QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

1 (1972)



giuffrè editore milano

PAOLO GROSSI

PAGINA INTRODUTTIVA

I - In un saggio di garbatissima polemica, scritto, all'incirca, una dozzina di anni fa, Francesco Calasso puntualizza quello che volle chiamare 'Colloquio con i giuristi'. Quel saggio, intelligentemente aperto nelle sue conclusioni, riafferma però, con la sua intitolazione, il proprio inserimento in una esperienza culturale nella quale storico del diritto e 'giurista' sono venuti a trovarsi quasi in posizione contrapposta, nella quale si è teso, con evidente distorsione, a sottolineare e ad esasperare i loro tratti distintivi.

Se per questa pagina introduttiva del primo numero dei nostri 'Quaderni' fosse stata necessaria una intitolazione più specifica, avremmo invece polemicamente segnato in epigrafe: 'Colloquio tra i giuristi', quasi per esprimere, insieme, il motivo centrale del foglio nascente e l'esigenza forse più sentita della scienza giuridica di oggi, che deve, innanzi tutto, prima di guardare oltre, riflettere in se stessa e sul proprio assetto interiore.

Storico del diritto e cultore di un diritto positivo si sono troppo isolati nella elaborazione delle proprie tecniche, ostentando una reciproca sordità e incomprensione, e, lungi dall'intessere un dialogo, hanno piuttosto recitato, ciascuno per proprio conto, un improduttivo monologo: il primo, da un lato, troppo dedito ai riti misterici dell'erudizione fino a scambiarli con l'oggetto immediato ed esclusivo della propria attività di ricerca; il secondo, per altro verso, compiaciuto di arditi esercizi di logica astratta nel trapianto, più o meno consapevole, d'una strumentazione tecnologica sul piano delle scienze umane. Ambedue, comunque, operatori culturalmente e socialmente di scarsa rilevanza.

È ormai tempo di operare due recuperi: riacquisire, da parte dello storico del diritto, il senso della unitarietà della 'scientia juris'; recuperare, da parte del giurista di diritto positivo, il senso PAOLO GROSSI

della storicità come dimensione intrinseca del fenomeno giuridico. È un tentativo non ulteriormente dilazionabile, se non a prezzo di costi troppo onerosi.

Sono, così, chiaramente fissati i limiti del nostro discorso: non si intende qui propugnare una assurda fusione, e confusione, fra angolazioni di metodo e di specifica osservazione che han da essere rigorosamente distinte, né uno sterile, generico eclettismo dalle remote scaturigini pandettistiche. Qui si vuol solo esprimere un disagio rispetto alle conseguenze negative provocate da troppo rigide e innaturali cesure; si vuole soltanto tendere alla instaurazione di un colloquio più fitto tra i giuristi, siano essi storici e filosofi del diritto o cultori di un diritto positivo, mirando a sottolineare e ad esaltare gli essenziali tratti comuni che li legano e che derivano da un elementare dato insopprimibile: l'unicità del loro oggetto conoscitivo. Discorso fin troppo ovvio, ma meritevole di essere qui riaffermato.

Smentendo in parte siffatte premesse, si potrebbe forse dire da taluno che questo è un programma minimo e che oggi la vocazione più impegnativa per la cultura giuridica è quella di procedere a incontri con dimensioni diverse ampliando la possibilità di visione, operando verifiche, traendone indicazioni. L'articolazione dei 'Quaderni', e soprattutto la presenza — che speriamo ricorrente ogni anno — di una prima parte dedicata a prender coscienza di 'modelli' e 'dimensioni' nella loro pluralità, segnala la sensibilità a percorrere anche sentieri poco o punto calpestati e l'attitudine a non riposare su facili appagamenti. Con la riaffermata certezza però che oggi l'impegno immediato è, a nostro avviso, all'interno della dimensione giuridica: si potrà guardare oltre e andare oltre, si potranno impostare rischiosi e provocanti incontri interdisciplinari solo se all'interno della dimensione giuridica si sia operato quell'arricchimento e, insieme, quella chiarificazione a cui tendono come programma centrale i 'Quaderni'.

II - Da questo disagio, da queste esigenze, dalla consapevolezza che qualcosa oggi si deve fare, nasce l'iniziativa di avviare, da questo anno, dei QUADERNI FIORENTINI PER LA STO-RIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO:

non una nuova rivista, ma dei 'quaderni' che annualmente

PAGINA INTRODUTTIVA 3

rappresentino la testimonianza di un lavoro variamente complesso, ma proteso nel senso indicato;

né, tanto meno, una rivista storico-giuridica, ma un banco comune di incontro e di lavoro che veda seduti assieme, in stretto contatto, storici e filosofi del diritto, privatisti e pubblicisti;

inoltre, quaderni 'fiorentini ', dal momento che Firenze, nella sua vitalità culturale, fornisce alla iniziativa ben più che una semplice occasione;

infine, quaderni dedicati a una problematica ben definita, non solo per colmare, con apporti specifici, un deplorevole e umiliante vuoto storiografico, ma perché il pensiero giuridico moderno, quale tipico terreno di continuità, al di là di fratture legislative, tra presente e passato, può costituire un materiale di studio tale da presupporre legittimamente un banco comune di lavoro e una comune operosità.

Il tentativo che qui si sta avviando è in questa direzione. Se si riuscisse a renderlo effettivo, sarebbe un primo passo innanzi nel superamento di ingiustificate deformazioni professionali, e forse un primo passo nella strada, ohimé quanto lunga, che ha, al suo sbocco finale, la sottrazione della scienza giuridica dai margini della cultura nei quali è oggi relegata.

Per lo storico, avvezzo ai caratteri di esperienze — prima fra tutte quella medievale — nelle quali il diritto era componente primaria nel processo culturale e il giurista era protagonista nel meccanismo sociale, ciò è un dato allarmante della esperienza odierna. Oggi, il cultore di un diritto positivo, generalmente devitalizzato dal bavaglio della Codificazione, parla sempre più a se stesso, senza un'eco, senza una recezione nell'ampio assetto sociale; evidentemente non ha potuto o non ha voluto cogliere i segni dei tempi nei quali la società si avviva e si evolve; evidentemente ha dimenticato che il diritto, prima ancora di essere norma e sistema logico, appartiene alla misura dell'esperienza quotidiana.

Il richiamo alla storicità del sapere giuridico, verificando tante certezze, osservando l'eclisse di tanti dogmi, dubitando di tante pretese conquiste, ha dunque il significato di un riaggancio fra il giurista (e le sue tecniche) e la società (e il suo divenire); e il comune impegno dello storico del diritto e del cultore di diritto vigente nella rimeditazione dell'itinerario del pensiero giuridico

PAOLO GROSSI

moderno assume il senso di una maggior fondazione critica della coscienza dell'operatore giurista.

Una precisazione (che valga a meglio definire un termine, come 'moderno' ripetutamente usato in questa pagina, e di per sé labile ed equivoco): indagare il pensiero giuridico moderno significa per noi inoltrarsi fin dove ci è dato reperire un nesso ininterrotto con la nostra presenza attuale, fin dove constatiamo legati in un solido e immediato vincolo funzionale con il presente idealità, tecniche, esigenze della vita culturale; in altri termini, noi scriviamo 'moderno' per significare, senza impossibili identificazioni cronologiche, quanto ha diretta rilevanza per la comprensione del presente giuridico.

Un'ultima, forse superflua, precisazione: al di là di indulgenze idealistiche, il pensiero giuridico moderno viene assunto in tutte le sue implicazioni storiche, nella sua costruzione logica e tecnica, nelle sue motivazioni culturali e socio-economiche. Non v'ha dubbio che il diritto è, innanzi tutto, una lettura peculiarissima nel mondo dei fenomeni sociali e non v'ha ugualmente dubbio che la tecnica è un appropriato e affinato strumento conoscitivo nelle mani del giurista; e certamente la storia del pensiero giuridico è, per così dire, storia della grammatica sociale posta in essere dai giuristi. Con la consapevolezza però d'una dimensione ulteriore che può concorrere alla prima senza soffocarla, ma illuminandola: quella ideologica. La storia del pensiero giuridico moderno, dalla crisi della cultura medievale all'epoca nostra, trova la sua possibilità di storicizzazione compiuta proprio in questa perenne tensione fra momento conoscitivo e momento ideologico, che l'interprete ha il dovere di non disunire, giacché l'opzione per uno solo dei due momenti non può che appiattire e semplificare un materiale estremamente più complesso.

È con questo cumulo appena espresso di speranze e di convinzioni che nasce il primo numero dei 'Quaderni'. Il banco comune di lavoro, su cui abbiamo tanto insistito, è, almeno all'inizio, una realtà effettiva, come dimostrano i collaboratori che hanno voluto rispondere con sensibilità confortante al nostro invito e che hanno mostrato di credere nella vitalità della nostra occasione di incontro. Che questa occasione possa ripetersi durevolmente, di anno in anno, senza artificiose forzature.

Modelli e dimensioni

QUESTIONI FONDAMENTALI PER UNA MODERNA STORIA DEL DIRITTO (*)

Ogni età della scienza ha avuto le sue questioni fondamentali, che altro non sono che i problemi che la vita di volta in volta propone all'intelletto. Anche la storia del diritto ha avuto ed ha i suoi problemi fondamentali, che concernono non le soluzioni che possono suggerirsi per le sue questioni particolari, ma il suo stesso modo di essere e la sua funzione. Nel Rinascimento, quando una nuova interpretazione e valutazione della vita dell'uomo si andò a poco a poco sostituendo al mondo dei valori della civiltà medievale, anche il diritto apparve con un volto diverso. Il diritto romano, che nell'epoca della sua formazione aveva assunto il carattere di una norma comune a tutti perchè tutti erano sottoposti al potere imperiale, divenne nel medio evo, e nella sua versione giustinianea, l'espressione di una comunità che era, in primo luogo, un fatto dello spirito. Sui suoi testi il medio evo apprese ancora una volta che cosa fosse una scienza del diritto. Avvenne allora un fatto straordinario. I giuristi bolognesi, interpretando quelle antiche leggi, vi impressero l'orma del loro stesso intelletto e vi fecero alitare uno spirito nuovo. Eppure mai più come allora i «libri legales » rivissero di vita piena e mai più la loro originaria ispirazione fu risuscitata, per una partecipazione profonda dell'interprete alla loro antica virtù. Poichè questo avvenne: che il vasto periodo che dal secolo VI raggiunse il XII, se fu incapace di analizzare ed interpretare il «Corpus Juris » e perfino di conservarlo nella sua integrità, non cessò mai di considerarlo un modello supremo di disciplina civile. Per questa ragione, oltre che per uno straordinario

^(*) Conferenza tenuta all'Università di Budapest l'8 ottobre 1971.

concorrere di circostanze, il riaccendersi della scienza giuridica dopo sei secoli fu non lo studio di un diritto del passato, ma semplicemente la prosecuzione di uno sviluppo che, se non sotto l'aspetto cronologico, almeno sotto quello intellettuale veniva considerato come ininterrotto.

Ouesta situazione mutò profondamente allorchè i glossatori civilisti, abbandonando lo studio pressochè esclusivo del diritto giustinianeo, cominciarono a rivolgere la loro attenzione al diritto canonico, che era anch'esso universale. Da allora ebbe inizio un nuovo capitolo della storia giuridica, destinato a cambiare radicalmente il rapporto della scienza del diritto col diritto del passato ed a rinnovarne i metodi. L'uso delle costruzioni concettuali del diritto canonico da parte dei civilisti, del resto largamente anticipato da quello che i canonisti avevano fatto del diritto civile, significò la conquista di una libertà di costruire le varie parti dell'edificio giuridico fino ad allora ignota. Se ciò non fu ancora un pieno trionfo della ragione sull'autorità del testo, fu certamente un passo decisivo per quella via; se non fu ancora l'affermazione della sistematica, fu un avvio ad essa. Questo periodo intermedio e così importante, che si colloca tra la fine del secolo XII ed il XV, univa in sè il presentimento dei futuri sviluppi rinascimentali e la piena attuazione nel campo del diritto della teoria dei due poteri, che fu il pilastro dell'assetto medievale del mondo cristiano. Che questa applicazione al diritto della struttura medievale del potere non avesse avuto luogo fin dagli inizi della Scuola di Bologna, ma avesse cominciato a manifestarsi soltanto con il suo declino, è un fatto rivelatore. Col tempo divenne sempre più chiaro che il «diritto comune», che si era affermato nella dottrina quanto più uno dei due poteri che ne costituivano i cardini. l'impero, diveniva inconsistente, e che si era diffuso in paesi che non si consideravano ad esso sottomessi, era un modo nuovo di proporre il rapporto tra la dottrina ed il fondamento politico dell'ordinamento.

Questa evoluzione, che spostò vieppiù il centro di gravità della speculazione giuridica verso la «ragione», si saldò con le nuove esigenze che si manifestarono fin dal sec. XV. La critica filologica fu considerata allora per la prima volta una condizione necessaria e generale per l'interpretazione dei testi giuridici. Non soltanto per

amore dell'antichità, ma anche allo scopo di arricchire la scienza giuridica di nuovo alimento, si risalì oltre il diritto di Giustiniano, fino al diritto classico: e questo si apprezzò più di quello, che apparve contaminato dalle alterazioni che vi aveva apportato un'epoca decadente. L'amore per l'antichità classica considerata nella sua purezza si unì alla necessità di ricercare un'alternativa al diritto giustinianeo che offrisse nuove soluzioni e suggerimenti diversi da quelli ormai tradizionali. In una società che era in profonda trasformazione, si cercò così per la prima volta di trovare un modello al diritto attuale non nel « Corpus Turis », frugato dalla scienza medievale in ogni sua parte con un'interpretazione spesso innovatrice della sostanza ma tuttavia sempre e soltanto interpretazione di una norma legislativa vigente, ma sul fondamento del diritto classico. Il significato di tale ricorso a quanto era stato pensato e proposto nella scienza giuridica prima di Giustiniano e che Giustiniano non aveva accolto, o accogliendolo aveva modificato e trasformato, altro non era che la ricerca di una «ragione» giuridica, che era possibile riscoprire nella giurisprudenza classica e che era indipendente da qualsiasi natura legislativa delle norme, ma che il culto per l'antichità circonfondeva di una autorità incomparabile.

Una dimensione insolita apparve dunque allora, per certi aspetti peraltro non dissimile da quanto il medio evo aveva usato fare nel ricostruire le dottrine giuridiche. Il medio evo fu immerso nella tradizione, romana o germanica che fosse; e la tradizione vi fu identificata con la realtà attuale ed elevata a norma regolatrice di tale realtà. Anche il Rinascimento rivisse intensamente l'antichità greca e romana. Come già il medio evo, anche nell'età rinascimentale si ritenne che quanto l'antichità aveva creato dovesse essere considerato come un perenne modello, e che il diritto romano contenesse un patrimonio di insuperabile sapienza. Ma la differenza fondamentale stava nel fatto che il medio evo si considerò la diretta prosecuzione dell'età antica, nel mentre il Rinascimento acquistò la coscienza del divario che lo separava dall'antichità. Proprio l'identificazione di un'età di mezzo con una lunga stagione barbarica che si era frapposta tra la civiltà romana e quella rinascimentale. l'idea insomma di una frattura e non di una continuità tra il lontano passato ed il presente, espresse dunque nel Rinasci-

mento una coscienza profondamente diversa da quella che era stata propria del medio evo (1). Per questo l'idea che il Rinascimento si costruì dell'antichità classica fu un fatto intellettuale e tale fu l'imitazione che esso ne fece (2).

Il processo di riscoperta dell'antico, quel risalire a ritroso il corso del tempo, fu tuttavia nel Rinascimento una scoperta della filologia piuttosto che della coscienza storica. Questa avrebbe suggerito la ricostruzione e l'intendimento non solo del diritto classico, ma anche del giustinianeo, del medio evo oltre che della Grecia e di Roma, obbedendo alla sua fondamentale esigenza, che è di penetrare e spiegare ogni età umana come in sè vera e valida. Ciò che invece avvenne nel Rinascimento fu una scoperta della filologia; e, commista con la filologia, di una «ragione» che andava proprio allora preannunciandosi più arditamente e liberamente nel sistema generale della conoscenza.

La storia del diritto ebbe dunque a battesimo la filologia e la ragione. E la ragione filologica, che si era in tal modo rivelata, si unì alla ragione giuridica, cioè alla vecchia ragione che da sempre i giuristi avevano usato nella costruzione dei loro concetti e nell'analisi delle norme. Così, se la conoscenza della dogmatica giuridica fu usata ad indagare ed a riscoprire il diritto classico, anche quest'ul-

⁽¹⁾ Su questo problema, G. Falco, La polemica sul medio evo, Torino 1933, spec. pagg. 17-99.

⁽²⁾ Cfr. F. Chabod, Il Rinascimento, in Problemi storici e orientamenti storiografici, a cura di E. Rota, Como 1942; e in Questioni di storia moderna, a cura di E. Rota, Milano 1948. Questo lavoro è stato ristampato in Scritti sul Rinascimento, Torino 1967; ed ora in Interpretazioni del Rinascimento, a cura di A. Prandi, Bologna 1971, pp. 63-71, che tiene conto anche della rielaborazione inglese (The Concept of Renaissance, in Machiavelli and the Renaissance, London 1958). Se però il Rinascimento debba essere inteso come un evento puramente intellettuale o se invece tale evento debba essere inserito in un più complesso momento storico, è questione controvertibile e controversa. Si v. a questo proposito anche l'opera di F. Engel-JANOSI, Soziale Probleme der Renaissance, in Beihefte zur Vierteljahrschr. f. Sozialund Wirtschaftsgesch., IV, Stuttgart 1924; e la rec. di H. BARON, in Histor. Zeitschr., 132, 1925, pp. 136-141, spec. per i rapporti tra gli umanisti fiorentini e la repubblica di Firenze; e tra il Pontano, l'azione politica e l'ideale della signoria assoluta. Si v. anche le osservazioni di D. Cantimori, La periodizzazione del Rinascimento, Relazione al X Congresso Intern. di Scienze Storiche, Relazioni IV, Firenze 1955, pp. 307-334; ora in Interpretazioni sul Rinascimento, cit., pp. 110 ss., a prop. delle opere del Ferguson e dell'Halecki.

tima fonte di conoscenza servì ad arricchire la dogmatica del presente ed il diritto degli stati principeschi e delle monarchie, che si erano definitivamente sostituiti al vecchio corpo dell'impero. Una simbiosi, per così dire, di storia e di diritto positivo, che era la naturale successione ad un'epoca come quella medievale, che aveva creduto di costruire il proprio diritto sul fondamento del diritto del passato, senza nulla interporre tra il passato ed il presente. Ma anche un insegnamento, al quale noi stessi non possiamo rimanere indifferenti, ed al quale in effetti indifferenti non furono alcuni grandi, come Federico Carlo von Savigny, che di quella tendenza rinascimentale ci appare non di rado quale l'ultimo rappresentante. Poichè quell'equilibrio tra la dogmatica e la sua storia, cioè quella compenetrazione ed unione della storia del diritto e del diritto positivo, sono andati perduti nell'epoca nostra, dopo la codificazione del diritto civile tedesco e la nascita di una scienza economica (3), per la considerazione, anch'essa nata nel Rinascimento, della storia politica come storia di attività indipendente tanto dalla morale come dal diritto, e per quel complesso atteggiamento dello spirito moderno, che ha relegato il diritto in un angolo della vita pratica. Il diritto aveva invece precedentemente espresso una delle istanze fondamentali dello spirito, vale a dire la giustizia, e l'effettuazione della giustizia nella vita di relazione.

La conseguita consapevolezza dell'autonomia dell'attività politica e le conquiste della scienza economica sono, sia ben chiaro, tappe essenziali dello spirito moderno. Ma non è detto che debbano avere come conseguenza necessaria la separazione della scienza giuridica positiva dalla storia del diritto; nè che ciò che si dimostrò naturalmente unito dal Rinascimento fino al secolo scorso debba invece considerarsi separato nel nostro; nè che gli storici del diritto debbano trascurare la dogmatica presente, come se non si trattasse dell'ultima tappa di quello stesso svolgimento coerente che è loro scopo studiare e descrivere in una qualunque delle età da loro prescelte, quasi che l'interesse presente non fosse l'eterno suscitatore dell'interesse storico.

⁽³⁾ B. CROCE, Le due scienze mondane: l'estetica e l'economia, in La Critica XXIX, 1931, pp. 401-412.

La verità è che i cultori del diritto positivo e gli storici del diritto partecipano oggi entrambi e del tutto inconsapevolmente ad una funzione che è sorta come la manifestazione di uno stesso spirito. Non foss'altro, il principio moderno della divisione del lavoro, che è penetrato così profondamente anche nella scienza, renderebbe oggi impossibile che quella sintesi avvenisse per opera delle stesse persone. Ma ciò non vuol dire che la sintesi non debba essere ugualmente perseguita, gli uni servendosi dei risultati degli altri, in una comune coscienza della natura, insieme storica e razionale, del diritto e della sua scienza.

Dobbiamo però renderci conto delle ragioni di questo duplice divorzio, che si è verificato nella cultura moderna tra la cultura « tout court » e la scienza giuridica, e, nella scienza giuridica, tra la dogmatica del diritto e la storia del medesimo. Orbene, noi riteniamo che ciò dipenda da un solo motivo, vale a dire dal modo nel quale è stata finora pensata la storia del diritto. Proprio dal Rinascimento l'epoca attuale ha ereditato l'idea che la storia del diritto sia la ricostruzione dogmatico-filologica del diritto del passato, senza che tale ricostruzione abbia a proprio favore le ragioni che la resero così feconda allora e che il Rinascimento aveva ricevuto a sua volta dal medio evo. Senza cioè che il diritto del passato sia, in quanto tale, anche il diritto del presente. Questa fu ancora la giustificazione della Pandettistica, come lo fu della germanistica del periodo romantico, quando un così importante contributo alla scienza storico-giuridica fu dato dal pensiero tedesco in polemica con la scienza del diritto romano. I germanisti contrapposero infatti ai loro connazionali che andavano elaborando i frutti della Recezione, l'idea di una tradizione razionale e popolare perennemente valida e di un valore del diritto consuetudinario germanico addirittura superiore a quello del diritto romano, a causa non soltanto della sua corrispondenza allo spirito del popolo, ma anche per un più alto contenuto etico e religioso (4).

⁽⁴⁾ Si v.: C. A. Schmidt, Der prinzipielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte, Erster Band: Die Verschiedenheit der Grundbegriffe und des Privatrechts, Rostock und Schwerin, 1853; K. D. A. Röder, Grundgedanhen und Bedeutung der römischen und germanischen Rechts, Leipzig 1855, con critiche alla Scuola storica e con allusioni al socialismo ed al comunismo; F. V. Hahn,

Così facendo, quei giuristi erano ancora soggiogati dalla visione di un diritto del passato eternamente vigente, e di una scienza giuridica (il Gierke insegni) nella quale diritto positivo e storia giuridica confluissero integrandosi completamente e senza lasciar luogo a residui. Questa difesa del diritto patrio contro il diritto romano non si affacciava allora per la prima volta nella storia, nè fu un fatto soltanto tedesco. La Francia conobbe per tempo delle reazioni popolari in questo senso (5); e su questo fondamento, che trovò una corrispondenza nella tradizionale diffidenza della monarchia francese verso il diritto dell'impero, si spiega la reazione di Francesco Hotman contro l'incenso bruciato dagli umanisti al diritto giustinianeo e contro la formazione del giurista quale si faceva in Francia nel secolo XVI. L'Hotman non scriveva, come tre secoli dopo l'Eichhorn, il Beseler, il von Gerber, il Gierke, nell'esaltazione del Romanticismo, delle libertà nazionali, del medio evo e della corrispondenza naturale tra il popolo ed il suo diritto (6). Egli era un uomo del Cinquecento ed un suddito della Corona di Francia; e la sua opera metodologica e polemica, «Antitribonianus », non aveva le radici nel sentimento, ma nella ragione. Egli lodava la riforma delle « coutumes » con le parole del Commines (7); e contestava l'opportunità di una generale applicazione del diritto romano in Francia in primo luogo sul fondamento della « Politica » di Aristotele, secondo la quale le leggi devono essere adatte alla forma di governo in vigore (8). Perciò alla Francia non potevano giovare nè il diritto di Giustiniano, nè quello della repubblica romana. Gli istituti del diritto romano avevano caratteristiche spe-

Die materielle Uebereinstimmung der römischen und germanischen Rechtsprinzipien, Jena 1856, dov'è sviluppata l'idea hegeliana della corrispondenza tra costume e legge, ma con una radicale critica dell'opera di Schmidt.

⁽⁵⁾ Su ciò si v. E. MEYNIAL, Remarques sur la réaction populaire contre l'invasion du droit romain en France aux XIIe et XIIIe siècles, in Mélanges Chabaneau, Erlangen 1907.

⁽⁶⁾ Cfr. F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit 2° Aufl. Göttingen, 1967, p. 403 ss.

⁽⁷⁾ Antitribonianus sive dissertatio de studio legum (cito nell'ed. pisana del 1771, Variorum opuscola ad cultiorem jurisprudentiam adsequendam pertinentia, T. VII), p. 217.

⁽⁸⁾ Ibid., 139 s.

cialissime e non costituivano affatto nel loro complesso un insegnamento universale valido per tutti e per sempre; mentre ben poco rimaneva in Francia di diritto romano; e di quel poco soltanto pochissimo poteva essere usato (9). Egli vagheggiava perciò, sulle orme dell'Hôpital, la compilazione di una raccolta di norme e di principii giuridici in forma semplice ed in breve spazio, nella quale trovassero il loro posto « excerpta » del diritto giustinianeo, principii filosofici, il frutto dell'esperienza giuridica ed infine quelle delle norme mosaiche che contenessero la « rectitudo », la « ratio » e l'« aequitas naturalis » (10).

L'Hotman era dunque, nonostante la sua reazione al diritto romano, lontanissimo dalla posizione che sarà poi propria di una parte della Scuola storica tedesca, espressione non soltanto di una classe colta ma anche di una coscienza nazionale ed alla quale si è attribuito un grande valore per la comprensione della formazione di una coscienza storiografica nel campo del diritto. E certo a ragione, se quel movimento di idee si ponga in rapporto appunto con il formarsi di una coscienza nazionale e con l'idea che ciascuna nazione parla un suo linguaggio giuridico e per esso vanta una legittima pretesa. Così configurato, quel movimento di idee era in piena opposizione con la tradizione romanistica, che aveva le sue lontane radici nel XII secolo ed in virtù della quale l'impero era stato imposto ancora una volta ai particolarismi regionali dell'Europa, pur così vivi in quel secolo e nei seguenti, in nome di un'unità che era soltanto teorica se considerata sotto l'aspetto politico e giuridico.

Non il pensiero di Hotman, che nel suo razionalismo non concedeva alla corrispondenza tra popolo e diritto più di quanto già gli antichi avevano riconosciuto, che le leggi cambiano con i costumi: « Hoc est, quod antiqui saepius dixerunt, leges iuxta cum populi moribus et conditionibus mutari » (11); ma quello del Romanticismo tedesco cadeva nello stesso difetto rimproverato ai suoi avversari, perchè il diritto nazionale era visto come l'espressione di una tradizione assai lenta a mutare, come tutte le tradizioni, o addirittura

⁽⁹⁾ P. 148 s.

⁽¹⁰⁾ P. 215 s.

⁽¹¹⁾ P. 142.

immobile. Quei giuristi e storici del diritto vagheggiavano così per il loro paese un ordine giuridico che presupponeva una mitica età dell'oro, nella quale il diritto popolare si sarebbe formato, per essere poi oppresso, ma non spento, dalla prepotenza di un diritto straniero. E si dilungavano a descrivere l'intrinseca moralità del diritto germanico, prodotto di una società timorata di Dio. ed animata da una coscienza sempre viva del bene comune e dalla prevalenza del gruppo, della comunità, sugli individui, di contro al diritto romano, espressione di sfrenato individualismo, legalizzazione della violenza e contraddizione della vita associata. Tutti ragionamenti assai poco rigorosi, perchè poco rispettosi della storia ed elevanti a valore assoluto le presunte caratteristiche del diritto germanico, senza punto domandarsi se esse fossero non solo il frutto di uno spirito diverso, ma anche di una società assai meno sviluppata e complessa di quella romana, e perciò assai meno adatto a regolare la realtà del secolo XIX. Quegli scrittori ignoravano per amor di tesi le mutazioni profonde avvenute nel diritto romano, che invece l'Hotman aveva tenuto ben presenti; e si limitavano spesso a considerarne la fase arcaica, allora ancor più oscura di quanto non sia oggi, confrontandola con norme ed istituti germanici tratti da ambienti ed epoche diversi senza troppo rigore.

Lo stesso rifiuto dei risultati della Recezione del diritto romano in Germania era condotto seguendo l'esaltazione del sentimento nazionale, e senza chiedersi se per caso quell'accoglimento delle norme romano-canoniche non trovasse in Germania, fin dal secolo XIII e XIV, dei motivi di validità. Neppure i romanisti della Scuola storica, ed il tecnicismo dei Pandettisti, pur così scientificamente elevato, si erano proposto il problema con quell'ampiezza e profondità e con quell'ispirazione storicistica che sarebbero state necessarie. Diritti sorti in tempi lontani ed in circostanze diverse possono ben divenire diritto attuale, come dimostra tutta la storia del diritto romano, di quello classico nell'epoca di Giustiniano, di quello teodosiano e giustinianeo nell'età di mezzo. Che un diritto del passato risorga nel presente come norma cogente è dunque un fatto storicamente avvenuto; e la mistica dello spirito del popolo, che viziò irrimediabilmente la visione storica dei germanisti, come non può servire a sostenere la corrispondenza necessaria tra popolo e diritto autoctono nel caso del diritto germanico,

non può neppure spiegare la lunga e rigogliosa vita del diritto romano, considerato come norma vigente e poi come patrimonio di inesauribile ragione giuridica in Italia ed anche, entro certi limiti, fuori della cerchia alpina. La società del secolo XII, o dei precedenti e seguenti, non può infatti giustificare alcuna conclusione rigorosa in favore di un'interpretazione della storia del diritto romano nel medio evo che si fondi sulla stirpe o sulla nazione.

Tuttavia, i risultati ai quali era pervenuta la germanistica ebbero una grande importanza, nonostante l'errore che vi era contenuto. La determinazione del rapporto intercorrente tra una società determinata e le sue condizioni di vita da un lato, ed il diritto che vi era usato dall'altro, furono una conquista per la prima volta espressa chiaramente ed estranea, bisogna pur dirlo, alla filologia ed alla dogmatica dei romanisti contemporanei (12). Le condizioni nelle quali si svolsero durante il secolo scorso le teorie e le polemiche della Scuola storica erano state però superate fin dagli inizi dallo stato del diritto negli altri paesi europei e prima di tutto in Francia. Quando il fenomeno della codificazione, che si era già annunciato in Europa quale espressione di un'esigenza sorta negli stati monarchici, si impose con tutto il peso politico e militare della potenza napoleonica, un periodo potè considerarsi definitivamente chiuso non soltanto per l'ordine giuridico degli stati moderni, ma anche per la possibilità di pensare diversamente la storia del diritto, per la quale nuovi compiti sorsero allora e nuovi quesiti si posero. Ma non si può affermare che la storiografia giuridica abbia atteso con spirito originale ed adeguato ai tempi a quella che avrebbe dovuto essere la sua nuova funzione. Nè che abbia avuto coscienza che un periodo si era per sempre chiuso e che un'età nuova si era aperta, nella quale la storia del diritto avrebbe dovuto essere pensata e scritta diversamente. Direi anzi, se l'espressione non sembrasse troppo ardita, che si erano allora poste per la prima volta le condizioni perchè una vera storia del diritto potesse sorgere.

⁽¹²⁾ Per la corrispondenza tra società e diritto come eredità metodologica della Scuola storica, v. R. Stammler, Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie, in Festgabe zu B. Windscheids fünfzigjährigem Doctorjubiläum, Halle 1888; e le osservazioni critiche di E. Hölder, Philosophie und geschichtliche Rechtswissenschaft, in Zeitschr. d. Sav. Stift-Rom. Abt., XI (XXIV), 1890, p. 62 s.

In quel momento, infatti, si pose la distinzione, non la separazione, tra i compiti propri della storia del diritto e quelli della dottrina del diritto positivo, che, essendo uno sviluppo della situazione precedente, avrebbe dovuto indicare la via dei reciproci rapporti di quelle due discipline, in primo luogo riposta nella loro naturale complementarietà. Se il giurista che si dedicava allo studio del diritto attuale non doveva più coltivare direttamente il vastissimo campo della storia, ciò non vuol dire che per lui non fosse sempre, e fors'anche più necessario, avere di quella storia coscienza e nozione. Se, d'altronde, lo storico del diritto non doveva più essere anche un dogmatico, ciò non vuol dire che egli dovesse conoscere meno esattamente la struttura positiva del diritto.

I nuovi compiti che avrebbero dovuto proporsi allo storicogiurista non potevano però limitarsi all'esatta conoscenza degli sviluppi della dogmatica, perchè la sua funzione non avrebbe più dovuto essere soltanto quella di descriverne l'evoluzione. La separazione intervenuta nell'antica unità della scienza giuridica non era una divisione meccanica di quanto era stato allora compreso in un'unica attività del pensiero, ma aveva soprattutto il senso di una profonda rivoluzione avvenuta nel diritto. Una rivoluzione che aveva immediata corrispondenza nella vita politica, nei mutamenti sociali e, infine, nella nuova fisionomia assunta dalla scienza storica. Poichè questo era, insomma, avvenuto: che il diritto della tradizione, i due sistemi del diritto romano e del diritto canonico, che i giuristi avevano per lunghi secoli elaborato, non costituivano più un sistema munito di un'autorità straordinaria, ispirazione e misura delle leggi principesche, fondamento della dottrina giuridica e, in Germania, diritto vigente fino al 1900. In quella tradizione giuridica, che aveva potuto essere mantenuta in una società nella quale i mutamenti delle condizioni politiche ed economiche, per importanti che fossero, non avevano cambiato il carattere di evoluzione lenta ed in certo senso coerente che le fu proprio, si ripercosse in tutta la sua violenza una rottura col passato che gli eventi storici mostravano con la più chiara evidenza. Quella distinzione tra storia del diritto e scienza del diritto positivo, alla quale s'è alluso, conseguì alla caduta dell'« ancien régime » ed ebbe la sua manifestazione estrinseca nella codificazione che prende il nome da Napoleone, ma che fu prospettata durante la rivoluzione

francese. Forse soltanto nella nostra epoca, negli anni anzi che son seguiti alla seconda guerra mondiale, è possibile rendersi conto della novità insolita e meravigliosa, ma per tanti aspetti terribile e conturbante, che ha le sue origini allora e che ci investe di un raro e pesantissimo privilegio.

La rapidità sempre crescente con la quale le condizioni fondamentali della vita associata sono da allora mutate: l'evento, mai verificatosi prima nella storia, della partecipazione di tutti i componenti della società al potere politico ed ai beni economici; l'immenso allargarsi dell'orizzonte politico, economico, spirituale, al mondo intero, che ha avuto per conseguenza un profondo mutamento nella funzione storica e nell'importanza dell'Europa; la discussione, la revisione ed anche la negazione dei valori prodotti dalla cultura europea e che erano stati per tanti secoli considerati immutabili: l'apparente caduta di ogni limite alle possibilità ed all'arbitrio dell'uomo: questi ed altri eventi, mutando le prospettive della vita, hanno provocato ed ancora reclamano mutamenti nella sua disciplina, che è il diritto. Ma richiedono anche, ci sembra, un diverso modo di considerarne la storia, se è vero che non soltanto la storia ci aiuta a comprendere il presente, ma anche il presente è condizione essenziale per interpretare il passato e scoprirne il valore. Chi potrebbe più oggi parlare di un diritto tradizionale, nel quale ciò che si deve illustrare sia soprattutto la coerenza con antichi od antichissimi principii, anzichè i loro mutamenti, come fecero la Scuola storica e la Pandettistica? Eppure, se anche dei mutamenti vi furono in quel modo d'intendere l'aspetto storico del diritto, si deve constatare che il grande insegnamento della scienza storico-giuridica dell'Ottocento è rimasto in gran parte immutato e condizionante per la storiografia giuridica attuale e che nulla nella storiografia giuridica ha precorso i tempi, ha indicato cioè, come talvolta avviene nel pensiero, una futura rivoluzione.

Se ciò è accaduto, con notevoli conseguenze negative sulla vivacità di quella storiografia e sulla sua capacità d'incidere sulla cultura contemporanea, si deve al fatto di non aver assunto come fonte d'ispirazione il contesto storico in tutta la complessità dei suoi aspetti sociali e politici, ma il diritto della tradizione, che è per sua natura conservatore. La risposta della storiografia giuridica alla crisi del pensiero giuridico e della stessa scienza storica del

diritto in seguito alla sua separazione dal diritto positivo, non fu data nè sul fondamento di un robusto pensiero speculativo, nè su quello di una felice intuizione storiografica. Fu data sul fondamento di un'operazione aritmetica di sottrazione. Che cosa era rimasto alla storiografia giuridica dopo che le era stato tolto il compito di nutrire il diritto attuale, di dare al giurista l'insegnamento che proveniva dal modello romano o germanico? Rimaneva la filologia, che il Rinascimento aveva inaugurato e che si era dimostrata d'altronde una conquista definitiva: rimaneva l'erudizione, che aveva conquistato vette tanto elevate nelle età precedenti; rimaneva, soprattutto, l'indagine e la descrizione della struttura degli istituti giuridici del passato, intesa come lo scopo fondamentale dell'indagine storica intorno al diritto, anche se essa non era più immediatamente collegata alla vita giuridica contemporanea. La mancanza di tale collegamento, anzi, esasperò quelle altre attività, tutto sommato ausiliarie, che si andavano esplicando intorno al diritto storico. Al contrario, si perse quel primo e prezioso spunto che l'età romantica aveva suggerito, quella corrispondenza tra società e diritto. E si perse perchè l'idea che allora si era avuta di quella società, identificata con la stirpe e con la nazione, era sfiorita tra le mani degli epigoni di Hegel. Al contrario, un'idea assai più viva della società veniva riproposta a metà del sec. XIX per opera di un nuovo pensiero politico. Ma, per quanto molti aspetti di quell'idea romantica della società rimanessero anche in questo nuovo modo di considerare le cose (un certo alone mistico, una ripresa dei motivi sociali che sarebbero stati presenti nel diritto germanico) la prospettiva con la quale vi veniva osservato il diritto si concludeva o con la sua negazione, come nel Weitling (13), o con una storicizzazione del diritto che sarebbe stata ricca di conseguenze positive se non fosse stata nello stesso tempo travolta e soffocata dalla definizione del diritto esistente in quanto espressione della società borghese, come nel « Manifesto dei comunisti » di Marx e di Engels (14). Una soprastruttura, dunque, che nascon-

⁽¹³⁾ Cfr. su questo autore e sulla sua opera Garanzie della Armonia e della Libertà. Idee per una riorganizzazione della società, 1842, E. CANTIMORI MEZZOMONTI, Introd. al Manifesto del partito comunista, Torino 1970, pp. 8; 25 ss.; 29 ss. e passim.

⁽¹⁴⁾ Manifesto dei comunisti, ed. di E. Cantimori Mezzomonti, cit., pag. 152: « Ma non discutete con noi misurando l'abolizione della proprietà borghese sul mo-

deva una realtà materiale ed economica che era l'unica degna di essere analizzata. Nessuno, che conosca la storia della moderna storiografia, negherà l'apporto essenziale che al suo sviluppo è venuto dal materialismo dialettico. Ma ne riconoscerà anche i limiti, che sono nella negazione della forza delle idee, che dovrebbero essere sempre ricondotte alle condizioni materiali della vita ed intese in funzione di quelle; mentre è un dato della nostra coscienza, addirittura della nostra sopravvivenza come uomini, il ritenere che le idee, nate o non nate che siano dalle condizioni materiali dell'esistenza, acquistano una forza autonoma, hanno una sovrana indipendenza dalla loro stessa origine.

Non dunque la relazione stabilita dal pensiero romantico tra il diritto e la nazione, identificata con un dato naturalistico e non concepita come una conquista dello spirito, poteva servire a fondare una nuova metodologia per la storia giuridica, perchè l'intuizione contenuta in quella relazione veniva distrutta dalla giustificazione che se ne dava. E nemmeno l'altro rapporto, suggerito dallo stesso tormento sociale sofferto da una società in profonda trasformazione e teorizzato nel quadro di una critica al sistema di Hegel, quale fu appunto elaborata da Carlo Marx. Ci si deve dunque meravigliare se la storiografia del diritto, che si era fin dalle sue origini nutrita di filologia e di dogmatismo, non abbandonò neppure nella prima metà del nostro secolo questa via che sentiva sua? Soprattutto rivolta alla ricostruzione del pensiero giuridico del passato, la storiografia giuridica fu tributaria di quelle due scienze per lunghissimo tempo, ed ancora lo è in misura considerevole. Soltanto in modo sporadico vi apparvero degli interessi per il diritto come fatto sociale, senza che ciò significasse un apporto originale alla metodologia storiografica, ormai dominata dalla storiografia politica.

Si vuole con questo negare la grande funzione che nella storia del diritto ha la conoscenza delle costruzioni del pensiero dei giuristi e misconoscere il carattere indispensabile della filologia per

dello delle vostre idee borghesi di libertà, cultura, diritto e così via. Le vostre idee stesse sono prodotti dei rapporti borghesi di produzione e di proprietà, come il vostro diritto è soltanto la volontà della vostra classe elevata a legge, volontà il cui contenuto è dato nelle condizioni materiali di esistenza della vostra classe ».

l'esatta conoscenza del materiale che è oggetto della speculazione storiografica? No, certo. Ciò che vogliamo sostenere è che l'attività dello storico in generale, e quindi dello storico del diritto, non consiste soltanto nell'esatta ricostruzione di quanto è avvenuto, ma in un'ispirazione più profonda, in un interesse umano che coincida con l'interesse del proprio tempo; senza di che la storia non è storia, ma soltanto cronaca.

Questo è dunque il più importante dei problemi che si propongono oggi alla storiografia del diritto. Perchè oggi più che mai è vitale soltanto quella scienza umanistica che si proponga il quesito della sua funzione nel drammatico contesto della vita contemporanea; che stabilisca dei nessi con gli altri campi del sapere per verificare l'esatta estensione del proprio; che, soprattutto, si riempia di umanità, concedendo alla tradizione non più di quanto essa meriti, ed abbeverandosi abbondantemente alla vita e così rovesciando un celebre adagio e facendo la vita maestra della storia.

Alla domanda di come ciò possa essere tradotto ad effetto non si può dare qui una risposta compiuta. Direi anzi che la domanda, per quanto naturale, sarebbe ingenua, perchè non vi sono ricette da spedire per lo spirito, ma soltanto esigenze da soddisfare nell'infinita varietà delle soluzioni di cui lo spirito è capace. Ma ben si può dire invece quali siano le vie attraverso le quali quel risultato non potrà essere raggiunto, e da quali premesse, al contrario, si deve partire per la scoperta di nuove terre.

Se dunque ci si proponga ora il problema di come non si deve più scrivere la storia del diritto, sembrandoci che attraverso questa determinazione negativa divenga poi più facile e chiaro quanto bisognerebbe fare, diremo che la storiografia giuridica si è mostrata incapace di giungere alla formulazione di un giudizio storico, invischiata com'è nella preoccupazione filologica e nella ricostruzione delle dottrina. Ma che ad un giudizio storico si possa pervenire nei confronti del diritto come su qualunque altro aspetto del passato, diviene intuitivo se appunto la storia del diritto si pensi come uno degli aspetti della realtà, della realtà sociale, e politica e spirituale; nella vita di relazione, ma anche nella coscienza morale e nel pensiero dell'uomo, che è vita pratica, ma anche ideale di tale vita, per il culto del quale i giureconsulti romani si considerarono sacer-

doti (15). Un giudizio, dunque, che potremmo chiamare « politico », non già nel senso particolare e ristretto che si usa dare a questa parola correntemente, per indicare soltanto ciò che riguarda il giuoco delle forze che lottano per il potere, ma nell'altro più ampio di ciò che riguarda l'intera vita della « polis », non soltanto come campo per l'urto degli opposti interessi o come organismo che faccia valere all'esterno la propria volontà di potenza, ma come l'ambiente nel quale si persegue la disciplina della vita associata sul fondamento dell'esperienza, della convenienza e della cultura.

La storia del diritto ha però avuto scarso diritto di cittadinanza presso i filosofi ed i teorici della storiografia. Nè, considerato il suo modo di essere fin qui, c'è molto da meravigliarsene. Questo risultato negativo si deve in parte all'incapacità degli storici del diritto di elevarsi al di sopra della filologia e della dogmatica giuridica, dall'altro alla considerazione che almeno una parte del pensiero idealistico ha fatto del diritto come oggetto autonomo di speculazione filosofica e storiografica. Che poi la storiografia abbia a sua volta scarsamente e distrattamente considerato questo aspetto della realtà è dipeso da alcuni atteggiamenti della cultura moderna, che sono a loro volta il riflesso di una situazione complessa, che ha mutato nella nostra società il valore tradizionalmente attribuito al diritto. Tra tali atteggiamenti del pensiero a noi sembra particolarmente rilevante quello del Croce. E ciò non perchè altri non ve ne siano stati, anch'essi degni di attenzione e di discussione, ma per l'importanza che nel suo sistema filosofico ha assunto la storia e per le conseguenze che ha avuto in una parte tanto notevole della storiografia italiana (16).

⁽¹⁵⁾ Nelle parole con cui si apre il Digesto (1, 1, 1, par. 1): « ... nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes... ».

⁽¹⁶⁾ Per questa questione, oltre gli studi raccolti in Cinquant'anni di vita intellettuale italiana (1896-1946), Scritti in on. di B. Croce, Napoli 1950; 2a ed. (s.a.); ora i contributi contenuti in La storiografia italiana negli ultimi vent'anni (Atti del I Congr. naz. di sc. stor., Milano 1970); e A. Momigliano, Lo storicismo nel pensiero contemporaneo, in Riv. Stor. ital., 73, 1971; ora in Terzo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico, Roma 1966, p. 267 ss.

Nella riduzione che, com'è noto, il Croce fece del diritto all'economia o, se si preferisce, all'attività pratica, non c'è soltanto la definizione di una forma dello spirito alla quale anche il diritto appartiene, ma una svalutazione del diritto, concepito come legge, di fronte alla storia. In altri termini, entro il generale comportamento « economico » il diritto, perchè astratto e formale, finisce per perdere ogni interesse specifico ed ogni ragion d'essere autonoma. Che cosa debba dedursene per la storia del diritto, storia di una pura forma o astrazione, non c'è bisogno di chiarire. Vogliamo però far seguire a ciò qualche riflessione.

Il pensiero crociano ha conservato qui non poco del pensiero di Marx, al quale il filosofo napoletano aveva dedicato tanta attenzione fin dal saggio «Sulla concezione materialistica della storia» del 1896 (17). Che dunque l'idea del diritto come « sovrastruttura » abbia esercitato il suo peso nella sua filosofia ci sembra innegabile. E certo è altresì che in lui agì anche l'antipatia istintiva nutrita verso quanto era giuridico; duplice risultato degli anni « dolorosi e cupi » trascorsi a Roma, nella casa di Silvio Spaventa, che si risolsero nel disinteresse per gli studi giuridici e nel fascino che Antonio Labriola esercitò su di lui (18). Lo stesso modo di essere della storiografia giuridica del suo tempo, che era proprio il contrario di ciò che egli finì per pensare della storia a causa dei metodi usati (esasperazione del filologismo, considerazione del diritto come un sistema chiuso) non doveva in alcun modo mitigare quell'avversione, ma se possibile accrescerla, nè era certo capace di suscitare l'interesse che l'oggetto non aveva provocato per il fatto di essere presentato in forma storica.

⁽¹⁷⁾ In Atti dell'Accademia Pontaniana di Napoli, XXVI.

⁽¹⁸⁾ B. CROCE, Contributo alla critica di me stesso, in app. a Etica e politica, Bari 1931, pp. 363 ss.; cfr. Il saggio Come nacque e come morì il marxismo teorico in Italia (1895-1900), da lettere e ricordi personali, in app. a A. Labriola, La concezione materialistica della storia, nuova ed. a cura di B. Croce, Bari 1938, p. 291 s., dove il Croce, ricordando quel primo suo scritto, ribadisce i motivi della sua considerazione del materialismo storico inteso « non già come una filosofia della storia, ma come un'empirico canone d'interpretazione... ». Dopo aver narrato le vicende dei suoi rapporti intellettuali col Labriola, il Croce concludeva: « E così io chiusi i miei studi sul marxismo, dai quali riportai quasi in ogni parte definito il concetto del momento economico, ossia della autonomia da riconoscere alla categoria dell'utile, il che mi riuscì di grande uso nella costruzione della mia « Filosofia dello spirito » ».

Per il Croce, come per il suo maestro Antonio Labriola, era dunque necessario procedere oltre l'astratta forma della legge. Per il Labriola il sustrato di tutta la storia era l'economia, come aveva già sostenuto Marx e, prima di Marx, il Saint-Simon. L'economia, studio anatomico della struttura sociale (19). Per il Labriola, però, quell'economia era da intendersi storicamente e ciò che sovrastava quel fondamento o sustrato economico come una forma era da interpretarsi nello stesso modo.

L'economia era un mezzo d'interpretazione dei fatti sociali, tra i quali si doveva considerare anche il diritto (20).

Nel pensiero del Croce tutto ciò assunse un diverso significato. Se nel Marx la natura sovrastrutturale del diritto avrebbe dovuto concludersi con la riduzione della storia (politica, giuridica e così via) nella storia dell'economia, e nel Labriola invece diede luogo al riconoscimento della possibilità che quelle sovrastrutture avessero la loro storia, nel Croce l'interpretazione dell'economia come «attività pratica», secondo aveva pensato anche Max Weber, portò a conseguenze diverse. Ciò consentì al Croce di raccogliere i frutti del materialismo storico senza incorrere nell'errore di ridurre le forme dello spirito all'economia, ed il senso della storia alla storia economica. Il Croce vide chiaramente le conseguenze alle quali conduceva fatalmente il pensiero di Marx, che identificava le produzioni teoriche e le forme della coscienza (religione, filosofia, morale, diritto ecc.) con la «società civile », a sua volta organizzazione che si sviluppava immediatamente dalla produzione e dal commercio (21). Anche la politica era per Marx una sovrastruttura di quel motivo economico; ed era logica conseguenza di questo modo

⁽¹⁹⁾ A. LABRIOLA, La concezione materialistica della storia, cit., p. 36; cfr. C. MARX, Zur Kritik der politischen Oeconomie, Berlin 1859, pp. IV-VI, cit. in LABRIOLA, op. cit., 38.

⁽²⁰⁾ A. Labriola, La concezione materialistica, cit., pp. 72 s.; 144 s.; 181 ss.: « La sottostante struttura economica, che determina tutto il resto, non è un semplice meccanismo, dal quale saltino fuori, a guisa d'immediati effetti automatici e macchinali, istituzioni, e leggi, e costumi, e pensieri, e sentimenti, e ideologie. Da quel sottostrato a tutto il resto, il processo di derivazione e di mediazione è assai complicato, spesso sottile e tortuoso, non sempre decifrabile ».

⁽²¹⁾ V. il brano della *Ideologia germanica* del MARX, tradotto in *Manifesto del partito comunista*, a cura di E. CANTIMORI MEZZOMONTI, cit., pp. 72 s.

di argomentare che le sovrastrutture perdessero la loro importanza tradizionale nella visione teorica della realtà. Per il Croce, invece, la politica era attività pratica. Come tale consisteva di fatti muniti di una loro individualità (22). Lo stesso poteva pensarsi del diritto, ma non di quello che si trova nelle vuote teorie dei giuristi, ma nell'altro che consiste nell'« opera individuale e continuamente nuova degli individui » (23).

Così per il Croce il diritto che può essere considerato come parte dell'attività pratica, e classificabile quindi in una delle categorie dello spirito, non è il diritto delle leggi e del pensiero dei giuristi. La legge, che l'individuo attua, non è la norma giuridica, ma la norma morale; ed il diritto scompare dietro un'affermazione di libertà. Quale parte può dunque essere riservata, nel vasto campo della storiografia, alla storiografia del diritto? Il Croce (24), dopo aver sostenuto che la legge è un atto volitivo astratto ed irreale, la considera però una necessità: « Se i difensori dell'utilità delle leggi avessero voluto adoperare contro gli avversari un argomento di buon senso, di quelli che impongono la conclusione, anche quando non la dimostrino a rigore, avrebbero potuto semplicemente far notare la richiesta delle leggi, dell'ordine, della giustizia, dello Stato, che s'innalza da tutti i punti della storia umana ». Per lui le leggi sono utili non perchè siano attuabili, dato che attuabile è soltanto l'atto del singolo, ma perchè sono una preparazione all'azione. Una storia del diritto in senso tradizionale sarebbe dunque, secondo la filosofia del Croce, una storia di questa « preparazione », cioè delle leggi e, dovremmo aggiungere, della giurisprudenza (25). Ma questa sarebbe una storia, o invece una pseudo-storia, sempre secondo il pensiero del Croce? La storiografia ha infatti per contenuto «la vita concreta dello spirito » (26), mentre la storia delle leggi non avrebbe per contenuto se non delle astrazioni. Si dovrebbe dunque negare alla storiografia giuridica ogni diritto di cittadinanza nel

⁽²²⁾ Elementi di politica, in app. ad Etica e politica, Bari 1931, p. 242.

⁽²³⁾ Filosofia della pratica. Economica ed Etica, Bari 1909, p. 377.

⁽²⁴⁾ Filosofia della pratica, cit., 347 ss. Si v. a questo proposito quanto è espresso in N. Hartmann, Il problema dell'essere spirituale, Firenze 1971 spec. pp. 384 ss.

⁽²⁵⁾ Teoria e storia della storiografia, III ed., Bari 1927, p. 136.

⁽²⁶⁾ Teoria e storia, cit., p. 126 ss.

regno di quelle « storie particolari e speciali » (27) delle quali, secondo il Croce, è appunto fatta la storia. Ed infatti il Croce concluse con le famose parole la sua *Filosofia della pratica*: « La vera storia del diritto di un popolo (del diritto realmente eseguito, e non soltanto di quello formulato nelle leggi e nei codici, il quale spesso è rimasto lettera morta), non può non essere tutt'uno con la storia sociale e politica di quel popolo; storia tutta giuridica, ossia economica; storia di bisogni e di lavoro ».

La « vera storia del diritto » ha dunque, secondo il Croce, ben poco da fare con quella storia giuridica che è tradizionalmente ritenuta per tale, che ha per oggetto il diritto e non i bisogni ed il lavoro. È ne risulta, perciò, sminuita nella sua importanza e sostanzialmente negata perchè ridotta ad una pseudo-storia, anche se ci siamo più volte domandati che senso abbiano poi le allusioni che qua e là si trovano nell'opera del Croce alla « storia delle istituzioni » od alla « storia del diritto (28) come esempio di storia particolare. Ma che quella che abbiamo attribuita al Croce fosse una conseguenza necessariamente discendente dalle premesse non è lecito dubitare, se il « legiferare » è « volizione dell'astratto » e se la vita morale dell'uomo, che è il pernio della storia, non può essere identificata in una norma astratta, ma nella libera attuazione della volontà individuale (29).

Ora sia ben chiaro che noi, non essendo filosofi, non presumiamo di riesaminare la validità della filosofia del Croce, per il che ci mancherebbero e la competenza e le forze. Ma ciò che riteniamo necessario è di renderci conto dell'influsso esercitato da quella filosofia sulla storiografia italiana degli ultimi settant'anni, per comprendere i motivi del disinteresse che si è nutrito in quel campo per la storia del diritto. Inoltre, non riteniamo estraneo, ma invece strettamente pertinente agli interessi dello storico-giurista, il rendersi meglio conto della natura della storia che coltiva, dei suoi rapporti con il rimanente pensiero storico e del metodo che sia da seguire.

Per quanto dunque concerne la domanda: che cos'è la storia giuridica, risponderemo tenendo presente una proposizione del Le Roy che è stata sottolineata dal Cammarata: « La scienza non

⁽²⁷⁾ Teoria e storia, cit., p. 105 ss.

⁽²⁸⁾ Teoria e storia, cit., p. 134.

⁽²⁹⁾ Teoria e storia, cit., p. 312.

conosce il fatto in sè, ma solo il fatto relativo ad un sistema teorico » (30). Ora la filosofia e la scienza del diritto concorrono a definire la natura empirica del diritto; del diritto, appunto, quale è costruito o definito dalla scienza giuridica ed al quale la filosofia attribuisce quell'empiricità. Questo è l'oggetto della storia giuridica, perchè il diritto è un complesso di valutazioni, di qualificazioni di un oggetto; e l'oggetto fa parte della storia politica, economica, spirituale di un popolo, e quest'è appunto il rapporto tra il diritto e la storia. Quest'è dunque la storia del diritto.

Tale è anche il rapporto che intercorre tra la storia del diritto e la storia rimanente. Poichè quella qualificazione che attribuisce ad un determinato oggetto il carattere giuridico, non è soltanto opera nostra; è invece un'opera che si è svolta nel tempo, quasi una perenne testimonianza della necessità di tale qualificazione giuridica dovunque vi fosse un rapporto sociale da definire o da regolare. La norma giuridica non è dunque soltanto un'astrazione, ma il risultato e l'interpretazione di un'esperienza; di un'esperienza concreta, alla quale attribuiamo la qualificazione giuridica. La norma giuridica o, se si preferisce, la legge, è quindi la proiezione della realtà sull'ordinamento giuridico, poichè la validità intrinseca o storica della legge consiste nell'essere essa la traduzione legislativa di un costume o l'interpretazione di una situazione sociale. Nè la scienza giuridica può essere pensata in modo diverso.

Il diritto vivente consiste dunque nella circolarità tra l'esperienza che si definisce come giuridica, ma che non cessa perciò di essere

⁽³⁰⁾ Sulla nozione di verità, app. a Science et philosophie, trad. ital. Lanciano 1913, p. 115. Questo è l'intero brano citato dal Cammarata, Formalismo e sapere giuridico, Bologna 1962, p. 122 s.: « il senso comune ragiona come se l'esperienza fosse recezione pura, come se essa consistesse in un consulto, ove la natura risponderebbe con un verdetto sovrano davanti al quale ci si dovrebbe inchinare senz'altro: nel quale lo spirito, per conseguenza, sarebbe passivo e si limiterebbe soltanto a registrare gli ordini venuti dall'esterno. Questa concezione non risponde affatto alla realtà delle cose. La scienza non conosce il fatto in sè ma solo il fatto relativo ad un sistema teorico. Per essa, i fatti non sono definibili astrattamente, ma solo e mediante il sistema che li produce e se li assimila. In tal modo non esistono per essa che fatti qualificati — fatti matematici, fisici, chimici, biologici, psicologici, ecc. — non fatti suscettibili di essere costituiti anteriormente, indipendentemente dall'uso che si deve farne, indipendenti dalla dottrina che li suscita e in seno a cui nascono ».

un fatto storico, un fatto della vita sociale, e che ispira la legge; e le legge e la dottrina, questa che costruisce e quella che costituisce il modello del comportamento individuale in un ordinamento giuridico, cioè in una società qualificata giuridicamente. Ciò che interessa la storia del diritto non è la definizione dell'atto individuale come atto di libera volontà, ma la corrispondenza o la non corrispondenza di quegli atti individuali alla formulazione della legge o al pensiero della giurisprudenza. La natura astratta della legge è il risultato della sua valutazione filosofica. Ma per il diritto, per il diritto che empiricamente si attua nella storia, essa è un fatto, cioè un oggetto concreto che trova il suo posto nel processo mediante il quale una società impone a se stessa un determinato modo di essere definibile come giuridico.

Chiariamo dunque la posizione che qui si difende. Da un lato si deve respingere l'opinione secondo la quale la storia del diritto dovrebbe essere un dominio riservato dell'erudizione o venir pensata come una materia che si autogenera. Dall'altro si sostiene che la storia del diritto, per il fatto di essere parte della storia, non deve per questo perder di vista il suo compito specifico, che è di ricostruire ed interpretare il diritto come prodotto della storia. Un prodotto del pensiero e non soltanto di un pensiero tecnico, se è vero che dietro il pensiero giuridico è sempre possibile trovare l'ispirazione di un pensiero più vasto, del « modo di pensare » di un'epoca. Immensi spazi della storia sarebbero impenetrabili senza considerare il diritto, com'è ormai per tutti evidente per la storia romana e per la medievale. Ogni età si è espressa anche attraverso il diritto, perchè il diritto non è soltanto il risultato di una qualificazione del pensiero dei giuristi o dei filosofi (31), ma è anche, ed in primo luogo, un « modo di essere e di divenire di una società » e trova la sua prima ed essenziale qualificazione nella coscienza sociale.

Se il diritto è un fatto storico, e come tale non si può eliminare dalla ricostruzione storiografica, non si può però tacere che si tratti di un fatto con particolari caratteristiche. Gli istituti che lo

⁽³¹⁾ Si v. a questo proposito le importanti considerazioni di A. E. Cammarata, op. cit., p. 75 ss.; 121 ss., che però prende in considerazione soltanto la « Giurisprudenza », cioè la scienza tecnica del diritto.

compongono mostrano infatti in molti casi una coerenza reciproca ed una vischiosità nel loro sviluppo che contrasta con i mutamenti repentini e con gli urti violenti della storia politica. Quei casi riguardano non il diritto pubblico, che è immediata espressione dello stato, ma invece il diritto privato, che è espressione della società. La storia c'insegna che, sul fondamento di un primitivo costume regolante la semplice vita di una società arcaica, le norme e gli istituti del diritto pubblico si distaccano a poco a poco dal comune contesto normativo, con la stessa rapidità e nella stessa misura che di volta in volta si riscontrano nella formazione e nello sviluppo dello stato. Nel diritto privato, al contrario, la cui determinazione è, com'è naturale, contemporanea a quella del diritto pubblico. gli istituti non soltanto sono in funzione della volontà di una classe politica o di una situazione più o meno contingente, ma delle necessità della vita sociale. Tali necessità vi si riflettono non solo separatamente, ma nel loro complesso, perchè la disciplina di un determinato rapporto o di una situazione non sorge soltanto da un'esigenza giuridica (ad es. la necessità di rendere pubblici i trasferimenti della proprietà o di rispettare la volontà del testatore) ma in primo luogo da un'esigenza economica e da una valutazione morale della condotta.

