e diritti della persona* (p. 319), che si può leggere, tra l'altro, come un preannuncio di molte delle idee portanti dell'opera che sarebbe uscita (Padova, Cedam) nel 1987 (ma che tra 1984 e 1985 doveva già essere in gestazione) sotto il titolo *Interpretazione costituzionale*. Basti considerare che, a un certo punto della relazione, si legge l'auspicio di un « rinnovamento [...]

dell'interpretazione costituzionale»: forse, Berti ha già in mente anche il titolo dell'esperimento scientifico-didattico che sta conducendo.

A quarant'anni esatti dall'approvazione della Costituzione questo titolo sembra voler significare che, data ormai per nota la genesi della lettera della Carta, ciò che resta in gran parte da fare è imparare a leggerla quotidianamente al passo con la storia, a vederla non tanto come il vertice della gerarchia delle fonti quanto come la *base* di una convivenza solidale, come il patto con cui uomini che non si conoscono (non si sono mai incontrati, e magari sono destinati a mai incontrarsi) tuttavia si riconoscono reciprocamente liberi ed eguali per poter ogni giorno imparare a convivere, si riconoscono reciprocamente un certo numero di diritti di autonomia privata e pubblica per potersi legare reciprocamente attraverso i corrispondenti doveri.

Prima di tornare alla relazione di Berti, potrebbe non essere fuori luogo domandare se non le sembra che tra i « segni » di un superamento dell'assolutismo giuridico si collochi anche, nemmeno troppo perifericamente, lo stesso titolo del citato 'manuale' di Berti.

P.G. — Uno dei punti fermi, che fondarono la nostra completa sintonia culturale, fu la consapevolezza che il diritto è stato nella (e dalla) modernità trasformato in un *assolutismo giuridico*. Il 'manuale' di Berti, relevantissimo nel panorama della riflessione costituzionalistica italiana degli anni Ottanta, per lo più ancora profondamente connessa a una visione positivista e formalistica, è, fin nella intitolazione, un messaggio squillante in una direzione anti-assolutistica. A prova di questa decisa affermazione mi basta trascrivere una citazione tratta dal 'manuale' bertiano e che mi sembra straordinariamente eloquente: « la costituzione riguarda prevalentemente l'uomo e le sue libertà. E tuttavia, perdendo sempre di più la funzione di regolare gli interni equilibri delle istituzioni politiche, la costituzione si allarga a dismisura, deborda dai suoi limiti formali, [...] verso il fondo di se stessa, raggiungendo per vie proprie, che si direbbero interpretative e in ogni caso visibili in quanto oggettivate, gli strati e le dinamiche della società. Sembrerebbe che ogni nuovo rapporto che abbia per protagonisti gli uomini e la società attenda dalla costituzione un proprio volto e una propria garanzia. [...] sulla costituzione come testo prevale insomma una funzione interpretati-

va che è costituzionale perché si legittima e acquista forza dal concetto costituzionale dell'ordinamento giuridico» (*Interpretazione costituzionale. Lezioni di diritto pubblico*, IV ediz., Padova, Cedam, 2001, p. 9).

Si può capire perché le lezioni di Berti siano state puntigliosamente ignorate o, almeno, accantonate come uno strumento rischioso nelle mani di giovani apprendisti (oltre che moleste per la maledetta pigrizia culturale del giurista di *civil law*).

E.M. — Secondo la diagnosi che Berti traccia nella relazione di cui alla domanda precedente, il rapporto tra legislatori e giuristi peculiare dell'assolutismo giuridico sarebbe un corollario della « gerarchia stato-società ». Di questa strategia gerarchizzatrice lei evidenzia, nel ricordato *Epicedio*, in special modo il versante legislativo: « Con riguardo all'ampio pluralismo giuridico preesistente la codificazione rappresentò un esproprio: il diritto privato da diritto dei privati si cambiò radicalmente nel diritto pubblico avente ad oggetto i rapporti fra privati ». E da qui prende le mosse per riflessioni critiche sulla proposta neoesegetica (col senno di poi potremmo forse dire prenichilistica) di Irti.

Berti, dal canto suo, si sofferma, ancora una volta, sul contributo delle dottrine puristiche: « è proprio l'organizzazione politica che preme in varia guisa perché il sistema giuridico conservi una sua [...] astoricità, [...] cioè sia indipendente da influssi e impulsi che, in chiave scientifica o pratica, possano derivargli dai contatti col mondo economico oppure con i soggetti e gli interessi. La purezza del diritto è solo in parte espressione scientifica di una sua autosufficienza e auto-alimentazione: per un'altra parte può essere anche il segno dell'impermeabilità del sistema da parte di forze vive o emergenti della società. [...] la tecnica giuridica o la logica giuridica non può rappresentare altro che un sistema a disposizione di chi, fuori dal sistema, afferma un potere, e cioè un comando che come tale è sempre assoluto ».

Chiosando questa citazione bertiana: se il diritto deve essere puro, astorico, impermeabile ai fatti e ancor più ai valori, i giuristi ligi a questo monismo metodologico devono guardarsi bene dall'occuparsi dei mutamenti sociali, economici, culturali, scientifici, tec-

nici. Se ne occuperanno se e quando saranno stati filtrati dall'onnipotente volontà politica. Ma, in questo modo, in nome di un'ideologia (ingenuamente o ipocritamente) antideologica, sterilizzando, forse persino esorcizzando, le novità 'reali', i giuristi contribuiscono a conservare e a consolidare la 'tutela' statale sugli individui, i gruppi, la società.

Qual è il suo giudizio su questa diagnosi di Berti? Forse un ripensamento delle relazioni tra legislatori e dottrina dovrebbe, come Berti ebbe a dire in altra occasione, « passare attraverso un totale ripensamento delle relazioni fra società e Stato » (*Corte costituzionale e autonomie territoriali*, in *Regioni*, 1981, p. 1228), che conduca, tra l'altro, a una sempre più convinta lettura della seconda parte della Costituzione (istituzioni, procedure, meccanismi) alla luce della prima (principi, obiettivi, valori).

P.G. — Non avrei alcun dubbio nel ritenere che la relazione legislatori/interpreti sia determinata dalla particolarissima relazione Stato/società adottata da una certa civiltà storica. La volontà di monopolizzare il diritto da parte del potere politico, che è il carattere tipizzante della modernità (espressa nitidamente nella fase giacobina della rivoluzione francese), non può che avere un unico risultato: la gerarchizzazione delle fonti del diritto, gerarchizzazione che, in sostanza, viene a ridurre le fonti nella sola fonte collocata al sommo della scala gerarchica, e cioè nella legge; col che si viene ad espungere l'interprete dal nòvero delle fonti.

Al punto in cui siamo oggi, anno 2012, si è ormai maturata (e si sta sempre più approfondendo) la crisi dello Stato quale fonte esclusiva del diritto, e si vive un sostanziale pluralismo giuridico, con una palese rivincita della società sullo Stato; che è palese perché, accanto alla visione gerarchizzata delle fonti che è ancora consegnata formalmente negli articoli delle Preleggi, va sempre più campeggiando nella prassi un vivace, anche se disordinato, pluralismo di fonti esprimenti una società rappresentata solo parzialmente dalle volontà dell'apparato statale.

Oggi, pertanto, occorre avere il coraggio di operare la lettura della seconda parte della nostra Carta costituzionale (quella che risulta più usurata dal divenire storico) alla luce della prima (che

sono lieto di constatare tuttora validissima nella affermazione di valori e principii ancora oggi durevoli).

E.M. — Il trentatreesimo volume, datato (Milano, Giuffrè) 1990, della *Biblioteca* complementare ai *Quaderni fiorentini*, intitolato *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati* e curato da Mario Galizia e da lei (ma la cui *Pagina introduttiva* reca solo la sua firma), accoglie un contributo di Berti il cui titolo è *Il pensiero di Mortati e l'amministrazione* (p. 383).

L'impressione che ne ricava l'intervistatore è che l'eleganza tipicamente bertiana dello stile non ammorbidisca più di tanto la severità del giudizio. Naturalmente non è in discussione lo spessore intellettuale della complessiva e complessa produzione mortatiana, spessore ammirato dallo stesso Berti, che scrive: « Probabilmente Mortati ha raggiunto, per la dottrina del suo tempo, le colonne d'Ercole, spingendosi solo qua e là nell'oceano del futuro ». Tuttavia la distanza tra le stesse basi culturali dei due pensieri appare difficilmente colmabile, come testimonia l'immediata prosecuzione della citazione precedente: « Ma la sua formazione culturale, come quella di giuristi a lui contemporanei, ed anche di più recente formazione, non gli consentiva di allontanarsi troppo dalla base di partenza e voleva anzi che dai principi storici dello Stato si continuasse a spremere ogni succo di ammodernamento democratico ».

A supporto della propria impressione l'intervistatore potrebbe riportare, tra le altre, le seguenti considerazioni bertiane: « la divisione netta fra l'organizzazione dei poteri e delle funzioni tradizionali dello Stato come apparato e l'organizzazione e le funzioni dello Stato comunità è segno non tanto della volontà di dar valore alla comunità rispetto all'apparato, quanto di preservare la parte istituzionale dello Stato nella sua continuità, in modo che la pur auspicata valorizzazione delle prorompenti forze sociali non la danneggiasse troppo. [...] È evidente che Mortati ha sofferto degli stessi condizionamenti che hanno gravato sulla maggior parte del pensiero costituzionalistico: da un lato, infatti, anch'egli ha predicato che l'ordinamento si fonda sulle libertà, dall'altro si è guardato dallo spingere a fondo questo postulato [...], ponendo in primo piano, e quindi in posizione dominante, i poteri e le funzioni dello Stato. L'ordinamento, insomma, soltanto in apparenza o nei limiti di una dichiara-

zione di fede, è espressione di libertà: nella ricostruzione degli istituti riprende invece pieno vigore l'immagine dell'ordine che scaturisce dalla saldezza delle istituzioni, dalla loro armonia. [...] in un pensatore così attento e dichiaratamente sensibile alla democraticità dello Stato mi ha sempre stupito che nella traduzione giuridica degli istituti prendesse il sopravvento e assumesse tratti così imponenti il quadro del dominio e dei poteri, quasi che l'ordine giuridico [...] non potesse reggersi separatamente e per sua forza. Cosicché permane anche in Mortati la scissione tra un'idea o un ideale di libertà [...] e la rappresentazione giuridica dei fenomeni, che sembra non poter prescindere dall'ordine appoggiato all'autorità. Insomma anche in Mortati la giuridicità del potere non ne riduce, ma anzi ne accresce lo spessore, e il raccordo fra il potere e le libertà avviene in un'atmosfera giuridica, da cui emerge prepotentemente l'immagine dell'autorità. [...] il suo torto semmai, comune peraltro a molti altri autori, fu quello di riporre fiducia in meccanismi di razionalizzazione, desunti dalla mappa istituzionale, come se questi avessero in sé attitudini sufficienti a ridurre l'arbitrio politico [...]. La partita insomma si è giocata tutta nel campo istituzionale, anche a questo riguardo ripristinandosi quasi per intero il bagaglio di credenze e di dogmatiche nel quale si era lavorato nella stagione del liberalismo, nel persistente convincimento che occorresse rinforzare a tutti i costi i meccanismi di razionalizzazione del gioco politico per assicurare la democraticità dello Stato. Cosicché, certo contro le intenzioni più riposte, si sono gettate le basi per rendere impossibile una effettiva partecipazione dei privati e delle loro organizzazioni alla vita politica al fine di rinsaldare attraverso questa partecipazione la coscienza della libertà. [...] L'autonomia definita nell'art. 5 Cost. doveva vedersi, in realtà, non come un aumento di capacità concessa dallo Stato agli enti intermedi, ma come una sorta di liberazione dell'organizzazione sociale, che voleva riflettersi immediatamente nell'amministrazione come specchio di se stessa e non come propaggine addomesticata del potere politico. Occorreva saggiare il rapporto di fondo tra burocrazia e rappresentatività e allora si sarebbe compresa la valenza costituzionale dell'amministrazione e l'autonomia dell'amministrazione stessa [...]. Ma il peso delle antiche geometrie ha impedito anche a Mortati di rendersi conto, traendone le dovute conseguenze, del significato profondo dell'art. 5 della Cost., che era

ed è quello di dare corpo ad una autonomia di amministrazione, come espressione fedele dell'organizzazione sociale [...]. Anch'egli è rimasto dunque ancorato all'idea di autonomia come espressione di corpi intermedi destinati a fare i conti con il potere politico centrale ad anche a soggiacere ad esso ».

Ma il nucleo della critica si direbbe racchiuso nei seguenti passaggi: « L'insistere sulla democraticità dello Stato e sui corpi intermedi, conservando in partenza il vecchio impianto culturale, e facendo sgorgare ordine e garanzie dai centri di potere, ha significato per la maggioranza degli autori e così anche per Mortati riuscire solo in apparenza o in superficie a rompere gli ormeggi dello Stato autoritario (tardo liberale): accontentarsi di adattamenti o di modificazioni epidermiche, quasi accettando, per un realismo male interpretato, il peso della continuità o della conservazione. Anche gli spiriti più sensibili ai valori democratici hanno ceduto a questo tipo di realismo, e ciò spiega l'estrema lentezza e la persistenza di gravi ostacoli nel tradurre la parte migliore e più ispirata della Costituzione in nuove concezioni e nuove pratiche di statalità e di giuridicità. Ha nuociuto probabilmente anche l'endemica e quasi celebrata distanza fra la società e le istituzioni: una concezione del diritto pubblico tutta basata sulla separazione di principio tra governanti e governati e sull'exasperazione dell'egemonia politica, anche come forma di pensiero. È prevalso il bisogno d'ordine rimasto strettamente ancorato alla valorizzazione della politicità; e molti giuristi non hanno avuto sufficiente sensibilità per provocare a se stessi dubbi a questo riguardo, metterli in evidenza e farli circolare. È stato un po' insomma come se il mestiere di giurista nel campo dello Stato implicasse un'adesione quasi incondizionata al principio del potere, della politica come forza, e come matrice del diritto ».

In definitiva, si può forse dire che Mortati e Berti osservano la stessa fenomenologia amministrativa da osservatori non solo diversi ma antitetici: il primo da quello politico; il secondo da quello sociale. Applicando le note categorie kuhniane, si direbbe anche che i due pensieri sono incommensurabili in quanto rispondenti a differenti paradigmi. Pensa che la lettura mortatiana di Berti sia eccessivamente severa? Con quali argomenti la confermerebbe o la rivedrebbe?

P.G. — Io sarei propenso a una diagnosi non collimante con la

tua. Direi che la lettura mortatiana di Berti, più che severa, reca venature di incomprendimento. Con Mortati e Berti siamo di fronte a due giuristi appartenenti a generazioni diverse, il primo nato nel 1891, il secondo nel 1927, e il secondo sembra non rendersi conto di quanto sia stato difficile per la generazione precedente fare qualche passo innanzi per cominciare a liberarsi di quella corazza di miti indiscutibili ormai compenetrata nella stessa costruzione del diritto costituzionale.

Ho detto: cominciare a liberarsi, ed è ciò che ha fatto Mortati e in cui ha fondamento la rilevanza del suo messaggio. Il suo persistente tentativo di evitare il rischioso perpetuarsi del vecchio dualismo fra società e Stato con un conseguente esiziale scollamento, il suo indicarci il terreno della costituzione materiale e il suo segnalarci come modello da conseguire uno Stato-comunità affrancato da quello moderno di Stato-apparato hanno il significato di avviare un processo affrancatorio corrispondente a quanto il Novecento, il secolo pos-moderno, richiedeva. Avviarlo con fatica (perché è faticoso scrollarsi di dosso il fardello pesantissimo di credenze mitologiche), avviarlo con qualche compromissione e, quindi, con qualche incoerenza: tutte da comprendere collocando storicamente, all'interno di una lenta e difficile transizione, il personaggio e la sua opera.

Mi sembra che il mio acutissimo amico Giorgio — il quale non èsita a cogliere in Mortati una « dottrina di mezzo tra l'illuminismo moderno e il post-moderno (stato sociale, nelle sue molteplici contaminazioni con lo stato di diritto) » (p. 387) — abbia mancato in un atteggiamento di compiuta comprensione, che si risolve — in fin dei conti — con una compiuta storicizzazione del personaggio. A convalidare la mia valutazione sta il lavoro svolto da Mortati in seno alla Assemblea costituente, e stanno a convalidarlo soprattutto i suoi insuccessi rispetto a una concezione vetero-liberale dello Stato affermata pervicacemente dalla maggioranza degli stessi suoi sodali democristiani.

Vorrei aggiungere, però, una ultima doverosa osservazione: certamente, i piani concettuali su cui i due giuristi si pongono sono diversi; se Mortati si muove a livello delle forze politiche, Berti ama collocare il suo osservatorio preferito a livello del meramente sociale.

E.M. — Il cinquantesimo volume della menzionata *Biblioteca*, intitolato *Giuristi e legislatori* e sottotitolato *Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, da lei curato (lei vi compare con *Prefazione* e *Parole di saluto*) e pubblicato (Milano, Giuffrè) nel 1997, raccoglie gli atti di un incontro di studio che si svolge a Firenze il 26-28 settembre 1996, al quale Berti contribuisce con una relazione dal titolo *Organizzazione pubblica* e con un intervento senza titolo (rispett. p. 255 e p. 305).

Questa riflessione bertiana sul ruolo della dottrina, sui suoi rapporti con legislatori e giudici, sembra incentrata sul problema della più o meno autonoma o servile contiguità dei giuristi agli ambienti partitico-istituzionali: « il giurista pubblicista è, per sua struttura mentale e preparazione, assai meno sciolto e libero del suo dirimpettaio privatista: vi è nel giuspubblicista tradizionale una sorta di vocazione all'osservazione quasi ossessiva del potere pubblico a dispetto dei diritti e delle libertà; non ovviamente nel senso deteriore dell'amore del potere, ma in quello più accettabile della soggezione al pressante richiamo rivoltogli dall'oggetto della sua specializzazione. Del potere giuridicizzato, che resta tuttavia in certi settori grezzo e brutale come nei tempi antichi, il giuspubblicista crede di doversi infatti occupare per ragioni di materia e di attitudine professionale ». E ancora: « L'autorità del giudice accoglie l'autorevolezza della dottrina solo quando questa si rispecchia in un corpo di giuristi al quale tutti debbono rispetto, perché fuori dalle liti o dalle mischie tra interessi economici, ed anche politici. Il giurista di oggi è debole perché non vi è un ceto di giuristi dotato di forte spirito di indipendenza ».

Nell'appendice alla relazione Berti disegna i contorni del problema forse ancora più incisivamente, prima di accennare una direzione di soluzione: « Non vorrei [...] che [...] agisse, sia pure inconsapevolmente, l'idea che al giurista competa, a differenza di altri scienziati, il ruolo o il compito di prestare collaborazione al politico, per rappresentargli costantemente gli elementi tecnici o vagamente sistematici di cui nessuna nuova disposizione potrebbe fare a meno per essere compresa da chi la deve applicare, ed essere inserita nel progredente insieme normativo. Se ciò fosse vero, il giurista non sarebbe più uno scienziato libero, ma una sorta di funzionario volontario, disposto a farsi chiamare per dare consigli e

raddrizzare le troppe gambe storte delle figure composte dal legislatore politico. Purtroppo, e sottolineo l'avverbio, molti giuristi, specie nel campo pubblicistico, si sono appagati e talora inorgogliati dell'ausilio dato agli apparati politici o tecnocratici, non accorgendosi di avere così disperso inutilmente il loro patrimonio culturale. La nobilitazione della figura del giurista non proviene dalla contemplazione del risultato politico o dall'illusione che i propri disegni sistematici abbiano trovato eco o addirittura rispondenza in talune leggi [...]. Il giurista dunque come una sorta di suggeritore o come un collaboratore che approfitta di momenti di distrazione del dio politico per dare corpo a qualche sua piccola o grande idea? Io non credo che il giurista debba sprecare le sue virtù in questa funzione ausiliaria: la sua consulenza, se la dà o gli viene chiesta, deve sempre mostrare le radici culturali e distanziarsi dalle ragioni occasionali della chiamata alla collaborazione [...]. Piuttosto vedo più naturale e coerente con il patrimonio scientifico di ogni giurista il lavoro interpretativo, che ha mille modi per praticarsi e che si collega immediatamente allo studio sistematico degli ordinamenti [...]. Pensare e agire come interprete non vuol dire fare l'esegeta o l'ordinatore di testi del diritto positivo, ma piuttosto trasfondere la propria cultura nell'applicazione pratica delle regole, e Dio sa quanto sia importante oggi adottare il metodo interpretativo per legare tra loro fonti della più varia provenienza, naturali e positive, scritte e non scritte, sociali e statali, sovranazionali e nazionali, e via dicendo ».

Come commenta il giudizio secondo cui i giuristi dovrebbero pensare e agire di più come interpreti, ossia intermediari tra diritto e vita, e di meno come suggeritori tecnici di poteri politici che non accettano di farsi suggerire, appunto, altro che traduzioni tecniche di soluzioni politiche alla cui elaborazione i giuristi, almeno in quanto tali, continuano a non essere invitati? D'altro canto, è proprio vero che i privatisti sono mentalmente e professionalmente più sciolti da soggezioni politico-legislative? Se anche così fosse, non si potrebbe sospettare che la familiarità dei pubblicisti con le stanze dei bottoni e la devozione dei privatisti ai sistemi codicistici, e ai microsistemi che accompagnano le decodificazioni, siano solo diverse declinazioni delle medesime ipoteche culturali di stampo giuridico-assolutistico?

P.G. — In questi ultimi anni, mi è capitato di riflettere sul ruolo e la identità del giurista, scrivendone in diverse occasioni, e sempre io ho affermato e ribadito che il giurista è caudatario del politico solo se tradisce il suo compito essenziale che è quello dell'interprete. Con una legge che invecchia sempre più rapidamente, con i vuoti normativi sempre più frequenti e sempre più incolmati, con la giustizia costituzionale chiamata a sindacare le scelte legislative, è evidente che compete al giurista quel compito di mediatore fra testi prescrittivi e fatti in rapidissima corsa, cui ha adempiuto da protagonista nell'antica Roma, nello *ius commune* medievale e post-medievale, e ancora oggi nel mondo di *common law*. Quindi, anche su questo punto fondamentale, c'è concordanza tra me e Giorgio Berti.

Dissentirei, invece, sulla diversa posizione, che egli attribuisce al pubblicista e al privatista. Infatti, se v'è — tra i giuristi — un personaggio che si è mollemente adagiato nella conquista di una scienza pura e si è appagato di dar mano a costruire un sapere astratto, questi è il privatista, soprattutto il civilista, a causa del riduzionismo codicistico operato durante la modernità. Assai più del pubblicista, il civilista è arrivato a proclamare il proprio orgoglio di essere *servus legis* e di edificare sul Codice — incredibile antinomia! — la sua *reine Rechtslehre*.

E.M. — In *Jus*, nel terzo e ultimo fascicolo del 2003, Berti pubblica una delle sue non numerosissime recensioni: *Sulla « Prima lezione di diritto » di Paolo Grossi* (p. 473).

La si può forse considerare una delle più limpide testimonianze delle molteplici e profonde consonanze culturali tra recensore e recensito (di « completa consonanza culturale con Berti » Lei parla in *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 95, a proposito del convegno bertiano, cui si riferiscono due delle precedenti domande, da lei 'recensito' con il citato *Epicedio per l'assolutismo giuridico*). Tra queste consonanze sembra avere un posto di primo piano la critica a quello che lei ha chiamato « assolutismo giuridico » (coniando tale fortunata locuzione proprio in occasione della recensione-saggio sul detto convegno).

Nella recensione di Berti si legge, tra l'altro: « Il disegno proposto da Grossi [...] lascia trasparire [...] quella che chiamerei

un'autentica antipatia dell'autore verso il diritto come prodotto dello Stato e della politica. L'assolutismo giuridico' [...] grava sin dall'inizio la riflessione: è un po' come se questa prendesse le mosse dal rifiuto sistematico dell'identità Stato-diritto. Mi piace confessare il mio pieno accordo con Grossi, quando egli riconosce che il potere politico si è appropriato del diritto che non proviene dallo Stato [...]. [...] La legge prodotta dai politici viene resa espressione di volontà del potere, e rivestita dei panni della volontà generale, così da carpire il titolo [...] a produrre diritto artificiale [...] in via esclusiva. Grossi allontana il mito dell'identità Stato-diritto, cresciuto in simbiosi con il mito della volontà generale [...]. Ho già altrove affermato che lo Stato ha raggiunto l'apparenza assolutistica proprio rinforzandosi col diritto, nel momento stesso in cui ha attribuito o distribuito diritti soggettivi ai cittadini. Fu come se esso avesse pagato il riconoscimento di sé come produttore di diritto con l'elargizione di diritti ai sudditi. Grossi parla giustamente di involuzione del diritto moderno, quando la legge diviene un comando autoritario con la vocazione essenziale ad essere 'silenziosamente ubbidito'. E non mancherà 'l'ausilio di giuristi servili', quali sacerdoti delle liturgie dell'ubbidienza. [...] Abbiamo sempre sotto gli occhi l'ordine in quanto figlio del potere, il potere come figlio dello Stato e lo Stato come figlio del politico. [...] La mente dell'autore [della *Prima lezione*] sembra [...] assillata o addirittura tormentata dall'imporsi nella storia giuridica della dimensione del pubblico su quella del privato. Una volta che gli apparati di potere, pur necessari e talora benefici, hanno fatto trionfare il pubblico sul privato, la regola si è tramutata da espressione dell'osservanza di un principio sociale in comando politico e addirittura in monopolio da parte del politico di ogni dimensione della vita sociale, e si è smarrita l'essenza stessa del diritto divenuto alla fine 'apparecchio ortopedico del potere politico' per controllare appunto la società ».

Le sue riflessioni in tema di assolutismo giuridico, raccolte per la maggior parte in un noto e corposo volume (il menzionato *Assolutismo giuridico e diritto privato*), sono state numerose e coprono almeno un decennio [in questa sede occorre poi dire che lo scritto introduttivo della detta raccolta, *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*, è reperibile altresì negli *Studi in onore di Giorgio Berti*, II, Napoli,

Jovene, 2005, p. 1255, dove compare con modifiche, nel sommario e nel testo, ma, soprattutto, con l'aggiunta di uno « stelloncino in epigrafe » sulla genesi 'bertiana' del filone grossiano di scritti sull'assolutismo giuridico, nonché, in questa versione modificata, in un'altra raccolta grossiana: *Società, diritto, Stato, Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006 (della stessa genesi ampia traccia nel ricordato *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, par. 6 della terza lezione)]. Ma anche Berti ha lungamente e insistentemente riflettuto in questa direzione, sia pure, naturalmente, privilegiando i versanti pubblicistici della problematica. Al di là delle rispettive specializzazioni, ritiene che questa consonanza culturale di fondo sia piena, o saprebbe indicare perlomeno delle sfumature capaci di differenziare due voci così duramente critiche dell'asfissiante monismo della modernità giuridica?

P.G. — Io credo di poter ripetere qui (anzi, direi: mi piace di poter ripetere qui) quanto scrivevo, anni fa, entro una sorta di autobiografia culturale chiestami dall'Istituto Italiano di Scienze Umane' (SUM) e da te ricordato proprio nelle parole introduttive della presente domanda: « Mi trovavo in una completa consonanza culturale con Berti ». Una consonanza che era completa e che è durata tutta la vita. Il dolore per la sua morte è stato intensificato dalla mia angosciosa percezione che si interrompeva un dialogo, almeno per me, molto fruttuoso. E sono felice che — sia pure *post mortem* — tu mi abbia dato la possibilità di riannodarlo.

E.M. — I *Quaderni fiorentini* del 2002, intitolati *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive* (in cui compare un suo saggio dal titolo *Unità giuridica europea: medioevo prossimo futuro*, poi, tra l'altro, nel citato *Società, diritto, Stato*), includono la più ampia tra le diverse riflessioni di Berti sul tema della sussidiarietà: *Principi del diritto e sussidiarietà* (p. 381).

La lettura bertiana del principio pare sintetizzabile come paritaria (antigerarchica), autonomistica (anticentralistica), pluriordinamentale (antistatalistica). Appena meno sinteticamente si potrebbe dire che Berti evita accuratamente di ridurre il principio a questione di meccanismi legali di spostamento orizzontale e verticale di competenze amministrative. Ne fa, invece, una questione di variabili rapporti, di mobili confini tra società, intesa come complesso,

tutt'altro che organico, di individui e strati associativi, e Stato, inteso come complesso, disordinato quanto ossessionato dall'ordine, di organizzazioni amministrative: « lo Stato trova i suoi confini nella libertà della società, e il principio di sussidiarietà segna questi confini » [*Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in *Jus*, 2004, p. 176, poi in E. De Marco (a cura di), *Problemi attuali della 'sussidiarietà'*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 31]. Non senza puntualizzare, tra l'altro, che la sussidiarietà, come cosa anche se non come nome, è chiaramente espressa da non poche previsioni originarie della Costituzione, a cominciare dagli artt. 2 e 5, che sanciscono la priorità rispettivamente delle formazioni sociali e delle autonomie territoriali sugli apparati amministrativi, centrali e periferici, dello Stato.

Ritiene plausibile l'impressione dell'intervistatore che alla radice delle vostre antiassolutistiche, pluriordinamentali, complesse visioni della sussidiarietà in particolare e in generale della dimensione giuridica dell'esperienza stia un'idea di politica diversa da (o perlomeno più ampia di) quella che tende a esaurirla nella triangolazione partiti - Parlamento - Governo?

P.G. — Tu cogli nel segno, quando individui il supporto fondamentale della nostra consonanza in una idea di politica — come scrivi — « diversa da (o perlomeno più ampia di) quella che tende a esaurirla nella triangolazione partiti - Parlamento - Governo ». Ciò che è sempre premuto a Giorgio (e, con sussidii culturali più modesti, anche a me) è superare i riduzionismi operati dalla modernità sulla politica e sul diritto, recuperare — al contrario — una visione della politica e del diritto che potesse restituire la loro intrinseca complessità e, di conseguenza, tutta la loro ricchezza. Nel volontarismo moderno, infatti, ridurre è consistito in un definire, ossia in un porre confinazioni rigide (un esempio: separazione netta fra diritto pubblico e diritto privato), e ciò per dominare e controllare, ma l'esito ultimo è stato quello di soffocare e inaridire. E io non ho mancato di conclamare, con una voce che voleva essere icasticamente demitizzante, che le stesse astrattezze geometriche del sapere giuridico moderno, pregevoli nella loro chiarezza certezza coerenza sistematica, concettualmente basate su una natura rigorosamente metastorica come quella dei geometri, erano anche lo strumento efficiente di una occhiuta strategia volta a imporre lo statalismo e il

legalismo come scelte indiscutibili, indiscutibili (ripetiamolo pure) perché innestate sul mito di un pre-storico stato di natura finalmente ritrovato e valorizzato.

Io e Giorgio guardavamo volentieri a una complessità recuperata in tutte le sue variazioni plurali, speculare a una società che è — lo si voglia o non — storia vivente. Quel momento storico post-moderno che è il Novecento giuridico si mostrava a me e a lui, nel suo snodarsi, come l'esempio nitido della faticosa affrancazione della società dalla armatura di mitologie protese a svigorirla ma ormai incapaci di raggiungere lo scopo agognato.

E.M. — Ammesso che lo ritenga possibile, in quali termini collegherebbe Berti allo « stile fiorentino » (titolo di un suo volume, ventitreesimo della citata *Biblioteca*, sottotitolato *Gli studi giuridici nella Firenze italiana, 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986)?

P.G. — Il rovigino Berti — era nato a Trecenta, in provincia di Rovigo — aveva almeno una venatura essenziale dello « stile fiorentino »: una perenne, vivacissima e finissima, inclinazione all'ironia, che si trasformava spesso anche in un salvante atteggiamento auto-ironico; il che significava possesso pieno della capacità critica esercitata impietosamente anche su se stesso.

E.M. — Vorrebbe, per concludere, ricordare un episodio, o più di uno, che le sembra significativamente rappresentativo della personalità scientifica di Berti? Potrebbe anche dire qualche parola sul perché, da Preside della Facoltà giuridica, lo volle a Firenze e su quello che la Facoltà perse quando Berti si trasferì a Milano?

P.G. — Gli episodii potrebbero essere molti, moltissimi, troppi. Giorgio mi appariva come una specie di re Mida, che, grazie a una intelligenza vivissima e a un respiro culturale amplissimo, era capace di dare un'impronta alle cose oggetto delle sue riflessioni. Da queste riflessioni non sortiva nulla di compilatorio, di esecutivo, di banale. Il suo sapere, dove razionalità intuizione cultura si congiungevano armonicamente, era sempre all'insegna della più sapida originalità.

Giorni fa, a Roma, presso l'Accademia dei Lincei, c'era un incontro scientifico sugli *Annali* della giuffreana *Enciclopedia del diritto*, e si è parlato delle 'voci' che spiccavano su tutte per capacità

di sintesi unita a una visione decisamente innovativa del tema indagato. Uno degli oratori era Enzo Cheli, costituzionalista illustre e condirettore generale con Falzea e con me degli *Annali*; da lui, studioso sempre pacato nei suoi giudizi scientifici, ho ascoltato con viva soddisfazione la valutazione entusiastica che considerava — fra le tante — come la ‘voce’ più significativa quella, prima ricordata, in cui Berti era tornato a meditare problematicamente intorno alla sovranità. Ovviamente, in cuor mio, condividevo in pieno quella entusiastica valutazione.

In quanto ho detto rispondendo alle tue puntuali domande, c'è anche una implicita risposta all'ultima circa la ‘chiamata’ di Berti alla Facoltà giuridica fiorentina. Non lo conoscevo personalmente, e la ‘chiamata’, almeno per quanto mi riguardava, non si snodò sui consueti binarii della amichevole colleganza. Io lo volli come studioso, lo volli per la sua irripetibile originalità, sicuro di accrescere con la sua presenza fra di noi la qualità scientifica di una Facoltà cui tenevo (come tengo tuttora) moltissimo.

Posso aggiungere che, quando Giorgio — per motivi quasi esclusivamente familiari, connessi soprattutto alla vicenda professionale della moglie — si trasferì a malincuore nella Università Cattolica di Milano, io feci di tutto per distoglierlo, aggrappandomi a ogni possibile argomentazione. Sapevo bene che, con il suo allontanamento, ci saremmo impoveriti di parecchio.

3. Contravvenendo al giudizio capograssiano [« impossibile citare dal libro *La condizione operaia*: bisognerebbe trascriverlo tutto »: *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo* (1955), in *Opere*, V, 1959, p. 492, nota], chi scrive cita da Simone Weil le righe in epigrafe. Per quale motivo?

Perché quelle parole sembrano racchiudere uno dei messaggi centrali del pensiero di Berti, e anche di quello di Grossi. Per giustificare adeguatamente questa impegnativa affermazione, occorrerebbero molte pagine. Qui si tenta solo di dare ragione della scelta di chiedere a Grossi un colloquio su Berti.

Al centro del messaggio sia di Berti che di Grossi sta una visione non gerarchica, anzi antigerarchica, del mondo umano. Se c'è una gerarchia, è tra divino e umano, ma persino questa tende a sfumare in comunicazione, dialogo, insomma rapporto.

Il diritto pubblico, in fondo, è storia di ‘rapporti’ tra entità, da un lato Stato e altri enti pubblici, dall’altro individui e formazioni sociali, che non sono sullo stesso piano perché (pensate come) ontologicamente diverse. Stato ed enti pubblici sono (pensati come) portatori di interessi pubblici nel senso di statali. Interessi perciò meritevoli di garanzia e promozione per il tramite di poteri amministrativi. Individui e formazioni sociali, di contro, sono (pensati come) portatori di ‘meri’ interessi privati (con le connotazioni negative del caso: egoismo, materialismo, localismo ecc.). Interessi che restano privati anche laddove assumano proporzioni e colorazioni collettive, sociali, generali, categoriali, dunque pubbliche in senso aderente all’etimo. Interessi perciò difendibili e promuovibili soltanto per il tramite di quel diritto soggettivo rinsecchito che è, nonostante tutto, l’interesse legittimo.

Da qui la battaglia, non solo tecnica ma anche e soprattutto culturale (come Berti fa notare in *Un ricordo di Feliciano Benvenuti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 425), che in Italia ha avuto in Feliciano Benvenuti e in Berti i più agguerriti rappresentanti, per ‘paritarizzare’ i rapporti amministrativi, ossia per farne dei reali rapporti, nella consapevolezza che non si danno reali rapporti se non fra entità (non importa se fisiche o giuridiche) di pari dignità. Se non c’è parità, se non c’è reciproco, paritario riconoscimento, allora non c’è rapporto, non c’è nemmeno possibilità di rapporto. Non si comunica, non si dialoga con chi non si reputa degno di essere paritariamente riconosciuto.

Il reciproco, paritario riconoscimento è un presupposto indispensabile di qualunque agire comunicativo, di qualunque agire orientato all’intesa. E il dialogo procedurale, quale che sia l’esito della procedura (unilaterale, bilaterale o plurilaterale), rappresenta, per il diritto pubblico, un nuovo paradigma, che si affianca faticosamente a quello autoritario, che lotta (forse non abbastanza) strenuamente per prenderne il posto, che, prendendone il posto, avvierebbe una « rivoluzione scientifica »: l’instaurazione di un diritto pubblico in cui lo Stato sia concepito al servizio della persona e delle sue aggregazioni.

Quanto a Grossi, l’antigerarchismo si traduce per esempio, forse in special modo, in un incessante scavo nel terreno delle fonti (parallelo, peraltro, allo scavo bertiano dell’*Interpretazione costitu-*

zionale e di tanti scritti meno impegnativi solo dal punto di vista quantitativo), alla ricerca della dignità, perduta nei meandri del moderno e lentamente riemergente nel « pos-moderno », di altre fonti: dottrina, giurisprudenza, prassi (mercantile, amministrativa, giudiziaria, forense, notarile ecc.).

Molte profonde sintonie sembrano agevolmente rintracciabili tra il pensiero di Berti e quello di Grossi, ma qui ci si limita a sottolinearne un'altra, strettamente annodata alla precedente.

Visione antigerarchica del mondo umano, si è detto, che privilegia l'orizzontalità, quella coordinata dello spirito che consente alle persone di pensarsi, e di porsi, l'una accanto all'altra. In questa visione il soggetto solitario è un'astrazione: il soggetto acquista un senso solo nel momento in cui si avvicina al (o si lascia avvicinare dal) suo prossimo, nel momento in cui accetta di vincolarsi al suo prossimo, o di entrare a far parte di un gruppo, di un'istituzione, di un ordinamento. L'obbligazione, tautologicamente, lo vincola, ma lo arricchisce, non solo patrimonialmente. Il gruppo lo controlla, ma lo protegge, dagli altri e, se necessario, da se stesso. Con parole di Grossi: « Il soggetto, [...] che il diritto rispetta tutela incentiva, non può essere l'*individuo* microcosmo della modernità, ma piuttosto una *persona* in carne ed ossa immersa al centro di un tessuto relazionale di diritti e di doveri, sempre pensata in dialettica con l'*altro* e inserita in formazioni sociali che la arricchiscono e ne incrementano lo spessore » (*Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, nel menzionato *Società, diritto, Stato*, p. 231).

Nella stessa prospettiva il diritto soggettivo acquista un senso in quanto doppiato da un obbligo, la libertà in quanto doppiata da una responsabilità. E la solidarietà acquista il ruolo di valore fondante e legante. Non più, naturalmente, la solidarietà fondata sul sangue, sull'etnia, né principalmente quella fondata sulla vicinanza, spaziale o spirituale, ma quella fondata sul sentimento, morale e giuridico, del reciproco sapersi riconoscere anche senza conoscersi.

Nel colloquio Grossi afferma, anzi ribadisce, una « consonanza culturale piena » con Berti. Eppure il colloquio stesso mette in luce almeno due divergenze valutative.

La prima è quella concernente la complessiva valutazione dell'opera di Mortati. Su un'opera tanto ampia e, soprattutto, tanto

complessa, dipanantesi tra fascismo, Costituente, postfascismo (democrazia dell'inattuazione costituzionale) e Corte costituzionale, stupirebbe che i due giudizi fossero pienamente concordanti. D'altro canto, i giudizi, almeno in superficie, divergono notevolmente. Probabilmente hanno ragione entrambi, sia pure da diverse prospettive.

Grossi, storicizzando il Mortati del ventennio ed evidenziandone il « lavoro [...] in seno alla Assemblea costituente » e gli « insuccessi rispetto a una concezione vetero-liberale dello Stato affermata pervicacemente dalla maggioranza degli stessi suoi sodali democristiani », ne sottolinea le aperture autonomistiche rispetto alla non troppo avanzata trincea politico-intellettuale degli anni della transizione alla democrazia repubblicana.

Berti, dal canto suo, ossia dal suo osservatorio « capovolto » [« amministrazione capovolta » è etichetta ideata, proprio in relazione a Berti, da Federico Spantigati, ma svolta principalmente da U. ALLEGRETTI, *Sentieri verso nuovi traguardi: 'l'amministrazione capovolta' di Giorgio Berti* (2006 e, in tre luoghi, 2007), in Id., *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, Giuffrè, 2009, cap. VIII], pur esprimendo per la forza speculativa di Mortati la più sincera ammirazione, gli contesta di non aver sviluppato « a fondo » il postulato delle libertà, vale a dire, forse, di aver continuato a ragionare di autonomie, pubbliche e private, come se queste non fossero in grado di auto-ordinarsi, come se l'ordine non potesse che provenire dall'esterno, piovere dall'alto dell'autorità statale. Gli rimprovera, in definitiva, di aver 'creduto' sempre, anche dopo la Costituzione, in un'armonia tra autonomie costruita principalmente per il tramite di meccanismi politico-rappresentativi, che coinvolgono gli interessati soltanto in occasione delle scadenze elettorali, anziché principalmente per il tramite di meccanismi socio-amministrativi, ossia di procedure il più possibile aperte al dialogo, che coinvolgano gli interessati in riferimento a ogni scelta, grande o piccola, di amministrazione quotidiana, anche spicciola, della convivenza.

La seconda divergenza concerne il giudizio sui rapporti tra legislatori e giuristi. Berti vede il pubblicista « tradizionale » come « assai meno sciolto e libero del suo dirimpettaio privatista » a causa di « una sorta di vocazione all'osservazione quasi ossessiva del

potere pubblico a dispetto dei diritti e delle libertà; [...] nel senso [...] della soggezione al pressante richiamo rivoltogli dall'oggetto della sua specializzazione». Per Grossi, invece, « se v'è — tra i giuristi — un personaggio che si è mollemente adagiato nella conquista di una scienza pura e si è appagato di dar mano a costruire un sapere astratto, questi è il privatista, soprattutto il civilista, a causa del riduzionismo codicistico operato durante la modernità». Per Grossi, che rincara la dose, « Assai più del pubblicista, il civilista è arrivato a proclamare il proprio orgoglio di essere *servus legis* e di edificare sul Codice — incredibile antinomia! — la sua *reine Rechtslehre* ».

Ora, se il vizio esegetico (e neoesegetico) dei civilisti postula la codificazione, sembra da osservare che la forse meno appariscente propensione esegetica dei pubblicisti potrebbe esser dovuta, in buona misura, quanto ai costituzionalisti, alla mancata considerazione della prima parte della Costituzione quale testo sostanzialmente, anzi fondativamente, normativo e, quanto agli amministrativisti, alle mancate codificazioni (procedimento, processo, organizzazione). Insomma, la meno vistosa propensione esegetica dei pubblicisti potrebbe spiegarsi in termini di carenza di oggetti di dimensioni e ambizioni codicistiche su cui concentrare i propri cimenti esegetici. Fermo restando che una certa dose di « appagamento » esegetico non è mancata e non manca in riferimento alla seconda parte della Costituzione, nonché alla legge sul procedimento amministrativo e alle sue (troppo) frequenti modifiche.

Le consonanze tra Berti e Grossi sono, a detta dello stesso Grossi, non solo intellettuali ma, prima di tutto, spirituali, antropologiche. In altri termini, i punti intellettuali di contatto possono essere visti come affioramenti di una comune visione della vita, della storia, dell'itinerario della storia verso un approdo metastorico. Come conciliare questo giudizio di Grossi con le dissonanze, non proprio marginali, emergenti dal colloquio?

La conciliazione dovrebbe essere in quanto appena detto. Le discordanze non mancano perché gli oggetti che i due studiano, sia pure con lenti giuridiche assai simili, sono molto diversi. Ma sono discordanze intellettuali, ricognitive e ricostruttive. Al di sotto delle quali, in quegli strati sotterranei della vita in cui l'intelletto incontra lo spirito, in cui il pensiero oggettivante si confonde con le 'radicali'

scelte di valore, stanno convergenze di ben altro spessore, condivisioni ideali che ammettono inevitabili ma epidermiche disparità di vedute intellettuali, mentre non consentono apprezzamenti sostanzialmente diversi quanto ai problemi di fondo: potere e libertà, libertà e responsabilità, uguaglianza e solidarietà, individuo e collettività, società e Stato, mercato e dignità.

Vi è, però, un'altra divergenza cui conviene almeno accennare, perché probabilmente le si deve l'assai faticosa penetrazione degli scritti bertiani nel circuito della cultura giuridica italiana: è quella stilistica.

Le pagine di Grossi sono scritte in uno stile limpido, riposato e riposante, che gli consente da sempre, e ancor più, se possibile, dall'apertura del suo ormai quasi ventennale « Tempo di raccolti » (così nel menzionato *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, §§ 8-12 della terza lezione), di coniugare rigore dei concetti e comunicazione degli stessi anche a un uditorio di studenti appena entrati in una facoltà giuridica (il pensiero corre, naturalmente, alla *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, proprio in riferimento alla quale lo stesso Grossi parla del bisogno di trasmettere un « sapere che fosse, insieme, elementare ma assolutamente corretto »: *La vita nel diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, p. 57) o di cultori delle più varie discipline non giuridiche (è il caso, ad esempio, della conferenza lineca intitolata *Il diritto nella storia dell'Italia unita*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012). Il rigore vuole che si faccia uso di determinate risorse concettuali, ma la comunicazione vuole che quei concetti vengano resi accessibili. Il rigore vuole che si citino determinati autori e lavori, ma la comunicazione vuole che di quegli autori e lavori si diano i riferimenti minimi perché per il lettore non restino meri nomi e meri titoli.

Le pagine di Berti, di contro, presuppongono un lettore che abbia già letto, e meditato, la prima, e non solo la prima, lezione di diritto. Sono pagine quasi sempre sintatticamente sofferte e concettualmente severe. Sintatticamente sofferte: il pensiero non si struttura in maniera lineare, segue dinamiche tortuose, talora carsiche, traiettorie che ritornano spesso su se stesse alla ricerca di integrazioni e precisazioni. Concettualmente severe: molti autori, giuristi e non, persino in opere progettate per studenti, sono dati per noti,

come se appartenessero a una categoria, assai vasta e variegata, di autori che non si può, che nemmeno lo studente può, non aver letto.

Risultato: la lettura avanza faticosamente, si avverte spesso la necessità di sostare per domandarsi se si è capito, di rileggere, di leggere gli altri scritti bertiani sullo stesso argomento. Berti non è semplice, non si preoccupa troppo di esserlo. Per tentare di capirlo non è sufficiente rileggere il singolo scritto: occorre leggere il resto. Solo così ci si concede una possibilità di appropriarsi dei codici di accesso al suo ricchissimo pensiero, ci si accorge dei motivi problematici e delle scelte linguistiche che tornano insistentemente, ci si accorge, soprattutto, che le oscurità, invece di sommarsi, si chiariscono vicendevolmente.

NOBILTÀ CULTURALE DEGLI AVVOCATI DELL'ITALIA UNITA

1. Sbarazzandomi senza perplessità e rimpianti delle tante dispute che hanno costellato le pagine dei filosofi del diritto da von Kirchmann ad oggi, io sono sempre stato assolutamente persuaso che il diritto, nel suo pluri-millenario ordinamento del mondo sociale, non abbia solo elaborato adeguati strumenti tecnici, ma a questi strumenti sia riuscito a dare robustezza e durevolezza grazie a una riflessione autenticamente scientifica. Il diritto, insomma, se si è concretato in arte e tecnica, ha dato parimente vita a una scienza autonoma.

Esprimo, però, una ulteriore convinzione: l'ordinamento del mondo sociale — cui si faceva or ora cenno — non si è mai esaurito, almeno dall'esperienza romana in poi, in dispersione di regolette collegate alla mera quotidianità, ma, attingendo agli strati più riposti della società dove allignano i valori, è diventato dimensione essenziale di quella, contributo essenziale per il prender forma di una civiltà. La scienza giuridica si è spesso elevata a quel livello superiore e universale di conoscenza che siamo soliti qualificare come pensiero, pensiero giuridico.

Consapevole di tutto questo, quando — qualche tempo fa — ho raccolto in volume, presso l'editore Giuffrè, parecchi profili di scienziati del diritto da me redatti negli ultimi decenni, ho creduto di poterlo intitolare "Nobiltà del diritto": desideravo partecipare al lettore che in quel volume egli avrebbe avuto la buona ventura di accostarsi a dei veri fattori di pensiero, di pensiero giuridico.

I miei ascoltatori si domanderanno in qual modo un simile generico discorso iniziale si connetta con questo Convegno nazionale degli avvocati italiani, che si distenderà per tre giornate in un intenso lavoro di approfondimento di problemi squisitamente professionali; li tranquillizzo immediatamente, protestando che non si

tratta di divagazioni, bensì dell'avvio necessario che ci porta a dare contenuti e motivazioni al titolo efficace scelto dal nostro saggio Presidente per il discorso introduttivo a me affidato.

2. Mi preme, subito, colmare un vuoto che sussiste in queste mie prime considerazioni: chi sono i facitori di pensiero giuridico? La risposta è semplice: i giuristi, coloro che sanno di diritto, *tutti* gli alchimisti manovratori provetti dei misteriosi strumenti che popolano il loro laboratorio.

Ed è proprio questo il primo punto fermo da cui partire: la realizzazione di quel miracolo dell'umano incivilimento che è il pensiero giuridico non è monopolio esclusivo delle Università, dei ricercatori nelle Facoltà di Giurisprudenza, ossia di coloro che assumono a oggetto della loro professione costruire architetture teoriche.

Io me ne sono convinto sin dal mio primo noviziato giuridico, convinzione che discendeva conseguentemente da un'altra e che sempre mi ha accompagnato nella mia lunga vicenda di docente universitario: la imprescindibile *carnalità* del diritto. Intendendo, con questo vocabolo rigonfio da me abitualmente usato, che il diritto può elevarsi — e spesso si èleva — in alto dove prosperano gli universali, ma non sarà mai una nuvola galleggiante sulla terra, giacché le sue radici non potranno mai fare a meno della terra e in essa sempre affonderanno.

Sì, perché il diritto è il reticolato inventato dall'uomo per l'uomo al fine di assicurarsi una valida protezione nella — e dalla — rissa perennemente insidiante la società; è scritto sulla pelle degli uomini, anche se, talora, può essere scolpito e immobilizzato su tavole di pietra.

Quando, molti anni fa, da novizio, ricevevo l'icona — indiscussa durante la modernità — di un diritto immedesimato a forza in una norma, ingessato in un comando, esprimente una posizione di potere e pertanto proiettato dall'alto su una comunità di destinatari passivi e obbedienti, si generava in me un moto di ripugnanza spontaneo e legittimo di fronte a una operazione artificiosa che sapeva di innaturale. E ricordo il sentimento di affrancazione che mi prese, quando lessi alcune pagine liberanti in cui Santi Romano pacatamente ammoniva di non lasciarsi fuorviare dall'aspetto impe-

rativo, con cui in una società evoluta il diritto normalmente si presenta, e di non dimenticare il suo carattere essenzialmente ordinamentale.

Il richiamo di Romano al diritto come ordinamento mi parve — come tuttora mi pare — un messaggio salvante, perché consentiva un fondamentale recupero: quello di disincagliare teoricamente il diritto dalle secche del potere, di separarlo dagli artifici che troppo spesso sono a questo collegati, di recuperarlo come esperienza del cittadino, riscoprirlo come orditura della vita quotidiana a cui si deve una spontanea osservanza in quanto valore di una civile convivenza.

Se il diritto come norma — piombando giù dall'alto — può essere astratto e puro, il diritto come ordinamento — germinando in basso — non può che essere intriso dei fatti strutturali sociali economici e connotarsi di una intima fattualità.

È la elementare verità di cui, dopo tanti pinnacoli gotici eretti dal legalismo moderno sulle palafitticole fondazioni di Codici e leggi, si riappropria il Novecento giuridico, secolo decisamente pos-moderno nel suo riuscito tentativo di costruire superando vecchie mitologie, vecchie dogmatiche, decrepiti assiomi. È la carnalità del diritto — rifiutata o, comunque, rimossa — che riaffiora in tutta la sua evidenza; il diritto può elevarsi a scienza e a pensiero, ma nasce e si svolge tra i fatti di vita. L'osservatorio più adatto per guardarvi e per sorprenderlo nei suoi caratteri più schietti è scruutarlo da sotto in su, come soleva scrivere il mio non dimenticato maestro di diritto privato, Enrico Finzi, grande teorizzatore, grande didatta, grande avvocato.

3. Queste verità elementari — appena meritevoli di essere sottolineate, se non abbondassero ancora fra di noi parecchi sordi e ciechi — servono a constatare senza sorpresa che la 'nobiltà del diritto' non è una casta ristretta e chiusa, e a capirne le ragioni. Le fucine di scienza e pensiero sono — e non possono non essere — plurime; laboratorii prettamente scientifici (quelli universitarii, innanzi tutto) e laboratorii pratici sono stati sempre (e lo sono ancora) parimente legittimati a concorrere alla costruzione.

Né lo affermo oggi, perché ho davanti a me una platea gremita di avvocati, dalla quale voglio ottenere un facile applauso. È, come

dicevo all'inizio, una mia risalente (e documentabile) convinzione. Proprio per provarVi che le mie non sono parole di occasione, consentitemi di offrirVi alcune eloquenti citazioni.

Quando, nell'ormai lontano 1988, io fui chiamato a redigere la 'voce' "Pensée juridique" per un "Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit", promosso e organizzato da André-Jean Arnaud e pubblicato dalla parigina 'Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence', scrivevo con risolutezza: " Il pensiero giuridico non può prescindere dal mondo dell'azione, dov'è sempre sepolto il germe che lo pròvoca...la dimensione speculativa si innesta sempre sulla capillare vita quotidiana. Esso non può mai prescindere dalla laboriosa officina dove, accanto agli altissimi principii, si parla e si opera su leggi e atti amministrativi, contratti e testamenti, citazioni in giudizio e fattispecie criminose, contratti di lavoro e società commerciali ... prende l'avvio nel cantiere degli avvocati, dei giudici, dei notai, dei *doctores iuris*, tutti partecipi della fondazione di un pensiero giuridico non meno del sapientissimo speculatore e del legislatore".

E quando, nel 2000, io cercai di delineare per il mio caro editore Giuffrè l'itinerario della scienza giuridica italiana dall'unità del regno d'Italia fino agli anni Cinquanta del Novecento, non era solo ai laboratorii scientifici delle Università che io limitavo il mio sguardo, ma altresì al mondo straordinariamente fertile della prassi; ed esordivo precisando questa mia angolazione addirittura nella prima pagina del primo capitolo ed assumendola come la sola che fosse capace di restituire all'osservazione una sua distesa compiutezza. Gli esempi, con cui corroboravo la mia scelta, erano significativi e convincenti: quello di Mariano D'Amelio, che aveva sempre indossato la toga del magistrato, e a cui si doveva — negli anni Trenta — probabilmente il contributo teoricamente più robusto per la definizione del principio della apparenza giuridica, al quale fornì una compiuta sintesi dottrinale con la memorabile 'voce' "Apparenza del diritto" da lui redatta per il 'Nuovo Digesto Italiano' da lui stesso promosso e diretto; quello di Gustavo Bonelli, per tutta la sua vita funzionario nell'ufficio legale della Banca d'Italia, "teorico finissimo e suscitatore intraprendente di dispute dottrinali" soprattutto sul tema speculativamente assai arduo della persona giuridica.

Ancora: quando, nel 2002, l'amico penalista Francesco Palazzo chiamò me e il compianto Giuliano Vassalli a tenere una congiunta prolusione ai corsi della 'Scuola di specializzazione nelle professioni legali' dell'Ateneo fiorentino da lui allora diretta, io ritenni di intitolarla "Il diritto tra norma e applicazione", sottolineandovi "il ruolo incisivo che la prassi ha sul divenire della scienza giuridica" e constatando che, se v'è un divario fra ieri e oggi, è perché oggi "la linea corre dal primato della legge al primato della prassi", con un ruolo di questa accentuatissimo a causa del disordine attuale delle fonti del diritto e della rarefazione della presenza del legislatore.

Infine: invitato, nel 2009, da Guido Alpa a parlare di Piero Calamandrei nel Congresso organizzato per celebrare il primo Congresso Nazionale Forense tenuto a Firenze nel 1947, io non potei fare a meno di conclamare pubblicamente un mio debito di gratitudine per l'ufficio professionale dell'avvocato Ernesto Brunori, dove — nel 1956 — mi iniziai alla pratica forense e dove prassi e pensiero si congiungevano e si integravano in perfetta armonia.

4. Che l'avvocatura non costituisca una appendice estrinseca e occasionale ma una dimensione integrante della esperienza complessa di un giurista corrisponde a una tradizione tipicamente italiana, che troviamo già pienamente affermata nel momento sapienziale del nostro medioevo.

Allora, quando un ruolo centrale di promozione e di invenzione era consegnato allo *ius commune*, ossia a un assai coeso ceto di scienziati a proiezione europea, questi *sapientes* non erano unicamente maestri universitarii e autori di dottissimi commentarii al 'Corpus iuris civilis' e al 'Corpus iuris canonici', ma *consiliatores*, cioè estensori di pareri giuridici redatti come avvocati o richiesti dagli stessi giudici, né è esagerata l'affermazione che, all'interno di un siffatto *mos italicus* di concepire e realizzare la figura del giurista, i *consilia* rappresentassero un tesoro scientifico niente affatto minore rispetto ai paludati corsi universitarii di lezione.

Se, poi, risaliamo di parecchio il crinale storico e arriviamo all'Italia unita, la prospettiva non muta; se mai, la figura del giurista si ispessisce divenendo naturale e normale la sua partecipe presenza nel Parlamento nazionale e nel governo centrale dello Stato. Personaggi come Pasquale Stanislao Mancini, Emanuele Gianturco, Giuseppe

Pisanelli, Vittorio Scialoja, Vittorio Emanuele Orlando, Piero Calamandrei, sono dei protagonisti che spiccano per essere — al tempo stesso — scienziati del diritto, grandi avvocati, uomini politici.

In questa tradizione italiana più ravvicinata, esemplare mi sembra la personalità del lucano Emanuele Gianturco. Uno dei testi più rivelatori della sua pluri-dimensionalità è la “Crestomazia di casi giuridici in uso accademico” pubblicata nel 1884, dove risalta chiara e netta l’esperienza di avvocato che si trasfonde in lezione universitaria; e, nella ‘prefazione’, si sottolinea infatti volentieri dall’autore “l’intimo rapporto che unisce la teoria alla pratica”, conseguenza immediata di quella carnalità del diritto della quale si parlava all’inizio.

Mi piace, però, ricordare anche un altro testo gianturchiano di pari espressività, la commemorazione che il Nostro fa di ‘don Ciccio Correrà’, “il più geniale degli avvocati napoletani” e dove si riscontra un commosso colloquio tra pari, tra soggetti parimente rivestiti di quella toga forense apportatrice di indiscutibile dignità. È proprio nelle trame del discorso commemorativo che Gianturco fa una ammissione che tende a cogliere nei prodotti migliori del lavoro di un avvocato competente e consapevole contributi rilevanti allo sviluppo scientifico del diritto, riflettendo un tratto caratterizzante della vita giuridica nella fervida Napoli di allora: “non è nei libri scientifici il titolo della nostra cultura giuridica, non in monografie dottrinali, bensì nelle polverose allegazioni ... quelle allegazioni non servivano soltanto alla causa, servivano alla scienza”.

Del resto, contemplando con un sotteso compiacimento la propria produzione scientifico-didattica e soprattutto la già menzionata “Crestomazia”, egli la coglieva dominata dallo scopo prevalente di acuire “l’intuito clinico”. Una ‘clinica giuridica’, terreno dove teoria e prassi si integravano armonicamente, assurgeva a modello per l’azione intellettuale del civilista; un modello afferrato dall’allievo Leonardo Coviello e tradotto in realtà grazie allo strumento capillare della ‘nota a sentenza’. Nella ‘nota’ si esaltava quella simbiosi di teoria e prassi che Gianturco e la scuola napoletana ritenevano indefettibile canone metodologico.

5. La visione, che del diritto e del giurista fu incarnata da Emanuele Gianturco, trova riscontri numerosi e autorevoli. Se, però, v’è un campo d’elezione per verificare un simile atteggiamento,

questo è puntualmente rappresentato dalla mia Firenze; aggiungendo subito che non mi muove un deteriore spirito campanilistico ma unicamente la contemplazione di un contesto storico singolarissimo.

E cominciamo col fissare un dato basilare: Firenze è città estra-universitaria, e mi sentirei di dire addirittura anti-universitaria. Il suo Studio, fondato nel 1321, soppresso nel 1472, deve aspettare il 1924 per riavere una vita nuova; né si può certo affermare che in questi lunghi quattro secoli e mezzo sia mancata nel capoluogo toscano una vivacità culturale.

È vero, anzi, il contrario. Solo che la dimensione culturale e la stessa ricerca scientifica sono affidate ad Accademie, ossia a società di dotti dove il sapere non consiste nell'acchiappare nuvole ma nell'analisi, interpretazione, ricostruzione teorica di una realtà concreta, sia essa naturale o sociale. L'Accademia del Cimento, quella della Crusca, quella dei Georgofili (per citare le più culturalmente incisive) sono lì a dimostrarlo con le loro provvedutissime sperimentazioni nel corpo vivo della natura fisica, del linguaggio, della coltivazione e produzione agraria.

È — come lo definii altra volta in un libro a me caro risalente al lontano 1986 — uno “Stile fiorentino” contrassegnato da un sano e salutare empirismo, stile che ricevette avvaloramento e rinvigorismento nella seconda metà del Settecento dal granduca lorenese Pietro Leopoldo, Principe impegnatissimo nel riformare il suo regno sonnacchioso e la cui visione del diritto era quella di una scienza pratica che trovava la sua legittimazione prima nell'essere una sapienza civile, ordinatrice e miglioratrice di una comunità vivente. Qui, in questo clima della Toscana granducale moderna, teoria e prassi non sono due dimensioni scindibili; e ne abbiamo esempi che vale la pena di ricordare in questa Relazione introduttiva.

Il più significativo è offerto da una Rivista, “La Temi”, che distende la sua vita dal 1847 al 1864, che è progettata e realizzata in Firenze da un intelligente e colto avvocato, Giuseppe Panattoni (1802-1874), e che trova in una officina di pratici, in uno studio professionale forense, la sua nicchia congeniale. Il suo programma è nettamente segnato: “sodisfare al gusto dei culti ed al bisogno dei pratici”; né si tratta di un fregio nominale destinato soltanto a infocchettare la premessa, giacché si può constatare nel suo svolgersi una collaborazione scientifica anche a livello universitario con apporti che vanno ben oltre

i confini del granducato e lettori e ammiratori anche fuori Italia (un esempio è Karl Joseph Mittermaier).