Con questo non si vuol dire che anche il diritto privato non sia permeato di politica; che anzi tutta politica è la sua essenza, se si consideri che la stessa vita sociale ne è inseparabile. È sempre la storia del diritto ad insegnarci che vastissimi campi di ciò che oggi si definisce diritto privato sono l'espressione di determinate forze e classi politiche, che hanno il loro fondamento nell'assetto economico. Gli esempi più evidenti che qui si possono ricordare sono la proprietà ed il diritto successorio, la cui natura si pone tra il diritto privato ed il pubblico, per la duplice ragione della loro origine storica e della funzione che hanno esercitato nella determinazione delle classi politiche e nel loro mutamento. Che in questi due campi soprattutto si sia esercitata in certi periodi l'azione legislativa, che è un'azione che il potere politico rivolge alla disciplina della struttura sociale, è perfino superfluo sottolineare. Il carattere politico, che tale parte del diritto privato contiene, ha attratto naturalmente l'attenzione di quel potere. Ma i limiti nei quali ne è stata contenuta l'incidenza sarebbero ben degni di uno

studio assai più approfondito di quanto non si sia fino ad oggi solitamente fatto, perchè la resistenza di certe istituzioni dà la misura non dell'eccellenza di certi principii o di certe formulazioni dottrinali, ma della vera natura di una società considerata nel complesso dei suoi elementi componenti, nella loro interazione e nella reale possibilità dei suoi cambiamenti. Che in ciò concorrano non soltanto le condizioni della vita materiale, ma anche le capacità intellettuali, la sensibilità morale ed insomma lo stato della cultura, è evidente.

Proprio perchè il diritto è l'espressione e quasi la proiezione della società nel suo insieme, di una società che si esprime indipendentemente dallo stato e di una società che si esprime in quanto stato, la sua costituzione è spontaneamente coerente. Questa corrispondenza delle varie sue parti componenti tra loro è il fondamento di quanto la dottrina giuridica esprime come sistema. Anche in questo caso, dunque, il giurista non fa che adempire alla sua funzione, che è di interpretare la realtà, sia che ciò avvenga in circostanze nelle quali non esista ancora una norma esplicita che la regoli, sia che la norma esista ed il giurista debba perciò interpretarla. Qualunque sia il limite che di volta in volta la storia ha assegnato all'interpretazione giuridica e comunque voglia valutarsene l'essenza, una cosa è certa: non v'è dottrina giuridica valida, come non v'è legge duratura, se non si ispirino alla realtà e si risolvano in arbitrio.

Ma dov'è l'arbitrio nel pensiero, e dov'è l'improvvisazione nella storia? Se questa fosse la pietra di paragone tra la storia del diritto e quella degli altri campi dell'attività umana, e se da ciò volesse trarsi qualche conclusione negativa per la natura storica del diritto, l'argomentazione sarebbe ben fragile. Poichè la storia appunto c'insegna che non esiste alcun prodotto del pensiero che non sia il frutto di un'ispirazione del reale, nè forma di civiltà od epoca storica sorte dal nulla. I passaggi dall'una all'altra, che alla vecchia storiografia apparvero talvolta repentini, sono per noi il prodotto di lente trasformazioni.

Questo è però vero: che il diritto, come costruzione della teoria e come complesso di fatti che sono l'espressione di una disciplina spontanea che la società si attribuisce, ha un più profondo ancoraggio nella realtà effettuale. Le costruzioni dell'intelletto giuridico non hanno a proprio oggetto la sconfinata libertà dello spirito teoretico, ma le caute creazioni collettive ed il perseguimento del giusto e dell'utile. Questa più stretta dipendenza dalla vita collettiva, che è propria del diritto e che caratterizza perciò l'attività del pensiero giuridico, ha riscontro soltanto nel linguaggio, col quale il diritto ha tante affinità.

L'ordine giuridico è come un immenso orologio che abbia infiniti ingranaggi e parti rotanti. Alcuni di questi ingranaggi hanno un movimento più rapido e visibile; e sono quelli che corrispondono all'interpretazione che la legislazione dà della vita associata e dei suoi bisogni. Altri sono più lenti e tuttavia percettibili; e corrispondono agli aspetti particolari di quella disciplina. Altri ancora ve ne sono, il cui movimento è così lento da sembrare immobili. Ma il loro movimento, pur essendo impercettibile, esiste tuttavia; e per misurarlo occorre considerarlo in lunghissimi periodi di tempo.

Ora ciò che qui si vorrebbe prendere in considerazione sono non le ruote a movimento più rapido, ma quelle più lente; per uscir di metafora, quegli istituti che hanno mostrato una più lunga stabilità. Proprio questo loro carattere scarsamente dinamico ha profondamente influenzato il pensiero giuridico, che ha tradotto in una costruzione dogmatica una realtà sociale e politica con caratteristiche permanenti. È vero che la traduzione di tale realtà, compiuta dalla scienza giuridica in termini tecnici è stata a sua volta una forza agente in favore della conservazione di una situazione sottostante e che ciò conferma la circolarità storica tra la storia sociale e politica ed il diritto. Ma ciò non deve far dimenticare nè che il diritto è in sostanza l'espressione di uno stato di fatto, nè che l'azione che esso può esercitare a sua volta su quello non è il frutto immediato di un preordinato disegno politico, com'è stato rozzamente sostenuto, ma invece il risultato di una costruzione logica consolidatasi in lunghi periodi nei quali le mutazioni sociali sono state scarse. Prendiamo ancora ad esempio la proprietà secondo il diritto romano. Questa scelta potrà anche meravigliare chi tenga presente la proposizione di Marx e di Engels, secondo la quale «tutti i rapporti di proprietà sono stati soggetti a continui cambiamenti storici, a una continua alterazione storica » (32). Ma

⁽³²⁾ Manifesto, cit., p. 148.

ciò a cui intendevano riferirsi in questo passo gli autori del « Manifesto del partito comunista » del 1848 non era il concetto giuridicotecnico di proprietà, secondo i lineamenti attribuiti dal diritto romano a questo istituto, ma un concetto generico, comprendente tutti i rapporti di disponibilità esclusiva della cosa. La proprietà collettiva, vera o ipotetica che la si voglia considerare, prende così il suo posto accanto al « dominium » quiritario romano, alla posteriore « proprietas », ai vari rapporti tra privati e suolo pubblico, alla « proprietà » feudale e così via. Ciò che interessava quei due autori era una determinata categoria di rapporti politicoeconomici, e non un ben determinato istituto giuridico.

Invece la costruzione intellettuale contenuta nel concetto romano della proprietà ha mostrato una straordinaria solidità, da quando la giurisprudenza romana ne delineò la fisionomia fondamentale. Certo, anche qui non si trattò di un'idea immobile. Ma il fatto che le modificazioni alla proprietà siano state pensate come delle limitazioni ad un diritto di per sè illimitato e sempre capace di tornare alla sua estensione primitiva ogni qualvolta quei limiti venissero a cessare (si pensi ai casi di usufrutto e di enfiteusi e, nel diritto medievale, alla proprietà divisa), ha fondato nel pensiero giuridico la perenne validità di un dogma indipendentemente dai suoi accidenti. Anche le limitazioni che non derivino dalla concorrenza di un altro diritto reale sulla medesima cosa o, se si preferisca, dalla scomposizione degli elementi componenti il diritto di proprietà e che danno luogo al fenomeno della « elasticità del dominio », ma che sorgono dal rispetto del diritto di proprietà altrui. non modificano la natura dell'istituto. Una reale alterazione dell'ipotesi assolutistica sulla quale il dogma della proprietà era fondato nel diritto romano potè invece essere rappresentata dalle limitazioni dettate per l'interesse pubblico, alcune delle quali comparvero nel basso impero o vi andarono accentuando la loro importanza in conformità dell'ispirazione sociale allora dominante. Ma neppure questi limiti e modifiche furono tali da alterare sostanzialmente la struttura istituzionale, che ha resistito impavida per lunghissimi secoli. Soltanto oggi il concetto del limite sembra si stia trasformando in una modificazione sostanziale ed irreversibile della proprietà, sotto la pressione di una situazione socio-politica che ispira una legislazione diretta in questo senso. Cosicchè lo spazio riservato al concetto di proprietà ancora osservato dalla dottrina e la stessa dizione dell'art. 832 del Codice civile italiano: « Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico », sembrano piuttosto un residuo del passato.

Tutto ciò dimostra che altro sono le variazioni che la società e lo stato sono capaci di apportare alla funzione di un istituto ed altro la modifica della struttura istituzionale che implichi un mutamento radicale del concetto che la definisce. Le limitazioni alla proprietà, prodotte in epoca romana o medievale, o i succedanei che il medio evo propose, ad esempio nelle concessioni livellarie e con tutte le varie deformazioni allora apportate ai rapporti romani tra i conduttori o coltivatori ed i fondi rustici (32a), furono adattamenti che non alterarono il concetto giuridico della proprietà, che rimase disponibile per il presente e per il futuro. Tutto ciò ha avuto un immenso peso sociale e politico. La permanente validità degli istituti romani, nonostante l'opera interpretatrice della giurisprudenza, finì per trasformare dei prodotti della storia in dati « naturali » e quindi immutabili per definizione. Così l'indipendenza delle idee dalla stessa situazione che le aveva fatte nascere, in questo caso delle idee giuridiche espressione della civiltà più avanzata, esercitò una funzione di estrema importanza nella determinazione del modo di essere della società; nè questa azione esercitata nella storia dalle dottrine giuridiche va semplicisticamente confusa con il fatto che i giuristi facessero parte della classe dominante. Questo è l'unico giudizio che si possa esprimere in sede storica. Qualunque valutazione morale di condanna o di assoluzione di quella classe dominante o del diritto che le corrispose esulano dalle considerazioni che qui si fanno, perchè ogni situazione storica è l'espressione dell'unica soluzione concreta data ai suoi problemi e contiene perciò in sè la propria moralità, che perde entrando in conflitto con un altro giudizio morale soltanto allorchè quella condizione venga

⁽³²a) Su questo argomento, v. soprattutto P. Grossi, Locatio ad longum tempus, Napoli 1963; e Problematica strutturale dei contratti agrari nella esperienza giuridica dell'alto medioevo italiano, in «Agricoltura e mondo rurale in Occidente nell'alto medioevo», Spoleto 1966, 488 ss.

meno e ciò che era stato accettato come giusto e necessario divenga al contrario, nella coscienza sociale, ingiusto ed arbitrario.

L'idolatria del diritto romano, protrattasi dall'età di mezzo fino a noi, è certamente un fatto straordinario, sul quale lo storico contemporaneo, che vive in un'età di così sconvolgente rottura col passato qual'è la nostra, non può fare a meno di meditare. Le sue ragioni sono complesse e vanno trovate, naturalmente, nella storia. In primo luogo, devono ricercarsi nella capacità che la giurisprudenza romana dimostrò di tradurre in termini giuridici la realtà sociale, cogliendone gli aspetti essenziali ed indicando con la massima semplicità il punto d'equilibrio degli interessi, che era la giustizia e l'equità contenuta nelle sue risoluzioni (33). Ma questa stessa singolare capacità era il frutto di un'ambiente storico, della concorrenza di un complesso di circostanze che formavano il modo di vita della società romana. La giurisprudenza romana si formò avendo in primo luogo per oggetto il severo e semplice costume della famiglia al quale si aggiunse il modo pratico di procedere dei traffici commerciali. Il modello dello stato rimase per lei la città, ed in primo luogo la città di Roma, dove una società essenzialmente agricola e militare aveva lasciato un'impronta duratura nelle istituzioni e dove l'economia era soprattutto fondata sul patrimonio terriero, così come le virtù civili avevano riprodotto nella vita pubblica quelle del « pater familias ».

Per queste ragioni il diritto romano fu un solidissimo edificio, fondato non su astratte speculazioni, ma su virtù morali di equilibrio, di concretezza, di fede nella giustizia, sul rispetto della tradizione e dell'esperienza ma anche sull'aderenza all'evoluzione sociale. Questo complesso di qualità positive non si ripetè mai più, perchè mai più si riprodussero le condizioni ambientali che le avevano suscitate. Le opere dei giureconsulti romani contengono perciò un esempio non facilmente superabile di logica giuridica, ma non necessariamente un modello di costruzione positiva buono per ogni tempo. Il pensiero giuridico medievale comprese esattamente questa semplice verità, quando rielaborò mediante la pro-

⁽²³⁾ Cfr. F. Schulz, Prinzipien des röm. Rechts, München-Leipzig 1934, p. 9 ss.; 14; 23 ss.; 27 ss. e trad. ital. di V. Arangio-Ruiz, I principi del diritto romano, Firenze 1949, p. 12 ss.; 18; 29 s.; 34 ss.

pria interpretazione istituti e concetti che vi erano contenuti. In seguito, e soprattutto in ambiente non italiano e più libero quindi dalla suggestione del mondo classico, quel diritto romano, rielaborato dalle scuole, fu accolto come « ratio » giuridica ma non come un sistema vincolante di norme. Soltanto in età successive, e in non piccola parte per influsso del pensiero umanistico, il diritto romano fu mitizzato e divenne l'unica soluzione dei problemi giuridici e non una tra le tante possibili. Da quel momento il diritto romano, perduta non di rado l'aderenza rinnovatrice con la realtà sociale, divenne una costruzione intellettuale tradizionale ed uno strumento di conservazione politica. La forza del diritto romano non ebbe dunque più il suo fondamento nella stessa potenza politica di Roma, che aveva imposto quasi universalmente il suo diritto; non nella tradizione del medio evo, che non ebbe coscienza di essere un'età diversa dall'antica, di cui però avvertì ed esaltò la grandezza perduta. Col Rinascimento, come sappiamo, mutò la prospettiva storica. Con ciò non si vogliono ignorare le ispirazioni non classiche, o anticlassiche, di cui il mondo occidentale fece esperienza a partire dal sec. XVI (34) che nel pensiero filosofico ebbe un'espressione metodica così esplicita in Giordano Bruno, in Galileo Galilei ed in Francesco Bacone ed atteggiamenti precorritori della nostra età negli scrittori del secolo XVIII. Ma è innegabile che dal pensiero politico all'arte, dalla filosofia al diritto, il modello classico esercitò un influsso enorme sulla cultura dell'età moderna. Questo influsso determinante non fu soffocato neppure dal rigorismo testamentario della Riforma e dal pensiero romantico.

Soltanto l'epoca che possiamo dir nostra, quest'epoca tragica ma anche privilegiata per il privilegio terribile dei grandi eventi, sembra volersi separare da quella tradizione imitatrice dell'antichità classica e dall'intero suo sistema concettuale, per assumere nei loro confronti un atteggiamento distaccato e critico. La crisi della nostra civiltà si identifica con la crisi dei valori di tutti i

⁽³⁴⁾ Su questo aspetto del pensiero rinascimentale, E. Garin, Il Rinascimento italiano, Milano 1941, p. 85 ss.; e in gen. F. Chabod, Il Rinascimento, cit., p. 79. Per il pensiero e la poesia inglesi, H. Haydn, The Counter-Renaissance, New York 1950; e trad. ital. Il Controrinascimento, Bologna 1967. Per la storia della cultura in generale, E. Battisti, L'antirinascimento, con un'app. di manoscritti inediti, Milano 1962.

36 BRUNO PARADISI

secoli precedenti, nei quali il classicismo ebbe una parte determinante. Se questo è vero (e noi possiamo, peraltro, soltanto sospettarlo) non è fuor di luogo domandarsi che accadrà del nostro diritto, per tanta parte costruito su quello romano, e che sorte avranno non soltanto i suoi istituti più suscettibili di esser mutati perchè più legati agli aspetti contingenti della vita sociale, ma perfino quelli finora ritenuti essenziali ed immodificabili. Fino a che punto assisteremo ancora al permanere di una tenace tradizione, e fino a che punto essa sarà travolta dalla crisi che ha colpito i fondamenti della vita sociale in tutti i suoi aspetti e l'uomo stesso, nel modo di essere della sua coscienza? Questo quesito, che ci appassiona come uomini vivi, non attende una risposta dallo storico. Egli dovrà però non più nascondersi che gli istituti della storia non sono un paradigma insostituibile per l'esistenza di un ordinamento: che accanto a popoli che sono vissuti, per continuare a citare come esempio la proprietà, sul fondamento della proprietà derivata dal diritto romano, altri popoli hanno seguito idee e principii diversi; che vi fu un tempo nel quale il diritto canonico introdusse nella dottrina e nell'ordinamento concetti ed istituti radicalmente nuovi, frutto di una diversa esperienza e di una diversa ispirazione teorica; e che, insomma, l'esperienza storica insegna che la tradizione giuridica europea, che fu intesa come l'espressione della ragione giuridica senz'altro, non è invece l'unico modo di essere possibile del diritto. Essa può anche mostrare in che modo i più radicali mutamenti della storia giuridica ebbero luogo, non mai per l'arbitrio di giuristi o di governi, ma per bisogni profondi, affiorati nella scienza giuridica e nell'azione politica. La storia del diritto non è mai stata il semplice equivalente di una storia della legislazione.

Vorrei proporre questo tema di meditazione ai nostri giuristi; o almeno a quanti tra loro credono ancora nell'autonoma validità di una costruzione puramente razionale, che è molto più vicina di quanto essi sospettino al modo tradizionale di considerare la funzione ed il carattere della scienza giuridica. Bisogna però anche notare che il pericolo insito in un razionalismo giuridico che si rifiuti di procedere a ritroso oltre l'esperienza giuridica contemporanea, ha oggi aspetti, nasconde implicazioni ed assume significati che non sono propri soltanto della scienza giuridica, ma conflui-

scono nella crisi della nostra cultura, del nostro costume, in una parola di tutti i valori della nostra vita. La rapidità con la quale procede la conquista del mondo fisico, lo squilibrio che si è creato tra il progresso tecnologico e la coscienza morale, la contemplazione sostituita dall'azione, l'enorme peso assunto dall'aspirazione alla conquista dei beni materiali, hanno sospinto verso un'illimitata fiducia nella ragione astratta e minacciano un'eclissi del pensiero storiografico. La storia, come la tradizione, è un limite. La ragione, dissociata dalla storia, è il tentativo di infrangere quel limite in un'epoca nella quale ogni limitazione sembra destinata a cadere, ed il passato è travolto dal futuro. Ma lo storico ha buoni motivi per dubitare della validità di questa dissociazione tra ragione e storia, e della rinuncia all'esperienza in nome dell'avventura. Si potrebbe anche aggiungere che quella distruzione di ogni senso del limite, che è così coordinata al rifiuto della storia, ha procurato molti dispiaceri al nostro mondo in quest'ultimo cinquantennio; e che la mia generazione può avere qualche inclinazione a riconoscere che la pura ragione confina troppo spesso con l'irrazionale, e qualche volta anche con la follia, perchè ci se ne possa fidare.

Da tutto ciò si possono trarre delle conclusioni per quanto concerne il compito dello storico del diritto. Intanto diremo che ci sarà difficile concepire una scienza del diritto che sia fatta soltanto di ragione e non anche di coscienza ed esperienza storica. Ma poi anche concluderemo che la funzione dello storico-giurista non è, in definitiva, quella di mettere in bell'ordine dei pezzi fossili, ma di far rivivere il diritto del passato sotto l'ispirazione dei problemi che il nostro tempo propone, e di prospettare quel diritto come il prodotto della storia nella sua totalità. Il diritto del passato, con i suoi problemi, le sue soluzioni, le costruzioni della sua scienza ed il suo modo effettivo di essere, sarà così una dimensione del diritto attuale, un termine di confronto insostituibile nella coscienza giuridica.

Giunti a questo punto, rimangono ancora tre questioni fondamentali da esaminare. La prima è costituita dal legame che unisce il diritto del presente con quello del passato e come ciò possa considerarsi, tenuto conto della frattura che tanti aspetti della vita contemporanea presentano con le epoche precedenti. La seconda propone l'identificazione dei rapporti intercorrenti tra la storia del 38 BRUNO PARADISI

diritto ed una scienza oggi in onore, quale la sociologia. La terza, infine, concerne il modo nel quale debbono indirizzarsi in concreto gli studi di storia giuridica per meglio rispondere alle istanze della cultura contemporanea.

Se l'epoca che viviamo presenta delle novità profonde nelle attività del pensiero e nella loro interpretazione del mondo, anche la società le condivide. Il problema che ora si presenta allo storicogiurista è di verificare se nel passato qualcosa di simile si sia verificato e fino a qual punto i mutamenti del diritto vi abbiano corrisposto. E la soluzione, che naturalmente qui non può darsi che sinteticamente ed in brevi parole, è che anche nel passato si sono verificate profonde rivoluzioni, che hanno investito ogni aspetto della vita, mutando radicalmente i valori dell'etica, l'organizzazione della vita sociale e politica ed insomma instaurando un'epoca nuova della civiltà. L'esempio più chiaro, quello che possiamo abbracciare in tutte le sue enormi conseguenze, è offerto dalla crisi del mondo antico a partire dal IV secolo e dalla sostituzione della visione cristiana del mondo a quella che aveva dominato fino ad allora il mondo pagano. In qual modo il diritto rispose alla sollecitazione dei tempi nuovi ed andò incontro alle nuove esigenze di una società che ormai si fondava su premesse ideologiche tanto diverse? La risposta, come si sa, fu duplice. Dapprima l'adattamento spontaneo del diritto a condizioni più semplici, proprie di un'economia declinante. Poi l'impennata giustinianea, che raccolse le riforme parziali con le quali gli imperatori precedenti avevano tante volte cercato di arginare i mali di una lunga crisi, trasformandole in un grande edificio, non omogeneo, nè coerente e sistematico, ma tuttavia ispirato da una potente volontà di restaurare l'antico e di introdurre il nuovo. Anche l'antico era, in un certo senso, da intendersi come nuovo, sia perchè era stato nel frattempo variato ed adattato, sia perchè rinnovare significò molto spesso riprendere i vecchi motivi e, nei limiti del possibile e dell'utile, variarli e svilupparli. Ma non vi fu alcuna frattura. Al contrario, vi fu una grande riforma, che dimostra ancora una volta come il diritto non abbia mai proceduto, e forse non possa procedere come la politica, per rivoluzioni.

La stessa rivoluzione spirituale e politica del cristianesimo non fu sufficiente a rivoluzionare il diritto, ma soltanto a variarlo in

qualche parte, là dove specialmente gli istituti erano più sensibili all'ispirazione dell'autorità imperiale. Ciò che teneva ancorato il diritto alla tradizione non era però soltanto la fedeltà ad una dottrina giuridica, ma era soprattutto la permanenza nella società di un complesso di condizioni che, nonostante le variazioni da esse subite, potevano ancora essere interpretate e disciplinate dal sistama giuridico imperiale. Fino a che punto questa convinzione corrispondesse a verità e fino a che punto, invece, fosse un errore, lo dimostrò la storia successiva. Il diritto giustinianeo dovette dovunque arretrare, così in oriente come in occidente. In occidente, anzi, la sua sorte fu singolare. Perchè non soltanto si andò rapidamente corrompendo nell'unico paese nel quale trovò un campo d'applicazione che fu premessa di sviluppi futuri, cioè l'Italia, ma fu ampiamente sostituito dal diritto germanico, col quale poi andò anche mescolandosi in modo che non è necessario esporre qui. Ciò significa che l'evoluzione giuridica dell'occidente, che in questo caso fu un'involuzione parallela a quella delle condizioni di vita, corrispose e fu interpretata dai diritti germanici, che a ciò dovettero la loro tenace esistenza nell'Europa già appartenente all'impero. L'involuzione fu in questo caso seguita e regolata dalla sostituzione dei diritti germanici al diritto romano; dalla sostituzione dunque, politicamente sanzionata, di condizioni di vita sociale diverse da quelle che il diritto romano, teodosiano o giustinianeo che fosse, avevano avuto come loro presupposto necessario.

Questo è quanto ci offre uno dei periodi più sconvolgenti della storia. Lo storico non ha alcuna necessità di elevare tale lezione alla fissità della regola. Ma noi possiamo impararvi soltanto che il diritto è portatore di una realtà che va al di là della volontà politica e che le trasformazioni della società, che condizionano il diritto, sono, per quanto rapide, più lente delle decisioni del potere.

Con ciò si tocca il secondo problema: quali siano i rapporti tra la storia del diritto e la sociologia. Il tema esigerebbe certo un più lungo ragionamento; ma qui mi limiterò a suggerire una conclusione, tacendo dei suoi presupposti ed al solo scopo di completare il discorso. La confluenza tra storia del diritto e sociologia può avvenire nel punto che ad entrambe è comune, cioè nell'osservazione del fatto sociale, che per la sociologia è l'oggetto e per la storia del diritto la premessa di quanto è oggetto della sua

40 BRUNO PARADISI

costruzione scientifica. Il nuovo interesse per la sociologia si spiega molto bene nell'epoca nostra, per l'importanza che la società ed i suoi problemi hanno assunto, per quanto non si possa, a mio avviso, separare sempre nettamente la storia sociale e quella dello stato. Ciò è facile se si concepisca lo stato come una figura giuridico-formale; e Marx aveva ragione quando nella «Ideologia germanica » affermava che « la società civile... è il vero focolaio e teatro di tutta la storia», contrapponendola ad una concezione della storia identificata con le azioni dello stato. Ma con ciò Marx intendeva opporsi all'idea che la storia consistesse in battaglie ed in atti diplomatici. Si trattava dunque di cambiare l'idea non solo della storia, ma anche dello stato, che come entità giuridica corrisponde ad una società storicamente determinata e va riempita di contenuto sociale perchè acquisti storico significato. Non si vuole affermare per questo che tra lo stato e la società vi sia sempre una piena e perfetta corrispondenza; che anzi la storia c'insegna che lo stato ha coperto diverse estensioni dell'area sociale, a seconda delle epoche e delle circostanze. Tuttavia una storia sociale che prescinda totalmente dallo stato, cioè dall'incidenza che lo stato ha avuto ed ha nella determinazione del modo di essere della società, rischia di diventare parziale ed astratta, perchè equivale ad una storia della società che prescinda dall'elemento politico, che è l'immediata ispirazione della figura giuridica dello stato (35).

Lo studio della società può e deve far parte del giudizio storico-giuridico; e le costruzioni della sociologia possono suggerire temi di ricerca allo storico del diritto. Ma al di là di questa funzione complementare che riconosciamo volentieri alla sociologia, non possiamo mancar di notare che la sociologia è una scienza dogmatica, che si propone il problema di presunte leggi che regolerebbero l'andamento della società; mentre lo storico del diritto vede nelle somiglianze i tratti distintivi della creazione che di volta in volta

⁽³⁵⁾ Si v. su ciò gli studi di O. Brunner, Das Problem einer europäischen Sozialgeschichte, in Hist. Zeitschr., 177, 1954; e Stadt und Bürgertum in der europäischen Geschichte, in Geschichte in Wissenschaft und Unterricht, 4, 1953; entrambi ora in trad. ital. (O. Brunner, Per una nuova storia costituzionale e sociale, Milano 1970).

lo spirito dell'uomo opera nella vita associata. Non tipi eternamente ricorrenti, sotto l'impero di leggi costanti; ma un'inesauribile varietà di motivi, un arricchimento incessante dell'esistenza, che così si sottrae alla monotonia di una ripetizione meccanica ed all'arbitrio di una proiezione nel futuro di fatti constatati nel passato ed assunti come normativi. Non è perciò accettabile la concezione espressa da Heinrich Mitteis, di cui pure si deve ammirare la grande opera scientifica, secondo la quale la storia del diritto risulterebbe dalla sovrapposizione, alquanto meccanica, della storia politica ai « tipi » offerti dal diritto (36). Non si può infatti ritenere che esistano per lo storico del diritto, come per ogni storico, dei « tipi », che sono un'astrazione che la ragione compie sui prodotti dell'esperienza, percorrendo a ritroso il cammino che lo storico misura nel senso opposto; nè che da tale mescolanza di tipi sociologici e di storia ad essi non riducibile possa sorgere la storicizzazione dei primi, ai quali si farebbe corrispondere il diritto sotto il suo aspetto dogmatico. Tipi e storia corrispondono a due speculazioni non omogenee, e perciò non riducibili ad unità. O si astrae dalla storia, pervenendo a stabilire dei « tipi », e si avrà della sociologia; o si farà l'opposto, sciogliendo i tipi dall'astrazione e restituendoli all'esperienza dalla quale provengono, e si avrà della storia del diritto. Si vorrebbe, ancora una volta, che i cultori del diritto positivo considerassero la natura di quanto è l'oggetto della loro speculazione; e che, invece di porre a fondamento delle loro astrazioni giuridiche un'altra astrazione sociologica, ricorressero alla storia del diritto, restituendo così alla scienza giuridica quella fondamentale unità che riposa nello scambio incessante tra le condizioni storiche della società e la valutazione e definizione operata su di esse dal pensiero giuridico.

Le profonde differenze che intercorrono tra storia del diritto e sociologia introducono all'ultimo dei tre problemi che ci siamo or ora proposti. In che modo debbono condursi gli studi di storia giuridica perchè corrispondano meglio a quanto il nostro tempo richiede? La risposta che la prassi storiografica sembra offrire è contenuta nel maggiore interesse di cui è fatta oggetto la storia del diritto moderno. Il medio evo, che fu tanto intensamente colti-

⁽³⁶⁾ Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte, Weimar 1947, p. 12 ss.

vato fino a qualche decennio fa, sembra aver provocato una certa stanchezza. Ciò deriva non soltanto dalla giusta necessità di correggere l'eccesso d'interesse medievalistico, che si era risolto in un allontanamento progressivo dalla problematica più viva per identificarsi sempre più con l'erudizione, ma anche dal desiderio di rendere più vivace la storiografia del diritto, indirizzandola verso i temi, spesso nuovi, dell'epoca moderna. Si può aggiungere a tutto questo che il pensiero giuridico attuale, almeno in quelli dei propri rappresentanti che non hanno rifiutato la dimensione dell'esperienza storica, sollecita l'illustrazione della storia giuridica dei periodi più recenti, cioè la consapevolezza degli antecedenti immediati del diritto contemporaneo.

Lo storico del diritto deve misurare esattamente la portata di tale mutamento, perchè vi è implicita una profonda rivoluzione metodologica. L'interesse più intenso per la storia del diritto moderno è in ogni caso un progresso, non solo ed ovviamente perchè mira a riempire una lacuna gravissima, ma anche per altre ragioni. In primo luogo, perchè la storia, e forse ancor più la storia del diritto, è una. Ciò che è avvenuto dopo serve a comprendere quanto è accaduto prima, non meno del contrario. Ogni problema storico esige dunque una larga conoscenza dello svolgimento storico nel suo complesso; ed un vuoto nella conoscenza di quest'ultimo si risolve fatalmente in una minore capacità nella risoluzione del primo. In secondo luogo, lo studio della storia del diritto moderno porterà necessariamente alla costruzione di un nuovo metodo (37), perchè la dimensione cronologica che si propone allo storico del diritto dell'età moderna è ben diversa da quella che sta davanti allo storico dell'antichità o del medio evo. E tuttavia, anche in questo caso, non è detto che quel metodo nuovo, che si formerà via via con l'approfondirsi di un'esperienza scientifica, non conferisca qualcosa d'essenziale alla storiografia giuridica di età da noi più lontane; cioè nuovi punti di vista, nuove possibilità, insomma la scoperta di un panorama nuovo. In terzo luogo, lo studio della storia del diritto moderno renderà più comprensibile ed attraente

⁽³⁷⁾ Su questo punto le interessanti osservazioni esposte da R. AJELLO nella sua prolusione catanese: Formalismo e storia del diritto moderno, ora pubblicata in questo stesso «Quaderno» (cfr. più avanti, p. 177 ss.).

ai giuristi che si dedicano al diritto attuale la dimensione spirituale e temporale che la storia contiene, e forse li avvicinerà ad una speculazione storiografica che potrebbe essere un elemento essenziale della scienza giuridica del prossimo futuro.

Ma, dopo aver riconosciuto tutto ciò, non mi sentirei di concludere negando l'interesse attuale della storia del diritto anteriore al moderno. Rimane infatti la considerazione che soltanto lo studio dei diritti antichi e del diritto medievale ci offre la possibilità di sperimentare « in vivo » e di verificare la validità delle teorie che interpretano il diritto. Chi voglia penetrare più profondamente nella dogmatica giuridica e pervenire alla dimostrazione della relatività delle sue costruzioni; chi voglia usufruire dell'insostituibile elemento di giudizio offerto da un amplissimo arco di tempo per intendere sino in fondo la natura degli istituti e la funzione condizionante che la storia esercita su di essi; chi voglia far tutto questo non può considerare svuotato d'interesse lo studio del diritto di epoche lontane dalla nostra, nè ritenere, con una sbrigativa conclusione, che tale studio sia meno importante per la conoscenza scientifica dello stesso diritto attuale.

SEMANTICA E STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO (*)

o.ı 'Semantica' è una regola. Non è né una panacea né un sofisma. Se ne sono date storicamente entrambe le versioni. Dalla 'semantica generale' di Korzybski (¹), rimedio di ogni disavventura individuale e collettiva, alla tradizione degli esponenti autorizzati dello Spirito e delle sue incarnate soggettività.

Se la semantica è una regola, o un insieme di regole, emerge il regolato e avviene il gioco di distribuzione di qualcosa secondo qualcos'altro. Semantica è un insieme di regole di distribuzione di significati. Semantica è (una regola) di qualcosa, appartiene a, insiste su qualcosa. È un pensare regolato su qualcosa. È una manipolazione non arbitraria (diciamo in prima approssimazione) del pronunciato e dello scritto. È un saper fare qualcosa di qualcos'altro. Non è una semplice lettura, ma una ri-lettura. Un riaggiustamento, una ridistribuzione. Una Verdrängung della ingenuità, con tutte le insidie di ogni rimozione. Il testo dovrebbe essere punti-

^(*) Quel che segue non è la conclusione, ma l'inizio di una ricerca, o meglio un programma di lavoro; il programma si costituisce lavorando e muta via via che l'indagine empirica costringe ad aggiustare il tiro, a variare, o precisare, la trama delle domande. L'intenzione così non è quella di definire ed esaurire, di offrire un'impossibile sintesi, ma semplicemente di saggiare alcune vie, indicare alcune scelte, ad es. quella di una 'falsificazione' (in senso popperiano) dello (o di qualche) strutturalismo, il rifiuto della 'dogmatica' come strumento teorico della storiografia giuridica ecc.: direzioni di ricerca, insomma, utilizzabili in una indagine concreta solo a patto di ulteriori revisioni, amputazioni e dilatazioni, a cui questo contributo, nella sua provvisorietà, si offre consapevolmente.

⁽¹⁾ A. Korzybski, Science and Sanity. An Introduction to Non-aristotelian Systems and General Semantics, Lakeville (Conn.), 1958.

gliosamente discusso, fatto esplodere e ricomposto secondo regole. Né registrare né oltrepassare i testi, ma ridefinirli e ridistribuirli secondo regole.

Che la semantica si occupi dei significati è una tautologia. Usiamola pure. La semantica si occupa dei significati (diciamo in prima approssimazione) del pronunciato e dello scritto. Il detto e/o lo scritto 'vogliono dire qualcosa'. Sono segni. Non tutto è segno allo stesso modo e della stessa cosa. Esistono diverse modalità d'esistenza del segno. Semainein rimanda ad un uso differenziato delle modalità segniche e, prima, suppone l'essere del segno qua segno. Rimanda ad una semiologia.

La semantica attraversa lo spessore del significante e tende al significato. Data una catena testuale, le regole di distribuzione la investono totalmente. I contenuti si organizzano. Ma resta aperta la domanda sul senso. A partire da cosa una situazione testuale significa? La semantica si allunga in un'ermeneutica.

- o.2 'Storia' è una dimensione. È in questione tutta una concezione della temporalità. Il tempo rende estraneo, lontano. Ma 'estraneo' è già una valutazione ermeneutica e 'lontano' suppone un 'vicino' in cui risiedere e da cui muovere. Il recupero della lontananza riverbera la sua magia sul gioco di regole, sulla semantica dell'evento significante. Ma a sua volta l'incontrare il mondo nella trasparenza problematica del suo rendersi significante impone una scelta storiografica al posto di molte alternative. Ogni storia di idee è una semantica (2), non ogni semantica è una storia, ma ogni semantica storica impone una storia e non un'altra.
- o.3 'Pensiero giuridico' è un oggetto. Certo non un oggetto afferrabile, bensì l'oggetto di un discorso. Un oggetto che è a sua volta un discorso. Ciò fa regredire immediatamente la semantica di questo al livello di discorso secondo, di discorso su un discorso. Il quale ha a sua volta un oggetto che è il suo significato. Si può utilizzare Frege (³) estendendolo. La visione dell'oggetto è l'interpretazione, la comprensione, la semantica del discorso che lo costituisce. Il prospettico mutarsi dell'oggetto, l'accavallarsi dei discorsi, l'en-

⁽²⁾ L. Bulferetti, Introduzione alla storiografia, Milano, 1965, p. 82.

⁽³⁾ G. Frege, On Sense and Nominatum, in Readings in Philosophical Analysis, New York, 1949, pp. 85 ss.

fiagione volumetrica del discorso, costituisce il corpo perduto di quella storia che la semantica deve contribuire a ripresentificare.

1. Semiologia.

- « Si può concepire una scienza che studia la vita dei segni nel quadro della vita sociale... Essa potrebbe dirci in che consistono i segni... La linguistica è solo una parte di questa scienza generale (4) ».
- 1.1 Sia pure in ritardo sulla previsione saussuriana, la semiologia si è costituita come scienza, come insieme coerente di proposizioni (5). Semiosi sulla semiosi, semiotica, se si vuol ricevere l'indicazione morrisiana (6), essa subisce la pressione di diverse tendenze e correnti, dalla linguistica alla teoria dell'informazione (7).
- 1.2 La semiologia è un saper fare, è la produzione di modelli per la rappresentazione di una data semiosi. Questa è incomprensibile nella sua immediatezza 'vissuta': la si usa ma non la si vede. Vederla implica proiettarne le relazioni costitutive, la particolare combinatoria, sullo schermo bianco del modello utilizzato. Il concetto generale di modello, il suo uso epistemologico, è noto (8): lo interpreto come primato del ragionamento ipotetico-deduttivo sulla inconcludenza dispersiva di un rilevamento empirico di tutti i fenomeni pertinenti. Anche i linguisti si interessano ai

⁽⁴⁾ F. DE SAUSSURE, Corso di linguistica generale, tr. ital., Bari, 1968, p. 26.

⁽⁵⁾ Su 'semiologia' cfr. principalmente E. Buyssens, Les Langages et le discours, Bruxelles, 1943; L. J. Prieto, Messages et signaux, Paris, 1966; R. Barthes, Elementi di semiologia, tr. ital., Torino, 1966; L. J. Prieto, Principi di noologia, tr. ital., Roma, 1967; U. Eco, La struttura assente. Introduzione alla ricerca semiologica, Milano, 1968; F. Rossi-Landi, v. Semiotica, in Ideologie, 12, 1970, pp. 38-44; U. Scarpelli, v. Semantica giuridica, in Nuovissimo Digesto Italiano, XVI, pp. 978-999.

⁽⁶⁾ CH. Morris, *Lineamenti di una teoria dei segni*, tr. ital., Torino, 1954. È noto che 'semiotica' sta a Morris come 'semiologia' sta a Saussure e alla tradizione europea, anche se le scelte ormai convergono su 'semiotica'.

⁽⁷⁾ Sulla teoria dell'informazione cfr., per un'introduzione facilmente accessibile, V. Tonini, Cibernetica e informazione, Roma, 1964.

⁽⁸⁾ Cfr. L. Apostel, Towards the Formal Study of Models in the Non-formal Sciences, in The Concept and the Role of the Models in Mathematics and Natural and Social Sciences (B. H. KAZEMIER, D. VUYSJE edd.), Dordrecht, 1961, pp. 1-37.

modelli e alla loro applicazione (9): direi che la semiologia ne è il luogo naturale di fabbricazione. 'Codice' è un modello ormai usato stabilmente e importato dalla teoria dell'informazione (10). Non è detto che sia un caso isolato. Può essere esemplare: dato un fenomeno comunicativo, lo si riduce ad un codice che ne esprima un sistema di regole constatabili, alla « organizzazione che permette la redazione del messaggio (11) ». Ma il codice non esiste *in re*: è frutto dell'astrazione del ricercatore, uno strumento analitico, un modello. Dato un sistema di segni, una semiosi, occorre un sistema secondo che lo trasponga in un linguaggio adeguato. Semiologia è « modelage » (12).

1.3 La semiologia non è la linguistica, anzi la include come il tutto la parte. La semiologia elabora alcuni modelli anche per la linguistica. Eppure non è un caso che il rapporto sia stato rovesciato. Il linguaggio, da sistema di segni accanto ad altri, sistema-oggetto di 'modelages' diversamente prodotti, è divenuto esso stesso modello di ogni altro sistema di segni, semiosi per eccellenza, modello della semiologia. Si è caduti così in un caratteristico circolo che dalla linguistica conduceva alla semiologia come alla scienzamadre e dalla semiologia rifluiva nella linguistica come modello di ogni possibile semiologia (13). Probabilmente l'intenzione di Saussure non era poi profondamente diversa (14). Comunque, il vizio teorico è evidente. Che poi, in certi casi, la petizione di principio possa essere euristicamente feconda è altra cosa. La semiologia non potrà essere fondata attraverso un gioco contraddittorio

^(°) Suli'uso dei modelli in linguistica cfr. I. I. Rezvin, Les modèles lingui stiques, Paris, 1968.

⁽¹⁰⁾ Cfr. L. Apostel, B. Mandelbrot, A. Morf, Logique, language et théorie de l'information, Paris, 1957; Y. Bar-Hillel, Language and Information. Selected Essays on their Theory and Application, Reading (Mass.), 1964.

⁽¹¹⁾ A. Martinet, Elementi di linguistica generale, tr. ital., Bari, 1966, p. 23.

⁽¹²⁾ J. Kristeva, Semeiotikè. Recherches pour une sémanalyse, Paris, 1969, p. 30.

⁽¹³⁾ Tipica in questo senso è la produzione di R. Barthes: cfr. Elementi di semiologia, cit., pp. 13 ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr. F. DE SAUSSURE, Corso, cit., p. 86: « ...la lingua... è... il più caratteristico di tutti (i sistemi di espressione). In questo senso, la linguistica può diventare il modello generale di ogni semiologia, anche se la lingua non è che un sistema particolare ».

di rimandi, o comunque attraverso un modello 'a senso unico', ma dovrà servirsi di un libero gioco di modelli, ciascuno dei quali troverà una coerenza d'impiego non in riferimento al luogo d'origine, ma alla zona di destinazione. Diversi modelli, rispetto al loro vario territorio d'insorgenza, potranno risultare straniati e la misura dello straniamento sarà il grado della riuscita dell'utilizzazione semiologica di essi.

1.4 La semiologia produce modelli. Ma che cosa produce la semiologia? In altri termini, quale è il senso dell'operazione semiologica? Mi occuperò più avanti del problema: ma esso è tanto cogente da non poter essere evaso. Tanto per riformularlo: in cosa del nostro modo di percepire il mondo incide l'approccio semiologico? Oppure: cosa è non semiologico? O ancora: che cosa il segno esclude nell'atto stesso di essere colto come tale?

La domanda introduce a bella posta al tema di cui mi occupo: storia delle idee. L'assunto è: trasformare, in termini operazionali, il pensiero in semiosi. La storia delle idee è da sempre storia dell'inattingibile. Il pensiero sembra la cosa più vicina e 'presente' di tutte. Niente può dividerci dal pensiero. Il linguaggio schizofrenico potrebbe essere invocato a questo punto come salutare provocazione. Ma non importa giungere a tanto: il mito della 'presenza' del pensiero a se stesso è storicamente connotato e con questa connotazione sta e cade il suo destino. Che poi sul fondamento di questa storia segnata in tutto l'arco della sua parabola si siano costruite tante 'storie', più o meno riuscite, tutto ciò rientra nelle regole del gioco e non muta la diagnosi. Ogni storia ha le sue 'storie' ma queste non sono le uniche forme possibili di recupero del passato. Qui preme far centro sul fondamento e chiedere: o primato del pensiero oppure... Basta dimostrare la tempestività di una alternativa. Che si possa ragionevolmente dubitare dell'esser-giàda-sempre-dato del pensiero segna storicamente la fine di questa imperiosa datità, o almeno trasforma l'ovvio in problematico. Si viene così a discutere la formazione concettuale dell'ovvietà: l'entificazione del pensato in pensante, la metafisica della soggettività (15). La critica di questa può essere condotta su due fronti:

⁽¹⁵⁾ H. Kilian, Überlegungen zur Metanoetik. Ein Beitrag zur kritischen Theorie unbewusster Strukturen des bewussten Denkens, in K. Steinbuch, S. Moser

di conoscenze, o scienze, 'regionali' e di filosofia-limite-controllo di quelle scienze.

1.4.1 In psicologia, Vygotsky stabilisce un regime di rapporto fra pensiero e linguaggio centrato sul rifiuto della concezione 'volgare' secondo la quale il linguaggio è veste, strumento liberamente usabile dalla sovranità del pensiero. Il linguaggio non può esser 'messo indosso' al pensiero alla stessa stregua di un abito già confezionato nè è semplicemente un mezzo che serva in via subordinata di un pensiero già prima e altrove formulato. Il pensiero che si trasforma in linguaggio subisce un mutamento nella sua struttura: non si esprime, ma si realizza nella parola (16).

Viene così battuto in breccia il valore 'espressivo' del linguaggio, il suo venir dopo e di fuori, il suo carattere strumentale: la contrapposizione interno-esterno, e il primato dell'interno sull'esterno, vengono sovvertiti. Il pensiero esiste in quanto articolato linguisticamente, in quanto materializzato in segno (17).

1.4.2 In filosofia del linguaggio, il primato del pensiero, il suo imporsi dall'interno sul linguaggio, inerte materia da usare, plasmare, formare secondo l'urgenza dei problemi sorti e risolti al suo interno, è un'idea che muore con l'illuminismo. Da Hamann a Herder a Humboldt, fino a Cassirer e ai linguisti neo-humboldtiani si stacca una linea continua che stabilisce una dipendenza sempre più stretta fra linguaggio e pensiero, avviandosi verso un rovesciamento della posizione illuministica (18).

In linguistica, la teoria dei campi semantici (19), comunque la si discuta e la si aggiorni, ha dimostrato empiricamente il mu-

⁽edd.), *Philosophie und Kibernetik*, München, 1970, p. 96. Ivi il rinvio d'obbligo a Lacan.

⁽¹⁶⁾ L. S. Vygotsky, *Pensiero e linguaggio*, tr. ital., Firenze, 1966, pp. 160 ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. H. HÖRMANN, Psychologie der Sprache, Berlin, Heidelberg, New York, 1967; S. J. Schmidt, Sprache und Denken. Eine Strukturskizze ihres möglichen Zusammenhangs, in K. Steinbuch, S. Moser (edd.), Philosophie, cit., pp. 46-56.

⁽¹⁸⁾ Cfr. R. L. Brown, Wilhelm von Humboldt's Conception of Linguistic Relativity, The Hague, 1967, pp. 54 ss.; R. MILLER, The Linguistic Relativity Principle and Humboldtian Ethnolinguistics. A History and Appraisal, The Hague, 1968.

⁽¹⁹⁾ Sulla teoria dei campi semantici cfr., per una esposizione riassuntiva, S. Öhman, Wortinhalt und Weltbild. Vergleichende und methodologische Studien

tare della rappresentazione dell'oggetto col mutare del linguaggio (termini di parentela, colori, lessici intellettuali ecc.). All'interno della filosofia del linguaggio sarebbe difficile far accettare la premessa dell'indipendenza del pensiero pensante (20): la regola è l'accettazione del contrario, del non-esser-già-dato del pensiero, del suo necessario essere-col-linguaggio, fenomeno empirico, analizzabile, 'oggettivo'.

1.4.3 Si possono trovare dichiarazioni anche più radicali. L'antropologia americana si è impegnata a lungo nella discussione della fin troppo nota ipotesi Sapir-Whorf (21). Che alcune lingue amerindie racchiudano e impongano ai soggetti parlanti in esse una visione del mondo ad esse peculiare e incompatibile con le lingue europee correnti; che in genere la lingua plasmi un universo concettuale, un 'Weltbild' chiuso e più o meno incomunicante, sono ipotesi probabilmente estreme, in parte ancora indimostrabili, ma certo tali da non poter essere rovesciate nel loro contrario: su quella ipotesi, più o meno temperata, si è compiuto un lavoro 'etno-linguistico' piuttosto cospicuo, che ha dimostrato empiricamente, per vie sue, la 'presa' che il linguaggio ha sul pensiero e il carattere non accessorio del primo rispetto al secondo.

1.4.4 D'altronde, la parabola del notevole lavoro logico-filosofico del nostro secolo corre secondo questa linea: dal linguaggio come strumento al linguaggio come oggetto dell'analisi (22). Si conoscono gli esiti solipsistici di alcune linee di ricerca: non sono esiti obbligati. Qui basta insistere in generale sul valore copernicano del decentramento del pensiero a favore del linguaggio. Il linguaggio e la comunicazione costituiscono la dimensione pub-

zu Bedeutungslehre und Wortfeldtheorie, Stockholm, 1951; ID., Theories of the 'Linguistic Field', in Word, IX, 1954, pp. 123 ss.; H. C. W. Spence, Linguistic fields, conceptual systems and the Weltbild, in Transactions of the philosophical Society, 1961, pp. 87 ss.

⁽²⁰⁾ J. J. Katz, The Philosophy of Language, New York, London, 1966, p. 4. (21) Cfr. B. L. Whorf, Language, Thought, and Reality, New York, London, 1958; (v. anche nota 80).

⁽²²⁾ Sul positivismo logico cfr. le due introduzioni di J. R. Weinberg, Introduzione al positivismo logico, tr. ital., Torino, 1950; F. Barone, Il positivismo logico, Torino, 1953.

blica del pensiero, il luogo in cui l'accertamento dei concetti può svolgersi secondo un programma empirico-razionale. Oltre il linguaggio, al di fuori di esso, non restano che le filosofie intuizionistiche, irrazionalistiche, soggettivistiche (23). La tesi dell'immediata accessibilità del pensiero maschera sotto apparenze iperrazionalistiche un capovolto primato dell'ineffabile.

- 1.4.5 La 'decisione' contro l'ineffabile, l'irrazionale, il soggettivo è una decisione filosofica. Questa viene dopo una serie, più o meno aperta, di ricerche empiriche, scientifiche, e costituisce il limite, il controllo (il senso?) di quelle. La rassegna sommaria di opinioni e risultati, prima condotta, prepara e fonda una decisione, ma questa si impregna di sensi storicamente ricchissimi. È stato mostrato come la gnoseologia di Lenin non traesse senso da una rinverdita scolastica del 'riflesso' ma dalla 'decisione' anti-idealistica che la sorreggeva e che costituiva il punto di incontro fra filosofia e lotta di classe (24). L'entificazione del soggetto è contro la scienza ma è (anche) contro la prassi. È un tentativo di rendere tollerabile l'alienazione sospendendola, allontanandola, neutralizzandola. La semiologia è una forma possibile di 'decisione': la rassegna di alcune tesi scientifiche 'in tema' serviva a renderla ragionevole: la sua elevazione a critica a dare ad essa il suo senso. Da questa attribuzione di senso il discorso deve ora proseguire per tornare dopo un lungo giro circolarmente all'inizio.
- r.5 La semiologia, nel suo atto di fondazione, esclude ogni caduta idealistica, l'intuizionismo, il primato del soggettivo. Include contemporaneamente una serie di conseguenze che conviene esplicitare.

La semiologia assume ad oggetto una data semiosi. L'unità minima della semiosi è il segno. La semiosi significa entro un processo comunicativo dato. 'Segno 'è, comunque lo si consideri, la pregnanza di un dualismo: il segno rimanda ad una cosa, oggetto, dato per il quale 'sta'. Studiare i segni è affermare il primato metodologico del corporeo: si è parlato della 'quasi corporeità' del segno. La diffidenza verso la semiosi è l'analogon dello

⁽²³⁾ A. Pasquinelli, Linguaggio, scienza e filosofia, Bologna, 19673, pp. 61-62.

⁽²⁴⁾ L. Althusser, Lenin e la filosofia, tr. ital., Milano, 1970.

spiritualistico rifiuto della carne. Segno è significare qualcosa per qualcuno. Il famoso triangolo semiotico (25) sta in equilibrio fra cosa e pensiero. Ma è importante sottolineare la destinazione del segno: per qualcuno. Semiosi è comunicazione (26). Si può discutere dei fondamenti di una tipologia dei segni: ma è ragionevole costruirla a partire dalla rete dei rapporti comunicativi. Segno è presenza interumana. Non mi preme di stabilire un principio di classificazione. Se ne possono trovare diversi e in conseguenza elencare un numero piuttosto alto di varietà semiotiche. Qui basta considerare il segno come termine generico suscettibile di non poche determinazioni. Importa semmai ribadire il carattere relativo del segno: tutto può essere segno di qualcosa per qualcuno; conta però che effettivamente lo sia, e può esserlo solo in dipendenza di precise condizioni semiotiche interessanti sia il modo d'esistenza del segno sia le capacità interpretative del destinatario. Il segno significa sempre in circostanze date, in una rete di rapporti spazio-temporali in cui la semiosi 'funziona'. Come semiosi fra le semiosi, il segno linguistico, che in questa sede funge da protagonista, non sfugge in nessun modo alla regola.

1.6 Il segno linguistico è signifiant/signifié, è «un'entità psichica a due facce » (27). Oppure: «La lingua è ... paragonabile ad un foglio di carta: il pensiero è il recto ed il suono è il verso; non si può ritagliare il recto senza ritagliare allo stesso tempo anche il verso; similmente nella lingua, non si potrebbe isolare nè il suono dal pensiero nè il pensiero dal suono » (28). Da una teoria del segno si passa naturalmente ad un processo di accertamento del significato, ad una semantica. Ma su cosa si eserciti questa inchiesta non è così semplice da decidere. Ogden e Richard enumerarono più di quaranta anni fa una lunga lista di significati

⁽²⁵⁾ Cfr. C. K. Ogden, I. A. Richards, Il significato del significato, tr. ital., Milano, 1966, p. 37, dove il rapporto passa fra simbolo, riferente, riferimento. (fr. anche S. Ullmann, La semantica. Introduzione alla scienza del significato, tr. ital., Bologna 1966, p. 95 dove la terminologia è mutata (nome, senso, cosa) ma lo schema è sostanzialmente inalterato.

⁽²⁶⁾ Cfr. A. Schaff, Introduzione alla semantica, tr. ital., Roma, 1965, pp. 241 ss.

⁽²⁷⁾ F. DE SAUSSURE, Corso, cit., p. 29.

⁽²⁸⁾ F. DE SAUSSURE, Corso, cit., p. 137.

di significato (29): non c'è ragione di credere che oggi la lista sia diminuita. Il problema poi può essere ragionato da una pluralità di prospettive non sempre confluenti: la semantica dei filosofi non è la semantica dei linguisti, e fra i linguisti il ruolo del senso per certi obiettivi di ricerca (30) e la definizione stessa e gli strumenti di accertamento del significato (31) sono tutt'altro che pacifici. Qui basta indicare uno schema, una traccia di ricerca, un programma, e i possibili livelli costitutivi di un'indagine ad esso ispirata.

- 1.6.1 Se il linguaggio è la dimensione pubblica del pensiero, il significato è la più obiettiva via d'accesso al concetto. Solo in questo senso la linguistica può essere un modello per la cosiddetta storia delle idee. Vale qui quanto ho detto in generale in 1.4. Significato e concetto non sono fenomeni differenti, ma lo stesso fenomeno esaminato da punti di vista diversi (32). La parola non è la veste del concetto, ma il concetto esiste in quanto materializzato in segno. Peirce lo ha detto con molta chiarezza (33). Semantica così è, cioè è usabile metodologicamente anche per, una ricostruzione il più possibile esatta e verificabile del pensato, che fu pensato solo in quanto incarnato nel pronunciato o nello scritto.
- 1.6.2 L'inchiesta sul significato di un enunciato può passare attraverso diversi livelli di analisi. La ricerca può indirizzarsi allo studio di alcune zone della lingua, di un numero chiuso di enunciati, di alcuni lessici speciali ecc. Parlerei in questo caso di semantica lessicale. Ne è nota la storia interna. Da Saussure in poi si sa che ogni parola è circondata da una rete di rapporti associativi che ne definiscono la posizione. « Un termine dato è come il

⁽²⁹⁾ C. K. OGDEN, I. A. RICHARDS, Il significato, cit., p. 212.

⁽³⁰⁾ Ad es. per l'individuazione delle unità linguistiche: cfr. T. De Mauro, Eliminare il senso, in Lingua e Stile, II, 2, 1967, pp. 131-151.

⁽³¹⁾ G. Lepschy, Problems of Semantics, in Linguistics, XV, 1965, p. 65.

⁽³²⁾ A. Schaff, Introduzione, cit., p. 351.

^{(33) «} Das einzige Denken, das also möglicherweise erkannt wird, ist Denken in Zeichen. Aber Denken, das nicht erkannt kann, existiert nicht. Alles Denken muss daher notwendigerweise in Zeichen sein », citato in traduzione tedesca, da S. J. Schmidt, Sprache und Denken, cit., p. 49 (Il testo di Ch. S. Peirce è tratto da Schriften (hrsg. K. O. Apel), I: Zur Entstehung des Pragmatismus, Frankfurt, 1967, p. 175).

centro di una costellazione, il punto in cui convergono altri termini coordinati, la cui somma è indefinita» (34). L'intuizione saussuriana dei rapporti associativi si è trasfusa e arricchita nella teoria dei campi semantici o lessicali. Reagendo fino dalle lontane ricerche di Trier (35) contro l'atomismo della semantica tradizionale, la ispirazione strutturalistica di quella corrente si sostanzia in questo assunto: carattere ordinato, 'strutturato', non caotico del lessico; insufficienza semantica della parola isolata, quindi dipendenza del significato da un fascio di relazioni oppositive fra parole di uno stesso 'campo lessicale'; estensione alla lingua data del principio di organizzazione per campi.

Si può criticare Trier da più punti di vista: per il carattere essenzialistico più che operazionale delle sue definizioni, per l'insufficienza di rigore formale e l'inevitabile ricorso all'intuizione, quindi per il carattere ancora più intenzionalmente che effettivamente strutturalistico (36). Sono problemi ancora aperti; nè è possibile qui ricordare soluzioni e prospettive diverse (37). Basti indicare un possibile obiettivo di ricerca, un modo di portare avanti una storia delle idee (38).

I risultati di una semantica lessicale in funzione del recupero di un 'pensiero' (espressione abbreviativa per 'linguaggio-epensiero') trascorso non possono essere che modesti, o per meglio dire parziali. Ciò che emerge sono sfere concettuali specifiche, nuclei, in sè compiuti, ma frammentari rispetto all'insieme, di

⁽³⁴⁾ F. DE SAUSSURE, Corso, cit., p. 153.

⁽³⁵⁾ J. TRIER, Der deutsche Wortschatz im Sinnbezirk des Verstandes. Die Geschichte eines sprachlichen Feldes. I: Von den Anfänge bis zum Beginn des 13. Jahrhunderts, Heidelberg, 1931.

⁽³⁶⁾ Cfr. J. Apresjan, Analyse distributionnelle des significations et champs sémantiques structurés, in Langages, I, 1966, pp. 44-74.

⁽³⁷⁾ Ad es. gli approcci dovuti ad alcuni esponenti della linguistica trasformazionale: J. A. Fodor, J. J. Katz, (edd.), The Structure of Language. Readings in the Philosophy of Language, Englewood, 1964; J. J. Katz, P. M. Postal, An Integrated Theory of Linguistic Description, Cambridge (Mass.), 1964; J. J. Katz, Recent Issues in Semantic Theory, in Foundations of Language, III, 1967, pp. 124-194; R. Thompson, Transformational Theory and Semantic Analysis, in Journal of Linguistics, 4, 1969, pp. 73-77.

⁽³⁸⁾ La mia ricerca su Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433) (Milano, 1969) si muove a questo livello di analisi.

un 'pensiero' che ha afferrato, col suo taglio specifico, con la sua specifica forma linguistico-concettuale la realtà. Ciò che resta in ombra è la totalità, non perchè sia inattingibile (s'intende, in *quel* linguaggio-e-pensiero), ma perchè è consapevolmente, intenzionalmente disattesa.

1.6.3 Il fuoco dell'analisi può però spostarsi sul discorso nella sua formazione unitaria e totale. L'analisi per campi rimarrebbe così indietro rispetto al nuovo obiettivo: non necessariamente ricusabile e sostituibile ma semplicemente diversa. Il passaggio da campi lessicali circostanziati alla logica discorsiva nella sua totalità rappresenta un salto qualitativo della ricerca e involge una serie non piccola di strumenti definitori e tutta una politica ('policy') di ricerca: parlerei in questo caso di semantica del discorso.

Comprendere strutturalmente l'uso effettivo di una lingua comporta un assunto che è oggi abbastanza simile ad una scommessa: che non soltanto le parole si raggruppino secondo rapporti associativi formando insiemi significanti 'strutturati', ma che lo stesso concatenarsi delle frasi obbedisca ad una serie di regole soggiacenti al discorso, raggruppabili in un modello capace di spiegarne la logica. Si trasporta così l'inferenza all'interno del rapporto fra enunciati e si ammettono, oltre alle relazioni formazionali fra elementi, anche relazioni trasformazionali fra enunciati (39). Si parla così di una 'linguistica del discorso' (40) e se ne tentano verifiche e approfondimenti (41).

⁽⁸⁹⁾ O. DUCROT, Logique et linguistique. Introduction, in Langages, II, Giugno, 1966, p. 13. Ivi, pp. 124 ss., bibl.

⁽⁴⁰⁾ R. Barthes, Introduzione all'analisi strutturale dei racconti, in AA.VV., L'analisi del racconto, tr. ital., Milano, 1969, p. 10.

⁽⁴¹⁾ Già V. Propp nel 1928 tentava, nella sua Morfologia della fiaba (tr. ital., Milano, 19662) la riduzione delle fiabe di magia ad alcuni meccanismi ripetitivi ai quali riportare, come ai loro codici, l'enorme varietà dei racconti. Si veda però l'accusa che C. Lévi-Strauss (La struttura e la forma. Riflessioni su un'opera di Vladimir Ja. Propp, tr. ital. in V. Propp, Morfologia, cit., pp. 163-199) rivolge all'autore russo: non aver risolto tutto il contenuto in forma ed essere così caduto proprio per questo nella fallacia dualistica del formalismo. D'altronde, il 'formalismo' può essere fondatamente rimproverato allo stesso Lévi-Strauss: cfr. S. Moravia, La ragione nascosta. Scienza e filosofia nel pensiero di Claude Lévi-Strauss, Firenze, 1969, pp. 314-315.

All'analisi del racconto e alla preparazione teorica di essa dedica importanti contributi anche A. J. Greimas, La semantica strutturale, tr. ital., Milano, 1968.

Per quanto riguarda la cosiddetta storia delle idee, l'analisi passa attraverso il nome di Foucault. Tutti i suoi studi (42) costituiscono esercitazioni eversive dentro la tradizionale storia delle idee (o meglio ormai al di fuori di questa). Il suo 'caso' si può ragionare da molti punti di vista: da una sociologia della moda strutturalistica ad una epistemologia delle scienze umane. Qui interessano alcuni aspetti, utilizzabili sotto certe condizioni, di quel metalinguaggio la cui pericolosa omissione nelle precedenti opere è stata rimediata recentemente (43).

In breve: l'oggetto dell'analisi non è un campo lessicale, ma tutta la produzione segnica globalmente considerata, ricostruita a partire da un'unità elementare: l'enunciato. Questo si compone di segni linguistici ma opera ad un livello diverso da quello della langue (44) ed è, del segno, una modalità d'esistenza specifica che lo mette in rapporto con un dominio di oggetti (45). La produzione del discorso a partire dall'enunciato è resa possibile non dall'insistenza su un oggetto presupposto come unico e indifferenziato, ma dal gioco di regole che distribuisce gli enunciati all'interno di una determinata formazione discorsiva (46). Le regole, fra le più varie, sono analizzate minutamente: regole di concatenazione, forme di coesistenza fra enunciati, procedure d'intervento applicabili agli enunciati ecc. (47): non è possibile qui riferirle distesamente. Basti dire che gli enunciati non sono comparsi a caso, ma obbedendo ad un sistema di regole concernenti tutto ciò che può essere detto, l'apparizione degli enunciati e il loro disporsi in discorso: l'insieme delle regole, il sistema generale della formazione e trasformazione degli enunciati è l'archivio (48); la descrizione di esso, di ciò che è stato detto e delle regole secondo cui gli enunciati si sono ordinati è l'archeologia. A partire da questa,

⁽⁴²⁾ Tanto noti da essere superfluo citarli. Da 'Storia della follia' a 'Le parole e le cose' si segue una stessa parabola unitaria, compattamente 'archeologica'.

⁽⁴³⁾ Con L'archéologie du savoir, Paris, 1969.

⁽⁴⁴⁾ Ibidem, pp. 114-115.

⁽⁴⁵⁾ Ibidem, p. 140.

⁽⁴⁶⁾ Ibidem, pp. 45-46.

⁽⁴⁷⁾ Ibidem, pp. 75 ss.

⁽⁴⁸⁾ Ibidem, pp. 169 ss.

è possibile cogliere la tipicità di una formazione discorsiva ricavandola dall'effettivo raggrupparsi degli enunciati secondo precise regole individuanti. Essa gravita su quell'insieme di elementi, il sapere, formati secondo regole in una pratica discorsiva data, che possono, come no, divenire scienza (49): archeologia è ritrovamento del diverso.

Il metalinguaggio di Foucault è fin qui tranquillamente utilizzabile. Il rifiuto di una versione soggettiva della storia del pensiero, l'esplosione delle Grandi Opere, dei Grandi Personaggi, in una serie di enunciati positivamente accertabili ed analizzabili per quello che sono, nei loro rapporti reciproci, nella coerenza discorsiva che li colloca secondo regole; il formarsi dei discorsi in campi enunciativi distinti, sfuggenti rispetto ad una ricostruzione a ritroso, condotta a partire da definizioni canoniche e sclerotiche di 'discipline'; sono acquisizioni a mio avviso difficilmente ricusabili.

Si osserverà semmai che nella ricostruzione del discorso e delle sue regole si evita di proposito un elevato livello di formalizzazione: i tempi non sarebbero maturi (50). Rimane però il problema del modello. È probabile che una descrizione 'strutturale', al di là dell'usura del termine, supponga un grado più forte di formalizzazione. La struttura o è magia o è una teoria rigorosa di un oggetto assunto a sistema. Boudon ha contribuito validamente a togliere la struttura dal cielo dei miti permettendone così un uso scientifico: 'struttura' funziona soltanto come teoria che dà conto, effettivamente, non intenzionalmente, dell'interdipendenza degli elementi di un oggetto-sistema. Quanto più il sistema è definito e la teoria una assiomatica, tanto aumenta il rigore della procedura strutturalistica; viceversa alla teoria non verificabile di un sistema non definito corrisponde il grado minimo di scientificità (51). Naturalmente, si potrebbe accusare Boudon di scientismo: tutto si incentra sull'idea che ci facciamo di verificazione. Certo, la coerenza formale del discorso non è ancora una teoria della verità, o, per meglio dire, è una ben individuata teoria della ve-

⁽⁴⁹⁾ Ibidem, p. 238.

⁽⁵⁰⁾ Ibidem, p. 149.

⁽⁵¹⁾ R. BOUDON, Strutturalismo e scienze umane, tr. ital., Torino, 1970.

rità, probabilmente insufficiente. Ma è falsa la reciproca: che una diversa teoria della verità ci dispensi dal rigore formale.

Una teoria del discorso non esime, alla lunga, dal tentativo di una assiomatica (52). Qui assiomatizzare è trasporre in un linguaggio adeguato una strutturazione latente (53). Se una assiomatica come semantica generale è probabilmente prematura, forse non lo è altrettanto la costituzione di una rete di assiomi, teoremi, regole di trasformazione che, di una formazione discorsiva data, diano, appunto, la struttura. La barocca ricchezza di metafore che rende, a seconda dei gusti, piacevole o fastidiosa la lettura di Foucault, non dispensa dalla fissazione di un modello ipotetico deduttivo. Si tratta, forse, non solo di stile argomentativo. Se si vuole giocare con le parole, e far violenza alle intenzioni dichiarate di Foucault, si può dire che la sua via è troppo poco 'strutturalistica', rispetto alle esigenze di un'assiomatica e troppo rispetto alle richieste, apparentemente opposte, di un'ermeneutica. Quest'ultimo punto valga come cenno e rinvio.

Resta, comunque, la notevole ricchezza delle indicazioni metalinguistiche di Foucault: una qualsiasi storia delle idee non ne potrà prescindere impunemente. Il fatto poi che quegli stessi enunciati debbano essere 'falsificati' e trapiantati altrove, che solo attraverso operazioni successive possano ricevere una collocazione pertinente, non li rende affatto, solo per questo, inutilizzabili.

2. Storia.

A questa dimensione non mi accosto con troppa innocenza. Ho dietro una traccia di lavoro teorico che entra dentro l'atteggiamento verso il passato imponendo alcune scelte storiografiche al posto di altre. Dovrò esprimermi, ancora una volta, riassuntivamente.

⁽⁵²⁾ Per assiomatica intendo una teoria del ragionamento deduttivo ordinata intorno ai rapporto 'termini indefiniti-definizioni-termini definiti, assiomi-dimostrazioni-teoremi'. Cfr. A. AGAZZI, *Introduzione ai problemi dell'assiomatica*, Milano, 1961; R. BLANCHÈ, *Logica e assiomatica*, tr. ital., Firenze, 1968.

⁽⁵³⁾ G. G. GRANGER, Pensée formelle et sciences de l'homme, Paris, 1967, p. 160.

Semiologia è teoria delle semiosi e insieme riduzione ad esse del pensato. Storia del pensiero è una storia avente ad oggetto il 'pensiero'. Ogni storia ha un suo oggetto, è intenzionalmente rivolta a un qualcosa su cui insiste, entro cui raggruppa, restaura, riprende. Ogni storia ha un suo oggetto, ma non ogni storia ha una teoria del suo oggetto. Parlo di teoria in senso forte, come di un'assunzione tematica di un oggetto. Certo, ciascuna delle tante storie del pensiero-flusso di coscienza, scandito dal susseguirsi dei Personaggi, ha una teoria del proprio oggetto; ma in senso così debole da essere in questione, non dico la bontà della teoria ma il suo esserci. Oppure si potrà dire che c'è, ma è criptica e non critica, come si ripete di frequente. Certo è che determina che cosa cercare e come, il senso e la destinazione della ricerca sfuggendo ad ogni controllo razionale. La storia dell'oggetto specifico 'pensiero' è inseparabile dalla teoria di quell'oggetto. La metodologia, una serie di procedure euristiche attraverso le quali aggredire un dato oggetto al passato, è il camuffamento 'critico' di una sostanziale mancanza di criticità. Se lo storico non riformula da capo la teoria del suo specifico oggetto, egli produrrà di quell'oggetto una rappresentazione 'già data' al di fuori della sua possibilità di verifica (54). L'esperienza non ha il carattere della trasparenza. Gli storici da sempre tendono a concettualizzare l'esperienza. Altrimenti l'esperienza è l'ineffabile. Non c'è scelta: o stabiliamo coerentemente le coordinate dei problemi, i limiti del campo, i modi d'insorgenza dei dati, insomma la teoria dell'oggetto, se si vuole la sua ontologia formale, oppure, all'interno di un campo già dato, fissiamo le regole di gioco, la metodologia. Ma quest'ultima scelta, apparentemente avveduta e self-controlled, cade nelle insidie dell'uso formalistico della ragione (55).

2.2 La teoria semiologica dell'oggetto storico, la riduzione del pensiero a linguaggio-e-pensiero, include necessariamente una teoria del tempo storico specifico di quell'oggetto. La linguistica, con il suo nodo gordiano dell'opposizione sincronia-diacronia, può

⁽⁵⁴⁾ L. Althusser, E. Balibar, Leggere il Capitale, tr. ital., Milano, 1968, pp. 117-118; pp. 273-274.

⁽⁵⁵⁾ Nel senso M. Horkheimer, L'eclissi della ragione, tr. ital., Milano, 1962.

essere di nuovo un modello. Contro l'opposizione saussuriana hanno parlato in molti e l'esigenza di smussarla e ridimensionarla è ormai patrimonio comune (56). Era in fondo un'antitesi storicamente connotata (57). Già da tempo la semantica lessicale parla di «komparative Statik » (58) e tenta sempre più fruttuosamente di rappresentare il movimento. Non è questo il problema; non si tratta di rifiutare il movimento e la temporalità, ma un certo movimento e una certa temporalità: caduto il modello antropologico del flusso di coscienza, del perpetuo divenire dello Spirito, cade l'idea lineare della storicità che puntualmente vi corrispondeva. Ecco come la teoria dell'oggetto storico è anche una teoria della sua scansione temporale. Alle metamorfosi della soggettività si sostituisce il positivo raggrupparsi degli enunciati e puntualmente alla linea continua subentra un processo spezzato, una «storia stratificata », trasformata in volume (59). La temporalità dell'oggetto ha un'altra vita da quella sottesa nelle cronologie delle storie 'antiquarie'; più breve o più lunga del personaggio, più circolare che lineare, meno 'ufficiale'. Esiste una temporalità seconda che ricomprende la prima e la trasforma dando ad essa uno spessore che non aveva. Mutato l'oggetto, mutano la vita nel tempo, le leggi del movimento, insomma la storicità. Che di questa circolino ormai più immagini sarebbe ingenuo tanto dimostrarlo quanto negarlo.

2.3 La teoria dell'oggetto storico linguaggio-e-pensiero coinvolge una determinata scansione temporale di esso. La dimensione della temporalità è plasmata sulla falsariga di una teoria che colloca l'oggetto in un orizzonte temporale ad esso specifico. Ciò che comunque resiste ad ogni trasformazione teorica dell'oggetto è il carattere trascorso, 'perduto', di esso. Inversamente, e per le stesse ragioni, immodificabile è il carattere 'presente' di quella

⁽⁵⁶⁾ Cfr., fra i tanti, W. v. Wartburg, Problèmes et méthodes de la linguistique, Paris, 1963; M. Leroy, Profilo storico della linguistica moderna, tr. ital., Bari, 1965, pp. 88 ss.; E. Benveniste, Tendences récentes en linguistique générale, ora in Problèmes de linguistique générale, Paris, 1966, p. 9; G. Lepschy, La linguistica strutturale, Torino, 1966, pp. 44 ss.

⁽⁵⁷⁾ G. Lepschy, La linguistica, cit., p. 44.

⁽⁵⁸⁾ J. TRIER, Der deutsche Wortschatz, cit., p. 13.

⁽⁵⁹⁾ J. Kristeva, Semeiotikė, cit., p. 13.

teoria. La tensione verso il passato è un cammino a ritroso: parliamo il linguaggio del passato attraverso un linguaggio che ci coinvolge al presente. Il presente non è mai sospeso, in parentesi. Esistenzialità dell'interprete? Gli storici di Les Annales (60) o un Marrou (61) o un Collingwood (62) o i contributi ermeneutici bultmanniani (63), tanto per appoggiarsi alle Opinioni Autorevoli, ce lo hanno detto con insistenza. Oppure, da un altro punto di vista: «l'anatomia dell'uomo è una chiave per l'anatomia della scimmia » (64). Quello che è stato chiamato «il primato epistemologico del presente » (65) è pertinente alla teoria dell'oggetto qui esposta. Che poi il (linguaggio) passato sia collegato con nessi logico-storici con il (linguaggio) presente, potrà essere verificato empiricamente a posteriori, dalla teoria all'oggetto (passato). Il passato, come tale, è inconoscibile.

2.3.1 La teoria dell'oggetto ha proiettato in una data temporalità l'oggetto stesso e ha stabilito che la tensione verso di esso parte dal presente e dal suo primato. Ciò caratterizza ulteriormente la teoria dell'oggetto come teoria del recupero del passato. Il linguaggio passato è un linguaggio oggettivamente estraniato: la considerazione storica comincia con il riavvicinamento della lontananza, dell'alienità. Si tratta di comparare due linguaggi, di raffrontarli in funzione della loro capacità di integrarsi, di comprendersi, di tradursi l'uno nell'altro.

Il recupero del linguaggio 'perduto' coincide con la possibilità di una sua *traduzione* nel linguaggio presente. Il postulato dell'unitario fluire dello Spirito scavalcherebbe d'un balzo il problema: la traduzione, la comunicazione interlinguistica, non sa-

⁽⁶⁰⁾ Cfr. M. Bloch, Apologie pour l'historie ou métier d'historien, Paris, 1959; L. Febure, Combats pour l'histoire, Paris, 1965.

⁽⁶¹⁾ H. I. MARROU, La conoscenza storica, trad. ital., Bologna, 1966.

⁽⁶²⁾ R. G. Collingwood, Il concetto della storia, tr. ital., Milano, 1966.

⁽⁶³⁾ Cfr. R. Bultmann, Das Problem der Hermeneutik, ora in Glauben und Verstehen, II, Tübingen, 1965⁴, pp. 211-235; Id., Ist voraussetzungslose Exegese möglich?, ora in Glauben und Verstehen, III, Tübingen, 1965³, pp. 142-150; Id., Storia ed escatologia, tr. ital., Milano, 1962.

⁽⁶⁴⁾ K. Maf.x, Per la critica dell'economia politica, tr. ital., Roma, 1957, p. 192.

⁽⁶⁵⁾ L. Althusser, Leggere il Capitale, cit., p. 133.

rebbero affatto un problema, ma una facoltà facile già data, la simpateticità psicologica con il passato avrebbe l'immediatezza del vissuto (66). Caduta la mitologia soggettivistica, l'estraneità s'impone e fa problema: le lingue non sono semanticamente isomorfe, nè diacronicamente nè sincronicamente (67). Non vi sono testi immediatamente traducibili o affatto intraducibili: è un problema di gradi di traducibilità. Ancora: la traduzione può essere completa o parziale: è un problema di estensione (68). Il meccanismo è facilmente comprensibile: si decompone il messaggio nella sua più semplice struttura semantica, ottenendo una serie di relazioni sintagmatiche e paradigmatiche fondamentali (69); ricostruito il messaggio nel significato immediato che detiene nel linguaggio da cui si traduce, si passa alla seconda fase: decodificazione per una nuova messa in cifra, per una completa ristrutturazione e riformulazione del messaggio nel linguaggio in cui si traduce (70): « la traduzione implica due messaggi equivalenti in due codici diversi » (71).

Il linguaggio trascorso è lontano ed estraneo, ma nel momento in cui ne riconosciamo la alienità instauriamo un certo tipo di rapporto ermeneutico che, attraverso regole analiticamente enumerabili, stabilisce le condizioni di riavvicinamento del passato.

2.3.2 La teoria semiologica dell'oggetto storico 'pensiero' si risolve dunque nel rapporto, nella comparazione fra due (o più) linguaggi, diacronicamente e semanticamente distinti. Si ha un linguaggio presente che descrive tutte e soltanto le operazioni che si compiono sul linguaggio trascorso ed enumera tutti e soltanto i risultati delle stesse. Si hanno cioè un metalinguaggio (L'') e un linguaggio-oggetto (L') $(^{72})$. Il metalinguaggio non ha un valore

⁽⁸⁶⁾ Cfr. G. Mounin, Le problème théorique de la traduction, Paris, 1963, p. 272.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. C. Rabin, The Linguistics of Translation, in A. H. Smith (ed.), Aspects of Translation, London, 1958, pp. 123-145.

⁽⁶⁸⁾ J. C. Catford, A Linguistic Theory of Translation, London, 19672, p. 21.

⁽⁶⁹⁾ E. A. Nida, Towards a Science of Translating. With Special Reference to Principles and Procedures involved in Bible Translating, Leiden, 1964, p. 245.

⁽⁷⁰⁾ E. A. NIDA, Science of Translation, in Language, XLV, 3, 1969, p. 483.

⁽⁷¹⁾ R. Jakobson, Saggi di linguistica generale, tr. ital., Milano, 1966, p. 58.

⁽⁷²⁾ R. CARNAP, Introduction to Semantics, Cambridge (Mass.), 1948, pp. 3-4.

autonomo bensì è funzione del linguaggio-oggetto a cui si riferisce. Si comprende allora perchè la semiologia sia un 'modelage'. È la semiosi (di terzo grado) in cui si prepara il modello per la descrizione dell'oggetto-sistema, per la traduzione interlinguistica delle semiosi trascorse. Il modello metalinguistico ha così un carattere rigidamente operazionale: serve a programmare una serie di operazioni di traduzione; la serie scelta non è l'unica utilizzabile, ma è applicata, ad esclusione di altre astrattamente compossibili, sulla base del criterio della più stretta equivalenza alle relazioni endolinguistiche che compongono il messaggio in L'. Operata la scelta, la ricerca storica fluisce con coerenza secondo un programma razionalmente predisposto di operazioni.

3. Pensiero giuridico.

Il pensiero giuridico non esiste (73). La frase ha un carattere manifestamente provocatorio. Il suo valore di verità potrà essere pienamente inteso solo al termine della teoria che sto delineando. Per il momento, basta cominciare lentamente ad intendersi.

3.1 La teoria dell'oggetto 'pensiero' ha fatto emergere una fitta rete di sequenze discorsive che ha coperto tutto lo spazio disponibile all'analisi. Il pensiero è materializzato in discorso e al di fuori del discorso non c'è, provvisoriamente, nient'altro. Privilegiare pregiudizialmente l'aggettivazione 'giuridico' del carattere di specialità e tipicità sarebbe semiologicamente contraddittorio. Non è il 'giuridico' che definisce il 'discorsivo', ma è un'eventuale modalità del discorsivo che potrà essere individuata storicamente come giuridica. Occorre un'archeologia del pensiero giuridico (i.e. giurisprudenza-scienza del diritto). Ritrovare gli enunciati dispersi in tutto lo spazio enunciativo storicamente dato e le loro regole di coagulazione. Quando si sia ottenuta la rappresentazione di una formazione discorsiva nella sua unità e tipicità potrà essere il momento di restaurare l'aggettivazione con quel che comporta. L'epistemologia giuridica passa attraverso l'epistemologia delle scienze umane, con tutto quello che di precario e

⁽⁷³⁾ Allo stesso modo in cui « pour la sémiotique, la littérature n'existe pas » (J. Kristeva, Semieiotikè, cit., p. 41).

fragile ha questa denominazione (carenza di fondamento, appunto) e non viceversa.

Se all'epistemologia giuridica diamo il compito di individuare l'oggetto della giurisprudenza come scienza del diritto positivo, le condizioni del ragionamento giuridico, il suo grado specifico di scientificità, i valori in esso sottesi (74), essa si trova di fronte ad una scelta: o si dà il proprio fondamento dall'interno o lo media dal di fuori. In entrambi i casi si ripropone lo scambio dell'interno e dell'esterno. Nel primo caso, 'fuori' sta tutto lo spazio discorsivo, il luogo di formazione degli enunciati, il momento dell'origine di ciò che può divenire, come non, scienza; 'dentro' sta il punto di arrivo, la dommatica e la costruzione giuridica. Nel secondo caso il rapporto è rovesciato: la teoria giuridica sta 'fuori' ed è mediata dal 'dentro', da una teoria della produzione discorsiva che si produce (anche) come 'giuridica'.

Questo decentramento della 'giuridicità', il suo spostamento a livello di oggetto secondo di analisi, mediato da una teoria generale del 'modelage' (semiologia) e da tutta una serie di modelli intermedi effettivamente costruiti a partire da quella teoria, è un primo modo di non far più esistere il pensiero giuridico. O meglio, al di fuori della provocazione, è un modo di ritrovarlo, oltre la sua 'sospensione', liberato dalla cogenza della immediatezza, dagli impacci di una teoria che si costruisce su ciò che è, subito e senza scampo, 'giuridico'.

Naturalmente semiologia non è ancora epistemologia giuridica: ne è, in un certo senso, tutto il contrario. 'Modelage' per più semiosi non è ancora logica di una o di un'altra scienza, anche se ne può essere una preparazione necessaria. Allo stesso modo, epistemologia giuridica è altra cosa rispetto ad una storia della giurisprudenza; ma per entrambe è necessaria una teoria dell'oggetto. Se così è, il discorso ritorna all'inizio e si incentra su un rapporto a tre termini: (A) teoria (semiologica) dell'oggetto 'pensiero', (B) epistemologia giuridica, (C) storia del pensiero giuridico.

3.2 Il rapporto fra (A) e (B) è stato ragionato sommariamente poco sopra. (A) include ed esclude contemporaneamente

⁽⁷⁴⁾ M. REALE, Filosofia del diritto, tr. ital., Torino, 1956, pp. 198 ss.

(B): lo include perchè la semiologia è la teoria dell'elaborazione di modelli per la comprensione di un oggetto semiotico (qui, linguaggio-e-pensiero), ma lo esclude perchè sospende il 'giuridico' fino al termine della ricostruzione di tutta una modalità discorsiva. Con questo (A) scivola immediatamente su (C). La semiologia del linguaggio-e-pensiero 'giuridico' raggiunge l'epistemologia solo attraverso l'archeologia: archeologia è la sospensione della giuridicità-definizione previa per il ritrovamento (in ipotesi) di essa come modalità discorsiva accanto ad altre, in emersione da queste. Dunque, (A) diventa (C): a patto di leggere 'storia' come 'archeologia' e non storia come 'Dogmengeschichte', di cercare il disporsi degli enunciati nelle varie formazioni discorsive, il sistemarsi, l'eventuale salto epistemologico, l'eventuale divenire scienza, i vari gradini di scientificizzazione, e non i precedenti di una proposizione già data come giuridica e già 'fatta' nel suo grado di scientificità non rimovibile (il 'dogma'). In questo senso, dunque, la semiologia precipita in archeologia. Ma è vera anche la reciproca: che una storia archeologica della giurisprudenza suppone un aggiustamento semiologico dell'oggetto: non si cercano, e quindi non si trovano, gli enunciati se prima non abbiamo trasformato il pensiero in discorso, demitizzato la 'libera' creatività, dissolto le Opere in enunciati disposti secondo una temporalità non cronologistica. La teoria dell'oggetto ' pensiero ' si getta all'indietro dal presente alla ricerca del perduto. Ma il perduto, la 'testualità' smarrita, riaffiora sotto l'impulso di una semiologia.

3.2.1 È implicita in ciò l'espulsione della 'dogmatica' da una pertinente teoria dell'oggetto storico 'pensiero 'giuridico.

Il tema 'dogma e storia' è risalente nella riflessione metodologica degli storici del diritto (75). Può essere formulato in due problemi distinti:

⁽⁷⁵⁾ Cfr. E. Betti, Problemi e criteri metodici d'un manuale d'istituzioni di diritto romano, in Bullettino dell'istituto di diritto romano, XXXIV, 1925, pp. 225-294; Id., Diritto romano e dogmatica odierna, in Archivio Giuridico, XCIX, 1928, pp. 129-150; C, 1928, pp. 26-66; P. De Francisci, Emilio Betti e i suoi studi intorno all'interpretazione, in Rivista Italiana per le Scienze giuridiche, LXXXVIII, 1951, pp. 1-49; su tutto il problema v. le equilibrate riflessioni di R. Orestano, Introduzione allo studio storico del diritto romano, Torino, 1961, pp. 420 ss. Per

a) Il presente è/non è il terminus a quo di ogni considerazione storica. È un problema superato dai tempi. Ho già accennato alla non sospendibilità del presente, al suo primato epistemologico. Storia del pensiero è rapporto fra semiosi diacronicamente e semanticamente distinte.

b) La scienza giuridica presente è/non è lo schema di ricostruzione, la griglia interpretativa, insomma, la teoria dell'oggetto storico 'pensiero giuridico'.

Rispondere affermativamente ad a) ha correntemente implicato rispondere affermativamente a b). Sostengo che si può e si deve dissociare l'affermativa in a) dall'affermativa in b). Esplicitamente, la 'dogmatica' non è la teoria dell'oggetto storico 'pensiero giuridico'. La semiologia diventa teoria dell'oggetto storico in questione a patto di rifluire in archeologia: e archeologia è altra cosa dalla storia interna di una disciplina già definita nei suoi limiti, nel suo campo e nel suo grado di scientificità. Altrimenti la storia della giurisprudenza non ha scelta: o rinuncia alla teoria del proprio oggetto e diventa 'antiquaria', o si impone comunque una teoria e cade in una tipica petizione di principio: fa storia di ciò che è, cerca la genesi del già dato, blocca il presente in un astorico dover-esser-così da cui partire alla ricerca dei precedenti. La storia diventa una ripetizione, una moltiplicazione di effetti già noti nella cassa di risonanza del passato, la ricerca della continuità e non delle cesure - di nuovo una teoria della temporalità. Questa storia, che sembra muovere dalla rivalutazione della scienza, che identifica immediatamente con la teoria del proprio oggetto, finisce per essere epistemologicamente inoperante perchè ripetitiva e confermativa del già saputo.

altri contributi metodologici cfr. G. Cassandro, Metodologia storica e storia giuridica, in Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Bari, IX, 1948, pp. 115-157; B. Paradisi, I nuovi orizzonti della storia giuridica, in L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker, vol. II, Milano, 1954, pp. 307-380; B. Paradisi, Considerazioni attuali sulla storiografia giuridica, in Annali di Storia del diritto, I, 1957, pp. 43-50; G. Cassandro, Storia e diritto. Un'indagine metodologica, in Rivista di Storia del diritto italiano, XXXIX, 1966, pp. 5-84. Cfr. anche i contributi raccolti nel volume La Storia del diritto nel quadro delle scienze storiche, Firenze, 1966.

3.3 Allora (A) (semiologia) rifluisce su (C) (storia archeologica). Risolvendo il pensato in discorso si libera un campo enunciativo in cui studiare la combinatoria di regole individuanti l'una o l'altra formazione discorsiva. È a questo punto che si può far intervenire il secondo stadio dell'operazione semiologica: l'uso di modelli per la comprensione di determinati sistemi discorsivi. Si possono indicare tre modelli, senza avanzare la pretesa che siano gli unici.

3.3.1 Il primo modello è lo schema ricorrente nella teoria dell'informazione. Il fatto di comunicazione è abitualmente ricostruito secondo il seguente diagramma: fonte-contenuto semantico-esplicitazione verbale-cifrazione-messaggio-ridondanze-canalericevente-decifrazione-ridondanze-destinazione (76).

Adottiamo lo schema indicato al problema della comunicazione fra più formazioni discorsive all'interno di uno stesso campo enunciativo; segnamo con (x) gli elementi dello schema che, allo stadio attuale della teoria, sono incognite. Risulta:

(x)-quoziente informativo e modo di enunciazione propri del linguaggio comune - distacco dalla comunicazione corrente e messa in forma (tendenziale epistemologizzazione) del discorso 'giuridico '-(informazione), interpretazione, prescrizione, - scarto fra informazione fornita dal linguaggio corrente e informazione cifrata-scrittura-(x)-trasformazione del discorso 'scientifico' in discorso comune, in visione quotidiana del mondo-semplificazioni, scarti nella trasformazione-(x).

Il modello ha, come deve, un carattere del tutto formale: serve per avvicinare il carattere tipico (in ipotesi) di una formazione discorsiva attraverso una comparazione fra i modi e di contenuti informativi diversamente caratterizzanti distinte unità discorsive, senza dar già per dimostrata a priori l'entità e il carattere dello scarto. La domanda complessiva è: come e su cosa informa il discorso (in ipotesi) giuridico?

3.3.2 Il secondo modello si ispira al concetto di universo del discorso. I logici usano la nozione, da De Morgan in poi, in senso più o meno formalizzato. Qui lo si introduce in maniera piuttosto informale e lo si precisa così banalizzandolo: ogni proposizione ha

⁽⁷⁶⁾ Cfr. A. PASQUINELLI, Linguaggio, cit., p. 54.

un senso se rinvia tacitamente a delle condizioni che ne fondano la possibilità. La domanda 'Amleto ha ucciso Polonio?' può ricevere due risposte diverse a seconda che ci si riferisca alla tragedia shakespeariana o alla cosiddetta realtà storica (77). Il senso di un enunciato in un discorso è così mediato da una 'supposition' che sorregge il discorso stesso (78). La domanda allora è: a quali condizioni, sulla base di quale tacita 'supposition', il discorso (in ipotesi) giuridico è significante? Cosa si accetta e cosa si nega parlando giuridicamente?

- 3.3.3 Il terzo modello utilizza la nozione di 'sistema modellizzante secondario', dovuta alla semiologia sovietica. Con ciò si intende menzionare, accanto alle lingue naturali, sistemi culturali costruiti a partire dal linguaggio denotativo (perciò secondari), ma enormemente più complessi e vari, capaci di 'modellizzare' il mondo, di coglierlo attraverso tutta una combinatoria di regole ad essi specifiche: accanto alle relazioni linguistiche correnti, si avrebbero così relazioni linguistiche particolari a quei sistemi (79). La domanda qui è: che cosa modellizza e come lo specifico sistema modellizzante secondario 'giurisprudenza'?
- 3.4 La semiologia non solo prepara, ma accompagna il ritrovamento archeologico del discorso. Diciamo anzi: l'archeologia è un'operazione semiologica. La ricerca in tutto il campo enunciativo, poi il gioco dei modelli, è la via lunga per raggiungere il territorio della 'giuridicità': la via breve esisteva, ma sembrava più un circolo che un diritto cammino. Al termine sta insomma l'epistemologia: si potrebbe far rifluire in essa tanto la semiologia che l'archeologia, ma sarebbe una prospettiva riduzionistica. Una epistemologia rinnovata su questi presupposti reagirebbe con meccanismo di ritorno sui compiti del 'modelage' e dell'archeologia.

⁽⁷⁷⁾ F. Rossi-Landi, Significato, comunicazione e parlare comune, Padova, 1961, p. 255; in genere pp. 35-57; pp. 241-261; ivi bibl.

⁽⁷⁸⁾ W. M. Urban, Language and Reality. The Philosophy of Language and the Principles of Symbolism, London, New York, 1939, p. 201.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. Ju. M. Lotman, Il problema di una tipologia della cultura, in AA.VV., I sistemi di segni e lo strutturalismo sovietico, Milano, 1969, p. 311, V. V. IVANOV, V. N. TOPOROV, A. A. ZALIZNJAK, Possibilità di uno studio tipologico-strutturale di alcuni sistemi semiotici modellizzanti, Ibidem, p. 319. Cfr. anche la Introduzione di U. Eco, al vol. cit., p. 23 ss.

Soprattutto reinvestirebbe i problemi di una tipologia delle cosiddette scienze umane contribuendo, finalmente in stato di parità, ad un riordinamento 'fondato' di esse. Sono problemi ulteriori al campo qui indagato. È certo comunque che il problema della 'scientificità' della scienza del diritto suppone la liberazione di una zona discorsiva, di un 'sapere' non ancora e non necessariamente epistemologizzato da indagare nel suo quoziente informativo, nella sua tacita 'supposition', nelle sue relazioni modellizzanti. Basti pensare che solo da queste prospettive è possibile affrontare il problema costitutivo di ogni scienza che voglia misurare il proprio grado di durezza: il rapporto con l'ideologia.

4. Ideologia.

L'analisi teorica proposta ha sinora isolato un livello (linguaggio-e-pensiero) e ha ragionato esclusivamente al suo interno; ciò corrisponde ad una necessità: occorre partire da un punto preciso, da uno specifico livello della realtà, e da lì tessere la rete dei concetti. La modalità discorsiva della semiosi era il livello specifico di una considerazione semiologica dell'oggetto 'storia del pensiero'. Ma il discorso non è tutto l'esistente. Si tratta di scegliere se assumere l'affermazione come dato o come problema. Comunque si ragioni, è difficile non riconoscere una tensione fra il discorso e ciò su cui verte e da cui viene il discorso, o, a parte la specifica modalità discorsiva della lingua, fra semiosi e interpreti, insomma, in termini forse più familiari, fra linguaggi e società. D'altronde, tutto quanto si è detto complica il problema negando, come fa, il carattere unitario e indifferenziato del linguaggio-e-pensiero. La lingua naturale non è il sistema modellizzante secondario e il grado di rispecchiamento o condizionamento di entrambi nei riguardi della società è verosimilmente diverso, non solo di grado ma di qualità. Aggiungiamo poi che 'società 'è sinora un termine indefinito: potrà essere inserito in questa forma nella dimostrazione, ma potrebbero nascere delle complicazioni. Ragioniamo per coppie, scelte secondo la loro insorgenza nella letteratura specializzata

4.1 Una prima 'coppia' problematica è il rapporto linguasocietà, discusso da tempo e aperto a soluzioni opposte. La catena

linguistica comunica una serie di messaggi di cultura, una visione del mondo e tutto un mondo di significati. Si chiede quale sia il rapporto fra catena linguistica e cultura in senso antropologico, diciamo l'insieme dei comportamenti, globalmente considerati, dei membri di una società, e lo si imposta, sia pure in forma estremamente prudente, secondo uno schema causale. Il problema, in questi termini, fu, come ho già detto (in 1.4.3), messo in evidenza da Whorf, in America (80), e, in termini più sfumati, da tutta la corrente neo-humboldtiana in Europa (81). Ora la soluzione whorfiana può essere discussa in più versioni, graduate secondo la loro intensità: o la si intende come il riconoscimento dei nessi necessariamente stretti che collegano lingua e società; ma allora il problema è più indicato che risolto; si enuncia la compresenza in campo dei termini 'linguaggio' e 'società', ma non si precisano i modi dell'interazione. Oppure si giunge ad affermare che la lingua 'influenza' il messaggio; ma ancora: a proposito di alcune zone del lessico, ristrutturabili in termini di campi semantici (colori, parentela, lessico intellettuale), l'affermazione è possibile e documentata; a proposito invece della lingua globalmente considerata le cose sono molto più incerte.

D'altronde, al problema ci si può accostare in maniera radicalmente diversa. Contro la peculiarità inconciliante di una lingua o gruppo di lingue, il condizionamento che esse esercitano sulla 'cultura' dei parlanti in esse, quindi le diversità culturali in dipendenza od influenza delle diversità linguistiche, ci si può muovere in un indirizzo di ricerca simmetrico: l'obiettivo non è più confutare l'apparentemente simile per escludere il dissimile, ma al contrario trovare il costante attraverso le diversità, anche notevoli ed evidenti, di superficie. La ricerca degli universali linguistici ha portato ad alcuni risultati che, se non si prestano ad avveniristiche esaltazioni, nemmeno legittimano un apriori-

⁽⁸⁰⁾ Cfr. B. L. Whorf, Language, Thought and Reality, cit., Su Whorf cfr. Ch. E. Osgood, Th. A. Sebeok (edd.), Psycolinguistics. A Survey of Theory and Research Problems, Bloomington-London, 1969⁴, pp. 192-203; cfr. anche P. Henle (ed.), Language, Thought and Culture, Ann Arbor, 1958.

⁽⁸¹⁾ Cfr. ad es. L. Weisgerber, Von den Kräften der deutschen Sprache, I: Die Sprache unter den Kräften des menschlichen Daseins; III: Die Muttersprache im Aufbau unserer Kultur, Düsseldorf, 1950.

72 PIETRO COSTA

stico non licet (82). Si aggiunga che la distinzione chomskiana fra struttura profonda e strutture superficiali del linguaggio sfocia inevitabilmente in una ricerca sugli universali (83). Le nostalgie cartesiane sono anche troppo eloquenti (84).

Qualunque valutazione si dia di tutto ciò, qui è pertinente solo un rilievo: il problema lingua (naturale)-visione del mondo non è ancora il problema dell'ideologia. Non si potrebbe parlare a questo punto di 'condizionamento esistenziale del pensiero', ma, semmai, anche ad accettare la tesi 'estrema' whorfiana, di 'condizionamento linguistico della cultura'. L'ideologia è altra cosa (85).

⁽⁸²⁾ Sulla ricerca degli universali in linguistica cfr. J. Greenberg (ed.), Universals of Language, Cambridge (Mass.), 1966²; J. Greenberg, Language Universals, The Hague, 1966; E. Bach, R. T. Harms, Universals in Linguistic Theory, New York, 1968; J. Greenberg, Anthropological Linguistics: an Introduction, New York, 1968 (capp. VI-IX).

⁽⁸³⁾ La struttura profonda è « la struttura astratta sottostante che determina l'interpretazione semantica della frase »; la struttura superficiale « è l'organizzazione superficiale di unità che determina l'interpretazione fonetica e che è in relazione con la forma fisica dell'enunciato effettivo, cioè con la sua forma percepita o capita » (N. Chomsky, Linguistica cartesiana, in Filosofia del linguaggio (Saggi linguistici, vol. 3), tr. ital., Milano, 1969, p. 72). Su questa nozione e le sue implicazioni logico-linguistiche cfr. anche, di N. Chomsky, Aspects of the Theory of Syntax, Massachussets, 1965, pp. 63-74; Mente e linguaggio, in Filosofia del linguaggio, cit., pp. 129-245. Ivi il collegamento con una teoria della mente è tematico. Comunque è valida l'osservazione secondo la quale nella 'Grammaire' di Port-Royal il punto d'avvio è una psico-logia, mentre in Chomsky tutto procede da un'analisi puramente formale delle strutture superficiali (cfr. N. Ruwet, Introduction à la grammaire générative, Paris, 1967, p. 351; ivi, pp. 356-357, si avverte dello stretto collegamento fra struttura profonda e ricerca sugli universali).

⁽⁸⁴⁾ Sul 'cartesianesimo' di Chomsky cfr. L. Rosiello, Linguistica illuminista, Bologna, 1967, p. 114: «Tra il razionalismo sostanzialistico di Port-Royal e la teoria trasformazionale c'è di mezzo almeno la logica sintattica, lo strutturalismo linguistico e il convenzionalismo dell'epistemologia moderna, di cui Chomsky... non può non tener conto ». Contro la lettura chomskiana di Humboldt si pronuncia E. Coseriu, Semantik, Innere Sprachform und Tiefenstruktur, in Folia Linguistica. Acta Societatis Linguisticae Europaeae, T. IV, 1/2, The Hague, 1970, pp. 53-63.

⁽⁸⁵⁾ Cfr., ad es., in un clima culturale 'opposto', le tesi di G. Stalin, Il marxismo e la linguistica, tr. ital., Milano, 1968.

SEMANTICA E STORIA 73

Collocherò la seconda coppia di problemi all'interno di quella che si chiama correntemente 'Wissenssoziologie' (86). Il rapporto è di nuovo bidimensionale: 'pensiero' e 'società'. Qui 'pensiero' è uno stile pre-discorsivo e 'società' una grandezza già data. Il primo punto era allora storicamente inevitabile: oggi non lo sarebbe più (87). Il secondo punto coinvolge il problema del marxismo in Mannheim: attrazione-ripulsa, più 'Vulgärmarxismus' che Marx, tener le debite distanze e insieme non poterne prescindere (88). Elencando le differenze: 'ideologia' è (almeno complessivamente, nel 'tono 'prevalente dell'opera) concetto neutrale, 'wertfrei'; è un concetto eccessivamente 'psicologizzato', struttura noetica generale; 'società' è più un 'tutto' che una dialettica di contraddizioni economicamente connotate; società è un dato omogeneo pre-posto, difficilmente movibile, alla quale il pensiero può, come non, adeguarsi. L'adeguamento è la misura del pensiero, il suo statuto epistemologico. Il pensiero si apre sulla società, ma, da un lato, viene sottratto al discorso, dall'altro, viene sottomesso ad una grandezza già data.

4.3 L'ultima coppia sfrutta una definizione ormai nota: il sistema modellizzante secondario trasforma nella specifica rete delle sue relazioni il 'modellato'. Con ciò però non è ancora risolto il problema del carattere 'ideologico' della modellizzazione: ma è evidente che il problema vada affrontato a partire da quest'ultima. Solo da una modalità discorsiva specifica, studiandone le relazioni costitutive, e non da un 'pensiero' positivamente non ricostruibile, è possibile cogliere la forma del mondo che essa comunica. Resta però non risolto il problema del secondo termine ('società'), del meta- o pre-discorsivo, e, insieme, il rapporto fra i due termini. Il problema dell'ideologicità di un discorso si imposta solo a partire dal discorso (e sappiamo che il truismo è

⁽⁸⁶⁾ Soprattutto K. Mannheim, Ideologia e utopia, tr. ital., Bologna 19683.

⁽⁸⁷⁾ Si nota infatti, nelle opere più recenti di sociologia della conoscenza, un acuto interesse per il problema del linguaggio, avvicinato però secondo un approccio più fenomenologico che 'positivo-strutturale': cfr. P. L. BERGER, T. LUCKMANN, La realtà come costruzione sociale, tr. ital., Bologna 1969.

⁽⁸⁸⁾ Sul problema seguo soprattutto K. Lenk, Introduzione a *Ideologie*. *Ideologiekritik und Wissenssoziologie*, Neuwied, Berlin, 1967³, pp. 52-58. Cfr. però anche D. Corradini, *Karl Mannheim*, Milano, 1967; ivi bibl.

solo apparente), ma sembra che non si risolva tutto nel discorso. L'affermazione è grave: equivale a dire che la scientificità di una scienza ('umana') non si ricostruisce sul piano (soltanto) della sua immanente coerenza, ma altrove. Come sia mediato concettualmente questo 'altrove' non è ancora evidente.

4.4 Ammettiamo di ritrovare, nel corso di un'indagine archeologica, un discorso che possa qualificarsi 'giuridico'. Che senso ha — e come — sondarne la ideologicità? Si ripropone in concreto la difficoltà già prospettata. È possibile, dal discorso, risalire positivamente alla modellizzazione da esso imposta. Ma cosa abbia sollecitato quel discorso e su cosa quel discorso precipiti non è ancora evidente. Naturalmente si potrebbe mettere in parentesi, d'un colpo, 'discorso' e' oltre-discorso', ottenere subitaneamente il 'dentro' e il 'fuori' attraverso una riduzione fenomenologica e far apparire l'esperienza 'evocata 'dall'immediatezza dell'intuizione eidetica (89). Probabilmente un'ontologia del diritto passerebbe attraverso questa via. Anche senza raggiungere il cielo dell'essere, ricerche sul 'Weltbild' del giurista possono percorrere questa strada. Dal mondo della quotidianità si distaccherebbe così il fenomeno 'diritto' rivelando all'occhio esercitato del fenomenologo la 'cosa stessa' (90): che poi 'la cosa' non risulti fornita di doti eccessivamente sorprendenti è un fatto diverso. È caratteristico come con ciò saltino il discorso e le sue storiche condizioni di produzione. L'analisi è abbreviativamente trasportata d'un colpo sul 'senso' di un'esperienza unitaria anzichè stratificata. La dissoluzione del discorso dissolve con sè il problema della sua connotazione ideologica. Si potrebbe così confermare per negazione che l'ideologia suppone il discorso, una specifica modalità d'esistenza del segno studiata nella sua positività. Senza questa, il problema del ritrovamento di una purezza epistemologica originaria viene eccessivamente semplificato, per-

⁽⁸⁸⁾ Fra i tanti possibili rinvii si rimanda a G. Brand, Mondo, io e tempo, Milano, 1960; E. Melandri, Logica e esperienza in Husserl, Bologna, 1960; E. Paci, Funzione delle scienze e significato dell'uomo, Milano, 1963; per una esposizione critica dei rapporti fra marxismo e fenomenologia (con i vari Lukács, Adorno, Tran-Duc-Thao ecc.) cfr. G. D. Neri, Prassi e conoscenza, Milano, 1966.

⁽⁹⁰⁾ Un esempio è K. Engisch, Vom Weltbild des Juristen, Heidelberg, 1950.

SEMANTICA E STORIA 75

chè privato della sua oscillazione fondamentale, del suo difficile punto d'equilibrio fra verità e non-verità, oppure diciamo fra logica del discorso e meta-logica 'reale'.

Allora: il tema dell'ideologia suppone un'analisi condotta al livello del discorso. Il che equivale a dire: l'esser prodotto, l'esser condizionato, la storicità specifica del discorso suppone la considerazione del discorso qua discorso, con tutto quello che si trascina dietro, una combinatoria di regole specifiche ad esso, una modellizzazione del mondo ecc. Diciamo riassuntivamente: la problematica dell'ideologia suppone una semiologia. Ma occorre continuare aggiungendo: la riduzione del pensato a semiosi, con quel che comporta, prepara, ma non risolve, se si vuol mantenere il rigore delle distinzioni, quella problematica. La semiologia dà conto del modo di essere delle semiosi: ma non può dar conto, se non capovolgendosi in un'operazione intellettuale distinta, del loro senso. Che una semiosi significhi, e come significhi, ci è detto dalla semiologia; ma su cosa significhi (se si vuole, sul passaggio dalla struttura all'evento) (91), la semiologia, in quanto tale, tace.

5. Ermeneutica.

L'approccio fenomenologico all'esperienza fonda il senso saltando i condizionamenti dei diversi livelli semiotici. L'esito in un'ontologia della comprensione caratterizza forse non casualmente la ricerca heideggeriana (92). Qualunque cosa comunque si pensi di questa uscita, l'esigenza di un'indagine sul senso, la destinazione, il 'su-cosa' della semiosi nasce dalla stessa dinamica interna di un'operazione semiologica che non si proponga, secondo la sua autentica vocazione, come teoria ('dogmatica') generale delle scienze, ma come critica continuamente riproponibile di se stessa (93). La critica di se stessa è inevitabilmente contro se stessa: è la scoperta di un limite, della specificità costitutiva del proprio livello. La semiologia si capovolge in qualcosa (l'ermeneutica)

⁽⁹¹⁾ P. RICOBUR, La structure, le mot, l'événement, ora in Le conflit des interprétations. Essai d'herméneutique, Paris, 1969, p. 87.

⁽⁹²⁾ Cfr. P. RICOEUR, Existence et herméneutique, ora in Le conflit, cit., pp. 10 ss.

⁽⁹³⁾ J. KRISTEVA, Semeiotikė, cit., p. 30.

76 PIETRO COSTA

che non le è affatto pacificamente affiancabile (94): si sceglie l'ermeneutica e con ciò un'antropologia sottintesa. Comunque questa scelta non passa ad un ghenos radicalmente allo: l'ermeneutica a sua volta lavora su un terreno semiotico, implica una teoria del segno, una semiologia (95). Delle due prospettive, ho scelto di rileggere ermeneuticamente la semiologia e non viceversa: non ne mancheranno precise implicazioni.

5.1 Dietro lo schermo semiologico ho indicato una serie di operazioni che costituiscono l'oggetto linguaggio-e-pensiero e lo manovrano riordinandolo secondo la modellistica più adeguata. All'operazione principale interna a questo orizzonte semiologico ho dato il nome, inteso abbastanza estensivamente, di semantica, Ouesta, all'interno della teoria dell'oggetto storico che sto delineando, si esauriva nella comparazione-traduzione fra due linguaggi, nel rapporto fra una meta-semiosi ed un livello linguistico-oggettuale. Ora, questo rapporto è stato colto, per comodità di analisi, in un isolamento in un certo senso metastorico, nel vuoto pneumatico dell'assenza del prima e del dopo. Cosa esista prima e dopo il rapporto semantico (e storico-semantico), quale sia quindi il luogo dell'accadimento di esso, il suo senso, suppone una teoria del senso dei rapporti significativi sintetizzabile come ermeneutica. Un'analisi logica di quel rapporto semantico ne mostra infatti la latente aporia.

Sia L'' il metalinguaggio e L' il linguaggio-oggetto. Il rapporto semantico fra i due livelli discorsivi fa sì che L' sia 'parlato' da L'', descritto nelle sue relazioni attraverso le operazioni in esso compiute secondo il programma dettato da L''. Si sa d'altronde che L'', se vuol rendersi a sua volta comunicabile e quindi semiologicamente rilevante anzi esistente, non può escludere una ulteriore regressione a L''' e così via. Ora, questa regressione è logicamente contraddittoria. Ammettiamo infatti, procedendo in maniera largamente intuitiva, di trattare L'' come un insieme (96):

⁽⁹⁴⁾ E. MELANDRI, Note in margine all'« episteme » di Foucault, in Lingua e Stile, V, I, 1970, p. 148; cfr. anche, dello stesso autore, Michel Foucault: l'epistemologia delle scienze umane, in Lingua e Stile, 1967, II, 1, pp. 75-96; e La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia, Bologna, 1968, pp. 1005 ss.

⁽⁹⁵⁾ P. RICOEUR, Existence et herméneutique, ora in Le conflit, cit., p. 8.

^{(96) «} Un insieme è una collezione, concepita come un tutto, di oggetti, ben

SEMANTICA E STORIA 77

esso sarà (L_e) l'insieme degli enunciati su L'. L_e soddisfa alla condizione di non contenere se stesso come elemento (l'enunciato non è il metalinguaggio). L_e è dunque quello che viene chiamato un insieme 'normale'. Ciò valga anche per tutti gli altri insiemi metalinguistici, ciascuno dei quali sarà dunque 'normale', non conterrà se stesso come elemento. Ma le condizioni di significazione di ciascun insieme metalinguistico risiedono nell'insieme sovraordinato. Dovrebbe perciò, all'interno della logica dei meta-, potersi individuare un insieme metalinguistico che fosse la condizione del significato di tutti i livelli semiotici subordinati. Ma questo insieme non sarebbe che l'insieme di tutti gli insiemi che non contengono se stessi come elementi: nozione che la famosa antinomia di Russell (97) ha dimostrato contraddittoria.

Se è così, la descrizione di più semiosi sovrapposte (delle loro relazioni, delle operazioni dell'una sull'altra ecc.) non può ricavare da se stessa le condizioni del suo funzionamento. Le semiosi sovrapposte scandiscono le varie modalità d'esistenza dei segni, ma ciò che sfugge ad esse è il luogo del mondo in cui le semiosi significano, che dà il senso della loro sovrapposizione e stabilisce la pertinenza dei vari gradi. La cattiva infinità non si interrompe da se stessa. Occorre qualcosa che la spezzi e la fondi. L'insieme ultimo non esiste perchè il luogo che ne svolge le funzioni è al di fuori della catena degli insiemi. È 'altrove'. L'ermeneutica è la mediazione concettuale di questo 'altrove'. Per questo 'ideologia' è (anche) un concetto ermeneutico. L'altrove' del discorso, o per dir meglio, l'essere del discorso contemporaneamente in sè e fuori di sè, la condizione di produzione e la sua destinazione, è il fulcro intorno a cui ruota la ricerca ermeneutica.

distinguibili, della nostra intuizione o del nostro pensiero. I detti oggetti sono chiamati elementi dell'insieme »: è la definizione di Cantor, citata in T. Viola, *Introduzione alla teoria degli insiemi*, Torino, 1965, p. 11; ivi, pp. 18-19, altre precisazioni.

⁽⁹⁷⁾ Essa si può esporre intuitivamente così: si consideri l'insieme M di tutti gli insiemi che non contengono se stessi come elementi e siano così, secondo la definizione, insiemi 'normali'. Ammettiamo che M sia 'normale': non contiene se stesso come elemento; in questo caso, è uno dei vari insiemi appartenenti ad M: dunque contiene se stesso come elemento. Ammettiamo invece che contenga se stesso come elemento; dato che gli elementi di M sono insiemi 'normali', esso sarà un insieme normale: dunque non contiene se stesso come elemento.

78 PIETRO COSTA

5.2 La storia dell'ermeneutica coincide con la ricerca di quel luogo del senso. La pratica dell'esegesi diventa problema e sistema non appena il senso del testo esige una rilettura che lo renda presente, contemporaneo. La storia della teologia potrebbe in buona parte essere ridotta ad una storia della propria ermeneutica ed ermeneutico è il lascito forse più rilevante della teologia alla cultura contemporanea. Problema è dunque il comprendere un testo: ma il problema a poco a poco si dilata fino a riassorbire la possibilità della comprensione storica in generale. Da Schleiermacher a Dilthey (98) gli elementi necessari ad una presentificazione del testo, il fondamento dell'intendere storico, conducono alla postulazione di una continuità dello spirito umano che, al di là delle scansioni temporali e delle rotture fattuali, costituisce il luogo dell'unità del diverso, il termine di unificazione del presente e del passato. L'ermeneutica viene così coprendo tutte le scienze dello spirito e assumendo un ruolo sempre più fondamentale, che in Heidegger, diversamente preparato e fondato, diventa onniassorbente: ermeneutica e analitica esistenziale sono termini correlati (99). Da Heidegger l'ermeneutica rifluisce, con un curioso scambio di prestiti, nella teologia; è il caso di Bultmann: la Scrittura viene letta con un procedimento riduttivo, attraverso il diagramma 'previo' dell'interpretazione del 'Dasein' (100). La ermeneutica ha trovato nell'ontologia della comprensione il suo luogo di senso.

La semiologia ha imposto una ricerca dell' 'altrove' del senso. Ma la storia di questa ricerca sembra imporre a sua volta un esito a senso unico: una metafisica dell'essere. L'autodistruzione,

⁽⁹⁸⁾ Sulla storia dell'ermeneutica cfr. G. EBELING, v. Hermeneutik, in Die Religion in Geschichte und Gegenwart. Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft, Tübingen, 1959³, vol. III, coll. 242-262; H. G. GADAMER, Wahreit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, Tübingen, 1965², pp. 162-250 e passim.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. M. Heidegger, Essere e tempo, tr. ital, Milano, Roma, 1953, pp. 156 ss. (100) Di R. Bultmann, cfr., in recente traduzione italiana, Nuovo Testamento e mitologia, Brescia, 1970. Sulle questioni connesse al problema teologico della demitizzazione cfr. fra i tanti, R. Marlè, Il problema teologico dell'ermeneutica, tr. ital., Brescia, 1968. Cfr. anche, da un punto di vista più generale, Il problema della demitizzazione, Padova, 1961, e Mito e Fede, Padova, 1966.

SEMANTICA E STORIA 79

o meglio. l'auto-dislocazione della semiologia andrebbe così ultra betitum: troverebbe il luogo del senso, ma lo getterebbe talmente 'oltre' il discorso da perdere il 'su-cosa', la produzione e la destinazione del discorso, dei discorsi, distribuiti secondo vari livelli e gerarchie, organizzati secondo diverse combinatorie. Da una metafisica dell'essere non si deducono una serie di regole analiticamente verificabili e tanto meno il fondamento della scientificità di un discorso, il modo della sua emergenza da e insistenza su qualcosa. Il problema della ideologia, che la spirale delle semiosi, in quanto tale, impostava ma non risolveva, qui viene risolto senza essere impostato, viene scavalcato d'un balzo. Per questo l'opzione per le metafisiche dell'intendere, e il conseguente divario fra 'science' e 'humanities' (101), è inadempiente: teoria dell'essere, non riesce a mediarsi in una teoria del senso di alcune specifiche semiosi e della loro concreta dinamica storica. Il carattere evasivo di quell'opzione si riverbera nella scissione fra due piani, il piano dell'evidenza, in cui i discorsi si fanno e si trasformano, e il luogo del senso, che, senza essere dentro a quelle trasformazioni, le riflette da lontano fondandole.

Sembra non esserci alternativa: o si sceglie consapevolmente e decisamente il solo livello semiotico, il solo momento strutturalesistematico-oggettivo, e si perde l'autocritica della semiologia, la
destinazione di senso delle semiosi e infine la possibilità di fondare
epistemologicamente un discorso; oppure si sceglie ermeneutica
vs.semiologia e ci si colloca così in un luogo di senso, sia questo
di tipo psicologistico, 'comprendente' o analitico-esistenziale, che
non raggiunge più il discorso ed i suoi positivi movimenti, la sua
insorgenza e le sue insistenze. Allora resta una terza soluzione:
non accettare come un destino l'esito imposto dal senso della
tradizione sul senso, ma rifiutare l'uscita finale della storia dell'ermeneutica per individuare un luogo di senso alternativo, una
diversa mediazione concettuale dell' 'altrove': direi la II Tesi
su Feuerbach (102).

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. J. Habermas, Logica delle scienze sociali, tr. ital., Bologna, 1970, p. 252.

 $^(^{102})$ Il testo è tanto pregnante da imporre una citazione nell'originale: « Die Frage, ob dem menschlichen Denken gegenständliche Wahrheit zukomme — ist keine Frage der Theorie, sondern eine *praktische* Frage. In der Praxis muss

8o PIETRO COSTA

6. Prassi.

Le 'Tesi su Feuerbach' non sono la liquidazione del discorso: sono una predicazione di senso, un principio ermeneutico. Il discorso non è il 'doppio' (buono o cattivo) di una situazioneoggetto già data. Il già dato è una duplicazione metafisica. La situazione è prassi trasformatrice e il discorso è un livello di questa trasformazione. L'apprensione discorsiva della realtà viene così concepita come il contrario di una contemplazione inerte. L'emersione da è il prodursi in parola di una prassi sulla quale la pratica discorsiva torna ad incidere come livello specifico di quella. Prassi è «elaborazione della realtà» (103): non è il contrario del discorso, come se questo fosse una duplicazione superflua e la pratica un movimento informe. La prassi è «formatrice e allo stesso tempo forma specifica dell'essere umano », l'opposto dell'esser dato (104). La prassi è luogo di unificazione, espulsione di ogni astratto dualismo (105); non è manipolazione manovrata dall'alto delle leggi di un oggettivo sviluppo capitalistico, ma elaborazione attiva e liberante della realtà. Il senso del discorso nasce da questo 'altrove', tanto vicino al discorso dall'essere il discorso stesso e insieme distinto da esso e fondante la sua emersione e la sua destinazione. Il discorso è un prodotto, esiste anche un 'lavoro linguistico', «la produzione di segni è una istituzione di rapporti di lavoro e di produzione così come questi rapporti sono segni » (106).

der Mensch die Wahrheit, i.e. Wirklichkeit und Macht, Diesseitigkeit seines Denkens beweisen. Der Streit über die Wirchlichkeit oder Nichtwirklichkeit des Denkens — das von der Praxis isoliert ist — ist eine rein scholastische Frage » (K. Mark, Thesen über Feuerbach, 2, in K. Mark, F. Engels, Werke, Band. 3, Berlin, 1962, p. 5). La traduzione comparsa in La Sinistra hegeliana, Bari, 1960, p. 443 è la seguente: «Il problema se il pensiero umano abbia una verità oggettiva non è un problema teorico, ma pratico. Nella prassi l'uomo deve dimostrare la sua verità, cioè la realtà e la potenza, la concretezza del suo pensiero. La contesa sulla realtà o la non realtà del pensiero — che è isolato dalla prassi — è un problema puramente scolastico ».

⁽¹⁰³⁾ K. Kosík, Dialettica del concreto, tr. ital., Milano, 1965, p. 204.

⁽¹⁰⁴⁾ Ibidem, p. 242.

⁽¹⁰⁵⁾ Ibidem, p. 243.

⁽¹⁰⁶⁾ F. Rossi-Landi, Il linguaggio come lavoro e come mercato, Milano, 1968, p. 18.

SEMANTICA E STORIA 81

Da ciò, è possibile ripercorrere a ritroso tutta l'operazione semiologica proposta: essa non viene annullata, liquidata, esiterei anche a dire 'falsificata' ma semplicemente dislocata nel luogo del suo senso e da qui riproposta. Si possono indicare alcune conseguenze:

- Semiologia è teoria delle semiosi e passa attraverso una definizione di segno che, comunque la si vari, si regge su un dualismo di cui si può accusare l'astrattezza 'teologica' e insieme riconoscere la insostituibilità al presente (107). L'autocritica della semiologia discende così fino al gioco delle semiosi sovrapposte e da qui si cala dentro la definizione stessa di segno. Il filo rosso di questa discesa agli inferi (o ascesa in metafisico cielo) è il dualismo (nel nostro caso) fra discorso e pratica non discorsiva dinanzi al quale occorre assumere un atteggiamento di accettazione e rifiuto, di utilizzazione metalinguistica e, poi o insieme, di dislocamento e falsificazione 'in ultima istanza'. La scelta fra semiologia ed ermeneutica si precisa così nel rapporto fra discorso e non discorso e si risolve non nel primato di un movimento di comprensione che dall'essere raggiunge il linguaggio-e-pensiero nella sua indifferenziata unità, ma nell'omologia di più pratiche discorsive e non discorsive, distinte nei vari livelli specifici e unificate nel senso di una trasformazione del dato, di una produzione, di un lavoro (anche) linguistico.
- 6.2 La portata epistemologica generale di alcuni dibattiti scientifici 'regionali' dipende da un'ermeneutica così concepita. Quando i linguisti leggono Wittgenstein (108) e rifiutano la nozione tradizionale di segno accusandolo di mentalismo e psicologismo (109), compiono un'operazione intellettuale la cui destinazione finale sta, mi sembra, nel recupero di una continuità di senso fra parola, suo uso nel linguaggio, nella comunità linguistica, ed esperienza (110). Per giungere a questa estrapolazione occorre, certo, una lettura non innocente di certa linguistica.

⁽¹⁰⁷⁾ J. Derrida, Della grammatologia, cit., pp. 16 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Ricerche filosofiche, tr. ital., Torino, 1967, p. 33: «...la parola 'significato 'si può definire così: il significato di una parola è il suo uso nel linguaggio ».

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. ad es., L. Antal, Problemi di significato, tr. ital., Milano, 1967.

⁽¹¹⁰⁾ T. DE MAURO, Introduzione alla semantica, Bari, 1966, p. 197.

82 PIETRO COSTA

Oppure ancora: il problema del cosiddetto contesto di situazione. Se ne afferma la pertinenza nella descrizione linguistica: il contesto non è solo un 'background' per le parole: è una sorta di matrice comportamentistica in cui il linguaggio significa (111). Nello stesso tempo però si riconosce la difficoltà di concettualizzare il contesto (112): si tratterebbe di individuarne i tratti pertinenti, elaborare tutta una teoria della struttura sociale, della sua acquisizione, i criteri di ripetibilità di una situazione data (113): un futuribile, ma anche un'obiettiva difficoltà.

Lo stesso valga per una disciplina di frontiera come la sociolinguistica (114): l'etnografia del linguaggio eredita sul suo piano la problematica del contesto di situazione e della definizione operazionale di significato (significato come uso) (115) collocando il linguaggio in una teoria generale del comportamento (116): per la linguistica americana, il contenuto semantico della lingua si risolve nell'etnografia della comunità che la parla. Il comportamentismo, che incide, in linguistica, su un Bloomfield (117) e, ad un livello diverso, su un Morris (118), è la matrice teorica di queste suggestioni.

Queste digressioni riconducono, con l'aggiunta di informazioni supplementari, al punto di partenza: il dualismo del segno, il dualismo fra discorso e pratica, serve operativamente solo nella

⁽¹¹¹⁾ Selected Papers of J. B. Firth, 1952-59 (F. R. PALMER ed.), London, Harlow, 1968, pp. 175 ss.

⁽¹¹²⁾ Ibidem, p. 177; su Firth cfr. D. T. LANGENDOEN, The London School of Linguistics: A Study of the Linguistic Theories of B. Malinowski and J. B. Firth, Cambridge (Mass.), 1968.