Ma proprio perché il diritto è sapienza civile, l'avvocato Panattoni — già presente nella Assemblea toscana del '48 e nella Costituente del '49, indi membro della Camera e del Senato del regno unitario — dedica nel suo 'giornale' un largo spazio alla dimensione comparativa, avendo davanti agli occhi come finalità da perseguire il superamento degli artificiosi staterelli frazionanti la naturale unità della nazione italiana. In una dichiarazione, che campeggia all'inizio del fascicolo 84 (settembre 1862), guardando a ritroso lo svolgersi ormai quindicennale del suo 'foglio', il Redattore non può fare a meno di sottolineare compiaciuto: "esso prese a trattare delle scienze legislative ed economiche, come fonti dell'ordine e del progresso sociale; e si occupò della giurisprudenza pratica con lo scopo di eccitare lo studio comparato del diritto, e di affrettare la uniformità nelle varie parti d'Italia".

Termino aggiungendo una nota assai indicativa: quando, nella primavera del 1859, il granducato lorenese ha fine, si pensa immediatamente a risolvere il problema della istruzione superiore a Firenze, ma si respinge senza esitazione l'idea di ri-fondare nella città un ateneo in tutto simile a quelli esistenti a Pisa e a Siena. Il tentativo che si intende avviare (e si avvia, sia pure con scarso successo) è quello di un "Istituto di studi superiori pratici e di perfezionamento" nella piena continuità della tradizione fiorentina su cui ho or ora insistito; e, per quanto attiene agli studii giuridici, il Ministro di Giustizia e Grazia del governo provvisorio toscano, Enrico Poggi, nel solco della stessa tradizione, non manca di riferirsi a "la giurisprudenza, la quale è scienza ed arte insieme".

6. Tra l'indubbio protagonismo di molti studii forensi fiorentini, non posso non isolarne uno: quello di Carlo Lessona, docente a Pisa di 'Procedura civile', giacché si identifica agli occhi dello storico come una delle fucine più fertili.

Intorno al 1911/12 lo frequentavano uno studente di Giurisprudenza a Pisa, Piero Calamandrei, che stava ultimando la sua tesi processualistica, e un giovane avvocato fresco della laurea bolognese ottenuta sotto la guida di Venezian, Enrico Finzi, che stava preparandosi per sostenere l'esame di 'libera docenza'. In quello studio,

nella sua fornitissima biblioteca (ricca — fra l'altro — di vecchi *in folio* di diritto comune) stava prendendo forma la poderosa indagine finziana sul possesso dei diritti e la calamandreiana teoria dell'*error in iudicando* nel diritto italiano intermedio.

Di lì a poco, sarà sempre la stessa nicchia professionale a offrire il contatto con un altro grande protagonista della scienza giuridica italiana del Novecento, anche lui docente, anche lui avvocato, annotatore infaticabile di sentenze, Federico Cammeo. Tre protagonisti del rinato Ateneo dal 1924 in poi, tre principi del foro fiorentino fino alla loro morte. Se mi è consentito un ricordo personale, quando io mi iscrissi al primo corso della Facoltà giuridica fiorentina nell'autunno del 1951, Finzi congiungeva nella sua persona, accanto alla cattedra di 'Istituzioni di diritto privato', la Presidenza della Facoltà e la Presidenza del Consiglio dell'Ordine degli avvocati.

Ma sostiamo un momento su Calamandrei. Egli sarà, nel 1946, il primo presidente del Consiglio Nazionale Forense democraticamente eletto e ne manterrà la Presidenza per ben dieci anni fino alla sua morte prematura; nel 1947 egli organizzerà a Firenze il primo Congresso Nazionale Giuridico Forense, evento di grosso significato culturale. Egli ha, però, sempre dimostrato di ritenere l'esercizio forense una dimensione intrinseca a quel soggetto pluridimensionale che è il giurista. Figlio di avvocato, allievo di un professore/avvocato, Piero aveva assorbito queste elementari verità attraverso due tràmiti assai persuasivi: la lunga familiarità nello studio lessoniano e la altrettanto lunga familiarità acquisita nella gestazione dei suoi lavori giovanili con i grandi maestri del diritto comune, che gli si presentavano nella inscindibile personalità bi-fronte di docenti universitarii e di *consiliatores*.

Nel 1920 dedicò la sua prolusione senese a "L'avvocatura e le riforme del processo civile" e, nel 1924, chiamato nella neo-nata Facoltà giuridica fiorentina, si dette immediatamente da fare per allestire un aggancio istituzionale che fungesse da necessario cordone ombelicale tra Facoltà e prassi forense, creando quella 'Scuola di applicazione forense', che avrà vita lunga e giovevole per molti giovani e che io ho frequentato con profitto — da allievo — nei tardi anni Cinquanta. Un'ultima notazione: nel Consiglio direttivo della appena costituita 'Scuola' seggono Calamandrei, Cammeo e Finzi.

7. Come ho accennato più sopra, nel 2002, nella ‘prolusione’ ai corsi della fiorentina ‘Scuola di specializzazione nelle professioni legali’, io credetti di poter identificare nel momento che il diritto sta attualmente vivendo un vero trionfo della prassi.

V’è, infatti, oggi come non mai, una urgente necessità di supplenze. L’attuale movimento/mutamento incisivo e rapidissimo ha messo a nudo la incapacità disciplinatrice del vecchio demiurgo, il legislatore, e del taumaturgico strumento nelle sue mani, la legge, e si allontanano sempre di più i tempi in cui era a lui affidato il monopolio della produzione giuridica, la potestà di fare *de albo nigrum* e di trasformare in diritto la materialità informe di un fatto, di segnare con muraglie invalicabili le frontiere della giuridicità riservando a sé e a sé solo le chiavi delle porte.

Con la riscoperta della complessità dell’ordine giuridico e la conseguente riscoperta della sua fattualità — che sono i caratteri salienti del Novecento giuridico —, la prassi, esclusa ieri dal nòvero delle fonti, relegata nella irrilevanza dei meri fatti, vede nuovamente aumentare il suo ruolo, in un tempo in cui — se non cancellate — sono almeno assai attenuate le muraglie separatrici tra *facta* e *ius*.

Rimasta la articolazione gerarchica delle fonti all’interno delle ‘Disposizioni preliminari al Codice Civile’ come può restare una reliquia di cose irrimediabilmente passate, aumentato incontrollabilmente il numero delle fonti, tanto da poter parlare oggi legittimamente di de-tipicizzazione delle fonti, giganteggia ormai l’interprete/applicatore.

Si orìginano, a ogni piè sospinto, vuoti sempre più ampi, e c’è bisogno di colmarli. E c’è bisogno di coniare nuovi strumenti atti a ordinare le novità dei mutamenti socio-economico-tecnici. È l’esperienza quotidiana che li pretende, non la sapienza di maestri o il progetto di politici. Oggi si parla di giudizialità del diritto, e non a torto, ma in quell’affollato e disordinato cantiere che è ormai il diritto vivente un ruolo non minimo sembra competere anche all’avvocato e al notaio, fino a ricomprendere in una creatività diffusa anche il semplice uomo di affari, come con antesignana consapevolezza prevedeva già nei tardi anni Quaranta il geniale Tullio Ascarelli.

Lo storico del diritto guarda senza rimpianti o compiacimenti il processo in corso, e lo coglie come una crescita, non una esecrabile

alterazione patologica della nostra civiltà giuridica, bensì un fisiologico assestamento verso un nuovo paesaggio giuridico, che non è ancora definito (e da qui discende il nostro disagio), ma che sicuramente realizzerà una maggiore coerenza tra la corsa dei fatti e la statica delle forme e delle immobilizzazioni sistematiche.

In fondo, è un realistico messaggio di ottimismo che io intendo trasmettere a questa grande assisa di avvocati: il loro ruolo non potrà che crescere, così come crescerà il ruolo di ogni giurista. Il nuovo ordine giuridico non potrà fare a meno dei costruttivi apporti di coloro che sanno di diritto.

PER ALESSANDRO GIULIANI

Gentile Signora Giuliani, cari amici Giuliani, illustre Pro-rettore, illustre Preside, cari Colleghi,

inizio con un ringraziamento, che non è di stile ma sincerissimo, per avermi dato l'onore di questa presenza nella prima sessione del Convegno dedicato ad Alessandro Giuliani. È un onore e un piacere, perché sono stato legato ad Alessandro da una lunga, costante, intensa amicizia; un'amicizia nata all'insegna della spontaneità nella comunanza dei nostri interessi di studio e che si è andata via via accrescendo. È anche un onore, perché ho sempre nutrito uno schietto apprezzamento per Alessandro, un personaggio che, in tutta la sua vita, con grande fedeltà ha perseguito un fine incalzante: portare avanti la propria *recherche de la vérité*, approfondendo i vari temi che egli si proponeva, continuando il cammino con grande umiltà ma, insieme, con perseveranza e rendendo sempre più complesso ed aguzzo il suo sguardo.

Pensavo stamattina ad Alessandro avendo sotto mano il programma di questo Convegno, mentre constatavo ammirato la vasta gamma dei temi corrispondenti agli interessi da Lui coltivati. Infatti, cominciamo con il contributo di un economista, cui seguono quelli di filosofi del diritto, processualisti, civilisti. A questo riguardo, consentitemi un ricordo personale: subito dopo la morte di Giuliani, un allievo di Garin, Maurizio Torrini — redattore di una Rivista filosofica — mi chiese di scrivere per quel foglio scientifico un ricordo. Risposi di no, ma ancora prima avevo risposto di no a me stesso, quando mi ero posto il problema di redigerlo per i 'Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno' che allora dirigevo e di cui il nostro onorato era stato un auspicatissimo collaboratore. Per sordità? Per negligenza? Per pigrizia? Niente di tutto questo, e l'ho con franchezza dichiarato sugli stessi 'Quaderni

fiorentini' quando, presentando un saggio della figlia Alessandra ⁽¹⁾, ammisì apertamente la mia inettitudine nel poter registrare tutti i messaggi, le voci, le tonalità che Giuliani aveva saputo esprimere con tanta ricchezza. Filosofo, storico della filosofia, cultore della filosofia morale come della filosofia teoretica, filosofo del diritto, storico del diritto, processualista e civilista: mi trovavo, insomma in una situazione di incapacità, l'incapacità di poter adeguatamente parlare di tutto quanto aveva trattato con incredibile competenza un Collega cui pur mi sentivo straordinariamente vicino e verso cui nutrivo amicizia e ammirazione.

Dopo uno scialo di 'scritti in onore' e di Convegni dedicati troppo spesso a personalità mediocri, finalmente a Perugia si celebra uno studioso degno di ricevere onoranze. Ne sono felice, come sono felice di essere qui con Voi oggi e di presiedere questa prima seduta.

Nei giorni scorsi ho ripreso in mano dopo parecchi anni i lavori di Giuliani, che avevo già frequentato in un passato remoto o prossimo e che si erano impressi nella memoria per avere lasciato un impronta non effimera nella mia vicenda intellettuale. Li ho riletti per poter riannodare un dialogo interrotto e poter conseguire una disposizione psicologica congeniale a questo nostro Incontro perugini. E ho ritrovato intatti i motivi che ci vincolarono saldamente e che mi fecero vedere in Lui un interlocutore privilegiato.

Intanto, va puntualizzata una sua dimensione caratterizzante: era un personaggio in ricerca, che si poneva continuamente problemi, dominato da una azione intellettuale interiore che si superava continuamente. Alieno da dogmatismi, da rischiosi trapianti di credenze nella esperienza dell'uomo di cultura, Egli amava fortificarsi nell'umile approccio con i grandi classici, misurando sempre le proprie conclusioni alla luce della inesauribile ricchezza di messaggi provenienti soprattutto dalla antichità e dal medioevo ma anche dai secoli moderni e pos-moderni.

Questo atteggiamento di fondo di umiltà severamente praticata, questo confronto — che faceva costantemente suo — con il portatore di verità altre, magari di segno diverso o addirittura opposto, ha

(1) Nella 'Pagina introduttiva' al volume 29, relativo all'anno 2000 (cfr. P. GROSSI, *Trent'anni di pagine introduttive - Quaderni fiorentini 1972-2001*, a cura di P. Cappellini, Milano, Giuffrè, 2009, p. 235).

avuto un perfetto contrappunto nel suo lavoro di filosofo del diritto. E quel sapere dialettico, che era il motore del solitario uomo di studio, venne ad essere concepito come lo strumento di recupero per lo stesso oggetto delle sue cure e dei suoi studi: il diritto.

Lo aduggiavano le geometrie logiche, impermeabili e impeccabili nel loro formalismo ma astratte dai contesti storici sui quali erano pur chiamate a proiettarsi; lo aduggiavano le definizioni inamovibili, le sistemazioni rigide e nettissime nei loro disegni, veicoli tutti del rischio perverso di trasformarsi in corazze costringenti per l'esperienza che avevano tuttavia il compito di ordinare.

La storicità del diritto fu il preciso canone cui sempre volle attenersi, e alla ripugnanza verso le fissità logiche ben spesso artificiose contrapponeva il compiacimento per il movimento e il dinamismo che Egli coglieva quale condizione imprescindibile dell'esperienza.

Il diritto era per Lui (e non poteva non essere) esperienza, vita vissuta, storia vivente di poveri cristiani nella quotidianità delle loro azioni. Io e Lui, insomma, concordavamo nella elementare ma troppo dimenticata conclusione che il tratto essenziale del diritto consiste nella sua carnalità, nel suo intridersi di tempo e di spazio. È da qui che nascono le sue giovanili "Ricerche in tema di esperienza giuridica", del '57, il dialogo con Capograssi e quello così simpatico con Orestano, il più capograssiano degli storici del diritto, al quale dedicherà, nel 1974, il densissimo saggio su "Il concetto classico di regola di condotta".

Alessandro diffidava della verità dei puri logici, tutti presi da una sorta di *furor mathematicus*, una verità al singolare, una verità senza raffronti o verifiche, e pertanto indiscutibile, insomma una verità dogmatica offerta alla accettazione passiva e non alla discussione e alla analisi critica.

Contro la superbia del sapere definitorio (e, in quanto tale, definitivo), Egli rivalutava il *controverso*, perché indòcile a immobilizzazioni e cristallizzazioni, perché generatore di problemi, perché necessariamente incarnantesi in ricerca: "il filosofo — come il giudice — deve ricercare la verità tra opinioni in conflitto" (2). La ragione calcolante non serve al filosofo ma non serve nemmeno al

(2) A. G., *La controversia-Contributo alla logica giuridica*, Pavia, 1966 (Studi nelle scienze giuridiche e sociali, 143), p. 146.

giurista. Nella scia della sua sincera umiltà Giuliani non esitava ad affermare che “nel diritto bisogna accontentarsi delle tecniche di una ragione probabile” (3).

La dialettica Gli si palesava come il sentiero grazie al quale lo scienziato approda alla riva del probabile senza rinnegare il magma pratico da cui era scaturito il miracolo del giuridico. In tale sua veste la dialettica era un salvataggio duplice, della prassi, che non si impantanava nella palude dell'atomismo effimero della fattualità, e della verità, alla quale assicurava fondazioni più sicure.

È da queste scelte che prende consistenza il filone di fondo del pensiero (filosofico-giuridico e tecnico-giuridico) di Alessandro, quello che costituirà una dorsale del suo svolgimento mai abbandonata: il diritto come controversia. È, infatti, alla controversia che egli dedica la *summula* della sua maturità di studioso, ed è qui — più che altrove — che si manifesta la pienezza del suo messaggio. Il diritto come controversia, la logica giuridica intesa come teoria della controversia con i suoi irriducibili risvolti etici, perché è particolarmente nella controversia che si ha il recupero pieno della storicità del diritto.

Su questa linea Alessandro ripercorre un sentiero su cui aveva camminato spedito Giuseppe Capograssi. Scriveva il grande sulmonese, commemorando Chiovenda e facendo espresso riferimento alla controversia e al processo su quella innestato: “quella povera e angusta cosa che è il soggetto particolare, come attore come convenuto come imputato, c'è con una propria somma di poteri e di diritti nel processo. Può dire: domando eccepsico concludo mi difendo *ergo sum*. Non c'è nessun punto dell'esperienza giuridica in cui il soggetto singolo come imprescindibile realtà giuridica dell'esperienza appaia in modo più presente e diretto” (4).

Nel 1938, Capograssi, a cui la folla di ‘quelle povere e anguste cose’ che sono gli uomini/qualunque non è ignota, ma di cui ha registrato con rispetto ed affetto le ansie i bisogni le urgenze; questo strano genuino filosofo vede nel processo il manifestarsi più speculare, più fedele e più franco, di un'esperienza fatta di eventi quoti-

(3) *La controversia*, cit., p. 88.

(4) G. CAPOGRASSI, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, ora in *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. IV, pp. 152/53.

diani e non di guerre e battaglie vinte o perse, non di trattati internazionali e di risse tra fazioni politiche.

Pressoché identico è l'angolo di osservazione, e anche l'ansia di ricerca e la volontà di percezione che sorreggono Giuliani, mentre — da filosofo — guarda all'esperienza giuridica: il 'segreto' di questa, o, se si vuole, il suo 'mistero', ma sicuramente anche la sua essenza e, quindi, anche la sua manifestazione più schietta, è nel proporsi come 'controversia'. E non dice cose diverse da Capograssi Alessandro, quando intuisce (intuizione fertilissima) che osservare il diritto alla luce del 'controverso' significa coglierne la sua naturale immersione nella temporalità e nella spazialità, significa finalmente arrivare ad attingerne la 'qualità', le 'qualità', le tante e differenziate 'qualità' che coloriscono e compongono il suo frammentatissimo caleidoscopio.

L'osservatorio della 'controversia' consente il recupero di tutto lo spessore del diritto, impedisce la nefasta separazione (e frattura) tutta moderna tra fatto e diritto, consente di prendere atto della ineliminabile permeazione del diritto con fatti e cose, con la natura delle cose. E qui Giuliani è pronto a recepire il messaggio di Michel Villey, con cui constata parecchi punti di contatto e di consenso. Ecco una frase della sua *summula* del '66 con la quale fa definitiva chiarezza: "l'area della qualità ci è dunque apparsa come quella della libertà, della responsabilità, della scelta; ma di una libertà che tiene conto della contingenza, della finitudine, della temporalità" (5).

È per questo che non lesina attenzione, anzi studii accuratissimi e approfonditi nonché ammirazione, ai giuristi medievali, soprattutto prima di quella che Alessandro chiama la 'riforma' di Abelardo; perché la loro logica era essenzialmente logica della controversia, perché il loro sapere era fondamentalmente dialettico, incentrato sempre in quel grimaldello — appunto dialettico — rappresentato dalla *quaestio*, da loro costantemente esemplata sullo schema del contraddittorio fra attore e convenuto. Era la loro salvaguardia dalla astrattezza e dal formalismo, giacché il ragionamento dialettico non poteva mai deporre il proprio carattere temporale.

Le mille *quaestiones disputatae*, le mille *dissensiones dominorum*

(5) *La controversia*, cit., p. 127.

emergevano dai bisogni della vita quotidiana, erano *de facto emergentes* e l'interpretazione (di cui costituivano le testimonianze parlanti) non era arido onanismo su di un testo cartaceo (sia pure autorevolissimo), bensì identificazione della qualità di un fatto. Fatto e diritto si componevano in un ordine armonico, mentre l'equità di quei giuristi si svelava soprattutto come *rerum convenientia*.

Agli occhi di Giuliani il grande merito dello *ordo iudiciarius* medievale era di proporsi non quale *ordo voluntatis* ma quale *ordo rationis*; realtà eminentemente extra-statuale ⁽⁶⁾, i suoi principii non dipendevano dalla volontà — e, quindi, dall'arbitrio — del legislatore ma dalla retorica e dall'etica.

Qui appare netta la preoccupazione del filosofo novecentesco di sottrarre la verità del fatto e la prova del fatto all'arbitrio del Principe. Senza alcun dubbio Giuliani è dalla parte del Presidente del Parlamento di Parigi Lamoignon avversante la 'Ordonnance' luigiana del 1667 per essere quel testo legislativo "contre le droit et l'usage" ⁽⁷⁾, dove *droit* e *usage* suonano duttilità e mobilità, un complesso di fatti insuscettibili di una innaturale sclerotizzazione nella fissità di una volontà sovrana inscritta e ingessata in un testo.

"Controverse, conflit, dynamisme caractérisent toutes les manifestations de l'expérience juridique" preciserà Giuliani — ormai sessantenne — in uno scritto di sintesi del proprio pensiero, riaffermando l'intuizione tante volte espressa che il diritto è storia vivente, che gli è naturale la mobilità e ripugnante la fissità, che soltanto un interiore dinamismo dialettico — ponte prezioso tra prassi e verità — gli consente effettività di presenza. In questo saggio dell'84, affidato agli 'Archives' parigini del suo amico Villey ⁽⁸⁾, Egli non manca, in uno dei suoi rari momenti dal tratto didascalico, di ammonire i colleghi filosofi del diritto, troppo occupati nella sterile operazione di acchiappar nuvole, a trascurare i cristalli logici dei

⁽⁶⁾ È il punto centrale di snodo di quella splendida 'voce' *Prova in generale*, che Giuliani scrive per la *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, p. 536.

⁽⁷⁾ La citazione è di Giuliani nella sua 'voce' *Prova in generale*, cit., p. 544.

⁽⁸⁾ *Droit, mouvement et réminiscence*, in *Archives de philosophie du droit*, 29 (1984), p. 103.

concetti e del sistema e a rendersi conto finalmente della storicità del diritto: “c’est la philosophie du droit qui devrait aujourd’hui récupérer la dimension philosophique et logique des problèmes concernant le mouvement du droit” ⁽⁹⁾.

Parole (e intuizioni) tutte da meditare, soprattutto oggi che il tempo di transizione in cui viviamo soffre di una rapidità convulsa, oggi in cui movimento e mutamento sembrano erodere vecchi edifici ormai cadenti senza però che se ne siano costruiti di nuovi. Il recupero della storicità del diritto, che è — mi sembra — l’insegnamento nodale emergente da tutte le pagine giulianee, è un salvataggio per tutti i giuristi operanti in una cultura di ‘civil law’ inaridita e condannata alla sterilità nelle sue dommatiche inalterate. Il nostro Incontro perugino può essere per tutti noi una occasione da non perdere al fine di incrementare la nostra consapevolezza.

⁽⁹⁾ *Droit, mouvement et réminiscence*, cit., p. 116.

IN RICORDO DI GINO GIUGNI

1. Ritengo opportunissimo che gli organizzatori di questo Incontro romano abbiano dedicato una prima parte a cogliere la personalità e l'opera di Gino Giugni all'interno della cultura giuridica italiana del Novecento; opportunissimo (di più: doveroso) per la inoppugnabile ragione che egli ne fu autentico protagonista, incidendo a fondo non soltanto sullo sviluppo della scienza gius-lavoristica ma della intiera giuristica peninsulare.

Questa ferma e convinta conclusione sembra fare a pugni con un dato biografico, che è incontrovertibile perché è lo stesso Gino a farvi cenno esplicito ⁽¹⁾: al giovane laureando nella Facoltà giuridica genovese, che aveva già scelto la disciplina penalistica quale campo di svolgimento della propria dissertazione di laurea, fu solo la casuale lettura di un libro di Rinaldo Rigola sulla storia del movimento operaio ad aprirgli l'orizzonte suadente di una tesi a contenuto gius-lavoristico ⁽²⁾.

Scelta casuale, ma che si trasformò presto, da parte del giovane giurista, nella precisa assunzione di una responsabilità sociale e culturale e nell'avvio di un itinerario percorso sempre all'insegna di una forte progettualità; atteggiamento, questo, che, grazie alla sottostante forza morale e intellettuale, lo renderà costruttore scientifico del 'diritto del lavoro' in Italia, e costruttore originale.

2. Indubbiamente, Gino aveva talenti nativi per farlo, ai quali doveva aggiungere infiniti esercizi di lettura, scavi culturali e uno

⁽¹⁾ Nella *Intervista a Gino Giugni*, a cura di P. Ichino, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, XI (1992), Parte prima, p. 413.

⁽²⁾ Relatore rimase il docente penalista, che era Giuliano Vassalli, ma il tema si condensò sul diritto di sciopero e sul faticoso cammino da fattispecie criminosa a diritto costituzionalmente garantito.

sguardo comparativo straordinariamente ampio. Certamente, però, fu favorito da due condizioni privilegiate.

La circostanza che il 'diritto del lavoro' fosse una disciplina tra le più giovani nell'ambito giuridico. All'inizio, nell'ultimo scorcio dell'Ottocento, stava qualche intuizione di alcuni civilisti (di Luigi Tartufari, per esempio), qualche faticoso tentativo sistematico reso ancora malcerto dalla incapacità di distanziarsi dallo schema locativo (di Ludovico Barassi, per esempio); c'erano, nella legislazione speciale e nella prassi, le novità offerte dai 'Collegii probivirali', la cui giurisprudenza era stata studiata attentamente dal processualista Enrico Redenti; c'erano, ai primi del Novecento, l'Ufficio del lavoro, diretto da quell'intelligente promotore che fu Giovanni Montemartini, e, intorno ad esso, l'opera sensibile e innovativa di un civilista a due dimensioni, Giuseppe Messina, che opponeva alle alte teorizzazioni civilistiche la vigile opera di consulente nello stesso Ufficio; c'erano, soprattutto, per la insaziata ricerca intellettuale di Giugni, i lavori scientifici dei giuristi germanici, nell'orizzonte più lontano, Lotmar, ancora incatenato dai suoi schemi romanistici ma consapevole percettore della dimensione personalissima del lavoro, nell'orizzonte più vicino, il grosso lavoro di Hugo Sinzheimer che si svolgeva armonicamente a diversi livelli, da quello scientifico, a quello politico, a quello della prassi sindacale.

Insomma, alle spalle di Gino, a parte l'esperienza corporativa che egli respingeva in blocco (anche troppo drasticamente), c'era un affioramento ricco, di cui era già traccia nel nuovo Codice Civile, ma bisognoso della mano forte di un possessore di solide categorie teoretiche valide per ordinare convenientemente, nella nuova realtà democratica, il relevantissimo fatto/lavoro e l'altrettanto rilevante personaggio del lavoratore subordinato.

Ma una seconda circostanza doveva, per una delle tante astuzie della storia, pesare in modo determinante, una circostanza apparentemente assai negativa: il suo orfanaggio accademico. Voglio dire: Giugni era accademicamente un orfano, essendo suo *Doktorvater* il penalista Giuliano Vassalli. In Italia, il bottino della esperienza corporativa, in tutto il suo male ed il suo bene, se lo stavano spartendo, o dei gius-lavoristi improvvisati che continuavano *ultra terminos* un messaggio sostanzialmente corporativistico, o dei civilisti portatori — però — di quella stretta veste civilistica che

risultava angusta per la valorizzazione socio-giuridica del fatto/lavoro.

Qualificherei la difficile posizione di Giugni come una situazione di felice debolezza. Debolezza, sì, perché lo faceva agire in una reale solitudine culturale; però, felice, giacché lo rendeva immune da rischiose ipoteche coartanti e perché faceva di lui quello che, poi, lui è effettivamente stato, e cioè un personaggio in ricerca. Si dipana, infatti, da qui il filo ininterrotto che lo guiderà fino all'epifania del 1960. Più precisamente, l'assillo costante per una robusta fondazione epistemologica che fungesse da indiscussa legittimazione culturale; ricerca di un metodo corretto, che veniva a identificarsi con la ricerca di se stesso, del Giugni giurista, del Giugni gius-lavorista.

3. A disegnare il volto tipico di questo solitario ricercatore è, infatti, prima di ogni altro tratto, un sincero assillo metodologico. L'intuizione di fondo si stagliava sempre più forte nella sempre più penetrante ricerca giugniana: l'originarietà, e la conseguente originalità, del 'diritto del lavoro', che non era modellato da volontà legislativa, ma che, dapprima, una montante prassi sociale, successivamente, una sensibile riflessione scientifica avevano identificato in una realtà assolutamente pre-statuale. Muoversi, tuttavia, in un terreno segnato da una grossa fluidità di contorni, poneva stringentemente al ricercatore l'esigenza primaria di munirsi di un corretto metodo d'indagine. Da qui, l'assillo di cui si è or ora parlato.

Occorreva anche un modello concreto di indagatore, al quale chiedere da parte del solitario esploratore un ancoraggio fermo. Questo indispensabile modello Giugni lo trovò in Tullio Ascarelli⁽³⁾, commercialista ma geniale inventore di nuovi schemi ordinatori, ausilio prezioso per il giurista operante in un paese di *civil law* — come l'Italia — devastato dalle inchiodature civilistiche del moderno riduzionismo statalistico e legalistico incapace di ordinare l'effettività del nuovo diritto commerciale e del nuovo diritto del lavoro. Ascarelli non si era limitato ad arare con strumenti provo-

⁽³⁾ Giugni ammira Ascarelli come "il giurista italiano che ebbe più di ogni altro la consapevolezza della centralità del problema del metodo" (cfr. *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, (1968), ora in *Lavoro, legge, contratti*, Bologna, Il Mulino, 1989, pp. 152-53).

catorii il campo professionalmente suo, ma aveva dato contributi metodologicamente orientatori in quei diritti nuovi gremiti di fattualità che si stavano delineando nei primi decenni del secolo pos-moderno, il Novecento, e cioè il diritto agrario e, per l'appunto, il diritto del lavoro.

Ascarelli riproponeva negli anni Trenta e Quaranta — sia prima, sia dopo il forzato esilio brasiliano — la visione che il suo maestro Vivante aveva propugnato del diritto commerciale negli ultimi due decenni dell'Ottocento: un diritto da identificare — assai più che nelle cristallizzazioni codicistiche e, comunque, legislative — negli strati *vigoranti* (4) della prassi economica dove la 'natura dei fatti', vera fonte del diritto (5), era seguita, rispettata e tradotta in regole. Ed è proprio da Ascarelli che Giugni riceve due lezioni salvifiche: coscienza della ineliminabile storicità del diritto; coscienza della necessità di ampliare lo sguardo alle zone di confine tra diritto ed economia, avendo — magari — il coraggio di oltrepassarle per avere dal 'meta-giuridico' iniezioni corroboranti per il 'giuridico'.

Due erano i rischi da evitare ad ogni costo.

Innanzitutto, la riduzione di un diritto dalla intensa carnalità (come il 'diritto del lavoro') a un sistema di pure forme risolvèntisi in puri esercizi tecnici troppe volte privi di agganci con il sottofondo esperienziale. Il nemico da battere era il miraggio fallace della purezza, che, ancora ai tempi del giovane Giugni, continuava a irretire molti civilisti, fallace soprattutto per una scienza gius-lavoristica necessariamente compenetrata di fattualità. L'analisi di Giugni raggiunge il proprio salvataggio guardando senza inibizioni oltre lo Stato, nel basso della società, nella sua complessità, dove i gruppi sociali spontaneamente si organizzavano, dove si pretendeva e si otteneva una osservanza basata sul consenso collettivo. Né sgomentava il giovane costruttore di una scienza nuova, se ci si muoveva nel terreno delle altre scienze sociali chiedendo ad esse angoli di osservazione che, per la loro diversità, integravano e arricchivano il discorso schiettamente giuridico.

(4) Aggettivazione, questa, tipica del coloritissimo linguaggio ascarelliano.

(5) La esplicita collocazione della 'natura dei fatti' tra le fonti formali del diritto era stata l'eretica affermazione sbattuta in faccia ai tanti lettori misoneisti in apertura del suo 'Trattato di diritto commerciale'.

Non era, tuttavia, più lieve un secondo rischio: quello di cadere dall'empireo del dogmatismo nell'empirismo più spicciolo. Qui, da modello ineccepibile poteva fungere Sinzheimer, che aveva congiunto armonicamente nel suo lavoro di giurista il metodo empirico di una puntuale osservazione dei fatti e il loro strutturarsi in costruzione teorica grazie all'utilizzo di solide categorie ordinanti.

Il bagno salutare, cui Giugni si sottopose di buon grado e che valse ad affrancarlo dalle strettoie di un diritto civile incapace di valorizzare le novità storiche ormai consolidate nel corso del Novecento sul problema/lavoro e sul soggetto/lavoratore, fu, come è ben noto, il lungo soggiorno statunitense a Madison, nello Wisconsin, dove si era attuato il trapianto di un ramo della scuola storico-economica tedesca attentissima alla dimensione giuridica. Sono circostanze risaputissime della biografia intellettuale di Gino, né mi diffondo in inutili ripetizioni.

Vorrei, invece, perché utile ai fini del nostro odierno discorso, ripetere una frase riassuntiva, pronunciata dallo stesso protagonista nella intervista ad Ichino, che ben sintetizza il profitto riportato dal ricercatore italiano da quel clima, assolutamente ignoto nell'Italia universitaria di allora, così unitivo delle tre dimensioni sociale/economica/giuridica. Dice Giugni, riferendosi a John Commons, uno dei maestri della scuola dello Wisconsin e autore — nel 1924 — del volume “Legal Foundation of Capitalism”, divenuto per il neofita italiano quasi un *livre de chevet*: “studiando Commons studiavo l'economia da un punto di vista giuridico; ma valeva anche il reciproco: e cioè che studiavo il diritto dal punto di vista economico” (6).

In quel clima per lui palingenetico Gino operò delle acquisizioni culturali che lo marcheranno a fondo e durevolmente: occorreva trapiantare nella decrepita Italia (decrepita perché aggrappata a vecchie e superate certezze) una valorizzazione dell'azione collettiva, che, però, riuscisse a congiungersi con una visione tutta nuova del sindacato. Si sarebbe dovuto, d'ora in avanti, mandare in soffitta la vieta nozione di *classe* perché massificante, sostanzialmente autoritaria ma soprattutto astratta (ossia tale da raggiungere un risultato

(6) *Intervista a Gino Giugni*, cit., p. 416.

che, al contrario, si sarebbe dovuto puntigliosamente evitare: la separazione dalla coinè sociale circostante). Ciò che premeva a Giugni era l'autonomia del fenomeno sindacale, capace di contribuire in modo autonomo al progresso civile, il sindacato valorizzato come esperienza autoctona, la manifestazione più rilevante della azione collettiva.

4. A lui, che non deponeva affatto la sua identità di giurista e che voleva tradurre il messaggio unificante nord-americano in un progetto (e in un disegno) giuridico realizzabile nella società italiana, occorreva fare un passo innanzi: il pluralismo sociale si doveva naturalmente trasformare in pluralismo giuridico. Non gli servivano lo statalismo e il codicismo dei civilisti, né gli servivano i loro usuali strumenti di lavoro, come rapporto giuridico e diritto soggettivo. Il suo grave problema, di indole squisitamente teoretica, era quello — non agevole — di identificare dal punto di vista giuridico le realtà viventi oltre lo Stato.

Nasce sul sentiero di questa ricerca il suo ricorso a Santi Romano e il suo bisogno di misurarsi su quella dilatazione oltre lo Stato del paesaggio giuridico, che Romano aveva coraggiosamente compiuto puntando sul diritto come ordinamento e arrivando al traguardo — prezioso per il gius-lavorista innovatore — di una pluralità di ordinamenti giuridici. Giugni — come Romano — non è statalista; si potevano, perciò, trovare affiancati su uno stesso punto di partenza. Giugni non è, invece, un istituzionalista e resta irremovibile in un convinto normativismo.

Situazione, se vogliamo, antinomica, ma dalla quale né poteva né voleva affrancarsi, avendo un disperato bisogno di trincerarsi sotto la protezione della volontà programmatica di Romano di restare ben entro i confini del giuridico e di avvalersi di strumenti intrinsecamente giuridici. La soluzione fu quella che Gino, con franchezza candida, chiamò “un uso disinvolto” (7) della dottrina romaniana, necessaria copertura metodologica per il gius-lavorista alla ricerca della autonomia collettiva, ma che doveva da lui essere alterata perché rivisitata in una ottica decisamente normativistica.

(7) *Il diritto del lavoro*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, a cura di P. Biscaretti di Ruffia, Milano, Giuffrè, 1977, p. 183.

L'ordinamento giuridico è per lui nulla più che "il sistema autosufficiente di produzione normativa" (8).

Gli premeva di arrivare al risultato cui sarebbe arrivato nel 1960: il sistema sindacale come uno spontaneo costruirsi "secondo tracce di originarietà normativa" (9); l'autonomia sindacale "costruita come un sistema tendenzialmente autosufficiente, capace di produzione normativa, di amministrazione e anche di giurisdizione" (10). Il tutto colto all'interno di una continua tensione storica fra le categorie del diritto statuale e il diritto vivente dei gruppi (11).

Nel suo gran libro del '60 il paesaggio giuridico è recuperato in tutta la sua complessità, anche *oltre* lo Stato, in un terreno extra-statale ma non per questo meno giuridico, dove, liberati dalle pesanti incrostazioni di eccessive cristallizzazioni statuali, prosperano i gruppi con le loro invenzioni di diritto vivente; che è diritto, senza alcun dubbio; anzi, è diritto straordinariamente 'vigorante', per ripetere qui l'aggettivazione ascarelliana cara a Gino.

In un generale atteggiamento culturale Giugni si sentiva profondamente consonante con Santi Romano, ed era lo storicismo: posizione metodologica preziosa anche per il cocciuto normativista, che trovava nella visione storicistica la strada maestra per la propria affrancazione dai vizi intellettuali radicati in troppi civilisti novecenteschi, lo statalismo psicologico, il legalismo psicologico, due malattie dello spirito dure ad essere debellate.

Nella 'Introduzione' al volume del '60 sta lapidariamente scritta la verità fondamentale, la verità/guida: "nell'insuperabile contraddizione tra dommatica e storia" il diritto del lavoro appare nella sua essenza di storia vivente (12).

5. Da questo discorsetto, che ha tentato di cogliere le linee portanti della statua interiore del gius-lavorista, l'uomo di cultura emerge in tutta la singolarità e complessità della sua posizione; che

(8) Loc. ult. cit.

(9) Loc. ult. cit., p. 178.

(10) *Introduzione a Lavoro, legge, contratti*, cit., p. 19.

(11) *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 15.

(12) *Introduzione*, loc. ult. cit..

è singolarità non solo entro il tessuto della scienza gius-lavoristica italiana ed europea, ma nella intiera scienza giuridica del Novecento.

Giugni si rivela personaggio fedelmente espressivo di un clima giuridico tipicamente pos-moderno, dove si sono ormai incrinata vecchie mitologie e si sono deposte fallaci certezze, dove statalismo legalismo formalismo si sono dimostrati armi spuntate, e pertanto da confinare fuori del laboratorio del giurista. Egli si rivela l'acuto, provvedutissimo riscopritore della fattualità del diritto, della sua storicità ineliminabile.

Questo spiega il suo successo tra i giovani, la pronta recezione tra essi del suo liberante messaggio culturale. Questo spiega le ragioni di una scuola folta e culturalmente vivacissima, quella schiera di agguerriti discepoli, che vedo convenuti qui in numerosa schiera per il nostro Incontro romano. E concordo pienamente sullo scopo degli organizzatori: ravvivare, con il ricordo, una riflessione che merita ancora oggi di essere additata soprattutto ai giovanissimi.

LUIGI MENGONI
NELLA CIVILISTICA ITALIANA DEL NOVECENTO (*)

1. Un primo approccio con il civilista Luigi Mengoni. — 2. Mengoni: un personaggio in ascolto. — 3. E un osservatore attento del proprio tempo. — 4. La centralità della Costituzione nel pensiero giuridico di Mengoni. — 5. E la sua analisi del Novecento giuridico. — 6. Mengoni: un giurista inquieto? — 7. L'assillo metodologico di Mengoni. — 8. La dimensione diacronica: un salvataggio per il giurista. — 9. La impietosa critica mengoniana del monismo giuridico moderno. — 10. Il diritto come scienza 'controversiale'. — 11. Oltre il formalismo giuridico: "il problema della fondabilità conoscitiva dei valori". — 12. La Costituzione come istituzionalizzazione di valori meta-giuridici. — 13. Il soggetto di diritto nella nuova antropologia costituzionale. — 14. Il gius-civilista e il gius-lavorista nella coerenza etica ed intellettuale del giurista Mengoni. — 15. Il ruolo protagonista della interpretazione/applicazione. — 16. Per la costruzione di solidi argini contro le derive soggettivistiche. — 17. Sulla 'nuova dogmatica' mengoniana.

1. Una contemplazione attenta e oggettiva dell'itinerario della scienza civilistica italiana durante il Novecento non può che pervenire a una confortevole conclusione: l'elevato livello scientifico della riflessione di parecchi dei suoi cultori. Spostata l'osservazione — come oggi, in questa giornata di studio, si intende fare — sulla singola personalità di Luigi Mengoni, una contemplazione parimente attenta ed oggettiva ci porta pianamente a concludere che nessun civilista italiano riveste un ruolo tanto peculiare quanto Lui, un ruolo che ne fa un *unicum* in seno alla coralità scientifica. Disegnare questa assoluta tipicità e dimostrare che non si tratta da parte mia di un atteggiamento unilateralmente apologetico è lo scopo primario di questa Relazione introduttiva.

(*) Il presente saggio ha costituito la Relazione tenuta, il 21 ottobre 2011, presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore in Milano, nell'ambito del Convegno destinato a ricordare la personalità scientifica di Luigi Mengoni nel decennale della sua morte. È in corso di pubblicazione negli "Atti" congressuali.

Cominciamo con alcuni preziosi dati autobiografici, che Mengoni ci offre nel colloquio/intervista concesso a Pietro Ichino nel 1992.

Si laurea in diritto commerciale con Mario Rotondi, scelta significativa se si pensa che — allora — Rotondi era fra i pochissimi privatisti italiani che valorizzassero l'analisi comparativa. Dopo la sobria ammissione che suoi maestri diretti furono Messineo e Barbero, quasi a farci comprendere che con essi il rapporto era stato abbastanza formale, tiene a sottolineare il vincolo culturale che, fin da giovane, lo legò a due commercialisti, Tullio Ascarelli e Alberto Asquini ⁽¹⁾.

E ce ne indica i motivi. In Ascarelli, mentore costante della sua vita intellettuale, egli coglie l'allievo fedele di Vivante, il grande rifondatore — a fine Ottocento — della scienza commercialistica italiana, lo studioso eretico che, all'inizio del primo volume del suo 'Trattato di diritto commerciale', non aveva esitato a porre la 'Natura dei fatti' tra le fonti formali del diritto. Di Asquini, allievo del legalista Alfredo Rocco, sottolinea "una intelligenza acutissima delle cose (fu uno dei primi a studiare l'argomentazione dalla 'natura delle cose'" ⁽²⁾), riferendosi esplicitamente a un celebre saggio scritto nel 1921 ed espressivo di un momento pos-bellico di grossi turbamenti per ogni consapevole giurista.

Indicazioni apparentemente occasionali, ma che, nella voce del settantenne Mengoni, valevano a segnalare la convinzione e la bussola orientativa di tutta una vita di studioso: la carnalità del diritto, la sua sostanza prima ed ultima di essere scritto sulla pelle di uomini in carne ed ossa.

Facciamo un'ulteriore sosta sulla intervista di Ichino. Alla domanda: "a quale scritto è più affezionato?" Luigi risponde: "ricordo con qualche soddisfazione quelli in cui ho avuto occasione di portare un contributo alla storia dei dogmi" ⁽³⁾. *Storia dei dogmi* ! Pare quasi una antinomia nel voler coniugare la tendenza assolutistica di un dogma con la sua storicità, ma qui c'è tutto Mengoni, o almeno uno

⁽¹⁾ Questi dati si trovano in: *Intervista a Luigi Mengoni*, a cura di P. Ichino, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, a. 1992, Parte I, p. 110.

⁽²⁾ Loc. ult. cit..

⁽³⁾ *Intervista a Luigi Mengoni*, cit., p. 113.

dei contrassegni della sua riflessione giuridica: quello di uno studioso che annette un grosso rilievo alla posizione e definizione di rigorose categorie dogmatiche, ma che non intende sottrarle al divenire del flusso storico e anche alla usura della storicità. Se Mengoni non fosse stato, nel 1940, poco più che un ragazzino e avesse partecipato alla disputa sui concetti giuridici suscitata da Arturo Carlo Jemolo, avrebbe ben volentieri sottoscritto il risultato di quell'intenso dialogare scientifico approdante alla duplice conclusione della indispensabilità dei 'concetti' ma anche della loro irrinunciabile 'storicità'.

2. Possiamo fare un passo innanzi in questo tentativo di comprensione, stando sulle due raccolte che Luigi personalmente curò di suoi scritti: "Diritto e valori" nel 1985, "Ermeneutica e dogmatica giuridica" nel 1996 (4). Due raccolte che, essendo state volute e organizzate dallo stesso autore, hanno il pregio di segnalarci con franchezza che, almeno dopo certe manifestazioni giovanili influenzate dal magistero di Messineo, si ha lo sviluppo di una lunga linea di ricerca intellettuale all'insegna di una sostanziale continuità; due raccolte che ci mostrano un personaggio profondamente unitario. Sarà questo il tema della Relazione dell'amico Benatti, e sono pago di questo accenno (che è, però, essenziale al nostro discorso).

Eloquentissime sono le prefazioni mengoniane alle due raccolte, perché vi sono espressi motivi e orientazioni di tutto un itinerario. Scorriamo quella del 1985, dove emergono nitidamente le due virtù che hanno sempre caratterizzato l'atteggiamento di Mengoni.

Innanzitutto, la virtù più preziosa per un uomo di scienza, l'umiltà, ben sottolineata dall'espresso riferimento al rimprovero di astratto e arido concettualismo rivolto da Emilio Betti a certi esperimenti giovanili, rimprovero che Mengoni umilmente accoglie, prontissimo all'ascolto (5). In tutta la sua vita egli dimostrerà di saper ascoltare, anche la polemica più accesa, anche la critica più demolitiva, con un comportamento che gli è naturale e che si sostanzia nel pieno rispetto per il suo interlocutore. E benissimo hanno fatto gli organizzatori di questo Convegno in suo onore riproducendo nella

(4) Rispettivamente, la prima: Bologna, Il Mulino; la seconda: Milano, Giuffrè.

(5) *Prefazione a Diritto e valori*, cit., p. 5.

prima pagina del foglietto/programma una splendida fotografia di Lui che lo ritrae in posizione di ascolto, di attento ascolto.

In secondo luogo, ma in stretta connessione con quanto si è ora detto, il mantenimento di una serena pacatezza, che fa di Luigi un uomo vocato al dialogo. Il che non gli impedisce, come vedremo in seguito, polemiche innegabilmente assai dure, come verso il liberalismo individualistico moderno e le sue scelte giuridiche, mai — però — trascese a bassi livelli emozionali e sempre filtrate dalle dimensioni culturale e tecnica, che permettono di non abbandonare il terreno di una pacata serenità, il più sicuro per un uomo di scienza.

Sotto questo profilo la sua è testimonianza esemplare: conscio di immergersi spesso (quale civilista e gius-lavorista) in campi funestati da gravi scontri ideologici, portatore lui stesso non di una neutra impassibilità, ha sempre affermato il primato della cultura sull'ideologia, della valutazione cognitiva (aggettivo, questo, a lui carissimo) sulla credenza, persuaso della valenza tendenzialmente unitiva della dimensione culturale.

3. Nella prefazione dell'85 si staglia con chiarezza un primo tema di fondo che ha un ruolo protagonista nello svolgersi della riflessione mengoniana: la "inadeguatezza, rispetto ai bisogni della nuova società industriale e pluralistica, delle sintesi valutative cristallizzate nelle strutture concettuali del sistema classico del diritto privato" (6). Qui appare un tratto che distingue costantemente il Nostro, e cioè l'essere un osservatore attento del proprio tempo, mai immobilizzato nel presente ma — al contrario — sorpreso in un divenire dove passato presente e futuro sono intimamente coinvolti; né è soltanto un divenire di forme e norme giuridiche, ma dei contesti entro cui forme e norme si situano e da cui ricevono continue modificazioni.

Lo interessano istituti radicati nella fattualità economica e da quella intensamente impressi, come proprietà e impresa; lo interessa la forte dialettica fra la prima e la seconda, segnata da un ruolo sempre più povero di poteri della proprietà all'interno dell'impresa,

(6) *Prefazione a Diritto e valori*, cit., p. 5.

della sempre minore rilevanza della proprietà dei mezzi di produzione quale fonte del potere economico. L'atteggiamento, rinvenibile in un saggio del 1958 su "Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa", che Mengoni ricomprende nella raccolta dell'86 (7), lo si ritrova intatto, esattamente trenta anni dopo, nelle pagine su "Proprietà e libertà" (8). Egli avverte puntualmente il premere della fattualità sulle linee rigorose delle costruzioni giuridiche, in coerenza con la sua perenne convinzione della umanità e, quindi, della carnalità del diritto.

Lo sguardo rivolto alla fattualità economica non gli impedisce, però, di affermare con altrettanto sicura convinzione (e cita a suo conforto, addirittura, parole di Hegel) che il civilista non può non "prendere su di sé la fatica del concetto" (9); che è fatica, perché si tratta di costringere una realtà mobilissima entro intelaiature ordinanti, perché si tratta di soddisfare le due nature discordanti del diritto — che è, al contempo, storia e sistema —, ma alla quale non può sottrarsi il giurista depositario del mistero della giuridicità e conscio della sua complessità. Infatti, non c'è contraddizione, bensì una visione più complessa, restituita a tutta la sua problematicità; e della "esigenza di integrazione del pensiero problematico nel pensiero sistematico" si parla nella prefazione, additandovi "il tema dominante dei saggi raccolti nella prima parte del volume" (10).

È una esigenza, questa, assillante per Mengoni, giacché è di natura squisitamente metodologica. Non a caso il volume si apre con le pagine del '76 su "Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico", pagine che nella intenzione dell'autore hanno un rilevante profilo di programma metodologico. Il punto focale è lì, e il Nostro avverte che dal modo come il giurista risolve la dialettica fatto/concetti, magma fattuale/categorie teoriche ordinanti, discende la correttezza del suo approccio. Si può dire senza timore di enfattizzazioni che Mengoni è il civilista italiano che ha vissuto più da vicino il bisogno di sicure fondazioni epistemologiche: le ha cercate,

(7) In *Diritto e valori*, cit., p. 335 ss..

(8) *Proprietà e libertà*, in *Rivista critica del diritto privato*, a. 1988, soprattutto p. 433 ss..

(9) *Prefazione a Diritto e valori*, cit., p. 8.

(10) *Prefazione a Diritto e valori*, cit., p. 7.

le ha trovate, ma ha sempre voluto rimeditarci sopra con dichiarata umiltà.

4. V'è un ulteriore tema di fondo della riflessione mengoniana che emerge con nettezza nella prefazione dell'86, ed è la centralità di quell'evento epocale per la storia giuridica italiana del Novecento rappresentato dalla Costituzione, la profonda incidenza che esso ha avuto sul difficile 'mestiere' di civilista, complicando il lineare paesaggio giuridico cui era avvezzo, aprendo squarci dove — prima — c'erano chiusure gelosamente conservate, scombinando una tranquillità ritenuta fino a quel momento imperturbabile.

Se il civilista misonesta, turbato nella sua pigrizia culturale, non poteva non esserne sgradevolmente scosso, Mengoni, giurista ben calato nel suo tempo storico e con gli occhi apertissimi a contemplarlo e a registrarlo, ne afferra le novità profonde che gli venivano messe a portata di mano e si dà prontamente a servirsene. Il misonesta vi pone rimedio confinando la Costituzione in una sorta di prologo in cielo, un insieme di nobilissime proposizioni filosofico-politiche, preziosa fonte di ispirazione per il futuro legislatore ma di cui — almeno per ora — il solido cultore del diritto civile positivo fa bene a non occuparsi.

Il Nostro vi scopre la norma giuridica fondamentale della nuova Italia recante scritto nelle sue righe il nuovo breviario del nuovo cittadino italiano. Un breviario di cui Mengoni si affretta ad afferrare almeno due aspetti estremamente positivi, che sono i due nuclei focali su cui la sua riflessione costantemente poggia e si sviluppa: con il costituzionalismo novecentesco, quello inaugurato a Weimar e di cui la carta italiana del 1948 è testimone puntuale, si supera quel vecchio legalismo — degenerato troppo spesso in legolatria — e che, nella sua eccessiva rigidità, aveva troppe volte inaridito l'ordinamento giuridico; con le costituzioni novecentesche viene finalmente positivizzato il vincolo del diritto positivo a valori meta-legislativi, consentendogli di ossigenarsi e di possedere un respiro più ampio.

5. Vale la pena dedicare un minimo di attenzione anche alla prefazione della raccolta del 1996, che esordisce con una frase che è assai espressiva dello stato d'animo di chi ha voluto radunare nel volume i suoi saggi di indole più scopertamente metodologica: "Il

Novecento è un secolo in cui tutto è stato rimesso in discussione” (11). Agli occhi di chi lo guarda storicisticamente, il secolo che, nel '96, può essere ormai contemplato nel suo lungo distendersi e compiersi, appare come un tempo di transizione verso nuovi approdi, con mutazioni che arrivano a trasformare il volto del diritto così come lo aveva disegnato la modernità illuministica e ottantanovarda.

Ce ne darà conto Mengoni nelle pagine che commenteremo tra breve: è un secolo che vive un progressivo spostamento di attenzione dalla giustizia commutativa a quella distributiva, che vede l'emersione di una fattualità virulenta e il diritto civile abbandonare — lentamente ma decisamente — l'ideale di una scienza pura. Ora, nel libretto del '96, tenue di pagine ma non di contenuto, preme al Nostro di puntualizzare una svolta salutare sul piano epistemologico: il mettersi a fuoco di una struttura *topica* della *iurisprudencia*, la rivalutazione del *problema* e la sua naturale ricollocazione alla base del *sistema*; una rivalutazione che è da considerarsi il salvataggio del sistema, perché ne consente la adeguata storicizzazione.

6. Possiamo tirare una prima, provvisoria somma. Mengoni è un personaggio che si è posto problemi inerenti alla sua fondazione più riposta di uomo di cultura e di giurista, un giurista in cui si trasferiva la sensibilità di un raffinato uomo di cultura. Si è posto problemi e ha posto problemi al civilista italiano scuotendolo dal suo sopore legalistico, dalla sua pigrizia culturale.

Inquietudine di Mengoni? Non direi. Qualche anno fa, chiamato dalla Facoltà giuridica messinese a ricordare Salvatore Pugliatti nel centenario della sua nascita, io non ebbi esitazione a qualificarlo civilista inquieto (12), ma avrei delle forti perplessità nell'estendere a Mengoni una simile qualificazione. Pugliatti è strutturalmente inquieto, perché è turbato da un dubbio che mette a rischio le fondazioni stesse del sapere giuridico: a quale grado di scientificità può assurgere la scienza giuridica in quanto scienza particolare? Dominato da un assillante complesso di inferiorità rispetto alla *scientia maior*, la filosofia, convinto — come egli scrive in uno dei

(11) Prefazione a *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. VII.

(12) Cfr., oggi, P. GROSSI, *Salvatore Pugliatti giurista inquieto* (2003), in *Nobiltà del diritto-Profilo di giuristi*, Milano, a. Giuffrè, 2008, p. 531 ss..

suoi saggi più programmatici — che “oggi più che mai la scienza giuridica ... è chiamata a comparire al tribunale della filosofia per difendersi dell'accusa di abuso del titolo di scienza” (13), non può che essere anche dominato da una inquietudine dirompente, alla quale cerca in qualche modo di rimediare chiedendo apertamente ausilio ai naturalisti e ai linguisti (al linguista Giovanni Nencioni, in modo particolare (14)).

Mengoni non è affatto percorso da questa sottile ed erosiva sofferenza intellettuale, né ha mai nutrito dubbii sulla scientificità del diritto. Certo, egli non appartiene al nòvero dei civilisti tranquilli dissodatori di un campicello fatto di Codici e di leggi speciali, né si identifica in chi — come Francesco Santoro Passarelli — è assolutamente pago di erigere, con le sue ‘Dottrine generali del diritto civile’, ammirevoli pinnacoli gotici sul sistema legislativo (15). L’atteggiamento psicologico che possiamo sorprendere in lui è, piuttosto, la insoddisfazione, insoddisfazione per l’angustia culturale di un diritto positivo rinchiuso nella sua rigidità legalistica. Agli occhi del giurista storicista la statica non si addice a quel corpo vivo che è il diritto, tanto meno al diritto civile cui compete la fornitura al cittadino/qualunque di un tessuto di rapporti idoneo a regolare la mobilità della esperienza quotidiana.

Più che con lo strutturalmente inquieto Pugliatti, coglierei qualche somiglianza con Gino Gorla fertilizzato da una perenne ansia di ricerca e, congiuntamente, da una perenne insoddisfazione, placata in lui dalle risorse offerte dalla analisi comparativa, e precisamente, nel momento della maturità, dalle indagini nel *common law* (ed ecco, a mezzo degli anni Cinquanta, i due volumi sul contratto), nel momento della vecchiaia, dalle immersioni nella comparazione

(13) S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica* (1950), ora in *Grammatica e diritto*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 105.

(14) Giovanni Nencioni si era posto per la linguistica lo stesso dubbio erosivo di Pugliatti per la scienza giuridica, e aveva scritto, nel 1946, un libro, dal contenuto prettamente metodologico, intitolato ‘Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio’, libro che immediatamente Pugliatti legge e recensisce.

(15) Mengoni le definisce “una sintesi (si potrebbe dire un sublimato) della dottrina del proprio tempo” (*Ricordo di Francesco Santoro Passarelli*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, p. 803).

verticale (ed ecco gli studii sulla giurisprudenza dei grandi tribunali dell'età proto-moderna).

Credo che un favorevole punto di avvio alla comprensione del civilista Mengoni sia proprio quello di iniziare dalle sue insoddisfazioni, tentando di cogliere come egli abbia cercato di corrispondervi e di rispondervi.

7. Cominciamo da quell'assillo — già da noi segnalato come sua nota persistente — per una sempre più compiuta correttezza metodologica.

L'umiltà, connessa con un salvante atteggiamento di auto-critica, impedisce a Mengoni di improvvisarsi in filosofo. L'umiltà, però, gli consiglia — anzi, gli impone — di nutrirsi di letture filosofiche e di dialogare con i maestri della *scientia maior*, differenziandosi profondamente da quei civilisti — primo fra tutti Santoro Passarelli — che, pur dedicandosi a costruzioni teoriche assai ardite, si contrassegnano per una assoluta — e, se vogliamo, sorda — auto-referenzialità ⁽¹⁶⁾.

Il suo bisogno di colloquio — che è nulla più che la estrinsecazione della sua capacità di ascolto, già da noi segnalata — ha il significato di rendere più fondato e, quindi, più solido il proprio discorso di giurista, ma non gli preclude di rivendicare a sé con la massima fermezza, e in quanto giurista di diritto positivo, in quanto civilista, il dovere etico e professionale di riflettere, in perfetta autonomia, sulle scelte epistemologiche di fondo. Scriverà, in una piccola, appartatissima nota sepolta nella pagina di un saggio dell'83 ma che mi piace mettere in evidenza per il suo forte significato: "il giurista positivo, e in particolare il civilista, non può *delegare* [corsivo mio] la riflessione metodologica al filosofo del diritto, perché

⁽¹⁶⁾ Se si aprono le *Dottrine generali del diritto civile* di Santoro Passarelli, si ha la sorpresa che, in un esperimento di teoria generale del diritto civile, non si chieda soccorso ai filosofi né di essi si faccia la pur minima menzione. Lo stesso avviene per i filosofi del diritto, se si eccettua la solitaria sparuta menzione di un saggio di Alessandro Levi 'Sul concetto di potere giuridico' (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1954, p. 54, nota 1).

l'elaborazione del metodo è legata da uno stretto nesso di interazione all'attività di applicazione al proprio oggetto specifico" (17).

Interrogarsi sul metodo è, infatti, interrogarsi sulla propria identità, sul proprio ruolo di giurista nella vita e nella cultura del diritto in una determinata epoca, e, più ampiamente nella vita e nella cultura di una determinata civiltà storica. Ed è per questo che la riflessione mengoniana, appena abbandonate le pseudo-cerchezze comunicategli da Messineo, è costellata da un concatenarsi di interrogativi sul metodo, tanto da assurgere a una costante tipizzante del suo pensiero.

8. Ma v'è un'altra costante, cui abbiamo già accennato ma che conviene ora riprendere e approfondire, ed è la coscienza sempre assai acuta della storicità del diritto. Percorrere un itinerario diacronico serve — agli occhi dello storicista Mengoni — per raggiungere una compiuta comprensione del presente.

Nel 1976, in quello che è — forse — la messa a fuoco più sostanziosa della propria posizione metodologica, "Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico", è chiarissimo sul punto: la dimensione diacronica è vista non soltanto come un recupero di complessità per l'analista di un diritto positivo, ma come il salvataggio più sicuro per il civilista; altrimenti, "si smarrisce il senso della continuità dinamica del diritto" (18), la sua ineliminabile vincolazione alla vita che — lo si voglia o non — ininterrottamente *diviene*.

Quando, ormai ai termini estremi del suo itinerario riflessivo, è chiamato a tenere nel 1998, presso la veneziana Fondazione Cini, una lezione sul tema che mette alla prova tutta la sua forza speculativa e gli permette, parimente, di fissare una meditazione conclusiva, "Diritto e tempo", non si limiterà alla riaffermazione (tutto sommato, banale) che il diritto è nella storia ma che "è esso stesso storia; ha la struttura temporale della storicità" (19).

A Mengoni interessa, in quella sede dove il suo discorso può e

(17) *Ancora sul metodo giuridico* (1983), ora in *Diritto e valori*, cit., p. 80, nota 5.

(18) *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, ora in *Diritto e valori*, cit., p. 31.

(19) *Diritto e tempo*, in *Ius*, a. 1998, p. 636.

deve volare alto svincolato com'è da particolarizzazioni e immiserimenti contingenti, sottolineare con forza quella che lui chiama la "temporalità ontologica" (20) del diritto, perché per lui, giurista e non puro filosofeggiatore — cui non è lecito trascurare la traduzione dell'idea, dell'intuizione, in esperienza — preme la conseguenza enorme che ne deriva a livello esperienziale, e cioè lo spiccato rilievo della interpretazione/applicazione rispetto alla testualità immobile della legge. E afferra, e scrive, e sottoscrive una grande verità: "il tempo agisce sul diritto... dall'interno mediante l'interpretazione e l'applicazione" (21). Ossia: rispetto a quello impietoso misuratore di forze e di efficacia che è lo scorrere del tempo, il salvataggio è nella capacità adeguatrice dello strumento interpretativo, il quale non si adagia sul diritto quale sua appendice meramente estrinseca ma incide sulla sua corteccia solo apparentemente dura, lo plasma, lo rende congeniale alle novità del tempo che esso è chiamato a ordinare.

Come si può ben vedere, il discorso dell'ultimo Mengoni ha il suo perno essenziale, intorno a cui tutto gira, nel momento interpretativo/applicativo. Il suo grande mentore giuridico è ancora — e ancor più — Ascarelli, il mentore filosofico è Gadamer, cui cede la parola conclusiva citando espressamente un passo altamente significativo di 'Wahrheit und Methode': il testo normativo "per essere compreso in modo adeguato, deve essere compreso in ogni momento, ossia in ogni situazione concreta, nuovamente e altrimenti" (22). *Nuovamente e altrimenti*: il mistero del tempo si sposa indissolubilmente al mistero del diritto, alla sua "temporalità ontologica" secondo la puntuale espressione mengoniana.