⁽¹¹³⁾ D. T. LANGENDOEN, recensione a J. B. FIRTH (Synopsis of Linguistic Theory, in Studies in Linguistic Analysis, Oxford, 1957, pp. 1-32), in Language, XL, 1964, pp. 306 ss.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr., per un'introduzione al problema, i numeri speciali, dedicati alla sociolinguistica, della Rassegna italiana di sociologia, IX, 2, 1968 e di Langages, 11, 1968, ivi bibl.

⁽¹¹⁵⁾ D. H. HYMES, The Etnography of Speaking, in J. FISHMAN (ed.), Readings in the Sociology of Language, The Hague, 1968, p. 105.

⁽¹¹⁶⁾ K. Pike, Language in Relation to an unified Theory of the Structure of Human Behaviour, Glendale, 1967².

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. Language, New York, 1933 e ivi, p. 139, la definizione di significato.

⁽¹¹⁸⁾ Segni, linguaggio, comportamento, tr. ital., Milano, 1949.

SEMANTICA E STORIA 83

misura in cui le sue interne aporie (l'infinita spirale dei meta-) non ne impongono alla fine un capovolgimento. Il prima e il dopo del discorso sono quella stessa prassi che è il discorso. Questo non contempla, ma trasforma, non è sempre dato ma è prodotto, non è superfluamente espressivo, ma risponde, come 'lavoro', ad un bisogno.

- 6.3 Il problema dell'ideologia trova ora i suoi termini costitutivi. Nato sul terreno del discorso, legato indissolubilmente a quel livello, rappresentava insieme l'esigenza del superamento degli enunciati, del reperimento di un'altrove. In questa ricerca incideva la tradizione della 'Wissenssoziologie' mannheimiana: l'ideologia era uno stile di pensiero, un concetto (prevalentemente) neutrale, e la società un dato pre-esistente. Le suggestioni del marxismo volgare trascoloravano inevitabilmente in dualismo: c'era il pensiero, più o meno psicologisticamente concepito, e c'era la 'realtà'. Le grandezze erano date, si trattava di studiare la meccanica delle loro relazioni. La società era un tutto (tendenzialmente) unitario: mitigate le contraddizioni economiche, la prassi si vanificava. Ma con questo si dissolveva, con paradosso estremamente significativo, anche la presa del pensiero sulla realtà. Riprendere in mano la prassi implica prendere sul serio il discorso. L'ideologia emerge a questo punto dell'analisi in tutta la sua pregnanza: l'altrove del senso del discorso, l'unità di misura della sua ideologicità, è ciò che il discorso trasforma o non trasforma e come, in che senso, il discorso si trasforma trasformando. L'ideologia è il collegamento del discorso con una falsa prassi, con una non-trasformazione dell'esistente, con la conservazione del già divenuto, con l'occultamento della contraddizione a vantaggio della contraddizione.
- 6.4 Per questo, in ultima istanza, il discorso giuridico non può esistere, già costruito e dato, all'inizio dell'analisi. Accettare a priori la 'misura' di giuridicità di una tradizione evita il problema dell'ideologia e cade perciò stesso nell'occultamento ideologico. La possibilità di una scienza giuridica sta e cade con la fondazione di una misura di giuridicità trasformatrice anzichè conservatrice, rivelatrice anzichè occultante. Il senso di un'archeologia della giurisprudenza sta nel ritrovare le archai, le origini di quella misura storicamente divenuta ma forse non altret-

tanto storicamente (nella *nostra* storia) cogente. Che tutto ciò non sia possibile, che la ideologia sia un destino del discorso, può essere dimostrato solo dal fallimento della ricerca E anche quel fallimento sarebbe di per sè istruttivo.

6.5 Tutto ciò passerebbe, alla lunga per lo spinoso (forse troppo) problema del rapporto fra 'Basis' e 'Überbau'. Probabilmente una rilettura semiologica e praxistica di esso porterebbe a dei risultati apprezzabili, aiutando ad uscir fuori di metafora (119). È il problema di fare i conti con una contraddizione: una prassi alienata riverbera la sua alienazione sulla pratica discorsiva che la nasconde così come una pratica discorsiva demistificatrice e trasformatrice è un livello della prassi che si ricongiunge alla prassi nella sua totalità solo attingendo 'metaforicamente' al futuro. Discorso e prassi stanno insieme, ma la totalità è spaccata dalla contraddizione.

7. Dialettica.

« Dialettica come procedimento significa pensare in contraddizioni in forza della contraddizione esperita nella cosa e contro di essa » (120).

La dialettica del discorso è la contraddizione fra discorso e prassi. Data una cattiva prassi, data una prassi alienata, data la mancata espropriazione degli espropriatori, il discorso può trasformarsi di fronte alla contraddizione in più modi. Può prosperare sull'illusione dell'identità e, occultando la contraddizione, darsi per non contraddittorio: l'identità del non identico è una forma di ideologia. Oppure può pensare la contraddizione e svilupparsi su di essa come se essa non lo toccasse, o lo toccasse dall'esterno o comunque non fosse trasformabile. Oppure, infine, può pensare « contro di essa », come se essa fosse trasformabile, pur non essendolo, e quindi prendendosi per sè tutto il futuro.

La radice ultima di un'ermeneutica praxistica sta nella progettazione contro la contraddizione: l' 'altrove' è il 'contro' e

⁽¹¹⁹⁾ Sul problema cfr., da ultimo. F, Tönberg, Basis und Überbau. Sozial-philosophische Studien, Neuwied, Berlin, 9691, pp. 17-81; ivi le discussioni d'obbligo con i vari Althusser, Habermas, Mao-Tse-Tung ecc.

⁽¹²⁰⁾ TH. W. ADORNO, Dialettica negativa, tr. ital., Torino, 1970, p. 129.

l'orizzonte è il futuro. La storia archeologica ha recuperato le origini. Ma il capovolgimento di essa ricongiunge l'origine con la fine.

7.1 Il discorso può occultare la contraddizione. Può negarla, ma non annientarla. La negazione che il discorso fa delle proprie condizioni di produzione è 'Verneinung': «die Verneinung ist eine Art, das Verdrängte zur Kenntnis zu nehmen »; cioè: «la negazione è un modo di portare a conoscenza il rimosso » (121). La proprietà del discorso di essere prodotto da e dentro una contraddizione che lo colpisce deve essere espulsa, gettata fuori. L'originario 'Lust-ich' vuole introiettare le cose buone, gettar via da sè le cose cattive (122): la negazione appartiene al 'Destruktionstrieb' (123). La contraddizione è la cosa cattiva da espellere. La formazione del significato « deve avvenire entro la sfera della circolazione [linguistica] e non deve avvenire entro la sfera della circolazione [linguistica] » (124). Ma che non avvenga entro quella sfera è un elemento da occultare. L'ideologia rimuove le condizioni che la producono e con ciò le conserva, le 'fissa', ne rifiuta la possibilità di trasformazione: espelle la contraddizione per conservare l'identità.

L'alienazione delle parole, parole contro presenza (125), sono la contraddizione nel discorso contro il discorso. La 'giuridicità' del discorso non preserva miracolosamente dall'alienazione. Cosa occultare, il gioco del visibile e dell'invisibile (126), la propria posizione di fronte alla contraddizione, è un problema a cui il

⁽¹²¹⁾ S. FREUD, Die Verneinung, in Gesammelte Werke, Frankfurt am M., 1968⁴, vol. XIV, p. 12. Il testo freudiano è stato giustamente valorizzato da J. Lacan, che lo ha in due riprese analizzato nei suoi Ecrits (Paris, 1966, pp. 369-399; ivi, pp. 879-887 il commentario di Hyppolite).

⁽¹²²⁾ S. Freud, Die Verneinung, cit., p. 13.

⁽¹²³⁾ Ibidem, p. 15.

⁽¹²⁴⁾ K. MARX, Il capitale, L. I. tr. ital., Roma, 1964, p. 199, interpolando.

⁽¹²⁵⁾ Cfr. la recensione di E. Paci a Les Mots di Sartre, ora in Relazioni e significati, III, Critica e dialettica, Milano, 1966, pp. 366-376; sul problema dell'alienazione linguistica cfr. anche F. Rossi-Landi, Problemi dell'alienazione linguistica, in Linguaggi nella società e nella tecnica, Milano, 1970, pp. 83-112.

⁽¹²⁶⁾ Cfr., in teoria della letteratura, la nozione di significato secondario in M. C. Beardsley, Aesthetics. Problems in the Philosophy of Criticism, New York, Chicago, S. Francisco, Atlanta, 1958, pp. 122 ss.

86 PIETRO COSTA

discorso giuridico può sfuggire solo a patto di cadere nell'ideologia. Non ideologico è solo il luogo della dialettica (127), la comprensione della contraddizione nella cosa e insieme il gesto che la rifiuta come normativa.

- 7.2 Pensare contro la contraddizione è il senso ultimo dell'ermeneutica pratica e della rilettura che, a partire da questa,
 ho tentato di dare della semiologia. La falsificazione dello strutturalismo (ammesso che esista e se ne debba ancora discutere)
 è con questo anche la progettazione di una temporalità diversamente scandita, immessa nel futuro. La buona prassi e il discorso
 non alienato si ricongiungono insieme solo nel futuro; questo però
 a sua volta emerge dal solo recupero di ciò che il passato diceva
 e negava, accettava e rimuoveva, trasformava e rifiutava di trasformare. L'archeologia (128) si può ricongiungere, per estrema
 trasformazione, con la progettazione di un futuro liberato (129).
 Che il discorso lo raggiunga, per follia di anticipazione, è insieme
 il suo senso e la sua debolezza.
- 7.3 L'analisi non può chiudersi. Ogni enunciato lascia aperta la possibilità di un'autocritica. La radice di questa è la domanda

⁽¹²⁷⁾ Il problema è ovviamente enorme. La discussione più recente ha visto contrapposti, da un lato, K. Popper, What is dialectic, in Conjectures and Refusations, London, 1969³, pp. 312-335, dall'altro lato, Adorno e, su quel dibattito, J. Habermas, Analytische Wissenschaftstheorie und Dialektik. Ein Nachtrag zur Kontroversen zwischen Popper und Adorno, in E. Topitsch (hrsg.), Logik der Sozialwissenschaften, Köln, Berlin, 1968⁵, pp. 291-311. Una posizione sostanzialmente anti-dialettica è quella di C. Lévi-Strauss, Il pensiero selvaggio, tr. ital., Milano, 1964, pp. 267 ss.

Sulla dialettica in Marx, cfr., ad es., G. Della Volpe, Umanesimo positivo e emancipazione marxista, Milano, 1964, pp. 27 ss. e Logica come scienza storica, Roma, 1969; L. Althusser, Per Marx, Roma, 1967, pp. 139 ss.; J. Zelény, Die Wissenschaftslogik und das Kapital, Frankfurt, Wien, 1968. Alcuni saggi sulla storia di quel concetto sono in AA.VV., Studi sulla dialettica, Torino, 1958. Una particolare utilizzazione di dialettica è quella di G. Gurvitch, Dialettica e sociologia, tr. ital., Roma, 1968.

⁽¹²⁸⁾ Anche nel senso di P. RICOEUR, Della interpretazione. Saggio su Freud, tr. ital., Milano, 1967. Su Ricoeur cfr. F. Guerrera Brezzi, Filosofia e interpretazione. Saggio sull'ermeneutica restauratrice di Paul Ricoeur, Bologna, 1969.

^{(129) «...}l'analisi delle presenti contraddizioni, o negativo storico, quanto più sarà analisi risolutiva del *presente*, tenendo conto delle sue più profonde radici nel *passato*, tanto più sarà produttiva di storia... *futura* » (G. Della Volpe, *Dialettica in nuce*, ora in *Logica*, cit., p. 232).

'plebea': a che serve il discorso? Il nostro passato di produttori di parole è condannato già per il fatto che è passato, per la sua improduttiva incisione sulla realtà. Chiedersi che cosa abbia prodotto una produzione discorsiva è interrogarsi sul suo senso. In realtà, solo nella fine della espropriazione è il senso (130). Ma di questa fine la scienza può progettare solo alcune condizioni. La contraddizione 'alta' della scienza è la propria impossibilità di finire.

(Aprile 1971)

^{(130) «} La filosofia, quale solo potrebbe giustificarsi al cospetto della disperazione, è il tentativo di considerare tutte le cose come si presenterebbero dal punto di vista della redenzione... » (Th. W. Adorno, *Minima moralia*, tr. ital., Torino, 1954).



LUIGI LOMBARDI VALLAURI

STORIA E DIARIO

A pologetico.

Se una mente amica non mi avesse sollecitato a scrivere sulla storia, non scriverei. Eppure, scrivendo mi accorgo di essere grato: la richiesta ha toccato cose rimaste a lungo latenti in un mio 'tempo perduto' e che se ne vengono disancorando, affiorano a più recenti, forse meno libere, preoccupazioni. Si forma una continuità. E ogni percezione di continuità, ogni più estesa contemporaneità con noi stessi è già grazia, dono da non dissipare. Le impressioni e reazioni banali, i gesti dispersivi risalgono quasi sempre a un Augenblickmensch chiuso in un ridotto presente; le percezioni di continuità (nostalgia, senso di destino, semplice lucido trasalimento intuitivo) sono ascesi di realismo e per ciò stesso di malinconia, che almeno un attimo consuma le prepotenze e le superficialità; mentre il meditato ritrovamento della propria continuità è poi l'unico modo di rendersi liberi.

Gratitudine, dunque, per l'invito; ma nulla che intenda somi-gliare a una scientifica 'trattazione dei problemi': appunto una 'ricerca di continuità in forma di diario', un nuovo inizio — dunque solo un inizio — di riflessione. Che non vorrebbe essere 'presa in parola' (Beim-Wort-nehmen: il tema del 'prendere' come ostilità, caro a Binswanger) e giudicata come fosse definitivo giudizio; piuttosto — se l'interesse, o l'affetto, o la pazienza non manchino — ascoltata, prolungata.

Ho fatto male a sentire in questo modo? Se sì, che tutti gli aventi competenza ad assolvere assolvano.

2. Storia e diario.

Io consegno, dunque, all'amico qualche pagina di diario sulla storia. Diario — storia: l'occasionale avvicinamento dei due ter-

mini mi fa attento ai loro nessi. Che rapporti, anzitutto, tra il mio diario e la mia storia? Fare il diario è un fare io la mia storia. Che rapporti tra diario e 'memorie'? Le memorie vengono composte, solennemente, solitamente in tarda età, solitamente da statisti e da generali (ma soprattutto da generali). Comunque, da uomini già memorabili (o memoriabili) — almeno ai propri occhi. E sono una ricapitolazione: strategica, da un punto conclusivo. Sono più tipicamente storiografia. Invece il diario, come dice il nome, si 'fa' (non si 'scrive') giorno per giorno, e chi lo fa non sa ancora se sarà memorabile o almeno da memorie. È chiaro che una riflessione più approfondita su questo iato, su questa ontologica e storiografica Differenz tra il mio giorno-pergiorno e la mia vita, tra il mio 'giornale' e la mia autobiografia sarebbe molto istruttiva per capire la storia e la storiografia in genere. Cosa precisamente aggiungono le memorie a un diario per ipotesi ben fatto? E cosa corrisponde, a parte rei, a quest'aggiunta? Non mi pare che qui si possano rievocare senz'altro le crociane categorie di cronaca e storia.

Comunque, sia diario che memorie sono la mia storia scritta da me. Ora, c'è anche il problema dei rapporti tra la mia storia scritta da me e la mia storia scritta dagli altri. Supponiamo che tutti i personaggi storici (cioè, in una democrazia storiografica a suffragio universale, tutti gli uomini) avessero scritto il proprio diario: quale preciso spazio, quale preciso compito rimarrebbe a un'ulteriore (cioè all'altrui) storiografia? Intanto si potrebbe dire che i vari diari, se fatti in maniera completa, dovrebbero già includere ciò che ognuno ha pensato degli altri, per cui la nostra ipotetica totalità dei diari dovrebbe già contenere la storia di ciascuno scritta da tutti coloro che l'hanno conosciuto. Ma questo è solo un aspetto del problema più rilevante. Si tratta di sapere: a) se diario o memorie costituiscano una specie di interpretazione autentica, di paragone, di criterio ultimo di verifica delle interpretazioni altrui dal punto di vista del valore di verità: è il diario, come storia, 'confutabile'? può, a sua volta, verificare — falsificare — le altre storie? b) cosa queste storie possano aggiungere a un diario per ipotesi fatto bene, cioè con la stessa loro cura e intelligenza. Ho già accennato che possono aggiungere parecchio su come l'autore del diario è stato visto dagli altri; possono com-

pletare il quadro delle sue influenze e dipendenze, delle sue *relazioni*. Ma proprio su ciò che io *sono*, sul mio io 'in sé', cosa possono dire di più o di diverso gli altri?

Insomma: come c'è un'interpretazione giuridica contra legem e praeter legem, c'è anche — o no — una verità storiografica contra il diario, praeter il diario? (E, ripeto, non solo sulle mie relazioni agli altri: perché in questo caso non si avrebbe che una conferma della superiorità dell'autobiografia, in quanto gli altri direbbero meglio di me ciò che ad essi è accaduto nel rapporto con me, parlerebbero di quanto di mio è loro). Se alla domanda posta rispondo affermativamente, se — come tenderei a fare — ritengo possibile che gli altri mi conoscano meglio di me, allora io ho un destino un pò strano. Ho una mia storia che non è né il mio diario né le mie memorie. Ho una mia storia (proprio di me, non delle mie relazioni agli altri) una mia storia che non conoscerò mai. O che dovrò apprendere, come tutti, studiando.

Peccato: non è possibile, in una repubblica organizzata e democratica alla perfezione, economizzare gli storici istituendo il dirittodovere per tutti di tenere regolarmente il proprio diario.

Del resto, ho finora ipotizzato un diario fatto bene, cioè con cura, probità e intelligenza. Ma agli occhi dello storico queste qualità non sarebbero affatto scontate. La mia storia scritta da me non è in nulla più attendibile delle altre. Potrei avere mentito, essermi sbagliato. Lo storico futuro dovrebbe controllare. Come? Come fa ogni storico, cioè come un poliziotto o come una donna gelosa, ricostruendo minutamente la coerenza interna del mio racconto e la sua coerenza coi 'fatti' (ci sarà poi da chiedersi perché la realtà storica sia sempre così assolutamente coerente, intreccio capace di resistenza infinita alle verifiche).

Un altro aspetto strano di quella tra le mie storie che è il mio diario: il mio scrivere la mia storia fa parte della mia storia. Per essere completo, il diario dovrebbe raccontare il mio fare il diario. E poi raccontare questo precedente mio raccontare. Io sono infatti simultaneamente oggetto e soggetto diaristico, perché come mio storiografo sono al tempo stesso fuori e dentro la mia storia, fuori e dentro la mia storiografia. E allora la 'situazione diaristica', cioè storiografico-storica, mi ricorda quando da piccolo stavo dal barbiere e nello specchio davanti (che ri-

fletteva lo specchio dietro a me) vedevo me che guardavo me che guardavo me che guardavo me... e mi chiedevo come facessero a starci me infiniti in uno specchio finito (non credo di avere mai osato chiederlo al barbiere).

Diario — storia. Sento che con le cose dette fin qui non sono arrivato all'essenziale, a quella meta oscura dello stupore (del θαυμάζειν, origine del filosofare secondo Platone e secondo Aristotele) verso cui intendeva addentrarsi il discorso. Quella meta sembra trovarsi molto vicino all'idea di 'somiglianza di struttura tra diario e storia'. Infatti lo stupore iniziale rinasce, quasi intatto, se penso: «sì, in qualche modo la mia storia è fatta come il mio diario» (nel pensarlo, vedo l'una e l'altro come qualcosa di arcuato che da un'imprecisata dimensione si conclude in me). So che la tensione del perdurante θαυμάζειν si scioglierebbe nel momento stesso in cui il nucleo preconcettuale origine del ricercare fosse effettivamente centrato da una traduzione discorsiva; ma ciò non avviene. Devo quindi (con l'ombra di un rimorso per il probabile peccato di omissione intellettuale) passare a un'altra idea supplente sui rapporti storia-diario che nel frattempo è venuta ('da dove' vengono le idee? non riesco a credere che, come idee, siano nello spazio - nel cervello - e vengano dallo spazio — dal cervello; ma allora: da dove?). L'idea è che, se il mio diario è una mia storia, forse la Storia può in qualche modo essere pensata anche come un diario, come il Diario. In altri termini: c'è, nel caso della Storia, un Soggetto di cui essa è la storia? E se questo Soggetto c'è, quali rapporti tra l'ipotetico (o magari reale) suo diario e le altre storiografie?

La prima domanda chiama in causa tutta una serie di filosofie della storia, nel loro aspetto di teorie del 'vero' soggetto della Storia. Chi è il Soggetto? Dio, come Provvidenza, come Sostanza dagli infiniti modi? Lo Spirito, l'Idea? L'Umanità? Oppure i Soggetti sono singole individualità collettive, popoli, nazioni, stati, classi; o individualità ideali complesse, civiltà, universi di discorso, strutture culturali? Certo, sembra difficile negare che la Storia, per essere reale, debba essere 'di' qualcuno; ma questo qualcuno diverso dai centomila è difficile da indicare.

Posto comunque che il Soggetto esista, e che quindi la Storia sia reale: che rapporti tra l'ipotetico diario di questo Soggetto

(affiorano di nuovo categorie crociane: tra la sua autocoscienza) e la Storia scritta dagli altri? È confutabile — integrabile la Storia-Diario? Sono gli stessi problemi di prima. Cosa fa lo storiografo piccolo: cerca di adeguare, per quanto può, il Grande Diario? E riesce nella misura in cui lo adegua? O può sapere la Storia meglio del suo Soggetto? Nell'uno e nell'altro caso, stabilire il 'vero' soggetto storico dovrebbe essere il primo e ineludibile passo dello storico. Se la Storia è di Dio, dovrà scrivere una Storia come storia di Dio. Se la Storia è dell'Idea, dovrà scrivere una Storia come storia dell'Idea. Se la Storia è delle classi, dovrà scrivere una Storia come storia delle classi. Se è dei popoli o delle strutture o delle civiltà, d. s. u. S. c. s. d. p. o. d. s. o d. c.; se è di tutti i centomila, d. s. u. S. c. s. d. t. i c.; e così via. Quindi nessuna Storia senza una filosofia della Storia. Invece, il positivismo storiografico ha creduto bene di fare la storia del primo soggetto che capitava; e forse anche ha avuto ragione ('tanto serve sempre'). Comunque, per quanto si diceva parlando di mia storia e mio diario, non è ancora detto che, una volta individuato il Soggetto, la Storia di Lui andrebbe scritta proprio come Lui la scriverebbe, scritta avendo come criterio ipotetico il Grande Diario (o le Grandi Memorie). Forse, al di fuori della logica giuridica e autoritaria non esiste proprio nessun privilegio dell'interpretazione autentica.

3. Storia e Dio.

Vanità della storia 'con' Dio. Forse la maggior parte degli atei occidentali moderni esclude Dio in nome della storia, cioè per rendere l'uomo autore e fine della propria storia. Sarebbe certo possibile darne una dimostrazione fattuale: esaminando per esempio l'ateismo di Hegel, di Feuerbach, di Comte, di Marx, di Proudhon, di Croce, di Gentile (dove si tratta di affermare, contro Dio, la storia umana prevalentemente in quanto collettiva o sopraindividuale) oppure l'ateismo dello Sturm und Drang o del giovane Goethe, o di un Nietzsche, di un Hartmann, di un Sartre, di un Merleau-Ponty, dell'avanguardismo artistico neoromantico e del novecentismo in genere, dell'attivismo e produttivismo in tutte le sue forme, in un certo senso del fascismo (dove si tratta

di affermare, contro Dio, la storia umana prevalentemente in quanto individuale). Ma la dimostrazione fattuale, che dovrebbe assumere la paziente sinuosità imposta dal differenziarsi degli atteggiamenti, mi pare possa essere qui supplita dalla scontata dimostrazione logica dell'inevitabile solidarietà, almeno a un primo livello, tra storicismo comunque inteso e ateismo.

La presenza di un Dio Atto Creatore riempie così completamente e intensivamente lo spazio disponibile per la creatività umana, che il 'farsi uomo 'dell'uomo risulta come privo di valore, anzi — radicalmente — come semplice apparenza: cioè non solo cade ogni storicismo inteso come il porre in una realizzazione umano-storica il fine dell'agire umano, ma addirittura svanisce ogni storia intesa come un fare qualcosa di proprio, di autonomo, di nuovo, appunto come un fare che sia un fare. Cade la storia come valore e svanisce la storia come realtà. Tutto il valore e tutta la realtà sono già, se c'è Dio; tutto il resto non si distingue da Dio che per difetto, come partecipazione infinitamente sbiadita e dipendenza. L'uomo non ha futuro: è assurdo fare, se c'è già tutto; non resta che aderire e adorare. Visto dall'attività umana, Dio è il non-producibile, il non-plasmabile, il non-organizzabile, il non-riformabile, il non-perfezionabile assoluto: il piccolo demiurgo umano si trova di fronte, anziché una materia o un vuoto cui dare forma o senso, l'onnipotenza in atto, la perfezione in atto, l'amore in atto, la Persona che è già tutto il possibile Senso. Le categorie del fare non possono che cedere a quelle dell'accogliere.

A rigore, l'uomo — in quanto creatura — non fa (da sé) assolutamente nulla. Neppure il suo atto di amore o di rifiuto, il 'sì' o 'no' verticale, metastorico, è pienamente suo. Dire Dio creatore significa dire Dio che dà l'essere; ma oltre l'essere non c'è nulla. Quindi ogni mio atto, in quanto è essere e in quanto è atto, viene da Dio; anche (dice S. Tommaso) il peccato. «Nihil potest esse in entibus quod non sit a Deo, qui est causa universalis totius esse » (Summa Th. I, 45, 2 c.). «Videtur quod actus peccati non sit a Deo... Respondeo dicendum quod actus peccati et est ens, et est actus; et ex utroque habet quod sit a Deo. Omne enim ens, quocumque modo sit, oportet quod derivetur a primo ente... Omnis autem actio ... reducitur in primum actum, scilicet Deum,

sicut in causam... Unde relinquitur quod Deus sit causa omnis actionis, inquantum est actio » (I-II, 79, 2 c.). Nessun moderno ha detto, per giustificare il suo ateismo umanistico, niente di più radicale.

Per lo sguardo metafisico, Dio creatore, una volta ammesso, è luce tanto forte da rendere invisibili le creature salvo appunto che come termini attuali dell'atto di creazione. Questo sguardo non è mai, naturalmente, diretto. È infatti vero alla lettera, per l'uomo nella sua condizione storica, quello che dice il Vecchio Testamento: non si può vedere Dio senza morire. Vedere Dio direttamente significherebbe dilatare fino alla devastazione tutti i nostri sensi, o meglio schiudere un sensorio completamente nuovo e propriamente divino. Di fronte alla luce all-pervasive non esiste luogo d'ombra, luogo 'proprio dell'uomo' dove rifugiarsi; per l'uomo acceduto alla suprema visione non resta neppure il suicidio, perché è concepibile il suicidio 'da' una vita mortale, non 'da' Dio. (Andrebbe esaminato, date le strette connessioni tra storia e morte, se non ci sia anche una connessione tra storia e possibilità del suicidio; Dio toglie l'una e l'altra).

Dunque, almeno in una prima prospettiva, cioè quella 'prometeica' dell'umanesimo storicista moderno, Dio creatore toglie tutto all'uomo. L'uomo non ha l'essere, è pensato nell'essere; non ha l'agire, è pensato agente (e sia pure agente 'libero', agente 'storico'); non ha, di totalmente suo, neppure l'amore. L'uomo esiste, agisce, ama come il personaggio sospeso all'atto mentale dello scrittore, come la figura sullo schermo cinematografico sospesa all'atto della sorgente di luce, del proiettore. In senso radicale c'è un unico soggetto attivo e un unico fine della storia: Dio creatore.

Vanità della storia 'senza' Dio. Ma se è vero, almeno provvisoriamente, che la storia, 'con' Dio, si annulla, non ne segue che le cose vadano molto meglio, per la storia, quando la si immagina 'senza' Dio. Già ad un livello piuttosto immediato, immaginativo-emozionale, di riflessione, la storia dell'uomo appare perduta sotto la volta dell'infinitamente grande, fluttuante sopra l'abisso dell'infinitamente piccolo, effimera incandescenza di pensiero in un continuum spaziale e temporale di cui ogni misura ul-

tima sfugge, e il silenzio pascalianamente *effraie*. Per reggersi di fronte a questa visione, lo storicismo deve ridursi ad acosmismo, ignorare l'uomo come natura; oppure compensare la piccolezza della storia umana esaltando la grandezza del sentimento tragico che ne deriva; ma sono grandi anche i sentimenti che può suscitare il pensiero di Dio creatore; di fronte alla riflessione, la vanità cosmica della storia rimane.

E d'altra parte, anche all'interno del microcosmo storico supposto unicamente rilevante, le tracce lasciate dall'animo e dall'agire umani sono effimere, minime. Basta pensare a quanti sono i morti dimenticati per sempre senza possibilità alcuna di recupero; e a quanto poco sono veramente conosciuti i pochi uomini di cui è rimasto un ricordo. La cosa vale del resto già nel presente. Ognuno faccia realisticamente il calcolo: da chi e come è conosciuto; da chi, come, per quanto tempo sarà ricordato. E se anche qualcuno si ricorderà di noi: chi si ricorderà dei nostri ricordi? La frase dolente mi giunge da una già lontana camminata in montagna: passavano folate di nebbia bagnando l'erba dei pendii amati tante volte percorsi, io registravo con attenzione normale il paesaggio, l'ora, il mio stato fisico — improvvisamente qualcosa mi avvenne subito lasciandomi, varco di un attimo nel risveglio, tocco inafferrato di sgomento — qualcosa che mi apparve in interne parole come avessi visto in quei lembi di nebbia sospinti e risospinti dal vento il destino dei miei ricordi dopo la mia morte: erranti irriconoscibili là dove nacquero, per esempio tra quelle erbe umide cui già ora ne rimangono attaccati tanti dimenticati anche da me specialmente nei mesi dell'inverno. Di noi qualcuno forse si ricorderà: ma nessuno dei nostri ricordi. E con i nostri ricordi andranno perdute le ultime larve di sopravvivenza di quasi tutti coloro che amammo; così come noi, non più che ricordi di coloro che ci amarono, periremo del tutto quando essi periranno. E del resto: quanto di noi è già perduto in noi stessi, e solo coincidenze casuali (vedi Proust, Freud) gli permettono, a frammenti, di riaffiorare. No: qualunque sia il raggio del cerchio entro cui si scelga di misurarla, la storia 'senza' Dio davvero non è una gran cosa. Nel cerchio del macrocosmo essa appare addirittura come battito infinitesimo, non percepito, non percepibile.

Questa raffigurazione è però ancora, come ho accennato, intuitivo-emozionale. In realtà se si esclude l'ipotesi di un creatore la storia non può essere pensata che sullo sfondo di un universo letteralmente eterno, con tutte le conseguenze che questo comporta, e che modificano la raffigurazione precedente.

Necessità, senza Dio, di un universo eterno (nel senso di: senza inizio). In caso contrario, bisognerebbe asserire l'assurdo, cioè che il nulla assoluto ha, 'a un certo momento', generato il qualche cosa. Ma il nulla, come non è, così non può agire né tanto meno generare. Ex nihilo nihil fit. Verità la cui evidenza si rinnova a ogni esperimento mentale (riduciamo l'universo a un foglio di carta bianco; mai un simile foglio, per ipotesi radicalmente solo, produrrà su di sé un segno nero; togliamo anche il foglio...). Verità praticamente incontroversa, dai presocratici a oggi, e in Oriente come in Occidente, pur nella più grande varietà di rappresentazioni della realtà esplicativa ultima o prima. Verità incontrovertibile, negando la quale si blocca la dinamica stessa del pensiero che vorrebbe negarla e in particolare tutta la scienza come ricerca di spiegazione. Se dunque 'per un attimo' si verificasse il nulla assoluto, mai più qualcosa nascerebbe e il nulla sarebbe eterno; poiché c'è oggi qualcosa, c'è qualcosa da sempre. L'età di alcuni miliardi di anni, che la scienza oggi assegna al nostro universo, non smentisce questa asserzione. L'universo attuale, se veramente ha un'età definita, o è stato creato, o è nato da un universo precedente, con il quale deve avere avuto sufficienti elementi in comune perché non si sia smentito in quell'occasione l'ex nihilo nihil fit; e così via, lungo una great chain di universi, all'infinito.

Ora, il passaggio dal concetto di 'durata grandissima finita' al concetto di 'durata infinita' spalanca una voragine in cui sprofonda ogni nostro tentativo di rappresentazione. In un universo eterno, non ci troviamo più di fronte alla storia come barlume coscienziale brillato per un unico attimo nell'immensità incosciente, alla storia come minuscola ma come unicità; ci troviamo di fronte alla storia come possibilità anch'essa eterna, ed eternamente ricorrente di fatto, non per necessità miticamente fatale, ma per il semplice gioco delle probabilità statistiche. Pensato fino infondo, l'universo eterno non è più una realtà vaga e sconfinata, per così dire 'rada', in cui la storia costituisce un'eccezione; ma diventa

una realtà totalmente massiccia e 'piena' in ogni direzione, piena in modo insopportabile e impensabile. In un mondo che è da sempre, a rigore da sempre, tutto il possibile è già stato; anzi è già stato infinite volte: appunto la totalità delle volte possibili. C'è da chiedersi come possa ancora accadere qualcosa, e se qualcosa stia realmente accadendo: ritorna un altro ricordo, quello del mio bambino che mi chiese: ma se il mondo c'è da sempre, come fa a continuare? Voleva dire: se il mondo c'è da sempre, tutto il sempre è già consumato, non ne avanza più; tutto è già passato, non rimane futuro. Ci si scontra con i paradossi dell'infinito quantitativo in atto: è impossibile e possibile accrescerlo, il tutto è isomorfo alla parte, c'è corrispondenza tra qualsiasi serie crescente di potenze (p. es. 1, 2, 4, ... n, corrisp. a 1, 4, 9, 16, ... n²) e così via.

E allora, per quanto riguarda la storia: ogni possibile storia è già stata; ammesso che (come sembra) accada realmente qualcosa, non può accadere che il già accaduto. In *qualunque* punto del passato ci si collochi, la storia precedente ha già esaurito tutte le possibilità che 'rimangono'; la storia è satura.

Facciamo l'esperimento mentale di raffigurarci da vicino questo impensabile. Se l'universo è eterno, esiste una probabilità statistica unitaria (in linguaggio comune: infinita) che si siano realizzate infinite combinazioni di atomi identiche alla combinazione di atomi che sono io. Ed esiste la probabilità infinita che almeno una di esse abbia avuto la mia identica storia, cioè sia nata in un cosmo come quello attuale, in una galassia e in un'Europa come quelle attuali, da un padre e da una madre come i miei; che sia andata alle scuole che ho frequentato io, abbia sposato la donna che ho sposato io, ecc. Anzi, a rigore sussiste la probabilità infinita che questa inenarrabile combinazione di atomi che è l'intera mia storia si sia già verificata non una, ma infinite volte. Madre, io sono nato infinite altre volte da te; amata, io ti ho baciata infinite altre volte in una notte in una stanza in un'Italia identiche a queste; amico, infinite volte in infiniti mondi abbiamo camminato per una strada che portava questo nome queste case questi inquilini questi alberi dicendoci queste cose che hanno per noi (come lo avevano allora) il palpito della novità decisiva. (E queste righe io le ho già scritte infinite altre volte su questa rivista, infaticabilmente fondata, a ogni nuovo eone, dalla improbabile com-

binazione Paolo Grossi). Non solo: ma sussiste la probabilità infinita che si siano realizzate infinite volte tutte le possibili storie di 'me' diverse da quella attuale: altre epoche storiche, altra carriera, altri figli, altri studenti, altra infanzia, altra morte, tutte le possibili mie morti. Ma anche: infinite volte questa infanzia, infinite volte questa morte sconosciuta e certa che mi aspetta. Impossibile inventare ora un qualsiasi gesto anche il più stravagante, che io non abbia già compiuto infinite altre volte. Così, per quanto riguarda la Storia 'grande': infinite volte è sorto in un ellenismo un cristianesimo, infinite volte ha conquistato un impero romano e ha generato un medioevo e questo un'età moderna, fino alla conclusione ignota della Storia globale in cui anche noi siamo, e a cui 'attivamente' partecipiamo.

Si dirà: ma la nostra unicità è data, almeno, dall'attuale nostro posto nel ciclo delle ripetizioni. Ci distinguiamo almeno come numero. No: è impossibile situarsi nella serie, se ogni ripetizione è l'infinitesima.

E poiché sembra che qualcosa, pur essendo già 'accaduto tutto il possibile', continui ad accadere, l'infinità delle ripetizioni vale anche per il futuro. « Vi saranno infatti di nuovo Socrate e Platone e ciascuno degli uomini con gli stessi amici e concittadini; e le stesse cose verranno credute e gli stessi argomenti discussi, e similmente ritorneranno ogni città ed ogni villaggio; e questo ritorno universale non avverrà una sola volta, ma molte volte: infinitamente e senza termine ritorneranno le stesse cose » (Stoic. vet. fragm. II, 190). Tutto questo lo dicevano già i Greci; fa forse più impressione in una concezione dell'universo come insieme statistico o stocastico. In ogni caso, la storiografia del passato è identicamente storiografia del futuro: c'è un unico ιστορεῖν.

Ma accanto all'eterno ritorno di questa Storia a noi parzialmente nota, va posto l'eterno ritorno di infinite (di tutte le altre possibili) sconosciute Storie globali, richiedenti ognuna preparazioni e svolgimenti di miliardi di anni... E questo in qualsiasi punto del passato che si voglia prendere. In qualsiasi punto del tempo, per quanto lontano lo si prenda, Cristo era già morto infinite volte e la nostra attuale Storia si era già svolta e conclusa infinite volte, come tutte le infinite Storie.

Tutto questo è talmente impensabile (come lo è necessariamente il pensiero dell'infinito quantitativo in atto) che ricostringe la mente a esaminare le ipotesi dell'universo ex nihilo o dell'universo creato da Dio. O eterno, o ex nihilo, o da Dio: quartum non datur. E certo, delle tre ipotesi la prima somiglia al cerchio quadrato, la seconda è il più profondo assurdo concepibile, e la terza, collocando l'eternità in Dio, cioè nel non-quantitativo trascendente, sembra salvare insieme le esigenze dell'essere e quelle dell'unicità storica; anche se con un grosso sacrificio di amor proprio per l'uomo, come dicevamo prima. Ma se regge il ragionamento fin qui fatto, occorre scegliere tra il sacrificio dell'amor proprio e il sacrificio dell'intelletto.

Sembra dunque che un po' di storicismo allontani l'ipotesi di Dio creatore e molto storicismo la riavvicini. Si avrebbe in questa considerazione un motivo più che sufficiente di riesaminare dall'interno del contesto storicistico la controversia classica su libero arbitrio creazione e provvidenza. Per quanto riguarda la compossibilità dei primi due termini, s'intravede forse fin d'ora una soluzione nell'idea di un 'creatore obbediente': cioè di un creatore che è, sì, la fonte di tutto l'essere e di tutto l'agire delle creature, ma che al tempo stesso è fonte solo di (tutto) quell'essere e quell'agire che le creature 'chiedono' attraverso la propria 'natura' o attraverso la propria volontà 'libera'. Alle creature coscienti resterebbe allora da meditare con tremore e gratitudine l'inaudita docilità del creatore e l'inaudita responsabilità loro di farlo agire a loro piacimento. Ma sono problemi o misteri che vanno dipanati a parte, insieme a quello — ben più temibile — della provvidenza. Resta acquisito, almeno per ora, che l'abolizione di Dio non significa senz'altro il potenziamento e la valorizzazione della storia. Lo storicista per partito preso, lo storicista a oltranza farà forse molte cose, ma intellettualmente ha tutta l'aria di essere uno struzzo con la testa nascosta nella sabbia.

In ogni caso, la storiografia 'con' Dio sarebbe così integralmente democratica (la sola integralmente democratica: fino a includere le gesta delle madri di famiglia e dei bambini e dei falliti e dei vecchi e dei morenti, tutta la storia immensa dei 'senza storia') che per uno storicista solito non meriterebbe forse più di chiamarsi storia; e comunque capovolgerebbe drasticamente i

criteri di importanza. Storia degli 'individui ineffabili', storia dell'invisibile (forse intuita una volta da Péguy). Ma anche questo tema della storia vista 'da' Dio richiederebbe una riflessione a parte.

4. Storia e morte.

L'uomo ha una storia perché ha una morte. Una morte vera, cioè definitiva nel suo ordine, senza eterni ritorni. La morte costituisce la vita come unicità e come determinazione; quindi impone all'uomo di scegliersi. Se fosse immortale, l'uomo potrebbe rimandare la scelta di sé all'infinito: perché fare oggi quello che sarà sempre possibile fare domani? Invece il tempo (l'unico tempo disponibile) precipita verso la morte, e l'uomo deve, per essere, scegliersi. Nel caso dell'uomo (diverso da quello degli animali) è difficile dire se sia più veramente la nascita o la morte che fa essere. Se la morte non ci fosse, bisognerebbe inventarla. La morte genera la possibilità del fallimento (del non-essere, del non-amore); e l'angoscia del fallimento genera con l'azione la storia. Infatti una vita piena fino alla propria integrale misura distrugge o attutisce, come sapeva già Aristotele in accordo con la saggezza popolare, l'angoscia della morte.

Abbastanza curiosamente l'uomo chiede alla storia di dargli l'immortalità, che arresterebbe la storia. a) L'uomo chiede infatti alla propria storia individuale il proprio senso insieme autentico e universale, la gloria di sé (oppure quel modus amoris nel quale null'altro più conta, e almeno psicologicamente è vinta la morte). Chiede di scambiare il perituro con il perenne, l'effimero con l'eterno (di cui l'amore, misteriosamente, partecipa). Cioè la storia non è storicista: è generata da un desiderio la cui realizzazione arresterebbe sul nascere la storia. Forse (forse!) esiste veramente l'art pour l'art; non sembra che esista l'histoire pour l'histoire (anche se qualcuno crede che l'uomo fatichi la sua terribile vita per edificare la Storia).

b) Apparentemente l'intera impresa collettiva razionale della storia (in particolare, come organizzazione politico-giuridica: abolizione delle guerre, dei delitti, della miseria, delle cause sociali di morte; e come processo scientifico-tecnologico: abolizione delle

malattie, della senescenza, dei traumi irreparabili, delle cause *naturali* di morte) potrebbe definirsi funzionalmente come quell'impresa che tende, al limite, ad assicurare per tutti gli uomini l'immortalità fisica. Apparentemente, se questa immortalità fosse raggiunta la storia non continuerebbe.

Non c'è storia, dunque, senza fine. E non c'è storia senza un oltre la fine. Storia nasce solo là dove un'esistenza finita irripetibile è (vista come) condizione per una sopraesistenza immortale. L'uomo è l'essere del chiaroscuro. Senza morte, e senza immortalità, non avrebbe storia.

(Variazione). La storia che finisce nella morte è senza senso, suono che si spegne nella sordità universale. La storia senza la morte non avverrebbe neppure, perché l'uomo non avrebbe motivo di scegliersi e di 'redimere il tempo' con la propria attività. Insensata una storia di radicalmente mortali; insensata una storia di immortali. Sensata una storia di mortali per l'immortalità.

5. Storia e contemplazione.

Uno dei risultati centrali del libro di Meinecke sulle origini dello storicismo è al tempo stesso il suo risultato più sorprendente: l'ispirazione profonda dei grandi precursori e primi rappresentanti dello storicismo classico tedesco si troverebbe in un atteggiamento contemplativo e in un'intuizione complessiva del mondo, che Meinecke esplicitamente e invariabilmente chiama neoplatonismo.

Meinecke (cito l'edizione italiana, Firenze 1954) afferma la sua tesi con la massima tenacia: a proposito di Shaftesbury (6-9), di Leibniz (30), di Arnold (31), di Vico (39), di questi quattro autori presi insieme (53), dello stesso Winckelmann (245; e si veda l'accenno a Lessing, 235); ma soprattutto a proposito dei tre grandi protagonisti del suo libro, presi insieme e individualmente: Möser, Herder, Goethe.

Comincerò dal neoplatonismo.

Dopo « il Winckelmann platonico » e « il platonico Shaftesbury », scrive Meinecke a p. 246, « ci si manifesterà con sempre crescente chiarezza l'influenza platonico-neoplatonica sulla trama dello storicismo che andava evolvendosi. Di conseguenza lo spettacolo più meraviglioso offertoci dal grande movimento tedesco consiste nel vedere come ora

procedano parallelamente gli effetti idealizzanti e quelli individualizzanti della concezione platonico-neoplatonica, per fondersi addirittura in Goethe. Si tratta di una contraddizione? Oppure di unità vitale di antinomie? Ci troviamo di fronte ad un mistero della storia dello spirito ». Alla fine dell'opera, Meinecke riassume i quattro elementi formativi fondamentali dello storicismo: sensibilità (pre-)romantica per il primitivo, spiritualità pietistica, nuovo sentimento dell'arte e dell'antichità classica, «e... finalmente, forse quale forza formativa più vigorosa, l'antico mondo delle idee platoniche e neoplatoniche, il quale... conteneva già una tendenza all'individualità e all'idea del suo radicarsi in un fondo vitale congiunto con Dio » (495). «Herder rappresentò la prima grande sintesi feconda di tutti e quattro quegli elementi, una sintesi non ancora perfetta... Nel suo discepolo Goethe accade che la sintesi perfetta di quei quattro elementi si compia nel segno del primato dell'ultimo, di quello platonico-neoplatonico » (496).

Per quanto riguarda Herder: «indicheremo nell'illuminismo, nel pietismo e nel platonismo le tre forze spirituali di carattere generale verso le quali Herder è debitore » (298); «...platonismo nel senso più largo della parola; noi, con ciò, intendiamo soprattutto l'influenza del neoplatonismo attraverso i secoli, dal Leibniz fino allo Shaftesbury; non dobbiamo tuttavia dimenticare che questo neoplatonismo andava continuando il proprio sviluppo in un clima protestante. Fu così che il pensiero più intimo del protestantismo e del pietismo... il rapporto immediato tra Dio e l'uomo, poté fondersi con esso » (301). « Era tuttavia ancora necessario un ulteriore pensiero per rendere possibile la comprensione del prossimo attraverso la intuizione ed allo stesso tempo per sfuggire al caotico sfaldamento in cui avrebbe potuto portare il mero concetto individualistico... Era questa l'antica visione platonica e neoplatonica del mondo, la visione dei mistici e dei panteisti, del Leibniz e dello Shaftesbury » (315). Per «comprendere il dramma unitario della civiltà umana... non bastavano i mezzi giusnaturalistici e meccanicistici del pensiero... Ed ecco che sopraggiunse lo Herder, con il suo tesoro di strumenti del pensiero nuovamente acquisiti, derivati dalla corrente parallela all'illuminismo, dalla corrente platoniconeoplatonica. Il concetto fondamentale di questa corrente era... di comprendere insieme la necessità della loro unità in Dio e molteplicità nell'esperienza » (317). «Egli toccava il misterioso fenomeno primordiale della storia...» cioè che il male può essere condizione del bene e viceversa. «Il neoplatonismo, per cui ciò che era inferiore sgorgava da fonti altissime e tendeva a tornarvi» poteva appunto fornire una spiegazione di quel mistero (325). « Ambedue (Herder e Goethe) erano... convinti che la natura e l'umanità formavano tutt'uno, un cosmos ... unitario, ma graduato, di forze attive che sgorgavano da un fondo divino. Forse Goethe era teso verso questo fondo in uno spirito più panteista, mentre lo Herder era teista, ma è chiaro che era di nuovo

la visione neoplatonica del mondo che agiva in ambedue, ed ora dimostrava la propria antica ed immortale forza generatrice col passare in fecondi studi empirici» (346). «...il suo impulso più intimo e più vivo rimaneva quella fede universalista, platonico-neoplatonica...» (374). « Fino all'ultimo rimane confermato che lo sfondo del suo nuovo senso storico è la visione platonico-neoplatonica del mondo» (365).

Per quanto riguarda Goethe, senza moltiplicare le citazioni si può rinviare alle pagine 424-427, nelle quali viene dimostrato con una certa ampiezza il carattere essenziale del neoplatonismo per la *inward form* di colui che secondo Meinecke «raggiunse la posizione più elevata sopra la storia che forse sia possibile raggiungere» (497).

Il risultato, dicevo prima, è sorprendente, se è vero che si tende comunemente a pensare il neoplatonismo come la più sopra- o antistorica in assoluto delle filosofie. Non occorre qui esporre in dettaglio cosa Meinecke intenda con neoplatonismo e per quali motivi, attraverso quali canali, lo ritenga collegato allo storicismo. Dirò solo che per Meinecke questo neoplatonismo storicistico ha senz'altro il rango di grande filosofia, anzi sembra rappresentare la filosofia, la vetta stessa della consapevolezza umana: e quanto ai nessi del neoplatonismo con lo storicismo ne indico solo due, essenziali: esso permette di concepire-intuire, in modo non meccanicistico, la presenza dell'individuale nell'universale e dell'universale nell'individuale; esso fonde «il pensare eracliteo con quello eleatico, l'eterno divenire con l'eterno essere » (426); in tal modo le individualità storiche vengono riconosciute fino in fondo come tali, ma simultaneamente viste come immerse in una vivente continuità tra loro e con l'ambiente cosmico.

Ma quale che sia il preciso contenuto del neoplatonismo secondo Meinecke, se da questo contenuto si passa all'atteggiamento che gli corrisponde non possono sussistere dubbi: il neoplatonismo come atteggiamento è tipicamente ed eminentemente contemplazione, e mentre della Weltanschauung si può dubitare in Möser, dell'atteggiamento non solo non si può dubitare, ma è chiaro che per Meinecke esso è irrinunciabile e rappresenta l'essenza stessa dello storicismo, come contrapposto al giusnaturalismo e all'illuminismo, e cioè al razionalismo e meccanicismo da un lato, al moralismo normativo e pedagogico dall'altro. Ogni traccia di razionalismo normativo e di militanza ideologica oscura, per Meinecke, il vero sguardo storico.

Si veda per esempio quanto Meinecke dice della bellissima dottrina delle «impressioni totali» in Möser (253-257). Si tratta di illuminazioni intuitive sintetiche, che avvengono in modo «istantaneo» (255), «in un attimo» (257), pur non escludendo (anzi, per essere valide, esigendo) il «lento e paziente» lavorio della documentazione, dell'osservazione, della verifica. Queste illuminazioni, nelle quali culmina l'esperienza storiografica, sono imprevedibili, e non potrebbero quindi mai scaturire da un'ideologia preesistente né esaurirsi nel costituirne una nuova. Altrettanto radicalmente distruttiva della storia ideologica è l'altra dottrina dell'intensissima e paziente immedesimazione nelle cose grazie al diletto intimo del passato e all'applicazione, al passato stesso, di infinite «tangenti», cioè punti di vista o di contatto (255). Le due dottrine non sono incompatibili. È «l'intuizione artistica a scoprire questo concento di tutte le manifestazioni della vita di una epoca » (270); ma l'intuizione ha nell'immedesimazione metodica innumerevole il suo presupposto e la sua fecondità. Le stesse osservazioni potrebbero valere per la dottrina della Einfühlung in Herder; si tratta di «'intuire' la vita storica in maniera estetica» (297); Meinecke contrappone costantemente «l'osservazione estetico-contemplativa e quella etica», «i motivi contemplativi ed etico-pedagogici» (345), svalutando (dal punto di vista storiografico) i secondi. Goethe ebbe in grado supremo il senso storico, fatto della fusione inscindibile di intuizione, sentimento, pensiero, perché capace, diversamente da Herder, di perfetto distacco dai problemi e dalle ideologie del suo periodo, e quindi di «contemplazione purissima» (347). Essenziale, in Goethe, «il charisma dell'intuizione, di un bisogno appassionato del conoscere intuitivo, che non si accontenta mai di un'unica contemplazione dell'oggetto, ma tenta di adeguarvisi sempre di nuovo» (379); Goethe del resto non si contentò di un procedere istintivo, ma « rese consapevoli i metodi del suo contemplare » (409).

Per tutti e tre i grandi, fu decisiva un'esperienza intuitiva originaria, un'illuminazione-emozione-risveglio a volte maturata lungo decenni di quotidiana osservazione amorevole, a volte istantanea, memorabile e databile.

Möser ha ricostruito la storia millenaria della stratificazione e differenziazione sociale nell'ambiente sassone ponendo a pietra angolare « la figura della contadina di Osnabrück, seduta nel centro della casa, secondo un costume antichissimo, intenta a tutto osservare, tutto sorvegliare » (249); è partito cioè, non da un rivolgimento di scartoffie erudito fine a se stesso, ma dalla penetrazione assidua, diretta, dello sguardo immaginativo e riflessivo dentro il microcosmo storico che lo ha circondato per tutta la vita, dentro « l'uomo quale gli si presentava mentre si accingeva al proprio lavoro, il contadino o il colono che con-

cimava il suo campo secondo il costume millenario nonostante il divieto del suo benintenzionato governo, il bracciante che da Osnabrück emigrava in Olanda e che invecchiava presto nel duro lavoro..., la massaia seduta nell'interno del casolare, ... il merciaio che induce con la persuasione i contadini ad acquistare della merce superflua... Egli vedeva questa gente al lavoro, ne conosceva i sentimenti, sapeva che cosa li rendeva lieti, laboriosi o pigri, che cosa dava loro la calma... nell'ora della morte » (261). Così si è formata e consolidata la sua 'impressione storica totale'.

«Lo stesso significato che per la concezione storica del Möser aveva l'antico contadino sassone nel suo casolare ombreggiato di quercie, per Herder lo ebbe questa esperienza forse unica, rapidissima, dalla quale gli parlavano i tempi delle origini, e che poi lo seguì nel ricordo per tutta la vita» (305): l'esperienza a cui Meinecke si riferisce è stata collocata da Stavenhagen nel 1765, in Lettonia, quando Herder avrebbe assistito, la sera di San Giovanni, alle celebrazioni della festa del solstizio sullo Jägelsee. Non vi è dubbio, per Meinecke, che in quella o altra occasione Herder deve «aver visto l'uomo primitivo cantare e ballare in modo tangibile e tale da destare delle sensazioni immense, quell'uomo primitivo ...che per lui diventerà il prototipo ... della vita storica» (304).

Per la visione storica di Goethe, Meinecke ritiene decisiva una confessione contenuta nel libro XIV di Dichtung und Wahrheit. Traduco a mio rischio e pericolo (¹): « Ero colto talvolta da un sentimento che s'impadroniva potentemente di me e che non si manifestava mai senza un trasalimento di singolare stupore: la sensazione di passato e presente fusi in uno. Questa visione introduceva nel presente qualcosa di spettrale. Essa si trova espressa in molti dei miei lavori maggiori e minori e ha sempre un effetto positivo nella poesia, anche se nel momento del suo immediato sprigionarsi a contatto con la vita e nella vita stessa non poteva sembrare che strana, inspiegabile, forse spiacevole. Fu Colonia il luogo dove l'antichità poté esercitare su di me un'azione di questo genere, che per sua natura è inaspettata, non precalcolabile ».

⁽¹⁾ Poiché la mia traduzione è discutibile in molti punti, riporto l'originale (Dichtung und Wahrheit, cap. XIV, in Werke, ediz. Insel Verlag, vol. V, 1965, p. 563): « Ein Gefühl aber, das bei mir gewaltig überhandnahm und sich nicht wundersam genug äussern konnte, war die Empfindung der Vergangenheit und Gegenwart in Eins: eine Anschauung, die etwas Gespenstermässiges in die Gegenwart brachte. Sie ist in vielen meiner grössern und kleinern Arbeiten ausgedrückt und wirkt im Gedicht immer wohltätig, ob sie gleich im Augenblick, wo sie sich unmittelbar am Leben und im Leben selbst ausdrückte, jedermann seltsam, unerklärlich, vielleicht unerfreulich scheinen musste. Köln war der Ort, wo das Altertum eine solche unzuberechnende Wirkung auf mich ausüben konnte ».

E Goethe prosegue esemplificando con le sue due esperienze di Colonia, quella di fronte al Duomo incompiuto e quella in casa Jabach.

Il passo si presterebbe a un commento molto ampio dal punto di vista della fenomenologia della conoscenza. Qui noterò invece soltanto che secondo Meinecke esso è « la parola più densa di contenuto » detta da Goethe sulla sua visione della storia: « ogni ulteriore indagine del pensiero goethiano è propriamente nient'altro che un commento a quelle parole » (391). Con un'associazione felicissima, Meinecke paragona le esperienze di Colonia « alle particolari ore del *risveglio* nella vita del pietista » (391; sottolineatura mia).

Neoplatonismo; contemplazione; intuizione; 'impressioni totali'; illuminazione; risveglio: queste dunque le categorie indicate da Meinecke come caratteristiche di uno storicismo e di un'esperienza storiografica non certo tra i più sprovveduti. Se proviamo a rappresentarci sinteticamente il procedere di una simile esperienza, ci troviamo di fronte, mi pare, a un dinamismo nel quale un'emozione-intuizione iniziale, unitaria, genera un'esplorazione analitica attraverso il molteplice, e questa a sua volta, in momenti privilegiati concessi per grazia non precalcolabile ma neppure arbitraria ai meriti del coraggio e dell'amorevolezza di attenzione, genera una nuova e più matura intuizione-emozione, e così di seguito in una concatenazione di unità e molteplicità alternate dove la prima e l'ultima parola spetta all'unità intuitiva sulla molteplicità erudita e sul lavorio razionale. 'Tacere, vedere'.

Se le cose stanno realmente così, si capisce molto bene la funzione attribuita dal primo storicismo rispettivamente alla «tradizione scritta» e ai «resti del passato» (Meinecke 407 s.): l'una sollecita (e subisce) prevalentemente l'analisi e la ricostruzione razionale; gli altri agiscono prevalentemente sul momento complementare dell'emozione-intuizione, del 'risveglio'.

Qualora si voglia « far rivivere non lettere morte, sibbene la vita vivificante del passato », la « tradizione puramente scritta » (pascolo esclusivo della storiografia e filologia positivistica) non può bastare; essa « per quanto ricca di contenuto spirituale...reca facilmente nel·l'elaborazione dello storico... solo larve esangui... Ma ogni resto del passato, fino ai cocci della preistoria, afferra l'animo aperto con un fascino inesprimibile, perché qui un pezzo della vita passata è anche pieno presente... ». « Questo era il grande vantaggio che Möser possedeva su Herder, e cioè la capacità di vedere nel presente resti del tutto concreti del passato »; ed era questo, naturalmente, il vantaggio che

in grado eminente Goethe possedeva su chiunque altro. «Una tradizione scritta e orale — egli scrive — ... in rarissimi casi è sufficiente: perché essa non può in fondo comunicare il carattere vero di un essere, neppure in cose dello spirito ». Effettivamente, non si può non essere scettici pensando alle possibili fonti di errore e alle lacune della tradizione. Di qui, come osserva Meinecke, il metodo goethiano di affidarsi «ai suoi sensi tenuti desti dall'intelletto, con una saldezza di fede che più tardi doveva assumere un carattere quasi religioso »; di qui il postulato enunciato forse da Goethe per primo, di integrare sempre tradizione e «impressione viva » tratta dai resti presenti del passato, ad esempio dal «presente plastico di ciò che rimaneva dell'antica Roma », «per approssimarsi al fine supremo di una visione meditata e viva del passato, fino a quel punto che è possibile raggiungere alla debolezza umana ».

Un resto autentico, capace di rendere presente il passato 'in persona', concentra in sé — e irradia — un magnetismo infinitamente maggiore di qualunque copia o tradizione, così come per il meditante un teschio vero vale infinitamente più di un teschio riprodotto; non c'è diversità di nozioni, ma di vibrazione, di presenza.

Mi pare di essere così arrivato, attraverso Meinecke, al centro di ciò che volevo dire. Accanto a una storiografia di erudizione, o di comprensione razionale per causas, o ideologica, esiste una storiografia certo non meno legittima che è essenzialmente contemplazione, occasionale o metodicamente perseguita, sempre in ultima analisi 'sopravveniente' per grazia e non coercibile. E come esiste una virtù specifica che è il coraggio contemplativo, esiste una virtù ancora più specifica che è il coraggio contemplativo in storiografia. Lo storico, a mio parere, non può farne a meno. È una virtù strana, perché unisce la più pratica, la più 'etica' delle virtù — il coraggio — alla più 'dianoetica'; ma come i moralisti insegnano da millenni, ogni virtù vera suppone tutte le altre, e quindi lo sguardo contemplativo più puro suppone non solo il coraggio, ma la prudenza (virtù positivistica principe), la temperanza, la giustizia (anche specificamente storiografiche) e così via. Qui vorrei insistere particolarmente sul coraggio. Contemplazione è realismo: coraggio è dunque, per lo storico, non contentarsi della verità convenzionale risultato di un'applicazione corretta delle regole del gioco. Realismo è to realize: coraggio è

dunque, per lo storico, perseverare nella volontà di 'realizzazione' intuitiva del suo oggetto. Lo storico dovrebbe fare ogni giorno la sua mezz'ora almeno di meditazione non-discorsiva sul suo oggetto, non diversamente dai mistici. Quante volte lo storico sa bene di essersi fermato a metà, di avere 'distolto lo sguardo', magari con i migliori pretesti (carriera, congressi, conferenze, riviste, in genere ciò che gli altri si aspettano di sentire e desiderano approvare...). Il serio rapporto a tu per tu con l'oggetto, volte le spalle al resto del mondo, dovrebbe invece essere la Regola.

Coraggio è poi, una volta che sia sopravvenuto, saper cogliere l'atto-attimo spesso impalpabile, spesso sconcertante del 'farsi presenza' dell'oggetto, entro la serie psicologica di atti quasi sempre più corposi, più attendibili e di più sicuro successo nella quale esso è inserito. Coraggio è, ancora, il trepidante e tenace ritrovarlo perché di solito sfugge, fissarlo perché di solito resiste alla formulazione. Si affrettano a presentarsi, e come a schierarsi, formulazioni già bell'e pronte; ma occorre diffidarne: sono spesso false equivalenze, schemi suggeriti da un vecchio linguaggio collaudato, mentre qui è avvenuto l'originario. È un'arte difficile, questa del coraggio contemplativo, in quanto è - quasi contraddittoriamente — un 'lottare per la grazia', cioè per una 'cosa' che non è mai integralmente eluttabile. E che quindi a non volerla sfugge, a volerla troppo sfugge. Un'arte, dunque, di fermezza e di sagace elasticità; di proposito e di abbandono; di tensione e di sospensione; di pianificazione e di trasalimento; di superiore tenacia e di superiore passività.

Sono passi in uno spazio che spaura: perché quando la 'cosa' cercata è sopravvenuta, di colpo il frastuono confortante delle ideologie, mode, aspettative tutt'intorno è cessato; il piede calca il silenzio del vero. Immancabili quindi le tentazioni di spiegare, di capire-presto, di ridurre-a; in una parola: di sottrarsi all'Essere. Perché ciò che ho incontrato non è più uno schema, è finalmente una presenza. E come ogni autentica presenza, essa suscita, con mio sgomento, la mia presenza a me stesso. Sgomento perché io sono nell'essere quanto e come il mio oggetto; anch'io sono come ciò che più non è; insieme siamo e insieme siamo-per-non-essere; ed ecco io vengo reso simultaneamente reale e 'spettrale', secondo la parola di Goethe.

Ma anche ecco il passato dischiudersi finalmente nella luce sua propria, e al di là dei reagenti euristici, delle chiavi ideologiche, di ogni attualizzazione strumentalizzante, di ogni inquadramento intellettuale in insiemi logici più ampi, ecco l'essere 'che era perduto' ricongiungersi all'essere: ineffabile riconoscimento che sembra (le testimonianze in questo senso vanno almeno da S. Agostino a Proust) non poter avvenire in altro medium, con altro supporto che l'eterno. Ecco quindi, accanto allo sgomento, una misteriosa gioia e come un presentimento di sopratemporale salvezza (vedi n. 6).

La fenomenologia dell'atto di contemplazione storica potrebbe essere proseguita, nell'ambito di una fenomenologia generale del contemplare. Sarebbe istruttivo approfondire, ad esempio, i motivi per cui l'illuminazione si produce sempre ex abrupto e istantaneamente: ἐξαίφνης, come diceva significativamente Platone a proposito dell'illuminazione sapienziale, cui contrapponeva il processo discorsivo della dialettica e il tirocinio volitivo delle virtù, svolgentisi invece in una temporalità di tipo continuo (cf. Simposio 210e, Lettera VII 341d). L'illuminazione in storia si apparenta, per questo aspetto, anche al satori del buddismo Zen. I rapporti tra lavorio preparatorio e illuminazione, qui tra studio metodico del passato e unzuberechnende Wirkung des Altertums (Goethe), sono ancora largamente ignoti.

Si potrebbero anche indicare altre 'armoniche' (oltre lo sgomento e la gioia) caratterizzanti l'esperienza diretta, per 'realizzazione', della verità storica: sentimento dell'obbligazione di testimoniarla (su questo punto le analisi di Proust danno un contributo prezioso); stupore, trasalimento, straniamento, brivido (« das Schaudern ist des Menschen bester Teil »); forse sorriso, ironia; forse malinconia.

Una volta completata questa fenomenologia della contemplazione storica, andrebbe fatto il confronto puntuale con gli altri tipi di storiografia, perché è nel contrasto che le strutture essenziali trovano il loro chiarimento definitivo. Sarebbe di grande interesse, in particolare, il confronto con gli indirizzi che possono raggrupparsi intorno allo *Schlagwort* ermeneutico della 'storicità dell'intendere'; direi che nella versione 'esistenzialistica' (Heidegger-Bultmann-Gadamer) molto più che in quella

(neo) idealistica, la tesi della connessione inevitabile e creativa tra attualità-situazionalità dell'interprete e comprensione storica può — fruttuosamente, anzi — coordinarsi con l'accentuazione del momento contemplativo in storiografia. Sarebbe per esempio possibile mostrare, sviluppando accenni fatti poco sopra, che non c'è contemplazione senza uno stato di 'appercezione esistenziale' in cui l'essere risvegliato è presente a se stesso, e che questo stato è più frequente e più netto nei momenti o nei periodi di 'esposizione 'esistenziale (malattie, viaggi, incertezze profonde, comunque situazioni-limite e interruzioni dell'abitudinario); e concluderne che la storicità in senso attivo è generatrice di storiografia anche contemplativa. Del resto il dinamismo del ricordare ci illumina in proposito: le stagioni, le ore, riportano le omologhe stagioni, ore; sono le occasioni 'diurne' (incontri, lavoro) a suscitare — se Freud ha ragione — le associazioni oniriche con il thesaurus 'notturno' dei ricordi inconsci; del nostro passato rivive in genere ciò che di volta in volta, nelle varie fasi di vita, ci serve; insomma noi abbiamo in certo modo tanto passato quanto abbiamo presente, abbiamo il passato che ci meritiamo.

Soprattutto il confronto andrebbe fatto tra contemplazione storica e storiografia ideologica, nel doppio senso di guidata da un'ideologia presa come chiave per la comprensione storica, e di politicamente impegnata a risvegliare-utilizzare il passato per le lotte del presente (l'esempio oggi più ovvio è quello della — o di una, comunque tipica — storiografia marxista; ma cambiando i nomi, ci si troverebbe di fronte per esempio ai motivi « eticopedagogici » caratteristici, per Meinecke, della storiografia illuminista). Si troverebbe, ripercorrendo le 'note' della contemplazione storica, un'opposizione punto per punto. Alla contemplazione si opporrebbe la spiegazione, l'inquadramento, la storiografia intesa come essa stessa prassi; all'intuizione, una logica costruttiva e dialettica; alla 'impressione totale', il privilegiamento sistematico di un 'fattore' ritenuto trascurato e causalmente decisivo: all'illuminazione imprevedibile, il riconoscimento del già conosciuto; al risveglio, il consolidamento delle pareti domestiche degli schemi di pensiero acquisiti. Svalutata l'emozione, disinnescato il diretto magnetismo dei resti dell'antichità: alto su tutto, e tacitante tutto il resto, il rombo quasi industriale del funzionamento della

ragione. Non più l'impalpabile coraggio contemplativo, la tenacia in punta di piedi di fronte all'oggetto, la grazia e l'esercizio dello sguardo, ma il vistoso coraggio delle idee e delle parole grosse, lo smontamento sistematico dell'oggetto per vedere cosa c'è dentro, il rifiuto della grazia e l'esercizio della manipolazione. Qui, certo, non esiste più il problema dei modi di fissare l'impressione profonda e fuggitiva. Allo sgomento della rivelazione sopravveniente, alla misteriosa gioia del riconoscimento dell'essere si sostituiscono l'esaudimento dell'*Entlarvungstrieb*, la soddisfazione dello smascheramento e del saperla più lunga, l'adagio trionfale dell'inflessibile, virtuosistico ridimostrare per ogni fatto nuovo la sua obbedienza. Al limite, null'altro che il passo pesante dell'apparato infallibile di spiegazione.

È chiaro, al tempo stesso, che i 'difetti' della storia ideologica sono anche (al di fuori delle ipotesi estreme e caricaturali) altrettanti pregi: basta rileggere, per convincersene, l'elenco dei caratteri or ora sommariamente individuati senza contrapporli a quelli della storiografia contemplativa. La storiografia ideologicai come individuazione di aspetti parziali, è utile, forse insostitui, bile; non possono contestarsi i meriti storiografici delle grandideologie religiose e politiche, fino al passato anche prossimo. Ma in tempi nei quali davvero non occorre l'elogio dell'attività, può essere giustificato l'elogio della passività. Passività, s'intende, nell'ambito conoscitivo, e non certo nel senso di accondiscendenza, di evasione o di conformismo politici e culturali: passività nel senso in cui per esempio Aristotele nel De Anima distingue intelletto attivo e passivo, o in cui i mistici parlano di uno stato di contemplazione infusa o passiva come superiore a quello di meditazione attiva. L'esercizio di (o l'abbandono a) una passività di questo tipo è ben lungi dal restare sempre chiuso in se stesso; in molti casi ne nasce la più attiva (anche se non attivistica) delle prassi. Ma certo esistono anche i pericoli, complementari, dello storicismo contemplativo.

Un altro confronto di grande interesse sarebbe quello con la storiografia *strutturalista*. Anche qui, si avrebbe verosimilmente opposizione punto per punto. Ma queste note sono ormai troppo lunghe. L'essenziale è che, anche a proposito di storiografia, non

possa accreditarsi un modello di uomo nel quale, tra i dati fattuali ineliminabili da comporre, manchi l'atto di contemplazione.

6. Storia e 'tempo perduto'.

Talmente tutto, a proposito di Proust, è stato già detto, che resta solo l'essenziale: prendersi, glaner, senza altre pretese, ognuno quello che gli serve: le formiche si allontanano cariche dal cumulo brulicante. A me serve, qui, l'idea di 'redenzione del tempo', di 'salvezza di ciò che andrebbe perduto', nella Recherche.

Erodoto, come ricorda Löwith, dice di intraprendere il suo 'ricercare' storico, il suo ἱστορεῖν, «affinché le azioni degli uomini non vadano perdute col tempo ed opere grandi e mirabili non rimangano senza fama ». 'Ricerca' simile, ma più profonda, infinitamente più avvertita e complessa — e disperata, incondizionata, questione di vita o di morte — quella del proprio tempo perduto in Proust.

Scrive Proust (la frase è riportata da Maurois nella prefazione dell'edizione Pléiade, da cui cito qui nel seguito): « Ne pas oublier qu'il est un motif qui revient dans ma vie... plus important que celui de l'amour d'Albertine, c'est le motif de la ressouvenance, matière de la vocation artistique... Tasse de thé, arbres en promenade, clochers, etc. ». Per comprendere questo motivo fondamentale possiamo, tralasciando altri esempi significativi, attenerci alle tre indicazioni di Proust; modifico solo l'ordine degli episodi, così da disporli in ordine di chiarezza e rilevanza crescente per il nostro argomento.

Siano dunque primi gli arbres en promenade, la siepe delle aubépines di Combray (p. 138 s.).

Mais j'avais beau rester devant les aubépines à respirer, à porter devant ma pensée qui ne savait ce qu'elle devait en faire, à perdre, à retrouver leur invisible et fixe odeur, à m'unir au rythme... elles m'offraient indéfiniment le même charme avec une profusion inépuisable, mais sans me laisser approfondir davantage, comme ces mélodies qu'on rejoue cent fois de suite sans descendre plus avant dans leur secret. Je me détournais d'elles un moment, pour les aborder ensuite avec des forces plus fraîches...

Puis je revenais devant les aubépines comme devant ces chefsd'oeuvre dont on croit qu'on saura mieux les voir quand on a cessé un moment de les regarder, mais j'avais beau me faire un écran de mes mains pour n'avoir qu'elles sous les yeux, le sentiment qu'elles éveillaient en moi restait obscur et vague, cherchant en vain à se dégager... Elles ne m'aidaient pas à l'éclaircir, et je ne pouvais demander à d'autres fleurs de le satisfaire.

Abbiamo in questo passo una prima esposizione del tema che Proust chiama ressouvenance, senza che apparentemente nulla si riferisca al ricordare. Esso si manifesta qui nel tema (come poi scopriremo, equivalente) del 'dovere di fronte a un oggetto o a un momento misteriosamente 'vocanti', 'significanti' (anche nel senso di 'facenti segno', 'segnifacenti')'. L'oggetto aubépines non irradia, almeno non principalmente, luci movimento profumi: ma un sentimento di obbligazione. Lo spettatore trasalisce ed è vincolato. Lo sforzo di ritrovare è intento, accorto, già quasi doloroso. Con ogni mezzo viene cercata, forzata, corteggiata un'illuminazione intellettuale che si rifiuta.

Il tema qui appena toccato si amplia in uno svolgimento di varie pagine (178-182) nel secondo episodio indicato da Proust, clochers. Situazione di partenza: il 'narratore' ha rinunciato per sempre alla speranza di diventare uno scrittore celebre; il dolore per il fallimento è tale, che il pensiero stesso di un avvenire poetico s'inibisce da sé ogni volta che si presenta alla mente. Allora...

Alors, bien en dehors de toutes ces préoccupations littéraires et ne s'y rattachant en rien, tout d'un coup un toit, un reflet de soleil sur une pierre, l'odeur d'un chemin me faisaient arrêter par un plaisir particulier qu'ils me donnaient, et aussi parce qu'ils avaient l'air de cacher, au delà de ce que je voyais, quelque chose qu'ils m'invitaient à venir prendre et que malgré mes efforts je n'arrivais pas à découvrir. Comme je sentais que cela se trouvait en eux, je restais là, immobile, à regarder, à respirer, à tâcher d'aller avec ma pensée au delà de l'image ou de l'odeur... qui, sans que je pusse comprendre pourquoi, m'avaient semblé pleines, prêtes à s'entr'ouvrir, à me livrer ce dont elles n'étaient qu'un couvercle. Certes ce n'était pas des impressions de ce genre qui pouvaient me rendre l'espérance que j'avais perdue de pouvoir être un jour écrivain et poète... Mais le devoir de conscience était si ardu, que m'imposaient ces impressions... — de tâcher d'apercevoir ce qui se cachait derrière elles, que je ne tardais pas à me chercher à moi-même des excuses, qui me permissent de me dérober à ces efforts et de m'épargner cette fatigue... Alors je ne m'occupais plus de cette chose inconnue... et ainsi s'entassaient dans mon esprit... un toit, un son de cloche, une

odeur de feuilles, bien des images différentes sous lesquelles il v a longtemps qu'est morte la réalité pressentie que je n'ai pas eu assez de volonté pour arriver à découvrir. Une fois pourtant... j'eus une impression de ce genre et ne l'abandonnai pas sans un peu l'approfondir... Au tournant d'un chemin j'éprouvai tout à coup ce plaisir spécial qui ne ressemblait à aucun autre, à apercevoir les deux clochers de Martinville, sur lesquels donnait le soleil couchant... Je ne savais pas la raison du plaisir... et l'obligation de chercher à découvrir cette raison me semblait bien pénible: j'avais envie de garder en réserve dans ma tête ces lignes remuantes au soleil et de n'y plus penser maintenant... Le cocher... avant à peine répondu à mes propos, force me fut, faute d'autre compagnie, de me rabattre sur celle de moi-même et d'essayer de me rappeler mes clochers. Bientôt leurs lignes et leurs surfaces ensoleillées, comme si elles avaient été une sorte d'écorce, se déchirèrent, un peu de ce qui était caché en elles m'apparut, j'eus une pensée qui n'existait pas pour moi l'instant avant, qui se formula en mots dans ma tête, et le plaisir... s'en trouva tellement accru que, pris d'une sorte d'ivresse, je ne pus plus penser à autre chose...

Sans me dire que ce qui était caché derrière les clochers de Martinville devait être quelque chose d'analogue à une jolie phrase, puisque c'était sous la forme de mots qui me faisaient plaisir que cela m'était apparu,... je composai malgré les cahots de la voiture, pour soulager ma conscience et obéir à mon enthousiasme, le petit morceau suivant...

Je ne repensai jamais à cette page, mais à ce moment-là, quand, au coin du siège où le cocher... plaçait habituellement les volailles.., j'eus fini de l'écrire, je me trouvai si heureux, je sentais qu'elle m'avait si parfaitement débarrassé de ces clochers et de ce qui se cachait derrière eux, que comme si j'avais été moi-même une poule et si je venais de pondre un oeuf, je me mis à chanter à tue-tête.

Anche qui ho sottolineato i passi più significativi per la nostra analisi. Fallimento creduto della propria vocazione letteraria; ma misteriosa (in)vocazione racchiusa in impressioni, in 'cose'; piacere inconfondibile unito a sentimento di obbligazione di pervenire a (e di schiudere, liberare) quell'oltre che le cose contenevano; tentazioni di viltà, di infedeltà alla chiamata che sembra annunciare un compito o un destino faticoso, doloroso; imprevista ispirazione a (de)scrivere; sentimento di trionfo, di felicità, di liberazione e di coscienza a posto (si noti anche il passaggio dal registro del piacere a quello della gioia) dopo avere scritto. E già un accenno alla vittoria della parola sulla morte. Poche volte (o mai?) una vocazione di scrittore è stata colta nella sua genuinità radicale con tratti così puri.

Ma anche qui c'è da chiedersi in cosa consista la principalità del motif de la ressouvenance, che è appena accennato incidentalmente.

La terza indicazione di Proust, tasse de thé, rinvia ovviamente all'episodio fondamentale della madeleine, di cui, sebbene debba considerarsi notorio, è forse necessario sottolineare i passi per noi salienti (p. 44-48).

Tout cela était en réalité mort pour moi. Mort à jamais?...

Je trouve très raisonnable la croyance celtique que les âmes de ceux que nous avons perdus sont captives dans quelque être inférieur... perdues en effet pour nous jusqu'au jour, qui pour beaucoup ne vient jamais, où nous nous trouvons passer près... de l'objet qui est leur prison. Alors elles tressaillent, nous appellent, et sitôt que nous les avons reconnues, l'enchantement est brisé. Délivrées par nous, elles ont vaincu la mort et reviennent vivre avec nous.

Il en est ainsi de notre passé. C'est peine perdue que nous cherchions à l'évoquer, tous les efforts de notre intelligence sont inutiles. Il est caché... en quelque objet matériel... que nous ne soupçonnons pas. Cet objet, il dépend du hasard que nous le rencontrions avant de mourir, ou que nous ne le rencontrions pas...

Au moment où la gorgée... toucha mon palais, je tressaillis, attentif à ce qui se passait d'extraordinaire en moi. Un plaisir délicieux m'avait envahi, isolé, sans la notion de sa cause. Il m'avait aussitôt rendu les vicissitudes de la vie indifférentes, ses désastres inoffensifs, sa brièveté illusoire, de la même façon qu'opère l'amour, en me remplissant d'une essence précieuse: ou plutôt cette essence n'était pas en moi, elle était moi. J'avais cessé de me sentir médiocre, contingent, mortel. D'où avait pu me venir cette puissante joie? Je sentais qu'elle était liée au goût..., mais qu'elle le dépassait infiniment... Je bois une seconde gorgée où je ne trouve rien de plus que dans la première, une troisième... Il est temps que je m'arrête, la vertu du breuvage semble diminuer. Il est clair que la vérité que je cherche n'est pas en lui, mais en moi... Je pose la tasse et me tourne vers mon esprit... Il est en face de quelque chose qui n'est pas encore et que seul il peut réaliser, puis faire entrer dans sa lumière.

Et je recommence à me demander quel pouvait être cet état inconnu, qui n'apportait aucune preuve logique, mais l'évidence, de sa félicité, de sa réalité devant laquelle les autres s'évanouissaient. Je veux essayer de le faire réapparaître. Je rétrograde par la pensée au moment où je pris la première cuillérée de thé. Je retrouve le même état, sans une clarté nouvelle. Je demande à mon esprit un effort de plus, de ramener encore une fois la sensation qui s'enfuit. Et, pour que rien ne

STORIA E DIARIO III7

brise l'élan dont il va tâcher de la ressaisir, j'écarte tout obstacle, toute idée étrangère, j'abrite mes oreilles et mon attention contre les bruits de la chambre voisine. Mais sentant mon esprit qui se fatigue sans réussir, je le force au contraire à prendre cette distraction que je lui refusais, à penser à autre chose, à se refaire avant une tentative suprême. Puis une deuxième fois, je fais le vide devant lui, je remets en face de lui la saveur encore récente de cette première gorgée et je sens tressaillir en moi quelque chose qui se déplace, voudrait s'élever, quelque chose qu'on aurait désancré, à une grande profondeur...

Certes, ce qui palpite ainsi au fond de moi, ce doit être... le souvenir... Arrivera-t-il jusqu'à la surface de ma claire conscience...? Dix fois il me faut recommencer, me pencher vers lui. Et chaque fois la lâcheté qui nous détourne de toute tâche difficile, de toute oeuvre importante, m'a conseillé de laisser cela...

Et tout d'un coup le souvenir m'est apparu... quand d'un passé ancien rien ne subsiste, après la mort des êtres, après la destruction des choses, seules... l'odeur et la saveur restent encore longtemps, comme des âmes, à se rappeler, à attendre, à espérer, sur la ruine de tout le reste, à porter sans fléchir, sur leur gouttelette presque impalpable, l'édifice immense du souvenir.

Et dès que j'eus reconnu le goût du morceau de madeleine... tout Combray et ses environs, tout cela qui prend forme et solidité, est sorti, ville et jardins, de ma tasse de thé.

Ai tre episodi riportati potrebbero accostarsene altri, probanti; ma questi indicati da Proust stesso forniscono già tutti gli elementi per un chiarimento definitivo di ciò che spinge alla ricerca — e alla ricerca letteraria — del tempo perduto. Prima di proporre la risposta, vorrei ancora arrestarmi un attimo all'analisi dell'ultimo episodio. In esso si ritrovano tutte le unità tematiche elementari individuate nei due episodi precedenti, vere e proprie invarianti (anche e forse soprattutto quando i termini divergono) dell'esperienza che Proust intende descrivere; ma si aggiungono due novità.

Anzitutto altre unità tematiche vengono introdotte e unità precedenti accentuate. Segnalerei: a) il 'trasalimento' (tre volte: delle cose stesse — elles tressaillent; del soggetto — je tressaillis; della 'cosa' interna al soggetto, del ricordo — je sens tressaillir en moi...: mi pare siano le tre ipotesi logicamente possibili); b) il 'perduto' (e 'ritrovato'); c) accentuazione dell'unità tematica 'morte'; d) accentuazione del tema dell'obbligazione, dell'applicazione contemplativa, qui veramente di un'intensità eroica, ma,

come già nell'episodio aubépines, anche accorta, elastica: rinvio a quanto detto in 5. sui caratteri della lotta per l'illuminazione; e) incomparabile approfondimento dell'unità tematica 'gioia': pur mantenendo tutti i caratteri psicologici già visti, la gioia si chiarisce qui nel modo più esplicito come di natura ontologica (sul punto tornerò subito).

La seconda e principale novità di questo episodio è che tutto ciò che prima veniva attribuito alla formulazione in parole viene ora attribuito al ritrovamento nel ricordo. C'è finalmente da chiarire, a questo punto, come Proust abbia potuto raggruppare tutti e tre gli episodi sotto il motif de la ressouvenance, che appare solo nel terzo. Grave svista, o imprecisione in superficie che tanto più significativamente rivela l'unità dell'intuizione profonda?

Non c'è dubbio che la seconda ipotesi è quella giusta. Proust ha visto nei tre casi una stessa cosa, quella che veramente gli stava a cuore, quella che spiega unitariamente le ragioni ultime della obbligazione letteraria e dell'obbligazione di reminiscenza. Parola e reminiscenza sono oggetto di un medesimo dovere, che si manifesta con le stesse modalità e nelle stesse circostanze, che si adempie con la stessa dedizione e gli stessi accorgimenti, perché hanno la medesima virtù. Che è precisamente virtù di salvezza. Così si spiega, nei due casi, l'identico sentimento di obbligazione, o forse meglio di angoscia di fronte all'omissione, al passar oltre, al lasciar cadere. Nei due casi qualcosa si trova chiuso negli oggetti o nelle impressioni, qualcosa che attende di esserne liberato, salvato, come da uno stato di cattività o di morte. Se le cose, mortali e mute, non accederanno alla parola, saranno perdute; se il passato, mortale anch'esso e muto, non accederà, nel ricordo, al presente, sarà anch'esso perduto. Perciò le cose « trasaliscono e invocano »; perciò il passato «trasalisce», «palpita», «si dibatte» e le occasioni uniche della reminiscenza, gli odori, i sapori, restano ancora a lungo protesi, dopo la morte degli esseri, «ad attendere, a sperare ». Le cose, il passato invocano silenziosamente una liberazione che è liberazione dalla morte e dalla privazione di significato, cioè precisamente salvezza: « Da noi liberate, esse hanno vinto la morte e tornano a vivere insieme con noi ».

Questa salvezza delle cose e del passato è simultaneamente salvezza del soggetto dell'atto di parola o di reminiscenza. La

salvezza gli si annuncia, presentita e oscura, come piacere; gli si manifesta, in piena luce, come gioia. Quando finalmente ha scritto ciò che stava chiuso « al di là » dei campanili di Martinville, il 'narratore' canta con la letizia di una gallina che abbia appena fatto l'uovo; quando è prossimo a ritrovare il passato prigioniero nel tè, e tanto più quando lo ha finalmente riconosciuto, la gioia stessa della realtà lo inonda. Perciò il sentimento di obbligazione è così forte, angoscioso: insieme con la salvezza delle cose, ne va della salvezza del soggetto. La ricerca di questa salvezza è precisamente la *Recherche*.

Questa salvezza non è principalmente morale, anche se l'acquetamento della coscienza le si accompagna; è ontologica. La parola e la reminiscenza vincono la morte e la privazione di significato delle cose e del soggetto. « Avevo cessato di sentirmi mediocre, contingente, mortale »: gli aggettivi sono scelti con precisione e completezza da ontologo. «Quello stato sconosciuto... portava con sé... l'evidenza della sua felicità, della sua realtà ». La salvezza cercata è salvezza dell'essere; salvezza dal tempo. Credo che Proust non avrebbe obbiettato nulla se gli si fosse detto che dal punto di vista filosofico il titolo del suo libro era, già prima di Heidegger, Essere e tempo. L'esistente anela all'essere per salvarsi dal tempo, col tempo: cioè non evadendo dal tempo come da una spoglia che va abbandonata, ma facendo accedere il tempo, in ogni suo particolare, all'eternità. Su questo punto le citazioni proustiane (di quello che si potrebbe chiamare il peculiare platonismo o neoplatonismo proustiano) sarebbero innumerevoli (2). Del resto, ciò che comunica una sensazione di eter-

⁽²⁾ Come ho detto all'inizio, non pretendo di proporre un'interpretazione originale, ma solo intendo estrarre da Proust ciò che mi sembra utile; in questo caso, utile per capire il fare storia. Le conferme autorevoli della legittimità di un'interpretazione ontologica di Proust non mancano. Mi limito a citare (sono i primi che mi vengono in mente) due critici così diversi come Maurois (nella già ricordata Prefazione) e Pierre de Boisdeffre, in Métamorphose de la littérature, vol. II (De Proust à Sartre), Paris, 1951, spec. il cap. La métaphysique de Proust, 77-87; cf. 91: «L'apport de Proust à la littérature européenne peut se résumer en trois novations: une psychologie de la temporalité — une mécanique des passions — une expérience ontologique. C'est ce dernier aspect du Temps Perdu qui est sans doute le plus original ».

nità nella reminiscenza è proprio una specie di oscuro contatto immediato con la realtà permanente in noi sotto il cambiamento, cioè, agostinianamente, con l'anima. L'istante di « cessazione della contingenza e della mortalità » di cui parla Proust è appunto 'instasi' per contatto (immediato, sperimentale) con l'anima'. La ricerca del tempo perduto è simultaneamente, e più profondamente, ricerca dell'anima, dell'eterno. Non avrebbe senso, altrimenti, cercare un tempo perituro quanto il presente, anzi già perito; e il ritrovarlo non avrebbe altra virtù che generare una disperata malinconia. Ciò che viene trovato è invece saldo, indistruttibile. Ma non è (altro punto fondamentale) esterno al soggetto: è l'indistruttibilità (con le cose) del soggetto stesso, nella sua individualità irripetibile: con tutto il suo tempo, appunto, cioè con tutta la sua storia. «Ou plutôt cette essence n'était pas en moi, elle était moi ».

Il motif de la ressouvenance, matière de la vocation artistique si chiarisce quindi come motivo della salvezza dell'essere-neltempo attraverso la reminiscenza e la parola; non ogni parola, s'intende, ma la parola poetica. Ed è chiaro che in questa impresa il primato spetta in definitiva alla parola: perché il ricordo da solo sarebbe anch'esso nuovamente travolto una volta affiorato, senza la parola che lo salva. Scrivere il libro di sé non è appunto per Proust che fondare la salvezza di sé in quanto sé: cioè non per assorbimento in una gloria oggettiva e trascendente, ma per glorificazione di sé in quanto sé, universalizzazione e comunicazione della stessa individualità e unicità. La struttura di questa salvezza è dunque avvicinabile a quella della salvezza religiosa, e specificamente cristiana. Ma prima di svolgere questo aspetto, è utile analizzare un pò meglio come avviene la salvezza del tempo proustiana.

Salvare significa per Proust far accedere a una sostanza o a un modo d'essere superiore. Il meccanismo è identico nel caso della reminiscenza e in quello della parola. Per meglio chiarirlo, e confermare quanto profondamente questo schema soteriologico sia radicato al centro dell'essere di Proust, possiamo ricorrere all'atteggiamento fondamentalmente analogo di Proust di fronte ad argomenti connessi, per esempio quello dell'efficacia della metafora. Scrive Proust (citato da Maurois): « On peut faire se

succéder indéfiniment, dans une description, les objets qui figuraient dans le lieu décrit; la vérité ne commencera qu'au moment où l'écrivain prendra deux objets différents, posera leur rapport, analogue dans le monde de l'art à celui qu'est le rapport unique de la loi causale dans le monde de la science... ou même... quand, en rapprochant une qualité commune à deux sensations, il dégagera leur essence en les réunissant l'une à l'autre pour les soustraire aux contingences du temps, dans une métaphore... ».

La virtù della metafora è quella stessa della parola poetica in genere e della reminiscenza: salvare l'essere dalle contingenze del tempo. E il modo, il meccanismo della salvezza è lo stesso nei tre casi. Tutto avviene come se: riunire il passato al presente fosse salvarli entrambi in un tempo diverso e superiore; unire le cose alla parola loro appropriata fosse salvarle entrambe in un modo d'essere diverso e superiore; unire i concetti di due cose nella metafora fosse salvare quelle cose, distanti e disperse, in un modo d'essere diverso e superiore (3). Lo 'schema soteriologico base' per Proust è dunque: (ri)unione di entità che erano separate (ma che si cercavano) come via di accesso, per entrambe, a un modo d'essere superiore, apparentato all'eterno. L'unione introduce. L'esistente anela all'essere; lo raggiunge nella (ri)unione privilegiata ad altro esistente. Se è così, la frase di Proust riportata all'inizio si rivela non solo non incoerente, ma di un'unità profonda

⁽³⁾ Qualcosa di analogo avviene anche, per esempio, nell'atto del passaggio da singole impressioni sullo stile di un autore all'intuizione sintetica di questo stile nella sua 'essenza'. Si veda la pagina su Bergotte (94): « Un de ces passages de Bergotte, le troisième ou le quatrième que j'eusse isolé du reste, me donna une joie incomparable à celle que j'avais trouvée au premier, une joie que je me sentis éprouver en une région plus profonde de moi-même, plus unie, plus vaste, d'où les obstacles et les séparations semblaient avoir été enlevés. C'est que, reconnaissant alors ce même goût... qui avait déjà été les autres fois, sans que je m'en rendisse compte, la cause de mon plaisir, je n'eus plus l'impression d'être en présence d'un morceau particulier... traçant à la surface de ma pensée une figure purement linéaire, mais plutôt du 'morceau idéal' de Bergotte, ... auquel tous les passages analogues qui venaient se confondre avec lui auraient donné une sorte d'épaisseur, de volume, dont mon esprit semblait agrandi ». La gioia data da un riconoscimento che produce il passaggio dal seriale-lineare alla continuità o all'essenza profonda è appunto la gioia data dalla reminiscenza, dalla formulazione letteraria, dalla metafora.

perfetta, e anche più sorprendente perché dovuta non a una tesi filosofica, ma a un'intuizione inconsapevole di sé, unità germinale, confusa, nella quale il tema fondamentale è tanto più presente quanto meno esplicitamente è avvertito: accanto agli elementi ressouvenance e vocation artistique, la cui unitarietà ormai conosciamo. Proust iscrive infatti amour d'Albertine; ora l'amore ha precisamente la struttura soteriologica dell'unione che introduce a un modo d'essere superiore, come viene detto del resto nell'episodio della madeleine: il ritrovamento inatteso del passato «m'avait aussitôt rendu les vicissitudes de la vie indifférentes. ses désastres inoffensifs, sa brièveté illusoire, de la même façon qu'opère l'amour, en me remplissant d'une essence précieuse: ou plutôt cette essence n'était pas en moi, elle était moi. J'avais cessé de me sentir médiocre, contingent, mortel... ». L'unità profonda della frase in cui Proust descrive separatamente i tre motivi vitali della sua vita è data dunque dall'intuizione germinale di una salvezza dal tempo, anzi del tempo, raggiunta, nella reminiscenza come nella parola come nell'amore, attraverso una forma di (ri)unione.

Se di fronte a questo schema vengono in mente, come già accennato, associazioni heideggeriane (lo scrittore come 'pastore dell'essere', il ricordante-scrittore come 'pastore del tempo perduto ' ...), ancora più pertinente mi pare l'avvicinamento di questa tematica ontologica della salvezza alla tematica biblica. Non è necessario dimostrare che il motivo 'ricerca e ritrovamento di ciò che era (o che si sarebbe) perduto' è motivo tipicamente biblico; per riprendere le associazioni appena occorse, è 'buon' pastore, in Ezechiele (34, 4), precisamente quello che «riconduce la pecora che si smarriva, cerca quella che era perduta » (cf. Matteo 18, 12-14; Luca 15, 4-7); il 'figlio prodigo' viene festeggiato perché « era morto ed è tornato alla vita; era perduto ed è ritrovato » (Luca 15, 24). Ma al di là di associazioni più o meno ingegnose conta ovviamente il fatto che tutta la vicenda biblica si costruisce come vicenda di salvezza. Può essere se mai interessante fermare l'attenzione su qualche punto nel quale la salvezza viene presentata come salvezza non delle persone soltanto, ma, nelle persone, del tempo e delle cose: cioè di quel tempo e di quelle cose che appunto la storia avrà reso umani, e in quanto umani potenzialmente salvati come acquisto dei 'figli di Dio'. Tra i molti passi del Nuovo Testamento il più suggestivo è forse nella *Lettera* ai Romani, 8, 18-23. Lo riproduco con a fronte espressioni di Proust, che mi limito a trarre dal solo episodio della madeleine.

A mio giudizio infatti *i pati*menti che caratterizzano il tempo dell'esistenza attuale meritano appena considerazione paragonati alla gloria che verrà a rivelarsi in noi.

Perché sappiatelo: l'ansioso protendersi di tutta la creazione non è se non impazienza, attesa angosciata

che siano rivelati i figli di Dio.

Se infatti la creazione fu asservita alla vanità, lo fu contro il proprio volere,... e con la speranza di essere un giorno anch'essa liberata: dalla schiavitù del disfacimento, della perdizione, alla libertà della gloria dei figli di Dio.

Sappiamo bene che a tutto oggi non cessa d'innalzarsi ad una voce il *gemito* universale della creazione immersa nel *travaglio del parto*; anzi anche noi, che pure possediamo le primizie dello Spirito, gemiamo interiormente dall'impazienza che avvenga il *riscatto liberatore* del nostro corpo.

Il m'avait aussitôt rendu les vicissitudes de la vie indifférentes, ses désastres inoffensifs, sa brièveté illusoire... en me remplissant d'une essence précieuse... état inconnu, (portant) l'évidence de sa félicité, de sa réalité...

Après la mort des êtres, après la destruction des choses... restent... comme des âmes, à attendre... ou plutôt cette essence n'était

médiocre, contingent, mortel...

pas en moi, elle était moi...

à espérer...

captives... perdues... mort... destruction... ruine...

Délivrées par nous, elles ont vaincu la mort et reviennent vivre avec nous.

Alors elles tressaillent, nous appellent...

tressaillir en moi quelque chose qui se déplace, voudrait s'élever... se débat...

cessé de me sentir médiocre, contingent, mortel... puissante joie...

Pur nelle differenze, su cui non occorre insistere, il parallelismo soteriologico mi sembra evidente. Tutto avviene come se la salvazione umana del tempo in Proust e la sua salvazione divina in S. Paolo fossero isomorte (soprattutto per il punto, essenziale, che si tratta in entrambi i casi di salvezza dell'individualità in quanto tale, con il suo tempo) e per di più come se in S. Paolo una prima salvezza umana (del tipo di quella cui si riferisce Proust) fosse condizione per la salvezza divina. Non ogni tempo e ogni cosa, infatti, si salva, ma solo quelli resi umani. Sono salvi, a rigore, solo i figli di Dio. Ma costoro non esistono isolati dallo ambiente cosmico: ed ecco allora — l'inferenza sembra necessaria — che quanto (e solo quanto) di questo ambiente essi avranno fatto diventare argomento di pensiero, emozione, parola, carne del proprio corpo, storia della propria storia, sarà salvo, accederà anch'esso alla libertà della gloria. Senza la prima salvezza, quella ' proustiana', non sembra poterci essere la seconda e suprema salvezza del tempo e delle cose. Di qui — altrettanto necessariamente. si direbbe -- il dovere cristiano di essere uomini nel senso del fare storia, affinché non sia, dalle omissioni, 'impoverito il πλήρωμα', defraudata la pienezza della comune contemplazione finale. È dunque la storia che salva la κτίσις: 'storia di salvezza', umana anzitutto, divina poi. Il cosmo, che sembra tanto più forte della storia, non si salva se non nella storia.

E diciamo pure che il cosmo, divenuto umanamente storia, divinamente non si salva se non come storiografia. Nella 'gloria', cioè nella 'comunione dei santi' escatologica, non rimarrà, se si ragiona a partire dallo schema di Paolo, che ciò di cui sarà 'serbata memoria'. Non sembra che per Paolo tutto si salvi comunque nell'infallibile 'memoria onnipresente' di un Dio des philosophes. Altrimenti la creazione non attenderebbe nell'angoscia la propria liberazione attraverso la gloria dei figli di Dio. Sopravvive (anzi sopra-vive) solo quella parte del mondo che si sia storicamente incorporata a quel «corpo» liberato dalla divina ἀπο-λύτρωσις. L'essere del mondo non sussiste, dopo il tempo attuale, se non come polifonia delle viventi e trasparenti memorie dei figli di Dio, cioè appunto come ontologica storiografia. Il mondo non è più che memoria, e i santi in comunione sono essi stessi questa memoria.

Ma non si tratta per noi di prolungare queste pur esaltanti speculazioni escatologiche. L'accostamento del passo di S. Paolo a quelli di Erodoto e di Proust ci consente di accertare, al di sopra dei millenni e delle mentalità, quanto intimamente l'attività storiografica (di cui nessuno negherà che sia anzitutto ricostruzione e ritrovamento del passato) risulti connaturata a un'esigenza che è forse la costitutiva esigenza dell'uomo: salvare il tempo, il proprio essere-nel-tempo, di per sé perduto. Chiuso nei proustiani e goethiani 'resti del passato', il tempo già umanamente vissuto — che è anch'esso parte del mio tempo, se io come individuo sono uomo, ma non sono l'umanità - attende, ammutolito, affidato al caso, la liberazione. E questa liberazione - simultanea 'salvezza' del ritrovato e del ritrovante — è appunto la storiografia come ricapitolazione, ἀνακεφαλαίωσις del tempo perduto in quel tempo superiore che scaturisce al risorgere del passato nell'effimero presente, del già perito nel a sua volta perituro.

Questa connaturalità della storiografia (come, già prima, della storia) a un'esigenza di salvezza le pone dei limiti e delle precise richieste. Il passato va salvato non genericamente, ma proprio come individuale e nei suoi struggenti particolari. Tuttavia va salvato; e questo sembra significare qualcosa di diverso dall'essere materialmente conservato. L'imbalsamazione, in un 'archivio assoluto', di tutti i suoni, di tutte le vibrazioni, di tutte le vite, di tutti gli eventi non farebbe che trascinare l'inerte attraverso l'inerte. L'ideale non è la carta geografica grande quanto il territorio da descrivere. Come soddisfare le due richieste contraddittorie?

Se ci atteniamo a Proust (ma direi anche a Goethe), sembra che almeno una indicazione s'imponga: la storiografia dev'essere anche arte, poesia. La fedeltà filologica o poliziesca è del tutto insufficiente, anche se necessaria: perché si riduce allo sforzo di ripristinare frammenti di quel tale archivio assoluto. Il filologolimite si 'perde' anche lui col tempo che va ricercando, perché invece di restituire ciò che è morto alla vita, trasferisce ciò che è vivo nella morte. Il positivista-limite è omogeneo all'inanimato come il ferro delle pale degli scavatori è omogeneo alla pietra del reperto archeologico. Scavare non è far rivivere: scava anche l'aratro del contadino inconsapevole, il terremoto, o la pioggia.

La virtù vivificatrice dell'emozione, intuizione e resa poetica è quindi, stando alla lezione di Proust, indispensabile allo storico che non voglia coallinearsi negli scaffali insieme ai volumi da lui 'riscoperti', nel preciso istante in cui termina il proprio. Questa comunissima, spettrale capacità di diventare passato, di ritornare polvere, nel momento stesso in cui si pretenderebbe di aver sottratto alla polvere il passato!

Si obbietterà che la salvezza poetica è, in una prospettiva radicale, anch'essa comunque 'per la morte'; e che solo la salvezza divina dell'individuale è salvezza nel senso pieno della parola. Certamente; ma si può intanto rispondere che la poesia è salvezza umana dell'individuale ed è, umanamente, la sola. Potremmo dire, usando un'espressione cara a Leibniz, che la poesia, pur non raggiungendo un'infinità assoluta, raggiunge un'infinità secundum quid.

Ma in cosa consiste la virtù ontologica di quella poesia che lo storico, se vuol essere storico, deve riuscire a fare, poiché non ogni parola salva il tempo, l'individuale, ma solo la parola poetica? Questo interrogativo segna i confini del nostro tema. Abbiamo fermato due verità: che la storia — affine anche in questo al diario — è anzitutto intrapresa di salvezza del tempo, ontologica opera d'amore; che non può esserlo senza essere, oltre che esattezza, poesia. Per quanto concerne la virtù ontologica della parola poetica (e in cui oserei vedere la ragione stessa dell'esistenza della parola poetica), è certo che l'analisi dei modi dell'efficacia di quello storico grandissimo che è Proust, dei non pochi scrittori e poeti che sono in quanto tali veri storici, dei pochi veri storici che sono in quanto tali scrittori e poeti, ci porterebbe più vicino al mistero; ma non credo lo chiarirebbe.

«Ciò di cui, in cui, fuori e dentro di cui, viviamo, il mistero: è rimasto ciò che era. È divenuto a noi presente e, con la sua presenza, si è manifestato a noi come salvezza; noi lo abbiamo 'riconosciuto', ma non abbiamo di esso alcuna conoscenza che ci diminuisca o lenisca la sua misteriosità. Noi ci siamo avvicinati a Dio, ma non abbiamo progredito lungo la strada di una spiegazione, di uno scoprimento dell'essere. Noi abbiamo presentito una redenzione (Erlösung), ma non trovato una soluzione (Lösung). Non ci è possibile avvicinare gli altri con ciò che abbiamo ricevuto,

e dire loro: Dovete conoscere questo, dovete compiere quest'altro. Noi possiamo solo andare e avverare» (4). Nell'esperienza umana presa come un tutto, e nell'esperienza poetica, l'ultima parola appartiene all'ineffabile.

⁽⁴⁾ M. Buber, *Das dialogische Prinzip*, Heidelberg 1965 (tr. ital., Milano, 1968), p. 112 s.

La dimensione giuridica

VINCENZO PIANO MORTARI

POTERE REGIO E CONSUETUDINE REDATTA NELLA FRANCIA DEL CINQUECENTO

Il fenomeno della redazione delle coutûmes fece apparire in Francia una forma di produzione normativa da collocare al di fuori degli schemi tradizionali (1).

Prima del Cinquecento le raccolte scritte di norme consuetudinarie avevano avuto natura privata, non avevano mutato nulla alla qualità delle regole di droit coutûmier che vi erano state inserite: si trattava sempre di pure e semplici coutûmes. Nel secolo XVI, invece, ci si trovò di fronte ad un modo molto diverso di compilazioni: queste vennero elaborate per iniziativa pubblica del re; il procedimento fu compiuto secondo disposizioni regie precisamente stabilite; pose perciò sul terreno dei dibattiti dottrinali il problema del tutto nuovo della configurazione giuridica da assegnare al tipo delle consuetudini redatte. Il problema, del resto, lo si osserva facilmente nelle opere dei giuristi del tempo: e costoro non mancarono di compiere considerazioni spe-

⁽¹⁾ Sulla redazione delle coutûmes v. H. Klimrath, Études sur les coutûmes, estratto da Revue de législation et de jurisprudence, t. VI, 1837; F. Olivier-Martin, Histoire de la coutûme de la prévôté et vicomté de Paris, voll. 3, Paris, 1922-1930; La coutûme de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes, Paris, 1925; Histoire du droit français, des origines à la révolution, Paris, 1951, pp. 420-424; A. Lebrun, La coutûme, Paris, 1932, pp. 71-127; R. Filhol, Le premier président Christofle de Thou et la réformation des coutûmes, Poitiers, 1937; La rédaction des coutûmes en France aux XV° et XVIe siècles, in La rédaction des coutûmes dans le passé et dans le présent, Bruxelles, 1962, pp. 63-85; J. P. Dawson, The codification of the French customs, in Michigan Law Review, 1940, pp. 765-800; V. Piano Mortari, Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI, Milano, 1962, pp. 84-94; P. Craveri, Ricerche sulla formazione del diritto consuetudinario in Francia (sec. XIII-XVI), Milano, 1962, pp. 183-208.

cifiche al riguardo nè di stabilire un indirizzo di pensiero con aspetti uniformi e dominanti.

Si aveva l'intervento del re nell'approvazione dei testi delle coutûmes; ad essi era attribuito un valore inderogabile ed ufficiale; i giureconsulti cominciarono inevitabilmente sia a porre dei dubbi sulla possibilità di inquadrare le nuove norme entro lo schema tradizionale della consuetudine, sia a sollevare in proposito ipotesi teoriche diverse. La questione, in effetti, venne numerose volte proposta e dibattuta. Eppure sino ad ora la ricostruzione del dibattito non è stata compiuta dagli storici: i non molti studiosi della redazione hanno mostrato di avvertire la novità, la individualità del fenomeno; si sono preoccupati soprattutto di mettere in luce i punti significativi del procedimento ma non si sono, tuttavia, mai soffermati ad approfondire il carattere del risultato normativo secondo le linee date dai giureconsulti francesi del secolo XVI.

Come è noto, il re Carlo VII manifestò il proposito di mettere in iscritto le consuetudini del regno sin dal 1454 con la celebre ordinanza di Montils-les-Tours.

Il provvedimento all'art. 125 stabilì con chiarezza il fine ed i modi di attuazione delle redazioni: rendere più rapidi i giudizi col togliere incertezza al contenuto della norme da inserire nei testi; individuarne esattamente gli elementi attraverso il contributo degli esperti di droit coutûmier, dei magistrati locali e dei rappresentanti degli stati delle varie circoscrizioni territoriali ma anche attraverso l'opera dei commissari e degli ufficiali regi. Si ricava nettamente dallo stesso articolo 125 dell'ordinanza che il testo delle consuetudini, divenuto ufficiale con il suo valore inderogabile nell'applicazione nei vari territori e nell'eventuale ricorso nei giudizi, doveva essere, da un lato, l'espressione delle singole tradizioni giuridiche provinciali e locali, dall'altro, una manifestazione di volontà del potere regio, data la necessità dell'approvazione e della sanzione del re per mezzo del suo Gran Consiglio o del suo Parlamento: i due organi delegati dal sovrano a fissare definitivamente il testo delle coutûmes (2).

⁽²⁾ V. in Ordonnances du Louvre, t. XIV, pp. 312-313, il testo dell'art. 125 della ordinanza di Montils-les Tours: « Item, et que les parties en jugement, tant

POTERE REGIO 133

Volontà regia e volontà popolare apparivano, come si vede, gli elementi richiesti ai fini di far acquistare obbligatorietà giuridica alle nuove raccolte normative; e la necessità della loro presenza perchè potesse ritenersi compiuta la preparazione dei testi secondo le regole stabilite dal re è sufficiente ad indicare che le coutûmes redatte non dovevano confondersi nè con gli atti tipici del potere legislativo del monarca (ordonnances, lois, edits) nè con le norme tradizionali del droit coutûmier.

Lungo tutta la restante parte del secolo XV dopo l'ordinanza di Montils-les-Tours il processo di redazione fu portato avanti lentamente; e gli scarsi risultati raggiunti, se di solito sono stati spiegati con le difficoltà incontrate nella messa in moto e nei ritardi denunciati per rendere regolare la procedura prevista, debbono avere avuto, invece, i loro motivi effettivi in ragioni

en nostre court de Parlement que pardevant les autres juges de nostre royaume, tant nostres qu'autres, proposent et allèguent plusieurs usages, styles et coustumes, qui sont divers selon la diversité des pays de nostre royaume, et les leur convient prouver, par quoy les procès sont souventes fois moult allongez, et les parties constituées en grans frais et déspens; et que si les coustumes usages et styles des pays de nostredict royaume estoient redigez par escript, les procès en seroient trop plus brefs et les parties soublzlevées de déspenses et mises, et aussi les juges en jugeroient mieux et plus certainement (car souventesfois advient que les parties prennent coustumes contraires en un mesme pays, et aucunezfois les coustumes muent et varient à leur appétit, dont grans dommages et inconvénients adviennent à nos subjectz). Nous voulons abrèger les procèz et litiges d'entre nos subjects et les relever de mises et despens et mettre certaineté ès jugements tant que faire se pourra et oster toutes manières de variations et contrarietez, ordonnons et décernons déclarons et statuons que les coustumes, usages et styles de tous les pays de notre royaulme soyent redigez et mis en escript, accordez par les coustumiers, praticiens et gens de chascun desdits pays de nostre royaulme, lequelz coustumes, usages et styles ainsi accordez seront mis et escriptz en livres, lesquels seront apportez par devers nous pour les faire veoir et visiter par les gens de nostre Grand Conseil ou de nostre Parlement, et par nous les décrèter et conformer. Et iceux usages, coustumes et styles ainsi decretez et confermez seront observez et gardez ès pays dont ils seront, et ainsi en nostre court de Parlement ès causes et procez d'iceulx pays: et jugeront les juges de nostredict royame, tant en nostre court de Parlement que nos baillifs, seneschaux et autres juges selon iceulx usages, coustumes et styles ès pays dont ilz seront, sans en faire autre preuve que ce qui sera escript audit livre: et lesquelles coustumes, styles et usages ainsi escriptz, accordez et confermez comme dit est voulons estre gardez et observez en jugement et dehors ».

più sostanziali: si era delineata una forma del tutto nuova nello stabilire il contenuto delle *coutûmes* che non poteva non incidere nei modi concreti della loro produzione; non erano certo completamente chiari e precisi i limiti di invadenza del potere centrale nei confronti di quelli ritenuti propri e riservati ai rappresentanti del clero, della feudalità e delle autonomie provinciali e locali (3).

In effetti, l'assolutismo era andato accelerando i tempi delle sue pretese; il potere di legiferare si era avviato a divenire una delle prerogative più tipiche della sovranità monarchica; con le redazioni anche il *droit coutumier* era destinato ad entrare sotto il controllo regio.

Nel 1493 nel processo verbale delle consuetudini del baillage di Troyes è detto chiaramente che i testi delle coutûmes dovevano essere portati davanti al sovrano pour les decreter, perchè li approvasse e li rendesse pubblici (4).

Secondo le lettere patenti del 19 gennaio del 1495, il re decise di inviare due commissioni di magistrati del Parlamento per l'esame dei testi preparati nelle assemblee territoriali, ma solo due anni dopo venne trovato il modo di procedere più rapidamente (5). Con la decisione monarchica del 15 marzo del 1497, riportata nel verbale della redazione dell'antica consuetudine di Touraine, Carlo VIII stabilì l'invio di commissari regi a presenziare ed a dirigere l'opera. Infatti, se al balivo era affidato il compito di stendere il testo delle coutûmes, servendosi del consiglio di giuristi e di rappresentanti del clero, della nobiltà e del terzo stato, il progetto doveva essere sottoposto all'esame preliminare dei commissari regi prima che alla loro presenza venisse riunita l'assemblea generale degli stati del baillage e che con la partecipazione di esperti, del procuratore del re e di

⁽³⁾ DAWSON, The codification of the French customs, cit., pp. 770-776; FILHOL, Le premier président Christofle de Thou cit., pp. 82-121, 148-166; R. DOUCET, Les institutions de France au XVI siècle, voll. 1-2, passim; Piano Mortari, Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI cit., pp. 84-94.

⁽⁴⁾ BOURDOT DE RICHEBOURG, Nouveau coutumier général, Paris, 1724, vol. III, p. 267; DAWSON, The codification of the French customs, cit., p. 772.

⁽⁵⁾ BOURDOT DE RICHEBOURG, Nouveau coutumier général cit., vol. IV, p. 639.

POTERE REGIO 135

magistrati locali venisse discusso il testo del progetto articolo per articolo. In caso di disaccordo sul contenuto degli articoli i commissari regi cercavano di trovare soluzioni di compromesso allo scopo di poter giungere ad un'approvazione unanime del testo; il persistere di opposizioni da parte di membri dell'assemblea plenaria non doveva impedire la redazione definitiva, la promulgazione e la registrazione degli articoli approvati; anche quelli non unanimemente approvati venivano promulgati provvisoriamente ma dovevano essere inviati al Parlamento o in casi eccezionali al Consiglio del re perchè tali organi pervenissero ad una decisione definitiva. In casi sempre di eccezione era, infine, il re a decidere i problemi insoluti con lettere patenti. In ogni modo deve essere ben chiaro che la procedura fissata nel 1497 non aveva affatto lo scopo nè di eliminare la sanzione regia ma neppure di diminuirne l'importanza. La sanzione monarchica era un elemento indispensabile per dare valore giuridico e carattere ufficiale alle consuetudini redatte, anche se essa era data normalmente in nome del re dai commissari del sovrano e se nell'assemblea plenaria degli stati la volontà dei varî ordini rimaneva l'altro elemento necessario della redazione (6).

⁽⁶⁾ BOURDOT DE RICHEBOURG, Nouveau coutumier général cit., vol. IV, p. 639: «Charles par la grace de Dieu, Roy de France: A tous ceux qui ces presentes lettres verront, Salut. Comme ainsi soit que plusieurs plaintes et doleances nous eussent et ayent esté faites, tant sur la preueve des Coustumes de nostre Royaume, en laquelle le temps passé se sont trouvées plusieurs fautes et abus, et mesmement en ce que souvent en une mesme jurisdiction s'est trouvé coustumes contraires et différentes avoir esté prouvées, en manière que nos Baillifs, Seneschaux et autres nos Juges ont esté en grand difficulté d'asseoir jugement pour la contrariété et diversité d'icelles coustumes, et aussi que nos subjects le temps passé ont esté grandement interessez et endommagez à cause des grands frais, mises et despens qu'il leur a convenu et convient faire pour la preuve de disdites Coustumes. Pour obvier ausquells inconvénients ayons delibéré y donner provision, et à ceste fin eussions mandé à nosdits Baillifs, Seneschaux et autres Juges de Nostredit Royaume, g'appellez avec eux nos Officiers chacun en sa jurisdiction, les gens d'Eglise, nobles, practiciens et autres gens de bien en ce cognoissans, ils feissent rediger et mettre par escript lesdits Coustumes, et icelles, ensemble leur advis de ce qu'il semblerait devoir être corrigé, adjousté, diminué et interpreté, nous envoyassent pour y pouvoir ainsi que de raison. En fournissant à laquelle nostre Ordonnance grand parties de nos Seneschaux, Baillifs et autres Juges de notredit Royaume nous ayent envoyé les coustumes de leurs Jurisdiction

Dal 1497 la realizzazione delle redazioni prese inizio e svolgimento attivi. Alla metà del Cinquecento il maggior numero di esse era stato compiuto e nella seconda parte del secolo si ebbe una ripresa dell'attività con nuove redazioni o con riforme delle prime raccolte.

Il testo ufficiale delle consuetudini doveva rappresentare l'unico mezzo di prova delle compilazioni; venne vietata a chicchessia la possibilità di mettere in dubbio nei giudizi il contenuto delle loro norme, di sostenere una loro modifica, una loro soppressione o di consentire nei luoghi delle redazioni il ricorso a

escriptes en cahiers, signées et appointées... Et aussi que par la forme et solemnité qui se gardera en la publication desdites Coustumes, se pourront seurement vuider toutes les difficultez que l'ont pourroit ou voudroit faire sur icelles. Et mesmement que pour faire la dite publication, seront derechef convoquez et appelez lesdits trois Estats en chacun Baillage, Seneschaussée et Jurisdiction, et en leur présence seront leues et ouvertes les difficultéz trouvées en icelles par ceux desdits premiers Commissairez qui aureont la charge de faire ladite publication, et leur advis pour le tout estre accordé par lesdits Estats, et si aucun discord ou differand advenit, sur lequel lesdits Estats ne se peussent accorder, seront lesdites difficultez, discords et differends redigez et mis par escript avec les raisons de leusdits differends, pour estre par nous mis ordre et donné fin, le demourant d'icelles Coustumes accordées entierement publier, et que ce seroit long circuit de faire préalablement communication avec aucuns de la dite court (de Parlement), et de rechef assembler les gens desdits Estats pour veoir ce que seroit decidé et en quoy pourroit de rechef cheoir differend et discord, lequel il faudroit de rechef rapportez par devers nous. Porce est-il que nous voulans mettre fin en la dite matière ... voulons et ordonnons que toutes et chacunes lesdites Coustumes qui ont esté venues et visitées par nosdits premiers Commissaires ... soient publiées en chacun de nosdits Baillages, Seneschaussées et autres nos Jurisdictions, porveu qu'en faisant ladite publication soit gardée et observée la solemnité dessusdite. C'est à sçavoir que ... lesdits differends qui se pourroient terminer soient rapportez devers nous pour en estre ordonné ainsi que verrons estre à faire. Et neantmoins voulons tous et chacuns les articles qui seront accordez par lesdits Estats ou la plupart et saine partie d'iceux, et nosdits premiers Commissaires estre publiez. Et dès maintenant pour lors, et dezdeslors pour maintennant les Coustumes contenues en iceux articles accordez en la manière dessusdite, de nostre certaine science et propre mouvement, palin puissance et auctorité Royale, avons decrété et auctorité, decretons et auctorisons par ces presentes, et icelles voulons estre inviolablement gardées et observées sans enfraindre comme loy perpetuelle, sans ce qu'aucun dorésevant soit reçueu à poser ne prouver coustume contraire ou desrogant à icelles coustumes ainsi publiées... ».

POTERE REGIO 137

consuetudini non redatte oppure non riformate secondo i modi della procedura ricordata più sopra (7).

Tutto ciò lo stabilì esplicitamente il re con lo scopo esclusivo di fissare il testo delle coutûmes prese in esame, non con quello di impedire l'abrogazione per desuetudine di norme consuetudinarie già redatte nè l'eventuale sorgere spontaneo di nuove regole di droit coutumier pur diverse e discordanti da quelle comprese nelle raccolte decretate in nome del re.

In effetti, la promulgazione in nome sovrano aveva fatto perdere ad esse il carattere vero e proprio delle coutûmes.

Da un punto di vista soprattutto formale solo le consuetudini non redatte conservavano la natura giuridica autentica derivante dalla loro origine popolare; e sull'esattezza di tale conclusione non può avere rilevanza alcuna l'indiscutibile ma non ancora ben studiata influenza avuta dai commissari regi nell'opera di preparare le raccolte ufficiali delle coutûmes.

Negli ambiti territoriali prescelti (baillage o provincia) l'assemblea dei rappresentanti degli stati, gli esperti di *droit coutumier*, gli ufficiali ed i commissari regi svolsero in ogni caso una funzione propria e determinante.

Il primo organo appariva sempre quello originariamente creativo del droit coutumier, quello, vale a dire, espressivo del consenso popolare che secondo il concetto giuridico tradizionale costituiva la fonte per eccellenza della coutûme. Le gens de justice erano gli officiers, i practiciens, gli esperti locali del droit coutumier delle varie comunità la cui funzione fu quindi assai importante soprattutto dal punto di vista tecnico-giuridico.

Del resto, anche i commissari erano magistrati scelti in base alle loro particolari capacità e funzioni di natura tecnica; ma a parte l'influenza che essi ebbero nella formazione dei testi delle coutûmes il loro ruolo efficace e indispensabile derivava dal compito che essi svolsero in nome del re: infatti i commissari dopo avere ottenuto l'accordo dei tre ordini sul contenuto da dare agli articoli delle coutûmes esercitavano in qualità di delegati

⁽⁷⁾ Lebrun, La coutûme cit., pp. 76-77. V. soprattutto le note qui citate.

del sovrano il potere di decretare e di promulgare ufficialmente i testi delle consuetudini (8).

Le linee principali dell'*iter* delle redazioni sono queste che si sono ricordate e l'intervento regio nel procedimento non poteva non far avvertire agli studiosi del fenomeno la differenza sorta nel regime positivo della Francia del Cinquecento tra *coutûmes* originarie e consuetudini redatte.

Già nel 1837 Henry Klimrath tenne a sottolineare che l'esecuzione dell'ordinanza di Montils-les-Tours oltre a facilitare la conoscenza e la prova del *droit coutumier* condusse ad un mutamento del carattere delle sue norme e del principio a base della loro forza obbligatoria. Con la redazione, egli scrisse, all'autorità della consuetudini si sostituiva l'autorità di leggi, fondate su elementi di provenienza consuetudinaria ma divenute ormai fisse ed immutabili per il divieto regio di ricorrere nei giudizi dei territori in cui le consuetudini erano state ufficialmente raccolte ad altre non messe in scritto secondo le regole stabilite dal re (9).

Un secolo dopo, nel 1932, il Lebrun non esitò a porre sullo stesso piano delle leggi regie le coutûmes dei testi pubblici del Cinqueento. Esse, al pari delle norme reali, avevano acquistato valore giuridico solo dalla volontà del re; non ebbero perciò nessun rilievo, dal punto di vista del diritto, a conservazione del loro nome di coutûmes, neppure la loro origine di fatto dal comportamento e dagli usi popolari e quindi la loro differenza evidente dalle ordonnances royales che provenivano direttamente dal pensiero del legislatore (10).

Il fenomeno della redazione aveva, insomma, fatto venire alla luce per il Lebrun due principali categorie di coutûmes: quelle messe in iscritto e promulgate dal sovrano, che vennero a perdere la loro natura giuridica originaria; le altre, invece, che non la persero in niente perchè non erano state redatte o perchè sorsero in epoca successiva a queste ultime, dato che il provve-

⁽⁸⁾ FILHOL, La redaction des coutâmes en France aux XV^e et XVI^e siècles cit.

⁽⁹⁾ KLIMRATH, Études sur les coutûmes cit., pp. 4-5.

⁽¹⁰⁾ LEBRUN, La coutûme cit., pp. 81-82.

POTERE REGIO 139

dimento di Montils-les-Tours non ebbe affatto lo scopo di eliminare il *droit coutumier* dalle fonti del regime positivo del regno di Francia (11).

Come si vede, l'avvicinamento alla legge della consuetudine redatta era stato messo in risalto con chiarezza e successivamente fu più volte ribadito in primo luogo da René Filhol (12) ed in seguito da John P. Dawson (13) e direttamente da Piero Craveri (14).

Si trattava di un aspetto importante della storia del diritto francese. Del resto, il problema posto sul terreno da esso non sfuggì all'attenzione dei giuristi del Cinquecento soprattutto quando costoro nella seconda metà di questo secolo si trovarono di fronte al realizzarsi più ampio di tale processo giuridico i cui risultati non potevano essere teoreticamente collocati entro uno degli schemi tradizionali delle fonti del diritto. Ma delle discussioni compiute sull'argomento dai giuristi francesi del tempo non vi sono molti cenni nelle ricerche degli storici che si sono ricordati.

In realtà, l'unico studioso a volgere una qualche attenzione al problema è stato William Farr Church nel suo libro sul costituzionalismo francese del secolo XVI. Lo studio è di notevole rilievo intorno al pensiero politico del tempo e in relazione a ciò l'autore ha cercato di ricostruire le idee anche sull'argomento che qui particolarmente interessa (15).