Il costante atteggiamento, che abbiamo appena sottolineato come caratterizzante del civilista Mengoni, lo porta ad avere occhi aperti e attentissimi al divenire che gli sta scorrendo attorno: una società tecnologica di massa (come lui la chiama), che è una realtà in continuo sviluppo. In questa sua osservazione, egli non abdica mai a quello che chiamerei *realismo storicistico*, alieno sempre da stupori, rimpianti, entusiasmi, sentimenti che sono quasi sempre all'insegna

(20) *Diritto e tempo*, cit., p. 637.

(21) *Diritto e tempo*, cit., pp. 636-637.

(22) *Diritto e tempo*, cit., p. 638.

di una ingenuità culturale e che appannano — quando non impediscono — il risultato della comprensione, quel risultato che è un bene prezioso da conseguire per il pacato osservatore, per l'osservatore che fa della pacatezza (l'abbiam detto all'inizio) una sua virtù tipica.

Da qui consegue — non può non conseguire — un netto rifiuto del formalismo concettuale, per la più che semplice ragione che “finisce col nascondere i problemi posti dal divario che continuamente si rinnova tra norma e realtà” (23). Aggiungendo, con la preoccupazione provocata da un culto per l'astrattezza esercitato diffusamente dai civilisti con inconsapevole vanagloria: “può occultare anche fenomeni di perversione del diritto privato” (24).

9. Dalla capacità di osservatore acuto del flusso storico e da una osservazione volutamente immune da inquinamenti emozionali ma rigorosamente rinserrata in una dimensione cognitiva (uso volentieri un aggettivo caro al Nostro), discende la sua visione negativa della società borghese e della forma di Stato che fu elaborata (e realizzata) a suo vantaggio.

Mengoni, che non è certo un marxista, ce ne dà una raffigurazione scopertamente classista perché duramente, impietosamente oggettiva. Ai suoi occhi spogli di prevenzioni è una società monistica, retta dal predominio di una *classe*, ispirata al primato dell'*avere*, dove ciò che conta è il *patrimonio* e che, sul piano della proiezione giuridica, si identifica in un rigido positivismo legislativo, dal quale discende consequenziale un altrettanto rigido formalismo, l'uno e l'altro funzionali alla conservazione del controllo della produzione del diritto e delle sue fonti nelle mani della classe borghese ormai vittoriosa e detentrica del potere politico grazie al successo della grande rivoluzione dell'89.

Egli non èsita a denunciare il carattere mistificatorio di tutta la propaganda borghese sul tema della pretesa armonizzazione di proprietà, libertà, democrazia, puntualizzando che il bene 'lavoro', l'unico che fosse nella disponibilità del lavoratore subordinato, è soltanto il frutto di una ipocrita finzione, e che l'unico bene a

(23) *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, in *Iustitia*, a. 1974, p. 340.

(24) Loc. ult. cit.

contare è il patrimonio immobiliare e mobiliare. Si legga quanto scrive, nell'88, nel saggio straordinariamente franco su "Proprietà e libertà": "le teorizzazioni ottocentesche che radicano la garanzia costituzionale della proprietà nel principio della libertà della persona" sono "contradette, sul piano del diritto pubblico, dai sistemi elettorali, nei quali la considerazione fittizia dei lavoratori come proprietari di un bene avente valore di mercato cede il posto alla considerazione realistica della proprietà come fonte di rango e di potere sociale" (25).

Per il Mengoni scienziato il risultato più negativo è che il diritto civile diventa il regno della astrattezza e la scienza civilistica tende a rivestire i panni di una scienza pura. Astrattezza e purezza che sono la scelta insensata di as-trarsi dal tempo storico, calpestando tutti i canoni fondanti della epistemologia mengoniana.

Egli si riconosce, invece, nella società pluralistica del Novecento (quante volte la contrappone al monismo borghese!). È lì che, come afferma nella pensatissima Relazione del 1988 al Convegno su 'Diritto ed etica pubblica' intitolata significativamente "La questione del 'diritto giusto' nella società post-liberale", c'è "la rinata esigenza di una legittimazione meta-legislativa dell'ordinamento giuridico" (26), dove si rifiuta il positivismo legislativo e la pura dogmatica, dove del positivismo legislativo si rifiutano i "due postulati fondamentali ... il postulato della completezza dell'ordinamento giuridico, il postulato del formalismo giuridico", i quali "producevano una rigida separazione del diritto dalla morale" (27), erano funzionalizzati a produrre una siffatta separazione.

Alla luce della complessità e ricchezza della società pluralistica novecentesca — che fa spicco rispetto al vecchio riduzionismo borghese — Mengoni coglie l'insufficienza dell'asfittico articolo 12 delle Preleggi e interpreta il termine 'legge' evocato nell'articolo 101, primo comma, della Costituzione, da intendersi come "comprensivo

(25) *Proprietà e libertà*, cit., p. 433.

(26) *La questione del 'diritto giusto' nella società post-liberale*, in *Relazioni industriali*, a. 1988, p. 17.

(27) *Note sul rapporto tra diritto e morale*, in *Iustitia*, a' 1998, p. 306.

del diritto di formazione extra-legislativa e, più in generale, del cosiddetto diritto vivente” (28).

La vecchia società monistica e l’edificio giuridico costruito su di essa e a sua misura sanno di artificio. Mengoni lo affermava già nel ’71 in una lucida analisi dei rapporti fra sindacato e potere politico in Italia: perché si “contrappone la sfera sociale alla sfera politica in funzione dell’accentramento nello Stato del potere politico” e si “promuove l’integrazione della società nello Stato attraverso il sistema rappresentativo elettivo” (29); che Mengoni, con ammirevole coraggio, non manca di sottoporre a critica demolente, giacché “la ricerca razionale e astratta della volontà generale” è falsante proprio per il suo contrapporre “rigidamente l’interesse generale agli interessi particolari senza lasciare spazio agli interessi intermediari di gruppo” (30).

Il coraggio stava proprio nel puntare un dito accusatorio, in quei primi anni Settanta ancora pervasi dalle vecchie mitologie post-illuministiche, sul “difetto cardinale del modello costituzionale classico” (31), sul sistema politico così come era uscito confezionato dalle laboriose officine della rivoluzione francese, artificioso nella sua totale cancellazione delle formazioni sociali, però indiscusso e indiscutibile nel clima pos-bellico italiano di riscoperta d’una democrazia parlamentare.

10. Insomma, i vecchi schemi giuridici della civiltà borghese, con le loro aspirazioni alle purezze geometriche, appaiono tutti viziati dal difetto — voluto e puntigliosamente perseguito, ma inficiante — della astrattezza. Per Mengoni il diritto è, al contrario, caratterizzato da una ineliminabile carnalità, dalla sua storicità, giacché “il diritto è un sistema di sapere e di azione”. Frase che egli scrive nel 2000, alla fine del suo itinerario di vita e ribadendo una delle sue convinzioni più profonde. La scrive all’interno di sue

(28) Loc. ult. cit.

(29) *La partecipazione del sindacato al potere politico dello Stato*, (1971), ora in *Diritto e valori*, cit., p. 178.

(30) *La partecipazione del sindacato al potere politico dello Stato*, cit., p. 182.

(31) Loc. ult. cit..

riflessioni su Giuseppe Capograssi ⁽³²⁾, un autore al quale si è avvicinato tardi, che avverte — lui, montanaro trentino, non avvezzo a raffinatezze stilistiche — un po' distante a causa della sua pagina redatta “con uno stile personalissimo e a volte disperante” ⁽³³⁾, ma che stima, sia perché “autentico giurista oltre che profondo filosofo, due qualità che raramente fanno coppia” ⁽³⁴⁾, sia soprattutto per la sostanziale sintonia culturale che non poteva non sussistere con il teorizzatore del diritto come esperienza.

Dietro Capograssi Mengoni coglie nel diritto una ‘scienza controversiale’, dove centrale è la *controversia*. Se postulato fermo del positivismo giuridico è che nella legge c'è un unico significato prestabilito, nella nuova visione disegnata dalla rivoluzione ermeneutica e rivalutatrice del momento interpretativo/applicativo — l'una e l'altra da lui pienamente condivise — è la controversia, ossia il caso pratico che esige e imprime variazioni ⁽³⁵⁾.

Già assai prima, nel 1982, in un saggio espressamente dedicato alla tutela giuridica della vita materiale, il rimprovero, che sente di poter elevare ai vecchi e tecnicamente ammirevoli Codici, è per quello che lui chiama il loro *agnosticismo* ⁽³⁶⁾ proprio riguardo alla vita materiale, nella quale — invece — il Nostro vede immerso il diritto e dalla quale vuole che il diritto si lasci impressionare; del Codice Civile italiano segnala nella sua valenza negativa “l'indifferenza ... per le esigenze biologiche dell'uomo connesse all'età, alla salute, alla malattia” ⁽³⁷⁾.

Alcuni mesi prima della morte, in una lettera indirizzata a Natalino Irti a proposito del volume di quest'ultimo ‘Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto’, non ha mezzi termini: “il normativismo puro non solo de-territorializza il diritto ma lo *disumaniz-*

⁽³²⁾ *Attualità di Giuseppe Capograssi*, in *Europa e diritto privato*, a. 2000, p. 1019.

⁽³³⁾ *Attualità di Giuseppe Capograssi*, cit., p. 1017.

⁽³⁴⁾ *Attualità di Giuseppe Capograssi*, cit., p. 1018.

⁽³⁵⁾ “legare l'interpretazione alla controversia, cioè a un concreto contesto di vita, implica abbandonare il postulato del formalismo giuridico per cui nelle parole della legge sarebbe incorporato un unico significato prestabilito una volta per tutte” (*Attualità di Giuseppe Capograssi*, cit., p. 1019).

⁽³⁶⁾ *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, (1982), ora in *Diritto e valori*, cit., p. 124.

⁽³⁷⁾ *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, cit., p. 126.

za”⁽³⁸⁾ [corsivo mio]; ciò che egli teme sopra ogni altro risultato negativo è una “perdita di umanità”, ed è per questo che in lui “rimane immutata l’avversione a Kelsen”⁽³⁹⁾, il grande e greve protagonista della scienza giuridica novecentesca responsabile di aver ridotto il diritto a una sorta di mirabile involucro ma vuoto di contenuti, e di averlo conseguentemente inaridito.

Nello stesso ultimo anno di vita, appena un po’ prima della lettera, polemizzando con lo stesso Irti e con Emanuele Severino, autori di un ‘dialogo su diritto e tecnica’ pubblicato su una vivace Rivista giuridica italiana, egli aveva rifiutato la adescante proposta kelseniana di una *reine Rechtslehre* perché fondata su finzioni, a cominciare dalla “mitica norma fondamentale che legittima tutto quanto senza essere a sua volta suscettibile di giustificazione razionale”⁽⁴⁰⁾.

Con questi ultimi scritti siamo ai testamenti spirituali di Mengoni, confirmativi però di una convinzione che nasce lontano: corrispondendo a una elementare etica della responsabilità, egli vuole esorcizzare proprio il disegno di un diritto che si propone come artificio, ossia di un diritto sradicato da un contesto di umana vicenda.

11. Fin dal 1963 Mengoni ha colto la funzione del diritto quale mediazione tra realtà economica e valori morali, animato da una duplice diffidenza verso due opposti ma parimente unilaterali approcci metodologici: verso una analisi prettamente economica del diritto, che lui tiene a respingere perfino in uno scritto tardo del ’96 quando i nuovi strumenti analitici giunti da Oltreatlantico avevano fatto breccia nel provincialismo dei civilisti italiani ottenendo il successo di folte adesioni e quando, a partire dagli anni Ottanta, si andava sempre più consumando in Italia il tramonto del primato della politica sull’economia⁽⁴¹⁾; verso un diritto ridotto a mera verità

⁽³⁸⁾ N. IRTI, *Una lettera di Luigi Mengoni*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LVI (2002), p. 1156.

⁽³⁹⁾ Loc. ult. cit.

⁽⁴⁰⁾ *Diritto e tecnica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LV (2001), p. 4.

⁽⁴¹⁾ “in un ordinamento costituzionale come il nostro, che ha riportato il diritto positivo a un fondamento etico, la riduzione dell’argomentazione giuridica alla analisi

procedurale, che non è verità, che è pseudo-verità, che è, anzi, tradimento di quello che lui chiama la “pretesa veritativa del diritto” (42).

Ma Mengoni è personaggio troppo moralmente e culturalmente provveduto per non vedere il rischio che può annidarsi in una fondazione valoriale: il soggettivismo nei valori. E il civilista non può mancare di affrontare “quello che è oggi il problema centrale della scienza giuridica: il problema della fondabilità conoscitiva dei valori”; i quali possono e debbono avere una fondazione almeno ragionevole. La frase mengoniana or ora citata è tratta da un suo saggio dell' '86 dedicato alla teorizzazione delle cosiddette clausole generali (43), saggio che è finora il tentativo più compiuto, anche se discusso, di sistemazione di un tema su cui la civilistica italiana non aveva mancato di sostare ripetutamente. Se per clausola generale può intendersi — come ha proposto oggi un valente giurista nostro, raccogliendo il senso di una lunga catena definitoria — una “disposizione operante in un determinato ordinamento giuridico ... formulata attraverso espressioni linguistiche indeterminate, sì da esservi implicito il richiamo a valori della morale o del costume” (44), si capisce bene l'interesse di Mengoni: le clausole generali sono incrinature del chiuso auto-referenziale positivismo legale con la implicita delega al giudice a ricercare entro il tessuto della morale e del costume.

12. Se per il civilista Mengoni il problema scientifico fondamentale, quello assolutamente ineludibile, è la fondabilità conoscitiva dei valori, dalla cui soluzione egli si ripromette un approdo epistemo-

economica trasformerebbe l'economia in un criterio morale ultimo, mentre i valori morali incorporati nella Costituzione formale derivano da un'etica personalistica” (*Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Persona e mercato-Lezioni*, a cura di G. Vettori, Padova, Cedam, 1996, p. 39).

(42) *Diritto e tecnica*, cit., p. 6. Aggiunge Mengoni, dominato da un'istanza nobilissima di responsabilità etica e culturale: “il nominalismo normativista lascia solo l'uomo in un mondo che si suppone vuoto di senso” (ibidem).

(43) *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Rivista critica del diritto privato*, a. 1986.

(44) F. ROSELLI, *Clausole generali. Iura novit curia. Contraddittorio*, in *Giurisprudenza italiana*, luglio 2011, p. 1701.

logicamente sicuro per un itinerario giuridico che non può restringersi alle acque tranquille ma stagnanti delle norme, delle procedure, delle tecniche collaudate nella secolare tradizione, nessuna bussola può orientarlo e guidarlo con maggiore provvedutezza di quella offerta dalla Costituzione, da una Costituzione calata nella concretezza della storia del popolo italiano come la nostra repubblicana del 1948, così distante dalle ‘carte dei diritti’ di giusnaturalistica memoria perché rifuggente da nuvolesche astrazioni e intrisa di valori e di fatti.

Vi abbiamo già accennato, ma il tema va ripreso ora, tornando a ribadire la centralità della Costituzione nell’orizzonte mengoniano, tornando a ribadire che, nel lungo e coerente disegno suo dell’ordine giuridico, mai sono affiorati atteggiamenti di diffidenza o — tanto meno — di rimozione.

Già nel 1963, quando il civilista quarantenne ha già compiutamente tracciato e con fermezza il senso del suo itinerario scientifico, studiando l’interrelazione tra ‘forma giuridica e materia economica’ che allora la realizzazione in Italia dello Stato sociale esaltava con vivacità, Mengoni dà la massima rilevanza agli articoli 2 e 3 della nostra Carta, rinvenendovi un preciso carattere normativo, anche se “la struttura di queste norme costituzionali è diversa da quella delle norme giuridiche che i giuristi sono abituati a maneggiare” (45); “esse non sono... *ius normatum*, ma *iustitia normans*”, come egli ama precisare citando Forsthoff e il linguaggio scolastico usato dal giuspubblicista tedesco (46).

Percezione di fondo, questa, che si staglia con straordinaria intensità nelle riflessioni conclusive della vecchiaia: la Costituzione come collegamento fra diritto e morale, come rifiuto del formalismo positivistico, il diritto costituzionale come ‘diritto per principii’ e perciò capace di ricondurre il diritto positivo a una fondazione etica. Di più! Ed è quel che preme a Mengoni, che non abbandona mai il suo stallo di giurista: “la Costituzione rifiuta la riduzione positivistica della legittimità (ossia della giustizia) alla legalità, ma *converte* [corsivo mio] il problema della fondazione etica della legittimità in

(45) *Forma giuridica e materia economica*, (1963), ora in *Diritto e valori*, cit., p. 160.

(46) *Forma giuridica e materia economica*, cit., p. 161.

un problema giuridico” (47). Mi verrebbe quasi di aggiungere: enorme pregio agli occhi di Mengoni, che mi viene fatto di sorprendere mentre tira un grosso respiro di sollievo.

Infatti, “la positivizzazione non spoglia questi princìpi del loro statuto ontologico e logico originario, ma li riveste di un nuovo tipo di vigenza costituita dalla validità formale propria del diritto positivo: essi hanno una duplice qualità, l’appartenenza necessaria insieme al diritto e alla morale” (48). Ed ecco ciò che dà sollievo al civilista: “inserito nella sfera del diritto positivo, il diritto naturale diventa il diritto degli argomenti ragionevoli, una speculazione critica sui valori”, “nel punto di passaggio dalla morale al diritto il controllo del criterio di ‘ragionevolezza’ [corsivo mio] ha la funzione di impedire l’infiltrazione nell’ordinamento giuridico di fundamentalismi di ogni specie, etici, politici o economici” (49).

Il fondamentalismo è il nemico da battere, e Mengoni si appaga di avere individuato nella Costituzione il modo di esorcizzare il mostro. Ancora nelle ultime genuine espressioni del suo pensiero, ormai agli estremi dell’esistenza terrena, egli confermava: grazie alla Costituzione “è restituita al diritto positivo la fondazione di un ordine oggettivo di valori sostanziali” (50); con questa precisazione, necessaria per la probità intellettuale di Luigi: “l’innovazione basilare della Costituzione sta nel passaggio dal punto di vista esterno al punto di vista interno, ossia nella stabilizzazione del punto di vista morale all’interno del diritto positivo” (51).

La Costituzione è còlta, dunque, come istituzionalizzazione di valori meta-giuridici (52), che il Nostro fonda non su un credo religioso che sarebbe unilaterale nel suo insopprimibile fondamentalismo, ma leibnizianamente — Leibniz è uno dei suoi mentori

(47) *Il diritto costituzionale come diritto per principii*, in *Ars Interpretandi-Annuario di ermeneutica giuridica*, 1996, p. 96.

(48) *Il diritto costituzionale come diritto per principii*, cit., p. 97.

(49) *Il diritto costituzionale come diritto per principii*, cit., p. 98.

(50) *Diritto e tecnica*, cit., p. 7.

(51) Loc. ult. cit..

(52) In *L’argomentazione nel diritto costituzionale* (1996), ora in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 117, egli parla espressamente di “istituzionalizzazione dei valori morali, che ne costituiscono il referente pre-giuridico”.

filosofici privilegiati — sulla logica del verisimile, del semplicemente probabile (ma su questo si dovrà ritornare).

13. Al civilista Mengoni preme soprattutto un formidabile salto in avanti compiuto dalla Costituzione: se ieri si era avuto un concetto formale/astratto di soggetto ⁽⁵³⁾, oggi, dopo il '48, si ha un soggetto che è persona, ossia creatura relazionale, ben inserito nella comunità, disegnato non quale individuo insulare ⁽⁵⁴⁾ ma con gli altri, in mezzo agli altri, e a cui fanno capo *diritti e doveri* ⁽⁵⁵⁾; né dispiace a Luigi quel principio di solidarietà, che è compenetrato a tutto il testo costituzionale, giacché insinua la nozione di dovere come basilare per la nuova antropologia di riferimento per il cittadino ⁽⁵⁶⁾.

Egli vede con favore, negli anni Sessanta, il crescente Stato sociale. La stessa *programmazione*, ai suoi occhi di civilista sì ma smalzato e senza opacizzazioni individualistiche, appare come il positivo coordinamento fra autonomia contrattuale e interesse sociale, espressione non di contrapposizione ma di sussidiarietà tra privati e Stato ⁽⁵⁷⁾. Il vincolo sociale della libertà di iniziativa privata diventa, nella sua analisi, componente strutturale della libertà ⁽⁵⁸⁾.

Quel che più gli importa, e che individua come messaggio forte del movimento di pensiero e di azione grandeggiante nell'Italia degli

⁽⁵³⁾ “il Code Civil è un Codice destinato a una società di proprietari intenti ad aumentare la loro ricchezza ... a questo modello antropologico corrisponde una concezione volontaristica del diritto, il quale viene fondato non sull'uomo nella sua realtà globale, ma su un soggetto astratto” (*La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, cit., p. 125); ancora: “il sistema giuridico classico (legato all'ideologia individualistica) è fondato su un concetto formale-astratto di persona, che lo riduce al concetto di soggetto di diritti ... ridotto dalla teoria pura del diritto al concetto vuoto di contenuto di centro di imputazioni giuridiche” (ibidem, p. 144).

⁽⁵⁴⁾ Che è per Mengoni il vizio capitale della civiltà borghese, quando si è predicato (e, conseguentemente, applicato) “l'esistenza di una libertà naturale che produce la coincidenza dell'interesse individuale, liberamente perseguito, con l'interesse generale” (*Proprietà e libertà*, cit., p. 428).

⁽⁵⁵⁾ *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, cit., p. 144.

⁽⁵⁶⁾ *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Ius*, a 1998, soprattutto p. 50.

⁽⁵⁷⁾ *Programmazione e diritto*, in *Ius*, a. 1966, soprattutto p. 7.

⁽⁵⁸⁾ È il tema di fondo del saggio *Forma giuridica e materia economica*, cit., risalente al 1963.

anni Sessanta, è un nuovo rapporto fra diritto ed economia, dove il diritto depone l'umiliante condizione di fungere da mera forma esteriore del comportamento economico ⁽⁵⁹⁾. In lui gli entusiasmi di quegli anni, da tanti allora condivisi e poi prontamente rifiutati, hanno una inattaccabile durevolezza. Ancora nel 1996 è convinto che “democrazia pluralistica e Stato sociale formano un binomio inseparabile”, perché questo gli appare come il contesto più congeniale affinché il consenso della collettività possa esprimersi compiutamente ⁽⁶⁰⁾.

14. Le poche considerazioni or ora fatte ci portano pianamente a individuare il significato di quella congiunzione del civilista e del gius-lavorista che il Mengoni docente e scienziato ci offre in tutto il distendersi della sua vita professionale; una congiunzione che, proprio perché non episodica, contribuisce non poco a intensificare la tipicità culturale del personaggio.

Sappiamo da lui — nella intervista a Ichino — che la congiunzione nacque per caso: perché c'era un vuoto didattico nella Facoltà giuridica della Università Cattolica di Milano e perché fu accollato a Mengoni l'incarico dell'insegnamento del ‘diritto del lavoro’ ⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ Nella concezione classica, quella del *laissez faire*, il diritto ha “soltanto la funzione di organizzare le forme esteriori del processo economico, nell'ambito delle quali i singoli comportamenti economici si svolgono in condizioni di sostanziale immunità dalla regola giuridica”; qui “l'ordine economico è concepito come ordine naturale, risultato di un automatismo, di cui si ritiene dotato il processo economico”. Nella concezione propria allo Stato sociale il diritto costituisce, invece, “uno strumento attivo del processo economico”. Aggiungendo a chiarimento: “la forma giuridica è impotente a dominare la materia economica, quando si svolge esclusivamente nella concessione di diritti soggettivi, riducendo l'idea del dovere giuridico a quella di semplice limite o misura della libertà individuale e così rinunciando a introdurre il dovere nell'intima struttura dell'agire libero” (*Forma giuridica e materia economica*, cit., rispettivamente pp. 148 e 151). Lo sforzo teorico di Mengoni è di incuneare il dovere all'interno dell'agire libero, componente inabdicabile di un agire che rifiuta di cangiarsi in arbitrio.

⁽⁶⁰⁾ Ecco l'intera frase scritta da Mengoni (cfr. *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, cit., pp. 38/39): “Democrazia pluralistica e Stato sociale formano un binomio inseparabile, perché il pluralismo non ammette altro criterio di legittimazione delle decisioni normative all'infuori del consenso della collettività, e questo non può essere ottenuto se non nel contesto dello Stato sociale”.

⁽⁶¹⁾ *Intervista a Luigi Mengoni*, cit., p. 111.

Sappiamo, però, dal suo *cursus* didattico e scientifico che l'incarico provvisorio si trasformò in presenza, in presenza duratura, come dimostra il nostro Presidente di questa seduta antimeridiana, il gius-lavorista Tiziano Treu, che fu allievo del gius-lavorista Mengoni. E precisiamo subito: la veste del gius-lavorista gli si attaglia perfettamente addosso.

Chiamato, nel 1990, a parlare della influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, egli ci svela con franchezza le motivazioni di una indubbia sintonia, che è sintonia nel profondo. Apprezza "il postulato personalistico del diritto del lavoro" ⁽⁶²⁾, che risalta *per oppositum* rispetto a un diritto civile che si è fatto troppo irretire da una giustizia meramente commutativa, dove il soggetto è troppo spesso osservato e individuato dal punto di vista del patrimonio, dove troppo spesso si pecca di astrattezza e di separatezza dalla complessità dei contesti in cui una vicenda umana è naturalmente immersa.

Mengoni si riconosce pienamente nel diritto del lavoro, che è attentissimo anche alla giustizia distributiva, che pensa alla tutela della vita materiale (la vita materiale! Ecco una preoccupazione costante del Nostro) e di tutti i valori di cui è portatrice la persona.

Proprio per queste buone ragioni il gius-civilista non ha fatto nulla per assorbirlo nell'orbita del diritto civile, come, operativamente, ha invece fatto un altro sodale di Mengoni, Francesco Santoro Passarelli, chiamato anch'egli a compiere un lavoro scientifico di supplenza ⁽⁶³⁾. È con sincero compiacimento, infatti, che il Nostro constata il modificarsi delle categorie civilistiche nella applicazione al rapporto di lavoro ⁽⁶⁴⁾, o l'influenza di questo su diversi aspetti della teoria generale dei contratti di durata ⁽⁶⁵⁾. Cui si unisce, ovviamente, anche il compiacimento di trapianti della tecnica civilistica che valga ad arricchire senza mortificare la specialità gius-

⁽⁶²⁾ *L'influenza del diritto del lavoro su diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, cit., p. 17.

⁽⁶³⁾ La dimostrazione ce la dà lo stesso Santoro Passarelli nel suo scritto programmatico del 1949: *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, ora in *Saggi di diritto civile*, vol. I, Napoli, Jovene, 1961.

⁽⁶⁴⁾ *L'influenza del diritto del lavoro su diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, cit., p. 13.

⁽⁶⁵⁾ Op. ult. cit., p. 19.

lavoristica ⁽⁶⁶⁾. Del resto, i più intelligenti e colti studiosi italiani di diritto del lavoro nell'immediato secondo dopoguerra, Gino Giugni e Federico Mancini, hanno apertamente riconosciuto l'influsso formativo su di loro di un assai pregevole saggio mengoniano di teoria generale delle obbligazioni ⁽⁶⁷⁾.

Resta, però, ferma la conclusione che da Mengoni il diritto del lavoro viene individuato e rispettato nella sua autonomia genetica e strutturale.

15. Tutto quanto abbiamo detto sinora serve a farci capire perché, nella visione mengoniana, l'interpretazione/applicazione assuma — all'interno del procedimento di formazione del diritto — un ruolo determinante. Se, già nel '76, nel suo primo breviario metodologico, poteva insegnare che il da lui sottolineato primato del *problema* sul *sistema* significava innanzi tutto primato della interpretazione, nell'impegnativo saggio teoretico avviato in quegli stessi anni ma successivamente sottoposto a continue revisioni e modificazioni fino al '96 quando diventerà il primo saggio della raccolta "Ermeneutica e dogmatica giuridica" ribadisce gadamerianamente intensificando: "punto di partenza dell'interpretazione non è il testo, bensì un fatto della vita o una situazione problematica, sui quali il testo, che ha qualcosa da dire in proposito, viene interrogato" ⁽⁶⁸⁾.

Ciò, perché l'essenziale è il problema, perché è attraverso di esso che la interpretazione si fa *mediazione* fra testo autorevole e realtà sociale. Mengoni respinge la vecchia impostazione post-illuministica della indipendenza della norma dal caso concreto. La norma astratta è identificata in una entità incompiuta; infatti, "essa attende la sua integrazione dall'interprete" ⁽⁶⁹⁾. Attendere! Attesa! Terminologia e struttura di pensiero che esplicitamente fanno capo alla rivoluzione ermeneutica, che Mengoni accoglie come affrancatoria perché co-

⁽⁶⁶⁾ *Legge e autonomia collettiva* (1980), ora in *Diritto e valori*, cit., pp. 290-291.

⁽⁶⁷⁾ È il saggio: *Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi'*, che Mengoni pubblica sulla *Rivista di diritto commerciale* nel 1954.

⁽⁶⁸⁾ *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, ora in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 10.

⁽⁶⁹⁾ *Interpretazione e nuova dogmatica*, (1988), ora in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit. p. 82.

stituisce il superamento del positivismo legislativo e delle conseguenti secche formalistiche. Ovviamente, una dignità epistemologica indiscutibile è il legame indissolubile fra interpretazione e applicazione costituenti un processo unico ⁽⁷⁰⁾.

16. La valorizzazione del momento interpretativo/applicativo porta a un ruolo rilevante di quell'interprete/applicatore che, per la natura della sua funzione, si colloca sulle trincee più avanzate dell'esperienza, laddove attore e convenuto lo investono quotidianamente con le loro richieste di giustizia.

Il giudice vede sensibilmente ampliati i suoi compiti, che sono ormai, di fronte alle sempre più flagranti carenze del legislatore, anche supplenza nel colmare vuoti intollerabili, rielaborazione di istituti tradizionali sottoposti a sostanziale rinnovazione (per il civilista Mengoni, esempi eloquenti sono il contratto e la responsabilità civile), tutela della funzione di certi istituti contro possibili (probabili) distorsioni da parte del potere economico ⁽⁷¹⁾.

Ma Mengoni non si arresta qui. Se clamorosa è la vicenda del giudice durante la pos-modernità novecentesca, il problema è tuttavia più ampio anche se meno vistoso; ed è la relazione tutta nuova che ogni giurista viene, nell'immediato ieri e nell'oggi, ad avere con la società e che non si può facilonescamente risolvere riesumando quella che un tempo si chiamava impassibilità, la pretesa virtù dell'impassibilità, dove impassibilità suona impermeabilità e, tutto sommato, anche insensibilità.

Riflessioni, queste, che Luigi scrive nel 1974 per l'organo ufficiale della Unione Giuristi Cattolici Italiani, all'interno di un tema scottante: diritto e politica, e dove l'osservatore sereno e puntuale del divenire dell'esperienza non può fare a meno di registrare la crescente incapacità dello Stato a disciplinare adeguatamente la produzione giuridica e ad ordinare giuridicamente il magma sociale. Il legislatore, questa entità numinosa idealizzata e gigantizzata dalla propaganda illuministica e giacobina, subisce una erosiva demitizzazione, e al suo arretramento da una posizione protagonista nella vita e sviluppo dell'ordinamento corrisponde l'emersione di

⁽⁷⁰⁾ Loc. ult. cit.

⁽⁷¹⁾ *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, cit., p. 345.

quelle fonti che il riduzionismo moderno aveva costretto alla passività.

Mengoni non esulta, contempla e registra, munito del suo consueto realismo storicistico. Vede, però, con chiarezza i rischi derivanti dalla solitudine dell'interprete, il possibile arbitrio, le possibili degenerazioni nel soggettivismo e, poi, nel relativismo. Occorrono argini, ma il primo, il più solido, è di non abbandonare il sentiero segnato da una sicura metodologia.

Già nel saggio del '74 che affrontava il tema — supremo ed ultimo — “diritto e politica”, dopo averlo ricondotto nell'alveo più ampio del problema dei rapporti fra giurista e società, si premurava di aggiungere come in un monito per se stesso e per i colleghi: “problema essenzialmente metodologico” (72). E ritorna il salvataggio del sistema giuridico, nel quale la regola elaborata per la decisione del caso concreto deve integrarsi.

Un uditore, che ha ascoltato nella sua intrezza questa mia Relazione, potrebbe intravedere un Mengoni in contraddizione con se stesso, ma non corrisponderebbe al vero. Il Nostro non ha mai avuto dubbii sulla indispensabilità per il giurista di quel prezioso supporto e sostegno stabilizzante che è il coordinarsi di norme, concetti, dati in una architettura sistematica. La grande lezione epistemologica di Mengoni era consistita unicamente nel provvedere a iniezioni problematizzanti, che non avevano — certo — lo scopo di erodere alla base il sistema per disgregarlo; avevano, al contrario, il solo scopo di evitare la sua chiusura, la sua riduzione a un edificio statico, immobile e immobilizzante.

Quello che egli ha sempre preteso, secondo quanto gli suggeriva il suo realismo storicistico, è il “confronto costante” con la società della costruzione logica e tecnica del civilista (73), giacché l'osservatore attento, a conclusione di una spassionata osservazione, giungeva a una valutazione sconfortata: “le profonde trasformazioni della società e dell'economia, che a partire dagli anni sessanta hanno progressivamente destabilizzato le strutture concettuali del sistema

(72) *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, cit., p. 346.

(73) “un confronto costante del sistema giuridico col suo ambiente rappresentato dalla società umana, dai bisogni e dalle valutazioni che in essa storicamente si esprimono” (*Interpretazione e nuova dogmatica*, cit., p. 85).

classico del diritto privato, hanno acuito lo spirito critico della dottrina giuridica, ma non hanno prodotto un rinnovamento altrettanto vigoroso dello spirito sistematico” (74).

È la contemplazione impietosa che gli occhi del civilista trentino conseguono a seguito dell’impietoso esame di coscienza scientifico che egli fa nel 1988, portando avanti la sua analisi critica, additando i vizi del processo conoscitivo del civilista e additando soprattutto il guasto fondamentale, il più corrosivo, il più devastante: “l’indebolimento del pensiero dogmatico, e quindi degli strumenti concettuali di verifica di legittimità della prassi, è una delle cause della instabilità della giurisprudenza” (75).

L’empiria dei fatti era stata costretta dalla povertà e aridità delle categorie logiche ordinanti entro dei contenitori costrittivi delle sue potenzialità storiche. Il preteso lavacro nella purezza dei concetti si era risolto nella messa a nudo della sterilità delle guide epistemologiche prescelte, guide false e falsanti, che solo le innovative misure offerte dalla ermeneutica gadameriana sono finalmente riuscite a sanare.

Il 1988 è una annata liberatoria per Mengoni, perché, accanto a un salutare esame di coscienza, e cioè il saggio di indole metodologica da noi or ora utilizzato su ‘Interpretazione e nuova dogmatica’, si giustappone l’indicazione di un possibile salvataggio; sono le pagine su ‘La questione del diritto giusto nella società post-liberale’, dove l’analisi del Nostro si distende tra passato e futuro, tra rimproveri e proposte, valorizzando la funzione critica di una analisi squisitamente storico-giuridica.

Ecco il rimprovero: il giurista di diritto positivo è stato ed è troppo legato a un concetto antiquato di scienza e a un concetto troppo ristretto di una razionalità ridotta soltanto ad argomenti deduttivi. Posto che non si può eludere la verità centrale che l’analisi storico-giuridica pone perfettamente in luce, e cioè che “nella società pluralistica attuale c’è una rinata esigenza di una legittimazione meta legislativa” (76), l’invito mengoniano è alla leibniziana verisimiglianza, alla logica del probabile, una logica che non ignora

(74) *Interpretazione e nuova dogmatica*, cit., pp. 87/88.

(75) *Interpretazione e nuova dogmatica*, cit., p. 88.

(76) *La questione del diritto giusto nella società post-liberale*, cit., p. 17.

ma valorizza i problemi nascenti dalla concretezza delle situazioni esperienziali su cui il giurista lavora e ragiona.

Da qui, quasi un grido, una denuncia del civilista lettore del suo tempo, grido e denuncia che non rappresentano una caduta del civilista dal suo stallo di serena pacatezza, perché sono legittimati dal vizio epistemologico di fondo che è stato commesso e che nel futuro immediato si deve a ogni costo evitare: “l'uomo è *extra muros* del sistema, non parte di esso” (77). Ossia: si deve conservare l'autonomia del sistema giuridico, pena — altrimenti — una esiziale perdita di identità; purché questa non si trasformi e si stravolga in autarchia, “cioè sistema chiuso, autosufficiente, isolato dal mondo vitale in cui è ambientato” (78).

Quindi, il no più deciso a una funzione auto-fondante del sistema, mentre il problema essenziale di una scienza giuridica pos-positivistica, ossia della nostra odierna scienza civilistica, è l'adeguamento costante delle architetture concettuali del sistema cognitivo ai valori ancorati nel sistema reale, è il recupero della capacità *comunicativa* — come dice acutamente Mengoni — del sistema dogmatico col suo ambiente (79).

Nel 1999, analizzando Derrida e le sue aporie de-costruttive, egli insegna: “sia al livello delle fonti di produzione, sia al livello delle interpretazioni, le norme giuridiche possono essere giustificate razionalmente con la logica del verosimile, non con una logica di certezze definitive” (80). Due assilli perennemente riaffioranti lo tormentano: da un lato, l'assillo del soggettivismo esasperato e dell'arbitrio, con l'esigenza di una fondazione razionale; dall'altro, l'assillo di una logica puramente sillogistica che inchioda dall'alto la realtà.

17. Un semplice accenno, a chiusura, sul rapporto tra ermeneutica e dogmatica giuridica; possiamo ridurlo a poche osservazioni, giacché ne tratterà — da par suo — Giuseppe Benedetti nella sua

(77) *La questione del diritto giusto nella società post-liberale*, cit., p. 22.

(78) Loc. ult. cit..

(79) *La questione del diritto giusto nella società post-liberale*, cit., p. 22.

(80) *Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999, p. 359.

Relazione, ma non possiamo esimerci dal parlare di un argomento che conchiude integrando quanto abbiamo analizzato fino ad ora.

Sarebbe troppo spiccivato (e anche alterativo dello stesso pensiero mengoniano) credere che non ci sia spazio per la dogmatica nel problematismo del Nostro. Che ci sia lo dimostra appieno un saggio dell'88, già da noi citato, in cui, financo nel titolo, vengono posti a stretto contatto "Interpretazione e nuova dogmatica".

Nuova dogmatica è in Mengoni l'espressione appropriata a sottolineare l'esigenza altamente epistemologica di una decisa affrancazione da ogni ingessatura di dogmatismo. Essa deve, infatti, consistere nella conveniente organizzazione del sapere ermeneutico in unità razionale, e si pone quale strumento per una corretta fondazione del sistema, garantendone la razionalità in forza della sua preziosa funzione di controllo. Ma si precisa anche subito, tenendo dietro all'insegnamento di Esser, che i cosiddetti dogmi sono "soltanto principii euristici, formule saggiatorie" ⁽⁸¹⁾, devono insomma sempre fondarsi sul problema, sulla combinazione indispensabile tra pensiero problematico e pensiero sistematico.

Un esempio illuminante è, per Mengoni, il fecondo lavoro di dottrina e prassi sull'articolo 2043 del Codice Civile, dove si sancisce il principio della colpa in tema di responsabilità extracontrattuale; un articolo che appare a Mengoni "coerente con le esigenze della politica di *laissez faire*" ⁽⁸²⁾ ma fuori del tempo attuale di capitalismo maturo. Entrano, però, in azione congiuntamente il pensiero problematico e il pensiero sistematico, il primo utilizzando argomenti forniti anche dalla analisi economica dei costi e dei benefici a favore di una diversa soluzione, il secondo con l'analisi dogmatica chiamata a "reperire nell'ordinamento indici normativi dai quali sia possibile derivare per una costellazione di casi un criterio di imputazione (ad esempio, il criterio del rischio d'impresa) diverso dal concetto di colpa" ⁽⁸³⁾.

Nuova dogmatica, che non può non fare i conti con la interpretazione rinnovata dal di dentro grazie alla nuova ermeneutica: è un

⁽⁸¹⁾ *Dogmatica giuridica* (1988), ora in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 52; *Interpretazione e nuova dogmatica*, cit., p. 71.

⁽⁸²⁾ *Dogmatica*, cit., p. 54.

⁽⁸³⁾ *Dogmatica*, cit., pp. 54/55.

messaggio emesso nella sua compiutezza nel 1988. Cinque anni dopo, nel '93, c'è un passo ulteriore da fare, e questo passo non può non consistere nello sforzo di costruzione "Per una dogmatica dei diritti fondamentali" ⁽⁸⁴⁾. Cosciente dei "nuovi compiti che si propongono alla dogmatica giuridica nella fase attuale della dottrina civilistica", Mengoni è convinto che debba essere "caratterizzata dalla raggiunta consapevolezza dell'incidenza dei principi costituzionali nell'ordinamento dei rapporti privati e del carattere non meramente cognitivo del ruolo del giudice, ma partecipativo ai processi di formazione del diritto" ⁽⁸⁵⁾.

Nel 1993 egli è da sei anni giudice costituzionale, ed ha trovato lì una palestra idonea a manifestare le proprie convinzioni epistemologiche maturate in decenni di continua riflessione. Basterebbe pensare a certe sentenze in tema di diritto di famiglia e delle successioni, o su problemi gius-lavoristici, che lo hanno visto relatore e redattore, e dove un complesso di motivi e di ispirazioni trova un esplicito riconoscimento. Sintonia con tutto il suo itinerario, nel quale ininterrotta *ricerca* culturale e tecnica e *convinzioni* etiche si armonizzano dandoci quel volto unitario del personaggio di cui si discorreva all'inizio. Il messaggio unitario fa risaltare anche la indiscutibile tipicità — mi verrebbe voglia di dire: la irripetibilità — di questo grande giurista italiano.

⁽⁸⁴⁾ Il contenuto del saggio fu esposto oralmente durante le *Giornate in onore di Angelo Falzea* tenute a Messina il 15/16 febbraio 1991, ma pubblicato negli 'atti' relativi nel 1993 (Milano, Giuffrè).

⁽⁸⁵⁾ *Per una dogmatica dei diritti fondamentali*, cit., p. 48.

PER PAOLO BARILE

Gentile signora Lia, gentili Laura e Paola Barile, autorità, cari colleghi (giudici, docenti, avvocati),

il presidente di una assemblea congressuale deve governare l'assemblea e parlare il meno possibile; consentitemi, però, di prendermi qualche minuto soltanto per esprimere un sentimento di gratitudine agli organizzatori di questo incontro di studio: un grazie sincero per l'invito e per l'onore che mi è stato concesso di presiedere questa seduta; ma un grazie soprattutto per avermi coinvolto nella attuale onoranza a un personaggio che ha inciso molto in senso positivo nella mia vita, particolarmente nei miei anni giovanili. A questo proposito, due testimonianze soltanto vorrei dare sulla incidenza di Paolo Barile nella mia vita personale. Non si tratta di contributi autobiografici, bensì di episodii capaci di cogliere la grande ascendenza di un personaggio notevolissimo.

Studente universitario, io non avevo quale professore di 'Diritto costituzionale' un vero esperto nella materia, la quale veniva insegnata nella Facoltà giuridica fiorentina da un internazionalista, Gabriele Salvioli, anche se, dopo il '44, nel primo tempo eroico del pos-fascismo, ne era stato egregio docente Piero Calamandrei. Nel 1951/52, durante il mio primo anno di studi giuridici, la cattedra era sostanzialmente vacante con il protrarsi di uno stanco insegnamento da parte del già vecchio Salvioli, il quale ci proponeva come testo per la preparazione dell'esame un volume dell'amministrativista Pietro Virga, testo che — letto attentamente — mi colpì in modo negativo per la sua aridità formalistica.

Fortunatamente, avevo dei buoni rapporti con il mio professore di 'Istituzioni di diritto romano', Giorgio La Pira, che, ascoltando le mie espressioni di disagio, mi dette un eccellente consiglio: "Devi leggerti due libri appena usciti dalla penna di Paolo Barile". La Pira

era stato un autorevole membro della Assemblea Costituente e, da padre costituente, aveva avuto una fitta frequentazione con Paolo, dapprima giudice, poi avvocato, ma non ancora incardinato sulla sua prima cattedra universitaria di Siena. Quel consiglio fu di straordinaria fertilità per me.

Il primo di questi libri era un volume apparso nel '51: "La Costituzione come norma giuridica". Lo lessi, e mi si illuminò la mente: quella Costituzione, che allora si voleva confinare tra le vecchie 'carte dei diritti', ultimo anello di una lunga catena risalente al Settecento, esiliandola nel nòvero di proposizioni nobilissime ma di indole filosofico/politica, era un testo di cui il giurista — secondo un'opinione abbastanza diffusa — faceva bene a disinteressarsi. Ed ecco la voce, la pagina di Paolo, ferma, decisa! La Costituzione come norma giuridica, come norma giuridica fondamentale. Oggi, tutto è scontato e chiaro, e ne siamo tutti persuasissimi; oggi anche il ragazzino del primo anno di Giurisprudenza ne è convinto, ma, allora, nel 1951, circolavano fra gli stessi giuristi persuasioni esattamente contrarie, o almeno dubbii e perplessità. Allora, fu un atto di coraggio, non solo culturale e tecnico ma anche civile, conclamare quella elementare verità.

Poi, l'altro studio di Paolo: "Il soggetto privato nella Costituzione", un libro del 1953 teso a far capire al lettore che era per lui, per il *quisquis de populo* che la Costituzione era stata scritta da degli straordinarii padri costituenti. Infatti, grazie ad essa, il soggetto privato aveva ora, finalmente, a sua disposizione non delle astratte — fumose e nuvolesche — carte dei diritti, spesso intraducibili nella sua vita pratica, nella sua quotidiana esistenza, ma un vero e proprio breviario giuridico. Lì era, vivo e concreto ma anche immediatamente efficace, il presidio della sua dignità e della sua libertà.

Tutto questo io l'ho scoperto, studente di Giurisprudenza, grazie al consiglio di La Pira ma sostanzialmente grazie alle due opere di Paolo lette con estremo interesse e pronto profitto.

Consentitemi una seconda testimonianza prima di dare a Enzo Cheli la parola. Fui eletto Preside della Facoltà giuridica fiorentina nel 1972. Nel momento immediatamente successivo ai rivolgimenti e alle turbolenze del '68/69, erano, quelli, anni molto difficili, anche perché, nell'ateneo fiorentino, convivevamo all'interno di uno stesso palazzo insieme alla Facoltà di Scienze Politiche, la quale era, con i suoi 'col-

lettivi' dominati da forze extra-parlamentari, una fucina di oggettivi e pesanti disordini con il rischio onnipresente di possibili occupazioni della sede da parte del movimento studentesco. Ero un Preside abbastanza giovane con i miei trentanove anni, mentre la Facoltà giuridica era ancora composta da una stragrande maggioranza di illustri maestri che, ormai vecchioti, non riuscivano a comprendere quel momento di transizione percorso da accesissime tensioni. Io cercavo di mediare, ma non era facile. Chi mi fu accanto in tre anni costellati di ansie e di rischi, nonché di assolute incomprensioni per le mie ottime intenzioni? Paolo Barile. E ricordo le tante volte che io sono andato a fargli visita nel suo studio legale situato allora in borgo Pinti, o le tante volte che lui è venuto a trovarmi nel piccolo ambiente che avevo ricavato come locale della presidenza al terzo piano del grande edificio di via Laura. Lui, avvocato di successo, non ha mai dimenticato per un solo momento di essere il membro di una Facoltà e di mettersi accanto a un giovane Preside abbastanza implume immerso in difficoltà quasi insuperabili. In quelle occasioni non emergeva la sua sapienza giuridica, ma — nettamente — la sua prudenza, il suo grande equilibrio, le sue grandi capacità mediatrici, sempre che non si trattasse di mettere in discussione i valori supremi della libertà di insegnamento e di apprendimento.

Paolo Barile è, dunque, un personaggio che è giusto onorare oggi, giacché non è stato solo un maestro del diritto quale sovrano possessore delle tecniche giuridiche e quale grande scienziato costruttore. C'è, infatti, un aspetto della sua opera scientifica e didattica che non può essere pretermesso, ed è quello di aver richiamato il giurista a una sua precisa responsabilità etica e sociale; e giustamente gli organizzatori del nostro incontro hanno previsto che una delle Relazioni riguardi complessivamente la personalità scientifica e civile di Paolo, quasi per puntualizzare che il notevolissimo giurista non si è mai chiuso fra libri e codici, né ha mai dimenticato di guardare con attenzione e disponibilità ai movimenti e rivolgimenti della società italiana ed europea nel tornante impegnativo di metà Novecento. Di tutto questo bagaglio di osservazioni e percezioni Lui ha fatto tesoro individuando in esso una ricchezza di sollecitazioni anche per le sue costruzioni scientifiche.

In Lui non abbiamo soltanto un giurista ma un testimone speculare del proprio tempo, un testimone di rara unitarietà, forse

un *unicum*, certamente uno tra i pochi che merita incondizionatamente la dedizione di un'aula giudiziaria, la nostra onoranza e il nostro devoto ricordo. Vorrei aggiungere anche il nostro sentito rimpianto per non averlo tuttora accanto a noi.

Perdonate se ho sottratto alcuni minuti ai nostri lavori e accettate le mie parole unicamente nel loro significato di testimonianza personale. Ora, ho il piacere di dare la parola ad Enzo Cheli, un allievo di Paolo, un allievo carissimo, divenuto poi suo prestigioso collega. Enzo ci parlerà, come è previsto nel programma e come io stesso vi avevo accennato, della personalità scientifica e civile di Barile. Enzo, a te la parola.

LE 'PROLUSIONI' DEI CIVILISTI
E LA LORO VALENZA PROGETTUALE NELLA
STORIA DELLA CULTURA GIURIDICA ITALIANA

1. Le ottime ragioni di questa raccolta. — 2. Le 'prolusioni' civilistiche nel risveglio di fine Ottocento. — 3. Tra un secolo e l'altro. — 4. La prima guerra mondiale: turbamenti e intuizioni nella civilistica italiana. — 5. Dopo il 1918: la civilistica italiana tra i segni di un tempo pos-moderno. — 6. Dopo il 1945: le prolusioni civilistiche nella attuale maturità di tempi.

1. Il rituale accademico della 'prolusione', quale solenne presa di possesso della cattedra da parte di un docente e solenne lezione pronunciata — più che per studenti — per colleghi e uomini di cultura presenti e non presenti, sembra oggi appartenere a un passato remotissimo, tanto da far dubitare che questo sostantivo abbia un qualche significato per l'orecchio di uno studioso giovanissimo.

Infatti, poche — e sempre più decrescenti — le 'prolusioni' nella seconda metà del Novecento, fino ad arrivare all'attuale vuoto. Del resto, io stesso, nella Facoltà giuridica fiorentina, ho avuto il non gratificante privilegio di tenere l'ultima 'prolusione' — ultima in assoluto — il 4 aprile 1967.

Le ragioni sono intuibili, collegate alla innaturale elefantiasi del corpo docente universitario realizzata, sia per la sprovvedutezza di un legislatore demagogico che ha insensatamente dischiuso a ogni studente le porte dell'Università e moltiplicato il numero dei concorsi a cattedra, sia per la connivenza parimente insensata di noi professori ordinari, nelle cui mani è sempre stato il potere di cooptazione e che ci siamo rivelati incapaci di una selezione autenticamente meritocratica. Con il risultato negativo che le nostre cattedre spesso sono state e sono occupate da mediocri — e, ohimè!,

anche da men che mediocri — ai quali non resta che nascondersi tra la folla per non mettere troppo in mostra le proprie incapacità; con il risultato negativo di soffocare o, almeno, di condizionare i personaggi validi e validissimi.

Si deve deplorare questo vuoto, perché la ‘prolusione’ non si riduceva a una tronfia liturgia, degna dell’oblio nel nostro smalizzato tempo attuale, ma consisteva spesso nella occasione preziosa per il singolo studioso/docente di puntualizzare la propria voce rispetto a movimenti, mutamenti, sviluppi scientifici meritevoli di discussione e di approfondimento, tali da consentire il seppellimento di cose morte e, all’opposto, di disegnare i sentieri del futuro.

Il civilista, come scienziato/docente, aveva sicuramente a disposizione i suoi strumenti usuali, il saggio scientifico e lo stesso ‘corso’ di lezioni (quest’ultimo fonte di intuizioni quando la lezione non è una piatta ripetizione di nozioni, ma ripensamento e costruzione); tuttavia, la ‘prolusione’, proprio per l’eccezionale risalto che aveva nel cammino accademico, faceva conseguire al proludente una sonorità della sua voce che garantiva particolare efficacia e sicura attenzione. A riprova, basta dare uno sguardo all’itinerario della scienza giuridica italiana fino a qualche decennio addietro e sarà facile rinvenire nella più gran parte delle ‘prolusioni’ momenti riflessivi di notevole rilievo e spesso passi in avanti nello sviluppo di una branca disciplinare; ovviamente, all’interno di quella che è una amplissima costellazione, è dato rinvenire chi dedica il suo discorso — solo per devozione discepolare — al proprio maestro ⁽¹⁾, o anche — purtroppo! — chi riserba l’accadimento solenne per un non lodevole gesto di servilismo verso il potere ⁽²⁾, ma si tratta di testimonianze assolutamente sporadiche. Il nuovo che avanza, e che fa della riflessione scientifica dei giuristi un formidabile supporto ordinativo per il divenire della so-

⁽¹⁾ Un esempio: Alberto ASQUINI, *Alfredo Rocco*, ora in *Scritti giuridici*, II, Padova, Cedam, 1939 (Prolusione al corso di Diritto Commerciale tenuta alla Università di Roma nel 1936).

⁽²⁾ Un esempio: Francesco Ferrara e la sua Prolusione al corso di Diritto Civile nell’Università di Napoli (anno 1940), dedicata al *Rinnovamento del diritto civile secondo i postulati fascisti*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1954.

ciatà, è disegnato assai nitidamente — ed è agevole coglierlo — nella catena delle 'prolusioni' e dei 'discorsi inaugurali' (3).

Precisamente per questo loro carattere, credo che sia pròvvida l'iniziativa della 'Società italiana degli studiosi del diritto civile' e del suo Presidente, Pietro Perlingieri, di raccoglierne le più significative. Sparse come sono nelle sedi più disparate, e talune difficilmente raggiungibili, averle ora organicamente raccolte nei due volumi egregiamente pubblicati dalla E.S.I. costituisce per ogni civilista — anzi, per ogni giurista — un indispensabile strumento culturale.

Nelle pagine che seguono io mi limiterò ad offrire al lettore una qualche prova della veridicità di quanto si è or ora detto. Sulla scorta delle 'prolusioni' più segnate da un carattere progettuale, emergerà chiaramente il disegno di uno straordinario itinerario scientifico ben immerso nel suo tempo, di esso estremamente espressivo, però sempre sorretto dalla consapevolezza della dinamica storica sottostante. Oggetto di questa introduzione saranno le voci dei civilisti, ai quali uniremo quelle di alcuni commercialisti — opportunamente ricompresi nella raccolta — muniti di uno sguardo aperto ai problemi dell'intero diritto privato (4).

2. In quel decennio assai fertile per la civilistica italiana rappresentato dagli anni Ottanta dell'Ottocento, la prolusione si palesa, per i civilisti insoddisfatti del perdurante legalismo statalista, come lo strumento più adatto per manifestare la propria voce dissenziente rispetto a una maggioranza soddisfattissima delle dommatiche consolidate; voci solitarie sì, ma che la solennità della circostanza consentiva di rendere più sonore ma anche più accettabili.

Spetta a un giovane accesissimo civilista siciliano, Enrico Cim-

(3) Alle 'prolusioni' in senso stretto, opportunamente, si uniscono, nella raccolta e in questa introduzione, anche alcuni discorsi inaugurali, che sono pre-lezioni non a un singolo 'corso', ma al lavoro didattico di un intero Ateneo.

(4) Non si potrà non accennare anche a un personaggio, che indaga e insegna in modo provetto, sia la Filosofia del Diritto, sia il Diritto Civile, Francesco Filomusi Guelfi; o a uno storico del diritto, Giuseppe Salvioli, che fa oggetto della propria 'prolusione' il metodo storico nello studio del diritto civile. Giustamente, sono ambi ricompresi nella raccolta. In questa introduzione si farà, ovviamente, cenno a un civilista che si occupa di un tentativo di rinnovamento del diritto commerciale, e cioè Enrico Finzi.

bali, sostenitore di una ‘nuova fase’ del diritto civile italiano ⁽⁵⁾, di approfittare per primo di una circostanza accademica abbastanza modesta (come la ‘prolusione’ a un corso libero nella Sapienza romana), tracciando il disegno di una novazione profonda nell’assetto scientifico civilistico ⁽⁶⁾: lui, adepto di un ingenuo materialismo evolucionistico, sposta la sua attenzione dallo Stato alla società e, rifiutando gli artificiosi riduzionismi della modernità, riscopre la complessità giuridica da sagomare su quella sociale, respinge l’an-chilosante modello del diritto romano, affidando all’interprete e all’interpretazione (sia essa dottrinale o giudiziaria) un ruolo assolutamente protagonista.

C’è anche chi non segue Cimbali nelle sue novazioni dissacranti, ma serba nel proprio *interior homo* il tormento benefico della insoddisfazione per un mortificante legalismo: Carlo Francesco Gabba, nella sua ‘prolusione’ dell’87 ⁽⁷⁾, si interroga sulla propria identità, esprime diffidenza verso la codificazione, affermando il ruolo vigoroso dell’interprete (soprattutto dello scienziato); a Vincenzo Simoncelli, nel suo discorso inaugurale camerte che chiude il laborioso decennio ⁽⁸⁾, la legge appare come un vaso vuoto che i fatti futuri si daranno cura di variamente riempire, e l’attenzione del civilista, più che al momento di produzione e alla volontà che ha sorretto quella produzione, è rivolta alla vita della norma nel tempo, alla dimensione interpretativa, al momento applicativo.

La vivacità di quella maturità di tempi, che la civilistica vive negli anni Ottanta, non lascia indenni nemmeno chi preferisce “il

⁽⁵⁾ È questa la intitolazione del volume, in cui Cimbali offre la compiuta sintesi del suo progetto giuridico: E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione civile vigente* (1884), ora in *Opere complete*, I, Torino, Utet, 1895.

⁽⁶⁾ È la Prolusione tenuta il 25 gennaio 1881 su: *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni* (1881), ora in *Studi di dottrina e giurisprudenza*, Lanciano, Carabba, 1889.

⁽⁷⁾ *Prolusione al corso di Diritto Civile-Anno scolastico 1887-88* (tenuta nella Università di Pisa il 15 dicembre 1887, in *Archivio giuridico*, XXXI (1887) (sostanzialmente riprodotta nel saggio più noto: *Intorno al concetto e all’orbita del diritto civile*, in *Questioni di diritto civile -I- Diritto personale e diritto reale*, Torino, Bocca, 1897).

⁽⁸⁾ V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile* (Discorso inaugurale dell’anno accademico 1889-1890 tenuto nella Università di Camerino il 17 novembre 1889), ora in *Scritti giuridici*, I, Roma, Soc. Ed. Foro Italiano, 1938.

coraggio della moderazione”⁽⁹⁾ ma è, nello stesso tempo, non insensibile ai fermenti affioranti: Giampietro Chironi, pur non traendone svolte incisive, sente il bisogno di parlar di metodo e di confrontarsi con riflessioni scientifiche *extra moenia* (come la sociologia) nella sincera ricerca di una più sicura scientificità della riflessione giuridica⁽¹⁰⁾; Vittorio Polacco mostra di aver chiara l'inadeguatezza di un sapere meramente esegetico, di non essere insensibile al solidarismo serpeggiante, rivalutando, accanto alla maestosa astrattezza delle norme codificate, la concretezza sapida delle poche (ma significative) leggi speciali che escono dalla avara fornace parlamentare⁽¹¹⁾; perfino chi è, ideologicamente, distantissimo da un Cimbali, l'idealista Francesco Filomusi Guelfi, condanna il vecchio immobilismo di impronta giusnaturalistica e, forte della lezione dei tedeschi, chiama i civilisti al difficile ma appagante impegno delle costruzioni sistematiche⁽¹²⁾.

V'è, poi, un esperimento sgorgante dalla visione squisitamente progettuale di un geniale commercialista, che trova il suo naturale manifesto in una 'prolusione': è la proposta "Per un codice unico delle obbligazioni"⁽¹³⁾, grazie al quale Cesare Vivante intende conseguire due congiunte finalità, di far deporre al diritto civile un po' della sua astrattezza giusnaturalistica e al diritto commerciale un

⁽⁹⁾ È espressione di Vittorio Polacco in una sua 'prolusione' romana, di cui parleremo in prosieguo: V. POLACCO, *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, ora in *Opere minori*, parte II, fasc. II, Modena, Università, 1929, p. 18.

⁽¹⁰⁾ *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione* (Prolusione tenuta nella Università di Siena il 17 gennaio 1882), ora in *Studi e questioni di diritto civile*, I, Torino, Bocca, 1914; *Sociologia e diritto civile* (Prolusione letta nella Università di Torino il 25 novembre 1885), Torino, Bocca, 1886.

⁽¹¹⁾ *Prelezione ad un corso di Istituzioni di diritto civile* (tenuta nella Università di Padova il 26 novembre 1884) e *La funzione sociale della legislazione civile* (tenuta il 22 gennaio 1885 nella Università di Camerino), ambedue ora in *Opere minori*, parte II, fasc. I, cit.. È notevole che ai recentissimi atti di legislazione sociale dedichi, contemporaneamente, la sua prolusione pavese (tenuta il 3 novembre 1886) il commercialista Ercole Vidari: *La legislazione sociale in Italia*, in *Monitore dei Tribunali*, XXVII (1886).

⁽¹²⁾ *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono* (Prolusione tenuta alla Sapienza romana il 3 novembre 1886), ora in *Lezioni e saggi di filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1949.

⁽¹³⁾ Prolusione al corso di Diritto Commerciale tenuta nella Università di Bologna il 14 gennaio 1888 (in *Archivio Giuridico*, XXXIX (1887)).

po' del suo greve empirismo fattuale. Proposta, questa, di indole provocatoria, che trova, in 'prolusioni' che si vengono a giustapporre, adesioni convinte e ripulse violente (14).

Un caso a parte — ma, giustamente, ricompreso nella raccolta — è quello dello storico del diritto Giuseppe Salvioli, l'unico giurista — per quanto io ne sappia — a fare espressa adesione a posizioni marxiste, il quale dedica nel 1884 la sua prolusione palermitana a "Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano" (15), nella quale, con inusitata franchezza, si condanna l'educazione romanistica dei civilisti italiani e lo stesso impianto del Codice Civile unitario del 1865; che, secondo Salvioli, in forza della preponderante influenza di un diritto classista come quello romano, è un Codice smaccatamente classista (16).