In Francia l'affermarsi graduale e sicuro dell'assolutismo nella prima metà del Cinquecento mise in risalto sempre più largo il potere legislativo del re e spinse molti giuristi a vedere n el so vrano la fonte principale di creazione delle norme positive.

⁽¹¹⁾ LEBRUN, La coutûme cit., pp. 78-127.

⁽¹²⁾ FILHOL, Le premier président Christofle de Thou et la réformation des coutûmes, passim; La rédaction des coutûmes en France aux XV° et XVI° siècles, passim.

⁽¹³⁾ DAWSON, The codification of the French customs cit., passim.

⁽¹⁴⁾ CRAVERI, Ricerche sulla formazione del diritto consuetudinario in Francia, cit., pp. 188-208.

⁽¹⁸⁾ W. F. Church, Constitutional thought in sixteenth century France, Cambridge, 1941, passim ma soprattutto, pp. 74-178.

Il fatto che Claude Seyssel (1450-1520) nel 1515 abbia sostenuto nel suo scritto *La Monarchie de France* il concetto di una monarchia moderata non gli rese impossibile nella stessa opera di sostenere la visione di un assolutismo monarchico sostanziale di derivazione nettamente romanistica affermando senza mezzi termini: «*Le roi a toute puissance et autorité de commander et de faire ce qu'il veut* » (16).

Uno svolgimento analogo di pensieri si può osservare in Guglielmo Budeo, uno dei giureconsulti e degli uomini di cultura più famosi di allora e da considerare sempre uno degli apologisti maggiori della sovranità regia.

Al pari di Seyssel, Budeo nelle sue Annotationes Pandectarum, edite sin dal 1509, avanzò l'idea di un potere regio moderato, ma pure questo grande umanista nel De asse del 1515 cominciò a delineare la tesi di una monarchia assoluta svolgendola qualche anno dopo in maniera più dettagliata nello scritto L'Institution du prince del 1519 (17). Del resto, nelle stesse Annotationes Pandectarum l'invito dell'autore a Francesco I di compiere in Francia una codificazione sull'esempio di Giustiniano è appunto da porsi in riferimento al proposito di accentuare il potere monarchico nel campo legislativo ed all'idea di indicare e vedere nel sovrano

⁽¹⁶⁾ CL. DE SEYSSEL, La monarchie de France, et deux autres fragments politiques, ed. da J. Poujol, 1961, p. 80. Su Seyssel v. W. R. Lewis, Claude de Seyssel, Ein Beitrag zur politischen Ideengeschichte des 16. Jahrhunderts (Dissertazione d'Heidelberg, t. 65, Heidelberg, 1933); Church, Constitutional thought in sixteenth century France cit., pp. 22-43; L. Gallet, La monarchie française d'après Claude de Seyssel, in Revue historique de droit français et etranger, t. 23, 1944, pp. 1-34. Sulla bibliografia, la vita e l'opera di Seyssel v. inoltre la presentazione fatta da J. Poujol dei testi editi citati, pp. 9-58.

⁽¹⁷⁾ Sul pensiero politico di Budeo v. soprattutto, R. Doucet, Études sur le gouvernement de François I dans ses rapports avec le Parlement de Paris, I, Paris, 1925, p. 20 ss.; Church, Constitutional thought in sixteenth century France cit., p. 43 ss., 62 ss.; R. W. e A. J. Carlyle, A history of medieval political theory in the west, vol. VII, II ediz., Edinburgh a. London, 1950, pp. 293-297; C. Bontemps, L'institution du prince de Guillaume Budé. Introduction in Le prince de la France des XVI-XVII siècles, Paris, 1965, pp. 1-76. Le Annotationes Pandectarum ed il De Asse vanno consultate principalmente nella edizione dell'Opera omnia di Basilea del 1557, il primo scritto nel t. III, il secondo scritto nel t. II. L'Institution du prince può adesso vedersi nella edizione fatta da Bontemps nell'opera più sopra citata.

POTERE REGIO 141

l'unico strumento capace di togliere quella molteplicità di fonti giuridiche in vigore che erano ritenute le cause costanti di confusione e di incertezza del diritto positivo, nonchè le ragioni di debolezza, di mancanza di uniformità e di unità nello Stato francese (18).

I principi del diritto pubblico giustinianeo vennero, come si vede, ampiamente utilizzati in Francia per mettere in risalto le caratteristiche dei poteri del re. Si ricordino Andrea Tiraqueau (1488-1558) e Charles Grassaille (1495-1582), ma non mancò chi come Jean Ferrault (secc. XV-XVI) fece ricorso per gli stessi scopi ad argomentazioni di provenienza canonistica (19) e non romanistica come furono quelle più diffuse nella maggior parte delle opere giuridiche francesi del tempo anche se in riferimento all'oggetto specifico di questo studio è negli scritti di Pietro Rebuffi (1487-1557) e di Bartolomeo Chasseneuz (1480-1541) da rilevare in primo luogo il collegamento teorico tra concezioni assolutistiche della sovranità regia e fisionomia giuridica da attribuirsi alle consuetudini sottoposte al procedimento della redazione.

Pietro Rebuffi fu uno dei giuristi di questi primi decenni del Cinquecento a sottolineare con rigore più forte la pertinenza dell'assolutismo all'ordinamento giuridico del suo paese (20).

Rebuffi affermò senza reticenze che il potere di legiferare ne costituiva uno degli aspetti più significativi (21), ma nel fare atten-

⁽¹⁸⁾ PIANO MORTARI, Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI cit., pp. 35-36.

⁽¹⁹⁾ CHURCH, Constitutional thought in sixteenth century France cit., cap. 2, passim; ma particolarmente J. Poujol, Jean Ferrault and the king's privileges, in Studies in the Renaissance, vol. V, 1958, pp. 1527.

⁽²⁰⁾ Sul pensiero politico di P. Rebuffi non c'è che da vedere Сниксн, Constitutional thought in sixteenth century France cit., p. 43 ss.

⁽²¹⁾ P. Rebuffi, Commentarii in constitutiones seu ordinationes regias, Lugduni 1554, t. I, p. 11: «princeps est solutus legibus ... intelligitur quoad vim coactivam, quia non cogitur a seipso ad observandum legem, nec ab alio quidem, cum non habeat superiorem ... Sed in quantum lex habet vim directivam, princeps est suae legi subditus: quia pater legum est princeps ... ideo propria voluntate eas debet servare ». Ho tratto il testo dall'edizione indicata da Church, Constitutional thought in sixteenth century France cit., p. 63, n. 58: P. Rebuffi, Tractatus de consuetudine, usu et stylo, in Commentariorum in constitutiones seu ordinationes regias libri, Lugduni, 1567, t. 2.

zione alla varietà ed alla molteplicità delle fonti normative esistenti nei territori della monarchia francese mostrò, nello stesso tempo, di essere perfettamente consapevole del posto di rilievo occupato dalle *coutûmes* nel regime positivo.

Nell'ambito territoriale della loro origine le coutûmes, per il giurista, erano quindi importanti fonti di diritto; la loro forza obbligatoria, fondata in primo luogo sul consenso tacito del popolo della comunità, era il riflesso della posizione di importanza riconosciuta sempre alla coutûme. Ma un punto di rilievo è che nel mettere in risalto tutto ciò Rebuffi tenne ad offrire tratti netti di distinzione alle consuetudini sottoposte a redazione. Queste ultime, secondo lui, perdevano del tutto le caratteristiche della loro formazione originaria. Il giurista si soffermò con accuratezza sui singoli momenti del procedimento stabilito dal re per redigerne il testo. Le varie regole venivano messe in iscritto nell'assemblea degli stati ed erano il frutto in primo luogo di un accordo raggiunto tra i rappresentanti degli ordini. Tale fase era ritenuta perciò lo specchio chiaro innanzitutto di un incontro specifico di volontà dei soggetti cui erano destinate le norme da inserire nelle raccolte. Le norme di esse erano, in sostanza, la formulazione scritta delle precedenti consuetudini; ed il richiamo del consenso popolare, previsto dal concetto tradizionale della coutûme, sembrava essere pure il modo di espressione di fatto e certo una forma di manifestazione analoga dal punto di vista del diritto.

Del resto, per poterne raggiungere tutti gli effetti su questo piano era necessario l'atto finale di approvazione regia. Esso col suo intervento veniva a dare aspetto giuridico diverso alle coutûmes redatte; non aveva importanza la persistenza del loro nome di consuetudini anche dopo l'inserimento nelle raccolte ufficiali; secondo il giurista, la finale approvazione sovrana le portava necessariamente sullo stesso piano delle leges, delle norme create dal re (22).

⁽²²⁾ P. Rebuffi, Tractatus de consuetudine, usu et stylo cit., p. 1: «Consuetudo est ius quoddam constitutum...», p. 2: «Et sic hodie leges Regiae consuetudinariae post confirmationem vocari potuerunt? licet antea simpliciter Consuetudines dicerentur quia omnia nostra facimus, quibus authoritatem impartimur... Et quamvis ita scriptae sint tamen non desinunt esse consuetudines... Et antequam

POTERE REGIO 143

Il Rebuffi, insomma, scolpiva in maniera assai incisiva l'ef-

a Principe sint approbatae, privatae dici possunt consuetudines, postea notoriae, et ab omnibus tamquam leges observandae... »; pp. 3-4: «in consuetudine requiritur consensus tacitus populi, vel maioris partis...»; p. 9: « ... (consuetudo) sit ius non scriptum, nisi esset scriptum ad probationem, ut Consuetudines feudorum, quae non propter hoc desinunt habere nomen Consuetudines... et tantae authoritatis hoc ius habetur et in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere ... ideo apparet quod Consuetudo est partim redacta in scriptis, partim moribus tantum utentium est reservata. Quae in scriptis redacta est, constitutio sive ius vocatur. Quae vero in scriptis redacta non est, generali nomine Consuetudo videlicet appellatur...», p. 14: « ... iudices in hoc Regno adiguntur iuramento ad servandum tam ordinationes quam locorum Consuetudines. Non tenentur tamen eas servare nisi rationabiles et licitae fuerint... quod est verum antequam a Rege approbatae sint, sed post approbationem illas sequi debent, et secundum eas iudicare, nec disputare eis licet, an sint licitae »; p. 38: « Primum (rex) statuit, ut in scripturam redigantur Consuetudines, ut Styli ne memoria illorum pereat. Et ut quilibet secundum illos regatur, ac ut Curiae practicantes ab illis non devient; et ut Iudices procedant, et iudicent insequendo illorum verba. Et sic scriptura sit quandoque propter necessitatem probationis eius, de quo agitur, quandoque ut ipsa probatio magis habilitetur, vel propter substantiam eius, quod intenditur... Secundum est, quod communi concordia, et consensu Pragmaticorum fieri illa scripta debent. Nam si unus dicat talem esse Consuetudinem, et alius aliam, non concludetur, nec constituetur Consuetudo; donec dicanici super hoc conveniant: et quod ab illis conclusum, et constitutum fuerit, scribetur, et sic solet fieri, quod potest probari... Tertium, ut Practicantes illius patriae, in qua rediguntur Consuetudines, in hoc conveniant... Quartum, ut Consuetudines sic conventae, ac constitutae, in librum redigantur, qui vocabitur Liber Consuetudinum Parisiensium... seu alterius civitatis, vel oppidi. Et sic Commissarius ut inquirat de his consuetudinibus, non potest alias addere, nec populo praebere, quia ad hoc tantum datus censetur, ut populi Consuetudines in scripturam redigat, qui si addat ex capite suo, tanquam privatus censetur, nec erit lex nec Consuetudo... Quintum vult quod postea sic redactae Consuetudines, et descriptae in libro, ad Principem deferentur, ut eas perspicere faciat per Consiliarios magni Consilii, seu per Curiam Parlamenti, in cuius iurisdictione ea civitas est quae vult Consuetudines approbari. Et eo fit, ut Consuetudines rationabiles Rex approbet, irrationabiles vero ex libro deleat... Sextum hic statuit, quamvis Consuetudo sit tantae authoritatis, ut non requirat confirmationem superioris, quia confirmatur legitimo temporis cursu...», p. 40: « ... tamen hic vult eas confirmare, et decretum super illis imponere, ne de caetero dubitetur de usu, et authoritate illarum. Et licet Princeps videatur confirmare Consuetudines eo ipso, quod sunt tolerabiles... tamen Rex hic vult expresse eas approbare ac confirmare, ne super his dubitetur... Et sic statuit, quod postquam hae consuetudines fuerint a Rege approbatae confirmatae, et constitutae serventur ab omnibus. Intellige tamen quod Consuetudo localis in illo loco servari debet... », p. 41: «Iudicabunt singuli iudices secundum Consuetudines suorum locorum...».

fetto giuridico dell'atto compiuto dal sovrano; la sua sanzione imprimeva alle norme delle raccolte pubbliche una natura diversa da quella propria alla loro provenienza storica, mettendole su un terreno di vicinanza e di analogia giuridica con le disposizioni del diritto regio. Ecco perchè nel pensiero del giurista il volere del re rappresentava l'elemento più caratteristico per la configurazione teoretica del loro concetto, quello, in conclusione, che finiva per conferire il tratto tipico e determinante della loro nuova fisionomia dommatico-giuridica, soprattutto in riferimento alla fonte della loro obbligatorietà di diritto positivo ed al divieto conseguente di un'eventuale valutazione intrinseca ai fini della loro osservanza: «... post approbationem (consuetudines) sequi debent, et secundum eas iudicare, nec disputare ... (iudicibus) licet, an sint licitae ... » (23).

Il potere sovrano del re aveva cominciato a prendere controllo e direzione anche dei settori regolati dal *droit coutumier*; e nelle osservazioni svolte dal Rebuffi si erano già delineate assai bene le fila direttive di una tesi giuridica intorno a cui i giuristi del Cinquecento avrebbero continuato sempre a ruotare.

Negli stessi anni Bartolomeo Chasseneuz (1480-1541) aveva, peraltro, svolto in proposito un ragionamento più sottile (24).

Anche per questo giurista imperium e potestas dei monarchi francesi erano identici a quelli conferiti agli imperatori romani con la lex regia; il re di Francia era considerato imperatore nei limiti territoriali del suo regno; sopra di lui non si riconosceva alcuna autorità; ed il riconoscimento del carattere illimitato della sua potestà di legiferare dava, infine, il principio più significativo della concezione assolutistica di Chasseneuz, descritta nel Catalogus gloriae mundi del 1529 e richiamata anche nell'altro

⁽²³⁾ P. Rebuffi, Tractatus de consuetudine, usu et stylo cit., p. 14.

⁽²⁴⁾ Su Chasseneuz v. L. Pons, B. de Chasseneuz, Paris, 1879; J. H. PIGNOT, Un jurisconsulte au XVI° siècle: B. de Chasseneuz premier commentateur de la coutûme de Bourgogne et président du Parlement de Provence, sa vie et ses ouvrages, Paris, 1880. Sul suo pensiero politico v., comunque, soprattutto, Church, Constitutional thought in sixteenth century France cit., p. 43 ss.; R. Mousnier, État et société sous François I et pendant le gouvernement de Louis XIV, corso universitario, Paris, 1967, pp. 29-43. V. inoltre Piano Mortari, Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI cit., pp. 56-57.

scritto dell'anno prima dal titolo In consuetudines ducatus Burgundiae fereque totius Galliae commentarii.

Uno dei pensieri ispiratori di quest'ultima opera fu di sottolineare l'importanza del diritto consuetudinario della terra natale del giurista. Il droit coutumier era ritenuto il principale diritto regolatore della vita civile e sociale del paese: « cum consuetudines fuerunt introductae a populo Burgundiae (cum tres status patriae repraesentantes populum introduxerunt et in formam hanc reduxerunt seu approbaverunt) quod istae nostrae consuetudines sunt ius civile » (25).

Si osservi in queste parole il filo ideale di concordanza tra Rebuffi e Chasseneuz.

L'insieme dei tre *status* era lo specchio della stratificazione dei ceti secondo cui veniva ricostruita la struttura della società francese.

Il rilievo assegnato ai rappresentanti dei tre ordini non può far sfuggire il peso attribuito all'accordo degli stati nel momento di stesura in iscritto del testo delle *coutûmes*. Si può dire che Chasseneuz lo abbia segnalato più chiaramente di Rebuffi.

Il momento in cui gli stati riuniti nelle assemblee locali manifestavano il loro volere comune sul contenuto delle norme da inserire nelle raccolte ufficiali era la fase di espressione della volontà popolare nei modi previsti dalla legge regia del 1497. Chasseneuz insistette in maniera particolare sul parallelismo di tale atto col consenso del popolo tradizionalmente richiesto per la formazione della consuetudine. Ecco perchè secondo il giurista la pura e semplice fissazione in iscritto di una coutûme, come nel caso degli statuti non doveva affatto far pensare al cambiamento del suo carattere originario di fonte normativa sia che si trattasse della sua più comune derivazione ex tacito consensu populi sia che invece, come nel caso degli statuti, si trattasse invece di un consenso espresso per iscritto. Seguendo interamente su questi punti la dottrina dei giuristi medievali italiani, per Chasseneuz nei due casi suddetti la fonte volontaristica di derivazione era sempre la medesima: il consenso popolare; e la differenza era

⁽²⁵⁾ Chasseneuz, In consuetudines ducatus Burgundiae fereque totius Galliae commentarii, Parisiis, 1552, fo. 1r.

determinata dai modi diversi di esprimere il consenso: « A statuto autem differt consuetudo, quia statutum expresso consensu introducitur: consuetudo vero tacito... » (26).

La disponibilità di testi consuetudinari significava soltanto il possesso di un mezzo più facile di prova delle *coutûmes* e quindi di uno strumento più valido per la conservazione nella coscienza popolare delle tradizioni giuridiche locali (27).

Ma il ragionamento di Chasseneuz non si arrestava a queste considerazioni.

Il procedimento ufficiale delle redazioni prevedeva la sanzione regia: e l'approvazione e la conferma date dal re non erano atti che a Chasseneuz parve che non potessero incidere su una differenza teorica delle *coutûmes* redatte dalle altre non redatte.

Si ricordi che nel corso delle redazioni potevano essere non solo confermate le regole già esistenti del *droit coutumier*, ma potevano essere introdotte anche norme diverse a modifica ed a correzione delle precedenti oppure essere create in caso di disaccordo degli stati nuove regole anche solo ad iniziativa del sovrano, ritenuto sempre il depositario per eccellenza della potestà di legiferare (²⁸). Di qui la conclusione di Chasseneuz perfettamente

⁽²⁶⁾ Ibidem.

⁽²⁷⁾ CHASSENEUZ, In consuetudines ducatus Burgundiae fereque totius Galliae cit., fo. Iv: «... approbatio consuetudinum in scriptis redactarum, seu confirmatio per principem, non inducit novum ius: sed potius illa approbatio quae fit per scripturam redigendo consuetudines in scriptis, in dubio est inventa ad probandum, et causa memoriae...».

⁽²⁸⁾ CHASSENEUZ, In consuetudines ducatus Burgundiae fereque totius Galliae cit., fo. 381r: « An ista approbatio (principis) faciat quod sit ius novum? Bar... dicit ... quod non quia licet illud ius consuetudinis sit in scriptis redactum, non videtur redactum ut dicatur novum ius, sed potius ad probationem illius consuetudinis, quoniam scriptura non est inventa ad inducendum, sed ad probandum... Si autem princeps non recitaret simpliciter consuetudinem sed statuisset de novo, vel etiam loqueretur per verba dispositiva tunc induceretur ius novum... Et adverte, quia licet hic princeps recitet consuetudinem simpliciter, tamen videtur loqui per verba dispositiva, cum dicat quod illa vult haberi pro legibus in hac patria... Sed an Philippus dux Burgundiae qui has consuetudines approbavit et authorisavit, potuerit disponere quod haberentur pro legibus? De Christianissimo rege Franciae, qui nunc est dux Burgundiae non est dubium, cum nullum in temporalibus recognoscat superiorem... et tamquam potestatem habet in regno, quantam imperator in imperio, cum monarcha in suo regno dicatur... et ideo tanquam su-

identica a quella di Rebuffi: «Et adverte, quia ex quo princeps approbavit has consuetudines sunt leges et constitutiones ipsius » (29). Con l'approvazione del sovrano le consuetudini redatte divenivano leggi da lui stesso emanate, norme sovrane vere e proprie, alle quali, perciò, era attribuita efficacia di diritto positivo appunto dal potere regio, naturalmente nei limiti entro cui si estendevano le circoscrizioni territoriali relative alla loro formazione.

Sia ben chiaro: nei decenni della prima metà del secolo XVI non mancarono giuristi per i quali qualsiasi specie di *droit* coutumier era da collocare nel quadro autentico della consuetudine.

Vengono alla mente le osservazioni di Francois Mingon (secc. XV-XVI) nel commentario alle coutûmes del ducato d'Angers: la coutûme traeva forza obbligatoria in base ai principi ben noti: consenso popolare, continuità, lunga durata nell'osservanza concreta di regole e di comportamenti (30). Gli elementi previsti nella redazione non avevano suggerito al Mingon l'idea di un fenomeno di norme giuridiche diverse da quelle propriamente consuetudinarie: «Nam (consuetudo) est ius non scriptum quamvis redigatur in scriptis per viros peritos qui scribunt consuetudinem civitatis....» Nel suo ragionamento (31) il giurista fece leva sull'origine consensuale delle norme consuetudinarie, sulla loro creazione attraverso un accordo risultante dall'incontro di volontà dei soggetti riuniti alle assemblee plenarie. Di qui l'analogia stabilita in tal modo tra consuetudine e contratto, l'importanza attribuita al consenso con la costruzione della coutûme utilizzando uno schema del diritto privato: in questa sfera aveva valore esclusivo l'elemento volontaristico, gli atti scritti avevano funzione solo di mezzo di ricordo e di prova: « sicut (consuetudo) et contractus non dicitur in scriptis: cum scriptura sit ad solam memoriam» (32).

premus potest legem condere... quod rex solus facit constitutiones, seu leges in regno Franciae...».

⁽²⁹⁾ Ibidem.

⁽³⁰⁾ F. Mingon, Commentaria in consuetudines ducatus Andegavensis, Parisiis, 1520, fo LX*: « Consuetudo est ius usibus populi totius vel maioris partis recte initiatis et continuatis constitutum habens legis auctoritatem... ».

⁽³¹⁾ Ibidem.

⁽³²⁾ Ibidem.

In sostanza, nel commentario alle *coutûmes* di Orléans pure Pierre Angleberme (1470-1521) mostrò di essere dello stesso avviso (³³).

Egli svolse il ragionamento assai rapidamente: accennò all'iniziativa regia, all'approvazione dei testi scritti delle coutûmes nelle assemblee territoriali cui dovevano partecipare i molteplici soggetti, diversi per derivazione sociale, per compiti di rappresentanza e, di conseguenza, pure per funzione; tenne, inoltre, a far notare l'accostamento delle consuetudini redatte alle disposizioni di provenienza legislativa. Comunque, secondo Angleberme, non era discutibile la differenza esistente tra queste due specie di regole giuridiche. Non si trattava di un elemento di carattere puramente nominalistico la persistente definizione di coutûmes data alle norme dei testi ufficiali e rilevava, perciò, come elemento di rilievo la loro origine di fatto sempre consuetudinaria. Ecco perchè Angleberme giunse alle stesse conclusioni di Mingon: la redazione non aveva mutato la natura delle norme introdotte nelle raccolte ufficiali; l'utilità dei testi non era più che di valore pratico: serviva soprattutto ad assicurare una certezza maggiore del diritto (34).

A ben guardare, la visione sostanzialmente analoga di qualsiasi specie di coutûmes rivelata da Mingon e da Angleberme non

⁽³³⁾ P. Angleberme, Consuetudines Aurelianae civitatis, Francosurti, 1598, in Consuetudines infrascriptarum civitatum et provinciarum Galliae: Bituricensis, Nicolai Boerii, Aurelianensis, Phyrri Englebermi, Turonensis, Joan, Sainsonii, ... commentariis illustratae, Francosurti, 1597-1598.

⁽⁸⁴⁾ Angleberme, Consuetudines Aurelianae civitatis cit., p. 2: «... placuit regibus Christianissimis, ut in singulis regni Gallicani provinciis consuetudines in scripti iuris speciem componerentur atque ab amplissimo senatu homologatae apud omnes promulgarentur: proque legibus essent... Quero itaque mutato stylo an liber iste Consuetudinum dici debeat, ipsaque res consuetudinis nomen retineat cum hodie ius scriptum sit; Bart... scribit adhuc dici debere. Consuetudines scriptae enim sunt, inquit, ut per scripturam probentur, et ideo quia leges non sunt, quae a iudice sciri praesumantur, citari debent, atque a litigantibus allegari: licet probari hodie non sit necesse cum scriptae sint alii dicunt non alligandas, alii vero probandas... et cum non sit necesse, ut Consuetudo in scripturam redigatur, potest redigi memoriae causa, non ut novum ius dicatur. Nam scriptura non inventa est ad inducendum, ad probandum... et ex confirmatione non inducuntur ius novum ».

può certo venir ritenuta il risultato di un ragionamento puramente dommatico-giuridico privo di un principio politico come motivo sottinteso di argomentazioni tecniche più valide. Non mi pare, infatti, che possa sfuggire il significato in questo senso dell'orientamento dottrinale dei due giuristi che si sono adesso ricordati. Nella loro concezione la consuetudine, quale che fosse il modo o la forma del suo apparire e del suo perpetuarsi, era considerata in ogni caso una fonte di diritto la cui obbligatorietà nasceva in maniera del tutto indipendente dal suggello del potere statale rappresentato dal re.

Così una teorizzazione siffatta di tutte le coutûmes lasciava chiaramente intravvedere l'idea di un limite implicito ma evidente all'invadenza sempre più ampia della potestà regia nel campo del regime positivo e rappresentava l'indicazione di un fenomeno politicamente pieno di significato in quegli anni tanto importanti per la nascita in Francia dello Stato con connotati chiari di modernità. Le coutûmes erano il riflesso del particolarismo politico-giuridico ancora esistente nelle istituzioni feudali, provinciali e municipali previste nell'organizzazione della monarchia: il particolarismo continuava a porre ostacoli all'affermarsi razionale e totale dell'assolutismo; era destinato a finire solo al termine del secolo XVIII e nel Cinquecento offrì sempre manifestazioni di vitalità oltre che di resistenza, costituendo uno dei modi più significativi della valorizzazione delle tradizioni giuridiche nazionali cui in questo secolo si assistette di continuo.

Non mi sembra discutibile il motivo politico indicato come filo conduttore dei pensieri di Mingon e di Angleberme; e mi pare che la consapevolezza almeno della sua esigenza sia presente anche nella concezione sulla coutûme redatta di Guillaume Le Rouille e di Francesco Connano, due giuristi più vicini, tuttavia, alle dottrine di Pietro Rebuffi e di Chasseneuz.

Le Rouille (sec. XVI) nelle glosse del 1535 a *Le Grant coutumier du pays et comté du Maine* (35) non si espresse in alcun modo sul problema, ma nel 1539 nelle note a *Le Grand coutumier du pays et duché de Normandie* (36) rivelò piuttosto il suo

⁽³⁵⁾ V. l'edizione di Parigi del 1535.

⁽³⁶⁾ V. l'edizione di Caen del 1539.

propendere a vedere nei due distinti atti di volontà degli stati e del re i due elementi ugualmente indispensabili per l'acquisto di positività da parte delle consuetudini redatte.

Il primo atto, rappresentativo del consenso popolare, era considerato soprattutto in rapporto al suo compito di strumento necessario per individuare le norme da inserire nelle redazioni (37). Si insisteva nel mettere in rilievo che le norme scelte erano preparate e volute anche dai destinatari, perciò accolte da costoro ben più favorevolmente di quanto non lo fossero le norme imposte dall'autorità del legislatore; e in tal modo il limite del potere sovrano risultava ancora una volta ribadito: il volere regio da solo non era sufficiente ad imprimere positività alle regole consuetudinarie delle raccolte (38).

Certo l'indirizzo già dominante intorno alla metà del secolo era quello sostenuto da Pietro Rebuffi e da Chasseneuz e ne dette una prova singolare il pensiero di Francesco Connano (1508-1551). Il giurista era allievo di Alciato; accolse gli insegnamenti del suo maestro di Bourges ed i suoi concetti sulla derivazione popolare della sovranità principesca e sulla negazione della sua natura illimitata (39). Restio nel condividere l'idea del

⁽³⁷⁾ G. LE ROUILLE, Le grand coustumier du pays et duché de Normandie tres utile et profitable à tous practiciens. Auquel est le texte diceluy en françois proportionné à l'equipollent de la glose ordinaire et familiaire. Avec plusieurs additions, allegations, concordances tant du droit canon que civil. Composées par... Guillaume le Rouille, Caen, 1539, fo. IIIr: « ... Que les loix que les princes ont faictes par le conseil des comtes barons et prelats ets. pourroit l'en faire ung tel doubte. Sçavoir si le prince peut faire loix sans les conseil des comtes barons prelats etc. A quoi l'en peut respondre qui ne peut seul constituer une loye. Car telles choses se doibvent faire par grande et meur deliberation. Et peut len dire que les princes barons et prelats doivent estre appellez pour deux causes entre les autres. La premier pour eschever erreur et ignorance qui y pourroit estre por defaute de leur presence: et afin de adviser mieulx loy profitable pour la chose publique: qui se faict par grand nombre de saige que autrement. La seconde affin que ceulx qui ont soubz le prince seugneurie et gouvernement du peuple soient plus enclins et abstraictz a garder et faire garder la loy qui aura este faicte et establie par leur conseil et octroy: et quelle leur soit a eux et leurs successeurs plus plaisante et agreable a garder pour le temps advenir ».

⁽³⁸⁾ Ibidem

⁽³⁹⁾ Sulla figura di Connano è uscito di recente lo studio di C. Bergfeld, Franciscus Connanus (1508-1551), Köln, Graz, 1968, ma sul suo pensiero po-

princeps legibus solutus ed incline a sostenere il principio del controllo dell'autorità sovrana in base al diritto ed all'equità, uno svolgimento coerente di tali principi avrebbe dovuto condurre in tema di redazioni a risultati diversi da quelli che si leggono nei suoi commentari. Qui, al contrario, egli recepì in pieno gli argomenti relativi alla tesi dell'analogia teoretica tra consuetudine redatta e legislazione, anzi contribuì a portare avanti il processo del loro accostamento ideale. Nelle parole seguenti è contenuto in sintesi tutto il pensiero di Connano: « Sunt huius non scripti iuris partes duae, consuetudo et aequitas: quarum utraque literis obliteratur, et cum scriptura naturam legis assumit, et amittit suam, si modo ab iis scribatur qui potestatem habent ferendae legis, et eo animo scribatur ut lex sit, hoc est ut certa sit et perpetua » (40).

Sono assai chiare le osservazioni del giurista. Altro erano le raccolte ufficiali di coutûmes, altro quelle preparate da privati. Nelle prime le coutûmes erano messe in iscritto attraverso l'intervento del titolare della potestà legislativa col proposito di assicurare certezza e perpetuità alle regole scelte. Era perciò avvenuto un mutamento chiaro della loro natura giuridica: tali specie di coutûmes venivano di nuovo ed ancor più decisamente collocate entro l'idea della loro identificazione sostanziale con le leggi regie.

I sostenitori della tesi andavano aumentando, anche se il concetto era riaffermato con diversità di sfumature.

Nel 1544 Jean de Casavieille (sec. XVI), in uno scritto sulle consuetudini di Tolosa, ripetè sempre l'utilità pratica delle redazioni per l'osservanza, la prova, la trasmissione delle tradizioni di *droit coutumier* e, nel contempo, non manifestò la minima incertezza sul valore esclusivo della conferma regia per far acquistare efficacia giuridica alle *coutûmes* redatte (41).

litico non c'è che da vedere R. F. and A. J. Carlyle, A history of mediaeval political theory in the West, vol. VI, cit., pp. 301-303.

⁽⁴⁰⁾ F. Connan, Commentarii iuris civilis, Parisiis, 1538, t. I, fo. 38r-38v.

⁽⁴¹⁾ J. DE CASAVIEILLE, Consuetudines Tolosae... cum quibusdam interpretationibus..., Tolosae, 1544, fo. 2r-2v: «Facit contra illos qui dicunt quod consuetudines non debent esse scriptae... Quoniam ad observantiam consuetudinis, ut melius possit menti haberi et probari potest in scriptis redigi. Et tamen dicitur

Nelle osservazioni presentate da Pietro Rat (sec. XVI) in un commento al diritto consuetudinario di Poithou del 1548 non si rileva una coerenza di pensieri tra inizio e conclusione del ragionamento (42).

All'inizio, Rat sembrò favorevole alla conservazione del carattere originario delle norme introdotte nelle raccolte ufficiali di coutûmes. Anche per questo autore le consuetudini erano messe in iscritto solo per assicurare la loro conoscenza, la possibilità della loro applicazione, della loro trasmissione nel tempo, del possesso di un più facile mezzo per provare la loro esistenza. Ma il punto di arrivo del discorso non fu affatto sulla linea logica delle sue premesse.

Il popolo, scrisse Rat, aveva trasmesso al re commune suum imperium ac potestatem e le coutûmes redatte finivano per acquistare valore di diritto positivo in base all'autorizzazione data dal sovrano (43).

consuetudo... Maxime quoniam hic princeps mandat quod dictae consuetudines redigantur in scriptis. Et inferius ordinatur quod fiant duo libri... Nota quod istas consuetudines non confirmavit princeps solo verbo illis non visis, sed cum causae cognitione quae inferius diceretur... Ex isto verbo et praecedentibus apparet et etiam ex sequentibus, quod causa cognita princeps huius modi consuetudines confirmavit et auctorisavit. Ex quibus infertur quod cum agitur de viribus huiusmodi consuetudinum, non est disputandum an habeant ea quae requiruntur ad esse consuetudinis. Videlicet an sint praescriptae, an fuerit pro ea iudicatum... si sit imperiale rescriptum ut consensus principis aut scientia ut in casu subiecto tunc consuetudo vincit legem scriptam et lex municipalis observatur... Ex quibus infero quod consuetudines Tolosae vincunt legem scriptam».

⁽⁴²⁾ P. Rat, In patrias Pictonum leges quae vulgus consuetudines dicit,, Augustorati Pictonum, 1609. La prima edizione è apparsa nel 1548.

⁽⁴³⁾ RAT, In patrias Pictonum leges quae vulgus consuetudines dicit cit., pp. 1-8: «... Consuetudo, (Azo) inquit, est ius non scriptum, moribus utentium comprobatum... Conficienda enim, inquit, definitio ex illis est: quae ad rei propositae substantiam pertinent. Atqui quod ad propriam, puramque consuetudinis naturam attinet, scriptam esse eam, aut non scriptam nihili interest. Quamquam enim lex, et consuetudo, ut tacitum et expressum different: nec interest utrum populus voluntatem declaret suam verbis, hoc est per legibus, an rebus ipsis et factis, quod consuetudinis proprium est... Quod autem scripta sit, ob eam causam est scripta, ut in lucem, ac palam esset edita: non ideo vero, quod ad complectendam legis substantiam, nihil omnino scripturam conferre putaveris... Nec vero interest, quod consuetudo possit commendari literis: non enim primum consuetudinis ortum, nec eius utique naturam illud attingit, cuius auctoritas tanta

L'assolutismo continuava nel perseguire il proposito di concentrare nelle mani del re ogni specie di pubblico potere; la potestà di legiferare era ritenuta uno dei mezzi più validi di appoggio della politica monarchica; era vista una prerogativa esclusivamente sovrana ed i giuristi si fecero sempre di più gli apologisti del concetto.

Eguinardo Baron (1495-1550), uno dei più noti studiosi del diritto vissuti nella prima metà del Cinquecento, è da mettere in rilievo come sostenitore efficacissimo di questa linea di pensiero.

Per Baron il modello significativo dell'autorità monarchica era sempre il princeps romanus; dal giurista la derivazione etimologica di imperator da imperando venne appunto richiamata sia per giustificare i poteri del sovrano sia il possesso da parte sua di quelle potestà supreme di ordine politico, legislativo e giurisdizionale che un tempo spettavano al popolo (44). Nel commento ai primi quattro libri del Digesto, del 1548, Baron, quindi, insieme a riaffermare il potere di legislatore del re di Francia come prerogativa propria e fondamentale della sua funzione, tenne pure a precisare come senza l'autorizzazione regia le consuetudini redatte non potessero acquistare efficacia di diritto positivo: «Iuris constituendi potestatem Reges Franciae iure suo

est, quanta scripto non indigere videtur... Quod autem scriptae Consuetudines reperiantur, eo pertinet: ne immenso temporum lapso, memoria excidant quae
longo usu inveterata, multisque saeculis observata sunt... Consuetudinem, quae
longo tempore populus consensu usus est, ideo concedente Principe, literis ac
monumentis mandat: ne amplius eius probatio indigeat testibus: quam ad rem
accersendi sunt tres illi patriae status, qui totum populum prae se ferunt, ac
representant... Hic iam primo occurrit, utrum Principis auctoritas obfirmandae
consuetudini necessario imploranda sit. Io Fab... in huius quaestionis utranque
partem nonnulla adfert eo tandem velum vertit, atque inclinat, ut Principis
auctoritatem non putet esse necessariam. Veruntamen Principes suam hisce rebus
authoritatem interponere neminem latet, quod quidem non mirandum est, cum
populus in Principem commune suum imperium transtulerit ac potestatem... Sed
ne ampliore testimonio Consuetudo indigeat, hanc Principis auctoritate firmari
necesse est. Enimvero approbante Principe, consensus populi tacitus non est, cum
sit et monumentis expressus et voce communi celebratus...».

⁽⁴⁴⁾ M. P. GILMORE, Argument from Roman Law in Political Thought 1200-1600, New York, 1941, pp. 77-82, 85, 91-98.

sibi vendicant: ut nec leges municipales quidem citra Regis autoritatem scriptae, vel mores regionum vim iuris habent » (45).

I giuristi cercarono con i loro scritti di consolidare i poteri del re: nel 1550 Jean Papon (1505-1590) in un commentario sulle consuetudini dei Borboni, nel suo discorso sul problema delle redazioni, distinse nettamente il valore del consenso dei tre stati da quello dell'intervento regio, sostenendo fermamente l'importanza del tutto determinante e prevalente dell'atto emanato dal re per imprimere obbligatorietà alle regole prescelte (46).

Se si riflette bene, una configurazione siffatta dell'intervento regio nel quadro del processo di redazione delle coutûmes rappresentava il primo aspetto di un movimento giuridico che cominciava a svilupparsi a poco a poco sulla base di idee strettamente connesse: attraverso l'intervento del monarca si voleva tendere a porre tutto il diritto in vigore sotto il controllo diretto dello Stato; il potere legislativo del re era lo strumento sempre più importante e sempre più esclusivo per la creazione delle norme positive.

Si ricordi l'idea di codificazione avanzata già da Budeo e si tenga presente che il movimento giuridico cui mi riferisco avrebbe continuato a manifestarsi appunto con progetti di formazione di nuovi codici di leggi. I suoi sostenitori furono di

⁽⁴⁵⁾ E. BARON, Ad τὰ πρῶτα Digestorum seu Pandectarum ab Iustiniano Caesare editarum perpetui commentarii: quorum particula prior Romanum, posterior Gallicum ius, ad singulos titulos complectitur (1548), in Opera omnia, vol. 3, t. II, p. 70.

⁽⁴⁶⁾ J. Papon, In Burbonias consuetudines commentaria, Lugduni, 1550, p. 1: « ... Sic vero Gallia incerto iure antea utebatur, ut quod olim in Graecia factum legimus, eorum quae pro legibus observarentur, pleraque memoriae mandaret, pleraque rursum scripto comprehensa custodiret. Sed cum ea res maxime simplicioribus, ut multis captionibus insidiis exposita, videretur minimum periculosa et dispendiis magis apta: bona ratione principes, ut in literas diuturni illi mores, utentium consensu tam longum tempus approbati, referentur, constituerunt. Cum autem Burboniorum provincia, quae coeli benignitate sola est, et excellentissimorum ingeniorum proventi nobilis, iure sic incerto bona ex parte sua esset tandem auctoritate principum nostrorum, consentientibus atque eam rem ratam habentibus provinciae ordinibus, ad quos ea res delata erat, factum est, ut quae longa consuetudine apud eos fuerant comprobata, ac per annos plurimos observata, scriptis legibus comprehensa, statutorum nomine et auctoritate censerentur».

solito apologisti dell'assolutismo; gli scopi delle raccolte legislative più o meno vaste da preparare dovevano essere il raggiungere più unità ed uniformità di regime positivo nei territori della monarchia francese oppure anche solo una certezza ed una semplificazione maggiori. Di qui l'appoggio valido alla causa regia dato da Carlo Dumoulin (1500-1566) con una serie di scritti apparsi tra il 1539 ed il 1567 (47).

Il giurista si servì dei principi tradizionali della cultura romanistica come di quelli particolari del pensiero giuridico di provenienza nazionale: il sovrano venne concepito un luogotenente di Dio; fu vista completa la sua indipendenza nei confronti dell'Impero e della Chiesa; i suoi poteri erano considerati analoghi a quelli degli imperatori romani e bizantini ed il progetto di una codificazione regia delle coutûmes fu affacciata proprio per favorire la politica della monarchia attraverso il perseguimento di risultati ben precisi: realizzare una raccolta di regole uniformi nei territori del regno, traendole dalle coutûmes; porre quindi tutto il droit coutumier sotto la conferma e l'approvazione del re e rafforzare in tal modo l'unità politica dello Stato.

Dumoulin sosteneva il concetto di un diritto comune francese fondato sull'esistenza di consuetudines generales et communes, applicate nei territori di droit coutumier, e non sui principi della tradizione romanistica. Questi erano ritenuti ius commune solo nei paesi di droit escript ove quindi le norme di ius proprium erano considerate sia le consuetudini particolari sia gli statuti da distinguere sempre in base al modo di manifestazione tacita od espressa del consenso da parte dei soggetti (48). L'idea ebbe

⁽⁴⁷⁾ C. Dumoulin, Opera omnia, voll. 5, Parisiis, 1681.

⁽⁴⁸⁾ Intorno ai vari aspetti della figura del giurista v. la voce su di lui scritta da R. Filhol per il Dictionnaire de droit canonique, t. V, Paris, 1953, co. 41-67. Qui oltre le opere di Dumoulin è indicata una vasta bibliografia. Sulla concezione politica di questo giureconsulto v. soprattutto M. P. Gilmore, Argument from Roman law in Political Thought 1200-1600 cit., pp. 62-71; V. De Caprariis, Propaganda e pensiero politico in Francia durante la guerra di religione. I (1559-1572), Napoli, 1959; sull'idea di codificazione delle coutûmes prospettata da Dumoulin e sul suo concetto di droit commun coutumier v. Filhol, Le premier président Christofle de Thou et la réformation des coutûmes cit., passim; Dawson, The codification of the French customs cit., pp. 745-800;

sostenitori e fu ribadita, ad esempio, nel 1556 anche da un altro giurista come Denys Du Pont (secc. XV-XVI) nel suo commento alle consuetudini di Blois (49). E se Dumoulin pensò al codice delle coutûmes in riferimento preciso alla convinzione che si è detta, Michel De L'Hospital (1503-1573), con un atteggiamento più realistico di pensiero, tipico della sua personalità, si limitò a progettare una riforma ed un riordinamento delle leggi regie per rafforzare la posizione della monarchia attraverso la semplificazione del regime positivo senza entrare nel difficile campo del droit coutumier, lo specchio dei particolarismi, la fonte dei privilegi sociali oltre che delle tradizioni giuridiche dei vari territori della monarchia (50). Del resto, solo Francesco Hotman (1524-1590), avversario violento del cattolicesimo e del potere assolutistico dei re di Francia, tenace e forte paladino nella Francogallia del 1573 delle istituzioni feudali, delle autonomie delle provincie e delle città, affacciò nell'Antitribonien del 1567 l'idea di una riforma radicale del regime normativo del suo tempo attraverso il progetto di una vera codificazione nazionale che avrebbe rappresentato una valorizzazione precisa delle antiche tradizioni giuridiche francesi (51).

Church, Constitutional thought in sixteenth century France cit., p. 105 ss.; P. Petot, Le droit commun selon les coutumiers, in Revue historique de droit français et étranger, 1960, pp. 411-429; Piano Mortari, Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI cit., pp. 61-66.

⁽⁴⁹⁾ Denys du Pont, In Consuetudines blesenses commentariorum tomi II, Parisiis, 1677, V. nel t. I, p. 6 si legge: «Sed ne cui mirum videri possit quod passim in his commentariis pro lege municipali, statuti et consuetudinis usurpem voces quasi promiscuum habeant usum, ac nihil inter se discrepent, de earum vi et significatione initio nobis agendum est. Igitur quod ad utriusque dictionis vim et potestatem attinet, nihil differre constat... Et Bald... ait consuetudinem esse tacitum statutum. Quod si formam et modum attendas, non nihil discriminis inerit... Et huius discriminis ratio ita fere se habet, ut inter consuetudinem et statutum tantum intersit, quantum inter tacitum et expressum, item tanquam inter scriptum et non scriptum, item tanquam inter instans et successivum: propterea quod in instanti non inducitur consuetudo».

⁽⁵⁰⁾ PIANO MORTARI, Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI cit., pp. 95-103.

⁽⁵¹⁾ Piano Mortari, Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI cit., pp. 124-134.

Ma l'idea di un nuovo codice in funzione polemica alla politica monarchica non trovò sostenitori al di fuori di Hotman. Quell'idea, infatti, era stata sollevata sempre per favorire la monarchia e da questo punto di vista la ritroviamo prospettata più tardi anche da Louis Charondas Le Caron (1536-1614) col suo invito al re di Francia di ordinare la formazione nel regno di un codice nazionale: «... qui empechera que vous, Sire, qui estes le seul Roy, Prince et Empereur de la France, n'ordonniez une loy et coustume generalle à tous les citoyens de vostre Royaume » (52)?

I progetti di codificazione erano, insomma, il riflesso della più completa esaltazione del potere del re nel campo normativo.

Riguardo a ciò appare particolarmente significativo il delinearsi nel pensiero dei giuristi francesi nel secondo decennio del secolo di una tendenza dottrinale volta addirittura a vedere nel consenso tacito del legislatore e quindi nella volontà del re la forza obbligatoria della stessa consuetudine tradizionale. Veniva, come si vede, sviluppato agli estremi l'avvicinamento alla legge della coutûme. Per far assumere a questa obbligatorietà sembrava insufficiente la presenza degli elementi sino allora richiesti: generalità, antichità, continuità costante e razionalità della consuetudine. Ecco perchè Tanneguy Sorin (sec. XVI) nel 1568 nel suo commentario sulle consuetudini della Normandia, sostenne la necessità della conferma regia del diritto consuetudinario (53). I sovrani francesi sarebbero stati soliti compiere tacitamente tale atto col non sollevare opposizioni alla validità del droit coutumier, col permettere la sua applicazione, esprimendo quindi in questo modo il volere, il consenso del re (54). Del resto, nella definizione generale della coutûme, data nel testo edito,

⁽⁵²⁾ L. CHARONDAS LE CARON, Panegyriques ou Oraison de loüange ay Roy Charles VIII nostre souverain Seigneur, Paris, 1566, pp. F 4v-G 2r. Sul progetto di Le Caron v. Piano Mortari, Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI cit., pp. 103-109.

⁽⁵³⁾ T. Sorin, De consuetudine Normanniae Gallica et Latina diligenter visa, castigata et Commentariis recens editis aucta et illustrata. Liber I, Cadomi, 1568.

⁽⁵⁴⁾ SORIN, De consuetudine Normanniae cit., Proemium. Ma v. soprattutto a p. 323: «Consuetudo ius est quod iam antiquitus observatum est a principibus approbatum, et a populo custoditum, tribuens cuique suum est ».

l'approvazione sovrana fu indicata fra i requisiti giuridicamente indispensabili per la sua efficacia: « Coustume est, ce qui a ésté gardé d'antienneté, loué des princes, et gardé du peuple » (55). Sorin non mancò di osservare il concetto diverso contenuto nel Digesto e rielaborato nel pensiero medievale, senza, peraltro, mai prendere in considerazione una qualsiasi forma di volontà da attribuirsi al sovrano e sottolineata pure dai canonisti. Ma secondo il giurista la visione romanistica era da porsi in rapporto ad una situazione storico-giuridica assai diversa da quella francese del secolo XVI, perciò Sorin mise in luce molto particolare il collegamento tra prerogative regie e le fonti del diritto positivo anche se di esclusiva derivazione consuetudinaria (56).

Lo stesso corso di eventi politici accaduti durante le guerre di religione con i motivi di resistenza delle classi feudali e dei ceti interessati alla conservazione del vecchio particolarismo ebbe scarsa influenza sulla linea teorica presa dai giuristi francesi intorno al problema che qui viene preso in esame.

Il droit coutumier trovò numerosi apologisti nella schiera dei giureconsulti del tempo, ma il principio della connessione tra i poteri attribuiti al re e la forza obbligatoria della consuetudine redatta si era ormai saldamente consolidato nella dottrina.

Non bisogna dare molto rilievo alle incertezze manifestate a volte da alcuni giuristi di secondo piano.

⁽⁵⁵⁾ Ibidem.

⁽⁵⁶⁾ Sorin, De consuetudine Normanniae cit., p. 326: «Quum ipsae leges nulla alia causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes... Sed illud accidit, quod resp. Ro. recta fuit aliquando ab uno regno, aliquando a paucis optimatibus, aliquando ab universo populo... Quum populus, aeque tacito consensu, ac suffragio poterat suam voluntatem declarare, nec opus erat alterius quam populi, principis assensu, atque approbatione. Alia vero est Normannorum resp. que olim ab uno duce, hodie ab uno rege administratur, cuius arbitrio praestantes viri adhibentur, et veterum morum ac maiorum instituta retinent excellentes viri. Is solus legem condere, et conditam, ut Tertulliani verbo utar, rescriptorum et edictorum securibus truncare, et cedere potest, quod regni genus, $\pi\alpha\mu\beta\alpha\sigmai\lambda\epsiloni\alpha$ est, in quo unus omnia in potestate habet. Porro, quoniam non satis est consuetudinem a veteribus illis admodum priscis fuisse observatam, nisi etiam hodie servetur».

Ad esempio, Guglielmo Terrien (sec. XVI) continuò a ripetere i due modi di consenso popolare, tacito od espresso, per distinguere la consuetudine dagli statuti; persistette ancora nel vedere le redazioni solo strumenti di prova e di ricordo delle coutûmes e nel considerare le norme delle raccolte ufficiali un insieme di disposizioni che avevano perduto la qualità originaria di droit non escrit (57).

Del resto, nel 1579 Jean Gousset (sec. XVI) nel suo commento alle *coutûmes* del baillage di Chaulmont in Bassigny attribuì un valore soprattutto consultivo alla funzione degli stati nell'opera di redazione e richiamò, invece, con chiarezza il peso determinante della conferma regia per rendere obbligatorio il *droit coutumier* redatto nei testi scritti (⁵⁸).

⁽⁵⁷⁾ G. Terrien, Commentaires du droict civil tant public que privé, observé au pays et Duché de Normandie, II edit., Paris, 1578, p. 11: « Et combien que Coustume de son origine soit droict non escrit: toutesfois elle peut estre apres redigée par escrit à perpetuelle memoire et tesmoignage d'icelle. A quoy est besoin de l'approbation du Prince (comme le texte contient) et de l'expres consentement des gens des trois estats du pays, avec l'omologation et enterinement de la Cour de Parlement, pour estre arrestee, confermee et authorisee: ainsi que nous voyons avoir esté fait presque par toutes lex provinces coustumieres de ce Royaume; fors qu'en Normandie. Mais dès lors Coustume ainsi escrite et approuvée, combien qu'elle retiennne le nom de son origine, toutefois elle perd le nom de droict non escrit: et seroit mieux appelee Statut, ou droict Municipal. A ces propos Gratian a escrit tost apres le commencement de son Decret: Consuetudo est partim redacta in scriptis: partim moribus tantum utentium est reservata. Quae in scriptis redacta est constitutio vocatur: quae vero in scriptis redacta non est, generali nomine videlicet consuetudo appellatur... C'est à sçavoir que Coustume est un droict introduict par les moeurs et commun usage de long temps observé et gardé du peuple à faute de loy, ou droict escrit: laquelle Coustume est approuvee du Prince et redigee par escrit». La prima edizione dell'opera è del 1574.

⁽⁵⁸⁾ J. Gousset, Les loix municipales et coustumes generales du baillage de Chaulmont en Bassigny et ancien ressor d'iceluy, corrigées, interpretées et annotées fidellement..., Paris, 1579, Praefatio: « ... Toutesfois à ce que cest nostre coustume fust plus seure et plus congenue à tous, il a esté conclus par l'advis des tois estats pource assemblez qu'elle seroit redigée par escript suyant l'ordonnance de ... Charles 7. Roy de France ... qui ordonna que les coustumes de ce Royaume fussent redigees par escrit. Ce que depuis a esté confirmé par Loys XI. Charles 8. et Loys douzieme. Tellement que si populus legem servaret mille annis, non induceretur consuetudo: quam non servat animo inducendi eam ... Nullas siquidem leges municipes ferunt, quas princeps non confirmat, ut cautum est constitutione Lu. XII, art. 99 ».

Era la tesi dominante e va segnalato per la sua singolarità il pensiero di un giureconsulto più noto: Louys De Sainction (sec. XVI) (59).

Il giurista in una lettera indirizzata al re di Francia Enrico III si soffermò sui concetti di legge regia e di coutûme. Dopo averli chiaramente distinti, dopo aver esaltato in maniera molto significativa il valore sostanziale delle norme di droit coutumier perchè manifestazioni libere e spontanee della capacità creativa dei membri degli ordinamenti politici e sociali, si guardò bene dal sollevare dubbi sul carattere nuovo rispetto alla coutûmes antiche presentato da quelle redatte (60). Queste, scrisse

⁽⁵⁹⁾ Coutûmes de la prevosté et vicomté de Paris mises et redigées par escrit... ediz. di Louis de Sanction, Paris, 1580.

⁽⁶⁰⁾ Louis de Sanction, Coutumes de la prevosté et vicomté de Paris mises et redigées par escrit cit., Epistre au Roy... Henry III ...: « Or comme il y ait entre autres deux sortes de loix, l'une qui est baillee par le Prince souverain à laquelle le peuple est tenu d'obeyr par l'ordonnance de Dieu et par l'ancienne loy dicte royalle, l'autre qui est faicte par le consentement du peuple, que l'on nomme Coustume introduicte par un long usage, sourdement practiqué après avoir esté trouvé bon. Il est certain, Sire, que ceste dernière espece appellée Coustume est beaucoup plus douce que l'autre. D'autant qu'elle prent sa force peu à peu, et par longues années d'un commun consentement de tous, ou de la plus grande partie: mais quand à l'autre elle sort en un moment et prent sa vigueur de celuy qui a puissance de commander à tous, la Coustume se coulle doulcement et sans force, l'Edict ou l'Ordonnance est commandee par puissance, et quelquefois contre le gré des subjects. Et pour ceste cause Dion Chrisosthome comparoit la Coustume au Roy qui vient par succession, et l'Ordonnance à celuy qui regne par autre forme. Et dit l'un de nos anciens que la Coustume est une mère doulce, à laquelle est deüe toute reverence. De ce discours l'on peult inferer, Sire, que l'un de principaux moyens pour conserver en paix l'Estat des grands Princes, est de regir et gouverner leurs peuples par un bon et sainct establissement de Coustumes, suyant l'advis et consentement de leurs subjects, par ce qu'à tel reglement l'on preste volontaire et bien agreable obeyssance... Non, Sire, que par ce propos entendions conclure que les Loix et Ordonnances qui viennent de vostre mouvement soyent à reiecter, à Dieu ne plaise que nous osions seulement penser un tel sacrilège; estans asserez que vostre cueur est ès mains de gran Dieu, qui le manye et fait encliner ou bon luy semble; Et que vostre Majesté est conseillee, par le sage et meur conseil de la Royne vostre mere, et des Princes et Grand Seigneurs qui vous servent et assistent. Et outre sont vosdictes Ordonnances verifiées par vos Cours souveraines: Mais en ce louons et admirons vostre tres-grande bonté et clemence Royalle; Qui s'est toujours accomodée au libre consentement de voz subiects, leur

De Sainction, con la redazione avevano preso « la nature et qualité de loy escrite » (61) in seguito alla pubblicazione per atto di autorità sovrana ed il loro vigore di diritto positivo era ormai collegato al provvedimento di approvazione dato dal re: « puisque leur force deppend de la force que vous (Sire) leur donnez » (62). Non basta.

Il pensatore politico più celebre della Francia del tempo fu, come si sa, Jean Bodin (1530-1596), noto e studiato soprattutto per il suo concetto di sovranità del re, per la sua esaltazione proprio nel campo normativo del potere supremo del re (63).

Già nel 1559 Bodin (64) delineò la concezione accentratrice e burocratica dello Stato e del potere monarchico secondo le linee prevalenti nei legisti regi e con influsso duraturo anche nell'ela-

donnent pouvoir, comme plusieurs vos predecesseurs Rois ont faict en cas semblables, d'establir nouvelles Loix et Coustumes, corriger et emender les anciennes; qui ont esté par un long usage trouvées iniustes, inutiles ou superflues, ce qui est fondé en bonne et pertinente raison, d'autant qu'il ne faut tousiours demeurer, ny enviellir en un abus ou erreur... Au surplus, Sire, les Coustumes de vostre Royaume ont pris la nature et qualité de loy escrite, estans publiees soubs vostre auctorité, et sont lesdites Coustumes vostres puisque leur vigueur deppend de la force que vous leur donnez...».

⁽⁶¹⁾ Ibidem.

⁽⁶²⁾ Ibidem.

⁽⁶³⁾ Sulle concezioni politiche e giuridiche di Bodin v. soprattutto: R. CHAUVIRE, J. Bodin auteur de la République, Paris, 1914; E. FEIST, Weltbild und Staatsidee bei J. Bodin, Halle, 1930; B. REYNOLDS, Proponents of limited monarchy in the sixteenth century in France: F. Hotman et J. Bodin, New York, 1931; J. Moreau-Reibel, J. Bodin et le droit public comparé dans ses rapports avec la philosophie de l'histoire, Paris, 1933; G. FICKEL, Der Staat bei Bodin, Leipzig, 1934; F. J. CONDE, El pensamiento politico de Bodino, in Anuario de historia del derecho espanol, XII, 1935, pp. 5-96; J. L. BROWN, The Methodus ad facilem historiarum cognitionem of J. Bodin. A critical study, Washington, 1939; P. MESNARD, Il pensiero politico rinascimentale, trad. ital., vol. 2, Bari, 1964, pp. 133-258; M. ISNARDI PARENTE, Introduzione alla traduzione de I sei libri dello Stato di Bodin, Torino, 1964; J. H. FRANKLIN, J. Bodin and the sixteenth century revolution in the methodology of law and history, New York, 1963; CHURCH, Constitutional thought in sixteenth century France cit., pp. 194-242; V. DE CAPRARIIS, Propaganda e pensiero político in Francia durante le guerre di religione, I. (1559-1572), cit., pp. 318-371.

⁽⁶⁴⁾ J. Bodin, Oratio de instituenda in Republica iuventute ad senatum Populumque Tolosatem, in Oeuvres philosophiques de Jean Bodin, I, pp. 7-30, ediz. di P. Mesnard, Paris, 1951.

borazione della Republique. E se nella Methodus ad facilem historiarum cognitionem (65) del 1567 le caratteristiche essenziali dell'autorità sovrana furono da Bodin sempre espresse con il termine di iurisdictio, indicativo della preminenza attribuita ancora, sulla scia della tradizione medievale, all'idea dell'amministrazione della giustizia di fronte alla funzione legislativa, nella Republique l'idea per eccellenza della sovranità venne espressa attraverso il concetto della potestà di legiferare (66).

Il potere supremo del re era ritenuto perpetuo ed assoluto. Bodin teneva più che mai presenti il contenuto della majestas degli imperatori romani nonchè l'idea del princeps legibus solutus soprattutto per il loro significato di viva attualità nel suo tempo.

Potere assoluto non andava inteso arbitrio, despotismo, tirannia; voleva significare piena potestà del suo titolare di muoversi e di agire liberamente secondo il suo volere nell'ambito dell'ordinamento positivo, ma con possibilità continua di mutarne le norme: quindi non voleva dire nessuna soggezione all'autorità delle leggi vigenti, nessuna soggezione a poteri e comandi di altri. Del resto, questi significati del potere supremo erano tutti impliciti nella concezione di esso quale potestà unica e non ripartibile del suo titolare; ed erano, in sostanza, racchiusi da Bodin nel potere di legiferare, in questa facoltà esclusiva del sovrano di fare e abrogare le leggi. Di qui l'analogia nella valutazione tra legge e consuetudine, istituita apparentemente da Bodin quasi sulle stesse linee di Sainction, veniva subito conclusa con la netta affermazione della preminenza indiscutibile attribuita alla legge. La legge, infatti, era una manifestazione diretta del potere sovrano; le coutûmes redatte vennero da Bodin identificate sostanzialmente con le leggi regie; persino il valore di positività del droit coutumier non sottoposto a redazione venne ritenuto dipendente da un atto di tolleranza e di concessione del re: «et pour le faire court, la coustume n'a force que par souffrance, et tant qu'il plaist au Prince souverain, qui peut faire

⁽⁶⁵⁾ Bodin, Methodus ad facilem historiarum cognitionem libri IV, in Oeuvres philosophiques cit., pp. 106-269.

⁽⁶⁶⁾ BODIN, Les six livres de la Republique, Paris, 1583.

une loy, y adioustant son homologation. Et par ainsi toute la force de loix civiles et coustumes gist au pouvoir du Prince souverain (67) ».

In tutti gli aspetti il potere supremo dello Stato era totalmente esercitato dal re; il re ne era il titolare pieno ed esclusivo ed in riferimento all'ordinanza di Montils-les-Tours pure Antoine Fontanon (sec. XVI) nel 1585 riaffermava puntualmente l'analogia giuridica condivisa da tutta la dottrina tra leggi regie e consuetudini redatte: « Toutesfois ex eo que les coutumes sont redigeés par authorité du Roy censentur eodem iure que les ordonnances » (68).

Il pensiero dei legisti regi si era, come si vede, largamente affermato ed un altro giureconsulto tra i più famosi e più fedeli alla causa dei sovrani francesi fu Louis Charondas Le Caron (1536-1614) (69).

Il suo suggerimento di formare nel regno di Francia un unico codice di carattere nazionale risale al 1566 ed è da collegare con la sua visione della monarchia titolare di tutti i poteri dello Stato. Ma il pensiero del giurista venne più profondamente sviluppato nelle Responses et decisions du droit françois del 1576 e nelle Pandectes ou Digeste du droit françois del 1587.

Qui l'idea del concentramento del potere di legiferare esclusivamente nelle mani del re si trova nettamente sostenuto: « le Roy seul peut faire loix en France » (70); « tout le droit François depend de la souveraine authorité du Roi... » (71). La stessa coutûme riceveva efficacia di diritto positivo non soltanto sulla base del consenso e di una sua lunga osservanza da parte del popolo ma

⁽⁶⁷⁾ BODIN, Les six livres de la Republique cit., p. 222.