Ma un discorso inaugurale degli anni Ottanta, letto da un civilista il 20 novembre 1887 nell'Università di Camerino, non può essere passato sotto silenzio, anche se — alla prima — può sembrare dedicato a un ristretto e remoto tema storico-giuridico; è quello di Giacomo Venezian sulle "Reliquie della proprietà collettiva in Italia" (17). L'autore, un uomo nuovo della civilistica italiana di fine secolo, è e sarà anche in seguito (lo constateremo tra breve) un personaggio ricco di intuizioni e culturalmente libero, libero soprattutto da ipoteche romanistiche, abbastanza isolato fra i suoi sodali accademici ma autentico *maître à penser* per i giuristi dal respiro aperto, precorritore di scelte future. Il grosso rilievo della prelezione camerte sta nella rivoluzione culturale che Venezian opera nella civilistica italiana: entro una scienza giuridica che, ben

(14) Ecco due esempi significativi: Leone BOLAFFIO, *Per un codice unico delle obbligazioni*, in *Temì Veneta*, XIV (1889) (Prolusione tenuta il 17 gennaio 1889 nella Università di Parma); Ulisse MANARA, *Contro un codice unico delle obbligazioni*, in *Giurisprudenza Italiana*, XLV (1893) (Prolusione letta nella Università di Genova il 12 gennaio 1893).

(15) In *Il Circolo Giuridico*, XVI (1884) (Prolusione tenuta nella Università di Palermo nel novembre 1884).

(16) Salvioli rincarerà la dose nella prelezione inaugurale che terrà, sempre nella Università di Palermo, il 9 novembre 1890, nella quale già il titolo avrà legittimato le perplessità dei benpensanti: *I difetti sociali del codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie*, in *Annuario della R. Università degli studi di Palermo*, a.a. 1890/91.

(17) Ora in *Opere giuridiche*, II, Roma, Athenaeum, 1930.

inserita nell'individualismo borghese, aveva costruito il rapporto uomo/cose elevando la proprietà individuale a modello unico e relegando gli assetti fondiari collettivi nel ciarpame medievale da *liquidare* ⁽¹⁸⁾ senza rimpianti, egli contrappone un modello alternativo dalle remote origini pre-romane, di pari dignità culturale e di considerevole funzione economico/sociale, appunto la proprietà collettiva.

3. Negli anni fra i due secoli — quando il repressivo ordine sociale borghese comincia a incrinarsi e la transizione fuori dalla modernità giuridica si fa più marcata — le prolusioni civilistiche continuano con una spiccata valenza progettuale.

Si afferma la dimensione solidaristica già affiorata negli anni Ottanta. Nel 1891 la prolusione napoletana di Emanuele Gianturco fa spicco in tutta la crudezza del suo messaggio; ed è l'artificio della parità giuridica delle parti nel contratto, perno essenziale della teoria del contratto ricevuta in tutti i Codici ottocenteschi, ad essere messo in discussione; e l'attenzione del civilista solidarista scende a un livello fattuale, alla robustezza o debolezza sociale ed economica dei soggetti contraenti ⁽¹⁹⁾. Nel discorso inaugurale maceratese del civilista Luigi Tartufari, letto tre anni dopo, l'oggetto è l'inadeguatezza della decrepita locazione d'opere a disciplinare equamente il rapporto di lavoro subordinato, sgombrando il cammino dei futuri gius-lavoristi per giungere alla costruzione di uno schema giuridico alieno dalla mercificazione del bene/lavoro ⁽²⁰⁾. Lo stesso discorso inaugurale torinese di Chironi del 1898 ribadisce la posizione ambigua ma tormentata di questo civilista, che è sensibile al confronto diritto/società, senza, però, avere il coraggio di tradurre quella

⁽¹⁸⁾ 'Liquidare' è l'insegna e lo scopo di una folta legislazione speciale proliferante negli Stati preunitari e nel Regno unitario per tutto il distendersi dell'Ottocento.

⁽¹⁹⁾ *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale* (Prolusione al corso di Diritto civile tenuta nella Università di Napoli nel 1891), ora in *Opere giuridiche*, II, Roma, Libreria dello Stato, 1947, p. 262 ss..

⁽²⁰⁾ *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo* (Discorso tenuto il 5 novembre 1893 per l'inaugurazione degli studi nella Università di Macerata), Macerata, Bianchini, 1893.

sensibilità con scelte tecniche coerenti (come dimostra la sua grossa fatica in tema di ‘colpa’) (21).

La linea di tendenza solidaristica riscuote piena adesione nella scuola commercialistica vivantiana: nel 1894, la ‘prolusione’ macedone di Angelo Sraffa, allievo spirituale di Vivante, intitolata significativamente “La lotta commerciale” (22), riprende l’esigenza affermata dal Maestro della necessaria dialettica tra dimensione giuridica e dimensione economico/sociale quale presupposto per la necessaria simmetria tra realtà socio/economica e figure giuridiche. Vivante stesso riaffermerà con energia la sua convinzione, sia nella ‘prolusione’ romana del ’98 (23), sia nel discorso inaugurale (sempre romano) del 1902 (24).

Le aperture culturali dei giuristi, malgrado la carica di ingenuità e di inconsapevolezza di cui — talora — erano portatrici, stimolavano a un rinnovamento epistemologico, e questo non poteva non calarsi entro il laboratorio tecnico di alcuni civilisti e incidere sui loro manufatti tecnici. Lo stesso Polacco, così alieno dall’imitare i cultori delle scienze naturali e così diffidente verso i troppo disinvolti darwinismi e socialismi applicati al diritto, non mancava di riconoscere che quegli spericolati *homines novi* avevano dato un forte contributo “a tirar fuori il diritto civile dalla morta gora dell’esegesi” (25).

Il nuovo orizzonte sul problema spinoso della responsabilità civile, che Giacomo Venezian aveva dischiuso in un saggio degli anni Ottanta grazie alla utilizzazione di schemi ordinanti proprii al

(21) *L’individualismo e la funzione sociale del diritto* (Discorso inaugurale tenuto nella Università di Torino il 17 novembre 1898), ora in *Studi e questioni di diritto civile*, I, cit..

(22) Prolusione tenuta l’11 gennaio 1894 nella Università di Macerata, in *La scienza del diritto privato*, II (1894), p. 220 ss.. Una notazione: “La scienza del diritto privato” era la Rivista, in cui confluivano gli adepti del cosiddetto ‘socialismo giuridico’ italiano.

(23) C. VIVANTE, *I difetti sociali del codice di commercio* (Prolusione al corso di Diritto commerciale tenuta nella Università di Roma il 12 dicembre 1898), in *Monitore dei Tribunali*, XL (1899).

(24) C. VIVANTE, *Le nuove influenze sociali nel diritto privato* (Discorso inaugurale tenuto nell’Università di Roma l’8 novembre 1902), in *Annuario della R. Università di Roma*, a.a. 1902/03.

(25) V. POLACCO, *In memoria di Emanuele Gianturco* (1907), ora in *Opere minori*, cit., parte II, fasc. I, p. 62.

pianeta (allora remotissimo) del *common law* ⁽²⁶⁾, se lascia indifferenti i più, non manca di turbare personaggi non banali. Fra questi è certamente Nicola Coviello, che dedica al problema incandescente della responsabilità senza colpa, nel 1897, la sua prolusione catanese al corso di diritto civile ⁽²⁷⁾: allievo di Gianturco, fornito di varia cultura, storicista e, quindi, osservatore attento dei segni del tempo, rifiuta sia le intemperanze dei darwinisti sia il sonno dei meri esegeti, arrivando alla soluzione mediana di ritenere — alla stregua delle disposizioni del Codice — “che accanto alla responsabilità per colpa possa stare quella senza colpa, non in rapporto di subordinazione come d’eccezione a regola, ma coordinate tra loro” ⁽²⁸⁾.

Il coraggio che manca a Coviello è, invece, la virtù che fa della riflessione scientifica di Venezian un momento affrancatorio per la scienza civilistica italiana tra i due secoli. Il primo coraggio è nella scelta di temi discussi e scottanti: la responsabilità oggettiva, come abbiamo visto, e dove lui dice una parola nuova operando uno scossone salutare per la generale pigrizia; la causa nei contratti; la tutela dell’aspettativa. È su questo tema che si ferma ora la nostra attenzione, perché è l’oggetto della prolusione bolognese al corso di diritto civile ⁽²⁹⁾.

Letta nel 1900, anno che chiude un secolo e ne apre un altro, assurge a simbolo di un insegnamento proiettato nel futuro e che nel futuro troverà echi e influssi incisivi: avendo in uggia le mummificazioni ⁽³⁰⁾ romanistiche, attingendo al filone germanistico e al terreno franco del *common law*, il suo è un messaggio anti-formalistico, finalmente attento al reale gioco delle forze sociali, con una attenzione specifica a dimensioni trascurate come l’apparenza, l’esercizio, l’effettività. E un altro modo di costruire il diritto civile

⁽²⁶⁾ Com’è noto, utilizzando principii e canoni metodologici del suo maestro bolognese Enrico Ferri, nonché la nozione ampia e obbiettiva di *torti* propria della tradizione di *common law*, egli arriva a legare il problema del risarcimento al solo rapporto di causalità, sciogliendo la responsabilità sociale da ogni responsabilità morale.

⁽²⁷⁾ N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa* (Prolusione tenuta nella Università di Catania il 14 gennaio 1897), in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXIII (1897).

⁽²⁸⁾ *La responsabilità senza colpa*, cit., p. 206.

⁽²⁹⁾ *La tutela dell’aspettativa* (Prolusione tenuta il 7 marzo 1900 nell’Università di Bologna), ora in *Opere giuridiche*, II, cit..

⁽³⁰⁾ Terminologia veneziana.

si faceva strada, altro rispetto all'imperante, vittorioso modello romanistico/pandettistico.

Continua, nei primi anni del secolo nuovo, il vento di crisi che aveva percorso i due precedenti decenni. Dall'osservatorio del giurista era la crisi di un regime pseudo-democratico ma, nel fondo, duramente elitario, scosso dai ribollimenti di una società che lo Stato aveva preteso di soffocare assumendo a strumenti giuridici i comandi astratti del Codice integrati minimamente da una sparuta legislazione sociale. Come segnala, nel 1909, un acuto gius-pubblicista in un celebre discorso inaugurale pisano, è crisi dello Stato moderno così come era uscito confezionato dai laboratori giacobini della rivoluzione francese ⁽³¹⁾. Crisi dello Stato — si deve aggiungere — e crisi del sistema gerarchico delle fonti elaborato a indispensabile supporto; e, quindi, crisi della legge, che il movimento e il mutamento rapidi e vigorosi di fine secolo avevano dimostrato incapace a ordinare compiutamente il magma sociale; e, quindi, crisi della sudditanza del giurista a un testo legislativo suscettibile solo di ossequii esegetici.

Sono gli anni della piena maturità di quel movimento gius-liberistico ('modernismo giuridico' lo chiamò, a caldo, nel 1912, Cesarini Sforza ⁽³²⁾), che aveva avuto negli anni Ottanta le prime manifestazioni ma che ora urlava il proprio messaggio dissacratorio soprattutto in un libretto universalmente noto e tradotto subito anche in lingua italiana: "Der Kampf um die Rechtswissenschaft" di Hermann Kantorowicz. La traduzione italiana, per opera di un giudice, è del 1908, e, nello stesso anno, ne affronta il contenuto — scompigliatore di inveterate certezze — il fratello di Nicola Coviello, Leonardo, con la sua prolusione palermitana "De' moderni metodi d'interpretazione della legge" ⁽³³⁾. Anche in lui, come nel fratello, cultura e intelligenza si congiungono a un profondo turbamento, e il

⁽³¹⁾ Il riferimento — è appena il caso di precisarlo — va al discorso inaugurale, che Santi Romano pronuncia nell'Università di Pisa il 4 novembre 1909 e che volle intitolato "Lo Stato moderno e la sua crisi".

⁽³²⁾ WIDAR CESARINI SFORZA, *Il modernismo giuridico* (1912), ora in *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto - I - Filosofia e teoria generale*, Milano, Giuffrè, 1967.

⁽³³⁾ Prolusione tenuta nell'Università di Palermo il 14 gennaio 1908 (in *La Corte d'Appello*, IX (1908)).

messaggio che ne risulta è complesso: la 'prolusione', infatti, serve al giovane civilista per salutare la fine del pregiudizio statalistico e la fine della mitizzazione del legislatore, ma anche per riaffermare quella impostazione legalistica che gli sembra ineludibile nella costituzione politica dello Stato italiano governata da un rigido principio di divisione dei poteri ⁽³⁴⁾.

4. Subito dopo questo brulicare di fermenti nuovi ⁽³⁵⁾, ecco la tragedia immane della prima guerra mondiale. E qui il mio ricordo va ai tempi felici del lungo insegnamento nella Facoltà giuridica fiorentina, quando ammonivo i miei cari studenti sulla profonda incidenza di quel rovinoso evento bellico nello sviluppo della scienza giuridica in Italia e in Europa, soprattutto della scienza civilistica.

La legislazione eccezionale messa in atto dai governi come rimedio all'emergenza, con tutte le sue novità e particolarmente con le sue deviazioni dai sicuri camminamenti fino a ieri praticati, assume l'aspetto di un cippo confinario definitivo tra passato e futuro. E i civilisti più sensibili lasciano la loro impassibilità e il loro culto della purezza per occuparsi di queste norme intrise di fattualità e che a un occhio facilone possono sembrar relegate nella più tenue provvisorietà; e ci sono rubriche apposite in talune Riviste, e ne parlano con dovizia Ascoli e Cogliolo, De Ruggiero e Segrè, Vassalli e Ferrara.

È singolare che questi ultimi due, nel 1918, quando la guerra si chiudeva e si poteva tirare un bilancio dei quattro rovinosi anni

⁽³⁴⁾ L'atteggiamento non mi sembra mutare nella 'prolusione' napoletana, che Coviello dedica a *Gli errori della giurisprudenza ed i suoi trionfi* (Prolusione al corso di Diritto civile tenuta nella Università di Napoli l'11 marzo 1918), in *Giurisprudenza Italiana*, LXX (1918) - Parte IV, col. 33 ss., dove si elencano dettagliatamente i molti 'errori' e i pochi 'trionfi' della giurisprudenza pratica (è, infatti, dei giudici che egli parla).

⁽³⁵⁾ Se non fossimo, in questa sede, rivolti alle sole prolusioni e prelezioni dei civilisti, meriterebbe parecchia attenzione il discorso che il civilista Vittorio Polacco pronuncia nella adunanza solenne dell'Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti il 24 maggio del 1908 intitolandolo "Le cabale del mondo legale". In esso egli affronta il problema che pongono le proposte gius-liberistiche e, rispetto alla moderazione di cui Polacco aveva dato prova nelle prolusioni degli anni Ottanta, dimostra, insieme a un sincero turbamento, una aperta disponibilità ad ascoltare i segni dei tempi. Vi torneremo più avanti, quando si dovrà parlare della sua prolusione romana.

precedenti, vi dedichino due relevantissime prelezioni: Filippo Vassalli, salendo la cattedra di ‘Istituzioni di diritto civile’ nella Università di Genova, parla “Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato” ⁽³⁶⁾; Francesco Ferrara, chiamato a tenere il discorso inaugurale per l’anno accademico 1918/19 dello Istituto di Scienze Sociali ‘Cesare Alfieri’ di Firenze, punta sicuro lo sguardo a “Diritto di guerra e diritto di pace” ⁽³⁷⁾.

V’è, nelle due prelezioni, la coscienza lucida della crisi come declino di valori consolidati e incrinatura nelle mura di un edificio ormai invecchiato: “una crisi nel diritto privato. Forse la più grande crisi del diritto privato” ⁽³⁸⁾. Ma v’è anche la coscienza altrettanto lucida che la guerra ha dato un volto più preciso a un latente rivolgimento in atto. Ferrara si interroga pressantemente sul significato di queste indubbie lacerazioni: “anomalie dettate dalle necessità ed opportunità del momento, od invece ... germi di un diritto nuovo che matureranno nel lontano avvenire?” ⁽³⁹⁾. Il fiuto storico-giuridico del giurista lo fa decisamente propendere per questa seconda ipotesi: “nelle grandi crisi ... nuovi elementi si elaborano e fermentano nel conflitto, preparando una trasfigurazione ed una rigenerazione della vita avvenire” ⁽⁴⁰⁾. E la guerra viene sorpresa anche in una sua provvidenzialità storica “come occasione per accelerare e maturare lo sviluppo di riforme giuridiche, come mezzo violento di evoluzione” ⁽⁴¹⁾.

La “forza critica demolitrice che ha avuto il conflitto bellico nei dogmi giuridici” ⁽⁴²⁾ si manifesta nel massiccio intervento dello Stato quale produttore di specifiche norme di diritto privato, nella previsione di giurisdizioni di equità con un forte protagonismo del

⁽³⁶⁾ Prolusione tenuta il 22 novembre 1918, ora in *Studi giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1960.

⁽³⁷⁾ Discorso inaugurale tenuto il 25 novembre 1918 nello Istituto di Scienze Sociali di Firenze, ora in *Scritti giuridici*, I, cit.. È notevole che, già nel 1915, Ferrara avesse dedicato un saggio alla *Influenza della guerra nei rapporti civili* (ora, *ibidem*).

⁽³⁸⁾ VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, cit., p. 387.

⁽³⁹⁾ FERRARA, *Diritto di guerra e diritto di pace*, cit., pp. 70/71.

⁽⁴⁰⁾ FERRARA, loc. ult. cit..

⁽⁴¹⁾ FERRARA, loc. ult. cit..

⁽⁴²⁾ FERRARA, *Diritto di guerra e diritto di pace*, cit., p. 99.

giudice, nella protezione dei contraenti socialmente deboli, nelle limitazioni alla libertà del proprietario, nell'affermarsi del principio della successione universale tra vivi in un rapporto giuridico, del risarcimento per i danni di guerra.

L'elenco potrebbe continuare, ma ci basta, in questa sede, aver constatato con piena evidenza quanto la prolusione sia, per un civilista culturalmente provveduto, strumento di affermazione della sua presenza nel contesto socio/politico, manifestazione della sua sensibilità culturale, della sua coscienza del senso della linea storica.

Il futuro è disegnato con delle figurazioni nette in queste che sono, sì, liturgie accademiche ma ricolme di contenuti sostanziali.

5. Il 1918 è anche l'anno in cui si consuma il momento finale della tormentata vicenda intellettuale di un civilista che ha vissuto intensamente le mutazioni profonde fra i due secoli, non le ha applaudite, ha temuto i rischi delle estremizzazioni a quelle conseguenti, ma le ha sempre registrate, direi ascoltate, con attenzione scrupolosa. Vittorio Polacco — è di lui che si parla — tiene, in questo anno di fine/guerra e anche di bilanci, la prolusione che segna il suo approdo a quella che era — allora — per un civilista la vetta più alta di una carriera accademica: la cattedra di diritto civile nell'Ateneo di Roma ⁽⁴³⁾.

Polacco, il personaggio che si vantava di esercitare il coraggio della moderazione, non si era, però, mai fatto imbalsamare dal legalismo e dal formalismo imperanti: sensibile alle istanze solidali, avverso alla tomba dell'esegesi, aveva dalle sue cattedre civilistiche osservato il divenire giuridico in modo non dissimile da come Montaigne si dice che osservasse la società e i suoi costumi dall'alto del suo castello; certamente, mai ingessato in scelte definitive, ma pronto a modificare l'atteggiamento prima manifestato. E lo dimostra il motivato diversificarsi delle sue opinioni nel tempo, come in quelle 'cabale del mondo legale', di cui parlò in una sede ufficiale nel 1908 e alle quali si è creduto doveroso accennare, sia pure di sfuggita perché non si trattava di una prolusione accademica ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴³⁾ V. POLACCO, *La scuola di diritto civile nell'ora presente* (Prolusione tenuta il 17 dicembre 1918 nella Università di Roma), ora in *Opere minori*, cit., parte II, fasc. II.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. più sopra, alla nota 35.

Complesso è il messaggio emergente dalla sua prolusione romana, che già nel titolo (“La scuola di diritto civile nell’ora presente”) esprime tutto il peso morale e scientifico di cui l’ormai vecchio civilista si carica. E la conclusione registra le istanze di quel torno di tempo: è insensato continuare a credere nella onnipotenza del legislatore e nella dimensione meramente esegetica, passiva, del giurista, soprattutto del giudice. La legislazione civile si deve ridurre a un nucleo essenziale di leggi/quadro, nella cui cornice il giudice spazia dotato di un autentico potere discrezionale. Lo ieri aborrito giudice, per essere immerso nel particolare e quindi nella storicità del diritto, è chiamato a co-gestire lo sviluppo dell’ordinamento.

Se le tracce di un tempo pos-moderno riescono a penetrare e a imprimeri nella riflessione di un civilista che fa della cautela una virtù, si capisce che debbano invece dare l’impronta caratterizzante a chi, dal suo maestro Venezian, aveva assorbito quali modelli ispiratori i tratti tipici di un diritto pos-moderno: rifiuto del soggettivismo moderno e valorizzazione delle connessioni sociali, riscoperta della dimensione oggettiva del diritto privato, insofferenza per le matrici romanistiche, rifiuto di un modello culturale unico ormai anchilosante e attingimento da altri filoni culturali (il germanico e l’anglosassone). È tutto qui il messaggio — veneziano — che Enrico Finzi manifesta in forma piena nel discorso inaugurale per l’anno accademico 1922/23 dell’Istituto di Scienze Sociali ‘Cesare Alfieri’ di Firenze. Il titolo è espressivo: “Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà” (45). Mosso da finalità scopertamente demitizzatorie Finzi sottrae la proprietà individuale dal cielo di stelle fisse dove il giusnaturalismo moderno l’aveva incastonata, le strappa di dosso la tradizionale dimensione etica, la immerge nella storicità della società dove il proprietario è accanto agli altri, dove cessa la sua insularità e dove su di lui grava una molteplicità di doveri. Insomma, con un termine che lo stesso civilista nostro utilizzerà successivamente, la proprietà assume più la figura tecnica di una *funzione* che quella di un *diritto soggettivo*.

Il 1922 è l’anno iniziale della esperienza autoritaria fascista e si avvia un ventennio di soffocamento delle libertà civili, con l’uso

(45) Discorso inaugurale tenuto il 12 novembre 1922 nell’Istituto di Scienze Sociali in Firenze, in *Archivio giuridico*, LXXXIX (1923).

abituale della violenza squadrista, con il cancellamento di ogni pluralismo. Nel 1926, tuttavia, il Regime, che si proclamava anti-individualista e anti-comunista, fu costretto, con parecchia malavoglia da buona parte della gerarchia del Partito, a operare la scelta per un assetto corporativo del lavoro e dell'economia.

Fu un corporativismo alterato nei suoi caratteri essenziali e cioè accomodato a una visione statalistica e centralistica, ma che non poteva interamente deporre quelle venature pluralistiche di cui ogni corporativismo è intessuto. E fu una occasione per parecchi giuristi non/fascisti di disegnare schemi ordinanti e categorie tecniche di cui l'economia novecentesca (tessuto di un tempo ormai pos-moderno) aveva un maledetto bisogno e che i vecchi Codici liberali totalmente ignoravano nel loro individualismo economico dominante ⁽⁴⁶⁾.

E si fa, in Italia, durante il ventennio, un gran parlare di *impresa*, proponendo uno schema organizzativo teorizzato e sperimentato fin dai primi del secolo nell'area austro-tedesca e che rappresentava una novità per l'assetto economico italiano: non più dispotismi di individui, ma una entità collegante persone, cose e servizi, dove, al di sopra delle volontà individuali, contava il momento organizzativo strettamente funzionalizzato al fine della maggiore e migliore produzione. Le idee trionfanti del liberalismo economico, che si incarnavano in diritti poteri rapporti individuali, cedevano a un meccanismo complesso entro il quale quei diritti poteri rapporti potevano essere anche sacrificati in nome di un superiore interesse oggettivo. Con una ulteriore caratterizzazione: che l'impresa, avendo una proiezione economica latissima, non era terreno riservato dei commercialisti, ma si prestava ad essere un terreno unificante sia per loro sia per i civilisti.

È proprio un civilista, il Finzi or ora menzionato, che, nel discorso inaugurale dell'anno accademico 1932/33 dello Istituto Superiore di Scienze Economiche e Commerciali in Firenze, guarda

⁽⁴⁶⁾ Una sintetica valutazione storico-giuridica di quella realtà complessa che fu il corporativismo fascista, colta soprattutto nell'itinerario della dottrina giuridica italiana tra ventennio fascista e pos-fascismo, è in: P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana - Un profilo storico 1860/1950*, Milano, Giuffrè, 2000.

“Verso un nuovo diritto del commercio” (47). La sintonia del non/fascista Finzi con le recentissime scelte corporative del Regime è palese: si tratta di mettere finalmente da parte la tripartizione gaiana tra *personae/res/actiones* quasi fosse un binario obbligato e imperituro per tutti i tempi, di sbarazzarsi delle ipoteche soggettivistiche provenienti dal filone romanistico/pandettistico, di costruire su una base oggettiva, essendo — a fine del 1932 quando il civilista parla e scrive — “non più i beni in funzione del soggetto ma questo in funzione di quelli” (48) ed essendo, pertanto, gli statuti differenziati dei beni gli elementi imprescindibili a guidare l’analisi del giurista. Finzi non ha mezzi termini nell’individuare a perno fondamentale dei nuovi assetti economici il “fenomeno delle pluralità collegate”, superamento di un modo tutto individualistico di organizzare la realtà economica (49).

È chiaro il riferimento alla *impresa* come nuovo schema ordinante. L’impresa era stata la protagonista nella prolusione pisana del commercialista Lorenzo Mossa, introduttore e assillante peroratore fino alla sua morte di questo nuovo rimedio taumaturgico per i problemi economici italiani (50), e lo sarà tra breve in quella patavina di Vittorio Salandra (51).

Il commercialista e lavorista Paolo Greco, attentissimo agli spunti innovatori che tra le fibre dell’assetto corporativo si offrivano al teorico del diritto, nella sua prolusione parmense del ’33, dedicata — con atteggiamento palesemente storicistico — ad “Aspetti e tendenze odierne del diritto commerciale” (52), fissa lo sguardo al paesaggio di interessi super-individuali e di forme costitutive di

(47) Tenuto nel novembre del 1932, leggibile nello *Annuario* dell’Istituto, ma anche in una pubblicazione più accessibile: *Archivio di studi corporativi*, IV (1933).

(48) *Verso un nuovo diritto del commercio*, cit., 214.

(49) *Verso un nuovo diritto del commercio*, cit., p. 224.

(50) L. MOSSA, *I problemi fondamentali del diritto commerciale* (Prolusione tenuta nella Università di Pisa il 20 gennaio 1926), ora in *L’impresa nell’ordine corporativo*, Firenze, Sansoni, 1935.

(51) V. SALANDRA, *La rinnovazione del diritto commerciale e il concetto di azienda* (Prolusione tenuta nella Università di Padova il 10 dicembre 1935), in *Rivista del diritto commerciale*, XXXIV (1936), Parte prima.

(52) Prolusione tenuta nella Università di Parma il 13 dicembre 1933 (in *Rivista del diritto commerciale*, XXXII (1934)).

unità sociali, che ormai investono l'intero diritto privato dove la fanno da padroni istituti nuovi come i contratti/tipo e i contratti collettivi economici; un paesaggio giuridico profondamente nuovo che esige strumenti di analisi teorica altrettanto nuovi; ed è fermo l'invitatorio di Greco: "prepariamoci a costruirla questa dogmatica nuova" (53).

È singolare — ed è per questo necessaria una piccola sosta — che esclusivamente al tema dell'impresa dèdichi, nel 1942, la sua prolusione napoletana Francesco Santoro Passarelli (54). Singolare, innanzi tutto, perché Santoro ritiene di dover dare specifica attenzione a un tema immerso nella fattualità economica all'incirca nello stesso momento in cui sta concludendo la stesura del suo breviario di 'dottrine generali' del diritto civile improntate alla più rigorosa astrattezza da contaminazioni fattuali. Il testo della prolusione è complesso: il civilista non si sottrae alla analisi di questo nuovo oggetto misterioso che "assurge a motivo sistematico dell'intero diritto civile" (55) e cerca di analizzarlo senza insensati rifiuti nella sua sostanza di "attività economica combinata", di "organismo", di "organismo autonomo", riconoscendo lealmente che "il fenomeno dell'impresa ... non può intendersi se non abbandoniamo gli schemi concettuali tradizionali, secondo cui tutti gli enti sono senz'altro cose o persone" e come, invece, "possa costruirsi una categoria di centri di rapporti giuridici non personalizzati, non assurti al grado di soggetti di diritto ... centri di *attività*, organismi che perciò possono dirsi viventi, espressi dalla realtà economica" (56).

È, per così dire, una vivanda già confezionata sulla mensa del civilista, e di cui il civilista non può non prendere atto, ma si tratta — per lui, Santoro Passarelli — di trangugiare anche un boccone amaro. È, infatti, a suo avviso, "il più significativo trionfo di quel metodo dell'economia, predicato e applicato fuori d'Italia prima che da noi" e che è stato adottato dal codificatore italiano con un

(53) GRECO, *Aspetti e tendenze odierne del diritto commerciale*, cit., p. 214.

(54) *L'impresa nel sistema del diritto civile* (Prolusione al corso di Istituzioni di diritto privato tenuta nella Università di Napoli il 26 novembre 1942), ora in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, Jovene, 1961.

(55) *L'impresa nel sistema del diritto civile*, cit., pp. 946-47.

(56) *L'impresa nel sistema del diritto civile*, cit., p. 981.

“difetto di maturazione dottrinale” (57). E qui emerge netto il dissenso da parte dello scrittore delle ‘dottrine generali’: “l’affermazione di quel metodo ... porta certo a un irreparabile e irriducibile distacco dagli *schemi* concettuali, dalle categorie giuridiche astratte, caratteristiche del nostro, come e più ancora, di altri codici dell’ottocento ... né è armonica la sistemazione del nuovo codice civile che imposta almeno quattro dei suoi libri sul criterio formale della natura dei vari rapporti giuridici e invece il libro del lavoro sul criterio economico dell’impresa” (58).

Arrivati a questo punto, credo che il lettore si sia reso perfettamente conto della veridicità di una nostra affermazione iniziale, che potrebbe esser parsa quasi di circostanza: carattere squisitamente progettuale delle prolusioni. Occasioni preziose nelle mani dello scienziato/docente per esprimere con franchezza non agli uditori del momento ma alla intiera comunità scientifica, grazie alla amplificazione comunicativa che il discorso solenne consentiva, i propri progetti di ricerca e i risultati raggiunti. E siano benedette le prolusioni che danno allo storico del pensiero giuridico uno strumento conoscitivo di eccezionale rilevanza. Ed è per questo che si deve esprimere il più sincero rammarico, quando constatiamo che una determinata prolusione fu detta e mai pubblicata. È il caso di quella che Giuseppe Messina pronunciò, nel 1934, ascendendo alla cattedra romana e che volle dedicata a “Il diritto civile giurisprudenziale” (59), un nodo problematico espressivo della meditazione dottrinale sulle fonti del diritto civile nei tormentati anni Trenta e che avremmo letto con grande profitto.

Leggiamo, invece, e ci confermiamo nelle valutazioni esposte all’inizio e ora ripetute, quella di Filippo Vassalli, conclusiva della sua vicenda accademica. L’anno è il 1930, l’occasione è la ascesa alla cattedra romana. Il tema è volutamente amplissimo e attiene ai *fundamentalìa* della scienza giuridica: “Arte e vita nel diritto civi-

(57) *L’impresa nel sistema del diritto civile*, cit., p. 947.

(58) *L’impresa nel sistema del diritto civile*, cit., p. 948.

(59) Ne fa cenno Fulvio Maroi nella sua commemorazione di Messina (cfr. F. MAROI, *Giuseppe Messina*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, N. S. I (1947), p. 163.

le" (60). È una prolusione che ben può meritare di essere assunta a momento conclusivo di questa parte della nostra Introduzione, e per più motivi: perché vi si parla di fonti e di interpretazione; perché il proludente è Vassalli, ossia un protagonista della riflessione civilistica italiana del Novecento; perché Vassalli approfitta della prolusione per un esame di coscienza (condotto — come si deve — con estrema sincerità).

C'è una critica di fondo all'opera di codificazione, alla pretesa — tutta moderna — di ridurre in codici il diritto privato, e c'è la volontà di relativizzare, storicizzare e, quindi, demitizzare lo strumento/Codice. Si contesta, soprattutto, la ideologia assolutistica che lo ha accompagnato nella vita giuridica francese e, poi, italiana, la "onnipotenza giuridica del legislatore" (61). Posizione di singolare franchezza per colui cui sarebbe "toccato di collaborare per venticinque anni ai codici e di scrivere per buoni due terzi il codice civile" (62). E si contesta la pretesa riduzione del lavoro interpretativo del giurista nella mera ricerca dell'intenzione del legislatore sepolta nella regola magari da cento anni, "il culto del testo della legge" e il diritto positivo che "s'identifica tutto intero con la legge" (63). Al contrario, Vassalli, anticipando qui il tema di due alte riflessioni del momento finale della sua vita (64), rivendica ai giuristi il ruolo e la responsabilità del loro coinvolgimento nella produzione del diritto, o, come dice lui, "quasi di *legum conditores*" (65).

Potremmo chiudere qui questa parte con la prolusione vassalliana efficacemente espressiva del tempo pos-moderno che i giuristi stanno vivendo, espressiva del tentativo di corrispondervi con un rinnovamento psicologico ed epistemologico. Ma è doveroso anche far cenno a chi utilizza lo strumento sonoro della prolusione per

(60) Prolusione tenuta nella Università di Roma il 9 dicembre 1930 (ora in *Studi giuridici*, II, cit.).

(61) *Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 401.

(62) Come dirà in una sua riflessione pos-bellica: *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra* (1946), ora in *Studi giuridici*, cit., III, II, p. 576.

(63) *Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 401.

(64) Ci riferiamo alla Relazione su "La missione del giurista nella elaborazione delle leggi" (1950) e alla conferenza sulla "Estrastatalità del diritto civile" (1951) (ora in *Studi giuridici*, cit., III, II).

(65) *Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 404.

riaffermare la propria fedeltà alle nervature individualistiche che caratterizzano il messaggio giuridico della modernità.

Lo fa Giuseppe Stolfi nella sua prolusione modenese del 1933, che vuole dedicare a “L'apparenza del diritto” ⁽⁶⁶⁾ e che è una serrata requisitoria verso quel filone originato nella riflessione di Venezian e che, negli anni Trenta, aveva avuto pieno accoglimento nelle pagine di Mossa, Finzi, Sotgia, Dominedò, Salandra, D'Amelio. Stolfi vi riafferma la sua fiducia nell'individuo, nelle sue forze psicologiche singole, allo stesso modo di quando — nell'immediato secondo dopoguerra — polemizzerà con gli ‘inquinamenti’ sociali della teoria negoziale di Emilio Betti, mortificanti — a suo vedere — la libera volontà dell'operatore. Stolfi, assolutamente impermeabile ai messaggi provenienti dal secolo pos-moderno, ripropone impassibile quelle che erano state le certezze valoriali della modernità giuridica. E la prolusione modenese ne è il manifesto squillante.

6. Cinque massacranti anni di guerra rovinosa, nel 1943 la fine di un soffocante ventennio autoritario e il primo annaspere verso approdi autenticamente democratici, l'avvio — nel '46 — di un vigoroso esperimento costituente, tutto ciò arrivava a recare anche nel mondo dei civilisti — solo in apparenza impassibile e chiuso — l'insofferenza verso vecchie dommatiche avvertite come troppo pesanti e l'impazienza di imboccare sentieri nuovi; insufferenza e impazienza che, certamente, investiva gli *homines novi* e non la stragrande maggioranza immersa nella solita pigrizia intellettuale e perfettamente paga di biasciare meccaniche litanie nel solco di indiscutibili certezze.

Percepire e afferrare le novità, fondarle più robustamente grazie ad arricchimenti provenienti dall'esperienza politica e sociale nascente in Italia, attingere da culture giuridiche diverse alle quali — finalmente — si poteva guardare liberamente. Questo mi pare il senso della strada nuova imboccata dai civilisti più sensibili e di cui è traccia evidente in ‘prolusioni’ costituenti le prime tappe di un lungo, proficuo cammino.

⁽⁶⁶⁾ G. STOLFI, *L'apparenza del diritto*, Modena, Università, 1934 (Prolusione al corso di Diritto civile tenuta nella Università di Modena il 23 novembre 1933).

Il civilista, che vive appieno il suo tempo e che sente il bisogno non solo di operare ma di manifestare nella maniera più tersa (e, quindi, più onesta) la propria palingenesi, è Gino Gorla, e si capisce che abbia presto indossato la veste del comparatista come quella a lui più congeniale. In un tardo contributo autobiografico, egli fissa con meticolosità la sua svolta di indole squisitamente epistemologica cogliendone la manifestazione squillante proprio in una prolusione accademica: “La rottura con il passato di giurista tendenzialmente dogmatico-concettualista e l’apertura verso una concezione storicistica del diritto (base per la comparazione) sono segnate dalla mia prolusione pavese del 6 dicembre 1946 “Il sentimento del diritto soggettivo in Alexis de Tocqueville” (67).

Tema apparentemente singolare, quasi stonato, per la lezione di avvio a un corso di ‘Istituzioni di diritto privato’, ma che aveva il preciso significato di svolta metodologica di un giurista, svolta che trovava un autorevole riparo nella figura del grande intellettuale francese. Annota Gorla all’interno della prolusione pavese: “Tocqueville ... un uomo tra due epoche, che ha vivamente sentito e sofferto il trapasso” (68), trasferendo in lui la propria vicenda di giurista italiano dubbioso sulla propria identità culturale a causa della transizione incessante.

Tocqueville, un uomo in mezzo a un guado storico, ma anche chi, al colmo di una insoddisfazione intellettuale, se ne scappa in America per rinsanguare le visioni esangui dell’osservatorio continentale europeo, e, pertanto, per Gorla, un modello da imitare e che presto imiterà varcando l’Atlantico, soggiornando a lungo presso la Cornell University e ritornando in Italia con il grande dono per il civilista italiano rappresentato, nel 1954, da una rinnovata e arricchente visione del contratto: dove la comparazione, con la familiarizzazione a un approccio empirico tipico dell’esperienza di *common law*, è il salvataggio nei confronti di quello che io ho, altra volta, chiamato il vizio giusnaturalistico della civilistica italiana, causa

(67) G. GORLA, *Ricordi della carriera di un comparatista*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 1.

(68) *Il sentimento del diritto soggettivo in Alexis de Tocqueville* (Prolusione tenuta nella Università di Pavia il 6 dicembre 1946), ora in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., p. 15.

prima di tanta scienza pura (o, meglio, pretesa tale) antinomicamente congiunta a uno sfacciato statalismo.

Non in una palingenesi, bensì nella riaffermazione di una scelta che è obbligata in rapporto ai tempi nuovi, consiste la prolusione romana di Emilio Betti del 1948, che segna l'investitura del multiforme giurista in un insegnamento civilistico ⁽⁶⁹⁾.

Tema (e problema): l'interpretazione della legge, da rimeditare e rivedere dopo tanto assillante legalismo moderno. Un nodo problematico metodologicamente affine Betti lo aveva affrontato venti anni prima ascendendo a una cattedra romanistica nella Università di Milano ⁽⁷⁰⁾. Nella prolusione di allora — che bene hanno fatto gli organizzatori della presente raccolta a volerla in questa ricomprendere — lo storico del diritto si poneva il problema del rapporto tra lo storico, uomo del presente, e il suo oggetto di conoscenza confinato in un passato remoto o prossimo, ma passato. La conclusione era netta: il passato “è qualcosa che bisogna *ricostruire* noi stessi coi mezzi della nostra mente”, “la conoscenza non consiste in una recezione meramente passiva dell'oggetto da parte del soggetto”; infatti, “i termini del processo conoscitivo sono due: il soggetto e l'oggetto” e “non si tratta di *disconoscere* la storicità dell'oggetto. Si tratta di riconoscere la storicità del *soggetto*” ⁽⁷¹⁾. Sembra un bisticcio di parole, ma sta tutto qui — nel dialogo fra testo e interprete, nel contatto fra due messaggi che possono essere diversi — il segreto della comprensione, che è sempre un *comprehendere*, un afferrare qualcosa, un farlo proprio.

Ciò, tanto più e a maggior ragione, non può non avvenire nella interpretazione strettamente giuridica, quella del civilista, per esempio su un testo legislativo vigente. Insegna, infatti, Betti, comparando quello che fa lo storico del diritto e il cultore di un diritto positivo: “qui si tratta non solo e non tanto di far muovere il soggetto

⁽⁶⁹⁾ E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* (Prolusione tenuta nella Università di Roma il 15 maggio 1948), ora in *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, IIa ed., Milano, Giuffrè, 1971.

⁽⁷⁰⁾ E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna* (Prolusione al corso di Istituzioni di Diritto Romano tenuta nella Università di Milano il 14 novembre 1927), ora in *Diritto Metodo Ermeneutica - Scritti*, Milano, Giuffrè, 1991.

⁽⁷¹⁾ *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., rispettivamente alle pp. 81, 64, 81.

incontro all'oggetto, tenendo fermo questo al suo posto nel primitivo storico collocamento, quanto soprattutto di far muovere l'oggetto incontro al soggetto, rendendolo partecipe della viva attualità di questo e aderente alla perenne dinamica storica del diritto" (72). Emerge da questa prolusione del 1948 la coscienza della storicità del diritto, e, quindi, del possibile scandalo di una legge imposta nella sua testuale oggettività (o pretesa tale) a una società che è, però, incapace di esprimere e, pertanto, di ordinare; emerge il salvataggio costituito dall'interprete, mediatore necessario fra testo e storia, l'unico in grado di calare la regola nella storia trasformandola in storia vivente.

L'esigenza di uno svecchiamento sembra il movente propulsivo della prolusione romana di Rosario Nicolò nel 1956 (73). Lo dimostra la conferma del tema, che è quello spinosissimo dell'impresa assunta da poco come uno dei cardini della recente codificazione unitaria, e ha grosso rilievo che un civilista se ne occupi in una sede riservata ai disegni progettuali e alle enunciazioni programmatiche. Lo schema dell'impresa serve, infatti, a Nicolò per constatare che le plurisecolari categorie romane e romanistico/pandettistiche non bastano più per ordinare e definire una realtà che — come puntualizzava Santoro Passarelli nella sua prolusione del 1942 — non è persona e non è cosa, bensì un complesso fatto organizzativo. Il civilista del '56 percepisce la novità del sentiero che l'adozione dottrinale e legislativa dell'impresa indica e che deve essere percorso senza ulteriori indugi, ma qui si arresta prontamente. Sì, perché vale come interruzione del cammino lo sforzarsi di ricondurre l'impresa entro l'involucro troppo stretto del diritto soggettivo completamente inidoneo a registrarne le sue valenze socio/economiche. Come riteni di scrivere parecchi anni fa (74), da parte di Nicolò si percepisce il nuovo, ma si utilizza ancora il vecchio per categorizzarlo giuridicamente; il rischio è di soffocarlo.

(72) *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, cit., p. 27.

(73) R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile* (Prolusione al corso di 'Istituzioni di diritto privato' tenuta nella Università di Roma il 26 aprile 1956), ora in *Il diritto privato nella società moderna-Saggi*, a cura di S. Rodotà, Bologna, Il Mulino, 1971.

(74) P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano-Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 141-42.

La coscienza del complessivo mutamento in atto e l'esigenza di una accurata ricognizione del territorio del diritto privato sono i motivi di fondo della prolusione napoletana che, nel 1961, Michele Giorgianni vuole indirizzare a "Il diritto privato ed i suoi attuali confini" (75). Il "progressivo svilimento dell'individuo", in contrappunto al "fenomeno interventistico dello Stato in economia" e al fatto conseguente che "il dominio della volontà del privato sul terreno dell'economia ... viene sempre più insidiato dai poteri pubblici" (76), altera il vecchio scenario civilistico; ed è una alterazione che reclama nell'uomo di scienza una vigilanza senza rimpianti, una analisi impietosa che valga a renderlo più agguerrito e lo porti a controllare senza indulgenze la validità delle categorie tradizionali alla luce della mutata realtà economica e giuridica. Sono questi i compiti in cui il civilista deve, in primo luogo, impegnarsi.

Assai diversa è la posizione di un giovane allievo napoletano di Santoro Passarelli, Pietro Rescigno, che, dal 1954 al 1963, è chiamato a tenere tre prolusioni e un discorso inaugurale; nei quali ci si limita a indicare al civilista alcuni vitalissimi terreni concreti.

Innanzitutto, le società intermedie, terreno che il civilista aveva lasciato assolutamente incolto nel solco di quell'individualismo pervicace che era l'eredità gelosa della rivoluzione francese. Il grande merito di Rescigno, che rivolge il suo discorso inaugurale maceratese del 1954 a "Sindacati e partiti nel diritto privato" (77) e la prolusione pavese del '59 a "Gruppi sociali e lealtà" (78), è quello di avere ampliato di parecchio il paesaggio giuridico del civilista italiano. Sulla scorta di una ampia conoscenza delle letterature tedesca e di *common law* e di una approfondita preparazione sociologica, sulla scorta di una sensibilità storicistica che lo portava ad apprezzare — tra i primi in Italia — la Costituzione quale norma giuridica fondamentale, egli persegue e raggiunge il recupero alla attenzione del

(75) Prolusione tenuta nella Università di Napoli il 6 febbraio 1961, ora in *Scritti minori*, Napoli, E.S.I., 1988.

(76) *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, cit., pp. (rispettivamente) 451, 455, 456.

(77) Discorso inaugurale dell'a.a. dell'Università di Macerata tenuto il 28 novembre 1954, ora in *Persona e comunità - Saggi di diritto privato*, Bologna, Il Mulino, 1966.

(78) Prolusione al corso di 'Istituzioni di diritto privato' tenuta nella Università di Pavia nel novembre del 1958 (ora in *Persona e comunità*, cit.).

civilista e altresì una compiuta definizione categoriale di quelle formazioni sociali, ormai di rilevanza costituzionale, che, dalle invettive fisiocratiche settecentesche in poi, esiliate (o quasi) dai Codici di stampo napoleonico, avevano ricevuto qualche premura — nella veste di partiti politici e di sindacati — solo da costituzionalisti e gius-lavoristi.

Rescigno approfitta, poi, dei due successivi appuntamenti accademici bolognesi ⁽⁷⁹⁾ per portare avanti la sua analisi critica dell'uguaglianza formale, avviata già nel '59, aggredendo specificamente un tema fra i più controversi della dogmatica borghese, e cioè l'abuso del diritto. Nelle righe finali della prolusione bolognese del '61, Rescigno, prendendo lo spunto da una pagina letteraria, parla di "errori ed illusioni di una cultura giunta al crepuscolo" ⁽⁸⁰⁾; palese riferimento di un giurista pos-moderno a una modernità giuridica, sulle cui certezze si era ormai chiuso sempre più il sipario durante il corso del Novecento.

Le ultime prolusioni della raccolta sono figlie genuine del loro tempo, e, per essere pensate e redatte nei tardi anni Sessanta, ossia in un momento in cui la transizione fuori dalla modernità giuridica si avvertiva in tutta la sua intensità, hanno il privilegio di guardare al presente, di trarre da esso un sentimento di inquietudine e di insoddisfazione, ma di proiettarsi verso il futuro in una visione lucida del divenire rapidissimo del diritto italiano eroso nelle sue fondazioni codicistiche e legalistiche di remota ascendenza post/illuministica. Voci, dunque, venute di insoddisfazione ma anche di proposte per ordinare l'instabilità propria di una esperienza giuridica di *civil law* alla ricerca di rinnovati basamenti. Sintomatico l'esordio della prolusione maceratese di Stefano Rodotà, dove, con riferimento specifico a un modello di civilista italiano culturalmente consapevole, tutto teso a "muovere verso le frontiere della sua scienza", si individua lo stato d'animo che non può non contraddistinguere: "nei tempi nuovi, di certo, non gli si addice la tranquilla

⁽⁷⁹⁾ *Immunità e privilegio* (Prolusione al corso di 'Istituzioni di diritto privato' tenuta nella Università di Bologna il 2 marzo 1961), ora in *Persona e comunità*, cit.; *L'abuso del diritto* (Discorso inaugurale per l'a.a. della Università di Bologna tenuto il 9 febbraio 1963), ora in *L'abuso del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1998.

⁽⁸⁰⁾ *Immunità e privilegio*, cit., p. 425.

coscienza di chi è pago della saldezza e dell'armonia delle costruzioni edificate dai suoi predecessori, ma l'animo ardito e inquieto di chi si accinge a ripercorrere intero un difficile cammino di metodi e di esperienze" (81).

Cammino difficile, dunque, ma che il civilista dei tardi anni Sessanta è impegnato a percorrere.

La prolusione maceratese di Rodotà è dominata da una forte consapevolezza epistemologica: la storicità del diritto e dei concetti giuridici, e da una altrettanto forte esigenza ben segnata nella stessa intitolazione: la riforma del diritto civile; alle quali si uniscono la convinzione che è ora di sbarazzarsi del mito della certezza, nonché la convinzione che non ci si debba adoperare per una "normazione particolareggiata tale da escludere ogni incertezza" e che si debba, perciò, evitare una riforma come mera razionalizzazione dei fatti del passato. Si profila, invece, quale soluzione consentanea all'immediato futuro — così come lo percepisce un giovane e colto civilista italiano nell'anno di grazia 1966 — una legislazione per principi improntata dalla "necessità di considerare i principii costituzionali" "come i dati fondamentali per la costruzione del nuovo sistema".

La prolusione barese di Nicolò Lipari (82) affronta un problema centrale per il civilista agente in un paese a diritto codificato: la rigida sistemazione delle fonti realizzata nella modernità, che il divenire dell'esperienza giuridica durante il Novecento ha dimostrato assolutamente inidonea, soprattutto per la conseguente pesante de-vitalizzazione del giudice e del giurista in genere. Il respiro aperto del civilista, che vive appieno il clima giuridico pos-moderno, lo porta al risultato culturalmente positivo di cogliere in tutta la sua complessità l'esperienza giuridica, nelle cui fibre "la stessa norma è certo momento ineliminabile, ma comunque del tutto parziale" e "si esprime come dialettica fra un dato normativo e un tessuto di rapporti nascenti dall'attività dei consociati", con la conseguenza

(81) S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile* (Prolusione al corso di Diritto civile tenuta nella Università di Macerata il 18 dicembre 1966), in *Rivista del diritto commerciale*, LXV (1967), Parte prima, p. 83.

(82) N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (riflessioni sul metodo)* (Prolusione al corso di 'Istituzioni di diritto privato' tenuta il 16 marzo 1968 nella Università di Bari), in *Rivista di diritto civile*, XIV (1968).

che “la posizione del giurista acquista una dimensione nuova”, giacché “la sua funzione non si esaurisce nella ricostruzione, secondo criteri tecnico-sistematici, di un determinato dettato normativo” (83). E cade il mito della perfetta autarchia del civilista, il quale dovrà chiedere alla indagine sociologica di contribuire al maturarsi del suo processo conoscitivo.

Decisa nel suo disegno di canoni metodologici per il nuovo civilista è la prolusione camerte di Pietro Perlingieri (84). Partendo da “una concezione dinamica del diritto civile”, si tende a rivalutare il momento dell’esercizio rispetto a quello della titolarità, diffidando scopertamente delle categorie tradizionali e dell’approccio categorizzante tipico del vecchio civilista e ritenuto, invece, eccessivamente immobilizzante. Il salvataggio culturale sta nella coraggiosa apertura verso l’indagine comparativa verticale e orizzontale, mentre, a livello di una necessariamente rinnovata visione delle fonti, l’imperativo primo per ogni giurista e anche per il civilista è l’immersione convinta in quella legalità più alta che è la legalità costituzionale, la quale rappresenta per il cultore del diritto civile l’aggancio salvante al mondo dei valori condivisi e diffusi in seno alla società italiana. Nel solco di questa forte persuasione è anche la prolusione napoletana di Perlingieri, che lui vuole esplicitamente dedicare a “Norme costituzionali e rapporti di diritto civile” (85).

(83) LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica*, cit., pp. (rispettivamente) 323 e 304.

(84) P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare* (Prolusione al corso di Diritto civile tenuta il 18 aprile 1969 nell’Università di Camerino), ora in *Scuole tendenze e metodi - Problemi del diritto civile*, Napoli, E.S.I., 1989.

(85) Prolusione al corso di Diritto civile tenuta il 20 novembre 1979 nella Università di Napoli, ora in *Scuole tendenze e metodi*, cit..

IL CONTRIBUTO DI ROMUALDO TRIFONE
ALLA SISTEMAZIONE TEORICA
DEL 'DIRITTO FORESTALE' IN ITALIA

1. Una delle singolarità più tipizzanti della personalità scientifica di Romualdo Trifone è di aver dedicato attenzione costante a una branca del diritto positivo italiano, attenzione che si è consolidata — nel giro di parecchi decenni — in una cospicua messe di pubblicazioni, tanto da proporci uno studioso che si è biforcuto in due ben definiti filoni di ricerca, quello della storia del diritto medievale e moderno e quello del diritto forestale italiano.

Né si tratta di materia, come quella degli assetti fondiarii collettivi, che non può non riscuotere l'attenzione anche degli storici per il suo essere una storia vivente e, pertanto, collocata in un crinale elastico tra passato e presente (materia nella quale lo stesso Trifone si è cimentato ripetutamente). Il diritto forestale, di cui si occupa il Nostro, si incarna in parecchi interventi legislativi dello Stato unitario e viene studiato nella sua positività e vigenza.

Non solo, ma, creato a Firenze con la legge 14 luglio 1912 il Regio Istituto Superiore Forestale Nazionale ⁽¹⁾, Trifone vi insegna — come titolare di cattedra — dal 1914 al 1923 il 'Diritto forestale' ⁽²⁾. È a tutta questa sua operosità, collaterale a quella di storico del diritto, che si vuole guardare nella presente comunicazione, nella

⁽¹⁾ Che resterà autonomo fino alla sua confluenza nel Regio Istituto Superiore Agrario e Forestale fondato nel 1924.

⁽²⁾ Cfr. *L'attività del R. Istituto Superiore Forestale Nazionale dalla sua fondazione al 1924*, Firenze, tip. Ricci, 1924. Quanto alla intitolazione della cattedra, mentre a pag. 11 si parla di 'Legislazione forestale', a p. 39 si parla di 'Diritto forestale', dizione che fa propria anche lo stesso Trifone nei suoi scritti e che troviamo ripetuta in una pubblicazione retrospettiva a cura della stessa Facoltà fiorentina di scienze agrarie (cfr. *Da Vallombrosa alle Cascine - Dal 1869 al 1985*, Firenze, Facoltà di Scienze Agrarie e Forestali, 1985. Purtroppo, il materiale archivistico dello Istituto Superiore, che avrebbe

convinzione di contribuire a disegnare un volto più compiuto del personaggio.

2. Intanto, una precisazione. Se è vero che Trifone ha saputo essere studioso a due dimensioni e ha saputo dimostrarsi provveduto del sapere tecnico necessario al cultore di un diritto positivo, è anche vero che il suo filone caratterizzante — quello dello storico — non ha mancato mai di offrire la sua ricchezza per ispessire il dialogo con le rigide norme vigenti. Ci siano consentiti alcuni esempi.

Quando egli esamina con sguardo critico la legge/madre forestale italiana del 1877, non può fare a meno di comparare quanto si era fatto negli Stati preunitari e nell'Impero Austro-ungarico, constatando che “nel compiere la sua opera riformatrice e unificatrice il legislatore italiano aveva a sua disposizione parecchi elementi tradizionali da valorizzare”, ma che “la smania innovatrice continuò a recidere quei fili che legavano i progetti di riforma a ciò che s'era fatto in passato” (3). Allo storico avvezzo a un atteggiamento di comprensione, il manicheismo politico non poteva che suonare incolto e funesto. Bene avrebbe, invece, fatto il legislatore italiano di trarre profitto dalle passate esperienze.

Ancora: a fronte dello strumento dell'espropriazione valorizzato in una legge forestale del 1910, Trifone non ha esitazione nel richiamarsi al sistema delle *ingrossazioni* largamente adottato dagli statuti comunali italiani del maturo medioevo, a suo avviso largamente preferibile perché, al contrario della violenza legale tipica di ogni esproprio, si arrivava allo scopo quasi sempre con lo strumento pattizio della permuta (4).

risolto nettamente il problema formale, non risulta reperibile nell'Archivio dell'Ateneo fiorentino.

(3) R. TRIFONE, *Il vincolo forestale prima e dopo la legge del 1877*, in *L'Italia forestale e montana*, VII (1952), p. 123. Già molto tempo prima, in un Convegno del 1921, egli aveva espresso con vigore la stessa condanna: “Che cosa si salvò da quella smania di ‘togliere di mezzo leggi viete, leggi ispirate da principii di protezionismo di altri tempi e che inceppavano la libertà?’” (*Precedenti storici del sistema italiano del vincolo forestale*, in *Atti del I Convegno tecnico-forestale-Firenze, 20/21 giugno 1921*, Firenze, Vallecchi, 1922, p. 4 (dell'estratto), dove riporta un passo della Relazione Lampertico al Senato.

(4) R. TRIFONE, *Il sistema di espropriazione in materia forestale (a proposito di un recente progetto di riforma)*, in *L'Alpe-Rivista forestale italiana*, s. II, II (1915), p. 7 ss..

Ancora: nell'immediato secondo dopoguerra, nel tentativo di superare una visione totalmente individualistica nella proprietà privata forestale, egli non èsita a sostenere che "le proprietà boschive più cospicue dovrebbero assumere l'aspetto economico e giuridico di fedecommissato", giacché "col fedecommissato al posto del proprietario verrebbe a porsi la famiglia" (5). Lo storico del diritto riesumava volentieri un istituto, che l'individualismo giuridico moderno aveva cancellato con ripugnanza e che sembrava al Nostro idoneo a sottrarre il bene forestale ad alienazioni e frammentazioni facili.

Anche se fuori dell'orbita dello stretto diritto forestale, come non ricordare, inoltre, la sua proposta di applicare la medievale teoria del dominio diviso (cancellata con spregio dalla sistemazione moderna della proprietà individuale) ai terreni sottoposti a bonifica (6)?

3. Questo discorso, che serve a dimostrare la unitarietà di un personaggio complesso e, come si diceva più sopra, a più dimensioni, deve continuare anche scendendo a identificare Trifone come forestalista. Il ruolo che egli si rivendica non è mai quello dell'esegeta analitico e passivo dell'articolato di una legge; al contrario, ha bisogno di aperture.

Se già lo soccorre la comparazione verticale in grazia della sua preparazione storiografica, è ben percepibile in lui la tensione alla comparazione orizzontale, alla tesaurizzazione delle esperienze di altri Stati, primo fra tutti l'Impero austro-ungarico avveduto custode del suo patrimonio forestale. Sotto questo profilo le pagine trifoniane sono sempre ricchissime di dati, con un apparato documentario davvero ammirevole.

Ma la tensione intellettuale va al di là della dimensione giuridica per investire quella economica e quella strutturale. Detto in altre

(5) R. TRIFONE, *Per l'istituzione di un vincolo fedecommissario sui boschi di proprietà dei privati*, in *Rivista di diritto agrario*, XXIII/XXVI (1944/1947), soprattutto p. 154-55. L'ipotesi era stata oggetto di una Relazione congressuale (cfr. R. TRIFONE, *In tema di boschi privati-Una proposta*, in *Atti del Congresso Nazionale della Montagna e del Bosco* — Firenze, 4/8 maggio 1947, Firenze, Accademia Economico-Agraria dei Georgofili, 1947).

(6) R. TRIFONE, *Il dominio diviso e la sua applicazione ai terreni di bonifica*, in *Rivista di diritto agrario*, XII (1933).

parole, Trifone non si appaga del *testo* ma cerca sempre di inserirlo nel suo *contesto* naturale. In questa orientazione è stato per lui culturalmente provvidenziale l'incontro a Firenze con Arrigo Serpieri, colui che ha dato fondazioni autenticamente scientifiche alla disciplina della 'economia agraria' in Italia, che Trifone trova come suo Direttore al momento dell'ingresso nello Istituto Superiore Forestale, e con il quale instaura una intensa collaborazione.

Sarà Serpieri a prefare la monografia trifoniana su "La legislazione forestale nelle terre redente", che appare nelle 'Pubblicazioni' dell'Istituto (7), e sarà sempre Serpieri a chiedere al suo docente di 'diritto forestale' una collaborazione diretta per la redazione del R. Decreto 30 dicembre 1923, che riordina e riforma tutta la legislazione italiana forestale e montana (8).

La legge non può ridursi a un comando cartaceo: quel comando presuppone un bene estremamente complesso — il bosco — contrassegnato da una difficile sopravvivenza, e, dietro, una realtà economica parimente fragile come la montagna, dalla quale la sola entità boschiva non può essere innaturalmente disarticolata. Si trattava, insomma, di un atteggiamento metodologico, che era familiare allo storico del diritto avvezzo a storicizzare i proprii dati, cioè a immergerli in contesti esperienziali, e che l'autorevole esempio dell'economista Serpieri serviva a convalidare.

4. Nel decennio in cui Trifone fu titolare a Firenze della cattedra di 'diritto forestale' si ebbe in Italia uno sviluppo considerevole del sistema normativo regolante il patrimonio boschivo. Si poteva fare (e si fece) il bilancio dei risultati della legge/madre del 1877. Il nucleo di quella norma, dominata da un atteggiamento di decisa sfiducia verso i privati proprietari, stava in una rigida distinzione fra i boschi e le terre spoglie situati su pendici oltre o sotto il

(7) R. TRIFONE, *La legislazione forestale nelle terre redente (Note ed appunti per un eventuale programma di riforme)*, Firenze, R. Istituto Superiore Forestale Nazionale, 1919.

(8) Ne dà notizia lo stesso Trifone nella ricostruzione storica generale del 1957: R. TRIFONE, *Storia del diritto forestale in Italia*, Firenze, Accademia Italiana di Scienze Forestali, 1957, p. 247.

limite della zona di vegetazione del castagno, assoggettando solo i primi a un regime vincolistico.

Legge indubbiamente provvida, ma anche semplicistica per due fondamentali motivi: per la rigidità della affermata distinzione; per avere isolato il bosco dal contesto economico circostante, mentre, a rendere più funzionale il regime vincolistico, si sarebbe dovuto tener conto anche della agricoltura e della pastorizia montane. Il che si ebbe, in parte, con la legge 2 giugno 1910, che accompagna alla tutela per ragioni idro-geologiche il criterio della tutela economica valorizzando talune culture (come quella del castagno connessa a parecchie imprese industriali dell'area appenninica). Con questa legge si crea, inoltre, un ampio demanio forestale dello Stato.

Le critiche da un punto di vista economico, che Serpieri insistentemente enuncia per tutto il secondo decennio del Novecento, spianano la strada al Regio Decreto del 1923, che vede attori primari Serpieri stesso e, al suo fianco, il giurista Trifone. Qui si ebbe, finalmente, quella visione maggiormente organica auspicata da Serpieri. I due scopi essenziali del Decreto erano quello di difendere la stabilità del terreno e regolare le acque, ma anche di favorire le varie forme di utilizzazione dei terreni di montagna. Si cercò di conseguire il primo ponendo divieti e limitazioni, aggiungendo interventi diretti o indiretti dello Stato; il secondo, regolando queste limitazioni in maniera più rispondente alle necessità generali e meno gravosa per i proprietari dei terreni.

Afferma con soddisfazione Trifone: “La legge non dimentica l'interesse pubblico ..., ma cerca di conciliare col rispetto di esso quello non trascurabile delle popolazioni e dei privati, rimettendo all'autorità il compito di cercare il punto intermedio sul quale possono equilibrarsi gli interessi in conflitto” (9). La visione equilibratamente solidaristica di Trifone, tesa a un bilanciamento e contenimento di valori contrastanti, trova qui una appagante soluzione normativa. Quando, invece, nell'immediato secondo dopoguerra, nel 1946, si ebbe in un progetto dell'onorevole Micheli una totale inversione di tendenza, cancellando vincoli e limitazioni e

(9) *Il vincolo forestale prima e dopo la legge del 1877*, cit., p. 125. Si veda anche: R. TRIFONE, *Le deformazioni del concetto di vincolo nella legislazione forestale italiana*, in *L'Alpe-Rivista forestale italiana*, s. II, VI (1919).

rimettendo tutto a una “graduale rieducazione del montanaro” e ad aiuti cospicui da parte dello Stato, Trifone non èsita a manifestare un nettissimo dissenso: “Io veramente non so come si possa abbandonare la vecchia via dei vincoli e delle coercizioni, mentre si prova la graduale rieducazione del montanaro; rinunciare cioè alle garanzie che accorda la legge nella speranza che quelli, che potrebbero essere colpiti, si comportino in modo da rendere inutili tali garenzie” (10).

I suoi studi di economia forestale, nonché la sua esperienza di storico attento allo sfacelo del patrimonio boschivo nel latifondo meridionale pubblico e privato, lo rendono persuaso della validità di un vincolo anche se non rigidamente inteso.

5. Un’ultima sosta su alcuni tentativi di costruzione giuridica risalenti al periodo di docenza fiorentino. Mi riferisco alla sua prolusione al corso di ‘diritto forestale’ per l’anno scolastico 1919/20 su “Concetto e limiti del diritto forestale, e alla ‘memoria’ su “La consuetudine come fonte del diritto forestale” letta presso la fiorentina Accademia dei Georgofili il 2 aprile 1922.

È naturale che io ponga a raffronto questi tentativi di Trifone con quelli temporalmente coincidenti di Giangastone Bolla concernenti il ‘diritto agrario’ e resi palesi nello stesso anno 1922 con la fondazione di un foglio autonomo, la ‘Rivista di diritto agrario’. E una prima considerazione si impone: a fronte della proposta forte e decisa (anche se solcata da parecchie incautele metodologiche) di Bolla, stanno le osservazioni assai più timide (ma anche assai più prudenti) di Romualdo Trifone.

Il Nostro si càrica di un inevitabile còmpito ordinatorio e sistematorio: “presa in esame la materia forestale, fa d’uopo raccogliere tutte le norme giuridiche che fanno capo ad essa e raggrupparle intorno ai soggetti, oggetti e rapporti che esse regolano, cercando di delineare i diversi istituti e principi giuridici, da cui son dominate, le loro possibili connessioni e la posizione rispettiva, per tentare una sistemazione unitaria e una costruzione distinta da quella di altri rami del diritto pubblico o del diritto privato” (11).

(10) Op. ult. cit., p. 126.

(11) R. TRIFONE, *Concetto e limiti del diritto forestale*, in *Annali del R. Istituto Superiore Forestale Nazionale*, vol. V, Firenze, tip. Ricci, 1920, p. 8 (dell’estratto).

Il primo rischio da evitare è quello di fare d'ogni erba un fascio, ma v'è un secondo rischio da evitare accuratamente: quello di un infondato isolamento, posta la "assoluta inscindibilità della soluzione del problema forestale da quello più largo e complesso riflettente l'intera economia della montagna" (12). Il risultato, che scaturisce da questa prudente valutazione trifoniana, è il seguente: il diritto forestale è "quel complesso di norme giuridiche, che disciplinano l'attività pubblica e privata per la tutela e l'incremento della silvicoltura, considerata quest'attività da sola o in rapporto con quella che viene svolta a vantaggio delle altre industrie agricole e di montagna" (13).

Il risultato sembra modesto allo stesso proponente, che non può esimersi da una auto/obbiezione: "potrebbe tuttavia apparire come un capitolo del diritto amministrativo" (14). L'autonomia deriverebbe dalla circostanza di raccogliere norme e principii, sia pubblici, sia privatistici, concernenti "alcuni istituti propri di questo nuovo ramo del diritto" (15); in altre parole, deriverebbe "dal modo particolare di considerare e di trattare alcuni rapporti giuridici, e cercare, nel suo campo ben definito, di raggruppare questi rapporti e gl'istituti che gli son propri, per sistemarli, armonizzarli e ricollegarli ai principii generali del diritto" (16).

Siamo qui ben lontani dall'idea bolliana di una autonomia addirittura scientifica. È, piuttosto una autonomia che, pur solcata anch'essa da qualche profilo aporetico (17), si presenta innanzi tutto come didattica, rivelando una sua utilità a livello classificatorio e sistematorio. Aggiungerei: è una autonomia congeniale alle due virtù che sembrano tipiche di questo giurista salernitano (18), la prudenza e l'umiltà.

(12) Op. ult. cit., p. 10.

(13) Op. ult. cit., p. 11.

(14) Loc. ult. cit..

(15) Op. ult. cit., p. 12.

(16) Op. ult. cit., p. 13.

(17) L'aporia consiste in un tentativo, che vuol salvare capra e cavoli, ossia l'autonomia del diritto forestale e, insieme, la sua inscindibilità dall'economia della montagna nella sua interezza.

(18) Trifone era nato a Montecorvino Rovella, in provincia di Salerno.

6. Conclusioni non dissimili si possono trarre dalla più sopra ricordata 'memoria' trifoniana del '22. A fronte delle enfaticizzazioni di Bolla, che aveva fatto leva sulla consuetudine quale fonte tipizzante di un diritto agrario reso autonomo dalle astrattezze del diritto civile, misuratissima è l'analisi del Nostro. Che non si lascia impressionare dalle negazioni di autorevoli statalisti, ma che si rende perfettamente conto del ridottissimo spazio che il legalismo moderno assegna agli usi.

Piuttosto, è la situazione delle fonti del diritto forestale a imporre *de facto* una loro rilevanza. Queste fonti sono leggi e regolamenti, che tuttavia regolano soltanto una parte assai ridotta dell'ordinamento forestale. Nei vuoti, la consuetudine "si presenta direttamente per la necessità stessa delle cose" ⁽¹⁹⁾, e si guadagna pertanto, nell'effettività, un suo spazio e un suo ruolo.

Concludiamo questo nostro intervento. L'aver messo in luce l'operosità del Trifone forestalista, contribuendo a chiarire una tessera del composito mosaico in cui si articola la ricerca scientifica trifoniana, contribuisce anche — io credo — a meglio percepire il reale spessore di questo appartato ma non dimenticabile storico del diritto.

⁽¹⁹⁾ R. TRIFONE, *La consuetudine come fonte del diritto forestale*, in *Atti della R. Accademia dei Georgofili*, quinta serie, XIX (1922), p. 96.

EN RECUERDO DE FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE

Quisiera comenzar por expresar mi agradecimiento a los organizadores de la “Semana Tomás y Valiente” por haberme elegido para pronunciar la Lección inaugural. Por dos motivos, principalmente. El primero, es la sincera amistad que le profesaba; el otro, la admiración hacia su obra como historiador del derecho, como jurista y como magistrado del Tribunal Constitucional. Realmente, es acreedor del único y más auténtico homenaje que podemos tributarle: el recuerdo. Un recuerdo que permanece vivo hacia quien, espiritualmente, jamás ha muerto.

Creo verdaderamente que uno de los grandes privilegios que he tenido a lo largo de mi vida es el contacto con Francisco Tomás y Valiente. Se inició con un encuentro casual ocasionado por un viaje que hizo a Italia para un congreso, y no tardó en convertirse en una profunda y duradera amistad, en la que tuvo mucho que ver la solidaridad cultural. Una relación, en fin, que únicamente la mano asesina pudo truncar aquella desdichada mañana del 14 de febrero de 1996.

Casi éramos coetáneos, yo nacido en enero de 1933 y él en diciembre de 1932, pero, por encima de todo, ambos compartíamos opciones y expectativas mucho más profundas. De entrada, pareciera que nos separaba un abismo insalvable, al ser yo declaradamente católico y él manifiestamente agnóstico; sin embargo, nos unía una similar percepción del misterio en que estábamos inmersos, cuya comprensión buscábamos los dos partiendo, cada uno de nosotros, de posiciones diferentes. Debo confesar que me he reconocido a mí mismo en aquella escueta frase que Paco escribió en la ‘Autobiografía intelectual y política’ — redactada en 1990 y publicada seis años más tarde por Clavero en el volumen *post mortem* que la

Colección de los *Quaderni Fiorentini* le dedicó — donde confesaba ‘Claro que hay preguntas sin respuestas’ (1).

Personajes que buscan: he ahí el solidísimo lazo de unión. Personajes que escuchan, que se escuchan con el mayor respeto entre sí. Bien mirado, esta no era más que la natural consecuencia que se derivaba del hecho de que ambos fuéramos hombres de cultura. Él en un grado elevadísimo, yo consciente de mi mediocridad. Ninguno profesando intolerantes ideologías excluyentes, sino una asumida dimensión cultural que rechaza inmovilismos dogmáticos y siempre está en una perenne investigación para lograr el crecimiento intelectual.

Aunque en un determinado momento de nuestra vida — él en su juventud y yo en la madurez — ambos fuimos elegidos para desempeñar el alto cargo y la responsabilidad de magistrados constitucionales, ninguno de los dos renunciamos jamás a nuestra verdadera vocación científica ni al magisterio universitario. De hecho, en una sesión solemne, Valiente llegó al extremo de calificar su, por otra parte fecundísima, permanencia en el Tribunal Constitucional como un “voluntario y muy digno exilio extraacadémico” (2). Naturalmente, coincidíamos también en la altísima función que debe desempeñar la Universidad, a pesar de la desoladora contemplación del vil empobrecimiento que, en el plano profesional, se está realizando en nuestros días a causa de la cortedad de miras de los poderes políticos español e italiano. Escuchemos de nuevo su voz, recorrida por un filón ético: “donde no se crea ciencia, donde no se investiga, donde el espíritu humano no se esfuerza por buscar verdades y resolver enigmas, para transmitir de inmediato, *in statu nascenti*, los resultados de su aventura creadora, no hay universidad” (3).

No obstante, donde el diálogo cultural se convertía en intensa dialéctica, era en el plano de nuestro común territorio cultural: La historia del derecho moderno y contemporáneo. Ahí, ciertamente, divergían profundamente nuestras respectivas valoraciones acerca

(1) F. Tomás y Valiente, *Autobiografía intelectual y política* en B. Clavero, *Tomás y Valiente — Una biografía intelectual*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 348.

(2) F. Tomás y Valiente, *Tríptico y epílogo — Algunas reflexiones sobre la Universidad, la Historia y el Estado*. Madrid, 1994, p. 5.

(3) *Ibi*.

de la función del Estado en la formación del derecho moderno y, en general, sobre la relación Estado/derecho. Mientras yo mantenía, y mantengo, con firmeza mi postura de incidir sobre los aspectos negativos del estatalismo y legalismo modernos, hasta el extremo de calificarlos de absolutismo jurídico, él, por su parte, se mostraba decididamente optimista sobre la función del Estado, hasta el punto de confiarle el desarrollo y tutela de los derechos fundamentales del ciudadano: “no se puede pensar en los derechos fundamentales sin pensar en el Estado, ni fortalecer aquellos sin fortalecer al Estado” (4). Yo, imperturbable al declarar que el derecho es anterior al Estado; él, inmoviblemente persuadido de que “el Estado crea derecho y debe garantizar y respetar los derechos, pero sin Estado no hay ni derecho ni derechos: sólo hay caos” (5).

Así las cosas, se nos podrían perfectamente dirigir las siguientes preguntas: ¿era difícil nuestra relación? ¿hubo enfrentamiento o ruptura entre nosotros? La respuesta es clara: rotundamente no. Todo lo contrario. Su probidad intelectual unida a una similar curiosidad de igual naturaleza incrementaban sus facultades y disponibilidad para escuchar, para oír posturas diferentes a la suya. En enero de 1994, Paco Tomás organizó en Miraflores de la Sierra, en las montañas aledañas a Madrid, un congreso italo-español en mi honor, donde se habló, y mucho, acerca de mi interpretación de la modernidad jurídica como ‘absolutismo jurídico’. Fue la última vez que lo vi, y todavía hoy, transcurridos casi veinte años de aquel encuentro, no puedo olvidar la expresión de su rostro, extremadamente atento a cuanto allí se decía. Un rostro no contrariado, sino ávido de escuchar, completamente dispuesto a descubrir en la densa discusión los ‘fragmentos de verdad’ que podían sonsacarse de la perturbadora hipótesis interpretativa de su amigo florentino. En el corazón y la mente de este gran personaje, nuestra amistad no podía sino salir reforzada de ahí.

Inicio ahora esta conferencia que, deliberadamente, he querido que fuera una interpretación de la ‘Carta’ constitucional italiana de 1948. Estoy seguro de que él, que como magistrado y Presidente del

(4) F. Tomás y Valiente, *Los derechos y el Estado*, en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1993, pp. 153 ss.

(5) *Ibi*.

Tribunal constitucional fue protagonista de excepción de la Transición española de la Dictadura a la democracia, se alegraría de escucharla. Es superfluo añadir que está dedicada a su memoria.

RILEGGENDO LE “NOTE CRITICHE IN TEMA DI PROPRIETÀ” (1960)

1. Di un giovane civilista e dei suoi consiglieri scientifici. — 2. Un messaggio culturalmente salutare: l'intensa storicità dell'istituto proprietario. — 3. Per una analisi giuridica della 'funzione sociale' della proprietà. — 4. La 'funzione sociale' all'interno della struttura della proprietà. — 5. Le “Note critiche”: una riflessione speculare al paesaggio politico-giuridico italiano degli anni Sessanta.

1. Quando Stefano Rodotà emerse, nel 1963, a quel minuscolo microcosmo costituito dalla Università di Macerata (un Ateneo che si riduceva, allora, in una sola Facoltà, quella di Giurisprudenza, con un Rettore/Preside quale unica e singolarissima autorità accademica), io né lo conoscevo di persona, né avevo letto alcunché di lui. Avevo avuto, soltanto, dai colleghi maceratesi di provenienza romana, notizia di un provvedutissimo giovane civilista laureatosi con Betti e ora appartenente alla vigoreggiante scuola di Rosario Nicolò. Al primo incontro, Stefano ebbe per me un dono, un 'estratto' dalla 'Trimestrale' bolognese: si trattava di un lungo saggio, quasi una monografia, intitolata “Note critiche in tema di proprietà” (1).

Per me erano gli anni in cui, dopo una amplissima ricerca sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune, imbattutomi — attraverso il problema della incidenza della svalutazione monetaria sulle prestazioni periodiche — nella *locatio ad longum tempus*, un contratto tutto medievale dove il 'personale' e il 'reale' venivano a

(1) Pubblicato originariamente nel fascicolo IV dell'anno 1960 della 'Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile' (poi ricompreso nella raccolta: S. RODOTÀ, *Il terribile diritto — Studi sulla proprietà privata*, Bologna, Il Mulino, 1981). Le citazioni saranno fatte sulla pubblicazione originaria, per comodità del lettore che può reperire la collezione della Rivista in ogni biblioteca giuridica.

confondersi, iniziavo la mia trentennale avventura scientifica sul terreno catturante ma arduo della proprietà e dei diritti reali, una avventura il cui primo frutto si sarebbe — di lì a poco — concretato nel corso di lezioni su “Le situazioni reali nell’esperienza giuridica medievale”, apparso, dapprima, nel 1966, in forma ciclostilata ad uso degli studenti maceratesi e, nel 1968, nella definitiva stampa presso la patavina Cedam.

Sollecitato dai miei interessi di studio, mi buttai immediatamente nella lettura, traendone una precisa valutazione: erano — quelle — delle pagine rare a leggersi nella letteratura giuridica italiana, dietro le quali si stagliava un giurista altrettanto raro.

Ero rimasto colpito da due marcatissime qualità, che facevano spicco in un giovane appena ventisettenne: da un lato, la capacità di leggere il proprio tempo e di identificarlo quale momento di rapido e profondo divenire, soprattutto per il giurista italiano che non poteva più rinserrarsi tra Codici e leggi speciali ma che era chiamato ormai a misurarsi con la Costituzione e con un paesaggio europeo decisamente aperto verso un sempre più ravvicinato pianeta di *common law*; dall’altro, la percezione del permanere stantio di luoghi comuni e di una metodologia che, particolarmente fra i civilisti, si segnalava per una pesante decrepitezza.

Qualità, queste, che improntavano la coscienza di Stefano grazie a un corredo culturale straordinariamente sollecitante, che spaziava non solo nei più disparati campi della riflessione giuridica ma che, grazie alla acuita curiosità intellettuale del personaggio, sconfinava nelle riflessioni economica, sociologica e, addirittura, storica e filosofica (2).

Nasceva da e in questa complessa posizione soggettiva del giovane allievo di Nicolò la scelta per la rimeditazione critica del tema della proprietà, scelta coraggiosa — forse, anche temeraria — per chi la facesse propria nei tardi anni Cinquanta del Novecento.

(2) Ciò è segnalato limpidamente dal corredo di note, dove il ricco materiale accumulato da Rodotà in tante letture assomiglia non, come ho già avuto occasione di scrivere, a “un farraginoso magazzino o a una vetrina di esibizioni”, ma è “la ragionata documentazione della reale cultura dell’autore” (cfr. P. GROSSI, *Cronaca di un lontano incontro maceratese*, in *Il diritto privato nella società moderna-Seminario in onore di Stefano Rodotà*, a cura di G. Alpa e V. Roppo, Napoli, Jovene, 2005, p. 36).

L'autore lo sa bene, e sa che proprio su quel tema si erano accumulati e sedimentati luoghi comuni e mitizzazioni con le inevitabili ossificazioni.

A ben guardare, però, la scelta evita i sentieri rischiosi della temerarietà grazie ai buoni consiglieri che l'autore assume a guida del suo itinerario.

Si avverte la fertilità dell'insegnamento di Betti nella esigenza per il civilista del possesso di solide categorie teoretiche ordinanti senza mai dimenticare "la socialità immanente nella funzione ordinatrice del diritto" (3). E si avverte la presenza costante — testimoniata da numerosissime citazioni — del martellare di Tullio Ascarelli "Per uno studio della realtà giuridica effettuale" e su "Il problema dell'adeguamento della norma giuridica al fatto economico" (4).

Più da vicino, resta esemplare per Stefano lo sviluppo recente nel pensiero del suo Maestro accademico, testimoniato dal Nicolò proludente a Roma, nel 1956, sul tema dell'impresa e insofferente al permanere indisturbato nel civilista italiano dei vizi giusnaturalistico e pandettistico (5), o, proprio in quell'anno 1960 che è la data di apparizione delle "Note critiche", dal Nicolò che sta rileggendo il Codice Civile alla luce dei nuovi valori costituzionali (6).

Per quanto attiene al tema della proprietà, sono pròvide le indicazioni fornite dall'evolversi della riflessione pugliattiana nel secondo dopoguerra culminato nella Relazione del 1952 su 'le proprietà' (7); e, sul nodo della 'funzione sociale', offre non pochi

(3) È citazione dalla "Teoria generale del negozio giuridico", espressamente fatta da Rodotà: *Note*, p. 1271.

(4) Sono le intitolazioni di due saggi ascarelliani, ampiamente citati, risalenti, il primo al 1956, il secondo al 1955.

(5) R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, ora in *Il diritto privato nella società moderna — Saggi*, a cura di S. Rodotà, Bologna, Il Mulino, 1971. È encomiabile, in questa prolusione, l'affermata esigenza di liberarsi di categorie romane e romanistiche ormai inadeguate, mentre resta discutibile il voler utilizzare per una definizione tecnica dell'impresa la categoria del diritto soggettivo.

(6) R. NICOLÒ, *Codice Civile*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960.

(7) È la Relazione tenuta nel Terzo Congresso Nazionale di Diritto Agrario del 1952: *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, ora in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, Giuffrè, 1954.

supporti il pensiero gius-lavoristico di Ugo Natoli, studioso che si cimenterà direttamente, di lì a poco, nella analisi della proprietà (8).

2. L'avvio e tutto il percorso delle "Note critiche" sono all'insegna di una persuasione metodologica, che assurge a bussola orientativa dell'intero saggio: occorre "superare il puro formalismo giuridico" (9); fino a ieri, "la purezza del metodo, in più di un caso, era soltanto il metodo dell'indifferenza" (10); un "procedimento puramente logicizzante ... genera schemi inutili alla comprensione della realtà" (11); al contrario, "bisogna tener sgombra la mente dai pregiudizii nascenti da una scarsa riflessione sulla storia" (12); "l'esperienza della storia e gli orientamenti dell'economia contemporanea non possono rimanere senza echi per il giurista" (13).

Parole chiare, affermate e ripetute affinché gli orecchi potessero intendere, particolarmente quelli dei molti civilisti, o affetti da sordità, o volutamente tenuti serrati verso l'esterno. A chi ancora insisteva sulla purezza e astrattezza della ragion civile, e sulla base debole di una codificazione statuale costruiva i pinnacoli arditi di 'dottrine generali', Rodotà contrapponeva la intima storicità del diritto riscontrandola proprio nell'istituto che la modernità borghese aveva puntigliosamente (anche se artificiosamente) isolato al di sopra delle usure del movimento e del mutamento. Ed è sbattuta in faccia al lettore la (a taluno sgradita) verità che "il diritto di proprietà si palesa particolarmente sensibile al mutare delle condizioni storiche" (14).

Era il prendere le distanze da tutte le mitizzazioni e assolutizzazioni che, dalle carte dei diritti settecentesche, l'avevano accompagnato per tutta la modernità, mitizzazioni e assolutizzazioni che,

(8) Durante il saggio Rodotà, fa capo ripetutamente al seguente volume: *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1955. Una compiuta ricostruzione della proprietà sulla base dei valori costituzionali si avrà, da parte di Natoli, nel corso pisano di lezioni, la cui prima edizione risale al 1966.

(9) *Note critiche*, p. 1254.

(10) *Note critiche*, p. 1260.

(11) *Note critiche*, p. 1258.

(12) *Note critiche*, p. 1298.

(13) *Note critiche*, p. 1258.

(14) *Note critiche*, p. 1255.

sul piano etico-politico, si incarnavano in una dimensione del soggetto inattaccabile da qualsivoglia invadenza sociale, sul piano tecnico-giuridico prendevano la forma dello strumento principe di garanzia per la libertà dell'individuo. E affiora precisa la vena di una polemica, che l'urna della tecnica rende garbata ma che è frontale: polemica facile con chi — come Barassi — si limita a rispolverare il vecchio arnese di un diritto soggettivo secondo le invenzioni della tradizione giusnaturalistica ⁽¹⁵⁾; polemica più difficile con chi — come Santoro Passarelli — scindendo la proprietà/diritto soggettivo, presidio di libertà individuale, e la proprietà/istituto giuridico, assolvente invece una funzione sociale, riusciva a individuare (ed è quel che premeva) un nucleo essenziale meta/temporale, una sorta di *apriori* indiscutibile ⁽¹⁶⁾.

Rodotà si colloca, ovviamente su un versante opposto. Il suo messaggio di fondo non è soltanto il recupero alla storicità di uno strumento trasfigurato (e alterato) dalla strategia borghese in creatura meta/storica, ma vuole essere la dimostrazione che la proprietà è uno di quegli strumenti sensibilissimi a lasciarsi impressionare dalla mutevole realtà socio/economico/politica circostante. E, coerentemente, egli non si dà a disegnare un archetipo neutro e distaccato, ma unicamente la proprietà così come si è venuta configurando nel corso di quel tempo pos-moderno che è il Novecento, tempo che aveva trovato un suo ben definito cippo confinario iniziale nella cosiddetta grande guerra e nel suo immediato dopoguerra.

Quella 'inutile strage', monopolizzando l'attenzione dei potentati nello sforzo bellico e moltiplicando i bisogni economici, aveva attenuato il controllo politico sulla società e l'economia, consentendo a forze prima soffocate di realizzarsi compiutamente. Ed è proprio lì, nella legislazione eccezionale di guerra e nella riflessione su di essa della più accorta dottrina civilistica, che si ha una "vera linea di frattura" nella storia del diritto di proprietà ⁽¹⁷⁾: "espressa

⁽¹⁵⁾ La polemica con Barassi, che si appunta particolarmente sul volume del 1951 "Proprietà e comproprietà", è una costante dell'intero saggio.

⁽¹⁶⁾ *Note critiche*, p. 1314.

⁽¹⁷⁾ Rodotà si riferisce espressamente a una puntualizzazione fatta da Arturo Carlo Jemolo in seno al III° Congresso Nazionale di Diritto Agrario del 1952, quello stesso

non più come formula generica, ma come vera e propria qualificazione giuridica, la funzione sociale della proprietà inizia la sua ambigua fortuna” (18).

Se c'era stato un giurista dottissimo, direttore di un prestigioso foglio giuridico, che si era sentito legittimato a rifiutare ogni apprezzamento per la prolusione genovese del civilista Filippo Vassalli dedicata alla legislazione di guerra, “data la natura politica dello scritto”, la miopia culturale di quel rifiuto e la visione riduttiva dell'ordine giuridico in esso contenuta si condannavano di per sé; e non manca di farlo — pur sommessamente — lo stesso Rodotà sgomento per la chiusa mentalità di un romanista incapace di vedere al di là di zeli interpolazionistici e di pure geometrie giuridiche (19).

3. Dunque, da quel secondo decennio del Novecento, per tanti versi così belluino e così tragico ma anche così affrancatorio per i profili che qui ci interessano, la storia del diritto di proprietà diventa inscindibile da un sintagma ripetuto come un ritornello, osannato o spregiato, mitizzato o demonizzato: *funzione sociale*. Ed è su questa caratterizzazione del ‘terribile diritto’ che si svolgono, in buona parte, le “Note critiche” del 1960; giustamente, perché, allora, si incentrava lì il punto focale delle discussioni di politologi economisti giuristi e perché era lì un nodo e un problema meritevoli di qualche definitivo chiarimento.

Io credo che un sostanzioso contributo lo abbia dato proprio il giovane Rodotà con il suo scritto coraggioso. Innanzi tutto, con un atteggiamento culturalmente salutare: pur avendo in uggia le mitizzazioni paleo-liberali (ma perennemente rinverdate) sulla proprietà come diritto essenziale del soggetto, Stefano si guarda bene dal proporre, a sua volta, una mitizzazione del sintagma erosivo di passate dommatiche individualistiche. Anche se è doverosa constatazione che dalle formazioni e riflessioni belliche e pos-belliche della prima guerra

Congresso in cui Pugliatti aveva tenuto la sua pensosissima Relazione. Afferma Jemolo: “alla vera linea di frattura si arriva quando, abbandonata l'idea di godimento *pro se*, si entra nel concetto di funzione di carattere sociale” (*Note critiche*, p. 1266).

(18) Così Rodotà (*Note critiche, loc. ult. cit.*).

(19) La vicenda è collocabile nel 1919 e concerne Carlo Longo, un romanista-civilista, allora Direttore della ‘Rivista di Diritto Civile’ (cfr. *Note critiche*, p. 1263).

mondiale “anche la determinazione del concetto di funzione sociale non tende più a modellarsi esclusivamente in base a motivazioni di ordine morale o ideologico o politiche, ma acquista una sua autonomia scientifica” (20), il sintagma non perde davanti agli occhi del civilista storicista il carattere di creatura storica; anzi, si sottolinea con forza la “imprecisione del concetto”, nonché gli “scarsi sforzi di precisazione tecnica dell’espressione in un dibattito che pure si trascina da diversi anni » (21), e, guardando al suo itinerario dagli anni Venti in poi, in un frammento delle “Note critiche” poco sopra citato, non si manca di puntualizzare “la sua ambigua fortuna”.

È evidente che l’autore, pur ritenendo di non poter fare a meno di dedicarci attenzione, ha la precisa coscienza che il terreno è scivoloso, con il rischio effettivo di scivolare nelle sabbie mobili di equivoci e luoghi comuni. Da qui un suo lodevole sforzo, che chiamerei *lato sensu* definitorio. Seguiamolo da vicino, ché ne vale la pena.

C’è, nel 1960, in mezzo a parecchie occasioni di sconforto, anche una vena generatrice di ottimismo: ed è la contemplazione dello “spostamento dell’interesse di molti giuristi verso le forze concrete che producono, trasformano e distruggono le forme giuridiche” (22); per vero, una non folta schiera, formata, più che da civilisti, da cultori del diritto commerciale che, insoddisfatti delle categorie romanistiche del diritto soggettivo e del rapporto giuridico, hanno costruito la nozione tutta nuova di impresa, la quale, “libera com’è da preconcetti pandettistici” (23) in quanto fenomeno organizzativo sovraordinato a individui cose rapporti perché rigidamente finalizzato a una funzione, ha avuto una grossa influenza anche sulle dottrine proprietarie. Tra questi nuovi giuristi c’è il mentore privilegiato di Stefano, Tullio Ascarelli, l’acuto percettore del nesso tra funzioni economiche ed istituti giuridici (24); tra questi

(20) *Note critiche*, p. 1289.

(21) *Note critiche*, p. 1270.

(22) *Note critiche*, p. 1289.

(23) *Note critiche*, p. 1329.

(24) Titolo di un saggio di Ascarelli citato da Rodotà (cfr. *Note critiche*, p. 1296-97).

si còlloca volentieri anche il giovane allievo di Nicolò, collaboratore convinto nel dar mano a un'opera sacrosanta di svecchiamento (25).

Occorre, però, una elementare cautela: di non dimenticare mai da parte dell'uomo di scienza che si procede *per ignes*, e i tizzoni ardenti (di cui è disseminato il cammino) sono gli equivoci da dissipare, i luoghi comuni da evitare, le mitizzazioni da cui rifuggire per non incorrere nelle condannate scorrettezze metodologiche della vecchia scienza pura. L'istanza, che Rodotà avverte pressante e che vuole seguire per adeguarsi alle cautele ora accennate, è fare chiarezza; forte degli ammaestramenti di Betti, chiarire innanzi tutto le categorie concettuali che si è chiamati a maneggiare.

Anche perché si era avuto, da parte di qualche civilista misoneista, un uso strategicamente falsante (26) del concetto di funzione, modellato su quello proprio dei pubblicisti, sì da poter arrivare a contrapporre diritto e funzione, concepire questa come una forza limitatrice esterna e agente dall'esterno e poter così riaffermare una visione della proprietà che — per intenderci — potremmo qualificare lockiana (27).

Ecco, invece, l'operazione di Rodotà, che affronta l'analisi di ciascuna delle due parti componenti il sintagma, cominciando dall'aggettivo 'sociale': 'sociale' vale 'non individualistico' (28), con la ulteriore precisazione di intenderlo come volto al "benessere economico e collettivo" (29). Conclusione che trova un fondamento sicuro nella stessa articolazione della nostra carta costituzionale, che inserisce la proprietà privata e la sua funzione sociale ben all'interno del titolo III° della prima parte dedicato ai 'Rapporti economici'.

Resta da togliere nebulosità al sostantivo e da individuarne la sua precisa collocazione. Il testo di Stefano è più eloquente di qualsiasi parola mia: la funzione "concretamente si manifesta anzitutto come mancata attribuzione al proprietario di determinate facoltà; in secondo luogo, come complesso di condizioni per l'eser-

(25) *Note critiche*, p. 1328.

(26) Strategicamente, perché subordinato alla ideologica difesa di un modello assolutizzato di proprietà individuale.

(27) *Note critiche*, p. 1305.

(28) *Note critiche*, p. 1273.

(29) *Note critiche*, p. 1279.

cizio di facoltà attribuite; infine, come obbligo di esercitare determinate facoltà” (30). Insomma, “la funzione non può essere ulteriormente identificata con la fascia esterna della proprietà, riservata alla collettività: essa si presenta come espressione ellittica, unificatrice dei presupposti della qualificazione giuridica, tale da identificare il contenuto stesso della situazione di appartenenza” (31); “essa è ritrovabile soltanto all’interno della proprietà, ponendosi come una componente della sua struttura” (32).

Conclusione finale: la funzione sociale “come elemento del diritto di proprietà” (33). Conseguenza ultima: “se la funzione deve essere considerata come componente della struttura della proprietà, tutti quei dati che ad essa possono essere ricondotti (obblighi ed oneri gravanti il titolare) non sono rappresentabili all’esterno della situazione come limitazioni di diritto pubblico” (34).

4. L’operazione perseguita e governata nel corso del lungo saggio è complessa, ed è, nello stesso tempo, culturale e tecnica, dapprima tecnica ma con una forte ridondanza sul terreno culturale.

Il giovane Rodotà, lettore attento degli economisti italiani e nordamericani (tra i primi civilisti che abbia letto in Italia le analisi dirompenti di Berle jr. e Means sulla scissione tra proprietà e controllo nella pos-modernità), che è informatissimo sull’ultimo saggio di Berle pubblicato l’anno prima a New York intorno a “Power without Property” (35), sa benissimo che le nuove forme di organizzazione economica del maturo capitalismo incidono a fondo sulla natura e sul ruolo dell’istituto proprietario con uno sviluppo che, nei tardi anni Cinquanta, sta appena lambendo la scienza civilistica italiana. Quel che gli preme, nel saggio del ’60, è rivisitare l’appartenenza civilistica alla luce dei nuovi valori costituzionali, anche se percepisce bene che, in un futuro non distante, la pregnan-

(30) *Note critiche*, p. 1312.

(31) *Note critiche*, p. 1314.

(32) *Note critiche*, p. 1297.

(33) *Note critiche*, p. 1299.

(34) *Note critiche*, p. 1297.

(35) Si veda la puntuale citazione alla p. 1269.

za vitale per l'economia si sposterà al di fuori del tessuto della tradizionale appartenenza.

Il suo saggio, che vuole svilupparsi (e si sviluppa) su un piano tecnico-giuridico, ha, infatti, una finalità duplice: vuol contribuire a erigere il definitivo sepolcro per la proprietà/libertà di stampo paleo-liberale, ma vuole anche recuperare un adeguato volto tecnico per quella nuova (o relativamente nuova) proprietà che è nei programmi dello Stato sociale di diritto nato dopo la fine della dittatura, disegnata dai lavori dell'Assemblea Costituente, fissata nella maestosa architettura della nostra carta costituzionale.

Infatti, la proprietà privata esce irrobustita dalle argomentazioni e conclusioni di Rodotà, esce più armata di fronte ai tanti nemici ancora aggrappati a passati modelli. Più armata, perché la sua funzione sociale non è un belletto che le si è appiccicato artificiosamente sopra e che la prima pioggia può dissolvere; ormai, tecnicamente, su un piano che è rigorosamente tecnico-giuridico, inerisce alla sua struttura e la caratterizza dall'interno. Non è il potere pubblico a creare qualcosa; il potere pubblico — nel caso italiano una consapevole 'Assemblea Costituente' — si è limitato a leggere nelle trame della società civile e tradurre i segni dei tempi negli articoli 42, 43, 44 della Costituzione repubblicana.

Il sapere tecnico, almeno questa volta (ma non solo questa volta) non si rinserra nel suo tecnicismo e se ne appaga, ma ridonda su altri piani.

5. La riflessione del 1960 è il tentativo di recuperare la proprietà privata a una compiuta categorizzazione giuridica che fosse coerente a quanto quel tempo storico richiedeva. Nessuna apologia né tanto meno mitizzazione per la *funzione sociale* “destinata com'era a rappresentare non già una rottura del sistema, ma un mutamento di prospettive nel corpo di esso”⁽³⁶⁾. Dietro le quinte dell'operazione di Rodotà c'è lo Stato sociale di diritto in via di attuazione in Italia in quegli anni costruttivi dominati da una accesa dialettica tra conservazione e innovazione, e il saggio è da cògliersi come un

⁽³⁶⁾ *Note critiche*, p. 1340.

contributo della nuova scienza civilistica a rafforzare il processo innovatorio.

La frase or ora segnata è tratta dalle ultime pagine del saggio, ma corrisponde alla grande verità — che diventa fondamentale scelta epistemologica — da cui è dominato tutto il complesso dello svolgimento e che è bene espressa da una degnità che Stefano mutua da Giuseppe Branca: “la categoria dei diritti reali non è una categoria logica ma storica”⁽³⁷⁾; degnità che riceve dal Nostro una ancor più franca esplicitazione: “ciò deve significare che in ogni epoca va ricercato l’effettivo contenuto della categoria”⁽³⁸⁾.

Forse è proprio per questo che, forte di una siffatta convinzione culturale, il civilista storicista ha prediletto il tema della proprietà; al quale ha dedicato una costante attenzione ben dopo la redazione delle “Note critiche”, sia sul piano storico-giuridico, sia sul piano teoretico, sempre osservando curioso il variare dei tempi e il variare dei segni in esso nitidamente scolpiti. Lo testimoniano la ricchissima raccolta di contributi del 1981 intorno a “Il terribile diritto”, la sua azione nella formazione e scrittura della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (in un clima sensibilmente mutato rispetto al 1960 soprattutto sul tema/problema della proprietà privata⁽³⁹⁾) e oggi le sue battaglie “per un diritto dei beni comuni”, per “una strategia contro lo *human divide*”⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁷⁾ *Note critiche*, p. 1329.

⁽³⁸⁾ Loc. ult. cit..

⁽³⁹⁾ È interessante leggere quanto scrive lo stesso Rodotà sull’articolo 17 della Carta e sulla collocazione della proprietà privata individuale tra i diritti fondamentali: S. RODOTÀ, *La proprietà tra ritorno e rifiuto*, in *Gli statuti proprietari e l’interesse generale tra Costituzione europea e diritto privato* — Atti Convegno Pisa, 7/8 aprile 2006, Napoli, Jovene, 2007, particolarmente p. 36 ss..

⁽⁴⁰⁾ S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in *Oltre il pubblico e il privato-Per un diritto dei beni comuni*, a cura di M. R. Marella, Verona, 2012. Mi ci sono recentissimamente soffermato all’interno di una rivisitazione dell’intero problema dei beni tra moderno e pos-moderno: P. GROSSI, *I beni: itinerari fra moderno e pos-moderno* in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, LXVI (2012), p. 1083 ss..

ENRICO FINZI: UN INNOVATORE SOLITARIO (*)

1. Perché riproporre, oggi, il messaggio scientifico di Finzi. — 2. Enrico Finzi e i suoi fecondi trapianti bolognese e fiorentino. — 3. Il recupero della complessità del diritto e il nuovo ruolo per il giurista. — 4. L'osservazione dei fatti e la loro sistemazione mediante rigorose categorie ordinanti: Enrico Finzi apprendista nella officina pragmatica. — 5. Finzi: un personaggio scientificamente e accademicamente solo. — 6. Qualche cenno ai criteri per la selezione dei testi finziani presenti in questa raccolta. — 7. Enrico Finzi: un civilista post-moderno. — 8. Le monografie finziane e il loro messaggio culturale. Anno 1915: "Il possesso dei diritti". — 9. Le monografie finziane e il loro messaggio culturale. Anno 1920: "Studi sulle nullità del negozio giuridico". — 10. Sul contenuto della presente raccolta. — 11. "Le teorie degli istituti giuridici" (1914). — 12. "Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà" (1922). — 13. "Diritto di proprietà e disciplina della produzione" (1935). — 14. "Verso un nuovo diritto del commercio" (1933). — 15. Qualche cenno sul prosieguo della raccolta. — 16. "Conflitto tra principii generali del diritto" (1927). — 17. "Le disposizioni preliminari del Codice di Commercio nel Progetto della Commissione Reale" (1928). — 18. "Sulla riforma legislativa delle società commerciali" (1929). — 19. "Società controllate" (1932). — 20. "Aspetti giuridici delle società cooperative" (1936). — 21. "Riflessi privatistici della Costituzione" (1950). — 22. "La Rivista di Diritto Agrario (celebrandone il trentennio)" (1952).

1. Chiamato dagli amici Italo Bircocchi, Antonello Mattone e Marco Miletta a redigere la 'voce' *Enrico Finzi* per il 'Dizionario dei giuristi italiani' da essi opportunamente promosso e in via di realiz-

(*) L'autore di questa 'Introduzione' e curatore dell'intero volume avverte l'esigenza di esprimere un sincero ringraziamento ai molti amici che lo hanno aiutato nel non facile reperimento di testi di Finzi e di notizie e documenti riguardanti la sua persona. In particolare, un grazie sentitissimo va alla nipote di Enrico Finzi, dottoressa Daniela Noferi, al Magnifico Rettore della Università di Bologna, professor Ivano Dionigi, al Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze, professor Paolo Cappellini, alla Direttrice e al personale tutto della Biblioteca della Corte Costituzionale in Roma (e in modo specialissimo alla dottoressa Paola Iannacchino, cui debbo un ausilio determinante).

zazione, ho voluto e dovuto rileggere con attenzione tutta l'opera scientifica di Finzi, buona parte della quale è custodita nella mia personale biblioteca giuridica, diventata oggi il 'Fondo Paolo Grossi' della Biblioteca del 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' dell'Ateneo fiorentino.

Tra gli 'estratti' disseppelliti c'era anche quello contenente la Relazione su "Diritto di proprietà e disciplina della produzione" letta da Finzi nel Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario del 1935, Relazione che è sicuramente il testo finziano più noto e più circolante tra i giuristi italiani. Ed ho, dopo tanti anni, riletto con commozione la dèdica vergata sul frontespizio da una mano ancora ferma: "*Al caro collega Grossi, con molta stima e con qualche attesa che attui alcuni miei progetti.* E. FINZI".

La dèdica — senza alcuna datazione — ha, però, rinverdito immediatamente il ricordo della precisa occasione in cui fu scritta. Eravamo nell'inverno del 1972, ed io ero andato a visitarlo nella sua signorile casa di Lungarno Vespucci per parlargli dei nascenti 'Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno', ai quali egli era interessatissimo. Per rendere più chiaro al lettore la consecuzione dei piccoli eventi, che vennero a riguardare congiuntamente me e Finzi, mi sia consentito un discorso più disteso.

Dopo che io, nel giugno del '71, varai l'iniziativa dei sopradetti 'Quaderni' diffondendo tra parecchi giuristi e storici operanti in Europa e anche Oltreatlantico la 'pagina introduttiva' programmatica del primo volume in formazione, Vittorio Frosini, nell'autunno dello stesso anno, ebbe la generosità di parlarne con accenti di piena adesione sulle colonne del 'Corriere della sera'. Finzi, al quale non avevo inviato la 'pagina', letta che ebbe la segnalazione di Frosini, si affrettò a scrivermi la lettera che trascrivo qui di seguito:

"Caro Grossi, leggo ora sul Corriere della Sera una notizia che mi fa piacere: la sua iniziativa per una consapevole storia del pensiero giuridico. Da molti anni ne sento, e ne predico, la necessità. Venticinque anni or sono la propagandai con Calasso, che volle anche pubblicare, sulla sua Rivista per le scienze giuridiche, le mie parole di apertura al Seminario di applicazione forense (che Le invio in un Estratto che son riuscito a rintracciare ⁽¹⁾), ma

(¹) Si tratta di: E. FINZI, *Avviamento all'arte forense*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, N. S., I (1947) (il riferimento, di cui parla Finzi, è a p. 291).

invano. Ora, finalmente, vedo che è venuto chi si accinge a colmare una incredibile lacuna della nostra cultura. Bravo! Mi ricordi ai colleghi che non mi hanno dimenticato, e si abbia le cose più cordiali dal Suo FINZI Lungarno Vespucci 68, 28.XI.71”.

Fu proprio nei mesi successivi che io trassi dalla lettera il motivo per rendergli visita, e fu allora che mi donò il suo ‘estratto’ con dedica assai significativa. Ma v’è un altro episodio, che mette conto di riferire perché in stretta connessione a quanto si è or ora narrato. Quando, nella primavera del 1972, apparve finalmente il primo ‘Quaderno’ preannunciato con parecchio anticipo, ne inviai con soddisfazione una copia anche a Finzi, ed egli tornò a scrivermi una seconda lettera che mi piace partecipare al lettore:

“Caro Grossi, ho ricevuto i “Quaderni fiorentini” e mi affretto a ringraziare ed a rallegrarmi: felicissimi e ad alto livello, nati per destare e contribuire a concretare quella storia della letteratura giuridica, che da tanto tempo auspico e spero, e che considero una esigenza inderogabile per colmare una incredibile lacuna della nostra cultura. Chi sono, chi furono e come si formarono e che cosa hanno tramandato quegli storici del diritto e cultori del diritto positivo che hanno elaborato troppo isolati le loro tecniche? Qualcuno dei saggi raccolti prelude a questa ricerca (tipico quello del Cassese), ma occorre intanto che la tua scuola tracci lo schema generale almeno della storia delle letterature giuridica italiana dopo l’Unità, e ne emergano le figure maggiori, e la loro influenza, e il formarsi progressivo delle Scuole e degli stili, e i travasi dottrinali da un campo all’altro, e la tecnica usata, e il linguaggio mutato, e la connessione costante del giurista alla vita sociale del suo tempo, e tante e tante altre cose. Chi ha dato il via al moderno diritto amministrativo, chi al moderno diritto commerciale, e al diritto comparato, e al diritto agrario ed altre formazioni organicamente quasi nuove? Non è storia anche questa? Aggiungi, dunque, una rubrica ai Quaderni, e che sia destinata a diventare essa stessa quaderno! Grazie ancora, e tante cose cordialissime dal vecchio FINZI 3.VII.72”.

È chiaro che l’attesa, di cui Finzi parla nella dedica, era per il progetto di una, da lui tanto vagheggiata, *storia della letteratura giuridica italiana*, un vuoto deplorabile e — allora — sostanzialmente incolmato. Nella conversazione telefonica, che seguì al ricevimento della sua seconda lettera, non mancai di fare delle precise promesse; e qualcosa ho fatto a più riprese. Valgano soprattutto “Stile fiorentino — Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859/1950” (1986), “Scienza giuridica italiana — Un profilo storico

1860/1950” (2000) a lui espressamente dedicato, nonché “Nobiltà del diritto — Profili di giuristi” (2008), tre libri che immancabilmente gli sarebbero piaciuti.

Al contrario, Finzi, signorilmente sempre assai riservato, non avrebbe mai osato chiedere una raccolta di suoi scritti minori; le sue attese verso il giovane collega miravano a ben altro, e l’ho or ora chiaramente puntualizzato. Il progetto di una raccolta mi si è profilato netto rileggendo certe pagine finziane, che mi hanno riproposto ancora una volta, nella loro assoluta freschezza, una carica forte di intuizioni e il disegno di paesaggi giuridici proiettati in un tempo futuro anche assai lontano.

E un imperativo mi si è affacciato nella mente: abbiamo riempito le biblioteche di obese raccolte di saggi minori meritevoli spesso di restare latenti nelle varie nicchie originarie, e non abbiamo — invece — mai pensato di offrire al giovane giurista di oggi la possibilità di rileggere organicamente almeno i più incisivi saggi di uno straordinario pensatore della prima metà del Novecento, parchissimo nelle sue epifanie ma — il più delle volte — autore di rara originalità e spesso clamorosamente anticipatorio di futuri sviluppi della scienza giuridica di *civil law*.

È, pertanto, da una duplice consapevolezza che questo volume collettaneo prende la sua origine: lungi dal riesumare cose morte, si ripropòngono pagine vive e vivaci, che la sparsa collocazione in pubblicazioni di difficile accesso e reperimento ha coperto di una ingiustificata dimenticanza; si rende un grosso servizio soprattutto al civilista italiano giovane e giovanissimo, avvezzo a una produzione cosiddetta scientifica troppo spesso meramente compilatoria e, quindi, contrassegnata da un piattume inespressivo e impersonale.

Tra i numerosi scritti minori di Finzi ho selezionato quelli che, muovendosi su di un piano rigorosamente scientifico, a mio avviso, non hanno sofferto l’usura del tempo e la cui attualità è indiscutibile; accanto, anche alcuni scritti che recano la sua impronta scientifica inconfondibile e che sono — di per sé — un contributo a marcare l’originalità del giurista che li ha redatti. Renderò conto al lettore di una siffatta scelta nella seconda parte di questa introduzione, dopo aver tentato di puntualizzare — per colui che incontra le pagine di Finzi per la prima volta — la cifra culturale del personaggio e avere, pertanto, concorso a una prima opportuna iniziazione.

2. Finzi, mantovano di nascita ⁽²⁾, per motivi personali e familiari che non sono in grado di individuare, si iscrive per l'anno accademico 1902/03 al primo anno della Facoltà giuridica torinese, ma già per il successivo anno accademico si trasferisce prontamente a Bologna, dove seguirà continuativamente i normali corsi ⁽³⁾ e dove il 5 luglio del 1907 consegnerà la laurea in Giurisprudenza ⁽⁴⁾. Probabilmente, a Torino non aveva trovato un ambiente congeniale, né maestri con cui poter fattivamente dialogare (del resto, il civilista dominante era Gian Pietro Chironi, le cui incertezze metodologiche insieme a talune intuizioni inadeguatamente argomentate, secondo un più tardo ma preciso giudizio di Finzi, non riuscivano a prendere ordinata forma “tra le nebbie ond'è spesso velato il suo pensiero” ⁽⁵⁾).

A Bologna, invece, può agevolmente compiere una comparazione, che va a tutto discapito dei maestri torinesi; ed è con Giacomo Venezian, il civilista innovatore che non aveva esitato a infrangere vecchie dommatiche ormai consuete ma ancora prosperanti nell'animo accidioso della civilistica accademica italiana. Proprio su un tema scottante e bisognosissimo già allora di profonde revisioni, la responsabilità civile, faceva spicco, rispetto alla tradizionale analisi di Chironi fatta riposare in due ponderosi volumi, la visione tutta nuova consegnata da Venezian a poche dense — e, soprattutto, antesignane — pagine. Finzi, indubbiamente nella sua qualità di studente intellettualmente dotatissimo, lo assume a suo maestro sul piano culturale prima ancora che su quello tecnico, e dal suo dirompente messaggio scientifico rimarrà costantemente impressionato per tutta la vita, come dimostrano le continue citazioni espressioni una incondizionata ammirazione ⁽⁶⁾.

⁽²⁾ Era nato a Mantova, da una famiglia di solido ceppo ebraico, l'8 settembre 1884. Si spengerà il 5 gennaio 1973 a Firenze, città nella quale — per sua consapevole scelta — risiedeva da più di sessanta anni.

⁽³⁾ Dai *Registri delle carriere degli studenti della Facoltà di Giurisprudenza* risulta iscritto per gli anni 1903/04, 1904/05, 1905/06.

⁽⁴⁾ *Verbali delle lauree — Giurisprudenza*, anno 1907.

⁽⁵⁾ Parole scritte con brutale franchezza dallo stesso Finzi in un suo più tardo volume (E. FINZI, *Studi sulle nullità del negozio giuridico - I - L'art. 1311 del Codice Civile*, Bologna Zanichelli, 1920, p. 49).

⁽⁶⁾ È in ambi i due volumi redatti da Finzi il riferimento alla “magnifica prolusione” bolognese di Venezian in tema di tutela dell'aspettativa (cfr. E. FINZI, *Il possesso dei*

A Bologna il giurista novizio dovette trovarsi a suo agio: la presenza forte di Venezian, le presenze significative di Silvio Perozzi e di Giuseppe Brini, due romanisti di notevole vaglia, preziosi per la diversità del rispettivo approccio metodologico, dovettero contribuire non poco. E Bologna resta per Finzi un sicuro riferimento accademico. Trasferitosi a Firenze perché attratto da una città che sta vivendo nel primo decennio del secolo uno straordinario momento di vivacità culturale (7), entrato nello studio professionale del processualista Carlo Lessona per prepararsi alla avvocatura, egli continua, però, a far capo alla *Alma Mater* per l'esame di libera docenza (valutato da una Commissione in cui sedevano, fra gli altri, Venezian e Perozzi), e dal 17 giugno 1915 vi risulta iscritto quale libero docente di 'Diritto civile' (8).

In quel brillante giovane mantovano si vennero a congiungere due circostanze positive per la sua formazione intellettuale: il risveglio da una opaca sonnolenza, che, in lui giurista, era provocato da taluni maestri universitarii bolognesi; la scelta fiorentina, con il conseguente fecondo contatto con un ambiente reso vivido e anche virulento dal "Leonardo", la Rivista di Papini e Prezzolini, foglio che, a un certo momento della sua quadriennale vita dal 1903 al

diritti, Roma, Athenaeum, 1915 (rist. Milano, Giuffrè, 1968, p. 169) e *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, cit., p. 91). In un suo discorso inaugurale del 1922 (*Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in *Archivio Giuridico*, XC (1923)), egli si lascia andare ad appassionate, encomiastiche espressioni (condite purtroppo anche da indigeribile retorica nazionalista): "il mio indimenticabile maestro, in cui profondità di dottrina e purezza di vita si fusero con tanta armonia che nessuno esempio ne fu maggiore, Giacomo Venezian, dico, il più immortale morto della nostra santa guerra" (ivi, p. 67). Ma sono esempi che potrebbero moltiplicarsi.

(7) "in quella Firenze del primo decennio del Novecento che parve di nuovo meritare il nome di Atene", come scrisse, con un discutibile cedimento retorico ma cogliendo nel segno, uno dei protagonisti di quel clima culturale, Giovanni Papini, che vi primeggiò come letterato, come polemista ma anche come organizzatore culturale (la frase di Papini è nella Introduzione alla raccolta di *Scritti* di Mario CALDERONI, Firenze, Soc. Anon. Ed. 'La Voce', 1924, vol. I, p. XI).

(8) Nello *Archivio storico dell'Università di Bologna — Liberi docenti*, fasc. 166 'FINZI ENRICO' sono così fissate le fasi del procedimento: 1 luglio 1913, assegnazione del tema "Il possesso dei diritti"; 19 aprile 1915 assegnazione del tema della lezione da tenersi l'indomani ("La fiducia testamentaria"). La Commissione era formata da Francesco Brandileone, Bartolomeo Dusi, Silvio Perozzi, Mario Ricca Barberis, Giacomo Venezian. Il candidato risulta approvato all'unanimità.

1907, era divenuto — secondo la qualificazione di uno dei suoi condirettori — addirittura “la fucina italiana del Pragmatismo” (9).

La buona sorte fu che, in quel contesto, Finzi ebbe modo di familiarizzare con uno dei collaboratori abituali della Rivista, Mario Calderoni, un giurista/filosofo appartenente a quel pragmatismo italiano che, reagendo alle metafisicherie di certo esasperato positivismo, tentava di instaurare un sapere positivo mediante un’opera di pulizia intellettuale protesa a togliere di mezzo i problemi inesistenti e gli equivoci più grossolani, chiarificando al massimo i significati dei termini impiegati nella ricerca, senza creare strutture schematiche troppo rigide e soprattutto riconducendo i principii della conoscenza in un alveo di rigorosa correttezza metodologica. A questo proposito, ha un grosso significato che l’*opus magnum* di Finzi, “Il possesso dei diritti”, del 1915, e cioè il volume presentato per l’esame di libera docenza, sia dedicato “Alla memoria di Mario Calderoni” (10), e che di riferimenti a Calderoni e a Vailati, ossia ai due protagonisti del pragmatismo teoretico fiorentino, siano disseminate tutte le pagine finziane, almeno quelle del momento squisitamente formativo (11).

Certamente non sbagliai quando, nel mio primo tentativo di comprensione dell’opera scientifica di Finzi, nel 1986, io arrivai a qualificare “Il possesso dei diritti” “un prodotto della officina pragmatistica” (12). Pur con le non poche ingenuità di cui arrivava a infarcirsi soprattutto ad opera dei geniali ma sregolati letterati promotori, il movimento pragmatistico nella sua specifica caratteriz-

(9) G. PAPINI, *Sul Pragmatismo*, ora in *Opere*, Milano, Mondadori, p. 5.

(10) Dèdica che ha fatto malissimo a omettere come insignificante il curatore della ristampa del volume presso Giuffrè nel 1968. Per comodità del lettore tutte le citazioni saranno fatte su di essa.

(11) Penso che, grazie alla recensione fatta da Giovanni Vailati al volume di Ludovico Limentani “La previsione dei fatti sociali” del 1907, Finzi sia entrato in familiarità intellettuale con colui che, dal 1921, sarà titolare della cattedra di Filosofia morale nell’Istituto di Studi Superiori di Firenze, del quale diventerà fraterno amico, insieme al quale fonderà nel 1923 il fiorentino ‘Circolo di cultura’, di cui frequenterà assiduamente il salotto filosofico negli anni Venti e Trenta fino alle sciagurate leggi razziali italiane. Traccia della sua conoscenza del volume sopra citato di Limentani è ne *Il possesso dei diritti*, cit., p. 341.

(12) P. GROSSI, *Stile fiorentino-Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 173.

zazione fiorentina, gremito — grazie a Vailati e Calderoni — di serie istanze gnoseologicamente innovatrici e di pressanti cautele sulla "insidia che continuamente ci tende il linguaggio" (13), calato — grazie al giurista Calderoni — nel tessuto stesso dell'analisi giuridica del mondo socio/economico, teso a una linea epistemologica che consentisse finalmente la sicura verifica degli enunciati linguistici e scientifici, fornì a Finzi gli strumenti per purificarsi nel profondo delle proprie scelte metodologiche e per separarsi da un gregge di giuristi che l'allievo di Venezian vedeva viziati nel loro approccio essenziale al diritto.

Con questa necessaria precisazione, che non contraddice ma integra quanto si è or ora detto: la convinta adesione pragmatistica fu per Enrico Finzi virtù e vizio insieme, fomite e limite, arricchimento e costrizione. Infatti, il rigorosissimo esame di coscienza epistemologico, al quale sempre Finzi si sarebbe sottoposto, lo avrebbe obbligato a una parchezza di manifestazioni, facilonamente interpretata come indolenza ma radicata invece in una severa introspezione sulle qualità dei propri prodotti intellettuali. Aveva ragione un suo grande amico e collega, e fedele compagno in tante iniziative culturali fiorentine (14), il glottologo Giacomo Devoto, quando scriveva, in uno splendido necrologio redatto a caldo per un quotidiano fiorentino il giorno dopo la morte: "Enrico Finzi ha pagato il suo rigorismo ipercritico" (15).

(13) "Uno degli ostacoli maggiori al progresso del pensiero sta nella insidia che continuamente ci tende il linguaggio": lo afferma Calderoni in una commemorazione del suo mentore e amico Giovanni Vailati (cfr. CALDERONI, *Scritti*, cit., vol. II, p. 171), rifacendosi ai ripetuti richiami di Vailati a quelle che lui chiamava nella intitolazione di un suo famoso saggio 'questioni di parole' (cfr. G. VAILATI, *Alcune osservazioni sulle questioni di parole nella storia della scienza e della cultura*, ora in G.V., *Scritti*, Firenze, Seeber, 1911).

(14) Negli anni Venti fu precisamente di Finzi il tentativo di creare presso il caffè Doney un periodico appuntamento culturale e artistico, e fu sempre Finzi, nel febbraio del 1923, a promuovere — con il filosofo Limentani, il filologo Pasquali, lo storico Salvemini, l'economista Serpieri, il giurista Calamandrei — la fondazione di un Circolo di cultura, che sarà presto saccheggato da squadrace fasciste e poi soppresso dal Prefetto per motivi di ordine pubblico. Segni, tutti questi, del perfetto inserimento del civilista mantovano entro il tessuto sociale e culturale della città di adozione.

(15) G. DEVOTO, *Enrico Finzi*, ora in *Civiltà di persone*, Firenze, Vallecchi, 1975, p. 160.

Insomma, se non si immerge Finzi nella cultura fiorentina dei primi anni del nuovo secolo, credo fermamente che ci si precluda la possibilità di comprenderlo appieno; il che è spesso avvenuto, e ben spesso il nostro singolarissimo giurista è stato un personaggio, o frainteso, o ingiustamente minimizzato, o addirittura rimosso.

3. Un imperativo si profilava netto nelle riflessioni del giovane laureato bolognese: svecchiare; occorreva svecchiare. Svecchiamento che si concretava in una necessaria e indilazionabile operazione da parte del civilista italiano: provvedere a togliersi di dosso vesti inadatte, non solo perché decrepite e usurate, ma soprattutto perché troppo strette a fronte dei bisogni di un tempo ormai pos-moderno, e pertanto soffocanti.

Svecchiare significava impegnarsi in parecchie direzioni, ma, innanzi tutto, nel togliersi dalla testa l'idea insensata dello *ius civile* quale scienza pura, retaggio persistente di quella metafisica dell'immanenza in cui era venuto a ridursi il giusnaturalismo moderno⁽¹⁶⁾; allo stesso tempo, significava recuperare la storicità. E, proprio in questo indirizzo culturale, occorreva sbarazzarsi delle mummificazioni (espressione uscita dalla penna di Venezian⁽¹⁷⁾), alle quali il diritto civile italiano era stato costretto da tracotanti modelli romani e romanistici.

Si badi: se c'è stato un civilista cultore attento e appassionato della storia del diritto, dei diritti romano e germanico, questi è Enrico Finzi, e nei suoi scritti non mancano mai le citazioni riverenti di Perozzi e soprattutto di Brini, suoi maestri bolognesi⁽¹⁸⁾, cui egli pensa di dovere culturalmente molto. Ma, per lui, il diritto romano

⁽¹⁶⁾ Ho sottolineato il pervicace 'vizio giusnaturalistico' del civilista italiano in un mio risalente libriccino dedicato a *La cultura del civilista italiano-Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 1 ss..

⁽¹⁷⁾ È proprio nel suo scritto culturalmente più coraggioso (*Danno e risarcimento fuori dei contratti*, ora in *Opere giuridiche*, vol. I, Roma, Athenaeum, 1930, p. 1) che si respingono con forza "proposizioni avventate, come il diritto romano è ragione scritta, che mirano a mummificarci nella contemplazione sterile d'un complesso di regole adatte a una società di quindici secoli fa".

⁽¹⁸⁾ Ecco alcune espressioni, che prendo, a caso, dal volume del 1915: "l'acutissimo romanista Giuseppe Brini", "i mirabili studi del Brini" (*Il possesso dei diritti*, cit., p. 47).

è storia, è esperienza, è vita vissuta da una grande civiltà storica, e ha poco a vedere con i modelli geometrizzanti di quei Pandettisti e civilisti/pandettisti che si erano dati da fare per costruire un diritto astratto, e in quanto as-tratto, separato dalla storia e dalla incandescenza dei fatti sociali ed economici in mezzo ai quali tutti gli uomini conducono la loro esistenza.

Dimenticando per un momento le commistioni di Brini fra diritto romano e teoria generale, egli scrive convinto: “gran parte della peculiarità del diritto romano non si presta ad una spiegazione meramente logica: ha solo una giustificazione storica. È soltanto nella natura della società romana che può trovarsi la chiave dell’enigma. E “natura di cose non è che nascita di esse in certi tempi e in certe guise” (VICO, *Scienza Nuova*, Degnaz. XIV)”⁽¹⁹⁾. Ci sia consentita, in proposito, una notazione rilevante: questa grande dignità dello storicismo vichiano lui vorrà porre in esergo al primo esperimento suo scientifico, la tesi di laurea bolognese — che viene stampata solo privatamente per cura dell’autore — sostanzialmente rivolta a indagare un tema squisitamente storico-giuridico⁽²⁰⁾.