⁽⁶⁸⁾ A. Fontanon, Les edicts et ordonnances des roys de France depuis S. Loys jusque à present, Paris, 1585, t. I, p. 355.

⁽⁶⁹⁾ Sul pensiero politico e giuridico di Louis Charondas Le Caron v. Church, Constitutional thought in sixteenth century France cit., pp. 196-202; DE CAPRARIIS, Propaganda e pensiero politico in Francia durante le guerre di religione cit., pp. 214-224; Piano Mortari, Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI cit., pp. 103-109.

⁽⁷⁰⁾ L. CHARONDAS LE CARON, Pandectes ou Digeste du droit françois, Paris, 1587 p. 5r.

⁽⁷¹⁾ CHARONDAS LE CARON, Pandectes ou Digeste du droit françois cit.

da un atto sovrano di tolleranza che doveva significare una manifestazione tacita di approvazione (72).

Il popolo francese, scrisse Le Caron, non aveva alcun potere di produrre norme positive: « et quant aux coustumes qu'il a reçue, elles ont pris force par long usage et par un commun consentement toleré par le Roy » (73). La loro obbligatorietà dipendeva dalla volontà del re: « ... leur force depend de la souffrance et permission du Prince souverain » (74). Da principi teorici così netti il concetto della consuetudine redatta non poteva presentare perplessità di sorta: le coutûmes sottoposte a redazione erano da considerarsi fonti normative con fondamento giuridico soltanto nell'autorizzazione e nell'omologazione del re e non poteva neppure porsi in dubbio la loro sostanziale identificazione con le leggi sovrane, perpetue ed irrevocabili (75).

L'iniziativa della redazione era di esclusiva pertinenza del sovrano, solo il re aveva in Francia la potestà di legiferare o come nel caso del procedimento previsto per le redazioni quella di far riunire gli stati per discutere sul contenuto da dare alle norme consuetudinarie e di autorizzare quindi la possibilità giuridica di un loro accordo (76).

⁽⁷²⁾ Charondas Le Caron, Pandectes ou Digeste du droit françois, cit., p. 6v.

⁽⁷³⁾ Ibidem.

⁽⁷⁴⁾ Ibidem.

⁽⁷⁵⁾ CHARONDAS LE CARON, Pandectes ou Digeste du droit françois cit., fo 1r: v. inoltre dello stesso autore: Coustume de la ville, prevosté et vicomté de Paris ou droict civil parisien. Avec le Commentaire de L. Charondas Le Caron, Paris, 1606, Avant propos (del 1 sett. 1595); Nouveau commentaire sur la coustume de la ville prevosté et vicomté de Paris ou droict civil parisien, Paris, 1613: «Advertissement aux ... lecteurs: Mais je ne puis dissimuler l'erreur d'aucuns qui ne tiennent pour droict escrit ce droict Parisien, ains pour simple coustume, comme on devoit reputer autre droict escrit que le Romain. Car encores qu'on retienne le nom ancien de Coustume, à cause que ce droit auroit pris commencement des moeurs et long usage du peuple, comme auroit aussi le Romain: toutesfois ayant depuis esté redigé par escrit, non seulement en l'assemblee des trois ordres du peuple, et de leur consentement, ains aussi par authorité du Roy, et de son Senat et Parlement il est sans doute qu'il le faut tenir pour droict escrit, selon mesmes description qu'en font les autheurs du droict Romain... On peut donc ce droict Parisien, comme en toute autre escrit, user d'interpretation et suppler aux cas semblables... ».

⁽⁷⁶⁾ Church, Constitutional thought in sixteenth century France cit., p. 199.

Anche a questo proposito il parallelismo tra la posizione giuridica dell'imperatore romano-bizantino e quella dei re di Francia veniva ancora una volta richiamata, ricordandosi il trasferimento definitivo della potestà normativa dal popolo al monarca e quindi l'inconcepibilità di norme di diritto positivo non provenienti dal volere regio.

Le Caron svolse a oltranza il pensiero dei legisti regi, ma le linee fondamentali del ragionamento alla fine del secolo si erano ormai largamente diffuse, anche se le sfumature dei discorsi presentano sui vari punti accentuazioni diverse più o meno marcate.

È significativo trovare conclusioni concordanti pure negli scritti dei giuristi meno favorevoli all'assolutismo.

Merita attenzione uno scritto inedito dal titolo Traité du droit des coutûmes de France, de leur réformation, de l'authorité du Roy sur les coutûmes et du pouvoir des coutûmes, dove l'anonimo autore espresse un'opinione sul carattere del processo verbale delle redazioni ripetuta in quegli stessi anni da René Choppin ed il cui logico sviluppo eventuale avrebbe presentato una singolare originalità.

Il verbale, mise in rilievo giustamente l'autore ignoto, doveva essere considerato uno degli elementi costitutivi della coutûme redatta insieme al testo preciso dei suoi articoli, dato che il suddetto verbale era compilato dai commissari regi, faceva riferimento ai soggetti diversi che avevano contribuito alla redazione e dava notizie dei dibattiti e delle discussioni sollevate nel corso della stesura definitiva delle raccolte (77). Ecco perchè, scrisse questo giurista, il verbale doveva apparire l'anima della coutûme redatta e conteneva di conseguenza i termini indicativi di un contratto pubblico con cui i rappresentanti del popolo a nome di esso si sottoponevano alla volontà sovrana (78).

⁽⁷⁷⁾ Del testo si hanno due copie non del tutto coincidenti l'una alla Bibliothèque Saint-Geneviève, ms. 404, fo. 8r-17r, l'altra alla Bibliothèque de l'Arsenal, ms. 671.

⁽⁷⁸⁾ Traité du droit des coustumes de France, de leur réformation, de l'auctorité du Roy sur les coutumes et du pouvoir des coutumes, Biblioth. S. Gen., ms. 404 cit.: «que se face un procès verbal de la redaction ou reformation car c'est l'âme de la coutûme et ce qui contien les clauses du contract public auquel les peuples se soumettent...».

Non può sfuggire l'interesse e l'originalità dell'idea e neppure come essa richiami subito alla mente, insieme alla realtà delle istituzioni feudali del regno, a quella degli ordinamenti autonomi delle province e delle città, tutto l'aspetto di una concreta vita regionale e locale con principi di un diritto pubblico fondato su impegni di carattere contrattuale presi sempre dal re nei confronti di tali organismi, di tali istituzioni e dei cittadini francesi che in essi vivevano e svolgevano la loro attività quotidiana. Sembrerebbe facilmente dover scaturire da un punto di vista siffatto il passaggio all'immagine di un rapporto di analoga natura a proposito della intera configurazione giuridica della consuetudine redatta, al concetto, cioè, di un rapporto contrattuale di diritto pubblico quale fonte giuridica effettiva delle coutûmes inserite nelle raccolte ufficiali. Il discorso sviluppato in questi termini sembrerebbe, peraltro, riprodurre la verità delle cose in una maniera più puntuale e più fedele, ma l'autore non andò oltre nello svolgere il suo discorso in questo senso. Anche egli tenne a distinguere la forma dal contenuto delle consuetudini redatte; fece risalire la prima alla volontà del re, la materia alla volontà del popolo, insistendo, in sostanza, sempre su questi punti essenziali: a parte la concreta provenienza originaria delle norme delle raccolte da fonte tipicamente consuetudinaria e quindi dal consenso popolare, solo il re era ritenuto il titolare del potere legislativo, soltanto al re apparteneva la potestà di assegnare efficacia normativa alle consuetudini redatte. emanate quindi solo ed esclusivamente a suo nome: «... que la redaction ou reformation se fasse toujours aut nom du Roy... » (79).

⁽¹⁹⁾ Ibidem. Va inoltre tenuto presente il passo citato da FILHOL, La rédaction des coutûmes en France aux XVIe et XVIIe siècles, pp. 74-75, n. 33: «De ce qui vient d'être dit, l'on peut former deux grandes notions pour cette matière: l'une que pour la forme et pour l'autorité publique de la rédaction et réformation de la coutûme, il faut reconnaitre l'autorité du Roi pour le principal caractère qui determine la coutûme et espèce de loi, car c'est du Roy seul qui vient le principe de la législation, comme du souverain maistre préposé par la puissance royale et souveraine et de la soumission et obéissance des peuples. L'autre notion est que la forme qui détermine estant réservée au Roy et à sa puissance, il faut laisser le choix et disposition de la matière aux peuples mémes, car puisqu'il ne s'agit que de rédiger ou de réformer leur coustume ancienne et travailler sur ce qu'ils ont étably eux-mésmes par le consentement pu-

Non mi sembra, peraltro, molto diverso il pensiero di René Choppin (1537-1605): questi continuò a mettere in risalto il principio dell'accordo, del volere del popolo nella formazione dei testi scritti delle *coutûmes*; definì il processo delle redazioni l'anima della *coutûme* (80), ma ricordò, nello stesso tempo, il valore determinante dell'iniziativa regia, dell'atto di approvazione compiuto dal re (81).

Del resto, anche un giureconsulto come François de Gravelle (sec. XVI), assai favorevole ai diritti della nobiltà feudale e ad un concetto medievale della sovranità regia, se da un lato sottolineò che il procedimento delle redazioni non poteva compiersi « sans le consentement des etats du pays, assemblez à ceste fin » (82), non pensò minimamente di sottovalutare il valore del potere regio nel senso che si era ormai ben ampiamente diffuso.

Il ristabilimento della pace politica e religiosa in Francia con la salita al trono di Enrico IV di Borbone, col portare il rafforzamento più completo del regime assolutistico della monarchia consolidò sempre di più il concetto dominante di coutûme redigée; né mi pare che dalle linee dottrinali prevalenti si sia, in sostanza, discostato anche il giureconsulto Guy Coquille (1523-1603), noto soprattutto per il suo ideale di una monarchia concepita sulla scia della tradizione dell'età di mezzo (83).

blique qu'ils ont donné à l'exécution de ce droit, il est bien juste qu'ils interprètent, supplèent, corrigent et adoucissent la loy qu'ils ont eux-mésmes inventée et qu'il n'est loy que parce qu'ils l'ont ainsi voulu par l'usage qu'ils en ont fait...». Il Filhol ha tratto il passo dal Ms. Arsenal 671, fo. 353.

⁽⁸⁰⁾ R. Choppin, La coutûme de Paris..., in Oeuvres, I, Paris, 1662, p. 43: «(le proces verbal) ... est l'âme de la coutûme, parce qu'il contient les clauses du contract auquel les peuples se soumettent ».

⁽⁸¹⁾ CHOPPIN, Commentaires sur la coustume d'Anjou, in Oeuvres cit., I,:
« Aux Magistrats et aux peuples d'Anjou. Preface: ... Ce qui s'estant estably par l'usage commun de ceux qui venoient à Rome fut depuis inseré dans leurs loix écrits. Pareillement en France les Coustumes ont esté ça et là redigées par escrit par le commandement des Rois, et transferées au Droict civil des François...». Nello stesso volume e prima dell'opera citata, è importante da vedere il Traicté ... touchant les principales regles de Coustumes de France, passim.

⁽⁸²⁾ F. DE GRAVELLE, Politiques royales, Lyon, 1596, p. 144.

⁽⁸³⁾ Sul Coquille v. J. DE MAMIGNY, Études sur Guy Coquille, publiciste et jureconsulte, Paris, 1910; Church, Constitutional thought in sixteenth century

Il pensiero politico di Coquille fu basato largamente sui principi del rispetto dei diritti feudali e delle autonomie delle province e delle città; nè può certo non porsi in rilievo lo sforzo compiuto dal giurista di concordare il suo attaccamento all'organizzazione politica del passato con il suo vivo sentimento di lealismo regio.

Coquille ruotò di continuo intorno ad alcuni concetti ripetuti più volte nelle sue opere a partire almeno dal 1560 sino al termine della sua vita agli inizi del Seicento.

Il particolarismo coutumier era da ritenere il pilastro fondamentale del regime giuridico francese: « nos coustumes sont nostre vray droict civil »; la diversità dei diritti nelle varie province gli sembrava la più adatta alle tradizioni ed ai bisogni concreti dei vari paesi dello Stato francese. Coquille insistette in maniera suggestiva sull'origine spontanea del sistema normativo impostato in Francia, secondo lui, sulla derivazione sostanziale del diritto da parte del popolo (84). Nessun dubbio perciò nel pensiero di questo giurista che le coutûmes prive di redazione avessero il loro fondamento giuridico solo nel consenso tacito del popolo, ma non mi sembra possibile rilevare nei suoi scritti, come è stato fatto (85), che anche le coutûmes redatte traessero per Coquille la loro forza obbligatoria solo dalla volontà popolare. C'è, è vero, un passo del giurista nell'Histoire de Nivernois che potrebbe indurre ad attribuirgli questa conclusione: « la puissance de faire ces loix est originairement en mains du peuple: car les lettres patentes du Roy ne sont que pour permettre et authoriser cette assemblée » (86), ma vari punti delle opere dell'autore più specificatamente relativi al problema non fanno sorgere alcun dubbio sulla concordanza di Coquille con quelle che erano le linee sostanziali dell'indirizzo scientifico dominante.

France cit., pp. 272 ss.; PIANO MORTARI, Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel sec. XVI, cit., pp. 151-156.

⁽⁸⁴⁾ Piano Mortari, Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel sec. XVI cit., pp. 152-153.

⁽⁸⁵⁾ Church, Constitutional thought in sixteenth century France cit., p. 283.

⁽ 86) È il passo citato da Church, Constitutional thought in sixteenth century France cit., p. 283, n. 23.

Nel 1560 nel «Discours des etats de France et du droit que le Duché de Nivernois a en iceux » il giurista, oltre ad affermare per la prima volta il carattere di vrav droict des Provinces che egli riconobbe sempre alle coutûmes ed oltre a ricordare la loro origine primaria « en la volonté du peuple de trois ordres et Etats de Provinces par tacit consentement», non fece a meno di compiere altre due osservazioni importanti: ai fini della redazione scritta delle coutûmes gli stati di ogni provincia si erano riuniti per autorità del re; solo al sovrano spettava l'approvazione dei testi preparati nell'assemblea degli ordini: «vray est que l'authorisation en appartient au Roy» (87). Il potere di legiferare era considerato una delle caratteristiche regie più spiccate. Coquille scrisse nella Institution au droict des françois: «L'un des principaux droicts de la Maiesté et auctorité du Roy est de faire loix et ordonnances generales pour la police universelle de son Royaume » (88). E c'è di più.

Persino l'iniziativa da parte del sovrano di una codificazione sistematica delle leggi regie e delle norme consuetudinarie in uso in tutti i territori del regno venne auspicato dal Coquille: « ... seroit grand profit ... s'il plaisoit au Roy commender et bailler auctorité à aucuns savans personnages, de bon age et de grande experience acquisée és Cours de Parlement, gens de bien et crai-

⁽⁸⁷⁾ COQUILLE, Discours des estats de France et du droit que le Duché de Nivernois a en iceux, in Oeuvres, Paris, 1666, t. I, p. 327: «Le pouvoir des Estats se represente encore en un autre cas, qui est pour l'establissement des loix politiques en chacune Province, qu'on appelle les Coustumes, lesquelles sont le vray droit civil des Provinces, et non pas simples statuts comme aucuns ont estimé. Le premier mouvement, la premiere naissance et vie de ce droit civil a esté en la volonté du peuple des trois ordres et Estats des Provinces par tacite consentement. Car le dit droit ne commença pas par escrit, mais de main en main la science et la connaissance s'en est entretenüe et gardee. Vray est que depuis l'Ordonnance du Roy Charles VII, pour faciliter les preuves qui auparavant se faisoient par examen de témoins en turbe, lesdites coustumes ont esté mises par escrit, après que les Estats de chacune Province assemblez de l'authorité du Roy ont reconnue qu'elles estoient lesdites Coustumes, et y ont adiousté, corrigé, diminué et reformé; qui fait connoistre que les Rois de cette lignée descendus de Hugues Capet, ont bien eu agreable que leur peuple se fist et constituast des loix, selon lesquelles leurs commerces, actions et autres affaires se regleroient, vray est que l'authorisation en appartient au Roy».

⁽⁸⁸⁾ COQUILLE, Institution au droict des François, Paris, 1609, p. 3.

gnant Dieu, pour recueillir et mettre en bon ordre les loix de nos Roys qui sont en usage et autres loix qui de tout temps sont observées par tout ce Royaume» (89). Non so capire come da affermazioni tanto precise possa essersi potuto attribuire ai sovrani francesi potestà di carattere giudiziario ed amministrativo più che un vero e proprio potere di creare norme positive. Comunque, quest'ultimo potere avrebbe dovuto essere compreso nelle due prime effettive potestà, secondo una concezione tipicamente medievale. Certo per Coquille tutte le specie di coutûmes avevano di fatto un'origine popolare; il droit coutumier puro e semplice acquistava piena efficacia normativa in base al consenso tacito del popolo; ma le coutûmes redatte ricevevano obbligatorietà solo dal potere regio cui spettava l'iniziativa piena del procedimento di redazione essendovi in Francia un ordinamento politico di carattere monarchico.

Su questi punti Coquille fu estremamente chiaro sia nelle Questions, Responses et meditations (90), sia nelle note alle coutûmes de Nivernois (91).

Ma tra la fine del secolo XVI e l'inizio di quello successivo altri giureconsulti sostennero con vigore più forte di Coquille

⁽⁸⁹⁾ COQUILLE, Questions, Responses et Meditations sur les articles des coutumes, in Oeuvres, cit., t. II, p. 155.

⁽⁹⁰⁾ COQUILLE, Questions, Responses et Meditations sur les articles des coustumes cit., p. 153: «Le Roy Charles VIII ... ordonna que par l'advis des Estats et de chacune Province de son Royaume, les Coustumes fussent arrestées et redigées par escrit. Ce qui a esté executé en la plupart des Provinces coustumieres: et selon que les Estats en ont esté d'accord, tant à rapporter les anciennes Coustumes que pour establir de nouvelles. Ainsi les Commissaires ordonnez par le Roy, pour presider en ces assemblées d'Estats, les ont autorisées en ispirant la puissance de loy».

⁽⁹¹⁾ COQUILLE, Les Coustumes du pays et comté de Nivernois... avec les annotations de M° Guy Coquille, in Oeuvres cit., t. II, p. 1: « Les Coustumes des Provinces de France, qu'on appelle Coustumieres, sont leur vray Droit Civil et Commun: et peuvent estre appellées Droit escrit celles qui selon le consentement des trois Ordres (qu'on dit Estats) ont esté arrestées, mises par écrit, et authorisées par les Commissaires que le Roy a deleguez. Comme à Rome estoeient les loix que le peuple avoit approuvées apres la rogation du Consul ou du Tribun du meme peuple: avec cette difference que le peuple Romain seul donnoit l'autorité et viguer de loy, pource que c'estoit Republique Democratique: et à nous le Roy y inspire vigueur de loy pource que cette domination est Monarchique ».

il peso giuridico dell'intervento regio: e se il concetto era il risultato di una tradizione scientifica consolidata, esso era in primo luogo il riflesso di un ordinamento politico che aveva il suo centro di impulso e di movimento nella persona del sovrano.

Con l'omologazione del re la consuetudine redatta di Orléans venne da Simon Marion (1540-1605) identificata ancora una volta con una legge regia come già lo era stato dalla dottrina della seconda metà del Cinquecento: « estant homologuée par authorité du Roy et de la Cour, ex eo potest dici lex Regia. Quia omnia nostra facimus quibus auctoritatem nostram impartimur » (92). L'obbligatorietà di qualsiasi specie di coutûme la ritroviamo riferita alla approvazione del re da un giureconsulto come Claude Du Pré († 1614) che fu uno dei sostenitori più intransigenti della monarchia e che ricondusse la stessa applicabilità in Francia del diritto romano nei paesi di droit ecrit non solo al suo carattere di coutûme fondamentale in tali territori ma in primo luogo all'autorizzazione del monarca (93). Insomma, tra le potestà di costui quella di legiferare veniva ritenuta la più importante.

Nel corso del secolo XVI si sono trovati giuristi pronti ad esaltare le coutûmes a causa della loro formazione spontanea nella coscienza sociale. All'inizio del Seicento J. Troncon (sec. XVI), nel ricordare il processo stabilito per la redazione delle consuetudini « soubs l'autorité de sa Majesté », sottolineò la piena indipendenza da esse del sovrano, vale a dire la totale possibilità giuridica di costui di modificarle (94). Era ancora una volta la riaffermazione di un principio affermato, ma mi pare tutta nuova la coerente conclusione che il giurista volle trarre: a ben guardare, nella gerarchia ideale delle fonti normative le ordinanze del re dovevano avere una maggiore autorità delle regole del droit

⁽⁹²⁾ S. Marion, Plaidoyez et advis sur plusieurs grands et importants affaires, Paris, 1625, p. 261.

⁽⁹³⁾ J. Troncon, Coustumes de la ville, prevosté et vicomté de Paris avec les sommaire des articles, conferences d'iceux, difference de la dite Coustume du droict commun et des autres coustumes de ce Royaume, Paris, 1618, p. 88.

^(%) PIANO MORTARI, Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel sec. XVI cit., pp. 156-160, ma in particolare p. 159 e n. 159. Il passo qui citato è tratto dallo scritto del Du Pré dal titolo Apologie contre un livre intitulé catacrise du droit romain, Lyon, 1601, fo. 26v.

coutumier: « Aussi les ordonnances de nos Roys ont plus d'autorité que nos Coustumes » (95).

I risultati delle ricerche più sopra esposti consentono di fare qualche considerazione finale.

Nel Cinquecento il movimento per la redazione delle coutûmes costituì innanzi tutto l'aspetto più importante del processo di affermazione in Francia del diritto di origine nazionale, legato in parte molto minore alla valorizzazione contemporanea del diritto creato direttamente dalla monarchia ed al suo acquisto di un posto più ampio nel quadro del regime positivo del regno. In tutto il suo complesso il fenomeno del rilievo da attribuire al diritto francese è in relazione alla polemica antiromanistica dei giuristi francesi del secolo XVI; in altro luogo mi sono a lungo ed in modo specifico soffermato su ciò e qui mi limito a richiamare l'attenzione sul problema (96).

Del resto, il nazionalismo giuridico manifestato dalle redazioni ed il controllo su di esse stabilito dalla monarchia non possono far dimenticare la provenienza di fatto del materiale normativo inserito nei testi delle raccolte, nè il significato del consenso espresso dai rappresentanti degli stati col suo valore di simbolo del volere del popolo, requisito fondamentale del diritto consuetudinario.

In realtà, le redazioni introdussero nello Stato francese una fonte di produzione giuridica completamente nuova ed originale. Essa aveva una fisionomia diversa dalle fonti tradizionalmente previste nel regime positivo del regno. In tale regime era dato un peso di rilievo anche alle norme ed agli istituti provenienti dalla tradizione romanistica e da quella canonistica ed all'esame della varietà e della molteplicità della normativa vigente apparirebbe schematico e, comunque, inesatto compiere una semplice distinzione tra diritto di origine consuetudinaria e diritto di origine regia.

Se si riflette bene, il problema della configurazione dottrinale della consuetudine redatta, che i giuristi francesi non ave-

⁽⁹⁵⁾ Ibidem.

⁽⁹⁶⁾ PIANO MORTARI, Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel sec. XVI cit., passim.

vano potuto fare a meno di discutere, fa osservare una connessione evidente tra i motivi politici, i criteri direttivi delle redazioni ed i pensieri esposti dai giuristi per costruire un concetto di coutûme redatta aderente alla sua realtà nella situazione storica francese del Cinquecento.

L'interdipendenza si rivela con chiarezza, se si pensa al contenuto normativo delle raccolte ufficiali delle coutûmes ricavato dall'esperienza consuetudinaria dei territori del regno e se si pensa alla presenza dei rappresentanti degli ordini nelle assemblee riunite per mettere in iscritto le norme. I rappresentanti degli ordini avevano la funzione di esprimere il consenso popolare necessario per fissare le coutûmes, avevano il compito di garantire il rispetto e la continuità del patrimonio giuridico consuetudinario; il valore indispensabile della loro presenza è un'ulteriore conferma della opportunità di considerare le redazioni non solo dal punto di vista della politica regia. Anche il ruolo esercitato dalle altre forze politiche chiamate a collaborare doveva, infatti, essere tenuto ben presente (97).

Non bisogna sottovalutare il peso persistente nella Francia cinquecentesca delle istituzioni feudali, delle antiche autonomie locali fondate sul droit coutumier; nè bisogna sottovalutare il rispetto persistente degli istituti privatistici sempre basati sulle consuetudini e che sorgevano da rapporti legati ad un tipo di economia di carattere ancora medievale. Si trattava in tutti e due i casi di istituzioni e di istituti sempre di droit coutumier. Essi non erano affatto passati ad un livello di considerazione marginale di fronte ai programmi specifici della monarchia, nè alle esigenze delle classi mercantili e commerciali interessate ad un assetto unitario ed uniforme dello Stato, auspicato per eliminare le barriere esistenti tra le provincie del regno e per rendere più agevole il formarsi di un unico mercato in tutto il territorio della monarchia. L'insistenza dei giuristi nel sottolineare il valore del consenso degli stati nelle redazioni è il riflesso dei sentimenti e degli interessi dei gruppi politici e sociali fermi per tradizione e per convenienza ad un'immagine di altri tempi della figura

⁽⁹⁷⁾ PIANO MORTARI, Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel sec. XVI cit., pp. 84-94.

del sovrano, ostili all'affermarsi graduale dell'assolutismo nel cui procedere vedevano il loro inevitabile declino. Il lungo periodo delle guerre di religione manifestò, peraltro, con estrema chiarezza l'influenza di questo moto contrario alla formazione di uno Stato di carattere moderno. Del resto, la forza di detto moto fu dimostrata con precisione dalle rivendicazioni esposte negli scritti dei monarcomachi. Le tesi di costoro, infatti, fecero leva pure sull'attaccamento del popolo alle tradizioni giuridiche consuetudinarie, alle istituzioni ed ai costumi in cui esse si esprimevano e si perpetuavano anche attraverso la redazione delle coutûmes, non potendo questa non rappresentare uno strumento utilissimo di precisazione e di consolidamento del droit coutumier.

È logico che la monarchia non potesse ignorare le forze e le strutture istituzionali dell'ordinamento politico entro cui doveva esercitare la sua azione e le sue funzioni.

Una varietà ed una molteplicità di organismi e di comunità autonomi vivevano nel regno col riconoscimento e con la sanzione regia; persino i più rigidi sostenitori della causa assolutistica guardavano con spirito realistico non tanto alla loro impossibile eliminazione quanto soprattutto a facilitare una politica di progresso continuo della centralizzazione a vantaggio della monarchia; cercarono di rendere più agevole l'esercizio concreto del controllo da parte dei magistrati regî nei vari settori della vita del paese, si proposero di assicurare sempre di più all'autorità del sovrano la sorveglianza effettiva delle istituzioni feudali e particolaristiche esistenti all'interno del regno.

Nessuno può sollevare dubbi nel mettere in risalto che i risultati ottenuti con le redazioni siano stati il frutto di un compromesso raggiunto nei dibattiti tra le forze chiamate a realizzarle e quindi tra la monarchia ed i gruppi politici e sociali del regno. Ritorna alla mente l'aderenza precisa alla realtà delle cose dell'immagine di una sorta di rapporto contrattuale stipulato tra questi soggetti distinti fatta intravedere a proposito delle redazioni dall'anonimo giurista della fine del secolo XVI con la sua idea di un contratto di diritto pubblico, idea non portata, peraltro, ai suoi sviluppi coerenti.

Senza ignorare la necessità e l'importanza previste giuridicamente per le redazioni dell'opera svolta dagli esponenti degli

stati, il peso dell'intervento regio riappare, comunque, in tutto il suo valore proprio in riferimento alla situazione storica del Cinquecento.

Il carattere determinante attribuito da parte della dottrina dei giuristi all'atto di approvazione regia nella procedura prevista per le redazioni ed il concetto conseguente di coutûme redatta. corrispondevano, insomma, alla realtà delle cose. Si trattava, in definitiva, di formulare in questo modo uno strumento concettuale utile a dar maggior rilievo al programma politico della monarchia, svolto in maniera specifica dai commissari regi nei dibattiti con gli esponenti degli stati per stabilire le norme da introdurre nelle raccolte ufficiali delle consuetudini, per restringere i privilegi ed i diritti di classe e di comunità in contrasto con gli interessi della monarchia, per imprimere il suggello del potere sovrano anche sul diritto proveniente dalle tradizioni consuetudinarie, continuando così ad affermare la potestà monarchica di legiferare ed il principio tipico degli ordinamenti politici moderni della derivazione statuale delle norme positive. Del resto. l'ordinanza di Montil-les-Tours aveva già indicato un indirizzo siffatto per la politica monarchica nel campo delle consuetudini; le successive decisioni regie avevano continuato ad accentuarlo ed in fondo i giuristi nelle discussioni teoriche sugli elementi costitutivi delle norme contenute nelle redazioni avevano in prevalenza sviluppato una tesi basata su questi punti col costruire, cioè, un concetto di consuetudine redatta corrispondente ai propositi della monarchia ed al peso effettivo delle forze politiche che insieme al re erano state da lui chiamate a portare avanti il movimento giuridico delle redazioni.

RAFFAELE AJELLO

FORMALISMO E STORIA DEL DIRITTO MODERNO (*)

« Quare hoc mihi concedatis necessario, leges non honestatem populi intendere, sed utilitatem ».

L. Valla, de volupt. c. 29

I. Le origini del formalismo nella scienza giuridica europea si fanno generalmente risalire al pensiero kantiano, che propose — com'è noto — una soluzione formale al problema della definizione del diritto. Le seguenti considerazioni si riferiscono invece al formalismo come ad un carattere della letteratura giuridica ufficiale moderna (1), nato dalla crisi della religiosità medievale, espresso

^(*) Pubblico qui con alcune integrazioni la mia prolusione ufficiale al corso catanese del 1968-69. L'invito e l'incoraggiamento di Paolo Grossi mi hanno indotto a proporre al lettore queste note nella originaria misura programmatica, che altrimenti si sarebbe allargata nel tempo e nello spazio fino a limiti troppo lontani. Le circostanze mi hanno dunque imposto (e quindi consentito) di resistere alla tentazione di rendere il discorso meno avaro di riferimenti ad una vicenda storica lunga, ricchissima e complessa, ancora quasi completamente da narrare; e di evitare ogni « piumaggio » di note bibliografiche, che saranno invece ridotte ai meri riferimenti delle citazioni ed alla indicazione di alcuni degli autori verso i quali più grande è il mio debito di gratitudine.

⁽¹⁾ S'intende parlare qui del formalismo scientifico e non del legalismo, del normativismo o del concettualismo, secondo la distinzione di N. Bobbio, Giusnaturalismo e positivismo giuridico, Milano 1965, 97. A quelle chiare pagine (79-100) è da aggiungere che la deformazione formalistica della scienza giuridica non si verifica soltanto nell'abuso delle costruzioni dogmatiche, ma anche sotto altri profili: ad esempio, l'interesse estrinseco per tematiche stereotipe, e l'erudizione come fine a sè stessa, furono a lungo caratteri formalistici della scienza giuridica moderna, riconosciuti (sulla base di luoghi comuni umanistici) dagli stessi giuristi italiani del Seicento, che combattevano non solo «i puri scolastici», ma anche «i puri testuali-

178 RAFFAELE AJELLO

nella conservazione degli schemi giuridici elaborati nel Medio Evo sulla base dell'esperienza romana antica, e che pertanto ha conosciuto poche eccezioni e brevi parentesi nella scienza giuridica europea continentale.

Sull'esistenza del fenomeno non è possibile fornire una documentazione sintentica e comunque non sarebbe questa la sede più adatta. Non è (forse) inutile porre invece il quesito di quali istanze (giuridiche e non giuridiche) si sian nascoste dietro tale persistente stereotipia delle tematiche e delle forme, ed in particolare quali istanze giuridiche sian state portate con il formalismo dai giuristi di mestiere, in una polifonia di cui non sempre essi hanno rappresentato le voci giuridiche più significative e più alte, ed in una vicenda storica tormentata e contorta, tanto piena di sottintesi e di riserve mentali, quanto la realtà del diritto medievale era pervasa da fiduciosa e spesso ingenua ed acritica partecipazione spirituale.

Non è un caso che l'Illuminismo abbia rappresentato una parentesi nelle tradizioni formalistiche della scienza giuridica europea. Com'è noto la critica illuministica al sistema del diritto comune fu essenzialmente diretta a rivelarne i presupposti ed i condizionamenti politici. Per lo stesso motivo non è un caso che la storiografia giuridica tradizionale sia stata portata a considerare la concezione illuministica come intrinsecamente politica, ergo non giuridica e perciò trascurabile dal punto di vista della storia del diritto: tanto che in uno dei migliori contributi alla conoscenza

sti, li quali da alcuni si chiamano i pedanti legali » (G. B. DE LUCA, Il Dottor Volgare, proemio, VII, § 10). Nell'introduzione agli Opera Legalia Postuma (Napoli 1680) di MARCELLO MARCIANO, Gennaro D'Andrea criticava duramente le «subtilitates» degli eruditi che, attratti dalla storia romana «toti sunt in evolvendis latinis auctoribus »; ma « quid hoc ad forum, ad causas, ad praxim pertinet? Grammatici magis id est, quam Jurisconsulti». Affermazioni anche più incisive in N. Amenta, Rapporti di Parnaso, Napoli 1710, 102. Per l'ampia letteratura sul formalismo, si rinvia alle bibliografie di R. Orestano e di G. Tarello nelle voci « formalismo » dell'Enc. It. (Appendice III) e di Novissimo Digesto It. (T. VII). È da ricordare inoltre, per le fondamentali notazioni particolarmente attinenti al nostro tema, M. WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1922 (trad. it. Milano 1961, spec, il vol. II, cap. VII); e per le indicazioni sugli sviluppi del fenomeno dall'Illuminismo alla scuola dell'esegesi, M. A. CATTANEO, Illuminismo e legislazione, Milano 1966, 150-164. Spunti e motivi efficaci su formalismo e storia del diritto moderno in U. CERRONI, specialmente Marx e il diritto moderno, Roma 1962, passim; ma anche La libertà dei moderni, Bari 1968, 33-56.

FORMALISMO E STORIA 179

di questo periodo dovuti a storici del diritto in senso « professionale », l'autore ha sentito il bisogno di giustificare la scelta di quel tema e si è posto in limine la domanda: «È esistita una scienza del diritto illuministica? » (2). Vero è che l'età dei lumi fu una parentesi breve. Il tentativo kantiano di dare una mediazione critica — logico-formale e non più metafisica — al problema del diritto ed il suo fallimento idealistico (3) posero le premesse più favorevoli e dissolsero ogni remora di una scienza giuridica che, nella corrente sistematica, dai «culti» alla scuola del Wolff, era già avviata verso un sempre più accentuato «costruttivismo» (4). Indubbiamente una piena autocoscienza del fenomeno si ebbe solo con il formalismo kantiano. Esso fu un tentativo di soluzione di problemi che il tendenziale soggettivismo illuministico aveva reso possibile porre, e che la scienza umanistica e tardoumanistica del diritto, partendo da premesse obiettivistiche, non aveva potuto riconoscere sul piano teoretico. Ciò non significa che tali problemi non esistessero di fatto, e che non comportassero già orientamenti

⁽²⁾ G. D'AMELIO, Illuminismo e scienza del diritto in Italia, Milano 1965, 4. La nascita dell'avversione per la scienza giuridica illuministica nel secolo XIX (e specialmente in Savigny), le prime voci dirette a porre in una più giusta proporzione le valutazioni falsate dalla polemica politica (Gönner, Wenck) furono già indicate nel 1936 da H. THIEME, Die Zeit des späten Naturrechts (Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Germ., 202-204). Il significato concreto delle deformazioni legalistiche proprie di alcune correnti del pensiero illuministico francese (e poi europeo), in una grande varietà ed anche incertezza di atteggiamenti e di proposte, è stato indicato dalla ricostruzione di F. DIAZ, Filosofia e politica nel settecento francese, Torino 1962, spec. 97, 110, 119, 180, 212. Requisitorie contro gli illuministi, ignoranti di diritto, non sono mai mancate nella letteratura storico-giuridica, anche recente. Ad es.: G. ASTUTI, La nozione di legge nell'esperienza storico-giuridica, in Annali di storia del diritto, 1966-67, 38-53.

⁽³⁾ Dell'immensa letteratura sull'argomento, una menzione particolare mi sembra meriti A. Negri, Alle origini del formalismo giuridico, Studio sul problema della forma in Kant..., Padova 1962.

⁽⁴⁾ F. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1952, 192 ss. Sugli sviluppi successivi e non attinenti al nostro tema mi limiterò a ricordare W. WILHELM, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1958; come testimonianza sul «costruttivismo», G. Lazzaro, Storia e teoria della costruzione giuridica, Torino 1965; e per i vari metodi della logica giuridica, U. Klug, Juristische Logik, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1958, II ed. (spec. Die axiomatische Methode, 12 ss.).

di tipo tecnicistico ed idealistico molto vicini, nei risultati pratici, a quelli della scienza giuridica del secolo XIX. È chiaro anzi che la reazione romantica alla mentalità codificatoria ed all'Illuminismo ereditò e riprese dalla scienza tardoumanistica i caratteri di cui si parla. L'idealizzazione di passate condizioni storiche e giuridiche, propria della concezione romantica del diritto fu, del resto, notoriamente legata « al conservatorismo e quietismo politico ed al sistema della Restaurazione » (5). Anticipare il discorso sulle origini del formalismo giuridico all'epoca del tardo diritto comune, può servire a farlo uscire dalle atmosfere rarefatte della speculazione kantiana e postkantiana ed a ridurlo ai suoi termini più concreti e più semplici: al rapporto fra teorie e fatti, fra scienza e realtà.

2. Nello scrivere intorno al 1745 i *Prolegomena* ad una delle prime trattazioni organiche di diritto moderno (6) che vanti la tradizione scientifica italiana, un giurista meridionale cercava di spiegare le ragioni per cui gli studiosi colti di diritto positivo si erano occupati, e ancora si occupavano, nel nostro paese, esclusivamente di diritto romano, trascurando la legislazione recente, il diritto patrio, a cui pure era affidato un compito ormai prevalente nella disciplina della organizzazione sociale (7). In primo luogo

⁽⁵⁾ B. Croce, nella Avvertenza alla sua edizione (1934) di *La lotta per il diritto*, di R. Jhering (ripubbl. da P. Piovani, Bari 1960, 34). Il diritto per i romantici è — prosegue Croce — « prodotto dell'anima popolare... svolgentesi in modo spontaneo e quasi naturale, senza sforzi e lotte e rivoluzioni » (ivi).

⁽⁶⁾ F. RAPOLLA, Commentaria de jure Regni Neapolitani, IV ed., Napoli 1778 (la prima ediz. fu del 1746), Prolegomena, 2.

^(?) Fu un precursore Luigi XIV nell'istituire con un editto del 1679 « un professeur royal de droit français ». Anche nei paesi protestanti il diritto romano ed il diritto canonico tennero il campo incontrastati fino agli inizi del secolo XVIII, e gli statuti e costumi locali erano degnati di attenzione solo sotto l'autorità del « droit savant » (P. Meylan, Jean Barbeyrac et les débuts de l'enseignement du droit dans l'ancienne académie de Lausanne, Lausanne 1937, 12). Fin dopo i primi decenni del secolo XVIII nelle università italiane non si forniva alcuna nozione di diritto moderno; nello studio di Napoli mancava ogni insegnamento specifico di legislazione imperiale o statutaria medievale, e la didattica giuridica non aveva altri seggi ufficiali oltre alle cinque cattedre romanistiche (Corpus Juris), a due di diritto feudale ed a cinque di diritto canonico, di cui due di Decretali. Dopo lunghe lotte fu possibile istituire a Napoli, nel 1736, una cattedra di Jus Regni (legislazione di Federico II e successiva), a danno di una di Decretali. Resistenze

una tradizione millenaria di studi romanistici rendeva possibile « ad metam pervenire » sia attraverso la visione diretta di fonti già pubblicate ed analizzate, sia attraverso i loro interpreti, « qui doctrina et methodo facilem viam reddunt». Inversamente il diritto recente si presentava disperso in una varietà di fonti inesplorate, di cui era impossibile cogliere la ratio senza far riferimento ad occasioni storiche particolari. Ne nascevano difficoltà insuperabili: il diritto recente si rivelava ribelle ad ogni forma di elaborazione sistematica. Il giurista settecentesco non sottovalutava gli sviluppi e le trasformazioni che il diritto romano aveva subito dalla repubblica, al principato, all'impero. Gli sembrava però fuori di dubbio che la struttura di quel materiale giuridico si presentasse più omogenea, più stabile, costante e quindi più facilmente riducibile ad ordine logico che la legislazione medievale e moderna, espressione di dominazioni diverse e perciò di costumi, situazioni, abitudini, tradizioni, lingue diverse. La stessa « mens et spiritus romanus in legibus (Romanorum) permansit et servatus fuit ». Da ciò derivava una conseguenza decisiva: solo il complesso normativo romanistico consentiva una elaborazione sistematica con cui attingere principi, regole, strutture essenziali; esso solo poteva dunque sempre servire a spiegare, adattare, integrare la regolamentazione civile in ogni tempo.

Come si vede, l'impegno sistematico obbediva a finalità teoretiche e pratiche insieme. Queste ultime erano subordinate al raggiungimento di quelle. In altri termini, la scienza si sarebbe fatta valere nella pratica per il suo stesso valore intellettuale. Era una fiducia nelle capacità risolutive della teoresi, che nasceva da due convinzioni uguali e contrarie: da una parte, lo spostamento delle

insuperabili incontrò il consiglio di Pietro Giannone di sostituire una delle cattedre di Digesto con un primo insegnamento di diritto naturale, e soltanto per qualche anno funzionò il tanto combattuto insegnamento di Storia ecclesiastica, che a varie riprese si era cercato di introdurre a danno di una delle numerose cattedre di Teologia. È interessante osservare che la stessa burocrazia viennese (in gran prevalenza catalana) osteggiò nel 1733 tutte quelle proposte di riforma perchè ritenne di dover preferire l'applicazione del principio di quieta non movere alla stessa esplicita difesa del diritto regio (o imperiale) che sarebbe stata sostenuta da una cattedra di Jus Regni. Per tutto ciò rinvio al mio contributo alla Storia di Napoli, vol. VII, in corso di stampa (cap. VI, § 5).

strutture giuridiche dal piano empirico a quello metafisico garentiva della loro autoevidenza; dall'altra, un'esperienza consolidata riaffermava la sfiducia generale verso ogni tentativo di mutare o comunque di incidere sul complesso equilibrio strutturale e quindi normativo della società.

Pur con ripensamenti ed incertezze strettamente dipendenti, di volta in volta, dalle situazioni politiche dei singoli Stati e dalle prospettive di riforma più o meno improbabili che tali situazioni offrivano, i giuristi italiani, fino all'Illuminismo, furono decisamente scettici sulla possibilità di soluzioni legislative ai problemi della organizzazione giuridica (8). Tale atteggiamento si ritrova negli stessi politici e legislatori di formazione culturale giuridica. L'esempio platonico confermava — ad esempio — Bernardo Tanucci nella convinzione « che il genere umano non si può e non si deve governare ». Questo significava « l'architettura impossibile » che Platone aveva proposto nei suoi libri sulla Repubblica. « Rettitudine, beneficenza, moderazione, saggezza del capo senza leggi »; questi i criteri da adottare: « l'esempio dei giudici » e « l'obbedienza alla natura » (9).

Il riferimento a Platone è molto significativo ed è centrale nella mentalità del giurista umanista. Connesso alla concezione umanistico-platonica della società era l'ideale nobile, austero, eroico (10) di una giustizia custodita dai saggi e di una scienza giuridica capace di autogovernarsi e di guidare l'ordinamento in base (innanzi

⁽⁸⁾ Le deficienze funzionali del sistema divenivano pericolose aperture verso il temuto Pirronismo e l'accusa di scettico e di pirronista era rivolta a chiunque mettesse in dubbio la validità del sistema o anche suoi singoli aspetti positivi. Si potrebbero richiamare, a tal proposito, le opere scritte in opposizione a Dei difetti della giurisprudenza di L. A. Muratori (1742) e numerose altre testimonianze. Mi limiterò a indicare quelle più significative: D. Ceri, Prodromo all'estirpazione del Pirronismo dalla ragion civile d'Italia, s.l., 1769 e A. M. Vannucchi, Dissertazione del metodo d'acquistare la giurisprudenza critica, Firenze 1750, 23 ss.

⁽⁹⁾ E. VIVIANI DELLA ROBBIA, B. Tanucci ed il suo più importante carteggio, Firenze 1942, v. II, 251, Caserta 28 gennaio 1771; ma innumerevoli altre citazioni concordi si potrebbero trarre dall'immenso carteggio tanucciano, in gran parte ancora inedito.

⁽¹⁰⁾ È ovvio, a questo proposito, il richiamo ai due volumi di G. Weise, L'ideale eroico del rinascimento, Napoli 1961 e 1965, che si indicano per sottolineare gli innumerevoli suggerimenti che possono fornire agli storici del diritto.

tutto) a principi etici, acquisiti attraverso la meditazione e l'esperienza del passato. Un ideale che, specialmente in Italia, non fu — in apparenza — scalfito dalla esperienza dell'insegnamento machiavelliano: il « discorde accordo » fra la Controriforma e l'autore de « Il principe » si risolve quasi sempre — attraverso l'adattamento gesuitico del machiavellismo e l'interpretazione cattolica della « politica storica » dei tacitisti (11) — nel rafforzamento dello schema provvidenziale. Ad esso si ricorreva contro « l'apparente disordine delle cose umane » (12). L'insicurezza della situazione esistenziale contribuiva ad esaltare la sicurezza e stabilità dei valori. Su quest'ultimo piano gli studiosi di diritto potevano liberamente esercitare la loro vocazione all'ordine, al sistema, ad una scienza prestigiosa e sicura.

Nella loro ansia di pervenire a risultati scientifici incontrovertibili, nel timore di vedere smentita dai fatti l'obiettività e la necessità della loro scienza, essi finivano per inseguire le loro esigenze di perfezioni sempre più sottili in un campo che avevano essi stessi isolato dal reale terreno di incontro e di scontro delle più immediate e semplici soluzioni organizzative della società. I giuristi colti guardavano perciò prevalentemente ai rapporti già consolidati, già elaborati da precedenti dottrine, e tendevano a restringere ai confini dei loro orizzonti conoscitivi gli aspetti normativi appena emergenti dalla realtà sociale, o in via di rapida trasformazione, i rapporti nuovi e quelli nei quali il dibattito ideologico appariva ancora aperto, ed esorcizzavano, in nome della scienza, ogni contenuto politico della normazione.

Era una scienza che aveva la pretesa di esprimere strutture obiettive e necessarie, ma temeva di verificarle criticamente. Indagini storiche o effettuali veramente esaurienti, relativizzando i

⁽¹¹⁾ G. TOFFANIN, Machiavelli e il Tacitismo, Padova 1921, 64-65, 90, 109-111, ma tutta l'opera offre ricchissimi spunti. Cfr. anche F. Chabod, Scritti su Machiavelli, Torino 1964, 130, e Scritti sul Rinascimento, Torino 1967, 325. Nella soluzione indicata confluirono «la théologie espagnolisée» e «l'athéisme de Machiavel», che in un primo momento si erano tenuti ben distinti in Francia secondo E. Thuau, Raison d'état et pensée politique a l'époque de Richelieu, Parigi 1966, 404-409.

⁽¹²⁾ K. Löwith, Meaning in History, The Theological Implications of the Philosophy of History, Chicago 1949 (trad. it. Significato e fine della storia, Milano 1963, 161 ss., 146 s., 194 e passim).

valori nel tempo e nello spazio, dissolvendo i dati metafisici, hanno sempre posto ai giuristi sistematici ed ai giusnaturalisti problemi insolubili. Il ricorso ad una speculazione giuridica liberamente critica, spezzando i legami con il sistema tradizionale, avrebbe disperso gli elementi positivi e potestativi ch'esso offriva, ed avrebbe esposto la scientia juris e la stessa legislazione « liberamente alla disputazione degli uomini, come l'altre umane scienze » (13). Posta, in tal modo, a metà strada fra storia e sistema, tra ratio ed auctoritas, apparentemente ferma nella fiducia metafisica dell'identità dei due termini ed assorbita dall'impegno di verificarne la realtà conciliandone i dati inconciliabili, la scientia juris si risolveva in elaborazioni tanto più sorde alle richieste della vita giudiziaria, quanto più culturalmente raffinate e complesse.

Perciò, mentre l'impegno culturale dei giuristi si esauriva sui sentieri innumerevoli volte percorsi dagli studi romanistici, il largo settore trascurato — la legislazione recente, le questioni giurisdizionali e controverse, la prassi giudiziaria e forense — o mancava di ogni ricognizione ed elaborazione scientifica: o era affidato ad una letteratura di occasione, controversistica, coltivata da politici ed eruditi e non da giuristi in senso tecnico: o diveniva patrimonio di una produzione scientifica minore e subordinata e, in teoria, subalterna, ma di fatto più ampiamente utilizzata delle dottrine colte. A tale letteratura « pratica » veniva attribuito il peso e la responsabilità del disordine effettivo nel funzionamento della giustizia: un disordine che, secondo la maggioranza dei giuristi teorici, non intaccava la scienza, anzi ne giustificava ed imponeva una sempre più drastica, disimpegnata conservazione. L'esigenza di certezza del diritto, mortificata dall'inesistenza di paradigmi di giustizia praticamente efficienti, veniva soddisfatta con criteri che aspiravano alla giustizia materiale, ma restavano sostanzialmente formali, senza offrire della formalità i vantaggi: come, ad esempio, il ricorso alla communis opinio doctorum o agli stili ed usi interpretativi e forensi (14). E poiché la scienza giuridica non forniva

⁽¹³⁾ D. CERI, op. cit., 5.

⁽¹⁴⁾ Cfr. L. Lombardi, Saggio sul diritto giurisprudenziale, Milano 1967. L'ampia, ma pur sempre soltanto «dottrinaria» prospettiva che l'autore osserva, lo induce a sopravalutare la validità della communis opinio come criterio effettivo di certezza; ma il quadro ch'egli traccia del diritto comune come fenomeno giuri-

formalismo e storia 185

alla classe politica gli strumenti conoscitivi per una concreta politica del diritto, la normazione statuale, respinta dalle sacre fonti del diritto, assumeva un ruolo subalterno, restringeva la sua sfera d'azione, nasceva incolta e disorganica, vedeva, in definitiva, compromessa anziché favorita dagli indirizzi della scienza la sua capacità di effettiva incidenza sulla società. Il circolo vizioso si saldava. Al formalismo scientifico si accompagnava una scarsa aderenza della legislazione ai reali problemi della giustizia e l'abbandono dell'interprete ad un'attività sostanzialmente libera (15).

sprudenziale resta — a mio avviso — il più intelligente che sia dato leggere almeno nella letteratura italiana, e la critica alla tesi di F. Calasso sul «carattere legislativo» del sistema (spec. nelle pag. 195-197) mi trova consenziente, per così dire, ante litteram (cfr. il mio Il preilluminismo giuridico, Napoli 1965, 81-83).

⁽¹⁵⁾ Il largo ambito di discrezionalità del giudice nel tardo diritto comune emerge già dall'esame del faticoso ed incerto processo dottrinario, mirante all'elaborazione di criteri di certezza endogiurisprudenziale; ma è la situazione di fatto che può darne la giusta misura. È da tener presente che nei secoli fra il XVI e il XVIII del tutto desueto era considerato l'obbligo di motivare le sentenze. Su ciò, per la Francia T. SAUVEL, Histoire du jugement motivé, in Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger, A. 61, Paris 1955, 5-53. In genere, per il tardo diritto comune, P. Bugnyon, Tractatus legum abrogatarum et inusitatarum, Bruxelles 1702, 315 (il B. è però autore di un Commentaire del 1567; cfr. W. F. CHURCH, Constitutional thought in sixteenth century France, Cambridge, Mass., 1941, 150). Per l'Olanda, A. MATTHAEI, Commentarius ... de criminibus, ed. V, Genova 1760, 607-8. L'obbligo di motivazione fu introdotto da B. Tanucci a Napoli nel 1774. Le concordi opposizioni dei magistrati alla riforma tanucciana ed i motivi da essi addotti indicano qual'era la situazione di fatto. I giuristi sostenevano varie tesi convergenti: della impossibilità di motivare sul diritto scritto per il caos dei paradigmi normativi di riferimento; della difficoltà di motivare sul vario ed instabile diritto giurisprudenziale e sugli informali stili interpretativi e forensi, anche per non dar motivo alle «cavillazioni» dottrinarie della parte soccombente; ed infine della inopportunità per dei Magistrati (che ripetevano la loro autorità direttamente dal sovrano) di palesare al popolo gli «arcani della Sovranità», che solo per vie interne il Re avrebbe potuto in ogni momento conoscere. Un'ulteriore difficoltà era costituita dal fatto che negli organi collegiali il voto dei singoli membri poteva esser fondato, per uno stesso dispositivo, su motivi diversi. Fino alla fine del secolo era incerto e discusso nella giurisprudenza il criterio di maggioranza (assoluta o relativa) da far valere nelle votazioni. I governi, d'altra parte, si mostravano disposti, fino all'Illuminismo, ad accordare una grande libertà all'interprete, sia perchè ciò consentiva a loro stessi di avvalersene per ragioni di Stato o private, sia perchè l'influenza del ceto burocratico era in quel settore determinante, sia infine perchè in questo modo si semplificava il meccanismo giudiziario e si spe-

Questo estremo «liberismo giuridico» sotto le apparenze di un sistema rigorosamente legale e, per certi aspetti, minutamente regolato dalla casistica dottrinale prammatica (16), è un'esperienza che la storia europea ha conosciuto fino alle soglie dell'età contemporanea. Essa fu causa ed effetto dell'elevazione sociale e politica dei giuristi dal tramonto del Medio Evo all'Illuminismo, e perciò fu fattore essenziale nel processo di dissolvimento delle vecchie strutture teocratiche e feudali, di formazione dei ceti medi, di sviluppo della civiltà moderna; ma fu pure all'origine di una dura reazione, diretta ad ottenere garenzie sostanziali di legalità, più e prima che nuovi contenuti di giustizia. Garenzie concrete che il ceto burocratico, nella misura in cui era venuto conquistando una sfera di influenza sempre più larga nella gestione della cosa pubblica, era il primo a non potere ed a non voler dare. Pertanto, mentre il divario fra scienza e realtà, fra le nuove istanze giuridiche e l'assetto della società, veniva ad assumere via via dimensioni sempre più drammatiche, le tensioni emergenti anziché trovare una soluzione furono soffocate dalla gestione burocratica dell'assolutismo (17).

rava di renderne meno lento il funzionamento. Per questo ultimo motivo l'esigenza di certezza e quella di semplificazione del processo appaiono inconciliate e spesso contraddittorie nella legislazione regolamentare degli Stati italiani fino a tutto il secolo XVIII. D'altra parte il criterio a cui si attennero i governi in questo campo (ed in genere per tutto ciò che non investiva questioni fiscali e di ordine pubblico), fu, fino all'Illuminismo, quello indicato supra alla fine della nota 7. Sul problema della motivazione delle sentenze nel Regno di Napoli, e per tutto quanto è stato qui accennato, R. AJELLO, Il Preilluminismo, cit., cap. III; ma questo studio, edito in poche copie ed in forma incompleta ed affrettata, sarà ripubblicato prossimamente.

⁽¹⁶⁾ In G. B. De Luca (op. cit., VII, § 10) è possibile leggere una colorita descrizione delle deformazioni e degli arbitrii a cui portava l'abuso della casistica. Egli racconta « la favola di quel giudice, il quale in una causa che si trattava di un armento, o precojo di vacche, non si soddisfacea delle dottrine, perchè non parlassero di vacche, ed essendosene trovata una, che ne parlasse, nemeno si sodisfacea, perchè non parlava di vacche rosse, com'era il caso ». Pertanto, osservava De Luca « è impossibile il proveder con le leggi a tutti li casi (mentre anco in quelli, che pajono i medesimi, per picciola diversità di circostanze, bisogna diversamente giudicare) » (op. cit., II, § 9).

⁽¹⁷⁾ È evidente che non è possibile proporre in tre parole un bilancio della politica riformistica dell'assolutismo, senza scendere ad un'analisi di fatti ed ambienti storici determinati. Desidero soltanto indicare alcuni sviluppi elementari su cui si può forse consentire. La formulazione e la diffusione delle istanze giuridiche illu-

Non senza ragione perciò la polemica illuministica investì tutte insieme la cultura e le strutture giuridiche consolidate, la letteratura forense e quella giurisdizionale, le dottrine pratiche e le colte, rivelandone il carattere strumentale rispetto a determinati interessi settoriali.

I giuristi umanisti e tardoumanisti avevano ribadito l'identificazione medievale di scienza giuridica e filosofia autentica, obiettiva, voce e segno di strutture naturali e necessarie: verità, più ancora che fondata sul consenso dei popoli dotti, collaudata ed espressa da tale consenso, cioè dalla fortuna europea del diritto romano; destino provvidenziale di cui non a caso avevano goduto il diritto e la lingua di Roma e non la filosofia e la lingua dei Greci (18). In effetti a dar corpo a quelle strutture naturali, a dar voce al consenso dei popoli, erano gruppi ben ristretti di dotti, condizionati da precisi inserimenti politici. Le loro ideologie avevano avuto fino alla fine del seicento una funzione dinamica negli sviluppi della società

ministiche, il pericolo di una loro diretta influenza sui governi, relegarono i giuristi di mestiere, il ceto burocratico e parlamentare in una posizione di pura e semplice conservazione. Mentre di fronte all'assolutismo carismatico i «legali» erano uniti e concordi in una (apparente) totale adesione al potere, determinata dall'assenza di soluzioni politiche alternative, di fronte al dispotismo illuminato il ceto giuridico si presentò diviso. Evidenti sono in Italia gli orientamenti diversi della burocrazia, della magistratura e dell'Accademia da una parte, e dei giuristi-filosofi dall'altra, nell'età delle riforme. Il fenomeno si complicò per l'influenza di complesse componenti politiche e culturali, su cui desidero ricordare la bella op. di C. Antoni, La lotta contro la ragione, Firenze 1942, Cap. V e passim, e A. Kraus, Vernunft und Geschichte, Freiburg, Basel, Wien 1963, spec. 412 ss.

⁽¹⁸⁾ Sull'identificazione filosofia-giurisprudenza, cfr. F. Calasso, Introduzione al diritto comune, Milano 1951, 190 ss.; ma essa è un luogo comune di tutta la tradizione scientifica del diritto comune. Particolarmente efficaci e coerenti con lo sviluppo logico e storico descritto nel testo, le affermazioni della Oratio Andreae Alciati dum Bononiam adscitus esset ... (Opera, IV, Basilea, 1582, 1053 s.) su cui V. Piano Mortari, Pensieri di Alciato sulla giurisprudenza, in Studia et Documenta Historiae et Juris, XXXIII — 1967, 212 ss. Sul parallelismo lingua latina-diritto romano son da vedere gli autori citati da G. Toffanin, Che cosa fu l'Umanesimo, Il risorgimento dell'antichità classica nella coscienza degli italiani fra i tempi di Dante e la Riforma, Firenze 1929. L'aspetto dell'Umanesimo tenuto a fuoco dall'interpretazione toffaniniana (su cui Chabod, Scritti, cit., 164 ss.) è — a mio avviso — particolarmente interessante ed utile per la conoscenza di una corrente di pensiero, come quella scientifico-giuridica, poco incline a fluire sugli impervi sentieri della creatività. Larga è stata l'utilizzazione dell'op. del Toffanin nei vol. cit. di Weise.

e della condizione civile, ma dopo i primi decenni del settecento apparivano dirette alla conservazione pura e semplice dello status quo. Com'è evidente, i nuovi contenuti di giustizia proposti dal movimento illuministico furono in gran parte recepiti, dalla scienza giuridica e dalle codificazioni del secolo XIX (19); ma i philosophes non riuscirono a conseguire risultati altrettanto duraturi nel loro impegno diretto a rivelare e dichiarare gli interessi concretamente economici, politici e sociali che lo schermo dell'imparzialità tecnico-scientifica dei giuristi di mestiere nascondeva. La novità e la carica demistificante della posizione illuministica può essere sinteticamente espressa dalla critica che Rousseau rivolge a Hobbes ed a Grozio, ponendone sullo stesso piano le istanze giuridiche: entrambi stabilirono (in teoria) sempre il diritto per mezzo del fatto; ma quando passarono a riconoscere quest'ultimo, risolsero il problema in base al presupposto che «il genere umano appartenga ad un centinaio di persone », mentre « non tocca ad ogni uomo di far parlare gli Dei, né di essere creduto quando si annunci come loro interprete » (20). I meccanismi che gli illuministi cercarono di introdurre al posto della identificazione pura e semplice di strutture esistenti e strutture razionali (e della correlativa popolo-giuristi) furono spesso ingenui, non sempre hanno funzionato, ma pure hanno rappresentato motivi deontologici oramai acquisiti ed ancora presenti nella nostra vita civile. Tuttavia contro i philosophes, che combattevano gli impliciti significati anche giuridici della tecnica imparziale (in nome di opposte istanze giuridiche), i «saggi» giuristi hanno avuto sempre un argomento polemico formidabile: i loro oppositori ignoravano il diritto. Argomento insuperabile: tanto incommensurabile è la nostra ignoranza, quanto irraggiungibili sono i confini della conoscenza. Poichè una vita non basta di certo a conoscere quella entità polimorfa e sfuggente ch'è il diritto, solo le critiche postume sarebbero ammissibili. Argomento, in definitiva, tautologico e che si risolve in una comoda applicazione del principio d'identità: chi non la pensa come me, è un ignorante (di diritto). Sotto questa minaccia apocalittica ed in

⁽¹⁹⁾ Sulla vicenda, oltre a M. A. CATTANEO, Illuminismo e legislazione, cit.; S. Moravia, Il tramonto dell'Illuminismo, Bari 1968.

⁽²⁰⁾ Contrat social, L. I, cap. 2, e L. II, cap. 7.

quest'ultima, in verità, assai penosa situazione, gli esclusi dai « sacri » recinti professionali del diritto erano però in compagnia di quanti, da Cartesio a Vico (giuristi tecnici mancati) non avevano direttamente contribuito agli sviluppi della scienza giuridica ufficiale, ma avevano « soltanto » creato il pensiero moderno, e quindi anche il pensiero giuridico moderno (21).

Vero è che, sulla opposta frontiera, le esigenze da cui muoveva la critica illuministica ed il clima che si era venuto a creare nella seconda metà del secolo XVIII costituivano le premesse meno adatte per la comprensione meditata delle ragioni profonde che avevano mosso la scienza giuridica umanistica, un fenomeno che era nato e si era sviluppato in un ambiente così vicino, ancora presente, eppure così spiritualmente lontano. Il fertile, ma ingenuo ottimismo che animava i philosophes impediva di comprendere in quali vie più complicate, indirette e tortuose si era svolta la vita politica appena pochi decenni prima. Essi non avvertirono che i fini perseguiti a mezzo di una scienza apparentemente spoliticizzata ed impersonale non avrebbero avuto altrettante possibilità di farsi valere in modo diverso. Attenti a porre i problemi del diritto e della organizzazione sociale su un piano empirico e politicoprammatico, i philosophes ignorarono le componenti teoretiche dell'antica scienza giuridica, che pure avevano avuto, in essa, un peso determinante.