Svecchiare è, pertanto, per il giovane Finzi un imperativo culturale ma insieme etico e sociale; diversamente, il civilista avrebbe tradito il suo ruolo nella società.

Sì, perché sarebbe tradimento, e tradimento sommo, dare vita a un meraviglioso artificio, più simile a un castello di carte che all’ordinamento efficiente e salvante per la casa dell’uomo. Il nesso società/diritto è imprescindibile, a meno che non si voglia fare di questo, o una nuvola galleggiante ben al di sopra della terra, o — peggio ancora — uno strumento violento e costrittivo.

Dignità metodologica elementare, quella vichiana, che deve intendersi sottesa a ogni contributo scientifico di Finzi e che egli sembra implicitamente suggerire a ogni giurista (ma, in modo par-

⁽¹⁹⁾ FINZI, *Il possesso dei diritti*, cit, p. 161 (in nota).

⁽²⁰⁾ E. FINZI, *Saggio intorno alla formazione storica di alcuni istituti giuridico-sociali (occupazione - detenzione: possesso: proprietà: furto*, Mantova, tip. Mondovi, 1907. Una informazione per comodità del lettore: questo testo può essere consultato presso la Biblioteca Comunale di Mantova, dove abbiamo potuto rintracciarlo; ora anche, per iniziativa dello scrivente, presso la Biblioteca della Corte Costituzionale in Roma e presso il ‘Fondo Paolo Grossi’ della Biblioteca del ‘Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno’ in Firenze.

ticolare, al civilista come chiamato in prima persona a ordinare la vita quotidiana del cittadino). Altrimenti, questo personaggio dalla preziosa professionalità, presenza fertile nella civiltà europea da Roma in poi, si trasforma mostruosamente in un Azzecagarbugli, ossia in un parassita della società quale strumentalizzatore del diritto e stravolgitore della sua funzione ordinante.

Indossata questa veste storicistica, Finzi si trovava inevitabilmente in contrasto con i due atteggiamenti portanti del diritto civile moderno: legalismo/codicismo e formalismo, l'uno ben stretto all'altro in una funzionale congiunzione simbiotica. Il Nostro, che non si dimentica mai di essere il cultore di un diritto positivo e che ha scelto fin dall'inizio di svolgere — accanto alla ricerca scientifica e all'insegnamento universitario — l'esercizio di una elevata ma intensa professione forense, si sente perennemente chiamato a ordinare una realtà positiva, ma ha perennemente in uggia di ridurre quell'ordinamento a un insieme di comandi astratti che i giuristi debbono soltanto passivamente esplicitare con le loro esegesi. L'osservatore vigile e disincantato conosce benissimo il divario — talora enorme — tra la lettera della legge fissata in un impassibile testo cartaceo e la società che non cessa di divenire e di trasformarsi, e coglie proprio in quella riduzione uno degli aspetti più desolanti dell'assolutismo giuridico moderno.

Se si volesse sintetizzare in una conclusione riassuntiva il progetto scientifico intuito, disegnato e portato innanzi da Enrico Finzi, non avrei esitazione nell'esprimerla così: ampliare il territorio della positività giuridica troppo angusto nella visione della cultura giuridica moderna, operare il recupero alla giuridicità di quanto gli atteggiamenti legalistici e formalistici proprii a questa cultura avevano condannato nella mera fattualità sottoponendo l'intero ordine giuridico a un esasperato e inaridente riduzionismo.

Su questo piano di azione intellettuale il suo compito era agevolato dalle pionieristiche sperimentazioni teoriche del suo mentore Venezian, dalle sue aperture oltre e contro la cappa di piombo romanistica verso il mondo alieno del *common law* e verso la diversa tradizione del diritto germanico, dalla sua valorizzazione della dimensione dell'effettività, dalla marcata tutela dell'aspettativa, dalla rilevanza dell'esercizio a fronte della mera titolarità. I diversi contributi di Finzi, nella loro consecuzione temporale, non faranno che

seguire una siffatta linea programmatica, e lo verificheremo tra breve quando si offriranno al lettore delle specifiche annotazioni su quelli ritenuti più rilevanti e raccolti in questo volume.

4. Avere una costante attenzione verso i fatti economici e sociali, non mancare di osservarli attentamente facendone tesoro. Questo è l'invito insistente di Finzi e anche il monito per ogni giurista. E consisteva, di per sé, nell'incrinare, se non infrangere, quella impenetrabile muraglia cinese che la civiltà moderna, seguendo una occhiuta strategia di controllo per la dimensione giuridica, aveva eretto tra *ius* e *facta*. Questo Finzi ha attuato con assoluta fedeltà alle premesse metodologiche propugnate, e, ovviamente, come si vedrà, ha pagato personalmente il conto.

Qui non si deve omettere di innestare la sua piena adesione al programma del pragmatismo teoretico di Vailati e Calderoni, suoi indiscussi maestri sul piano epistemologico. Guardare ai fatti era il punto di avvio di una ricerca autenticamente scientifica anche per loro, sempre sollecitati dal disprezzo per metafisicherie nuvolesche e dal tentativo di instaurare un sapere positivo mediante l'analisi tecnica ed antiretorica del pensiero e soprattutto del linguaggio. Insieme, congiuntamente, doveva, però, svilupparsi nel ricercatore una avveduta coscienza della possibile (se non probabile) arbitrarità degli strumenti tecnici ⁽²¹⁾, del 'coefficiente di errore' latente in ogni tradizione anche consolidata ⁽²²⁾.

L'ordinamento dei fatti, cui tende il giurista/scienziato, potrà avvenire solo se l'osservazione di questi è orientata da rigorose categorie ordinanti e da un linguaggio rigoroso, gli unici strumenti che possono condurre alla meta di una corretta grammatica del discorso giuridico. È ovvio che la virtù massima, in questa operazione di pulizia intellettuale, è la consapevolezza del rischio, dei tranelli che tecniche e linguaggio possono far trovare sul cammino, dalla quale discende la necessità della più guardinga vigilanza. Solo

⁽²¹⁾ Consapevolezza già presente nel saggio metodologico del 1914 (e propedeutico alla ampia monografia "Il possesso dei diritti") su *Le teorie degli istituti giuridici* (in *Rivista Critica di Scienze Sociali*, I (1914), p. 99), dove si cita il saggio co-firmato da Vailati e Calderoni circa "L'arbitrario nel funzionamento della vita psichica".

⁽²²⁾ *Il possesso dei diritti*, cit., pp. 48/49.

per questo tramite si potrà arrivare alla definizione del fatto assunto a oggetto di conoscenza giuridica.

Nella prima mia ricostruzione del pensiero del Nostro da me redatta nel 1986, non esitai nell'affermare che "per Finzi il sapere giuridico ha carattere soprattutto definitorio ... l'ambizione fondamentale di Finzi è definire ⁽²³⁾; e non intendevo per *definire* un ricercare formulette costringenti e, pertanto, come ci ha ammonito l'antica sapienza romana, pericolose e vitande. Definire — ripeto quanto scrissi allora — "vuol indicare invece una volontà che è tesa a cogliere l'essenza dell'oggetto frontale nei suoi confini naturali e che sa benissimo di poterla conseguire soltanto evitando equivoci e luoghi comuni, autodisciplinandosi con un rigoroso approccio metodico" ⁽²⁴⁾.

Alla luce di quanto si è ora detto, vorrei anche ribadire una riflessione (prima accennata) sulla esperienza personale del Finzi scrittore di cose giuridiche, riflessione che gli è dovuta contro illazioni sminuenti: è inevitabilmente arduo e tormentoso fissare sulla pagina un sapere giuridico così logicamente e culturalmente purificato. Il modello elevato, cui lo scrittore si ispira, anche se non lo condanna all'impotenza, rende difficile una sua consolidazione scritta. Finzi lo sa, ed è la prima vittima del piano auto-purificatorio entro cui deliberatamente si inserisce. Lascerà ai posteri un materiale estremamente decantato, quantitativamente ridotto ma di tale qualità culturale e tecnica da rendere la sua presenza scientifica nella Firenze tra le due guerre sommamente significativa.

Non aveva torto il suo amico e sodale Devoto, quando scriveva su di lui la frase che ho voluto più sopra riportare: "Enrico Finzi ha pagato il suo rigorismo ipercritico" ⁽²⁵⁾. Né ho avuto — credo — torto io stesso quando ho parlato della sua convinta adesione al pragmatismo vailatiano/calderoniano come di un fomite ma anche di un limite ⁽²⁶⁾.

5. Da tutto questo complesso di atteggiamenti culturali, che venivano a dare una caratterizzazione tanto marcata al giovane

⁽²³⁾ GROSSI, *Stile fiorentino - Gli studi giuridici nella Firenze italiana*, cit., p. 169.

⁽²⁴⁾ Loc. ult. cit..

⁽²⁵⁾ Cfr. alla nota 15.

⁽²⁶⁾ Cfr. più sopra, alla p. 248.

mantovano trapiantato definitivamente nella incantatrice Firenze, una conseguenza non poté che scaturire sul piano accademico: l'isolamento, la solitudine; conseguenza inevitabile per chi non ha condiviso luoghi comuni, mitologie e dommatiche imperanti, e ha tracciato un proprio personalissimo sentiero di ricerca. Agli occhi della ufficialità accademica sono, infatti, preferibili meri compilatori privi d'un fiato di pensiero od ottusi esegeti incapaci di sollevarsi di una sola spanna al di sopra del testo autoritario a personaggi vivaci ma turbativi del quieto stagno delle *opiniones communes* ricevute dalla maggioranza diligente e silenziosa. Lo stesso *cursus honorum* accademico di Finzi ne è la piena dimostrazione: staziona molto a lungo nell'Istituto Superiore di Scienze Economiche e Commerciali di Firenze, conseguendo tardi il traguardo della cattedra e arrivando alla Facoltà di Giurisprudenza fiorentina quale professore ordinario solo nel 1946.

Di questa appartatezza e solitudine il primo ad accorgersi è proprio lo stesso Finzi. Resta traccia di questa sua posizione psicologica in una lettera di Francesco Carnelutti scritta da Venezia il 16 agosto del 1921 in risposta ad una in cui Finzi — alcuni giorni prima, e precisamente il 6 agosto — aveva esternato all'amico illustre, allora già Ordinario nell'Ateneo di Padova, non soltanto la buona novella dell'attesa del primo figlio ma anche rammarichi circa le incomprensioni scientifiche dei colleghi che lo lasciavano solo e isolato (27). Poiché si tratta di una missiva di indubbio rilievo, ne offriamo fotocopia all'interno del volume. Ecco l'eloquente testo carneluttiano:

*Carissimo,
tornato dopo un breve riposo montanino, trovo la tua del 6 agosto.*

Sono infinitamente lieto per la buona notizia che mi dai: la ritengo molto buona; perché conosco ormai molto bene la vostra casa per non sapere quanta gioia vi porterà il piccolo che aspettate. Ti prego di comunicare alla Signora le

(27) Dobbiamo la consultazione della lettera alla cortesia della nipote di Enrico, la dr.a Daniela Noferi, la quale, perdurando la dolorosa ed espropriativa infermità della madre, Prof.a Adelia Noferi Finzi, mi ha ammesso nella vecchia casa di Lungarno Vespucci 68 e mi ha consentito di rintracciarla tra le poche carte del nonno lì ancora conservate.

espressioni di compiacimento e di augurio che le fa in proposito anche mia moglie.

Adesso che sei già potenzialmente padre, penso che sentirai maggiormente il dovere di non fare il poltrone. Quanto alla paura di essere “troppo solo” forse anche questo è un paravento della poltroneria. Anche io sono stato regolarmente e costantemente solo: e ho fatto la mia strada. Nel nostro ambiente non ci sono che due modi per andare avanti: o strisciare o volare. Mi sembra che tu non abbia la capacità per la prima andatura. Tendi dunque le ali e vola dove ti piaccia. Peggio per gli altri se non ti arriveranno. A ogni modo tra il dire cose che inaspriscono i tuoi critici, lavorando; e il non inasprirli, non facendo nulla, mi sembra che la scelta non possa essere dubbia. Dico questo perché so benissimo che tertium non datur, cioè reputo impossibile che tu studii un problema per essere d'accordo con gli altri ...

È probabile che io torni a Firenze in ottobre e che vi conduca per un paio di giorni mia moglie e la mia bambina.

Presenta alla signora ancora omaggi e auguri e credimi con l'usato affetto

Carnelutti

La lettera non ha bisogno di molti commenti e serve egregiamente per avvalorare quel sentimento di solitudine scientifica e accademica di Finzi, sul quale ho insistito più sopra. Riprendendo le immagini di Carnelutti, si può ben dire che Finzi si è sempre rifiutato di *strisciare* sulla norma positiva aderendovi piattamente, e ha scelto di *volare*, ossia di costruire liberamente con quella libertà che è propria di chi si muove a livello del pensiero. A Finzi non si addiceva l'esegesi testuale, bensì il ruolo alto di interprete. Ce lo dice lui stesso, implicitamente, nella nota critica che si sente di fare a un modesto esegeta, Assuero Tartufari, la quale diventa — *per oppositum* — un contributo autobiografico: “Leggendo le opere del Tartufari ... noi assistiamo al penoso annaspere di un ingegno cui solo mancava la libertà per ergersi altissimo. Noi vediamo la bella e geniale visione invecarsi nella cavillosa interpretazione delle parole del codice, trapassare continuamente dal desiderio di assurgere ad una idea universale alla necessità di attenersi alla particolare dottrina del codice, cui egli vuole appoggiarsi” (28). In una pagina successiva, sempre a proposito di Assuero Tartufari, egli puntualizza: “non ha tempra di scienziato, ma sol di dialettico” (29), quasi per dirci che

(28) *Il possesso dei diritti*, cit., p. 137.

(29) *Il possesso dei diritti*, cit., p. 225.

non ha nulla di autenticamente scientifico un esercizio logico-formale sul testo disincarnato della legge.

6. È ora di render conto, al lettore di questo libro, dei criteri che mi hanno sorretto per includere o per escludere in seno alla presente raccolta.

Ho ritenuto di dover essere severo, sicuro che di questa severità il primo a rimanere soddisfatto sarebbe stato proprio il mio caro Maestro; ho, pertanto, escluso quei parecchi contributi dove Finzi dimostra soltanto una perfetta dominanza delle tecniche giuridiche e quelli dove egli si inserisce in discussioni e polemiche assolutamente superate dagli sviluppi legislativi e scientifici successivi. Come ho già precisato, ho convintamente incluso quei contributi preveggenti, colmi di intuizioni e, quindi, colmi di futuro, che il giurista di oggi può leggere con profitto. Di questi parlerò partitamente fra poco.

Rendo partecipe il lettore anche di una mia perplessità circa la tesi di laurea bolognese di Enrico del 1907, perplessità che discendeva dalle seguenti motivazioni. Talune spingevano a favore dell'inserimento: perché vi si rispecchia indubbiamente un ventitreenne di grande talento e soprattutto di grande apertura culturale; perché, stampata privatamente da lui, è restata, per quanto io ne so, sepolta nella Biblioteca Comunale di Mantova e in quella personale dell'Autore e, di fatto, assolutamente sconosciuta. Mi permetto di spiegare qui brevemente perché le perplessità si siano trasformate in una conclusiva propensione a non ricomprenderla nella raccolta.

Ripeto, per comodità di chi legge, il tema: "Saggio intorno alla formazione storica di alcuni istituti giuridico-sociali (occupazione; detenzione; possesso; proprietà; furto)". E ripeto, perché rilevante, quanto ho già constatato: è sostanzialmente un tema storico-giuridico, e la dignità di Vico ('natura di cose non è che nascimento di esse'), sottolineata con voluta evidenza nell'esergo della pubblicazione, segnala con intensità lo storicismo del giovane giurista, atteggiamento cui egli si terrà ancorato per tutta la durata del suo itinerario di studii. Da buoni mentori, come Savigny e Jhering, assorbe la consapevolezza della storicità intrinseca del diritto e della inscindibilità tra dimensione storica e dimensione teoretica; certezze metodologiche che traspiono da tutto lo svolgersi della tesi.

È il primo lavoro di un giovane che ha occhi e orecchi ben aperti, curiosissimo e informatissimo (si pensi: egli cita la memoria che Benedetto Croce aveva letto, il 21 aprile e il 5 maggio di quello stesso anno 1907, a Napoli presso la Accademia Pontaniana, su “La riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell’economia”⁽³⁰⁾). Soffre, però, ovviamente, del vizio che è naturale a un lettore novizio di tante e troppe cose: l’eclettismo. Storicista convinto, palesa tuttavia un forte gusto per letture etnologiche e sociologiche (nonché per pagine schiettamente evoluzionistiche) dimostrando di nutrire in sé anche venature dell’ingenuo positivismo scienziato di fine Ottocento.

A questi accenni critici va aggiunto che vi sono, tuttavia, pienamente valorizzati gli insegnamenti teorici di Brini sulla natura giuridica del possesso dei diritti e sulla sua ammissibilità tecnica, e, in modo particolare, le visioni neoteriche di Venezian sulla tutela dell’aspettativa (fissate nella celebre prolusione bolognese del 1900) e sulla nozione romanisticamente inaccettabile di *Gewere*, che il grande civilista triestino ha estratto dal suo grembo nordico e trapiantato nei paesaggi giuridici mediterranei.

Alla *Gewere* il laureando bolognese dedica la nota spropositatamente lunga con cui si apre il capitolo terzo⁽³¹⁾, segno fin da allora (siamo nel 1907) dell’interesse teorico per un istituto che egli avrebbe assunto a chiave di volta del volume del ’15 redatto per il conseguimento della libera docenza. La *Gewere*, istituto *hochdeutsch*, entro la quale fatto e diritto si mescolano in un intreccio inseparabile, è un istituto “confusionario per i romanisti” perché non è possesso e non è dominio, “è l’uno e l’altro, e nessuno”, come tiene a precisare Finzi⁽³²⁾ sottolineando la sua alienità rispetto agli ufficiali canali romanistici fondativi delle moderne codificazioni europee.

È un istituto nato dal basso di prassi consuetudinarie, e perciò “pratico”⁽³³⁾, che ha risolto mille problemi quotidiani contrasse-

⁽³⁰⁾ *Saggio intorno alla formazione storica di alcuni istituti giuridico-sociali*, cit., p. 76.

⁽³¹⁾ È la nota 1 di pagina 51.

⁽³²⁾ Le due citazioni si trovano, rispettivamente, alle pagine 54 e 55 della tesi.

⁽³³⁾ Così lo qualifica Finzi alla pagina 54.

gnando di sé un'epoca lontana e fornendo uno schema ordinamentale utilizzabile in altri contesti storici. Come or ora si accennava, la *Gewere*, rivissuta teoricamente dai germanisti ottocenteschi, è la cifra giuridica capace di sciogliere l'enigma tecnico-giuridico di un possesso dei diritti.

7. Il giurista Finzi, la cui figura si profilerà netta negli scritti (quantitativamente minori) qui raccolti, ha i lineamenti di un personaggio dalla straordinaria unitarietà.

Storicità e fattualità del diritto, coscienza della complessità dell'ordine giuridico e, quindi, rifiuto dei riduzionismi legalistici e formalistici moderni, osservazione attenta e disponibile della transizione in atto con la propensione ad accogliere le novità come segno dei tempi e dei bisogni nuovi; tutto questo si assomma in lui caratterizzandolo e facendo di lui un giurista autenticamente novecentesco; intendendo, con una siffatta qualificazione, un intellettuale che è immerso fino al collo — e non solo cronologicamente — nel Novecento quale tempo già pos-moderno nel suo crescente rimuovere le certezze proprie della modernità giuridica. Immersione che resta, invece, meramente cronologica per il gregge dei civilisti italiani, conquistati dalle mitologie giuridiche confezionate nel nostro passato prossimo e assertori delle certezze moderne calate nel profondo delle loro convinzioni e diventate una sorta di loro statua interiore.

È pos-moderno l'*opus magnum* di Finzi del 1915, sono pos-moderne le sue ricerche sulle nullità negoziali del 1920, sono post-moderne le sue riflessioni sulla proprietà, sono pos-moderne le sue valorizzazioni delle dimensioni 'sociale' e 'collettiva' (ripugnanti alla modernità giuridica) che emergono nette in tante sue non dimenticabili pagine più propriamente commercialistiche.

Personaggio unitario portatore di messaggi unitarii. Ciò segnala un intellettuale coerente sino in fondo ai basamenti culturali prescelti fin dai primi approcci giovanili, ma segnala anche, come già sappiamo, se non un eretico, certamente un giurista di difficile comprensione per la grande maggioranza di civilisti pandettisti o esegeti, e, pertanto, un innovatore solitario da lasciar cuocere nel brodo da lui stesso confezionato.

8. Come abbiamo anticipato, le prime fatiche scientifiche di Finzi sono state (a parte la redazione della tesi di laurea) due grossi esercizi di scrittura: la amplissima indagine del '15 sul possesso dei diritti e il più ridotto saggio monografico sulle nullità del negozio giuridico, del 1920; si è sicuramente trattato di pesanti fatiche per un cercatore di verità⁽³⁴⁾, per uno sceveratore del metodologicamente vero dal falso, per un decantatore delle ambiguità del linguaggio, per un giurista reso cautissimo dalla sua puntuta coscienza della probabile arbitrarietà delle sue tecniche giuridiche. Trattandosi di due monografie, sono ovviamente escluse dalla nostra raccolta, ma mi sembra opportuno offrire al lettore una sintesi del loro messaggio, al quale si è fatto riferimento — ma troppo sparsamente — in quanto si è detto in precedenza. Ciò varrà a corroborare il disegno di quell'intellettuale unitario di cui si è parlato.

Intanto, una precisazione illuminante: il primo piccolo saggio ricompreso nella nostra raccolta, "Le teorie degli istituti giuridici", risalente al 1914, intriso com'è di epistemologia pragmatistica, costituirà l'anno dipoi, con minime irrilevanti variazioni formali, la 'Introduzione' a "Il possesso dei diritti". Il quale vuole essere ed è la ponderosa e poderosa verifica di quelle verità epistemologiche entro il tessuto di un gruppo di istituti.

Nel volume, infatti, il compito del giurista è ordinare, porre confini sicuri, espungere dati estranei, dissolvere gli equivoci e i luoghi comuni, togliere la nebbia del vago e dell'ambiguo in un discorso che, o è un corretto approccio verso la realtà per tradurla veridicamente nell'alfabeto di segni proprii al giurista, o è altrimenti una inutile profluvie verbale (peggio ancora: una mistificazione). Compito che investe ogni indagine giuridica e che ritroviamo disegnato intatto per la revisione finziana della teorica delle nullità negoziali, dove l'Autore non manca di rinviare alle sue precisazioni del '15, come se non fossero trascorsi — nel frattempo — ben cinque anni⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ L'espressione, peccante di presunzione, è dello stesso Finzi, reso tranquillo dai rimedi metodologici fornitigli dalla scuola pragmatistica fiorentina: "io ho condotto l'indagine con un unico fine: la ricerca della verità" (*Il possesso dei diritti*, cit., p. 409).

⁽³⁵⁾ "Io ho avuto altra volta la opportunità di rilevare come a questa imprecisione di linguaggio corrisponda di necessità, quasi sempre, una confusione di concetti:

Ecco una prima definizione del tema: “noi abbiamo ripartiti i possibili casi che vi rientrano in tre ampie classi che ne esauriscono la materia. In tre modi ed in tre modi soltanto si può essere in *possessione di un diritto*: cioè ove si sia creato un rapporto ad esso corrispondente, o su la base del mero elemento legale del suo fatto giuridico, o sulla base del mero elemento naturale di esso fatto, od il rapporto esista, per qualsiasi ragione, fuori dai presupposti dei diritti corrispondenti”⁽³⁶⁾. È l’indicazione di un nuovo osservatorio fecondissimo da cui guardare l’intera realtà giuridica o una buona fetta di essa: esaminare gli istituti quasi controluce, partendo dalla loro ombra sulle cose più che dalle linee della loro normale figura; esaminarli, come Finzi indicherà nel 1935 a proposito della proprietà, ‘da sotto in su’.

Concretizziamo con degli esempi il campo prescelto: “il matrimonio del già coniugato celebrato regolarmente, la nomina di un incapace ad un pubblico ufficio, il diploma concesso a chi non ne ha diritto, la forma per la costituzione di una società per azioni perfettamente osservata, pur essendone sostanzialmente nullo l’atto costitutivo, la proclamazione a deputato del non eletto, la votazione regolarmente avvenuta ma a cui prese parte un deputato la cui nomina sarà revocata ...”⁽³⁷⁾. Il campo è, cioè, come indica l’elencazione sommaria ma eloquente, tutta quella vasta gamma di rapporti che non possono dirsi rapporti giuridici perfetti per il mancare di alcuni presupposti che l’ordinamento prevede necessari alla loro costituzione, ma nei quali, per il verificarsi degli elementi formali, “è avvenuta di fatto l’investitura di un diritto a favore di tal persona cui quel diritto giuridicamente non spetterebbe”⁽³⁸⁾.

Rapporti di fatto soltanto in un loro formalistico raffronto al modello di rapporto perfetto e assolutamente tipico, che un formalismo miope potrebbe condannare nella fossa delle invalidità, ma

inavvertitamente si trascorre d’uno in altro soggetto, e si crede di ragionare dove soltanto, invece, si fanno giochi di parole”; “certo si è che il vizio fondamentale delle correnti teorie delle nullità può vedersi nel non avere avuto sufficiente conoscenza di questa anfibologia e di queste confusioni concettuali” (*Studi sulle nullità del negozio giuridico*, cit., pp. 54 e 55).

⁽³⁶⁾ *Il possesso dei diritti*, cit., p. 285.

⁽³⁷⁾ *Il possesso dei diritti*, cit., p. 266.

⁽³⁸⁾ *Il possesso dei diritti*, loc. ult. cit..

che invece l'ordinamento, per le istanze sociali da cui è mosso, *recupera* alla dimensione della giuridicità ad un più basso livello possessorio, facendone tanti possessi di diritti costruiti sulla analogia economico-sociale col rapporto perfetto ⁽³⁹⁾. Enuncia Finzi: “io affermo che esiste come possibile accanto a ciascun rapporto giuridico un altro rapporto giuridico, il quale ha per fatto giuridico l'investitura in quel rapporto e per contenuto la mera possibilità legale di esercitarne il contenuto” ⁽⁴⁰⁾. In mezzo al formalismo giuridico imperante nel 1915 Finzi insisteva sulla investitura di fatto di un diritto, compiacendosi di sostare ai confini estremi dell'ordinamento dove fatto e diritto si mescolano scandalosamente (scandalosamente — s'intende — per un legalista/formalista), guardando con attenzione verso gli strati più riposti gremiti di irregolarità e di atipicità, e contemplando serenamente quei recuperi sociali che costituivano senza dubbio una incoerenza rispetto alle geometrie rigorose ma museali delle forme giuridiche tipiche.

Ed ecco la frequenza, quasi assillante, di quel sostantivo ‘recupero’ e di quel verbo ‘recuperare’, e la pari frequenza del sostantivo ‘investitura’, se non addirittura ‘investitura di fatto’, che segnalavano l'istanza, culturale prima che tecnica, la più forte e la più risolutiva in questo intellettuale, consistente nel cogliere la complessità di ogni ordine giuridico e nel tentare di recuperarla, di impedirne l'inaridimento. Come ho detto più sopra, Finzi respinge l'idea che il Codice sia lo specchio perfetto dell'ordinamento, quasi un museo dove ci sono armadii e teche, dove tutto è ben classificato, ma dove quel tutto rappresenta una parte minima della civiltà che il museo ha la pretesa di manifestare al visitatore.

Riprendo, in chiusura, un motivo già accennato: la centralità della *Gewere* nella architettura dell'opera: se la nozione di *investitura* è il meccanismo operativo che permette a Finzi il recupero di strati sepolti o rimossi dell'ordinamento, la antica *Gewere*, quale cerniera tra fatto e diritto, è l'unico assetto sperimentale (cioè storicamente sperimentato) fondato su una investitura che gli dia la cifra di quel meccanismo. Ed egli chiede apertamente ai germanisti di disseppellirgli dall'urna di una civiltà possessoria come il medio-

⁽³⁹⁾ *Il possesso dei diritti*, cit., p. 258.

⁽⁴⁰⁾ *Il possesso dei diritti*, cit., p. 286.

evo l'istituto che è l'assetto concreto dell'ordine alto-medievale quale civiltà costruita sul 'possesso dei diritti' ⁽⁴¹⁾. L'istituto, visibilmente *hochdeutsch*, veniva sottratto dal grembo di una remota vita primitiva per *recuperare* quei mille rapporti imperfetti di cui la civiltà moderna appariva straordinariamente folta: l'istituto di un vecchio diritto vivente per aiutare a capire e a formalizzare istituti tanto distaccati nel tempo ma tanto uniti dall'unico problema di vita giuridica che erano chiamati a risolvere.

Se un lettore distratto o annoiato dalle pesanti pagine del volumone finziano, arrestandosi a fallaci apparenze, arrivasse a identificare i continui riferimenti alla *Gewere* come elucubrazioni dottissime ma sradicate dalla realtà italiana ed europea del 1915, sbaglierebbe di grosso. Presente e passato sono qui dimensioni che si integrano a vicenda; la ricchezza di una vita interamente vissuta è dialetticamente messa in rapporto con l'oggi, quasi interpellata per fornire messaggi all'oggi. E Finzi se ne compiace appieno.

9. Dicevo più sopra della unitarietà del personaggio Finzi e della estrema coerenza con cui egli ha portato innanzi il proprio itinerario di ricerca. A riprova, mi sia consentito di trascrivere una pagina del volume del '15, dove si insiste sulla 'relatività' del concetto di negozio giuridico e dove è già prefigurato il discorso che impegnerà la seconda monografia del '20 in tema di nullità negoziali: "Tutta la teoria del negozio giuridico e delle sue nullità, ad esempio, troverebbe una base più solida ove si tenesse presente che il concetto di negozio giuridico è essenzialmente relativo dovendosi l'espressione integrare con la indicazione del rapporto che costituisce l'intento del dichiarante. Un negozio giuridico in sé, astratto, non si concepisce: esso importa sempre l'allusione implicita ad un dato rapporto giuridico che ne deriva: esiste soltanto il negozio giuridico di un dato rapporto. Così solo si spiega come una fattispecie possa insieme essere e non essere negozio giuridico: essa non è come negozio di un

⁽⁴¹⁾ Non sono, pertanto uno sfoggio di erudizione i ricchissimi riferimenti contenuti nel volume allo sviluppo dottrinale in tema di *Gewere*, da Eichhorn (1823) a Naendrup (1910), attraverso gli interventi critici di Albrecht, Gaupp, Homeyer, Sandhaas, Delbrück, Gerber, Stobbe, Heusler, Huber, Otto von Gierke (*Il possesso dei diritti*, cit., p. 141 ss.).

dato rapporto; esiste invece come negozio di un altro. E tutti i concetti corrispondenti di nullità assoluta o inesistenza, e rispettivamente di validità od efficacia, sono da considerarsi non già come assoluti, ma sempre e solo come relativi all'intento dichiarato, all'effetto cui si mira: ciò che si dice giustamente *inesistente*, in quanto manca dei requisiti per l'esistenza come fatto giuridico di un dato rapporto, può essere non solo esistente, ma perfettamente valido come fatto o negozio di un differente rapporto" (42).

Nel 1920, aggredendo il suo secondo tema monografico, Finzi avrebbe, dunque, potuto affermare: *heri dicebamus*, contemplando una linea di pensiero che corre ininterrotta. Infatti, ora, anno 1920, si vuole analizzare le nullità degli atti negoziali senza assolutizzazioni formalistiche e cioè senza avere sempre e soltanto dinnanzi a modello un'immagine di atti giuridici nella loro perfetta rispondenza alle previsioni del legislatore. Lo sguardo di un giurista non plagiato da legalismi post-illuministici deve ampliarsi, non disinteressandosi degli atti imperfetti e spostando opportunamente l'occhiale dal profilo della nullità — intensità massima della sanzione, che li condanna alla totale espunzione — a quello della efficacia, che, prescindendo da schematizzazioni astratte imperniate tutte sulla validità intrinseca dell'atto, misura lo stesso atto nella sua dimensione esterna, nel suo vivere continuato entro la storicità dell'ordinamento. In tal modo, si cerca di raggiungere il risultato, che è da un punto di vista sociale il più apprezzabile, e cioè il *recupero* dell'atto alla giuridicità.

Diamo ancora la parola al Nostro: "quando, per ragioni varie, ma che si riannodano sostanzialmente in gran parte al formalismo, vengono a costituirsi rapporti giuridici *di fatto*, cioè rapporti che il diritto oggettivo ricusa di considerare ma che i privati onesti osservano come giuridici, allora il diritto oggettivo sostanzialmente fallisce al suo scopo, perché in luogo di semplificare i rapporti patrimoniali e di coordinarli in una suprema armonia ove si contemperino gli interessi della società e dei singoli, viene invece ad intricarli o a contraddirli, ponendo una antitesi fra ciò che è e ciò che dovrebbe essere, dal perdurare della quale non deriva che danno sociale ... la

(42) *Il possesso dei diritti*, cit., p. 248.

frequenza delle sanzioni di nullità conduce a frustrare gli scopi del diritto oggettivo, a lasciare cioè che infiniti rapporti sorgano e vivano e si moltiplichino fuori della legalità, creandosi i cittadini da sé, in altri modi, le garanzie e le sanzioni necessarie a farli osservare, determinando il sorgere — altamente nocivo per la società — di una giustizia privata che regola i rapporti fiduciari, contrapposta a quella legale, che regola quelli giuridici” (43).

La scelta è per Finzi obbligata: aprirsi al profilo dell’efficacia, che è un orizzonte assai più esteso e anche assai più duttile che non sia quello della validità (sempre condizionata da impassibili modelli autoritarii e da valori). È, infatti, come sopra si accennava, lo strumento che consente di misurare l’atto nel divenire della vita quotidiana, nella cui complessità può essere recuperato. Può darsi che l’attualmente improduttivo divenga produttivo domani; può darsi che ciò che è improduttivo per gli aspetti connessi alla regolarità dell’atto, lo sia per altri aspetti esorbitanti il modello generale e normale.

Conclusione: “è essenziale pertanto ad ogni ordinamento giuridico un sistema di recupero ... dei rapporti che esso è costretto ad escludere in un primo momento dal suo seno: un modo, diretto od indiretto, per ricondurre sotto il suo controllo, la sua tutela, la sua sanzione, i vincoli sociali di contenuto patrimoniale, che, non perfetti legalmente, hanno però una esistenza di fatto”. E qui, com’è nella metodologia finziana, soccorre non poco la comparazione storica con tutto il suo prezioso tesoro di vita vissuta: “a soddisfare questo bisogno è servito consuetamente nella storia una specie di sdoppiamento del diritto oggettivo: accanto e sotto ad un ordinamento giuridico perfetto, formalistico, solenne, saldo e certo, fu collocato un diverso ordinamento giuridico improntato all’equità, alla materialità, all’empirismo: snello, flessibile, mutevole” (44).

E nella pagina di Finzi si stagliano l’esempio di Roma col suo diritto pretorio e del medioevo con la sua variegata pluralità di ordinamenti giuridici co-vigenti in uno stesso territorio e in uno stesso tempo; egli avrebbe potuto aggiungere un richiamo anche al ‘common law’ dove, nel medioevo e nella modernità, c’è sempre

(43) *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, cit., p. 26.

(44) *Studi sulla nullità del negozio giuridico*, cit., p. 27.

stata una feconda applicazione della visione giuridica finziana. Finzi si consente, invece, una aggiunta aspramente critica, sostanzialmente provocatoria, che vorrei sottolineare: quelli che lui chiama “rimedi reintegratori dell’ordine legale” “l’unificazione legislativa operata coi codici li ha ora in gran parte distrutti” ⁽⁴⁵⁾. E, da parte di un civilista pos-moderno, si riaccende ancora una volta — ma non sarà l’ultima — la sua polemica verso il riduzionismo legalistico della modernità.

10. Ecco la elencazione dei saggi accolti in questo volume secondo la loro consecuzione cronologica in base alla data della pubblicazione:

Le teorie degli istituti giuridici, in *Rivista critica di scienze sociali*, I (1914);

Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà, in *Archivio Giuridico*, XC (1923);

Conflitto tra principii generali del diritto, in *Il Foro Toscano*, II (1927);

Le disposizioni preliminari del Codice di Commercio nel Progetto della Commissione Reale, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, XXVI (1928);

Sulla riforma legislativa delle società commerciali, in *Scritti in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, Principato, 1929;

Società controllate (art. 6 R. D. L. 30 ottobre 1930, n. 1450), in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, XXX (1932);

Verso un nuovo diritto del commercio, in *Annuario del R. Istituto Superiore di Scienze Economiche e Commerciali di Firenze*, XI (1932/33); indi in *Archivio di Studi Corporativi*, IV (1933);

Diritto di proprietà e disciplina della produzione, in *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario*, Firenze, tip. Ed. Mariano Ricci, 1936;

Aspetti giuridici delle società cooperative, in *Archivio di Studi Corporativi*, VII (1936); indi in *Raccolta di studi in onore di Riccardo Dalla Volta*, Firenze, Casa Editrice Poligrafica Universitaria, 1936;

Riflessi privatistici della Costituzione, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, Barbera, 1950;

La Rivista di Diritto Agrario (celebrandone il trentennio), in *Rivista di Diritto Agrario*, XXX (1952).

⁽⁴⁵⁾ Loc. ult. cit.

Nelle pagine seguenti di questa ‘Introduzione’ si motiveranno, per ciascuno dei saggi finziani, le ragioni di una scelta. Qui ci limitiamo a una osservazione preliminare: la più gran parte di essi indaga temi proprii al diritto commerciale e, più in generale, al diritto dell’economia. Ciò conferma la singolare posizione di Finzi, il quale, pur non avendo mai ricoperto una cattedra di Diritto Commerciale od Agrario ma solo cattedre di Istituzioni di Diritto Privato e di Diritto Civile, era portato a penetrare con le sue indagini all’interno di diritti speciali in cui si esaltava in modo particolare quella fattualità che era nucleo essenziale della sua visione del diritto.

11. Sul primo saggio “Le teorie degli istituti giuridici” non ritengo necessario spendere troppe parole. Risalente al 1914, e cioè al momento della ponderosa preparazione del volume sul possesso dei diritti, offre il succo di quelle conclusioni epistemologiche che il giovane Finzi aveva assorbito dai suoi mentori Vailati e Calderoni; il saggio traduce in grammatica giuridica quelle conclusioni, tanto è vero che lo vediamo diventare il capitolo introduttivo del volume del 1915, ossia un preliminare discorso sul metodo, necessario a un libro che intende essere, nel suo nodo essenziale, un metodo di corretto discorso giuridico.

Una ulteriore osservazione: Finzi lo stampa, in veste autonoma, sulla neo-nata ‘Rivista critica di scienze sociali’ edita presso la Libreria de ‘La Voce’ in Firenze. La Rivista nasce nel clima del rinnovamento culturale fiorentino di quegli anni, anche se avrà vita effimera a causa del disastro bellico che sta per coinvolgere anche l’Italia ⁽⁴⁶⁾.

12. Da quanto ho sinora scritto in questa ‘Introduzione’, il lettore si è reso conto di un atteggiamento culturale che, in grazia della sua costanza, si è trasformato in caratterizzazione fondamentale del personaggio Enrico Finzi, del giurista, del civilista: l’insuf-

⁽⁴⁶⁾ Per alcuni cenni cfr. GROSSI, *Stile fiorentino - Gli studi giuridici nella Firenze italiana*, cit., pp. 82/84, dove si nota a proposito del primo fascicolo: “la premessa programmatica sembra uscita dalla penna di Vailati e di Calderoni ed è espressiva del loro pragmatismo teoretico” (p. 83).

ferenza verso i luoghi comuni tralatiziamente ricevuti e mai seriamente discussi, cui consegue il disprezzo (parola forte ma non spropositata) per un gregge di civilisti che passivamente li fa proprii e li ripete con la stessa meccanicità di un mulino di preghiera tibetano.

Sono molti — e parecchi già li conosciamo — gli interventi polemici del Nostro, che certamente non contribuiscono a renderlo universalmente benvenuto, ma sono soprattutto due che ne fanno un cantore appartatissimo. Interventi, per giunta, particolarmente sonori, perché si tratta di una 'prolusione' e di una 'Relazione' congressuale, e perché concernono ambedue un tema che la modernità giuridica aveva ritenuto sottratto, non dico a una critica demolitiva ma anche a una semplice messa in discussione di alcuni aspetti. È il tema della proprietà privata individuale, al quale, invece, Finzi dedica il suo discorso inaugurale per l'anno accademico 1922/23 del fiorentino Istituto Superiore di Scienze Sociali 'Cesare Alfieri' e una delle Relazioni di base al Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario nel 1935. Ci sembra opportuno esaminare subito congiuntamente l'uno e l'altra.

Due interventi, intimamente collegati nello sviluppo del pensiero dell'Autore, da considerarsi — l'uno — quale avvio di un ripensamento fortemente critico — l'altro — quale sistemazione definitiva di una completamente rinnovata visione dell'istituto proprietario. Ma, quando si parla di proprietà da parte di un civilista, si entra necessariamente in quel sacrario dove tutto è intoccabile: siamo, infatti, nel *sancta sanctorum* della costituzione politico-giuridica moderna, al cui centro sta la proprietà privata individuale quale pilastro costituzionale portante dell'intero edificio costruito dalla borghesia uscita vittoriosa dalla rivoluzione dell' '89.

Si badi: Finzi non ha amoreggiamenti comunistici, né intende farsi echeggiatore a Firenze dei lontani sommovimenti sovietici contemporanei. Egli crede, più semplicemente, che sia giunto il momento di ridiscutere una dogmatica, di calare un dogma giù dall'empireo dove lo si era situato e fermato, riducendolo a fatto storico.

Non sarà, infatti, mai ripetuto abbastanza che Finzi vive intensamente e senza prevenzioni il proprio tempo storico, lo osserva, lo registra, ne registra soprattutto la transizione che lo dà e che

coinvolge l'intero ordine sociale, economico, giuridico (47). Egli guarda al passato prossimo, arrivato per inerzia a toccare il presente (ossia alla modernità giuridica), da giurista pos-moderno, con occhi — grazie a Dio — smalzati e, pertanto, penetrantissimi.

Non lo disturba affatto — lui, appartenente a una cospicua famiglia ebraica mantovana — il diritto di proprietà individuale: lo disturba come lo si era mummificato e immobilizzato sino ad allora, nella statica rarefatta di uno stato primordiale di natura, fuori dalla storia perché mai effettivamente esistito, dove galleggiavano figure di soggetti proprietari più simili a delle statue artefatte che a dei personaggi concreti immersi nella loro esistenza quotidiana e chiamati a popolare strade, case, fondachi, mercati, boschi e terre coltivate. Finzi, intellettuale immerso in un tempo pos-moderno e che non vuole tradire i segni di questo tempo, avverte l'esigenza di rimbocarsi le maniche e di cominciare a costruire una proprietà che rispecchi i bisogni emergenti, di sottrarla dalla sua innaturale collocazione entro il cielo delle stelle fisse e di immergerla nella storia. Insomma, ne reclama la storicità.

Si domanda Finzi che cosa sia “il diritto di proprietà secondo la mente del nostro legislatore: espressione del più puro individualismo, perpetuo, assoluto, dispotico”. Aggiungendo prontamente: la concezione del diritto di proprietà è mutata; “quell'individualismo assoluto ... era già superato nel momento stesso in cui veniva posto a base del nuovo diritto” (48). C'è, nel procedere del Novecento, un “processo di trasformazione” (49) in atto che non può essere eluso, che — al contrario — impone la revisione della stessa struttura tecnica semplicissima della proprietà così come la si era forgiata nelle officine della Rivoluzione: un diritto soggettivo inattaccabile nella sua assoluta perfezione. Ora, 1922, il compito — culturale e sociale insieme — di un giurista consapevole è di considerare “la proprietà solo o prevalentemente come una funzione sociale” (50). E questo lui fa.

(47) “una semplice, superficiale osservazione del mondo in cui viviamo ci avverte che la concezione del diritto di proprietà è mutata” (*Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, cit., p. 55).

(48) *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, cit., p. 55.

(49) Op. ult. cit., p. 56.

(50) Op. ult. cit., p. 57.

Finzi è convinto che non ci si può contentare delle limitazioni che, dall'esterno, erano ammesse, in talune specifiche ed eccezionali circostanze, a comprimere il nodo potestativo proprietario. Ormai, gli sembra giunto il momento di calare all'interno della struttura giuridica, rifiutarne la semplicità artificiosa, riscoprirne invece la complessità; in quell'interno, accanto alle situazioni di *diritto*, sono da identificare, almeno in relazione alla utilizzazione della cosa, precise situazioni di *dovere*, sì da conseguire il risultato prezioso di un meccanismo tecnico-giuridico assai diverso da quello della vulgata illuministico-rivoluzionaria e soprattutto più cònsono alle istanze contemporanee ⁽⁵¹⁾.

Finzi sottolinea: occorre individuare le naturali situazioni di dovere, di cui la proprietà *natura sua* si compone, come intrinsecamente giuridiche e non lasciarle nel limbo socialmente innocuo dei doveri unicamente morali e religiosi; e, polemizzando con la visione pandettistica del Thon, insiste compiaciuto sulla attuale (1922) “tendenza a trasportare lo scopo sociale della proprietà nel contenuto del diritto stesso” ⁽⁵²⁾. “Funzione sociale, dunque, diritto condizionato a doveri, doveri in retribuzione dell'interesse difeso” ⁽⁵³⁾.

Puntualizzando, a chiusura del suo discorso, un palese atteggiamento del proprio tempo, ben espresso da un “moderno ⁽⁵⁴⁾ indi-

⁽⁵¹⁾ Op. ult. cit., p. 59.

⁽⁵²⁾ Op. ult. cit., p. 60.

⁽⁵³⁾ Op. ult. cit., p. 65.

⁽⁵⁴⁾ Vale la pena di segnare qualche precisazione sul significato dell'aggettivo *moderno* così come è usato qui dalla penna di Finzi, significato ben diverso da come l'ho usato io in tutta questa Introduzione. Per Finzi *moderno* significa semplicemente ciò che è a lui contemporaneo, quindi ciò che lui sta vivendo e osservando. Per me, nella mia analisi storico-giuridica, l'aggettivo *moderno* viene usato in opposizione a *pos-moderno*, puntualizzando in tal modo due fasi ben definite che il diritto ha vissuto negli ultimi due secoli: una prima fase — quella che io chiamo ‘modernità giuridica’ — consolidata con la Rivoluzione dell'89 e, poi, durante il corso dell'Ottocento, è fase di acceso statalismo e altrettanto acceso formalismo; una seconda fase, il *pos-moderno*, affiora a fine Ottocento ed è il tempo in cui vengono messi in crisi — in un crescendo continuo durante il secolo XX — le certezze della modernità, ossia la riduzione del diritto nello Stato e nella legge, la scienza giuridica quale scienza pura, l'individualismo giuridico affermato in tutta la sua assolutezza. Certezze, queste, nelle quali Finzi, personaggio pos-moderno, non crede più.

rizzo che tende a modificare soggettivamente il diritto di proprietà, spostandone la pertinenza dall'individuo a collettività più o meno ampie" (55), Finzi vi coglie un movimento — secondo lui — da guardare con simpatia e assecondare. Egli non mancherà di farlo in prosieguo, come vedremo, nell'univoco manifestarsi del suo pensiero pur in diverse direzioni. È un movimento dottrinale, come egli stesso rileva, testimonianza eloquente di quanto possa essere creativa una scienza giuridica attenta ai segni dei tempi, ma anche dimostrazione di "quanto si illuda il legislatore che crede di essere l'artefice del diritto" (56).

La dinamica del diritto, nella visione finziana, è prevalentemente affidata, o ai fatti economici che premono (per esempio, sul legislatore di guerra costringendolo a scelte in qualche modo eversive (57)), o a fonti più sensibili al divenire e al trasformarsi storico, come dottrina e giurisprudenza pratica.

13. Diretta prosecuzione e naturale sviluppo del programma disegnato nel discorso inaugurale del 1922 è la Relazione congressuale di tredici anni dopo, ma anche compiuta definizione e sistemazione delle intuizioni lanciate in anni turbolenti di un rovinoso dopoguerra.

Ora, 1935, il clima italiano è più riposato: da un lato, quel riposo significa oppressione sotto il tallone pesante della dittatura fascista; ma ci sono anche delle scelte economico/giuridiche, che il Regime si è accollato mal volentieri, che porta avanti stancamente, che rappresentano tuttavia per parecchi intellettuali italiani i segni di un tempo novecentesco, e segni da raccogliere e ordinare per il messaggio oggettivo di cui erano portatrici: soprattutto, la nuova considerazione della *cosa* come realtà complessa, non più soltanto oggetto passivo di poteri, bensì entità carica di valenze economiche, realtà produttiva capace di assurgere per le proprie qualità intrinseche al centro del sistema dei rapporti uomo/beni.

Il riferimento, come si capisce, è all'ordinamento corporativo,

(55) Op. ult. cit., p. 73.

(56) Loc. ult. cit..

(57) Finzi cita ripetutamente, nel corso del saggio, gli interventi legislativi eccezionali del quadriennio 1915/1919.

ufficializzato in Italia con la legge del 1926, che lo accomodava alle esigenze di un potere autoritario e lo alterava assai, ma che non poteva togliergli preziosi germi oggettivi per la costruzione di un diritto congeniale al tempo pos-moderno di quel maturo Novecento. Finzi, che non è fascista, porge volentieri attenzione al movimento corporativistico, con un atteggiamento che si identifica con quanto or ora si annotava: quello di rimuovere gli orpelli estranei e infestanti inseriti a forza dalla ufficialità fascista e di carpirvi le non poche specularità con la transizione in corso, raccogliendole e organizzandole in un discorso scientifico innovatore.

Questo si poteva (e si doveva) fare proprio in tema di proprietà privata individuale. Ed è quello che fa Enrico Finzi, riuscendo in tal modo a irrobustire e a dare forma compiuta alle intuizioni sparse del 1922.

Vale la pena di cominciare da alcune affermazioni, che sono — invece — al termine della Relazione: “È nell'*officina delle cose* che si preparano i nuovi progressi del diritto patrimoniale. Non è difficile intravedere il momento nel quale la complessità, che è sempre maggiore nel mondo esterno, penetrerà anche in quello giuridico. Noi siamo ancora nella nostra scienza ad uno stato incredibile di semplicità”. Alle quali si aggiunge un rilievo puntuale: “La strada è lunga per dare ai congegni giuridici la rispondenza ai congegni tecnico-meccanici e economici. Ma la via per giungervi è proprio quella della *organizzazione delle cose* come oggetto di diritti. La pratica avanza la dottrina” (58).

Finzi è convinto che, orecchiando con disponibilità quanto sta da tempo fermentando nella prassi, sia arrivata l'ora per realizzare — almeno a livello scientifico — una maggiore coerenza tra il divenire dei fatti e le forme giuridiche, ed è in questo senso che la Relazione è condotta: Relazione programmatica, ma anche identificatoria delle pietre che servono per una nuova, però concretissima, costruzione; la quale non può cominciare che dalla assunzione di un corretto angolo di osservazione, condizione preliminare per la correttezza

(58) *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., p. 180. I corsivi sono nel testo originario di Finzi, e debbono ovviamente essere intesi come sottolineature dello stesso Autore.

dell'indagine secondo chi aveva fatto tesoro delle raccomandazioni epistemologiche dei pragmatisti fiorentini.

Da qui egli parte, segnalando con cristallina chiarezza all'uditore/lettore da quale osservatorio condurrà la sua analisi: "ho considerato il mio tema prevalentemente sotto il profilo delle cose, oggetto del diritto di proprietà e della disciplina della produzione: profilo piuttosto inusitato" (59). Inusitato — dico io — e che avrebbe, in quel torno di anni, aumentato la appartatezza scientifica del personaggio.

Il giurista sembra quasi distendersi per terra e guardare al diritto di proprietà dal basso. Non è né una bizzarria, né una innocua variazione sul tema. È una cautela metodologica, da leggersi e interpretarsi come uno di quegli atti di vigilanza pragmatistica, che possono salvare da equivoci e luoghi comuni. È la cautela che consente a Finzi di attingere pienamente quel livello, che a lui, giurista concreto e anche giurista pratico, è più caro: quello dell'effettività.

Il capovolgimento dell'angolo di osservazione, infatti, non gli dà — semplicemente invertita — la stessa identica immagine che si sarebbe avuta nei procedimenti consueti di analisi, giacché non si è trattato soltanto di spostarsi sulla cosa, ma di spostarsi per poter prestare attenzione alle regole in quella contenute, per rendersi conto dei tanti meccanismi interiori che lo sguardo dall'alto non consentiva di cogliere e di percepire. Il capovolgimento, in altre parole, non è formale, è sostanziale.

Un primo vistoso risultato è il riconoscimento del carattere prevalentemente pubblicistico del vecchio diritto privato patrimoniale. Il bene, quale struttura fenomenica ed economica, è una realtà ontologicamente insofferente ad essere costretta nell'angustia di un processo di individualizzazione da parte di un soggetto singolo, ma reclama la sua centralità nella organizzazione socio-economica generale e, poiché "non vi sono beni indifferenti allo Stato" (60), si può arrivare ad affermare "quasi una *demanialità indiretta*, un concorso attivo dell'interesse pubblico con quello privato nel godimento delle cose" (61).

(59) Op. ult. cit., p. 159.

(60) Op. ult. cit., p. 161.

(61) Op. ult. cit., p. 163.

Nella società novecentesca, insomma, “sono i beni che si mettono in primo piano”, che “si pongono logicamente come un prius rispetto al cittadino, cui spettano”, “non più i beni in funzione del soggetto, ma questo in funzione di quelli” (62).

Con rilevanti conseguenze a livello di teorizzazione dei poteri: relegato senza un rimpianto lo *ius abutendi* di umanistica memoria fra le anticaglie inservibili, il potere del proprietario appare sempre più un potere *discrezionale*, “cioè, insieme, *libero e vincolato*” (63), con la consequenziale possibilità di applicargli le figure familiari al diritto pubblico dell'eccesso e dello sviamento di potere, con la parallela ammissibilità anche entro i confini del cosiddetto diritto privato della tutela degli interessi legittimi.

Sono, queste, conclusioni che si commentano da sole. Ci limitiamo unicamente a osservare che, con queste pagine fortemente innovative, Finzi, sul piano della costruzione giuridica, rompeva le muraglie della rigida dicotomia ‘diritto privato/diritto pubblico’ assunta a basamento portante dello Stato moderno di diritto e favoriva disinvoltamente la osmosi fra le due dimensioni e fra gli strumentarii tecnici a ciascuna di esse riservati. Sul piano della storia del pensiero giuridico anticipava nettamente nel '35 quelle che sarebbero state le diagnosi pugliattiane su ‘le proprietà’ nei primi anni Cinquanta. Muraglie infrante, anticipazioni, rimozioni di visioni tradizionali, che non potevano non sollevare l'irritazione almeno dei molti misoneisti. Nell'ambito dello stesso Congresso agraristico la posizione anti-soggettivistica di Finzi provocò interventi pesantemente critici. Fulvio Maroi, che, pur essendo ben inserito nell'ideologia fascista, ne rappresentava l'anima liberal-proprietaria, non ebbe esitazione nel rimproverare a Finzi di essere giunto a delle conclusioni, inaccettabili perché portavano “all'attenuazione della proprietà privata, che è un aspetto della personalità umana, come fu detto dal Duce” (64).

La visione oggettivistica incrinava le mitologie soggettivistiche, pietre possenti sulle quali la modernità aveva edificato una proprietà individuale inattaccabile dalla usura della storicità; e ne scaturiva un

(62) Op. ult. cit., p. 160.

(63) Op. ult. cit., p. 176.

(64) *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario*, cit., p. 260.

secondo risultato di enorme rilevanza. La proprietà e il proprietario, cui l'ordinamento avrebbe fornito d'ora in avanti la propria tutela qualificata, non saranno le figure che la vecchia tradizione classica — rimosso lo scomodo *magistero* medievale — aveva consegnato alla strategia giuridica moderna e che l'individualismo sette/ottocentesco aveva fatto proprie; non sarà certamente la proprietà pura — situazione astratta da ogni connessione con la realtà economica ma connessa inestricabilmente alla libertà del soggetto, costruita su di lui e per lui perché espressione e presidio di questa libertà — a fungere da perno della nuova complessa vita sociale del secolo ventesimo ⁽⁶⁵⁾.

Ciò che questa società esalta e protegge è soprattutto la produzione, ossia la *cosa in atto*, la cosa in quanto gremita di valenze economicamente rilevanti; inoltre, più che la cosa singola e disarticolata, l'azienda, “questa cosa nuova” quale complesso di elementi patrimoniali unificati sul piano economico ma anche tecnico-giuridico dal materiale coordinamento e dallo scopo comune ⁽⁶⁶⁾. Ciò che essa auspica è la coincidenza fra appartenenza del bene e gestione della produzione, ciò che esige è la generalizzazione della figura del proprietario/produttore, che non potrà non essere il protagonista della presente (e, ancor più, della futura) vita economica: “la proprietà in sé, come puro rapporto di dominio e di pertinenza di cose corporee, appare sotto il profilo della disciplina giuridica della produzione, soltanto in secondo piano ... Per la stessa cosa la disciplina statica ha un destinatario (il proprietario) e quella dinamica ne ha un altro (il produttore): la coincidenza delle due posizioni rafforzando e l'una e l'altra tende a determinare — come socialmente utile — la figura del *proprietario produttore*” ⁽⁶⁷⁾.

È anche quanto Finzi propone al Congresso “come oggetto di studio interessante ed urgente” ⁽⁶⁸⁾. Quanto diversa, questa figura, da quella del puro proprietario capitalista! In essa e con essa il diritto soggettivo del proprietario è trasformato in funzione sociale; come tale, è una posizione soggettiva complessa dove sono prevalenti più le venature di dovere che quelle di diritto.

⁽⁶⁵⁾ *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., soprattutto p. 168 ss..

⁽⁶⁶⁾ Op. ult. cit., p. 169.

⁽⁶⁷⁾ Op. ult. cit., p. 171.

⁽⁶⁸⁾ Loc. ult. cit..

È ovvio che, per arrivare a siffatti relevantissimi risultati, occorre un drastico svecchiamento per quanto riguarda tutto il pesante fardello delle concezioni proprietarie di conio romano e romanistico diventate supporto culturale e tecnico della concezione moderna. Occorre che ci si sbarazzi senza rimpianti di queste ipoteche culturali passivamente accettate dalla maggioranza dei giuristi ma non più corrispondenti alle istanze del nuovo tempo novecentesco; prima fra tutte la dicotomia — tutta romana — *ius publicum/ius privatum*, troppo orientata in senso individualistico nella sua interpretazione dei diritti reali, mentre dai sotterranei della storia devono riemergere strumenti plastici come la *Gewere* e il dominio utile, su cui una arrogante tradizione nutrita di archetipi romanisti ha tanto acutamente irriso.

Finzi, che si tappa gli orecchi per non ascoltare i tromboni fascisti inneggianti retoricamente alla romanità, passa ad una precisa proposta: “Il tradizionale concetto della proprietà tuttora dominante, muovendo dal soggetto e dal suo diritto, razionalmente culmina nella struttura romanistica. Ma chi muovesse dalla considerazione della cosa sarebbe portato piuttosto verso l’empirismo germanico che, nella *Gewere*, fondendo e confondendo in uno stesso concetto giuridico ogni potere sulla cosa ed ogni suo godimento, mal distingueva proprietà e diritto reale e possesso, e tutti poneva come omogenei — pur graduandoli nella loro intensità relativa — in virtù, appunto, del loro comune carattere e della comune attitudine a legittimare passivamente ed attivamente il padrone ai diritti e ai doveri propri di chi gode determinati beni. Così la visione che parte dall’oggetto potrebbe anche determinare la rinascita della dottrina ... che, vedendo concorrenti sulla cosa e conciliati e temperati in essa, interessi e diritti pubblici e privati, pone la stessa cosa come oggetto del *dominio eminente* dello Stato e del *dominio utile* del privato e concepisce come possibili diritti omogenei concorrenti su di essa considerandoli sotto i diversi aspetti delle sue varie utilizzazioni” (69).

Lo storico del diritto non può non rilevare un certo quoziente di ingenuità culturali nella candida proposta finziana; quel che conta, però, per il nostro civilista è la convinzione che soltanto dopo essersi

(69) *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., p. 167.

tolto di dosso un mantello soffocante, il giurista italiano degli anni Trenta potrà finalmente costruire l'edificio nuovo di cui c'è bisogno. La diversa strada additata serve da salvataggio culturale in grazia del suo essere un canale di scorrimento culturale immune da posizioni dogmatiche e da mitizzazioni coartanti.

14. Ecco un altro discorso inaugurale, quello per l'anno accademico 1932/33 del Regio Istituto Superiore di Scienze Economiche e Commerciali in Firenze, nel quale Finzi è ancora incardinato; ecco un'altra occasione per amplificare e sonorizzare la propria voce su temi, che sono — innanzi tutto — di indole metodologica. E c'è perfetta consonanza con la quasi coeva Relazione congressuale del 1935, di cui si è appena discusso; ma — aggiungo — c'è consonanza con tutto l'itinerario scientifico precedente. Diamo, ora, ad esso la precedenza, anche se taluni interventi che seguono nella nostra raccolta — di minore spessore culturale — sono cronologicamente precedenti.

Il tema è uno di quelli che scottavano a fine 1932: quale diritto commerciale per la società italiana del maturo Novecento? Sono pressoché unanimi le insoddisfazioni per il mantenimento in vita del Codice di Commercio del 1882, che pure aveva parecchi meriti rispetto a quello — nato decrepito — del 1865. Si erano susseguiti i progetti Vivante e D'Amelio ambedue insabbiati — rispettivamente nel '22 e nel '25 — e nel 1927 era stato confezionato un progetto italo-francese per un Codice delle Obbligazioni. Continuava in Italia lo zelo codificatorio verso un Codice autonomo, indirizzo che — come si sa bene — sarebbe stato smentito solo a fine 1940, ormai alle soglie di una promulgazione.

Accanto a questa faticosissima gestazione legislativa, nella dottrina italiana, assopita con il passare degli anni la vitale e coraggiosa creatività del grande Vivante, un modello pressoché ineludibile era offerto dai "Principii di diritto commerciale" pubblicati nel 1928 da Alfredo Rocco, che riuniva nella sua persona non soltanto il prestigio di ferratissimo giurista ma anche l'imponenza di potente Guardasigilli nel Governo centrale fascista, modello che aveva il difetto di riproporre imperturbabile quel formalismo positivista di fine Ottocento — dalle sicure ascendenze pandettistiche — propugnatore di una scienza giuridica quale sapere depuratissimo.

Al progetto D'Amelio Finzi, come vedremo, non aveva mancato di elevare in uno scritto specifico del 1928 alcune aspre critiche (70). Con i "Principii" di Rocco, risolvèntisi in una pandettistica teoria dei soggetti commercianti e degli atti di commercio, non poteva esserci sintonia; anzi, dovevano sembrare allo storicista Finzi non dissimili dalla imbalsamazione di un cadavere. Lo stato d'animo, dunque, con cui si accinge nel '32 a tenere il suo discorso, non poteva non consistere in una esasperata insoddisfazione; e la *vis polemica*, atteggiamento tipizzante del civilista mantovano, si fa — a tratti — virulenta.

L'avvio è netto: occorre prendere le distanze dal passato dogmatismo, ribadendo alcune verità, elementari sì ma troppo spesso dimenticate: "immersi nella storia, inconsapevolmente ci muoviamo con essa"; "il diritto è una formazione storica, spontanea, nativa, essenziale ad ogni gruppo sociale" (71). Occorre, allo stesso tempo, rendersi conto che una siffatta visione storicistica — l'unica epistemologicamente inoppugnabile — esige nel giurista la piena disponibilità a seguire le trasformazioni della società costruendo, in coerenza, architetture teoriche e normative a quelle congeniali; una disponibilità che deve anche tradursi nel coraggio di imboccare vie nuove e disegnare soluzioni nuove per i nuovi problemi.

Il nostro civilista, ormai maturo per età e per acquisita perizia, che ha sperimentato sulla sua pelle il conservatorismo misonicistico della scienza giuridica ufficiale tradottosi nei suoi riguardi in astio o, se va bene, in indifferenza, non può che ribadire una voce altamente, severamente polemica: "ciò che esce dai quadri del sistema è, spesso, ignoto o negato dai giuristi; i quali si sforzano a piegare, a deformare i rapporti nuovi ed il nuovo diritto perché rientrino negli schemi tradizionali, nei *dogmi* che sembrano inattaccabili; ed ignorano volutamente o inconsapevolmente tutto ciò che non può rientrare nel loro sistema" (72).

(70) Cfr. più avanti, nel testo.

(71) *Verso un nuovo diritto del commercio*, cit. (i due testi sono, rispettivamente alle pp. 204 e 205).

(72) Op. ult. cit., p. 206. Il testo finziano prosegue con queste frasi assai significative: "annullando così con l'omogeneità del dogma l'originalità nativa, soffocando la spinta vitale della sorgente sempre viva del diritto che si forma da sé, *rebus ipsis*

Dalla contestazione generica della inerzia culturale si passa al rifiuto di precise scelte, che hanno rappresentato un costo pesante per lo sviluppo del diritto pos-moderno. Eccole qui squadernate.

L'aver preteso di soddisfare l'esigenza di novità con delle variazioni minime, limitandosi a "riforma, senza immutazione; migliorie, non rinnovamento" (73).

L'aver preteso di sacrificare interamente la scioltezza e flessibilità della prassi commerciale entro la corazza di una codificazione, inconsapevoli (o — peggio — tragicamente consapevoli) di soffocare in tal modo nelle trame rigide di un Codice nazionale (cioè statale) la fonte consuetudinaria (che è il prezioso cordone ombelicale tra regola commerciale e prassi), nonché la tensione universalistica propria al diritto commerciale, una branca giuridica cui è naturale una dilatazione universale sicuramente non costringibile entro artificiose frontiere politiche.

L'aver preteso di comprimere un diritto radicato nella "natura dei fatti" (74) entro un sistema romanistico/civilistico imperniato su quella tripartizione "*personae — res — actiones*, come disegnò Gaio e come Napoleone risigillò", che è una vera "tomba" per lo spontaneo, rapido evolversi delle forze economiche (75).

Già su questi rilevanti spunti metodici si impongono alcune considerazioni, che vorrei condurre servendomi del pensiero che lo stesso Finzi sviluppa nel proseguimento del discorso e che puntualizzano i limpidi strumenti teorici che, di lì a tre anni, saranno utilizzati per la Relazione fiorentina.

Il tempo è tempo di crisi, che il giurista coglie nella sua duplice dimensione di incrinatura e distruzione ma altresì di crescita e rinnovazione; con il convincimento che, affinché si abbia una palinogenesi, occorre il coraggio di distruggere non per smania iconoclastica ma per liberare il terreno e consentire una libera nascita del

dictantibus et necessitate exigente; e riconducendo, dopo secoli di fecondo sviluppo, la grande fiumana del diritto speciale del commercio, al tronco del diritto comune, dal quale, non senza enormi vantaggi per la civiltà, si era staccata".

(73) Op. ult. cit., p. 208.

(74) Secondo l'insegnamento assai risalente di Cesare Vivante, il quale, varando nel 1893 il primo volume del suo "Trattato di diritto commerciale", aveva inserito tra le fonti in senso formale anche la 'natura dei fatti (cfr. vol. I, lib. I, cap. I, §. 9).

(75) *Verso un nuovo diritto del commercio*, cit., p. 210.

nuovo. Nuovo, novità: è la grande esigenza, che preme sulla osservazione/riflessione del Nostro.

E qui ritroviamo le certezze distruttive e costruttive della Relazione del 1935. Valutazione pessimistica del diritto positivo italiano: “quasi tutti quei mezzi che la fantasia creatrice dei gruppi interessati ha concepito sotto la pressione delle necessità contingenti, sono ignoti al nostro ordinamento giuridico positivo” (76); cui segue l’osservazione amara di un “diritto vivente anche e soprattutto fuori delle norme codificate” (77) e la constatazione del fossato sempre più profondo che si va scavando tra esperienza giuridica e legalità giuridica. In rapporto, poi, al tema del discorso, è brutale — ma franco e anche veridico — l’accertamento che “il diritto commerciale codificato è ormai *fuori fase* (78) ... rispetto al commercio che esso vuole disciplinare” (79).

Finzi — che, evidentemente, dall’immediato primo dopoguerra, sta continuativamente studiando per una corretta configurazione dei beni, della proprietà e dei diritti reali limitati — estende l’accertamento a tutto il diritto patrimoniale codificato, cogliendone il vizio essenziale nel soggettivismo esasperato di cui lo si è intriso; infatti, “questo, come già nel diritto romano, è concepito essenzialmente in funzione del soggetto” (80).

E batte su quello che è il perno centrale di questo discorso così come della Relazione al Congresso agraristico: è necessario il recupero di una visione oggettiva, giacché “i beni sono ormai per la Nazione, e, quindi, per lo Stato, un *prius* rispetto al cittadino ... L’ordinamento giuridico privato patrimoniale, incardinato sulla base essenziale del diritto soggettivo è oggi un anacronismo” (81). E, per noi che conosciamo bene le verità esposte nella Relazione del ’35, può sembrare quasi un ritornello l’insistenza sul necessario capovolgimento dell’angolo di osservazione e sulla nuova obbligata soluzio-

(76) Op. ult. cit., p. 211.

(77) Op. ult. cit., p. 212.

(78) Il corsivo è dello stesso Finzi.

(79) Op. ult. cit., p. 212.

(80) Op. ult. cit., p. 212.

(81) Op. ult. cit., p. 214.

ne del rapporto problematico uomo/cose: “non più i beni in funzione del soggetto, ma questo in funzione di quelli” (82).

Come nella Relazione che Enrico sta già preparando, v'è un'altra scelta da compiere, e metodologicamente obbligata: rifiutare la rigida dicotomia tra pubblico e privato della tradizione romanistica e acquisire una consapevolezza più complessa della inestricabile osmosi intervenuta fra le due dimensioni nella società pos-moderna.

Mettendo a fuoco il suo sguardo sul diritto commerciale e mettendo a frutto — palesemente — le letture di Maestri tedeschi che avevano coniato, già in età guglielmina, il nuovo diritto dell'economia e la realtà nuova dell'impresa, egli ci offre un disegno del commercio quale realtà dove è ormai centrale il fenomeno della *organizzazione*, della organizzazione di tante emergenti pluralità di soggetti, di cose, di servizi, “le quali devono concepirsi organicamente unite nella loro funzione economica” (83). Se si vuole corrispondere a quanto i tempi pos-moderni chiedono, si dovrà mettere da parte “l'individualismo atomistico economico e giuridico” che “appare uno stridente anacronismo nei rapporti commerciali” (84). Ciò non significa che si debba cancellare la presenza del singolo commerciante e del singolo atto di commercio; tuttavia, non è su siffatta presenza che si fonderà il diritto del futuro.

L'incubo dello storicista Finzi è costruire fuori del tempo o contro il tempo; il rischio infamante per un uomo di cultura è l'anacronismo, le edificazioni anacronistiche, che non sono capaci di esprimere le esigenze della società e, pertanto, anche di reggere alla usura del divenire. La percezione è lucida: “il sigillo dell'unità economica non viene più dal soggetto, rispetto al quale i beni si raccolgono nel *patrimonio* ..., bensì, invece, dallo scopo, che, coordinandoli nell'*azienda*, costituisce organismi oggettivi ... è il soggetto in funzione dell'azienda, non l'azienda nel patrimonio del soggetto

(82) Op. ult. cit., p. 214. Vale la pena, per una migliore consapevolezza del lettore, riportare qui tutto il testo finziano, di cui ho riprodotto più sopra solo la conclusione: “tutte le discipline nuove ... hanno una base essenzialmente *oggettiva* [corsivo suo] ... è la terra, è la nave, è l'azienda produttiva che oggi primariamente vuole la sua regola ... non più i beni in funzione del soggetto, ma questo in funzione di quelli”.

(83) Op. ult. cit., p. 219.

(84) Op. ult. cit., p. 219.

... l'imprenditore non è tanto il *padrone* quanto l'*esponente responsabile* dell'azienda ... esercitando una funzione, viene sottoposto a doveri particolari ed investito di particolari diritti" [i corsivi sono tutti di Finzi] ⁽⁸⁵⁾.

Anche qui è la mistione inevitabile tra pubblico e privato, che fa dell'imprenditore commerciale, in quanto 'esponente responsabile dell'azienda', l'investito di una funzione e investito indubbiamente di una vasta gamma di diritti alla quale si accompagna (non può non accompagnarsi) una altrettanto vasta gamma di doveri. Il discorso del '35 sul proprietario è anticipato qui nel disegno della figura dell'imprenditore commerciale. Per Finzi "il diritto della produzione e degli scambi organizzati, pur rimanendo in concreto diritto dei privati, dovrà risultare (come è già di fatto) largamente permeato da criteri pubblicistici ... un punto di intersezione tra il diritto pubblico e il diritto privato" ⁽⁸⁶⁾.

Un profilo merita una ulteriore speciale sottolineatura: la visione del tempo presente e prossimo venturo come tempo dove si estendono e si intensificano nella società e nell'economia le dimensioni sociale e collettiva. Qui il discorso finziano fa il paio con quello contemporaneo di un altro grande anticipatore nella scienza giuridica italiana degli anni Trenta, Tullio Ascarelli, anche lui eretico impenitente ma accademicamente più fortunato di Finzi: non più il soggetto ma l'organizzazione imprenditoriale, non più soltanto la singola impresa ma le unioni fra imprese, giacché "il nuovo diritto dovrà considerare e regolare il fenomeno delle *pluralità collegate*, e la nuova dottrina dovrà costruirlo sistematicamente" ⁽⁸⁷⁾.

Il suggello finale del discorso riprende lo slancio dell'inizio; con un totale ottimismo, corroborato da tutto lo svolgersi argomentativo tessuto dal giurista e con la volontà ancor più risoluta di fissare un programma operativo reso saldo e resistente dalla forza dell'azione sapienziale tecnica: "il momento di edificare par giunto ... il riformismo giuridico è finito: bisogna, ormai, ricostruire dalle fondamen-

⁽⁸⁵⁾ Op. ult. cit., p. 221.

⁽⁸⁶⁾ Op. ult. cit., p. 226.

⁽⁸⁷⁾ Op. ult. cit., p. 224.

ta. Il nuovo diritto è in atto: vano è lo sforzo di ricondurlo agli schemi antichi” (88).

Mi consento solo alcuni brevi commenti finali. Intanto, si tratta di una riflessione di straordinaria lucidità, e proiettata verso il futuro. C'è da lamentarsi che, a differenza della Relazione del '35, questo testo, confinato negli introvabili 'Annali' dello Istituto universitario fiorentino e in una Rivista a torto sepolta tra le spazzature del Regime, sia troppo poco conosciuto.

Chi leggesse isolatamente questo saggio, identificherebbe giustamente il suo autore in un cultore e docente di diritto commerciale e non in un civilista (89). Come è dimostrato da parecchi dei contributi inseriti in questa raccolta, Finzi è un civilista attratto da un diritto squisitamente fattuale, che nasce dal basso della esperienza e la riflette fedelmente, al quale ripugnano dogmatiche e metafisiche. Il giurista storicista si trova a proprio agio nel maneggiare gli strumenti tecnici pretesi dalla prassi economica e nel rifletterci sopra.

15. Il messaggio scientifico di Enrico Finzi e il suo volto originalissimo entro la civilistica italiana del Novecento sono consegnati alle due monografie (di cui si è discusso), alle due innovative riflessioni in tema di proprietà, al tentativo costruttivo 'Verso un nuovo diritto del commercio'.

I saggi ulteriori qui raccolti — a parte il primo, che è, come si è detto, nulla più che la introduzione metodologica a "Il possesso dei diritti" — confermano, avvalorandolo e ancor più tipizzandolo, quel volto, confermano un personaggio che, lungi dal lasciarsi intimorire dalle novità, vi si immergeva volentieri con un vivace spirito esplorativo e con la ottimistica persuasione di vivere anticipatamente un prossimo avvenire.

16. Il saggio intitolato "Conflitto tra principii generali del diritto" costituisce la annotazione ad una sentenza del 1926 delle

(88) Op. ult. cit., pp. 227/228.

(89) Finzi insegna per parecchi anni, durante la sua permanenza nel fiorentino 'Istituto Superiore di Scienze Economiche', anche il 'Diritto commerciale', ma sempre come semplice incaricato, ricoprendo invece la cattedra di 'Istituzioni di diritto privato'.

Sezioni Unite della Cassazione del Regno, che afferma — e contribuisce a consolidare — il principio della cosiddetta ‘apparenza del diritto’.

Il primo sasso lo aveva lanciato nella piccionaia sonnolenta dei civilisti italiani Giacomo Venezian nella sua “ormai classica *Prolusione*”⁽⁹⁰⁾ bolognese del 1900 su “La tutela dell’aspettativa”, e lo stesso Finzi, suo fedele allievo, non aveva mancato di accennarvi con piena adesione nelle sue monografie. La corrente, che va propugnandola, è come un fiume che — scorrendo — cresce di portata: se ne appropria un commercialista, geniale e bizzarro insieme, Lorenzo Mossa; un suo allievo diretto, Sergio Sotgia, la strutturerà in un suo volume del 1930 entro una costruzione sistematica, e negli anni Trenta le darà una definitiva consolidazione scientifica e giurisprudenziale Mariano D’Amelio, autorevole Primo Presidente della Cassazione⁽⁹¹⁾. Ed è D’Amelio che presiede il collegio delle Sezioni Unite che pronuncia il 31 marzo 1926 la decisione annotata dal Nostro.

Precisa Finzi, che scrive per una Rivista giuridica locale “Il Foro Toscano”: “segnaliamo ai lettori la grande importanza della massima accolta dalle Sezioni Unite”, perché “vi si riconosce quale principio generale del nostro diritto positivo quella ‘tutela delle aspettative’ (come felicemente si esprime il Venezian nella sua ormai classica *Prolusione*) che vari scrittori e giudicati avevano rilevato in numerose disposizioni di legge, raccogliendole ad unità”⁽⁹²⁾. La tutela dell’apparenza lascia l’appartato cantuccio del rimedio eccezionale per diventare un principio generale concorrente all’altro tradizionalmente condensato nel brocardo *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*.

Allo stesso Finzi la massima “appare innovazione particolarmente ardita”⁽⁹³⁾, ma condivisibile giacché corrisponde alla “necessità sociale di tutelare gli acquisti fatti in buona fede da un terzo in

⁽⁹⁰⁾ Parole di Finzi, sempre pieno di ammirazione per il non dimenticato Maestro bolognese: *Conflitto tra principii generali del diritto*, cit., p. 5.

⁽⁹¹⁾ Per una maggiore precisazione di tutti questi riferimenti, mi sia consentito di rinviare alle pagine di: GROSSI, *Scienza giuridica italiana-Un profilo storico*, cit., p. 185 ss..

⁽⁹²⁾ *Conflitto tra principii generali del diritto*, cit., p. 5.

⁽⁹³⁾ Loc. ult. cit..

base ad una legale apparenza del diritto” (94). Certamente, si pongono non facili problemi ermeneutici a causa della “assunzione, in uno stesso ordinamento giuridico positivo di due principi generali antitetici” (95).

Alla scienza civilistica non mancherà il lavoro. Infatti, “si impone alla dottrina un compito grave che essa non ha ancora del tutto affrontato ed assolto ... accertare se un interesse sociale prevalente sospinga ad una più ampia e organica esplicazione dell’istituto stesso ... costruire infine giuridicamente l’istituto sulla base dell’accertamento oggettivo e della valutazione teleologica, spiegare cioè come avvenga tecnicamente l’acquisto del diritto per opera di chi diritto non ha ed a danno di colui cui invece il diritto spettava” (96).

17. Questo ampio saggio — così come i tre seguenti — dimostrano l’attenzione (e anche l’attrazione) di Finzi verso i temi/problemi del diritto commerciale, gremiti — ai suoi occhi — di fattualità economica.

Qui si ha una valutazione pesantemente negativa de “Le disposizioni preliminari del Codice di Commercio nel Progetto della Commissione Reale”. Mi preme di sottolineare, entro il complesso elaborato finziano, quei punti nei quali risalta in tutta la sua originalità il timbro della sua tipica voce.

Il primo punto concerne il primo articolo del Progetto e il problema delle fonti del diritto commerciale. Il netto rimprovero che il civilista Finzi fa alla formula proposta dalla Commissione è di “adagiarsi in un comodo agnosticismo” (97).

Esplicitiamo meglio il pensiero del Nostro: egli, convinto della ben cementata specialità del diritto commerciale, vuole evitare che si ricorra con troppa facilità ai principii necessariamente generici del Codice Civile per colmare eventuali vuoti all’interno del costruendo nuovo Codice di Commercio; ciò verrebbe ad alterare la sua unitarietà ed autonomia. In diretta polemica con un grosso contraddit-

(94) *Conflitto tra principii generali del diritto*, cit., p. 6.

(95) *Op. ult. cit.*, p. 9.

(96) *Op. ult. cit.*, p. 10.

(97) *Le disposizioni preliminari del Codice di Commercio nel Progetto della Commissione Reale*, cit., p. 5.

tore, Antonio Scialoja, che aveva scritto proprio su “Le fonti e l’interpretazione del diritto commerciale” (98) ammettendo un largo ricorso al Codice Civile, Finzi, ponendosi il problema di istituti in nessun modo regolati da leggi commerciali come i quasi/contratti e, in particolare, di una *negotiorum gestio* (di fatto, presente nella prassi commerciale), alla domanda se dovrà applicarsi il Codice Civile o se, al contrario, dovranno estendersi per analogia le norme del mandato commerciale, risponde così, rivelando la sua perenne attenzione alla pratica degli affari e la sua proiezione sul divenire socio-economico: “*de iure lato* può ritenersi fondata l’interpretazione difesa dallo Scialoja, ma *de iure condendo* pare al contrario opportuno consentire l’estensione analogica del diritto commerciale”. E ciò “tenendo conto delle esigenze della pratica e della sempre maggiore autonomia sistematica del diritto commerciale” (99).

Ecco la eloquente formula antagonista proposta da Finzi:

“In materia di commercio si applicano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano, si osservano gli usi mercantili.

Qualora manchi una disposizione precisa del diritto commerciale scritto o consuetudinario, si avrà riguardo alle disposizioni delle leggi commerciali che regolano casi simili o materie analoghe.

Ove il caso rimanga tuttavia dubbio si deciderà secondo i principi generali del diritto commerciale.

In difetto si applicherà il diritto civile”.

La formula finziana non è eloquente, è eloquentissima.

Il secondo punto riguarda l’esigenza di una più precisa definizione di *usi mercantili*: “oggi che la dottrina ha, con rara concordia, delineato il nostro istituto, differenziandolo sia dai così detti usi interpretativi o pratiche individuali, sia dalla vera consuetudine giuridica, una formulazione legislativa dei risultati della elaborazione dogmatica, rafforzata dalla pratica giudiziale, parrebbe in verità opportuna” (100).

Sempre in rapporto agli usi, si respinge anche la norma nuova introdotta nel Progetto tendente a limitare la loro prova. E qui Finzi

(98) Ora in *Saggi di vario diritto*, Roma, Foro Italiano, 1927, vol. I, p. 320.

(99) *Le disposizioni preliminari del Codice di Commercio nel Progetto della Commissione Reale*, cit., p. 7.

(100) Op. ult. cit., p. 18.

dà testimonianza di tutte le sue abilità di funambolista. Sappiamo che, nel 1928 anno di pubblicazione del saggio, Alfredo Rocco è Ministro Guardasigilli e personaggio onnipotente del Regime, e che in quell'anno scrive i suoi "Principii di diritto commerciale" ispirati a un formalismo pandettistico coniugato a un deciso legalismo statalista. E nei suoi "Principii" Rocco rintuzza il ruolo autonomo degli usi, affermando che nel diritto commerciale essi hanno rilievo unicamente perché l'articolo 1 del Codice li richiama. È evidente che una simile posizione scientifica non può essere condivisa dallo storicista Finzi, il quale, prese — formalmente e per pura opportunità — le distanze dal Vivante con cui pure si trovava in sostanziale sintonia culturale, effettuato un ossequio formale a Rocco, sostanzialmente aggira abilmente le conclusioni di quest'ultimo: "l'uso mercantile se non è, in sé, come ritenne il Vivante, una fonte di diritto immediata come la legge — perché, secondo l'insegnamento del Rocco, esso trova invece il fondamento ed i limiti della sua forza obbligatoria nel richiamo della legge — rispetto alla prova si presenta, però, in una posizione del tutto identica. È un fatto sociale, complesso, risultante da una quantità di fatti singoli individuali che può essere provato senza limitazione alcuna — come si provano le leggi — sia rispetto ai *mezzi* sia rispetto alle *fonti di prova*" (101).

Ecco un'altra eloquente formula proposta da Finzi:

"Gli usi mercantili hanno forza di legge solo quando sono stati osservati in modo uniforme e durevole con la coscienza della loro obbligatorietà. La prova degli usi può essere desunta e offerta con ogni mezzo. Gli usi speciali o locali prevalgono agli usi generali".

Commento minimo: è eloquente la perfetta autonomizzazione della fonte 'uso mercantile', che la formula riesce a realizzare.

Il terzo punto, in cui affiorano gli antichi scrupoli del giovane Finzi conquistato dalle riflessioni vailatiane sulle "questioni di parole", attiene al linguaggio adoperato dalla Commissione, a quella formula *atti di commercio* per designare la *materia di commercio*, che egli invita ad abbandonare. L'esordio sembra uscito dalla sua penna giovanile, e non a caso egli fa riferimento al saggio metodologico del

(101) Op. ult. cit., p. 19

1914 pensato e redatto mentre meditava sulla costruzione scientifica del ‘possesso dei diritti’: “la nomenclatura non è che un corollario del sistema. Veder chiaro è il presupposto per esprimersi bene. La diversità di concetti impone la differenziazione dei termini”.

18. Quando Finzi, nel 1932, scrive il discorso inaugurale “Verso un nuovo diritto del commercio”, mostra chiaramente di considerare fondamentali nel crinale storico degli anni Trenta il problema delle ‘pluralità collegate di cose e di persone’, nonché le soluzioni tecnico-giuridiche al problema. Io ho ritenuto di isolare quel discorso — e di esaminarlo dandogli una precedenza su questi saggi societarii cronologicamente precedenti — in ragione della visione sintetica che quello offre, quasi una *summula* del pensiero commercialistico finziano. Sia, però, chiaro che il problema delle ‘pluralità collegate di cose e di persone’, latente o solo accennato anche nelle più risalenti pagine di Finzi, emerge già con assoluta nettezza nel contributo “Sulla riforma legislativa delle società commerciali”, che ora mi accingo a considerare e la cui redazione rimonta al 1929.

‘Pluralità collegate di cose e persone’. Qualche giurista rigoroso può storcere la bocca di fronte a questa espressione, tipica del linguaggio del Nostro ma eccessivamente generica. Vuole essere generica, ponendosi come un contenitore capace di racchiudere tutta la vasta gamma di combinazioni sociali ed economiche generate dalla prassi nella creatività della quotidiana vicenda dei mercati, delle quali le società commerciali costituiscono un modello ormai altamente tipizzato sia scientificamente che legislativamente.

Insistere, da parte di Finzi, sulla esigenza di studiare il fenomeno delle ‘pluralità collegate di cose e di persone’ ha il significato etico e culturale di richiamare l’attenzione — e invocare, soprattutto, il rispetto — del giurista moderno, costantemente distratto per ciò che esorbita dalla sfera dei rapporti individuali, verso coagulazioni socio-economiche ormai frequenti negli anni Venti e che il Nostro vede sempre più dominanti nel futuro prossimo e remoto. Coagulazioni, la più gran parte delle quali è assolutamente atipica, perché non le creano sapienti e legislatori, ma incarnano semplicemente germinazioni provenienti dalla esperienza, che Finzi sente di dover *recuperare* alla luce dell’ordinamento positivo. E non per sfoggio, ma per necessità argomentativa, egli si richiama a quei suoi studi sulle

nullità negoziali, dove l'imperativo sotteso ad ogni pagina è per il *recupero*, per evitare la dilapidazione di una reale ricchezza, sociale ed economica prima che giuridica ⁽¹⁰²⁾, anche se affetta da vizi formali e pertanto relegabile da censori rigorosi nella mera fattualità.

Quel che preme a Finzi è una riforma innovativa e non il restauro di vecchie e anacronistiche figurazioni fondate su una eccessiva imitazione dello schema civilistico del contratto di società. Il che, secondo lui, si dovrebbe fare identificando nella società commerciale “quel sistema di rapporti che gravita intorno ad un fondo comune destinato all'esercizio del commercio, per modo che società esista sempre quando questo esiste, anche se, per avventura, non siasi costituito per contratto regolare, o, addirittura, manchi ogni traccia di negozio direttamente costitutivo” ⁽¹⁰³⁾.

Si dovrà disciplinare la comunione dell'azienda come *comunione mercantile* e “sarà questo il regime delle così dette *società di fatto*, che assai spesso non sono società, non avendo origine contrattuale, e comunque non si richiamano in alcun modo alla volontà di costituire una qualunque delle società regolari, e che quindi a torto, finora, furono fuse e confuse con le società più propriamente *irregolari*”. In questo modo, “ si darà un ordine legale a rapporti che lo esigono e che il diritto non ha ragione alcuna di respingere” ⁽¹⁰⁴⁾.

L'analisi di Finzi prosegue calando nella strutturazione tecnico-giuridica da darsi a questa comunione, la quale “si presenterà come un 'ente collettivo' ma senza personalità assorbente, avrà cioè legittimazione processuale attiva e passiva, capacità di diritto e capacità di agire per mezzo dei singoli comunisti od amministratori da essi nominati; ma non costituirà propriamente un *terzo* ad essi contrapposto e da essi distinto; sarà la *forma giuridica esterna dei soggetti raccolti nel gruppo*, il loro nome collettivo” ⁽¹⁰⁵⁾. Insomma, “l'unità è essenzialmente e soltanto strumentale e formale: copre, ma non assorbe e non annulla l'intima e reale pluralità degli associati” ⁽¹⁰⁶⁾.

L'indole della presente Introduzione non ci consente di seguire

⁽¹⁰²⁾ *Sulla riforma legislativa delle società commerciali*, cit., p. 4.

⁽¹⁰³⁾ Op. ult. cit., p. 4.

⁽¹⁰⁴⁾ Op. ult. cit., p. 6.

⁽¹⁰⁵⁾ Op. ult. cit., p. 7.

⁽¹⁰⁶⁾ Op. ult. cit., p. 8.

Finzi mentre si addentra nel disegno del variegato associazionismo mercantile. Bastino questi cenni per risvegliare l'interesse del lettore.

19. Il saggio presente, una interpretazione dell'art. 6 del R.D.L. 30 ottobre 1930, n. 1459 (che detta disposizioni penali in materia di società commerciali), testimonia la sana curiosità di Finzi per il divenire rapido degli assetti del maturo capitalismo novecentesco, assetti nuovi scaturiti dalla prassi mercantile, analizzati soprattutto dagli economisti ma meritevoli di attenzione anche da parte dei giuristi. E Finzi analizza minuziosamente il diverso significato della nozione di 'società controllata' in senso economico e in senso giuridico.

La preoccupazione di Finzi è sintetizzata in questa frase di chiusura: "la concentrazione industriale è una necessità economica; ma la igiene delle società non costituisce necessità minore" ⁽¹⁰⁷⁾. Infatti, "le società dipendenti diventano, nelle concentrazioni industriali, economicamente *cose*; anzi, *parti di una cosa complessa*" ⁽¹⁰⁸⁾, nelle quali lo scopo di guadagno non è visto in relazione alla sua propria entità, bensì in relazione alla società dominante, attuando "la subordinazione degli interessi apparenti delle società agli interessi sostanziali di chi le controlla" ⁽¹⁰⁹⁾. È uno sviamento, spesso occulto, che rende patologica la vita del mercato.

20. Finzi, che è così attento alle combinazioni intuitive e, poi, coniate dalla prassi commerciale, non poteva non gettare uno sguardo parimente attento a quella combinazione singolarissima per scopo e per struttura che è la società cooperativa. E la sua prima domanda è "quali sono i caratteri differenziali, essenziali della cooperazione nell'ordine giuridico" ⁽¹¹⁰⁾.

Ecco una prima risposta: "la cooperazione è anzitutto il segno di una esigenza di *gruppo*, che si risolve e si ricompone nei singoli che al gruppo appartengono; è una funzione, non di individui che tendono ad associarsi, ma di soggetti che già appartengono ad un

⁽¹⁰⁷⁾ *Società controllate*, cit., p. 11.

⁽¹⁰⁸⁾ Op. ult. cit., p. 11.

⁽¹⁰⁹⁾ Loc. ult. cit..

⁽¹¹⁰⁾ *Aspetti giuridici delle società cooperative*, cit., n. 1.

gruppo, il quale sente i propri bisogni e persegue i propri fini” (111). Dunque, “dipendenza delle singole società cooperative dalle categorie cui sono destinate a servire” (112).

La cifra tecnico-giuridica potrebbe essere così delineata: “con la costituzione delle società cooperative una categoria di persone, che ha bisogni di determinati servizi che potrebbe e dovrebbe chiedere ad altri, si crea, per così dire, *un suo proprio contraente artificiale*, il quale è destinato a soddisfare direttamente i bisogni dei singoli associati. La società cooperativa, giuridicamente *terzo* rispetto ai nuovi socii, economicamente è *cosa comune* fra essi, destinata a servir loro direttamente, immediatamente con la propria attività” (113).

21. La Relazione al Convegno agraristico del 1935, se la si legge nel suo messaggio essenziale, è la voce (e, poi, la pagina) di un personaggio pensoso che registra fedelmente il suo tempo. Ma — si badi — non quell’anno 1935 e nemmeno quel ventennio sventurato per la povera Italia; rispecchia e registra, invece, un più largo tempo pos-moderno così come si era svolto dagli ultimi anni dell’Ottocento fino ad allora e che era destinato a proseguire portandosi impressa la stessa cifra storica. In altre parole, quella Relazione, se la si sfronda dei vari omaggi formali al fascismo imperante (del resto, facilmente estraibili), ci si mostra in una proiezione temporale che risale a un momento pre-fascista e si rivolge a un futuro dai confini indeterminati. Lo stesso ordinamento corporativo, in cui la Relazione si situa e a cui fa capo, è colto quale fase vistosa di un tempo lungo di transizione cominciato certamente non con il 1922 e con la marcia su Roma, e destinato a durare.

Tutto questo discorso — che vale qui per Finzi ma che si estende a non pochi giuristi italiani operanti negli anni Trenta (un esempio autorevole è quello di Mortati) — vuole puntualizzare (e anche motivare) la circostanza apparentemente singolare della continuità nella utilizzazione degli stessi strumenti teorici e approcci interpretativi anche dopo il 1945. Né si tratta della astrazione dalla

(111) Op. ult. cit., n. 3.

(112) Op. ult. cit., n. 8.

(113) Op. ult. cit., n. 9.

storia dei soliti impassibili giuristi, quasi che dittatura e democrazia parlamentare avessero per loro una pari valenza; si tratta, invece, che quegli strumenti e quegli approcci, anche se accomodati per un certo tempo all'interno del Regime, esprimevano qualcosa di sopraelevato rispetto alle miserie italiane del ventennio.

Tutto questo discorso serve egregiamente a introdurre qualche considerazione sul saggio finziano del 1950 “Riflessi privatistici della Costituzione”, saggio che è il primo rilevante contributo scientifico di Finzi dopo quello del 1935 ⁽¹¹⁴⁾. I quattordici anni che li separano avevano costituito per l'israelita mantovano una sorta di vuoto pneumatico: nel '38 le leggi antiebraiche e l'esilio dalla cattedra, poi le rovine della guerra e del dopoguerra. Il saggio si inserisce in uno dei primi Commentarii alla Costituzione italiana, edito dal fiorentinissimo editore Barbera, promosso e coordinato da Piero Calamandrei e Alessandro Levi, e che vuole manifestamente essere il frutto della riflessione collettiva d'una intera Facoltà di Giurisprudenza, quella fiorentina ⁽¹¹⁵⁾, dove Finzi insegna da sempre ma nella quale è Ordinario solo dal 1946, dove — appena rientrato nella veste di

⁽¹¹⁴⁾ Ho ritenuto di non inserire in questa raccolta il breve articolo che Finzi pubblica nel giornale quotidiano fiorentino “La Nazione del Popolo”, organo del ‘Comitato toscano di liberazione nazionale’, il 25 gennaio 1945, dedicato a “Il problema dei Codici fascisti” (védilo ristampato in appendice al saggio di P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile - Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28 (1999), T. I, pp. 283-285). Ridotti all'osso, i motivi del non inserimento sono quattro: si tratta di una collaborazione giornalistica a un quotidiano organo del CTLN; si tratta di un articolo scritto nei primi giorni del '45, ossia quando si stava appena uscendo da una immane tragedia e quando Finzi aveva ancora sulla pelle le ferite brucianti della persecuzione razziale e dell'esilio dalla cattedra, ed era perciò assai facile cedere a impulsi polemici; si tratta di un articolo che suona stonato con l'atteggiamento tenuto durante il ventennio di Regime dal giurista Finzi, che non era fascista ma che era stato sensibilissimo a quegli aspetti del corporativismo che gli parevano esprimere oggettive esigenze della società italiana novecentesca; si tratta di un articolo che appare smentito, nelle sue drastiche proposte abolitive, dal penultimo saggio della nostra raccolta, dove si parla del Codice Civile del 1942 con alcune critiche e con parecchi elogi, cogliendovi anche le tracce delle proposte finziane di rinnovamento in tema di proprietà e diritti reali.

⁽¹¹⁵⁾ Sono, infatti, collaboratori, accanto a Calamandrei, Levi e Finzi, Paolo Barile, Franco Carresi, Ugo Coli, Pietro Agostino D'Avack, Raul Alberto Frosali, Giuliano Mazzoni, Giovanni Miele, Alberto Predieri.

cattedratico — ha avuto nel 1947 il gratificante tributo di stima della elezione a Preside (carica che manterrà sino al 1956).

Per comprendere la rilevanza del saggio nella biografia culturale di Finzi ma anche nella storia della civilistica italiana di quegli anni, occorre non dimenticare la sua data di pubblicazione: 1950. La Costituzione è appena neo-nata, portatrice di un brevissimo frammento di vita; ed è per i civilisti italiani una sorta di oggetto misterioso, di cui il sano giurista codicista fa bene a diffidare: documento nobile della Assemblea Costituente, contenente principii ispirati ad una elevata etica sociale, non sembrava però appartenere al mondo del diritto. Quei principii si risolvevano in dichiarazioni programmatiche, su cui facevano bene a disquisire filosofi politologi sociologi e anche economisti, ma che non dovevano interessare i giuristi: infatti, non era un testo normativo né tanto meno un breviario scientifico.

Secondo quel maledetto positivista che era il cultore italiano del diritto civile, avvezzo ad acchiappare le nuvole della purezza ma soltanto quelle gravitanti al di sopra dei rigidi confini del Codice, la Costituzione era meglio ignorarla, continuando a maneggiare gli articoli del Codice e consentendosi unicamente delle architetture svolazzanti costruite sulle saldezze di 2969 decantatissimi articoli.

Quanto si è ora — polemicamente — precisato riguarda la grande maggioranza della falange civilistica. Alla quale, però, non appartiene Finzi. Il civilista neoterico, allievo di Venezian, così percorso da venature ereticali e così compiaciuto di esserlo, si trova a suo agio con il grande frutto della Assemblea Costituente. Colui che aveva chiesto al civilista di scendere dal suo seggio e di imbrattarsi le mani con il fango delle cose, che aveva voluto le cose protagoniste — accanto al soggetto — dell'ordine giuridico; colui che aveva reclamato la complessità del diritto speculare alla complessità della società e aveva gridato contro l'aridità del riduzionismo giuridico moderno, non poteva che avvertire una profonda consonanza verso il riuscito tentativo di leggere la società italiana del 1948, percepirne i valori diffusi e condivisi, tradurli in un compiuto breviario giuridico per il cittadino italiano.

Lo storicista Finzi coglieva, in questa emersione della società a livello del diritto, non il semplice lavoro di una Assemblea anche se benemerito, e nemmeno dei partiti politici in essa rappresentati, ma

piuttosto il segno di un tempo storico, che, ora, anni 1946/48, grazie a felici circostanze politiche dopo le tragedie della dittatura e della guerra, aveva la possibilità di manifestarsi senza costrizione alcuna, in tutta la sua schiettezza.

Per lo storicista Finzi la Costituzione dava voce alla complessità della società, che uno statalismo rigido — sia quello liberal-borghese, sia quello ancor più soffocante della dittatura fascista — aveva per troppo tempo coartato. Per il propugnatore della fattualità del diritto quel che più conta è che la Costituzione immetteva valori e fatti all'interno di una norma, la quale non era soltanto norma squisitamente giuridica ma addirittura norma giuridica suprema.

Guardando ai Codici, il suo è un atteggiamento ben distante dai numerosi civilisti, che mantenevano il proprio occhiale messo a fuoco unicamente su di essi (e su alcune leggi speciali). I Codici andavano riletti e reinterpretati alla luce dei valori giuridici, dei principii, delle regole fissati nella carta costituzionale: perché il diritto ha continuato a vivere e non può che registrare le grandi trasformazioni della società italiana e dello Stato italiano di cui la Costituzione è specchio fedele.

La codificazione non può e non deve separare il diritto da quel divenire socio-economico che è la sua linfa nascosta, e, se la norma codificata non corrisponde alla tavola di valori giuridici segnata nella carta costituzionale, si imporrà un'ineludibile opera di adeguamento affidata alla interpretazione/intermediazione di scienziati e giudici. E lo storicista Finzi non èsita a precisare: "volontà statutale non è quella iniziale, ma quella attuale; non è quella che ha determinato la nascita della norma, ma quella che ne consente la conservazione, quella cioè che è viva, oggi, ed emerge dai principii e dai programmi che la costituzione pone a fondamento della nuova repubblica" ⁽¹¹⁶⁾.

In altre parole, il gius-privatista non può appagarsi del paesaggio giuridico offertogli da un Codice, anche se ha appena un decennio di vita. Certamente, quel Codice reca nelle sue trame i segni del tempo novecentesco (e Finzi si compiace di trovarvi tracce precise delle sue innovative proposte in tema di proprietà fatte nel 1922 e nel 1935), ma è sopravanzato dalle radicali trasformazioni del

⁽¹¹⁶⁾ *Riflessi privatistici della Costituzione*, cit., p. 35.

rinnovamento morale sociale politico dell'immediato dopoguerra. Egli non ha dubbi: "si delinea l'opportunità di una generale revisione dei dogmi del diritto privato in funzione del nuovo indirizzo sociale. Sarà compito del giurista di domani ... quello di costruire scientificamente i nuovi istituti, dopo averne attentamente studiata la storia. E potrà e dovrà il giurista di domani considerare inoltre se e quali strumenti giuridici nuovi o rinnovati possano offrirsi alla vita sociale per adeguare sempre più l'ordinamento giuridico alle esigenze della società espresse dalla nuova costituzione" (117).

Il compiacimento di Finzi è di verificare quanto lui stesso abbia visto giusto nelle sue analisi del diritto patrimoniale italiano tra le due guerre mondiali e quanto quelle analisi siano state preveggenti: il modello proprietario disegnato nella Costituzione è, infatti, "non più diritto soggettivo tipico, palladio di libertà assoluta rispetto ai beni, ma piuttosto *officium*, cioè, come si dice, *funzione sociale*" (118). Col che è facile al Nostro di ripetere suoi preziosi ammaestramenti di tanti anni prima: poteri del proprietario come sostanzialmente discrezionali, con la possibilità di utilizzare anche in campo privatistico le nozioni di eccesso e sviamento di potere in forza della immedesimazione del vecchio diritto soggettivo nella figura di *officium* intimamente venata di pesanti situazioni di dovere giuridico.

22. Se qualcuno si arrestasse alla lettura della intitolazione di questo breve saggio finziano ("La Rivista di diritto agrario (celebrandone il trentennio)"), potrebbe seriamente dubitare della opportunità di averlo inserito nella raccolta a causa del suo palese carattere di scritto di occasione; non v'ha infatti dubbio che Finzi cede all'invito del suo collega agrarista fiorentino Giangastone Bolla, fondatore e direttore della fiorentina 'Rivista di diritto agrario', a celebrarne il trentennio di vita.

L'occasione serve, però, al Nostro per ri-affermare e anche ri-motivare le sue vecchie predilezioni per certe branche del diritto che la specialità della materia da esse disciplinata colora di una non artificiosa autonomia. E riaffiora il civilista spregiudicato, che trala-

(117) Op. ult. cit., p. 45.

(118) Op. ult. cit., p. 44.

scia di guardare alle linee purissime di un diritto generale — bloccato nella as-trattezza delle sue linee — per immergersi volentieri in zone specifiche dell'ordinamento giuridico connotate da una greve fattualità di indole economica e sociale. E riaffiora una estrema cautela verso l'atteggiamento della scienza giuridica di *civil law*, che conduce alla probabile separazione tra forme giuridiche ed esperienza quotidiana: “seppure, infatti, la norma voglia disciplinare i rapporti della vita quali sono, il giurista istintivamente tende, invece, a ricondurre i rapporti reali entro gli schemi ideali da esso predisposti, forzando i primi e deformandoli, fino a che non abbiano assunto forma e sostanza conforme a questi” (119).

Il rischio che si corre è non solo una forzosa astrazione ma anche un appiattimento e una riduzione delle oggettive diversità in cui necessariamente si sfaccetta la complessità dell'ordinamento; insomma, il rischio è di non corrispondere a una esigenza di 'specialità' che viene direttamente dalle cose e non già da invenzioni di legislatori o di sapienti. Per esempio, per quanto attiene al cosiddetto 'diritto agrario', “è indagando sulla congerie di rapporti giuridici che interferiscono con l'attività agricola, che potranno scoprirsi eventuali nuovi *tipi* di rapporti giuridici, o sottospecie di rapporti già noti e disciplinati, i quali, però, per costanti loro qualità, o modificazioni, assumono aspetti anche essi tipici e di particolare rilievo” (120).

L'attenzione alle specialità non ha il significato di una rottura della unità dell'ordinamento in monconi irragionevoli, bensì della ragionevolissima possibilità di recuperare quegli spessori, quelle varietà, che pur costituiscono la ricchezza dell'ordinamento nella molteplicità delle sue trame. E Finzi, efficacemente, parla qui “di questa specie di 'stereoscopia giuridica', che consente di rivelare insieme la forma e il volume dei nostri istituti” (121).

La liturgia celebrativa offre, così, il destro a Finzi di rinnovare la sua analisi *stereoscopica* sul tessuto della proprietà privata individuale, che conduce a individuarne almeno due, una proprietà *personale*, una *proprietà/libertà*, che non può che distinguersi da una proprietà *economica, proprietà produttiva*, “che deve tener conto delle esigenze

(119) *La Rivista di Diritto Agrario (celebrandone il trentennio)*, cit., p. 115.

(120) Op. ult. cit., p. 115.

(121) Op. ult. cit., p. 116.

sociali, e proporzionarsi in ragione di una equa distribuzione dei beni materiali e di una efficiente produttività nell'interesse sociale" ⁽¹²²⁾.

Citille in Chianti, il Diotto (8 settembre) del 2012

⁽¹²²⁾ Op. ult. cit., p. 118.

CAPOGRASSI GIUSEPPE

(Sulmona, 21 marzo 1889 — Roma, 23 aprile 1956)

Nasce, da famiglia di antico lignaggio, a Sulmona, dove trascorre la fanciullezza e dove compie soltanto i primi studii, restando però sempre profondamente legato al primordiale contesto della montagna abruzzese; lì manterrà la dimora avita e lì sempre ritornerà per i suoi arricchimenti spirituali. La giovinezza è segnata da due scelte che impronteranno l'intera sua vita intellettuale: una crescente adesione alla fede cattolica; la scelta per gli studii giuridici, all'inizio imposta dai familiari ma che lo vedrà sempre più coinvolto e sempre più convinto.

Compie i suoi studii universitarii alla Sapienza romana, dove si laurea in Giurisprudenza nel 1911 e dove ha inizio un intenso rapporto culturale che lo legherà perennemente a Vittorio Emanuele Orlando, il docente che più d'ogni altro lo ha impressionato e conquistato con le sue lezioni ricche di autentico realismo. Altro tratto caratterizzante del futuro filosofo del diritto è il lungo esercizio della avvocatura in Roma subito dopo la laurea e l'avvio di una piena dimestichezza con il diritto positivo italiano. Contemporaneamente, instaura un forte legame accademico con Giorgio Del Vecchio, di cui diviene assistente e sotto la cui guida si prepara alla libera docenza in filosofia del diritto conseguita nel 1925. Ottiene la cattedra universitaria nel 1932, sempre con il determinante aiuto di Del Vecchio, determinante per superare l'ostilità di Gentile e dei gentiliani. Nel 1934 è cattedratico a Macerata, dove assume anche le funzioni di Rettore/Preside, nel 1938 a Padova, nel 1940 a Napoli, nel 1950 nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Ateneo di Roma, insegnando prevalentemente la 'Filosofia del diritto' e la 'Dottrina dello Stato'. Il 15 dicembre 1955 è nominato dal Presidente della Repubblica giudice della Corte Costituzionale. Si spenge a Roma

dopo lunga malattia il 23 aprile del 1956, giorno della prima seduta giurisdizionale della Corte.

Un dato biografico di grosso rilievo è l'avvio, nel 1935, di quelle riunioni settimanali a casa sua, che faranno — soprattutto nel secondo dopoguerra — della abitazione romana di C. l'unico vero cenacolo culturale con una decisiva influenza nell'itinerario della scienza giuridica italiana; entro di esso — come ci attesta un assiduo frequentatore — egli “poneva quesiti, interrogava come un nuovo Socrate” (Giuseppe SANTONASTASO, *Ricordo di Giuseppe Capograssi* (1956), ora in Mario D'ADDIO, *Giuseppe Capograssi (1889-1956)-Lineamenti di una biografia*, Milano, 2011, p. 343).

L'itinerario intellettuale di questo complesso personaggio si svolge su due livelli apparentemente separati ma, nella sostanza, accomunati da una attenzione mirata ad un medesimo oggetto: la persona umana, analizzata sotto un duplice profilo, nella sua essenza e nella sua esistenza. Da qui, i due livelli della ricerca capograssiana, l'uno che si addentra con vigorose capacità speculative nelle altezze della filosofia morale (e sempre con una orientazione metafisica), l'altro che si compiace di osservare premurosamente l'uomo comune nella sua vita quotidiana che è sempre, innanzi tutto, vita di relazione. È ovvio che, in questa sede, non possiamo che limitarci a questo secondo livello.

Il primo tratto caratterizzante del C. filosofo del diritto è la sua posizione intrinsecamente polemica verso l'attualismo gentiliano imperante in Italia negli anni Venti e Trenta. Contro la conclusione attualistica della coincidenza perfetta della realtà con l'ideale, della intima immedesimazione dell'atto con cui si pensa e dell'atto con cui si realizza la realtà, C. oppone il suo fermo richiamo al diritto come esperienza, cioè come ineliminabile tessuto della vita quotidiana del soggetto, sua forza espressiva e suo salvataggio sociale. È un richiamo costante, tanto da fare di lui, nella comune consapevolezza, il filosofo dell'esperienza giuridica. Se gli *Studi sull'esperienza giuridica* (1932) (ora in *Opere*, II, Milano, 1959) debbono considerarsi l'opera dove il suo pensiero ha, in proposito, una matura definizione, è significativo che egli dèdichi al tema, nel 1925/26, il suo primo esercizio della libera docenza nell'Università di Roma e, ugualmente, le sue ultime riflessioni raccolte incompiute dopo la sua morte (*L'esperienza giuridica nella storia, Incompiutezza dell'esperienza giu-*

ridica, *Appunti sull'esperienza giuridica*, ora in *Opere*, III, cit.). Esperienza giuridica non è un sintagma innocuo: sta a significare che il diritto è sì dimensione della vita, è cioè connotato da una sua intima carnalità, ma che non scompare assorbito nel magma della complessità esperienziale, conservando — al contrario — una sua autonomia. C. tiene a sottolineare con risoluta persuasione l'autonomia del 'giuridico' nel 'sociale'.

Il secondo tratto caratterizzante riguarda il ruolo dei giuristi e particolarmente della scienza giuridica all'interno dell'esperienza; è, infatti, soprattutto grazie alla scienza che l'esperienza giuridica può raggiungere il risultato dell'autonomia impedendo il mescolarsi confuso con il mondo morale e con il mondo economico. La scienza, secondo C., con i suoi concetti e le sue categorie ordinanti non è un artificio; anzi, queste provvidenziali invenzioni "si riportano a quel profondo nucleo di certezze a cui tutta l'esperienza si riporta" e riescono a penetrare "nella intima struttura della coscienza pratica, da cui nascono gli ordinamenti positivi" (*Il problema della scienza del diritto* (1937), ora in *Opere*, II, cit., pp. 574/575). Sotto questo profilo C. assume nella filosofia italiana del diritto durante il Novecento un timbro di assoluta tipicità: forse anche per il pieno possesso degli strumenti tecnici che il prolungato esercizio dell'avvocatura gli ha consegnato, egli è in grado di affermare — e afferma con voce sonora — le feconde valenze espressive della tecnica giuridica, e ama filosofeggiare sui giuristi leggendo con partecipazione le loro pagine, anche quelle che, ad occhi più distratti o più incolti, possono apparire aride nella loro orditura tecnica. Sono rimarchevoli i colloqui che C. instaura con alcuni grandi protagonisti della scienza giuridica novecentesca, con Vittorio Emanuele Orlando (*Il problema di V. E. Orlando* (1952), ora in *Opere*, V, cit.), con Francesco Carnelutti (*Leggendo la 'Metodologia' di Carnelutti* (1940), ora in *Opere*, IV, cit.), con Santi Romano (*L'ultimo libro di Santi Romano* (1951), ora in *Opere*, V, cit.), con Chiovenda Calamandrei Satta (*Intorno al processo- Ricordando Giuseppe Chiovenda* (1936), ora in *Opere*, IV, cit.; *Giudizio processo scienza verità* (1950), ora in *Opere*, V, cit.).

Questo strano filosofo, così poco immerso nel cielo delle astrazioni (anche se saldo in precise certezze metafisiche), ama guardare al diritto da sotto in su, assumendo a punto focale della propria osservazione il cittadino comune, preferibilmente sorpreso tra le

pesantezze della sua difficile vita quotidiana; ovviamente, il cittadino comune nella sua vicenda personale e sociale, nella sua micro-storia, ma anche all'interno del più ampio contesto storico nel suo incessante divenire e trasformarsi. Infatti, l'esperienza giuridica, se esperienza vuole essere, non può che essere storia, e tutto vi è intriso di storicità. Nel giurista C. il senso della storia è vivissimo, ma anche qui l'analisi si scinde in due livelli.

È privilegiato quello delle vicende minute del singolo operatore, segnate da istituti giuridici come il diritto di proprietà e il rapporto di lavoro, sfocianti spesso in controversie. È soprattutto quest'ultimo l'angolo di osservazione preferito dal Nostro: il processo, ossia la situazione in cui si estrinseca la natura controversiale del diritto e in cui ricco e povero, potente ed oppresso, hanno una loro voce da esprimere e anche la possibilità concreta di esprimerla: "quella povera e angusta cosa che è il soggetto particolare, come attore come convenuto come imputato, c'è con una propria somma di poteri e di diritti nel processo. Può dire: domando eccepcisco concludo mi difendo *ergo sum*. Non c'è nessun punto dell'esperienza giuridica in cui il soggetto singolo come imprescindibile realtà giuridica dell'esperienza appaia in modo più presente e più diretto" (*Intorno al processo*, cit., pp. 152/153). La storicità del diritto, il suo perenne ordinare la vita e cangiarsi in esperienza, agli occhi di C., ha nel processo la sua più compiuta manifestazione: "certo è il modo di risolvere il mistero del processo il riportarlo *là dove è*, nella storia dell'azione ... L'azione è il soggetto, non è altro che il soggetto, è tutto quello che riesce a realizzare il soggetto" (*Pensieri dalle lettere*, Roma, 1958, n. 70).

Una dimensione del soggetto, che non poteva non attrarre l'attenzione del Nostro, è quella del lavoro e della proprietà, che, ai primi anni Cinquanta, appare ancora nel suo aspetto principale del rapporto uomo/terra, della coltivazione della terra, una coltivazione che, nella interpretazione capograssiana, è un recupero del mondo delle cose alla storia umana, consiste nel sottrarre la terra dal mondo bruto dei fenomeni per caricarla di storicità e, quindi di umanità (*Agricoltura, diritto, proprietà* (1952), ora in *Opere*, V, cit.).

L'analisi non può non elevarsi anche al livello della dimensione della macro-storia, che C. riconosce in un divenire che incrina e talvolta demolisce vecchie certezze, che si trasforma — così come nel

corso del Novecento — in un tempo di *crisi*. Crisi: un problema incombente e ricorrente nel pensiero del giurista sulmonese, una presenza che ha talora il significato positivo di movimento e rinnovamento, talora anche quello negativo di offuscamento di valori incidendo pesantemente sull'individuo e sulla sua vicenda. Proprio alle “Incertezze dell'individuo” egli dedicherà, al termine della sua riflessione, pagine di straordinaria penetrazione. L'incubo del filosofo personalista è quel prodotto aberrante di una società di massa rappresentato da “l'individuo comune anonimo statistico” (*Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo* (1955), ora in *Opere*, V, p. 487), un individuo al quale è stata espropriata la propria specifica irripetibile individualità (*Incertezze sull'individuo* (1953), ora in *Opere*, V, cit., p. 442) da dei “regimi di propaganda” che hanno il solo fine di appiattare neutralizzando tutto quanto può variegare e differenziare la compattezza della massa auspicata dal potere (*ibidem*, p. 461).

La riflessione “Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo” è una riflessione estrema, quasi un messaggio da affidare ai più giovani, a coloro che verranno dopo; e il rischio onnipresente è una massificazione mortificante, una uguaglianza disindividualizzante. Il sentimento della crisi sembra attanagliare l'ultimo C., per il semplicissimo motivo che “queste crisi hanno mostrato la responsabilità del pensiero” (*Appunti sull'esperienza giuridica*, in *Opere*, III, cit., p. 402), perché troppo spesso gli scienziati del diritto hanno abdicato alla forza ordinante del pensiero e della ragione “e la vita e l'azione sono state abbandonate alle forze cieche della passione e dell'arbitrio” (*ibidem*, p. 402). La risposta capograssiana, quella degli ultimi mesi di vita, è un ritornare al tema di sempre, all'esperienza giuridica, al suo carattere e alla sua funzione, insomma al problema di una sua appagante identificazione, nella certezza di rinvenirvi uno dei salvataggi più sicuri per il soggetto agente.

Per la biografia di C. si può contare oggi su un volume recentissimo: Mario D'ADDIO, *Giuseppe Capograssi (1889-1956)-Lineamenti di una biografia*, Milano, 2011, che reca, in appendice, la ristampa di alcuni testi capograssiani, nonché parecchi documenti inediti. A questo può offrire una giovevole integrazione la lettura dello straordinario complesso di 1951 lettere che C. indirizza alla fidanzata Giulia Ravaglia dal 1918 al 1924 e che supera di gran lunga il carattere di un

epistolario amoroso (G.C., *Pensieri a Giulia (1918-1924)*, da leggersi nella seconda edizione: Milano, 2007, con i rilevanti apporti alla biografia capograssiana contenuti nella amplissima introduzione di Gabrio Lombardi).

Una accurata bibliografia su C. fino al 1990 può reperirsi in: G. C., *Opere*, VII, Milano, 1990, p. 517 ss..

Tra i numerosissimi necrologii apparsi subito dopo la morte, inquadrano in modo eccellente il filosofo del diritto e il giurista quelli di: Felice BATTAGLIA, *Ricordando Giuseppe Capograssi (1889-1956)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, pp. 603/608; Norberto BOBBIO, *Giuseppe Capograssi*, ora in *L'Italia civile-Ritratti e testimonianze*, Manduria, 1964, pp. 235/238; Francesco CARNELUTTI, *Interpretazione di Capograssi*, ora in *Discorsi intorno al diritto*, III, Padova, 1961, pp. 155/184; Pietro PIOVANI, *Itinerario di Giuseppe Capograssi*, in *RIFD*, 1956, pp. 417/438; Salvatore SATTA, *G. Capograssi*, ora in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, pp. 413/426; Renato TREVES, *G. Capograssi*, in *Temi*, 1956, pp. 211/216. Giovevolissimi, per l'inquadramento di cui sopra, i numerosi interventi di un allievo spirituale di C., il filosofo del diritto Antonio PIGLIARU, *Saggi capograssiani*, Roma, s. d. (ma 2010).

Su C. filosofo del diritto: Ulderico POMARICI, *L'individuo oltre lo Stato - La filosofia del diritto di Giuseppe Capograssi*, Napoli, 1996.

Per un inserimento di C. nella scienza giuridica italiana della prima metà del Novecento: Paolo GROSSI, *Scienza giuridica italiana - Un profilo storico 1860/1950*, Milano, 2000, e anche Paolo GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi* (2006), ora in *Nobiltà del diritto-Profilo di giuristi*, Milano, 2008.

Un quadro della intiera opera di C. nelle sue diversificate manifestazioni offre la raccolta di scritti: *Esperienza e verità - Giuseppe Capograssi: un Maestro oltre il suo tempo*, a cura di A. Delogu e A. M. Morace, Bologna, 2009.

ENEZIAN GIACOMO

(Trieste, 7 dicembre 1861 — Carso, 20 novembre 1915)

Nasce da una antica famiglia ebraica in Trieste, dove il padre esercita la professione di medico condotto del Comune. Frequenta il ginnasio comunale italiano ricevendo una solida educazione e soprattutto una robusta cultura classica. Una influenza incisiva ha avuto su di lui — e in modo duraturo — l'ambiente politico e culturale triestino, nel quale è intensamente coinvolto fin dalla primissima giovinezza. Ne scaturiscono due conseguenze che lo segneranno a fondo: un tenace irredentismo, che lo porterà ad avere grossi problemi con la giustizia austro-ungarica; una formazione aperta verso la *Mittel/Europa*, che gli darà non solo una conoscenza perfetta della lingua tedesca ma altresì una preziosa dimestichezza con la grande cultura giuridica dell'area austro-tedesca. Il misurarsi su un terreno politicamente non chiuso, unito a una vocazione straordinaria per l'apprendimento delle lingue, lo porterà presto anche al pieno possesso della lingua inglese, con la possibilità di attingere al serbatoio del *common law* pressoché ignorato dai civilisti di allora (e i risultati saranno tangibili per il suo stesso itinerario scientifico).

Lascerà Trieste per seguire gli studii giuridici a Bologna, dove si laurea con lode il 20 novembre del 1882. In questo Ateneo, più che il contatto con i civilisti e con quello che è il suo patrono dottorale, Oreste Regnoli, ciò che conta per il giovane V. è la familiarità con la forte personalità del penalista Enrico Ferri, ne subisce l'influenza e resta persuaso dal costante richiamo ferriano a rifuggire da sterili metafisicherie e a non abbandonare mai un positivo metodo di osservazione; richiamo che, travalicando il campo penalistico, diverrà anche per V. orientamento e salvataggio nella propria ricerca scientifica.

Tenendo dietro alla insoddisfazione, che è il suo tratto essenziale come uomo di cultura, divenuto vincitore di una borsa di perfezionamento, non esiterà a lasciare il clima piatto e incolore dei civilisti bolognesi per poter lavorare a Roma sotto la guida di Francesco Filomusi Guelfi, giurista e filosofo, personaggio culturalmente apertissimo, con cui V. si sentiva in assoluta sintonia; ed è a Roma che, nell' '89, egli si incardinerà come 'libero docente'. Ma aveva già cominciato il proprio insegnamento fin dal 1886 nella Università di Camerino; lo proseguirà a Macerata dal 1888 al 1895, a Messina dal '95 al '99, a Bologna dal 1900 al 1915, sempre come professore di 'diritto civile', affiancando volentieri la docenza di altre discipline giuridiche. Nel 1895 guadagnerà la cattedra universitaria. Sempre gli arrise un pieno successo didattico, e, grazie alla originalità del proprio pensiero, riuscì a stimolare verso la ricerca scientifica parecchi giovani talenti che sarebbero — in seguito — divenuti maestri nella scienza civilistica: furono suoi allievi diretti Francesco Ferrara a Messina, Enrico Finzi e Giuseppe Osti a Bologna, mentre dichiararono espressamente di averlo eletto a guida in seguito all'approccio con le sue pagine Antonio Cicu e Giuseppe Messina.

Di V. si è parlato molto in commemorazioni e celebrazioni innumerevoli, tutte volte — però — a ricordare il nazionalista, l'irredentista, l'eroico soldato; poco, troppo poco si è, invece, parlato del giurista, e si è fatto torto al messaggio suo più duraturo, che — a cento anni dalla morte — è ancora in grado di offrire contributi all'odierno cultore della scienza giuridica. V. fu, infatti, in grazia del suo talento nativo unito alle ampie fondazioni culturali e all'ampiezza del proprio sguardo comparativo, scrittore di pagine di indubbia originalità, civilista precorritore di sviluppi futuri e, pertanto, assolutamente antesignano rispetto alle tradizionali dogmatiche romanistico-civilistiche ancora persistenti in Italia a fine Ottocento. Come tale, ebbe intorno a sé atteggiamenti di stupore e anche di irritazione o, nel caso migliore, di indifferenza.

Non desta sorpresa se l'opera sua più nota e anche più citata è la ricostruzione sistematica di un istituto, l'usufrutto, redatta anche per soddisfare le pretese dei maestri accademici del diritto civile e garantirsi il conseguimento della cattedra (*Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, I, Napoli, 1895; II, Napoli/Torino, 1912). Certamente, si tratta, nella dottrina italiana, del primo riuscito tentativo di

ricostruzione organica che tenesse conto degli scavi provvedutamente operati dalla riflessione pandettistica e soprattutto dallo Pflüger, né v'ha dubbio che V. dimostra singolari capacità di costruzione giuridica, ma non v'è in esso quel seme proiettato verso il futuro, che è facile cogliere in diversi suoi lavori quantitativamente minori o addirittura esigui. A questi crediamo doveroso riservare la nostra prevalente attenzione.

Tocca a V di 'leggere' il 20 novembre 1887 il discorso inaugurale dell'anno accademico nella Università di Camerino, ed egli lo dedica alle *Reliquie della proprietà collettiva in Italia* (ora in *Opere giuridiche*, II, Roma, 1920). Scelta coraggiosa e quasi ereticale in una cultura giuridica italiana ancora tutta protesa ad assolutizzare la proprietà privata individuale quale unico modello legittimo di appartenenza, in totale sintonia con il legislatore nazionale deciso nella 'liquidazione' di ogni proprietà collettiva ritenuta quale residuo di passati abusi, gravame e vincolo anti-economico della libera circolazione di un bene e pertanto incompatibile con l'assetto borghese del diritto civile unitario. V. capovolge la inveterata valutazione, e lo può fare perché compie una capillare concreta osservazione sulla realtà della montagna marchigiana e perché la valuta spogliandosi dei due atteggiamenti fuorvianti generalmente assunti, e cioè la visione partigiana e la difesa intransigente dello "spirito di sistema", della "euritmia dell'edificio legislativo" (ivi, p. 6). Lui che ha letto e meditato i grandi trattatisti del *deutsches Privatrecht*, che ha conosciuto da vicino le aperture di Filomusi Guelfi, che si è immerso nella positiva osservazione degli assetti collettivi sui monti Sibillini, forte di una grossa insofferenza culturale per il carattere mistificatorio di certe pretese conquiste dell'individualismo moderno, si rifiuta di gettare questi prodotti storici nell'immondezzaio degli oneri reali e tenta una comprensione del fenomeno che sia frutto di una serena storicizzazione. Ed ecco il titolo provocatorio del discorso camerte: reliquie sì, ma reliquie non di abusi cui rimediare senza indulgenze con la loro 'liquidazione', bensì della originaria proprietà collettiva sempre più ridotta e compressa dalle prepotenze dei latifondisti e del pubblico potere. Come tale, non può che essere rispettata e tutelata.

Il tema della proprietà lo attrae, ma non per unire il suo canto apologetico alle tante liturgie di fine Ottocento; piuttosto, per

guardarvi da un osservatorio generalmente desueto ma a lui familiare, da sotto in su (come dirà qualche decennio dipoi il suo scolaro Enrico Finzi), dalla realtà fenomenica agronomica economica delle cose. Preziosi sono i suoi ‘corsi’ agraristici, malauguratamente restati in provvisorie e informi vesti didattiche (talora, oggi irreperibili). Nelle *Lezioni di legislazione rurale per l'a.a. 1898-99* nella Università di Messina (raccolte per cura di G. Basile) si contesta il “monopolio assicurato dalla legge al proprietario”, si sceglie — come or ora si accennava — un “terreno realistico” “abbandonando tutte le elucubrazioni metafisiche addotte a sostegno della proprietà individuale” (p. 4). La proprietà è costantemente còlta nella sua funzionalità economica e sociale, e pertanto sorpresa nei suoi limiti più che nella assolutezza del suo diritto.

La felice armonizzazione in uno stesso personaggio dell’empirismo sociologico (trasméssogli da Ferri), di uno straordinario ventaglio comparativo e, conseguentemente, di una pressante insoddisfazione rispetto alle compassate litanie dei giuristi accademici così distanti dalle esigenze di una società in profondo cambiamento dà i suoi frutti più vistosi nella compiuta applicazione a un tema/problema scottante e bisognoso di sostanziose revisioni, ma completamente stagnante da Gaio al tempo di V.: la responsabilità civile. È un tema che egli frequenta distesamente già nella orientazione della dissertazione di laurea discussa nell’82, che riprende nel corso degli studi romani di perfezionamento e la cui prima stesura definitiva può farsi datare tra il 1884 e il 1886. Ho scritto incautamente l’aggettivo ‘definitiva’, perché tale non divenne mai nella considerazione dell’autore, il quale era sì convintissimo delle proprie conclusioni, ma lo era altrettanto della loro ereticalità; tanto che, quando nel 1919 l’allievo e genero Giuseppe Osti provvide a una raccolta generale dei saggi dei maestro/suocero, si trovò tra le mani una ben strana pubblicazione priva di frontespizio, ignota ai più perché circolata entro un numero ristrettissimo di amici, “come stia quasi ché di mezzo fra l’edito e l’inedito” (così OSTI in *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, ora in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919, *Prefazione*, p. II). In essa, infatti, era contenuta la rivoluzione copernicana di V. in tema di responsabilità civile. L’insofferenza per una tradizione ormai sterile è conclamata laddove il giovane civilista non esita a respingere “proposizioni avventate, come: il diritto romano è

ragione scritta, che mirano a mummificarci nella contemplazione sterile d'un complesso di regole adatte a una società di quindici secoli fa" (*Danno e risarcimento fuori dei contratti*, ora in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919, p. 9). Con una immediata verifica della additata mummificazione: "Nei sistemi di diritto che si sono formati sotto l'influenza del diritto romano, la teoria del danno e del risarcimento fuori dei contratti è confinata in un angolo della teoria delle obbligazioni, e gli scrittori non assorgono d'ordinario al concetto generale di torto, a cui per necessità logica va collegata immediatamente" (ivi, p. 1); soggiungendo: "non dobbiamo disdegnare di tener conto anche del diritto anglosassone..., perché soltanto il confronto dà la conoscenza" (ivi, p. 2). I risultati di questa analisi spregiudicata, che attingeva al di fuori del solco della tradizione di *civil law* e, anzi, con essa polemizzava, erano di enorme rilievo: affermazione del principio della responsabilità oggettiva, abbandonando la imputabilità per colpa su cui si era troppo "bizantineggiato" (ivi, p. 109); sufficienza del "nesso causale oggettivo fra il danno e la sfera giuridica di una persona" (ivi, p. 110); sostanziale affidamento alla giurisprudenza, la quale "aiuta quello svolgimento graduale del diritto conforme ai bisogni della società, che non si può attendere dal legiferare rapido dei Parlamenti" (ivi, p. 169), "della società moderna, tutta animata dal movimento industriale" (ivi, p. 109). C'era di che scandalizzare, o — almeno — sorprendere i portatori dell'augusto verbo romanistico: un esempio illustre è quello offerto da un rigoroso romanista, Contardo Ferrini, il quale, riferendosi espressamente a un "libro non messo in commercio di un ardito giurista italiano, il Venezian" (*Delitti e quasi-delitti*, in *DI*, IX, pt. prima, Torino, 1887-88, p. 731), respingeva l'idea tutta inglese dell'atto illecito come 'torto', confermando quella tradizionale di 'delitto'.

Altro grosso tema assunto da V. a terreno di sperimentazione di un rinnovato ideario assai più prossimo a una visione non individualistica del diritto privato è quello de *La causa dei contratti* (Macerata, 1889, poi Roma, 1892, infine in *Opere giuridiche*, I), oggetto di un saggio che è tutto dominato dal rifiuto polemico della *communis opinio* sulla vigoria obbligatoria del consenso. Facendosi forte di una provveduta analisi sociologica e puntando sul modello inglese della *consideration*, convinto che conta l'interesse sociale e

non l'arbitrio del singolo e che la funzione del diritto è quella di assicurare il massimo di coesione attraverso la cooperazione, V. lega la causa del contratto allo schema della cooperazione, liberandola dalla universalmente ricevuta proiezione individualistica e dandole — al contrario — una dimensione strettamente funzionalistica.

Infine, in questa ripetuta serie di interventi di svecchiamento e di apertura di nuove strade, non è dimenticabile la prolusione bolognese al 'corso' di diritto civile, che egli legge il 7 marzo del 1900 e vuole dedicare a *La tutela dell'aspettativa* (ora in *Opere giuridiche*, II, Roma, 192). Simbolica questa data di inizio secolo, considerata la insistenza di V. nel "cercare il lievito della trasformazione giuridica...nella trasformazione degli interessi che dai precedenti ordinamenti venivano assicurati" (ivi, p. 176) e nel rifiutare recisamente "idee connesse con la concezione di un diritto naturale" che al giurista immerso nel positivo della storia sapevano di metafisicherie (ivi, p. 175). Il diritto civile, ad avviso del V., deve essere riscritto ma può esserlo validamente solo guidati da "la considerazione ... delle forze reali cospiranti al movimento della società" (ibidem, p. 175). In questo nuovo campo visivo non si potrà non dare il debito rilievo all'apparenza, all'esercizio, all'effettività delle situazioni, mettendo da parte il consunto strumentario dell'astrattismo pandettistico e puntando invece su nozioni che assicurino adeguata tutela alle forze effettivamente presenti nella società, alla sicurezza e stabilità della circolazione giuridica all'interno di un traffico dove sono ormai preponderanti i rapporti collettivi. Giovevole appare, per esempio, la nozione tutta germanica di *Gewere*.

Chi abbia anche una elementare cognizione dello svolgimento e delle trasformazioni delle teoriche civilistiche lungo l'intero secolo ventesimo sui temi della proprietà, della causa negoziale, dell'apparenza giuridica, della responsabilità civile si renderà conto quanto sia stata antesignana la rinnovazione metodologica e tecnica di V. e quanto abbia influito — anche se nei tempi lunghi — sui futuri rinnovamenti di dottrina e prassi giurisprudenziale in Italia.

Delle molte celebrazioni l'unica che può offrire qualche contributo per una miglior conoscenza del giurista è quella promossa dal Comitato messinese della 'Società Dante Alighieri': *In memoria di Giacomo Venezian*, a cura di F. Felicioni, Messina, 1934 (dove si segnalano soprattutto i contributi di Bonfante, Degni, Ferrara,

Presutti, Pugliatti, Segré). Per la biografia di V. v. G. MARTINA, *L'azione politica di Giacomo Venezian*, in G. MARTINA-E. CAPIZZANO, *Giacomo Venezian*, Camerino, 1992. Per un esame complessivo della sua opera giuridica v. E. CAPIZZANO, *Giacomo Venezian giurista*, ivi, nonché P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana-Un profilo storico 1860/1950*, Milano, 2000. Delle tante commemorazioni, pur fatte da colleghi giuristi ma tutte inquinate da una prevalenza di spasmi basso-retorici, l'unica più leggibile è quella di V. POLACCO, *Giacomo Venezian* (1916), ora in *Opere minori* — pt. II — fasc. I, Modena, 1929. Fondamentale per una piena comprensione della revisione scientifica di V. in tema di responsabilità civile è G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, 1991, dove il cap. sesto è dedicato a 'Giacomo Venezian: il torto come realtà oggettiva sociale'.

“IL DIRITTO MITE” DI GUSTAVO ZAGREBELSKY UNA RILETTURA VENTIDUE ANNI DOPO (1)

1. Sul mio primo approccio a questo libro (e, in particolare, sulla sua intitolazione). — 2. Per una affrancazione dalle mitologie giuridiche. — 3. Per un recupero della complessità del diritto. — 4. Contro l'assolutismo giuridico moderno. — 5. Sul carattere 'borghese' della modernità giuridica. — 6. Per la de-mitizzazione della legge. Legge e volontà generale. — 7. La Costituzione pos-moderna: lettura della società e breviario giuridico del cittadino qualunque. — 8. Diritti e doveri tra 'medievale', 'moderno' e 'pos-moderno'. — 9. Il ruolo dell'odierno giurista per un diritto 'equo'; 10. Le conclusioni di una rilettura.

1. Quando Gustavo Zagrebelsky, a conferma di una amicizia che ci legava da tempo nel segno di una sostanziosa consonanza culturale, mi inviò, con dedica affettuosa, il libro di cui qui si parla, la mia prima reazione fu di una immediata contrarietà verso un titolo che io, pur con tutta la possibile comprensione per essere il suo autore soprattutto un costituzionalista (2), avvertivo come strategico a conquistare un generico lettore.

Anche per chi, come me, è stato da sempre un accanito anti-normativista; anche per chi, come me, ha colto nella dimensione giuridica un prezioso ordinamento (e, come tale, un prezioso salvataggio) della società, la mitezza non mi è mai apparsa una qualità tipizzante del diritto; che, certamente, ai miei occhi, è spogliato — nella sua essenza — dei caratteri di durezza, rigidità, imperatività,

(1) Una doverosa annotazione per il lettore: le pagine segnate nelle note senza precisazione del testo di provenienza si riferiscono al libro discusso in questo saggio.

(2) A giustificazione del titolo prescelto, Zagrebelsky intesta il paragrafo 3 del primo capitolo “La mitezza costituzionale”, precisando: “ Se volessimo, in una parola del tutto approssimativa, indicare il senso di questo carattere essenziale del diritto degli Stati costituzionali odierni, potremmo forse usare l'immagine della mitezza” (p. 11).

coattività, ma che, altrettanto certamente e proprio perché ordinamento del magma sociale, non può non essere contraddistinto da una intrinseca e ineliminabile *severità*. Il diritto è realtà severa, non mite; una severità che deriva — non può non derivare — dalla sua natura di *ordinamento*.

Se questo fu il mio primo approccio, quasi di disagio, lo stato d'animo mutò via via che mi inoltravo nella lettura, e alla *comprensione* dell'ordito zagrebelskiano si congiunse una crescente *condivisione*. E il libro mi apparve, come ancora oggi mi appare a ventidue anni da quel lontano confronto, un gesto di coraggio culturale e di affrancazione dai troppi luoghi comuni che avevano soffocato (e, in buona parte, tuttora soffocano) il giurista italiano teorico e pratico, ma anche un contributo efficace per la sua affrancazione. Un libro per il quale, fin da allora, io sperai in quel successo che meritatamente gli ha arriso.

Mi piace aggiungere che questa vena fertile fermata nelle pagine del '92 dove l'autore si confrontava su un tema di teoria generale del diritto, lungi dal disperdersi, riaffiorerà vivacissima in un libriccino, esile di pagine ma non di messaggi culturali, riprodotto una *lectio magistralis* del 2007 (ossia dopo l'esperienza novennale di giudice costituzionale dal 1995 al 2004) e dedicato precisamente a “Il giudice delle leggi artefice del diritto”⁽³⁾; da ultimo, in un volume del 2008, in cui si sintetizzano i ‘corsi’ di ‘Giustizia costituzionale’ tenuti a Torino e a Napoli⁽⁴⁾. Non mancherò di riallacciarmi anche a queste due pubblicazioni nel corso della rilettura odierna.

2. Nell'avviare il tentativo di una lettura che sia veramente comprensiva della cifra strutturale di questo libro, chiedo un fattivo contributo allo stesso autore. Il quale, all'inizio dell'ultimo capitolo, con riferimento al positivismo giuridico imperante in Italia fino alle

⁽³⁾ Napoli, Editoriale Scientifica, 2007 (Università degli Studi Suor Orsola Benincasa — Facoltà di Giurisprudenza — Lezioni magistrali, 19) (la *lectio* è sostanzialmente riprodotta nella raccolta: G. Z., *Intorno alla legge - Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, Einaudi, 2009, p. 337 ss.). Le nostre citazioni saranno fatte sulla edizione originaria napoletana.

⁽⁴⁾ *La legge e la sua giustizia - Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008.

soglie dell'oggi e con la volontà di riassumere il senso di tutto l'itinerario da lui percorso, esce in queste frasi che mi sembrano altamente espressive: presso i gius-positivisti “la realtà cui il diritto si applica viene come spenta e privata di ogni valore”; “che ancor oggi vi siano molti che pensano davvero il diritto come a un arsenale di formine giuridiche — le norme — da schiacciare sulla realtà non è affatto da escludere. Che però tutto ciò contrasti fundamentalmente con la configurazione del diritto che si è andata sviluppando nelle pagine che precedono è evidente” (5).

Questo franco e netto distanziarsi da un gregge di opachi ripetitori di un catechismo decrepito costituisce il primo tratto distintivo del giurista Zagrebelsky, del suo disagio culturale, della sua ansia di rinnovamento; e mette anche allo scoperto quello che è il filo conduttore del libro. Al di sotto di ogni sua pagina c'è, a sorreggerlo, una visione lucidamente storicistica, tesa a cogliere il diritto all'interno di una civiltà storica, cogliendo in esso una delle fondazioni più riposte e, insieme, una delle espressioni più nitide di quella.

La storicità del diritto, ossia il suo inabdicabile vivere entro la storia e in coerenza con essa, è la verità elementare (e la basilare dignità metodologica) che Zagrebelsky intende riaffermare. Né si tratta di una riaffermazione pleonastica, giacché è desolante il paesaggio che egli sorprende guardandosi attorno e appena dietro le spalle. Edificii ormai logori ma ritenuti dai loro costruttori inattaccabili dall'usura del tempo e conservati intatti malgrado la loro incapacità di corrispondere ai nuovi bisogni e di ordinare i tempi nuovi. Ed è evidente per un osservatore imparziale il distacco di troppe forme e norme dalla relativa linea storica, con la conseguenza di un paesaggio giuridico pressoché inaridito.

Nodi che si sono venuti consolidando durante la modernità e i cui rischi e costi sono oggi brutalmente palesi. Da qui, un atteggiamento implacabilmente critico e l'esigenza di liberarsi di luoghi comuni, di suadenti ma ormai vuote mitologie giuridiche, di verità ritenute dogmatiche e ancora zavorranti l'armamentario troppo spesso inadatto dell'attuale giurista italiano. Da qui, l'esigenza di

(5) Capitolo settimo: 'I giudici e il diritto', p. 179.

discutere e problematizzare, senza che la libertà dell'approccio culturale sia condizionato da pesanti quanto ingiustificate ipoteche. Da qui, quella che abbiamo più sopra qualificato come il carattere affrancatorio di questo felice volume.

3. La sua trasparente vigoria culturale consiste proprio in una esigenza che è al cuore del libro e che si regge su una operazione intellettuale anche da me avvertita come indilazionabile, operazione che ho qualificato intellettuale ma che si irrobustisce grazie alle sue profonde radici etiche e sociali: la necessità di un *recupero* per il diritto ⁽⁶⁾.

Tutto nasce da una consapevolezza prima: la civiltà giuridica moderna, nel suo pervicace statalismo/legalismo, ha operato un drastico riduzionismo, “il suo significato è una riduzione di tutto ciò che appartiene al mondo del diritto” ⁽⁷⁾; si deve, necessariamente, impegnare il giurista odierno — che sia culturalmente consapevole — nel recupero di una *complessità* forzosamente — e, dunque, artificiosamente — soffocata ⁽⁸⁾.

Oggi — 1992, ma viepiù nel nostro 2014 — occorre cedere “il passo alla più adeguata idea della costruzione del diritto come realtà complessa, un'idea alla quale ancora occorre lavorare perché entri a far parte di quei presupposti del nostro essere giuristi, dei quali non possiamo fare a meno” ⁽⁹⁾. È la frase con cui Zagrebelsky chiude la sua lezione magistrale alla Università Suor Orsola Benincasa del 2007 ed è, per così dire, il lievito fertilizzante di tutto il libro del'92.

Quale sia il contenuto di questo termine ‘complessità’, il cui uso è spesso indefinito e spocchioso, vedremo distesamente fra breve. Ora, preme di seguire l'autore nel cammino non facile per conseguire il recupero di cui si è più sopra parlato; e preme raccogliere l'invito che egli tiene a scrivere addirittura nelle prime righe della

⁽⁶⁾ Ne ho scritto spesso, tanto che qualche lettore può essere irritato dalla monotonia del mio martellare. Mi basti qui citare il titolo di una mia raccolta di saggi: *Società, diritto, Stato — Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006.

⁽⁷⁾ p. 38. Di “riduzioni positiviste” parlerà fin dalla premessa al volume del 2008: *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 10.

⁽⁸⁾ Nel volume di lezioni del 2008, assai felicemente, scriverà: “il diritto non è una linea, ma uno spessore” (*La legge e la sua giustizia*, cit., p. 15).

⁽⁹⁾ *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, cit., p. 53.

prima pagina: “occorre scendere più a fondo o, è lo stesso, salire più in alto, in ciò che non è espresso” (10).

Possono, queste espressioni separate dal loro contesto, sembrare un gioco di parole, e appaiono inafferrabili. Le si capiscono prontamente se si aggiunge per il lettore che, prima, si è parlato di Costituzioni, Codici, leggi, decisioni, insomma di ‘diritto positivo’. Ed è chiarissimo l’invito: quello di non contentarsi di quanto è scritto in testi ufficiali e autoritarii proposti perentoriamente alla obbedienza del cittadino. Lì è, infatti, l’aspetto apparentemente più vistoso della giuridicità, ma si tratta — beninteso — soltanto di una parzialissima manifestazione affiorante da un terreno che serba, invece, nella profondità una realtà complessa, latente ma enorme.

È, per Zagrebelsky, la *hereditas damnosa* del gius-positivismo moderno, il quale “negando l’esistenza di *strati* [il corsivo è mio] di diritto diversi dalla volontà iscritta nella legge, si precludeva *intenzionalmente* [il corsivo è mio] la possibilità di una distinzione dotata di rilevanza giuridica tra legge e giustizia” (11). È, per Zagrebelsky, al contrario, la sostanziosa ricchezza della contemporaneità post-moderna, quando “le regole giuridiche che rientrano nella normale disponibilità del legislatore avrebbero incominciato a essere *una* soltanto delle *facce* [corsivi miei] del diritto” (12).

‘Strati’, ‘facce’, altrove si usa il termine ‘lati’ (13), ma ci si vuole sempre riferire a quel forziere nascosto, che non è ricompreso entro i confini contenutisticamente modesti del diritto ufficiale, che è però ugualmente diritto, ed è tale per sua intrinseca forza; che è, forse, la parte più rilevante della giuridicità. È un diritto non scritto, certamente non muto perché, generato nelle radici di una civiltà dove allignano i valori, di questi valori si impregna e riceve l’osservanza spontanea della comunità (14). È un diritto sicuramente più robusto,

(10) p. 3.

(11) p. 127.

(12) p. 153.

(13) pp. 63 e 127. Ma si veda anche: *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, cit., p. 51, e *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 13, dove si legge l’intitolazione alla Parte Prima: “I due volti del diritto”.

(14) ‘Osservanza’ è atteggiamento ben diverso da ‘obbedienza’, giacché prevale in esso, rispetto alla passività di chi obbedisce, una componente attiva di consapevole accoglimento (ci ho insistito sopra in un tentativo di iniziazione alla comprensione del

perché la sua forza non gli deriva dalla coazione da parte del potere, bensì da una coscienza collettiva persuasa di porre in essere con l'osservanza il salvataggio della stessa comunità.

4. Il paesaggio a cui guarda Zagrebelsky è una sorta di 'Waste Land' perché inaridita (e sostanzialmente impoverita) dal riduzionismo giuridico moderno, che, sulle fondazioni teoriche dell'illuminismo continentale ⁽¹⁵⁾, i giacobini e, poi, gli Stati delle pseudo-democrazie continentali dell'Ottocento avevano perseguito e compiutamente realizzato. Ed è a questo progetto, politico e giuridico insieme ma con pesanti risvolti sociali ed economici, che egli rivolge una puntuale attenzione.

Non è, certo, il primo ed è, anzi, in numerosa compagnia, ma il suo complesso di osservazioni è da segnare *albo lapillo*, perché il costituzionalista — rivestendo egregiamente i panni dello storico del diritto — depone gli occhiali deformanti con cui si era costantemente (e deplorabilmente) osservato l'itinerario della modernità giuridica da metà Settecento ai primi del Novecento; in altre parole, depone l'atteggiamento apologetico che ha quasi sempre aduggiato le comuni ricostruzioni storiografiche alterandone profondamente i risultati.

A un esame non partigiano l'usuale disegno di un paesaggio stucchevole rivela la sua artificiosità. I lineamenti tracciati dal Nostro sono implacabili nel capovolgimento operato, che mette in evidenza i disvalori presenti.

Innanzitutto, una prima messa a fuoco: si tratta di un assolutismo giuridico assai più greve di quello rilevabile negli ultimi secoli dell'antico regime (quando ancora persistevano tracce cospicue del pluralismo medievale e pos-medievale). Seguiamolo da vicino: "Lo Stato liberale di diritto era uno Stato legislativo che affermava se stesso attraverso il principio di legalità", con "la legge come atto

'giuridico'. Cfr. P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma/Bari, Laterza, 2003 (19a ed. 2014), p. 27).

⁽¹⁵⁾ È appena il caso di avvertire che, come si è anche accennato, tutto il discorso svolto da Zagrebelsky e anche quello mio che gli si affianca hanno riferimento al pianeta di 'civil law', ossia a quanto si svolge nell'Europa continentale occidentale.

regolativo supremo e irresistibile” (16). In quel contesto “il principio di legalità non era che il compimento della tradizione assolutistica dello Stato e della concezione del diritto naturale razionale ‘oggettivo’ che ne erano lo sfondo e la giustificazione” (17).

La diagnosi — se vogliamo, impietosa ma sacrosanta — colpisce al cuore il sacrario delle fonti, che era stato costruito da una occhiuta strategia come un terreno inaccessibile e, pertanto, indiscutibile. La gerarchia delle fonti e il principio di legalità rappresentavano, infatti, i cardini di un progetto sottoposto non alla conoscenza razionale ma alla mera credenza. Allo sguardo penetrante e dissacrante di Zagrebelsky l’edificio mitologico (palesamente mitologico) comincia a sgretolarsi svelando il supporto ideologico che lo sorreggeva. E si incrina anche quel *Rechtsstaat*, che aveva presso la ufficialità giuridica le linee impeccabili di una oleografia. Infatti, i diritti pubblici soggettivi venivano proposti al suo interno come auto-limitazioni assumendo la loro vera sostanza di mere concessioni, “facevano capolino in una tradizione fondamentalmente statalista del diritto pubblico” (18).

Si aggiunga una ulteriore de-mitizzazione: quella di un giusnaturalismo che, malgrado le sue origini decisamente individualistiche, mercé la trasfigurazione settecentesca da parte dell’illuminismo giuridico, consegna nelle mani del Principe/legislatore la individuazione e la lettura della natura delle cose, legittimando in maniera formidabile l’assolutezza dei suoi poteri.

5. Ma il bisturi storiografico di Zagrebelsky affonda ancora di più nel tessuto dello Stato moderno di diritto, prospettando un altro profilo decisamente de-mitizzatorio: il suo proporsi come ‘liberale’. E qui la messa a nudo è davvero impietosa: “in realtà quello Stato, se poteva essere ‘liberale’ per la classe sociale di cui era espressione, non poteva esserlo per il suo storico antagonista, il proletariato” (19). L’analisi si arricchisce di uno spaccato classista, che esprime nella sua effettività la civiltà moderna e il suo progetto giuridico.

(16) p. 24.

(17) p. 25.

(18) p. 58.

(19) p. 60.

È vano continuare a mascherare l'esperienza storica sotto una cosmesi di forme che ne stravolge il suo vero volto. La rivoluzione del 1789 non l'ha fatta il proletariato, e, se le strade di Parigi son gremite di miserabili in rivolta, è unicamente perché quei disperati hanno fame. È il terzo 'stato', è il ceto borghese che progetta e realizza il mutamento della forma di Stato, e lo fa con una lucida, intelligente lungimiranza: costruire una realtà politica capace di tutelare appieno gli interessi di ceto, costruirla, però, con la concomitante attuazione di un adeguato assetto giuridico.

La borghesia trionfante ha capito l'enorme validità del diritto per fornire un poderoso cemento al costruendo potere politico, ne ha voluto e ottenuto il completo controllo, ottenendo così anche la sicura salvaguardia per i propri patrimoni. Quel Codice Civile, che fin dall'inizio la rivoluzione fissa come una necessità urgente e che Napoleone realizzerà nel 1804 quale sua prima sperimentazione codicistica, è la legge/madre costruita sui due pilastri portanti della proprietà privata individuale e del contratto, ovvero sui due strumenti della statica e della dinamica di un assetto socio-economico borghese.

E c'è una trama, nemmeno poi tanto nascosta, a nervatura del costruendo edificio: soltanto un rigido assolutismo giuridico può garantire il risultato auspicato. Per questo si sancisce il monopolio della produzione giuridica nelle mani dello Stato, cui conseguono, come si diceva più sopra, il principio della gerarchia delle fonti e di una stretta legalità. È solo dietro questi usberghi che il pasciuto borghese può dormire sonni tranquilli. E ha perfettamente ragione il nostro autore quando constata che "il principio di legalità veniva a tradurre in termini costituzionali l'egemonia della borghesia" (20) e che una società politica 'liberale' come quella sette/ottocentesca è monista nel senso di mono-classe: "in una società politica egemonizzata da una sola classe la legge rispecchiava un ordine semplice e poteva immedesimarsi interamente in quello" (21).

6. Il processo de-mitizzatorio è risoluto. Compostamente infastidito da tutto il coro di fervorini intonati da troppi gius-pubblicisti,

(20) p. 33.

(21) p. 128.

Zagrebelsky non ha esitazione nel disvelarci il sostrato ideologico del cosiddetto Stato liberale coniato dalla modernità, dove l'aggettivo 'ideologico' ha il significato puntuale di una realtà politica che gabello quali valori di una intiera comunità quelli che — in concreto — sono soltanto interessi del ceto borghese, come è testimoniato in Italia dalla strenua difesa di un voto a base censitaria nelle elezioni politiche e dalle difficoltà con cui si fa lentamente avanti l'estensione del suffragio universale maschile realizzato (sia pure in modo ancora imperfetto) solo nel 1913.

Ma l'impegno culturale di un gius-pubblicista capace di non soggiacere a prevenzioni ideologiche non può non scendere a una analisi della legge, finalmente non prevenuta, ossia della fonte di diritto su cui lo Stato liberale si fondava e sulla cui mitizzazione poggiava l'idea/madre di uno Stato specchio di un popolo nella sua totalità; quella legge di cui ogni giurista doveva sentirsi *servus* (22); anzi, vantarsi di esserne *servus* anche quando il suo contenuto poteva fargli orrore (23).

Si comincia con uno sguardo spregiudicato alle qualità ritenute ad essa coesenziali, la generalità e l'astrattezza, sorprese — la prima — come la prerogativa volta a garantire l'uguaglianza formale e quindi la stabilità, la seconda quale prezioso strumento per la certezza del diritto, per allontanare inquinamenti di giustizialità e garantire una ferrea obbedienza (24). Si può capire ora la sottolineatura, realizzata poco sopra da un corsivo mio, dell'avverbio 'intenzionalmente' usato dall'autore che, parlando del monismo giuridico moderno, di un monismo legislativo senza ammissione di strati giuridici plurali e diversi, segnalava la sottostante 'intenzione' del progetto giuridico borghese di precludere ogni giustizia al di fuori

(22) In *La legge e la sua giustizia*, cit. (p. 17) Zagrebelsky censurerà pesantemente "quella educazione alla passività di fronte alla legge positiva, propagandata dal positivismo come la virtù principale del giurista".

(23) Sono parole notissime di Piero Calamandrei all'interno di un suo saggio del 1942 relativo al volume di Lopez de Oñate sulla certezza del diritto. Cfr. P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, ora in *Opere giuridiche*, Napoli, Morano, 1965, vol. I.

(24) pp. 32/33.

del parametro della legge, la quale non può che essere intrinsecamente giusta ⁽²⁵⁾.

Ma una domanda preme: la legge è veramente il mezzo con cui, coerentemente, lo Stato di diritto rende concreti i propositi connessi alla generalità e alla astrattezza? La risposta è icasticamente negativa: essa, infatti, “configura un diritto *particolare e contingente* [corsivi miei], cioè un diritto secondo il punto di vista dei soggetti politici che riescono occasionalmente e temporalmente a prevalere” ⁽²⁶⁾; e la legge appare immersa (ma anche lordata) nella rissa e negli intrighi di una democrazia — via, via — rischiosamente degenerata in partitocrazia; viziata, insomma, da particolarismi.

Qui si avvia, da parte di Zagrebelsky, un forte raffronto squisitamente comparativo fra il vecchio Stato liberale di diritto e lo Stato costituzionale novecentesco, o, come verrebbe di dire a me, tra modernità e pos-modernità giuridica, raffronto che diventa intensamente dialettico se l’attenzione si appunta sul nodo centrale rappresentato dal rapporto fra Stato e legge, da un lato, e, dall’altro, i diritti inviolabili della persona.

Leggiamo un passo significativo, in cui l’autore parla delle Costituzioni a lui contemporanee: “noi possiamo teorizzare un *doppio lato* [corsivi miei] dell’esperienza giuridica: quello della legge, che esprime gli interessi, gli intenti, i programmi dei gruppi politici maggioritari e quello dei diritti inviolabili, attribuiti direttamente dalla Costituzione, come ‘dotazione giuridica’ propria dei titolari, indipendente dalla legge” ⁽²⁷⁾.

Il monismo si è trasformato in pluralismo, la superficie piatta (perché resa piatta dalla monocrazia della legge) è osservata ormai nella complessità di più strati, e l’esperienza giuridica, ossia il diritto còlto nella vita quotidiana di una comunità, mostra — deponendo finalmente i vecchi artificiosi infingimenti — almeno un *doppio lato*,

⁽²⁵⁾ Dirà Zagrebelsky nel volume del 2008, condividendo fin nelle parole il pensiero di Gustav Radbruch: “Una ‘ingiustizia legale’ era da considerare una contraddizione in termini. La scienza giuridica si sarebbe così trovata ‘disarmata’ di fronte alla legge arbitraria e criminale” (*La legge e la sua giustizia*, cit., p. 18). Cfr. anche il ribadimento di p. 26 (ivi).

⁽²⁶⁾ p. 129.

⁽²⁷⁾ p. 63.

e si fa forte la dialettica fra lo Stato come apparato di potere (dove la legge è ormai raffigurabile quale meccanismo ad esso funzionale) e la comunità portatrice di valori e interessi diversi e talora configgenti con i programmi potestativi. Continuando nella sua analisi imparziale, nel vecchio paesaggio ottocentesco “il compito della realizzazione e della protezione dei diritti era incondizionatamente del legislatore” (28), e, lungi dall’aversi una centralità dei diritti, si aveva quella che Zagrebelsky (dietro Jaume) chiama — né più, né meno — *légicentrisme* (29). I diritti, infatti, derivavano dalla legge e sopravvivevano grazie ad essa.

La rigida impostazione giacobina — schiettamente legolatrica — continuava a prosperare viva e vegeta, ben al di là di quella fine/Settecento quando ebbe la sua definizione e la sua prima applicazione. È per questo che Zagrebelsky legge con sollievo la decisione 197 del ‘Conseil Constitutionnel’ francese, datata 23 agosto 1985, dove una vecchia e inattuale pagina sembrava finalmente voltata. La conclusione del *Conseil*, che “la loi votée n’exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution”, rappresentava, infatti, la clamorosa rottura di un dogma conservato gelosamente come la più preziosa delle reliquie.

Era un mito che veniva infranto, quello secondo il quale la legge esprimeva e non poteva non esprimere la volontà generale, mito che la poneva al di sopra di ogni altra fonte, dava ad essa la incontrastata potestà di condizionare ogni manifestazione giuridica, la rendeva inattaccabile da interpreti teorici e pratici, da consuetudini insidiose. È giusto il rilievo del Nostro, quando constata, con implicita soddisfazione: “è il punto d’arrivo di un’evoluzione che ha intaccato le concezioni assolutistiche della legge” (30). Credo che abbia detto bene: ‘intaccato’, non distrutto, perché l’assolutismo giuridico è duro a morire; quel che è peggio (e che è paradossale!), è duro a morire nella coscienza dei giuristi di *civil law*.

“La legge, benefica o malefica, moderata o crudele”, “la legge, la sua forma e la sua forza (armata)”, “strumenti per tutte le avventure

(28) p. 65.

(29) p. 66. L’autore cita, infatti, lo storico francese del pensiero politico Lucien Jaume (cfr. p. 92, nota 27).

(30) p. 78.

del potere, quale che esso sia”⁽³¹⁾ durante tutto l’Ottocento e per buona parte del Novecento sono entrate in crisi non solo per la “polverizzazione del diritto legislativo”⁽³²⁾, per le infinite cadute nel fenomeno immiserente delle leggi/provvedimento, per le impotenze del legislatore ordinario compromesso da lentaggini-sordità-frammentazioni partitocratiche, ma anche perché il retroterra che le sorreggeva si è capitalmente trasformato. La comunità nazionale ha riscoperto la sua complessità diversificandosi in gruppi e strati, lo stesso Stato è ormai pluri-classe⁽³³⁾.

Alla artificiosa semplicità, che forniva vigore ai principii di generalità e di astrattezza, si vanno progressivamente sostituendo strutture sempre più complesse, che vanificano nella effettività quei principii⁽³⁴⁾. Il mondo di ieri, statalista e legalista, deve cedere il passo a strutture profondamente nuove, che ormai sono pretese almeno dalla incisiva presenza di una Costituzione — quella del 1948 — che è espressione fedele di un ordine giuridico pos-moderno⁽³⁵⁾.

7. Grazie alle acquisizioni culturali e tecniche, di cui ci hanno abbondantemente rifornito le analisi storico-giuridiche contenute nel libro e analiticamente qui considerate, abbiamo ora in mano le chiavi per aprirci a una adeguata comprensione dell’odierno diritto così come lo stiamo vivendo in Italia a partire dal secondo dopoguerra. *Incipit vita nova*: non si tratta, certamente, di novità assolute — che alla storia sono ignote — ma, altrettanto certamente, di novità corposissime.

E cominciamo, pure, da una osservazione di Zagrebelsky sul trapasso da ‘moderno’ a ‘pos-moderno’, che esplicita bene i tanti ma sparsi accenni tesaurizzati nelle nostre pagine precedenti: “le regole giuridiche che rientrano nella normale disponibilità del legislatore avrebbero incominciato a essere una soltanto delle facce del diritto”⁽³⁶⁾.

⁽³¹⁾ *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, cit., p. 32.

⁽³²⁾ p. 43.

⁽³³⁾ pp. 44/45.

⁽³⁴⁾ p. 44.

⁽³⁵⁾ Ci ho riflettuto recentissimamente: *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 2013, 3.

⁽³⁶⁾ p. 153.

Il vecchio diritto, così come lo aveva *ridotto* il positivismo giuridico nella sua occhiuta strategia conservatrice, era — né più, né meno — che una monade con una sola apertura in alto, quella che comunicava con la volontà numinosa di uno Zeus dispotico chiamato legislatore. Tutto doveva perfettamente chiudersi e comporsi in una sorta di meta/realtà o, se si vuole, in una dimensione artificiale contrassegnata da forze *volitive*; la realtà — il contesto concreto in cui si svolgeva la vita degli uomini e su cui si proiettava la volontà giuridica — era, come ci ha insegnato Zagrebelsky e come noi abbiamo scritto in esordio, “spenta e privata di ogni valore” (37).

Il nuovo sta, invece, nella frantumazione della monade, nella rivincita della realtà fenomenica e sociale e nella sua riconquista della dimensione giuridica. Il che avviene non con le entità politiche testimoniate nelle ‘carte dei diritti’ sette/ottocentesche, bensì pienamente con lo ‘Stato costituzionale’ dell’età pos-moderna, identificato con singolare efficacia dal nostro autore nella felice lezione napoletana del 2007: “non uno Stato che ha una legge che chiamiamo costituzione, ma lo Stato che si costruisce su un documento dove si riversano e si iscrivono i tratti culturali profondi della società” (38).

Ecco il forte tratto distintivo: natura e società si riversano senza filtri deformanti nella Costituzione, tanto che la si può definire come la lettura di un forziere di fatti e valori chiamati a fondare — dal basso, dalle radici della storia — lo strato più profondo del diritto, quello che orienta la comunità nella sua azione entro il tempo.

Lettura: un atto di conoscenza, un atto razionale che, scavando “nelle ragioni profonde del vivere costituzionale” (39), si concretizza prontamente in principii. Un rigurgito giusnaturalistico? Assolutamente no. E non perché Zagrebelsky nutra verso il diritto naturale la inguaribile diffidenza propria a ogni acceso positivista (40), ma semplicemente perché la Costituzione pos-moderna non appartiene al rarefatto e incorporeo limbo dei giusnaturalismi settecenteschi,

(37) Cfr. più sopra, § 3.

(38) *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, cit., p. 44.

(39) *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, cit., p. 46.

(40) Anzi, parecchie pagine del libro (e anche della lezione napoletana) recano una decisa disponibilità a valorizzare il dualismo diritto naturale/diritto positivo.

ma è storia intessuta di terrestrità e carnalità umana e, in quanto tale, ha una sua indiscutibile 'positività' (41).

Secondo questa visione culturalmente appagante la Costituzione a noi contemporanea non può essere ridotta a una norma, sia pure suprema, ossia a un insieme di imperativi. Come puntualizza correttamente il Nostro nel libriccino napoletano, "la concezione tradizionale della Costituzione come super-norma o iperlegge che si esprime nell'idea, o nella metafora spaziale, della 'gerarchia' tra le fonti una sopra l'altra, non sembra in grado di esprimere precisamente la sua funzione ... è una raffigurazione monarchica, dunque monista, che la trascina completamente nel campo della *lex* e del potere e oscura la sua natura di *ius*" (42).

Se il Principe crea la *lex*, e la crea con un suo atto meramente potestativo perché è *creatura* sua e non di altri, lo *ius* viene letto nel suo oggettivo grembo storico al fine di dare vita a dei principii, ma preesiste in quanto esso stesso storia vivente. È per questo che sarebbe insipiente identificare le odierne Costituzioni, la nostra per esempio, in un testo scritto magari tecnicamente perfetto, e il giurista/costituzionalista nell'esegeta, magari tecnicamente provvedutissimo, di centotrentanove articoli. Certo, anche quel testo è Costituzione, ma la sua *materia* viva è nel magma storico dove si generano, si sviluppano e si assestano interessi e valori, che, precisamente con il loro assestarsi, vengono a costituire la cifra giuridica di un popolo.

I centotrentanove articoli sono in grado di esprimerla solo parzialmente, ma il più è inespresso, e attende solo chi (e come) riesca a metterlo a fuoco; ed è per questo che si può parlare di una forza espansiva di un testo costituzionale in grazia della sua naturale elasticità. Se è vero che interessi e valori, per emergere a livello costituzionale, devono lasciare le sabbie mobili dell'episodico e del fugace, è altrettanto vero che si snaturerebbero se li isolassimo dal grembo della dinamica storica fino a cristallizzarli fuori del tempo e dello spazio; quella dinamica, al contrario, non può non impressionarli, e i mutamenti non possono non essere registrati.

(41) p. 157.

(42) *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, cit., p. 49.

Gustavo Zagrebelsky, quando scrive nel '92 “Il diritto mite”, è ben lungi dalla sua futura palestra di giudice costituzionale ⁽⁴³⁾, ma era già da parecchi anni osservatore attento dell'attività del giudice delle leggi, come dimostra il suo ‘manuale’ di giustizia costituzionale la cui prima edizione risale al 1977. Ed egli è perfettamente conscio di quanto avesse fatto e stesse facendo la Corte con una giurisprudenza sottile ma coraggiosa, non esegetica di testi scritti ma autenticamente interpretativa della dinamica costituzionale in atto, soprattutto sul terreno dei diritti fondamentali. Quando egli puntualizza nel libro che “il risultato costituzionale non è un dato ma deve essere realizzato” ⁽⁴⁴⁾, non mi sembra forzato se gli leggo in mente una Costituzione che si fa, o — per così dire — è quasi alla ricerca di se stessa, un insieme armonico di principii elastici, disponibili a integrazioni; una Costituzione scritta in perenne relazione dialettica con la Costituzione non scritta (o, meglio, non scritta su una carta ma scritta nelle cose, e leggibilissima sol che si abbia la cura di prestar loro attenzione).

Sul tema relevantissimo del ruolo crescente della Corte soprattutto sotto il profilo cui si è or ora accennato, mi piace ripetere qui quanto ho scritto, appena un anno fa, discorrendo sul carattere pos-moderno della nostra Carta: “Grazie anche a quell'organo respiratorio del nostro ordine giuridico rappresentato dalla Corte Costituzionale, organo percettore e stimolatore della carica espansiva della tutela costituzionale specie in tema di diritti fondamentali, sono stati individuati nuovi diritti non espressamente sanzionati ma naturalmente desumibili dal complesso testuale. È stata, via via, la volta del diritto alla riservatezza, alla identità personale e sessuale, all'abitazione, all'ambiente, all'informazione, e via dicendo. Lavorando sul testo del '48 e sotto lo stimolo del divenire economico-sociale, la Corte ha fatto sì che quella cognitiva lettura della società fatta dai Costituenti continuasse ad essere ossigenata e arricchita » ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴³⁾ Nel 2008 accenna ai “nove anni trascorsi alla Corte costituzionale, ai quali culturalmente penso di dovere molto” (*La legge e la sua giustizia*, cit., p. 10).

⁽⁴⁴⁾ p. 127.

⁽⁴⁵⁾ *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, cit., p. 626.

8. Il lettore di questa mia rivisitazione/interpretazione del libro del 1992 si sarà reso conto che, in perfetta coerenza con la propria dignità metodologica di fondo, ossia la storicità del diritto, l'autore distende la sua analisi in una scansione prevalentemente diacronica, comparando il movimento/mutamento incentrato sul passaggio tra moderno e pos-moderno, o, come è segnato nel titolo del secondo capitolo, "Dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale"; e il rivisitatore/interprete si è tenuto finora fedele a questa scansione.

Occorre, però, tenere ora conto di un'ulteriore comparazione diacronica, che l'autore èvocherà distesamente e che gli serve per caratterizzare meglio l'attuale costituzionalismo pos-moderno: quella fra 'umanesimo laico' e 'umanesimo cristiano', qualificati talvolta come 'visione moderna' e 'visione antica' ⁽⁴⁶⁾, dizioni tutte che comparano e contrappongono la concezione medievale del diritto e dei diritti con la concezione nata nella rivoluzione umanistica quattrocentesca e fatta propria dal primo costituzionalismo dei secoli XVIII e XIX consolidato nelle cosiddette 'carte dei diritti'. E diciamo subito che non si tratta di uno sfoggio di dottrina da parte dell'autore, ma di un puntello necessario per la sua linea argomentativa.

Per non tradire il suo pensiero, che è espresso in modo sintetico ed efficace, è meglio dare a lui la parola. Per quanto riguarda la rivoluzione umanistica "nell'essenza essa consiste nella visione individuale del proprio essere nel mondo"; per quanto attiene, invece, alla sistemazione medievale, "contrariamente a quanto si è detto a proposito dell'umanesimo rinascimentale, si assume che ogni ente, e tra questi l'uomo, abbia nell'Universo un suo 'giusto posto', conforme all'ordine del creato. In questa visione, non vi è spazio per alcuna pretesa individuale di autorealizzazione soggettivamente e volontaristicamente motivata". Da queste scelte contrapposte discende una conseguenza di enorme rilievo: "in luogo della universale gerarchia naturale, che aveva determinato la metafisica, la fisica e l'antropologia, incominciano ad apparire le dissociazioni" ⁽⁴⁷⁾.

Si sottolinea, cioè, da un lato, un uomo medievale pensato all'interno di una indispensabile ragnatela di relazioni e, dall'altro,

⁽⁴⁶⁾ p. 112.

⁽⁴⁷⁾ p. 105.

un individuo ‘moderno’ finalmente liberato da pesanti intelaiature religiose e sociali, che fa i conti unicamente sulla sua libera volontà; da un lato, il primato di un ordine oggettivo, dall’altro, il primato di un individuo che ha spazzato via ogni vincolazione condizionante. Opposto è anche il modo con cui vengono pensati e risolti i diritti del singolo. Ne offre una puntuale valutazione sintetica Zagrebelsky partendo dall’atteggiamento medievale: “qui il diritto non è la pretesa al rispetto dell’autodeterminazione individuale che si dà liberamente i propri contenuti, ma la pretesa di poter agire nel senso dovuto alla stregua di una ragione, o di un ordine o di una legge universali” (48). Insomma, “i diritti come conseguenza o riflesso di un diritto giusto” (49).

Per il giurista il divario è notevolissimo, incolmabile, e porta a scelte di fondo che caratterizzano per contrasto le strutturazioni dei due ordini giuridici: nella visione medievale la posizione soggettiva fondamentale è quella del *dovere*. Essa, infatti, “non fa che richiamare ciascuno al rispetto del posto proprio e degli altri e questo ‘posto’ non è che il punto di convergenza di un complesso di doveri. Ciò implica un generale principio di responsabilità di tutti e di ciascuno nei confronti di tutto e di tutti” (50).

Ma perché questa insistenza nel riferirsi a un mondo scomparso e remoto, collocato addirittura dietro la modernità e che la modernità ha cercato con zelo puntiglioso di seppellire definitivamente? Perché non si tratta di una sepoltura definitiva, perché durante il Novecento si va riscoprendo il principio di responsabilità (Jonas), perché se — fino a ieri — si conclamava ammirazione per una società dove vige la libertà del singolo e vigono i diritti individuali, nel secolo XX riemerge un ideale di giustizia e si riafferma la centralità delle posizioni di dovere.

Il segno del costituzionalismo del nostro tempo è semplice, e sta tutto ne “la determinazione, attraverso norme costituzionali, di principii materiali di giustizia destinati a informare di sé l’intero ordine giuridico” (51); ma “la riduzione dell’ordine giusto ai diritti è

(48) p. 106.

(49) p. 112.

(50) p. 113.

(51) p. 123.

impossibile perché il postulato della giustizia appartiene a un ethos dominato non dai diritti individuali ma dai doveri”; “la dimensione del dovere, da semplice riflesso o altra faccia dei diritti, prende campo come un autonomo elemento propriamente costituzionale”; “dal punto di vista costituzionale attuale la vita collettiva non è solo l’insieme dei diritti individuali ... ma è anche un ordine obbiettivo corrispondente a idee impersonali di giustizia che impongono doveri” (52).

È nitido, in queste pagine zagrebelskiane, un atteggiamento di rifiuto per l’individualismo giuridico dei moderni, e un implicito invito a valorizzare quella posizione di dovere minimizzata nelle vecchie ‘carte dei diritti’ ma ormai imprescindibile in un ordine che vede assegnato dalla storia il compito primario di realizzare un assetto giusto; ed è con una sostanziale condivisione che il nostro autore cita il ‘Prélude à une déclaration des devoirs’ redatto nel 1949 da Simone Weil proprio in polemica con l’individualismo montante (53).

C’è un implicito rimprovero verso i diritti presi troppo sul serio (come si potrebbe dire parafrasando un osannato titolo di Dworkin), verso un’ènfasi incontrollata incapace di soppesare il loro carattere ‘disordinante’ (54), il loro ‘imperialismo’ (55), il loro essere ‘indiscreti’ e ‘insolenti’ (56), “il potenziale aggressivo, disgregatore e distruttivo dei diritti” (57). E Zagrebelsky torna a ribadire l’affermazione già fatta sulla loro incidenza ‘dissociativa’: “i diritti e la giustizia esprimono due opposte tendenze della vita sociale: la tendenza alla disintegrazione, i diritti; la tendenza alla integrazione, la giustizia”.

Il vizio della modernità, agli occhi di un costituzionalista ancora immerso — e con suo compiacimento — nello ‘Stato sociale di diritto’, consiste soprattutto in un soggettivismo esasperato, che non può non tradursi prontamente in volontarismo, dando vita a un ordine giuridico necessariamente artificioso perché prescindente

(52) p. 126.

(53) p. 126 e 143.

(54) p. 123.

(55) p. 125.

(56) p. 139.

(57) p. 129.

programmaticamente dalla fattualità, dalla storia ⁽⁵⁸⁾. Il costituzionalismo pos-moderno rappresenta la riscoperta di un ordine poggiante su fondazioni oggettive e percorso da forti venature giustiziali.

Una domanda mi frulla per la testa e avrei tanta voglia di porla all'amico Gustavo se avessi la ventura di un colloquio diretto con lui. Gli chiederei di esplicitarmi il suo pensiero sulla rimonta individualistica tipica del nostro tempo, sul rinnovato imperialismo dei diritti, sulla erosione lenta ma inesorabile dello Stato sociale. Mi si affaccia anche un dubbio: che egli abbia scritto il libro del 1992 già in presenza di questa precisa tendenza e che quel libro abbia un implicito significato polemico.

9. Il significato più manifesto del momento costituzionalistico novecentesco è, nella condivisibile ricostruzione di Zagrebelsky, la sua apertura verso la realtà, che diventa lettura della società, lettura dei valori in essa circolanti e, quindi, un disegno di principi duttili chiamati a fornire la architettura di un testo scritto, duttili perché intrisi di storicità e voci fedeli della complessità del sociale in perenne (anche se lento) mutamento.

Pesante è il ridimensionamento del ruolo dello Stato; del quale “da allora in poi si sarebbe dovuto dire: padrone della legge ma non del diritto. Un’esigenza di tipo giusnaturalistico si affacciava” ⁽⁵⁹⁾. Ridotto, o, per dir meglio, assolutamente condizionato il ruolo del legislatore e della legge.

Ingigantito quello del giurista teorico e pratico, per il quale l’esegesi di un testo può essere concepita solo come base iniziale di un complesso processo intellettuale dove cognizione, volontà, intuizione sono chiamate congiuntamente a collaborare. E il risultato sarà interpretativo in un senso altissimo, ovvero sia *mediatore* “tra il caso della vita e la norma che lo deve regolare” ⁽⁶⁰⁾. Se nello Stato liberale di diritto l’interpretazione *doveva* mantenersi nei limiti di

⁽⁵⁸⁾ Mi sia consentito di ricordare, nella stessa direzione, un mio scrittarello del 2006: *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, in *Società, diritto, Stato — Un recupero per il diritto*, cit., indi in G. ALPA (a cura di), *Paolo Grossi*, Roma/Bari, Laterza, 2011 (Maestri del diritto, 3).

⁽⁵⁹⁾ p. 154.

⁽⁶⁰⁾ p. 182.

una stretta esegesi e “le concezioni dell’interpretazione che il positivismo giuridico aveva elaborato ... potevano ... addirittura dimenticarsi del ‘doppio lato’ del diritto”, oggi i principii contenenti valori di giustizia hanno conseguito una loro positività formale grazie all’inserimento nella Costituzione; “quindi l’appello alla giustizia accanto o contro le regole della legge non può più essere visto come un gesto eversivo e distruttivo del diritto ... ma è un evento previsto e ammesso” (61). Insomma, “una forza permanentemente orientata al mutamento è stata così inserita nell’ordinamento” (62).

Operate queste acquisizioni, è conseguenza scontata che il giurista non *debba* appagarsi di avere nel suo equipaggiamento intellettuale unicamente strumenti di indole razionale. Al contrario, per essere alla stregua dei tempi, egli si doterà di “un particolare atteggiamento spirituale” (63): la ragionevolezza, intesa nel senso puntualissimo di disponibilità a considerare una pluralità di ragioni che emergono nella (e dalla) tensione fra regola e caso della vita che il giurista ha dinnanzi. Infatti, “ragionevole è il diritto quando non è chiuso alla coesistenza pluralistica”, “ragionevole è la categorizzazione dei fatti che tiene conto di tutti i principii che essi mettono in movimento” (64).

Tutto ciò introduce inevitabilmente un elemento di equità nella vita del diritto; del che Zagrebelsky prende atto senza alcuna concessione ai sentimenti di ripugnanza — quando non di orrore — per quella dimensione giuridica ritenuta dal savio giurista borghese un grimaldello perturbativo se non distruttivo di un ordine voluto come fisso e stabile. E il penultimo paragrafo dell’ultimo capitolo è, per l’appunto, disinvoltamente dedicato al “diritto equo”. Anzi, si benedice culturalmente la reintroduzione di un “venerando concetto” “dopo che il positivismo giuridico aveva preteso di eliminarne ogni traccia in nome del valore assoluto di una qualsiasi volontà, purché rivestita della forma legislativa” (65).

La conclusione è pacata quanto ferma: “una volta chiarito il

(61) p. 201.

(62) p. 202.

(63) p. 203.

(64) p. 204.

(65) p. 204.

fondamento non giusnaturalistico che oggi occorre dare alla nozione di equità, non si comprende perché, essendosene restaurata la sostanza, non se ne debba restaurare anche il nome” (66).

10. Messaggio affrancatorio — abbiamo detto all’inizio — da un riduzionismo greve e artificioso, che, ancora nel 1992, pesava come una cappa di piombo sul diritto e sul giurista in Italia; un riduzionismo, tra l’altro, smentito da una esperienza giuridica che, fattualmente, si stava scrollando di dosso quella cappa nella grossa crisi delle fonti incisivamente in atto negli ultimi decenni del Novecento. Il diritto, che è storia vivente, aveva fatto come quei corsi d’acqua irreggimentati artificialmente che, per forza propria, ritrovano un vecchio e più libero tracciato.

Ancora di più, oggi 2014, la costruzione gerarchica delle fonti, accuratamente e rigidamente propugnata nella modernità, resta consegnata in reliquie del passato come sono taluni articoli delle ‘preleggi’ al Codice del ’42 galleggianti ben al di sopra, e della prassi odierna, ed anche della stessa riflessione scientifica dei giuristi più consapevoli. Oggi, la complessità giuridica è, infatti, divenuta intricatissima, sia a livello di strati ufficiali (legale/nazionale, costituzionale/nazionale, europeo, internazionale), sia di diritto ‘vivente’ dove la globalizzazione giuridica è realtà sempre più ingombrante. Il prezzo, che stiamo pagando, è un malessere cronico.

L’unico possibile rimedio è mettere finalmente da parte le vecchie dogmatiche stagnanti entro i recessi più remoti della psiche di tanti giuristi di *civil law*, operare un lavacro interiore e, purificati da troppe scorie sedimentate nel tempo, avviare una riflessione coraggiosa, momento primo per arrivare, alla fine, alla rinnovazione del sistema delle fonti anche sul piano ufficiale. La rilettura del ‘diritto mite’ di Gustavo Zagrebelsky può essere un contributo non minimo per la palingenesi del giurista (innanzi tutto) e del diritto.

Stiamo verificando in Italia — e non sul nostro tavolo di studio, ma nella nostra vita di ogni giorno — la clamorosa assenza del legislatore (non importa se dovuta a sordità o a impotenza) e i vuoti colmati da fonti diverse: giudici, operatori pratici, consuetudini. E

(66) p. 205.

assistiamo a un montare di giudizialità quale carattere di un ordine giuridico che persegue e consegue per questa strada il proprio salvataggio; ne sono esempi certamente l'Italia ma altresì la stessa Europa, come ho recentemente cercato di sottolineare ⁽⁶⁷⁾. Secondo quanto afferma Zagrebelsky nelle pagine finali — che per doverosa concisione ho ommesso di menzionare limitandomi nella esposizione alla cifra essenziale del suo messaggio — è una giudizialità che non può non indurci a qualche determinante riflessione critica (e auto-critica).

Che sia il pròdromo di un ripensamento profondo, di cui abbiamo bisogno e che deve investire il diritto e la sua autentica natura ordinamentale; quindi, il rapporto diritto/società/Stato, il ruolo della normazione e il ruolo della interpretazione. A questo ci invita il costituzionalista piemontese.

Citille in Chianti, il 2 giugno 2014

⁽⁶⁷⁾ Esattamente alla fine dell'anno scorso, nel discorso inaugurale del Max-Planck-Institut di Frankfurt am Main. V., in versione italiana, *Il messaggio giuridico dell'Europa e la sua vitalità: ieri, oggi, domani*, in *Contratto e impresa/Europa*, XVIII (2013), n. 2.

INDICE SOMMARIO

| | |
|--|-----|
| <i>Prefazione</i> | IX |
| Cronaca di un lontano incontro maceratese | 1 |
| L'avvio di un itinerario scientifico (Una lettura del primo volume degli 'Scritti giuridici' di Salvatore Pugliatti) | 7 |
| Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei | 33 |
| Testimonianza per un maestro: Riccardo Orestano | 55 |
| Il 'giurista' Giovanni Nencioni | 63 |
| Su: Norberto Bobbio, <i>La consuetudine come fatto normativo</i> | 73 |
| Dialogo su Giorgio Berti con Paolo Grossi | 97 |
| Nobiltà culturale degli avvocati dell'Italia unita | 127 |
| Per Alessandro Giuliani | 139 |
| In ricordo di Gino Giugni | 147 |
| Luigi Mengoni nella civilistica italiana del Novecento | 155 |
| Per Paolo Barile | 185 |
| Le 'Prolusioni' dei civilisti e la loro valenza progettuale nella storia della cultura giuridica italiana | 189 |
| Il contributo di Romualdo Trifone alla sistemazione teorica del 'Diritto Forestale' in Italia | 217 |
| En recuerdo de Francisco Tomás y Valiente | 225 |
| Rileggendo le "Note critiche in tema di proprietà" (1960) | 229 |
| Enrico Finzi: Un innovatore solitario | 241 |
| Capogrossi Giuseppe (Sulmona, 21 marzo 1889 — Roma, 23 aprile 1956) | 297 |
| Venezian Giacomo (Trieste, 7 dicembre 1861 — Carso, 20 novembre 1915) | 303 |
| "Il diritto mite" di Gustavo Zagrebelsky — Una rilettura ventidue anni dopo | 311 |

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

Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174

Vol. 41 (2012), 8°, p. 940

Vol. 42 (2013), 8°, p. 804

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, IURISDICTION
 Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
 Ristampa
 (2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO
 Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
 (2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
 Tomo I (1910-1927)
 A cura di Maria Vismara Missiroli
 (2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, NEL SEGNO DEI TEMPI
 Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
 (2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, GENERALIA DELICTORUM
 Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto 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 constitución 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
- 92 Condorcet, **DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI**
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo
A cura di Gabriele Magrin
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela
(2011), 8°, p. VI-190
- 93 **DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA**
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi
(2011), 8°, p. VI-442
- 94 Rodolfo Savelli, **CENSORI E GIURISTI**
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)
(2011), 8°, p. XXXIV-410
- 95 **ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA**
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto
(2012), 8°, p. VI-848
- 96 Carlo Nitsch, **IL GIUDICE E LA LEGGE**
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo
Novecento
(2012), 8°, p. X-342
- 97 Rodrigo Míguez Núñez, **TERRA DI SCONTRI**
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali
(2013), 8°, p. X-360
- 98 Enrico Finzi, **"L'OFFICINA DELLE COSE"**
Scritti minori
A cura di Paolo Grossi
(2013), 8°, p. LXII-212
- 99 Michele Pifferi, **L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA**
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. IV-336
- 100 Paolo Grossi, **SCRITTI CANONISTICI**
A cura di Carlo Fantappiè
(2013), 8°, p. XLVI-314
- 101 Massimiliano Gregorio, **PARTE TOTALE**
Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. XIV-440

- 102 Emanuele Somma, JUGE NATUREL E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO FRANCESE (1790-1795)
(2013), 8°, p. VI-166
- 103 DALLA COSTITUZIONE "INATTUATA" ALLA COSTITUZIONE "INATTUALE"?
Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 24-25 gennaio 2013
A cura di Giuditta Brunelli e Giovanni Cazzetta
(2013), 8°, p. VIII-430
- 104 STORIA E DIRITTO
Esperienze a confronto
Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei *Quaderni fiorentini*
Firenze, 18-19 ottobre 2012
A cura di Bernardo Sordi
(2013), 8°, p. VI-506
- 105 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914
(2014), 8°, p. XVIII-766
- 106 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi - II
(2014), 8°, p. XII-334

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

€ 35,00
024190701

ISBN 978-88-14-18368-3



9 788814 183683