3. La scienza giuridica italiana era stata dominata fino all'Illuminismo, fino alla piena affermazione della idea di progresso, da alcune difficoltà paralizzanti: da una fede pacificante nella sostanziale immutabilità delle strutture giuridiche, dall'identificazione di tali strutture con quelle elaborate dalla tradizione scientifica romanistica.

La prima di tali difficoltà non era certamente un limite specifico della scienza giuridica. L'illusione di poter porre al sicuro la problematica situazione esistenziale mediante il ricorso a sintesi intellettuali definitive, «l'illusione teologale, che solidificando l'esi-

⁽²¹⁾ Anche più colpevolmente ignoranti, perchè non privi di qualche nozione di diritto, i vari Beccaria, Filangieri, Pagano, mentre Delfico è, in ogni senso, più iniquo di un anticristo.

genza la postula come unità data da contemplare » (22), è l'effetto deformante del limitato orizzonte intellettuale e temporale dell'umana esperienza, è — come scrisse Dewey — «la nostra salvaguardia magica contro il carattere incerto del mondo». Si verifica in noi « la conversione della logica della riflessione in una ontologia della realtà razionale... dovuta all'arbitraria conversione della problematica funzione naturale di unificazione in una realtà causale antecedente... Questa conversione a sua volta è dovuta alla tendenza dell'immaginazione, operante sotto l'influenza delle emozioni, a trasformare l'unificazione, da impresa reale, oggettiva e sperimentale, limitata a particolari situazioni che la richiedono, in un movimento illimitato e universale che mette capo a un sogno allucinante». In altri termini «la realtà diventa l'esistenza quale noi desideriamo che sia, dopo aver analizzato i suoi difetti e deciso quelli da eliminare; la realtà è ciò che l'esistenza sarebbe se le nostre preferenze, razionalmente giustificate, fossero così completamente stabilite nella natura da esaurire e definire il suo essere intero e perciò da rendere la ricerca e la lotta non necessarie. Ciò che vien tagliato fuori — dal momento che il turbamento, la lotta, il conflitto e l'errore ancora esistono empiricamente, qualcosa è tagliato fuori — essendo escluso per definizione dalla piena realtà, è assegnato ad un grado ed ordine dell'essere che si afferma metafisicamente inferiore » (23). In particolare la tendenza a dimenticare lo scopo delle schematizzazioni e delle classificazioni, considerandole cose importanti di per se stesse, è un difetto della specializzazione scientifica. « Classificare è, infatti, tanto utile quanto naturale... Ma quando presumiamo che i nostri elenchi e le nostre categorie rappresentino raccolte esistenti davvero in rerum natura, ostacoliamo invece di favorire i nostri rapporti con le cose. Ci rendiamo colpevoli di una presunzione che la natura punisce prontamente. Diveniamo

⁽²²⁾ E. GARIN, La filosofia come sapere storico, Bari 1959, 50.

⁽²⁸⁾ J. Dewey, Experience and Nature, Chicago 1925, cap. II, § 1, 2, 3 (trad. it., Abbagnano, Torino s.d., 24, 35, 30). Questa tematica, come è noto, è stata poi sviluppata nel successivo The Quest for Certainty, A Study of the Relation of Knowledge and Action, New York 1929 (trad. it. Firenze 1965, spec. 17 ss., 30, 41 s., 48, 52 s. e passim). Nota è l'influenza del Dewey sul Cassirer, che in Essay on man, riporta integralmente la cit. che segue nel testo.

incapaci di affermare le delicatezze e le novità della natura e della vita » (²⁴).

Naturalmente tali difficoltà proprie della nostra economia intellettuale e pertanto delle scienze positive ancor oggi, apparivano aporie ed erano caratteri essenziali di un pensiero, come quello tardo umanistico, che si basava su presupposti giusnaturalistico-obiettivistici. La fiducia assoluta nell'autoevidenza delle strutture naturali, la sfiducia nella possibilità di mutare, con una qualsiasi impresa storica, il flusso provvidenziale e preordinato degli avvenimenti, sono espresse sinteticamente dall'ottava Degnità della Scienza Nuova Seconda: « Le cose, fuori del loro stato naturale né vi si adagiano né vi durano ». Quanto dire che la società finisce sempre per manifestare la sua volontà, respingendo la normazione non corrispondente alle fondamentali esigenze umane.

La formula vichiana esprime la giustificazione ed accettazione del dato e si può convertire nell'altra: le cose che son durate sono naturali, ossia necessarie. « Le tradizioni volgari devono aver avuto pubblici motivi di vero, onde nacquero e si conservarono da intieri popoli per lunghi spazi di tempi » (XVI Degnità). È l'affermazione del significato razionale e reale della tradizione (25). Il valore attri-

⁽²⁴⁾ J. Dewey, Human Nature and Conduct, New York 1922, (trad. it. Preti-Visalberghi, Firenze 1958, 140).

⁽²⁵⁾ È evidente la derivazione da Grozio, Prolegomena al De jure belli ac pacis, cap. XLI: « Quando molte persone in tempi diversi ed in luoghi diversi sostengono come certa una medesima cosa, essa deve essere riportata ad una causa generale »; in questo caso — secondo Grozio — si può esser certi di trovarsi in presenza di un diritto comune (naturale o delle genti). La posizione di Grozio venne interpretata dai giuristi più colti come il tentativo di riaffermare la validità della comune cultura umanistica, allargando la base del consenso al di là dei confini entro cui s'era mosso l'Umanesimo italiano, ed in modo che potesse resistere alle critiche di Montaigne. Il De jure è - sotto questo profilo - strettamente connesso al fortunato e diffuso De veritate religionis christianae, su cui ha opportunamente richiamato l'attenzione G. Giarrizzo in Edward Gibbon e la Cultura europea del Settecento, Napoli 1954, 42 s.; ma illuminanti osservazioni su tutto il problema a pag. 63 s., 310 s. e passim. Indicazioni sul De veritate anche in A. Corsano, U. Grozio, Bari 1948, 185-189. Sulla posizione dei primi umanisti (nel senso e sul punto indicato) D. MAFFEI, Gli inizi dell'Umanesimo giuridico, Milano 1956, 75 s. La soluzione di Grozio fu respinta — com'è noto — prima da Pufendorf (De jure naturae ac gentium, L. II, cap. 3 § 7, 4) sulla base delle indicazioni di Montaigne, e poi da Locke (N. Bobbio, Locke e il dir. nat., Torino 1963, 134-142; C. A. Viano, J. Locke, Dal

buito dai giuristi alla scienza tradizionale scaturiva dalle stesse premesse teoretiche del loro pensiero. Il circolo vizioso si saldava. Dal giusnaturalismo obiettivistico, all'identificazione del pensiero e delle strutture giuridiche con l'antica scientia juris. Dal successo spazio-temporale, dal consensus gentium, veniva la conferma della validità metafisica dell'Ordo. Nella misura in cui si attenuano le giustificazioni e conferme carismatiche della tradizione, valeva il surrogato comparatistico ed effettuale del suo successo europeo. Ma la conferma empirica rafforzava i presupposti metaempirici, riportava le strutture giuridiche dal piano dell'esperienza e quello delle essenze. Ciò ha permesso « di tradurre in invarianza... qualcosa che è storicamente determinato e di avallare filosoficamente la concezione volgare per la quale rapporti storici si presentano come, un tempo, voluti da Dio, e nell'epoca moderna, come naturali: una delle tentazioni di essenzializzare l'essente » (26).

Credere ad un diritto espresso una volta per sempre in strutture suscettibili soltanto di marginali sviluppi, ma formalmente definite da tempo immemorabile, «è il riflesso dell'incapacità delle istituzioni attuali a compiere il loro ufficio ... di suscitare l'osservazione delle continuità sociali. Tale credenza è un tentativo di render razionale questo difetto, ma — al pari di ogni razionalizzazione — agisce distogliendo l'attenzione dalla situazione reale delle cose. Così aiuta a conservare le condizioni che l'hanno prodotta, impedendo ogni sforzo di rendere più umane ed eque le nostre istituzioni » (27). Credere « veri in virtù della loro intrinseca natura » dati, istanze e postulati provvisori, correlativi e contingenti, ha ritardato il progresso della scienza giuridica ufficiale, perché ha « impedito la libertà della postulazione », che di ogni scienza è la linfa vitale. Tale fenomeno, del resto, si è verificato anche in altri settori della conoscenza: «La storia della scienza mostra... che quando le ipotesi sono state considerate come definitivamente vere

razionalismo all'Illuminismo, Torino 1960, 80-131); da altra angolazione il consensus era stato respinto come criterio di legittimazione da Hobbes, De cive, II, 1; ma importanza centrale in quest'opera di demolizione ebbero le Pensées sur la comète (1681), § 22 e 48 e la Continuation des Pensées, § 17 (4) di P. Bayle.

⁽²⁶⁾ T. W. Adorno, Negative Dialektik, Frankfurt am Main 1966 (trad. it. Donolo, Torino 1970, 234).

⁽²⁷⁾ J. DEWEY, Human Nature, cit. 346 s.

e perciò indiscutibili, esse hanno ostacolato l'indagine e posto la scienza in balia di dottrine che più tardi si sono rivelate come destituite di fondamento » (28). Nelle scienze naturali il carattere precario e, per così dire, plastico dell'oggetto ha finito per imporre un metodo sperimentale, ha costretto a considerare soltanto ipotesi di lavoro ogni legge; oggi lo stesso apparato matematico appare a molti fisici « strumento quasi tanto pericoloso quanto utile, dato che la sua efficacia... induce spesso a estenderne automaticamente i concetti » a settori per i quali non furono creati e che richiedono ipotesi differenti (29). Che cosa è avvenuto invece nella scienza giuridica continentale? Il fatto che essa ha «ruotato per secoli intorno al Corpus Juris ha ... operato da determinante e da presupposto di una serie di concezioni del diritto e della sua scienza nelle quali la costanza della presenza del Corpus Juris ha impedito ad esse di aver piena consapevolezza della propria autonomia, ed a noi di riconoscere i loro condizionamenti. Anche per questo si è parlato e si continua a parlare di metodi interpretativi del Corpus *Juris*, e si è fatto consistere lo svolgimento di tanta parte della scienza del diritto in un loro affinamento e progresso. Questo modo tradizionale di considerare la scienza del diritto è stato ulteriormente corroborato da quella visione evoluzionistica che si è venuta affermando con la Scuola storica tedesca e che nel suo fondo domina ancora il pensiero contemporaneo. Lo svolgimento storico vi era concepito come il passaggio gradatim verso forme sempre ed in ogni senso più progredite. Questa concezione, applicata anche alla stessa scienza del diritto, ne ha fatto considerare la sua storia come lo sviluppo di un unico corpo verso metodi e schemi sempre più perfezionati » (30).

⁽²⁸⁾ J. Dewey, Logic, the Theory of Inquiry, New York 1939 (trad. it. Visalberghi Torino 1949, 203 s.).

⁽²⁹⁾ Basti pensare all'operazionismo di P. W. Bridgman. Le parole cit. sono di V. Somenzi, a pag. 8 della *Introduzione* a Bridgman, *The Logic of Modern Physics*, New York 1927 (trad. it., Torino 1965). Sul problema, in generale, anche H. Reichenbach, *The rise of scientific philosophy*, Los Angeles 1951 (trad. it. Parisi-Pasquinelli, Bologna 1961, 298 ss.).

⁽³⁰⁾ R. ORESTANO, Diritto e storia nel pensiero giuridico del secolo XVI, in La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche, Firenze 1966, 392-3. Cfr. pure ivi 412 e Introduzione allo studio storico del diritto romano, Torino 1953 e seguenti, passim.

Indubbiamente tali difficoltà ebbero un'importanza decisiva nelle origini e negli sviluppi del formalismo tecnicistico della scientia juris. Se ne può però considerare un altro aspetto non meno rilevante: i giuristi assumevano attraverso la tradizione medievale una dimensione tutta ideale e formale della loro disciplina, facevano propria un'esperienza in cui i valori etico-religiosi e le visioni ampie, universali, sintetiche avevano un peso determinante e portavano ad una visione pangiuridica della realtà, alla sopravalutazione del compito spettante al diritto tra gli elementi costitutivi della condizione umana, e quindi ad una estrema difficoltà di interpretare i fatti fuori di quelli schemi ideali e formali. Al formalismo tecnicistico si aggiungeva un formalismo idealistico.

Se si tengono presenti l'origine e lo svolgimento prevalentemente italiani di questa tradizione, la conferma che ad essa era venuta sul piano spirituale dalla sua diffusione europea, la difficoltà, in Italia, di configurare sul piano politico soluzioni diverse ai problemi dell'ordinamento per mancanza di punti di appoggio positivi, si comprende per quali ragioni i caratteri di cui si parla si ritrovino più decisamente nella scienza italiana che, ad esempio, in quella francese, e perché abbiano fatto sentire, nella prima, più a lungo il loro peso.

4. Nel pubblicare nel 1944 un trattatello di un giurista cinquecentesco in difesa di Ferrante I d'Aragona « contro la taccia che gli si dava di aver violato, subito dopo averlo concluso, il trattato dell'11 agosto 1486 col papa Innocenzo VIII », B. Croce sottolineava l'ingenuità dell'ignoto autore, che basava la sua difesa sullo stato di necessità in cui il re di Napoli si sarebbe trovato al momento di ratificare l'atto.

A parte l'errore storico e di fatto, l'errore di principio del giurista sarebbe stato, secondo Croce, l'estendere concetti ed istituti dal diritto interno al diritto esterno della guerra e della pace, dove si rivelano inefficaci, perchè vi mancano « e leggi, e tribunali, e forza esecutrice delle sentenze ». Tale equivoco sarebbe dovuto al disconoscimento della natura propria della politica, che fu di tutto il pensiero filosofico prima di Machiavelli. Il Medio Evo, « energicamente indirizzato al trascendente, all'altra vita, non prese a combattere quella guerra mentale, e non riportò quel trion-

fo, che è la scoperta di una dura legge della società umana, la legge sovrana della politica » (31).

C'è da credere che molti giuristi, anche vissuti uno o due secoli dopo Machiavelli, sarebbero stati portati dalla loro logica tradizionale e professionale a cadere nello stesso errore. Il realismo machiavelliano non fece scuola, almeno apparentemente, fra i giuristi teorici (32) e. certamente, non riuscì ad indirizzarne su nuovi binari la scienza. Eppure con la crisi del sistema geocentrico, con l'allargarsi degli orizzonti conoscitivi oltre i limiti del vecchio mondo, la posizione esclusiva, più ancora che privilegiata, della cultura occidentale fu scossa, e seri dubbi sorsero sulla universale ed eterna realtà dei valori tradizionali, ossia sulla identità di ragione e tradizione. La crisi di quei valori rese labili armonie prima indiscutibili, fece apparire meramente strumentali sintesi prima dettate da motivi profondi. Il terreno d'intesa su cui s'era elevato l'edificio del diritto comune diveniva sempre più ristretto. Esigenze prima trascurate, richiesero riconoscimento giuridico. Allora veramente il mondo politico perdette «il suo collegamento non solo con la religione e la metafisica, ma anche con le altre forme della vita etica e culturale dell'uomo » (33). All'unità dell'antico fondamento in crisi, seguì una situazione pluralistica.

In questo « universo della dispersione » (34) la soluzione teocratica o quella contrattualistica, la tesi del « princeps legibus solutus » o della « potestas legibus adstricta », del diritto divino dei re o della sovranità popolare (per non citare che alcune delle formule giuridiche più note nel diritto pubblico) se furono a volte ideali giuridicopolitici profondamente sentiti, furono, in primo luogo, strumenti di lotta giuridica e politica, schemi formali che rivestirono e spesso nascosero esperienze diverse. Sarebbe perciò estremamente ingan-

^{(31) (}Bari 1944), 5, 13, 16 s.

⁽⁸²⁾ F. Meinecke, Die Idee der Staatsraison in der neueren Geschichte, 1924 (trad. it. Scolari, Firenze 1942, vol. I, 82 ss.). G. Procacci, Studi sulla fortuna di Machiavelli, Roma 1965, spec. 288 s.

⁽³³⁾ E. CASSIRER, The myth of the State, 1945 (trad. it. Pellizzi, Milano 1950, 210, ma anche 206, 250 s.).

⁽³⁴⁾ De Lagarde-Garin in P. PIOVANI, Giusnaturalismo ed etica moderna, Bari 1961, 99; ma tutta quest'op. di Piovani è un punto di riferimento obbligato per la problematica di cui nel testo.

nevole volerli vedere fuori di quella contesa, prenderli alla lettera, considerarli espressione di convinzioni prive di riserve mentali. Proprio per riconoscere il valore reale degli ideali, occorre partire da una loro critica severamente demitizzante. Solo quando ne siano stati rivelati e provati anche i significati più concreti, è possibile valutare gli ideali nelle loro ampie, ma giuste proporzioni, sceverando fra la realtà autentica delle mitizzazioni e l'apparenza ingannatrice delle mistificazioni (35).

La mentalità burocratica e legalistica — ha scritto il Mannheim — « ha un suo proprio tipo di razionalità. Messa di fronte a forze incontrollate... non riesce a considerarle che sotto l'aspetto del disordine provvisorio» (36). Riesce perciò difficile al giurista comprendere come « ogni assetto razionale della società non è che una delle molte forme in cui le forze scatenate si riconciliano». Di rado egli si preoccupa di vedere « come dietro ogni singola legge siano gli interessi e le Weltanschauungen di un determinato gruppo sociale. Egli ha per certo, al contrario, che l'ordine specifico, disposto dalla legge concreta, corrisponda all'ordine in generale». Ma per comprendere il fenomeno, dopo averlo enunciato, è necessario tener presente che punto di arrivo di ogni istanza giuridica è di affermarsi come certa: perciò si suol dire che uno dei poli entro cui vive e si agita l'esperienza giuridica è quello della certezza. Ogni norma tende a divenir « positiva ». L'esigenza di certezza è pertanto, oltre che un elemento costitutivo, anche una tendenza « operativa » dell'attività giuridica. Nel « continuo ritorno del concetto di forma nei diversi piani in cui si articola l'esperienza giuridica c'è, se pur non sempre consapevole » l'esigenza di affermare la funzione stabilizzatrice del diritto. Nel mutevole storico il diritto rappresenta ciò che arresta il movimento, lo incanala e lo solidifica; nel variare delle azioni umane rappresenta la determinazione di un ordine. La tendenza al formalismo dei giuristi emerge, dunque, dalla natura stessa e dalla funzione del diritto nella società. Con-

⁽³⁵⁾ Su questo tema, P. Piovani, Filosofia e storia delle idee, Bari 1965, 175, 314 ss.

⁽³⁶⁾ K. Mannheim, *Ideology and Utopia*, New York-London 1953 (trad. it. Santucci, Bologna 1957, 118).

siderare giusto ciò che è conforme alla legge significa dare un giudizio positivo, prescindendo da qualsiasi considerazione morale, di un assetto stabile della società che riposa sulla certezza piuttosto che sull'equità » (37).

Nel brano citato, per descrivere la «funzione stabilizzatrice del diritto», si è tenuta presente l'esperienza giuridica successiva al positivismo, quando la crisi delle filosofie universalistico-sistematiche e la cessione da parte dei giuristi di mestiere ai politici di gran parte della loro attività sostanzialmente legislativa, ha frenato o spezzato la loro tensione verso la giustizia materiale, ed ha lasciato libero il campo alla cieca esigenza (prima strumentale) della certezza. Si è verificato allora quel «procedimento di sterilizzazione del diritto» per cui la scienza giuridica si è impoverita, nel cercare una « purezza » che si è trasformata « in una anemia distruggitrice di linfe vitali (38) ». Ma la tendenza alla stabilità è evidente in tutti gli ordinamenti giuridici positivi. In ciascuno di essi si sviluppano naturalmente forze di coesione che tendono a ritardare ed a frenare il continuo mutamento formale ed aggiornamento della normazione positiva alla variabile dinamica dei conflitti d'interesse. Ciò contribuisce a spiegare « come istituzioni contro le quali la pubblica opinione si pronunziò da lungo tempo, possano spesso continuare a vivere ». Se non è, infatti, la mera « vis inertiae » che le tiene in vita (e spesso è anche quella) è vero che « la forza di resistenza degli interessi compromessi ed impegnati al loro mantenimento» (39) trova un naturale alleato nel vantaggio che la norma « positiva » inevitabilmente acquisisce rispetto alla problematica varietà delle altre norme possibili. È, in parole povere, il vantaggio delle posizioni acquisite e consolidate, proprio della «economia» della organizzazione giuridica, così come della «economia» della nostra singola (e comune) attività intellettuale. Un elemento «tecnico» che è presente anche dove manchi una legislazione che accolga e formuli « le valutazioni intuitive della situazione concreta »: esse

⁽³⁷⁾ N. Bobbio, Giusnaturalismo e positivismo, cit. 99.

⁽³⁸⁾ P. PIOVANI, La filosofia del dir. come scienza filosofica, Milano 1963, 96, ma in genere i cap. II, III, IV.

⁽⁸⁹⁾ R. JHERING, Der Kampf um's Recht (1872) trad. it. Mariano, ed. Croce-Piovani, Bari 1966, 55.

infatti tendono ugualmente, attraverso la prassi delle corti o attraverso la consolidazione delle dottrine, a raggiungere la «razionalità formale» e ad imporsi come precedenti (40).

Ciò non significa — ovviamente — che tale tendenza « tecnica » sia « neutrale » rispetto alle esigenze di giustizia in conflitto: significa che i giuristi di mestiere tendono a conservare l'ordinamento formale com'è; operazione che non ha significato e colore in sé, ma lo assume dalle istanze di mutamento a cui resiste. Pertanto la sua ricognizione ed interpretazione è impossibile fuori del contesto storico determinato da cui, di volta in volta, ha ricevuto senso e significato.

In uno dei testi più diffusi, non solo in Italia, della scienza e storiografia giuridica del secolo XVIII, le « Origines juris civilis » di G. V. Gravina, si trova un'esplicita e chiara affermazione del significato sostanziale, anche politico, del formalismo dei giuristi, nella tarda epoca del diritto comune. La città ideale per il Gravina è quella in cui gli uomini agiscono razionalmente. Ma essa non esiste e non può esistere nella realtà. Infatti i saggi « non gregatim, sed sparsim inveniuntur». È necessario perciò che la repubblica sia governata « mente paucorum » essendo pochi in ogni nazione i sapienti. Il potere, i nobili ed il popolo debbono sottomettersi « iisdem luminibus atque consiliis ». « Ma l'insolenza dei ricchi, ed il loro livore verso chi li supera nel sapere, e l'ignoranza del popolo che più stima le ricchezze che la prudenza, non s'indurrebbero mai a lasciarsi reggere da chicchessia, se altri, quasi celando se stessi, non derivasse da più alto l'autorità e se non tramutasse la sua ragione viva e vocale in ragione inanimata, scritta e d'ogni affetto spogliata, qual'è la legge. Tutti i popoli antichi, dagli Egizi ai Romani, attribuirono alla divinità la parola della legge... Numa fingeva gli fosse consigliata dalla Ninfa Egeria, con la quale «in sylvarum recessibus colloquium habere simulabat ». Mai la « recta ratio » sarebbe riuscita ad imporsi, se non fosse stata consacrata in un modo o nell'altro, mediante auspici o giuramenti alla divinità. Mai la maggioranza avrebbe consentito di attribuire ad altri i

⁽⁴⁰⁾ A. Ross, On Law and Justice, London 1958 (trad. it. Gavazzi, Torino 1965, 267).

pubblici poteri, se non avesse confidato di prestare quell'ossequio ad una più elevata natura (41).

La visione formale, ideale, sacrale del diritto e della tradizione rivelava i suoi caratteri di *instrumentum regni* nelle mani dei saggi, cioè dei giureconsulti. È, chiaramente, un'eco di quanto avevano scritto Machiavelli, nei *Discorsi*, a proposito della religione per i Romani, e Montaigne, negli *Essais* (42), sulle origini favolose, misteriose soprannaturali della legislazione. Un tipo di ragionamento diffuso nella cultura libertina (43), ripreso da Spinoza (44), adottato da Pascal con l'attribuzione « al più savio dei legislatori » (Platone), e persino — sulle orme di Montaigne — a sant'Agostino (45), ed infine inserito in un nuovo contesto di problemi da Rousseau (46). Un motivo che portava dagli *arcana religionis* agli *arcana dominationis*, e da questi agli *arcana juris*, in una conversione non soltanto formale, ma sostanziale, evidente specialmente in alcune cor-

⁽⁴¹⁾ Originum juris civilis liber tertius, tom. II, Napoli 1713, § 7, 8; pag. 9-11 (cito anche dalla bella traduzione di S. Maffel, in Rime e prose, Venezia 1719, 488). Cfr. anche di Gravina, Orationes, Napoli 1723, 212, oratio VII, Pro Romanis legibus: « Prudentissime namque fabularum structores eidem numini frugum et legum inventionem attribuerunt ad significandum naturalis et civilis vitae nexum ».

⁽⁴²⁾ N. Machiavelli, Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio, L. I, § 13, 14 e 25. Montaigne, Essais, (in Oeuvres complètes, ed. de la Pléiade, 613) L. II, cap. XVI. Montaigne trae il mito di Numa da Plutarco; ma esso è richiamato anche in Tacito, Annali, III, 26. Per riferimenti al problema in generale, A. M. Battista, Alle origini del pensiero politico libertino, Montaigne e Charron, Milano 1966, II, 25, 26, 183; ma tutta l'op. è di grande interesse per i nostri studi.

⁽⁴³⁾ Cfr. per la teoria dell'origine politica delle religioni nella cultura libertina e per Gassendi, Mersenne, Pomponazzi, Bruno e Vanini, le op. cit. in T. GREGORY, Scetticismo ed empirismo, Studio su Gassendi, Bari, 1961, 212.

Interessanti osservazioni su Naudè, ed altri, a questo proposito, in R. Mousnier, Les XVIe et XVIIe siècles, Les progrès de la civilisation européenne etc., Paris 1953 (trad. it. Firenze 1959, 185). Sulla discussione di questo tema in Vico, cfr. F. Nicolini, Di alcuni rapporti ideali tra il Vico e il Hobbes con qualche riferimento al Machiavelli, in «English Miscellany, a Symposium of History Literature and the Arts», Roma 1950, 62-65.

⁽⁴⁴⁾ Tractatus theologicus politicus (Amsterdam 1670) cap. 17.

⁽⁴⁵⁾ Pensées, 301.

⁽⁴⁶⁾ Contrat social, L. II, cap. 7. Ma anche A. Radicati in Discourses concerning Religion and government (in F. Venturi, Saggi sull'Europa illuminista, A. Radicati di Passerano, Torino 1954, 185).

renti tedesche della letteratura sulla ragion di stato (47) (ad es. Clapmar, Chemnitz, Sprenger), ma presente largamente nella scienza giuridica italiana dei secoli XVII e XVIII. Era una tematica a sostegno dello stato di diritto, che poteva servire anche a scopi antiassolutistici, o che per lo meno aveva, nei confronti del potere politico delle corti, potenzialità ambivalenti. In questa direzione essa trovava sostegno in un'altra, di origine addirittura mosaica, ripresa efficacemente da Charles Loyseau (48) ed accolta da Domat (49): il potere degli officiers (e dei giudici) « viene originariamente da Dio » e « se réfère a lui comme à sa première source, et à son dernier ressort ». Ragion per cui « les Magistrats, et principalment ceux du peuple fidèle, ont quelque fois des inspirations secrets... provenants de la grace divine, et non de leur merite particulier ». In questo quadro è estremamente significativo il successo (50) di un'opera come quella di A. Duck (De usu et Authoritate Iuris Civilis Romanorum), ripubblicata a Napoli nel 1719, opera che proveniva da un ambiente esterno al mondo latino, esaltava la funzione creatrice dell'interprete, di cui fondava la Scienza sulla diffusione ed affermazione « positiva » del diritto romano in Europa.

È evidente che questo complesso di motivi, di cui qui non si è potuto dare che qualche cenno, non potevano non essere tenuti costantemente presenti dai giuristi positivi, così giustamente preoccupati del problema dell'autorità, sia sul piano formale delle fonti di giustificazione, sia, ancor più, su quello della sua carenza ed esplicazione effettiva. Basti pensare all'interpretazione vichiana, essenzialmente politica e di derivazione chiaramente machiavelliana, dello stesso diritto romano, nei suoi formalismi, nei suoi arcana juris. Tale interpretazione, mentre offriva una chiave demistificatoria dell'ordo juris tratta dal seno stesso del sistema, indicava nella

⁽⁴⁷⁾ F. MEINECKE, Die Idee, cit. v. I, 184-190.

⁽⁴⁸⁾ Oeuvres, 1660 (le citaz. seguenti sono a p. 51, da Les cinq livres du droit des offices). Interessanti osservazioni sulla posizione politica degli Officiers, fra aristocrazia e assolutismo in S. Mastellone, Introduzione al pensiero politico di C. Loyseau, in Critica storica, IV, 4, Luglio 1965, 450.

⁽⁴⁹⁾ N. Matteucci, J. Domat, Un magistrato giansenista, Bologna 1959, 63 dalla Préface al Droit Public, L. II, T. II.

⁽⁵⁰⁾ La diffusione avvenne nella cultura meridionale attraverso le citazioni di F. D'Andrea nella *Disputatio an fratres* ... (Napoli 1694).

maniera più evidente ed incisiva quali fossero i problemi reali dell'esperienza giuridica del tempo (51).

Se si guarda al campo delle scienze umane e sociali, dalla fine del '500 alla prima metà del '700, la rivoluzione mentale del Rinascimento appare esaurita nella scepsi o nel nuovo universalismo tardo-umanistico e del Barocco. Riconoscendo l'incapacità del pensiero teoretico di servire per se stesso di guida al vivere sociale. il saggio umanista, «laico» del diritto, che non volesse rinunciare alla speculazione per la fede, si rifugiava per lo più nella assoluta libertà della propria coscienza individuale. Quanto al criterio esterno di legalità, una volta rotta ogni relazione fra di esso ed il pensiero teoretico, come avveniva per gli scettici e per i libertini, ogni soluzione poteva essere accettata sul piano della prassi, purchè garentisse l'operosa solitudine del saggio, il suo ozio sapiente (52). Ma tale evasione non era consentita al giurista. L'organizzazione sociale continuava a vivere intorno allo scettico con tutti i suoi problemi, che egli poteva ignorare, ma non il giurista. In particolare in Italia le monarchie non offrivano un affidamento ragionevol-

⁽⁵¹⁾ De ratione 12, 13, 14; De constantia, 113; De uno, cap. 183, 185, 187, 188, 210. Importanti osservazioni sul tema in G. Giarrizzo, La politica di Vico, in Il pensiero politico, 1, 3, 1968, 321-385 e spec. 326.

⁽⁵²⁾ Sul tema si è svolto recentemente nella storiografia italiana un vivace confronto di indicazioni: cfr. A. M. Battista, Alle origini del pensiero politico libertino, cit.; e della stessa autrice Appunti sulla crisi della morale comunitaria nel seicento francese, in Il pensiero politico, II, 2, 1969, 187-223, e Sul rapporto tra società e Stato nella Francia dell'Assolutismo, in Quaderni storici delle Marche, 1969, num. 10, 85-113. A. NEGRI, Problemi di storia dello Stato moderno, Francia, 1610-1650, in Riv. crit. di Storia della filosofia, 1967, 3, 182-220. Ma in relazione al nostro tema si può osservare con Cassirer (Das Erhenntnisproblem in der Philosophie und Wissenschaft der neueren Zeit, (trad. it. Pasquinelli, Storia della filosofia moderna, v. I, 208-210) che la dissoluzione critica dell'oggetto assoluto non determina, di per sè, una teoria scientifica dei fenomeni, anche se fonda una nuova moralità. La scienza nasce invece facilmente sulle argomentazioni « verosimili » e « probabili » (op. cit. 433; J. DEWEY, Logic, cit. 204 ss.; G. PRETI, Praxis ed empirismo, Torino 1957, 120). Su queste argomentazioni fu costruita la scienza giuridica prammatica euro, pea, fino a quando la diffusione delle Provinciales di Pascal non demolì quel metodocolpendolo nelle sue reincarnazioni tardo-scolastiche spagnole. L'importanza di quest'ultima corrente filosofica negli sviluppi del pensiero giuridico moderno è stata sottolineata da H. Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, Göttingen 1951 (trad. it., Milano 1965, 163 ss.).

mente sicuro, e tale da poter attrarre e convincere, senza molte e fondate riserve, le forze legalitarie.

Perciò, come il pensiero teoretico sarebbe venuto meno al suo compito se non avesse portato fino alle estreme conseguenze logiche la sua critica razionale, così il pensiero giuridico sarebbe venuto meno al suo se avesse rinunciato a proporre l'unico criterio di legalità e di certezza che i tempi consentirono. La critica alla razionalità della tradizione non poteva dissolvere, ex abrupto, i valori potestativi ch'essa conteneva, la sua forza irrazionale, la sua autorità che nasce, secondo una felice indicazione, « dalla fede e dalla presunzione che chi ci ha somministrato più volte il vero, debba somministrarcelo anche altre volte e sempre » (53). Lo stesso giurista prima citato, Gianvincenzo Gravina, nel sottolineare l'importanza del formalismo nella giurisprudenza romana antica, riportava l'opinione del Cuiacio, secondo cui tale religio juris era forse troppo capziosa, ma certo più tollerabile della confusione delle azioni, del gran disordine attuale (54). Fino a quando lo stato moderno non ebbe dato il minimo di garanzie di saper convogliare nell'interesse generale le energie potenzialmente legalitarie, questa fu la posizione della maggioranza dei giuristi colti, questa la funzione storica della cultura giuridica, ed essa ebbe una parte non ancora sufficientemente chiarita nel processo di avanzamento sociale, economico e politico, del ceto burocratico e dei ceti medi fino alla rivoluzione francese (55).

6. Com'è stato rilevato recentemente, gli stessi philosophes non sempre seppero « vincere il disgusto per i termini gotici in cui spesso si esprimeva la contesa » fra monarchia e ceto burocratico in Francia e perdettero così « l'occasione per un tempestivo inserimento » nello scontro. Tuttavia « le formule più giuridicamente sottili o tradizionalmente suggestive » non potevano nascondere la contraddizione che in fondo sussisteva tra il riconoscimento del potere legislativo nella persona del re da parte dei parlamenti, ed il controllo di fatto dell'ordinamento (56). D'altra parte il gioco era

⁽⁵³⁾ B. Croce, Teoria e storia della storiografia, Bari 1948 (6ª ediz.), 324.

⁽⁵⁴⁾ Della divisione d'Arcadia, Napoli 1712, 2.

⁽⁵⁵⁾ Importanti osservazioni su questo punto in M. Weber, op. cit., v. 2, 703.

⁽⁵⁶⁾ F. DIAZ, op. cit., 77.

arrivato ad un punto di rottura, per cui la coscienza della contraddizione era soffocata, in chi non aveva piena fiducia negli ideali illuministici, dal timore di rompere un meccanismo insostituibile. Valga l'esempio del dialogo a distanza fra due uomini politici ed intellettuali italiani, estremamente intelligenti, anche se ancora legati alla vecchia cultura e condizionati dalla vita politica meridionale: Ferdinando Galiani e Bernardo Tanucci.

Il primo, ragionando sulla situazione francese, mostrava di comprendere perfettamente che la prepotente ascesa del ceto burocratico e parlamentare era stata compiuta attraverso la gestione di strumenti giuridici apparentemente neutrali, mediante un'azione sottile ed oscura, tanto poco appariscente quanto redditizia, condotta fra le pieghe dell'ordinamento tradizionale, con gli strumenti offerti — come scriveva da Parigi nel 1767 — « dalla vecchia giurisprudenza e polizia interiore di questo Regno, che appunto perché è vecchia, è divenuta teologia: la teologia è la muffa, perimma, d'ogni cosa che invecchia assai » (57). Tanucci faceva eco a quelle affermazioni osservando che il successo dei parlamenti aveva «la base nella furberia dei giureconsulti, la vegetazione nella generazione putrida di tanti libri legali, la robustezza nell'ignoranza dei sovrani ». Ma ormai la soluzione era senza rimedio, « Ormai la mole dei libri è fatta, la macchina delle opinioni furbesche è innalzata fino al cielo e fino al firmamento della sovranità. Forse è prudenza non toccarla, coll'aforisma platonico tradotto da Cicerone: Tantum contende in republica, quantum probare tuis civibus possis » (58).

⁽⁵⁷⁾ Lettere di B. Tanucci a F. Galiani, a cura di F. Nicolini, Bari 1914, T. II, 42, nota I (9 febbraio 1767). «Perimma» è termine dialettale napoletano per « muffa ».

⁽⁵⁸⁾ Ibidem, 42 (28 febbraio 1767). In una lettera a B. Corsini del 16-9-1741 Tanucci parlava della « tirannica potenza dei Dottori », fondata sulla capacità di « trionfare del genere umano imbrogliandolo nei loro lacci, i quali hanno più d'incantesimo che di vera sapienza » (Archivo General de Simancas, Estado, Lib. 208, ff. 46v.-47); « incantesimi, superstizione — aggiungeva più tardi — per deludere il popolo col nome della giustizia, per garantire le lor passioni, per conciliarsi una cieca venerazione e farsi credere necessari come soli capaci di quei misteri che si leggono nei libracci dei morti giureconsulti, tanto più riveriti, quanto più lontani dalla ragione comune » (ivi, Lib. 209, f. 8v.).

7. Se è vero che durante l'ancien régime la scienza giuridica colta esprimeva da lontano la situazione effettiva dell'ordinamento giuridico vigente, è vero pure che la sua concretezza, la sua funzione storica nascevano spesso proprio dall'essere ostinatamente ideale, astratta, avulsa dalla prassi, in tacita o esplicita polemica con le varie concezioni del diritto e dello Stato che imperavano nella società, nella vita forense, nei tribunali, nelle dottrine pratiche, o che erano affermate dal potere centrale nella legislazione. Quasi sempre, perciò, le soluzioni giuridiche perseguite dalla scienza non erano quelle letteralmente enunciate, ma la risultante di una contrapposizione dialettica con ideologie e realtà diverse, che l'antico giurista, temendo di riconoscere, si rifiutava di enunciare e che, anche per questo, non è facile oggi allo storico individuare. La scienza giuridica, e la legislazione, anche quando forniscono reali ed attuali schemi di soluzione ai problemi dell'ordinamento civile, raramente li riproducono in sé fedelmente, ma li registrano con le deformazioni professionali o le accentuazioni imposte dai fini di politica legislativa e di politica del diritto che il potere centrale, le élites intellettuali, i giuristi teorici intendono perseguire. Se «il ragionamento giuridico si può definire ... l'astrazione compiuta sulla valutazione storica della realtà sociale, mentre la conoscenza storica del diritto è l'adattamento ed il ritorno dall'astrazione dogmatica alla realtà dialettica della storia » (59), questo ritorno non deve fermarsi alle soglie della sua meta naturale. Valutare la scienza giuridica e la legislazione in maniera indipendente ed esclusiva, arresta alla prima fase il processo conoscitivo storiografico, può condurre ad una insoddisfacente o errata comprensione non solo dell'esperienza giuridica di un'epoca — esperienza che realizza il suo vitale significato nella sintesi dialettica tra teorie e fatti — ma anche della stessa scienza giuridica e della legislazione.

Quando ciò avviene, la storiografia giuridica acquisisce passivamente dall'oggetto il proprio carattere, e da storia di azioni e di idee (di fatto operanti), si trasforma o in una favola di vaghe buone intenzioni, o — più spesso — nella morfologia delle apparenze e nella registrazione (necessariamente) neutrale della sua lenta evoluzione. Allora lo stesso storico del diritto coltiva l'incomprensione

⁽⁵⁹⁾ B. PARADISI, Il problema storico del diritto internazionale, Firenze, 1944, 27.

per una tradizione che ha avuto, fino alle soglie dell'età contemporanea, un'importanza decisiva nella cultura e nella storia tout court. Siccome errore genera errore, i « laici » del diritto, nella difficoltà di riconoscere il significato non tecnico del tecnicismo, che gli stessi storici del diritto hanno evitato di scoprire e di indicare, sono indotti a trascurare o ignorare la cultura giuridica come un'attività ciecamente tecnica o meramente accademica, ed a svalutare e rifiutare con essa tanta parte della vita e della esperienza civile del nostro passato. Ma se la forma non adegua mai la realtà, quest'ultima, trasfusa ed obiettivata nella forma, veicolo di ogni nostra esperienza, non cessa d'essere se stessa. Compito dello storico è di riconoscerla anche al di là della volontà e coscienza di chi l'ha vissuta.



PAOLO UNGARI

PER LA STORIA DELL'IDEA DI CODICE

Di seguito, si tenterà di mettere a fuoco alcune questioni preliminari ad una storia delle codificazioni civilistiche italiane, lungo le vie che dall'estremo mondo giuridico ancien régime guidano verso il codice italiano del 1865. A chi si metta per un tale cammino, il processo che chiamiamo «risorgimento» si verrà configurando dapprima come assimilazione e ripresa nella penisola delle politiche europee del giusrazionalismo; poi come generale rinnovamento legato all'esperienza del Codice Napoleone; da ultimo, alla foce di alternative fra vecchio e nuovo diritto, diverse da dominio a dominio, sul cui sfondo si proietta il contrasto ideale delle scuole di giurisprudenza della Restaurazione, come programma di una legislazione nazionale e pensiero civile ordinatore del nuovo Stato.

La ricerca stessa porgerà occasione di fissare necessari punti di riferimento nel vasto atlante o retroterra storico-culturale europeo di questa vicenda italiana. Nè si potrà isolare il provvisorio punto di arrivo del '65 dalla lunga e oggi dimenticata controversia che seguì sul piano politico e dottrinale (per essa si veda intanto « In memoria del socialismo giuridico », in *Politica del diritto*, 1970), pur senza giungere fino alle celebrazioni centenarie del 1966, quando una generazione di studiosi ha come preso congedo dal testo sul quale si era compiuta la sua educazione al diritto civile. Un esame sommario degli atti di causa di quel processo, non solo può porgere una chiave degli ingannevoli giochi prospettici che condizionano tuttora l'immagine storiografica di quel codice, ma restituircene forse il senso autentico: non già sistemazione formale e dotta, ma risultato di uno scontro serrato

208 PAOLO UNGARI

di forze, la cui sostanziale durezza dileguò poi nella memoria. Valesse o no, contro le denunce insistenti di mancata originalità nazionale, il mito di una circolazione del pensiero giuridico europeo avviata, come quella del moderno sapere filosofico, da una lontana e ora rinascente Italia, non si può comunque sottovalutare la difficoltà, il coraggio e il valore strategico obbiettivo di quelle scelte del 1860-1865, in quanto tentativo di sollevare le varie parti del paese verso livelli europei di civiltà giuridico-sociale.

Tre ordini di considerazioni più generali, riferibili all'intero processo nel suo insieme vanno però, come si diceva, anticipate anche ai fini di una discussione, e formano oggetto del presente saggio.

1. Codificazione civile e storia costituzionale.

La prima è forse la più necessaria, come quella che risale verso una questione generale di metodo, e rinvierebbe di per sè a temi di reformatio del diritto e dello Stato che hanno radice nell'ultimo Rinascimento. Si tratta, in sostanza, di ricondurre il movimento per la codificazione moderna — in uno dei suoi aspetti salienti, anche se non potrà dirsi esclusivo — ad una prospettiva di storia costituzionale. Già nella preistoria dei codici a tipo moderno, vale a dire nei secoli XVI-XVIII, le idee di rifondere in unico corpo tutto il diritto, pubblico e privato (si richiamassero al modello illustre del Corpus Iuris romano, o a consolidazioni variamente esemplari del gius principesco e regio, o al rinascente mito delle costituzioni dell'antichità classica, schemi di un ordinamento totale della vita), appaiono dominate da una caratteristica antinomia interna fra la tendenza a una più o men lata statizzazione del diritto civile e quella a garantire, pur di fronte ai capricciosamente variabili atteggiamenti del potere, una stabile consistenza e struttura alla legge comune del Reame.

Chi non sia disposto ad accedere ad operazioni genericamente riduttive dall'una all'altra tendenza, nè d'altra parte ad accontentarsi di imprecise e parziali metafore circa una nuova emergente «costituzione sociale», perviene di necessità a scorgere tutta una nuova situazione di costituzione materiale che in questo tempo si profila dietro gli arabeschi, i pilastri e le gonfie architet-

IDEA DI CODICE 209

ture del diritto pubblico ancien régime. Tale situazione è invero il referente concreto su cui possono prendere forma, nelle menti e nel voto comune, nuovi edifici normativi — i codici — ai quali si continuò a guardare, indipendentemente da questioni di regime politico, come a carte che offrissero una certa garanzia della libertà civile, quasi che octroyées dai vecchi poteri alla comunità governata e soprattutto al Terzo Stato.

È naturalmente decisivo di volta in volta, ma secondario in questa grande linea di tendenza che — non già contro le cosiddette invadenze del diritto pubblico, ma contro ciò che allora realmente sovrastava: la sempre insorgente, indomabile ragion di Stato -- si cercasse un'ancora e una salvaguardia ora nei golfi immoti del diritto di natura, ora nel vago e venerando labirinto delle loix fondamentales, ora e da ultimo in istituzioni nuove, razionalmente disegnate: fino a porre l'istanza di corpi rappresentativi delle nazioni, posti a presidio delle leggi civili. Le sopravvenienti costituzioni politiche scritte (capitolo a loro volta, e parve il fastigio conclusivo, di una storia a più largo raggio dell'idea di codice), quando già non presuppongano tali edifici, faranno del loro compimento un'esplicita direttiva programmatica. Ai codici si ricollegheranno, in ogni caso, con una fitta trama di nessi giuridici, a cominciare dai principi sull'organizzazione giudiziaria e sulla cassazione.

In questo dipartirsi di diritto «civile» e diritto «costituzionale» da un primitivo tronco comune, viene altresì profilandosi
il nuovo tipo legislativo «codice civile», e con esso il sistema
moderno della pluralità dei codici per singoli rami istituzionali
del diritto. In linea di principio, però, apparivano pur sempre sezioni di un libro unitario: di qui il tema sintetico risorgimentale
di un modello normativo, di più ampie movenze, dove statuti di
diritto pubblico e tavole del diritto privato, codice civile e codice
politico fossero destinati a rifluire in un tempo venturo della società. L'immaginoso Montanelli, sul filo del suo neoguelfismo
giuridico a sfondo in realtà ancora sansimoniano, evocherà in
questa direzione appunto, «l'ampiezza statuente delle nostre
antiche repubbliche». A lungo, in ogni caso, i codici civili sono
rimasti irriducibili alla purezza di linee privatistiche pur vagheggiata da qualche lucido, ma forse troppo conseguente dommatico.

210 PAOLO UNGARI

A parte ogni indagine sul contenuto materiale del vigente testo del 1942, che ne porgerebbe numerose conferme, deve far riflettere la circostanza che in testa ad esso (aggiuntavi anche, all'epoca, la Carta del Lavoro) siano state ancora mantenute quelle disposizioni davvero fondamentali che formano le preleggi, le Legum Leges.

L'idea di una posizione dei codici, ma in particolare di quello civile, in qualche modo sovraordinata alla restante legislazione pur nell'egual forza formale di legge, si ritrova del resto ancor oggi non solo nella giurisprudenza ordinaria ma anche al fondo di quella costituzionale: la quale, ad esempio, in tema di regioni vi ha identificato in un passato recente la disciplina che dovrebbe rimanere comune ai cittadini dello Stato. Spiegare la persistenza di questa ormai annebbiata immagine sulla retina dell'operatore del diritto esige, una volta di più, analisi che risalgano non poco addietro nel tempo. Andrebbe anzitutto riconsiderata la teorica dei rapporti fra lo Statuto del Regno e l'ondeggiante categoria delle « leggi organiche », considerate complementari all'edificio del diritto fondamentale o, come anche si diceva, parti integrali della costituzione italiana. Se ne deduceva fra l'altro la conseguenza di un elastico, ma effettivo limite di costituzionalità materiale alla revisione delle leggi civili: meno intenso ma per natura non radicalmente diverso da quello che assisteva lo stesso Statuto, documento modificabile, come è noto, in forza del suo connotato tecnico di flessibilità, con semplice legge ordinaria.

Ma sarà sufficiente in questa sede riferirsi, per tutti, a un giurista ancora vicino a quella età e che ha seggio fra i maggiori di questo secolo in Europa, si vuol dire a Santi Romano (¹). Nelle sue prolusioni del primo Novecento si legge, ad esempio, che per sollevare il diritto costituzionale al piano della scientificità si era resa necessaria una vasta e preliminare « azione di revindica »

⁽¹⁾ Limitandosi ai rinvii espressi nel testo, cfr. S. Romano, Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche (1903), ora negli Scritti minori, I (Roma 1950), pp. 201-212; Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano (1902), ivi, pp. 179-200; L'ordinamento giuridico ² (Firenze 1946, I ed. 1918), pp. 201-202; Corso di diritto costituzionale ³ (Padova 1943), pp. 40 e 38-39; Principi di diritto costituzionale generale (Milano 1946), pp. 7 e 75-78.

IDEA DI CODICE 211

di dottrine e principi elaborati, storicamente, in materiale connessione con il diritto privato moderno. Il quale poi non solo, come aveva avvertito Bacone da Verulamio, sub tutela juris publici latet (²); non solo includeva nei suoi codici — come tuttora include — massime e materie di stretto diritto pubblico, dai principi sulle fonti, sull'interpretazione delle leggi, sull'irretroattività e sui diritti quesiti a materie come la cittadinanza, per non dire della famiglia e delle successioni; ma si presentava esso stesso, in una misura amplissima, quale sviluppo articolato di diritti come quelli di libertà, di proprietà e soprattutto di eguaglianza civile, che avevano un preciso fondamento di ordine costituzionale

« La maggior parte delle disposizioni di diritto privato sono nei loro principi più riposti, e, molte, nella loro stessa ragion d'essere, vivificate e alimentate dal fondamentale principio di eguaglianza; principio che il costituzionalista mal potrebbe sviscerare se di quelle disposizioni non tenesse il debito conto, studiando in esse i delicati atteggiamenti di quello ».

Da tali rilievi discendeva il Romano a due principali conseguenze: che su questo terreno si dovesse anzitutto verificare il tema dommatico del *jus singulare* nella sua contrapposizione al *jus commune*; e che qui si rinvenissero « alcuni limiti più o meno elastici e mobili, che sono posti all'azione degli organi legislativi, a torto creduti onnipotenti ». Approfondendo i quali emergeva poi come, in una serie di campi, il Parlamento si trovasse investito di una potestà normativa non libera, ma variamente vincolata, fino a incorrere eventualmente nell'esercizio di essa (si noti l'elegante estensione alla sfera costituzionale di una figura caratteristica del diritto amministrativo) in uno specifico « sviamento di

⁽²⁾ De dignitate et augumentis scientiarum (I ed. Londra 1623). L'edizione italiana qui citata non è priva di un suo interesse perchè da un lato si restringe al trattatello De justitia universali sive de fontibus juris, dall'altro lo fa seguire a un altro classico della storia, in senso ampio, dell'idea di codice; F. Hotman, Antitribonianus, sive dissertatio de studio legum. Accedit Baconis de Verulamio Tractatus de Justitia Universali sive de Fontibus Legum, Pisa, Pasqua, 1765: anteriore dunque al movimento del tardo cultismo toscano, ai Variorum opuscula ad cultiorem adsequendam iurisprudentiam pertinentia, Pisa, Pizzorno, 1769-1771, ove cfr. VII, vol. 4°, pp. 113-122), cfr. pp. 95-130 e in part. aphorisma V.

212 PAOLO UNGARI

potere »: non sindacabile, ad opera dei tribunali, ma neppure poi del tutto sfornito di freni giuridici. Senza seguire questa visione nei suoi successivi sviluppi, o piuttosto nell'arresto di sviluppo che subì per più cause (già in quel grande saggio, coevo alla prima guerra mondiale, che è *L'ordinamento giuridico*, si rinviene un ben diverso atteggiamento proprio in tema di eguaglianza), resta che tanto quanto durò lo Statuto, Romano ne mantenne però il nucleo centrale: e cioè che il codice civile rientrasse tra le fonti del diritto costituzionale italiano. Ancora nell'ultima sua sintesi di teoria generale, al tempo della Costituente, si insiste sul motivo che:

non solo le varie parti del diritto pubblico, ma anche quella diramazione periferica e centrifuga di esso, come è stata qualificata, che è il diritto privato si ricollega direttamente, desumendone vari caratteri intrinseci, al diritto costituzionale, e specialmente a quei suoi istituti che concernono le libertà dette per l'appunto ora civili e ora costituzionali, e le loro guarentigie ».

In questa consapevolezza, implicitamente politica, dei fondamenti costituzionali del diritto privato è agevole scorgere il ricorso, anzi la continuità, di visioni illuministiche e risorgimentali. Apertamente Romano stesso si era rifatto — nel suo diverso e più organico contesto, peraltro quasi isolato nella dottrina italiana — alla tesi che il diritto civile e i vari rami del diritto hanno le loro têtes de chapitre nel diritto costituzionale, svolta già da Rossi quando, a partire dal 1834, tenne in esilio presso il Collège de France, la prima cattedra europea di questa disciplina che abbia avuto significato scientifico (3).

⁽³⁾ Romano, Ordinamento, cit., pp. 8-9. Oltre a quella di Pellegrino Rossi, sono da richiamare le formule di Saint-Just (« la costitution est le principe et le noeud des lois ») e, soprattutto, di Mario Pagano, dal Politicum universae Romanorum Nomothesiae examen (Napoli, 1768) al rapporto famoso sul progetto di costituzione della Repubblica Partenopea: « Essa deve contenere i germi dell'intera legislazione, e deve rassomigliare il tronco dell'albero, da cui sbucciano i rami, che sono segnati nei suoi nodi. Vi sono delle leggi civili, criminali e amministrative immediatamente connesse alla costituzione, da cui non possono distaccarsi, senza che essa vacilli: non altrimenti che un edificio è destinato a crollare ove si atterri quel muro che lo attacca alle vicine fabbriche ». Il testo in A. Aquarone - M. D'Addio - G. Negri, Le costituzioni italiane (Milano, 1958), pp. 263-269, cfr. p. 268.

IDEA DI CODICE 213

Restituendo un tale quadro a metà cancellato di storia e di dottrine, anche l'antinomia indicata più sopra — fra attrazione del diritto privato sotto un'unica centrale normativa e garanzia di relativa intangibilità quale legge fondamentale della società civile — è destinata a rivelare il suo lato apparente, o piuttosto il suo significato dialettico. Chiedere allo Stato una legge generale, e nello stesso tempo configurarla in forme che segnano un limite all'azione del suo immediato apparato di potere, non è forse — per il fatto stesso di spostare più avanti la frontiera di un'eguale legalità e di organizzarla in base a principi cementati da un'interna connessione sistematica — muovere verso un nuovo equilibrio della complessiva struttura statale, pur senza apertamente mettere in causa la suprema istituzione governante? Innestandosi in funzione razionalizzatrice sulla linea di sviluppo del grande Stato accentrato, la codificazione si propone così anche come la risposta continentale (sotto qualche aspetto, certo, ancora una debole risposta) alla sfida di quello. Il rapporto fra codici e idea di Stato, in ogni caso, appare tra le vie obbligate di una considerazione non formalistica della storia costituzionale, non più impoverita di un suo essenziale profilo. La vicenda dello Stato moderno sul continente può allora essere ripensata nei limiti, ma anche nell'interezza e nell'originalità dei suoi dialoghi rispetto al peculiare nesso di common law e law of Constitution, che formano un unico living body agli occhi dello storico costituzionale anglosassone.

A riandare con tale animo verso quei bivii remoti del nostro diritto invitano, del resto, anche voci e condizioni del presente. La più progredita dottrina di diritto pubblico generale costruisce oggi le sue figure, e ne dispiega l'arazzo sistematico, fra i due poli dello Stato-apparato e dello Stato-comunità, cioè della complessiva società statale: avanzamento metodico che riflette però anche la coscienza storica di una scissione. La stessa ampliata visuale normativa propria delle costituzioni «sociali» dell'ultimo cinquantennio dopo Weimar potrebbe persino apparire ricorso tipico della cultura dell'illuminismo, nella sua aspirazione a un ordinamento capace di reggere e investire la vita totale delle comunità umane. Infine, il confronto in atto tra le società «organiche» e gli ideali costituzionali può conferire anche in sede storiografica nuovo rilievo al nesso di Stato politico e società civile, rivivendo

214 PAOLO UNGARI

nuovo interesse di ricerca per quelle istituzioni e quei complessi normativi che gettano, se così si può dire, un ponte fra la comunità ordinata e gli edifici delle costituzioni: o, a dir meglio, il loro corpo centrale.

Questo più profondo spessore della storia costituzionale non tanto rappresenta la conquista di una nuova dimensione quanto, per verità, il recupero di un suo più antico orizzonte. Esso non può certo essere adeguatamente penetrato senza un chiaro e organico approfondimento della possibilità, anzi della stessa legittimità di una utilizzazione a fini storiografici del cangiante concetto di costituzione. Su un piano esplicito e organico, tale approfondimento si desidera tuttora. Ma nei limiti della vicenda qui affrontata — dove a dottrine e programmi indirizzati allo Stato fanno da sfondo reali assetti ordinativi della società, e il duplice atteggiarsi di questi ultimi come norma e come potere — sembra di poter affermare che un ipotetico cammino orientato in tale direzione dovrebbe volgere piuttosto verso la terra poco frequentata che i giuristi nel loro linguaggio tecnico designano come « materia costituzionale » che non verso le più appariscenti ma anche ambigue teoriche ultime sulla «costituzione materiale». In altri termini, non tanto sembra conducente allo scopo una considerazione sociologica che venga indagando al di qua del diritto regolarità e fini dell'azione collettiva (spesso poi ponendo l'accento assai più sulle sue parole d'ordine conscie che sulla sua logica effettiva), quanto, se possibile, una chiara misura attraverso il diritto della reciproca integrazione dei programmi delle forze sociali che nel tempo vengono a comporsi in durevoli assetti strutturali. Avvertono tutti, e se ne ha un'eco anche in diffuse metafore, che esistono istituzioni e materie, siano esse di diritto statale o sociale, formalizzato o meramente consuetudinario, alle quali non si può disconoscere una sostanziale rilevanza ai fini della costituzione. Ora, infatti, esse sviluppano principi del suo testo scritto, che privi di tale articolazione o precisazione confermativa avrebbero valore di mera massima programmatica: assumendo, rispetto agli effettivi principi informatori dell'ordinamento, all'incirca quel ruolo, certo non privo di una sua importanza, che sulla soglia degli organi dirigenti politici di alcune nazioni hanno i « membri candidati ». Ora, per contro, rinviano a principi contrastanti con quel

IDEA DI CODICE 215

testo o comunque ad esso estranei, ma tali che meriterebbero di trovarvi sanzione, se è vero che lo spirito effettivo di una costituzione tende ad avverarsi in tutte le grandi istituzioni di un paese, non escluse quelle cosiddette private. È poi solo troppo nota (anche se, per verità, non altrettanto studiata nelle sue complesse conseguenze) la proposizione simmetricamente inversa.

Senonchè, mentre la gente di legge deve servire la sola costituzione positiva, ai fini invece dello storico i principi sostantivi che abbiano determinato la struttura totale di una comunità, siano riferibili o meno al funzionamento dei congegni politici in senso stretto, e fossero anche sotto questo o quel punto di vista invalidi, purchè capaci di esplicare in fatto una durevole efficacia nel sistema, si presentano ovviamente come il suo vero diritto fondamentale, e dunque come il termine di una ricognizione che ha da essere puntuale. Ciò che la costituzione scritta possa proclamare circa l'ambito e la portata di tale diritto sarà, anche in questa sede, un indice importante: ma, a differenza di quanto vale per l'interprete del diritto positivo, non senza appello. Esistono, del resto, indagini strettamente tecniche dei giuristi, che vengono in qualche modo, sia pure indirettamente, ad avvalorare la correttezza, per non dire inevitabilità logica, di un simile itinerario. Così quelle sui principi «istituzionali» che informano la effettuale costituzione; sulla misura di elasticità che più o meno si rinvenga anche nelle costituzioni sui processi di decostituzionalizzazione e le « modificazioni tacite » delle costituzioni: sull'allargamento della « materia costituzionale » che è inerente alle nuove costituzioni a contenuto sociale; o infine sulla prassi costituzionale e in genere sulla « vigenza » concreta del diritto posto dallo Stato.

A questo livello, lo storico stesso può forse conseguire un affinamento di sensibilità in ordine a ciò che sia l'ossatura fondamentale dell'edificio giuridico-politico. È poi solamente ovvio che per definire storicamente l'insieme dei principi di diritto che, via via modificati dal fluttuare della normazione e delle consuetudini, nonchè dalla stessa forza modellatrice dei concorrenti gruppi sociali, hanno espresso la stabile organizzazione di un paese, nessuna determinazione può valere a priori. Semmai, e inversamente, proprio il paese remoto delle istituzioni a base consuetudinaria, delle lois fondamentales, degli statuti flessibili e delle leggi organiche,

216 PAOLO UNGARI

riproponendo una più antica fisionomia delle costituzioni, potrebbe — una volta rivisitato — offrire al giurista per quelle ricerche stimoli e prospettive legati al rapporto sotterraneo fra storiografia e immaginazione giuridico-sociale. Sempre e in ogni caso, però, la riflessione sugli elementi di continuità istituzionale che sottendono la storia civile delle nazioni approderà al riconoscimento che la costituzione — nel senso oggi a noi più familiare — rappresenta una più o meno adeguata forma conscia di quello stesso insieme di principi, oppure un programma impegnativo per correggerli o mutarli. Nell'uno come nell'altro senso, questi sono la sua vera sostanza, e cercano in essa la propria verità. Ma di qui a riconoscere nel movimento per quella che non a caso si definisce codificazione moderna — con riferimento non a una generica, e astorica, esigenza di certezza, ma ad una struttura determinata di rapporti fra Stato e società — un suo posto nella protostoria del costituzionalismo continentale, non c'è che un passo.

2. Codificazione e pianificazione.

Secondo filo conduttore è l'analogia sottile, ma rigorosa, fra il movimento per i codici dei secoli passati e la tendenza mondiale, nel nostro, verso la pianificazione: la quale tendenza, sebbene trovi in quello un chiaro antecedente, usa invece contrapporglisi. Non si tratta solo di fogli staccati in una storia moderna dell'utopia. Esiste un più specifico nucleo comune a questi due grandi miti europei della costruttività storico-sociale della ragione, che vale poi a spiegare i ricorrenti punti di contatto, sia del discorso del codificatore, sia del discorso del pianificatore, con i disegni di nuove città; il loro simmetrico oscillare fra l'orizzonte dell'economia e quello dell'intera convivenza civile: infine. l'alternativa egualmente comune, ma più radicale, tra formale mise en ordre dell'esistente e intenzione attiva di modéler la société. Da un siffatto punto prospettico può persino restare sullo sfondo il nesso di contenuto e strutturale fra l'idea di codice e le filosofie dell'individualismo etico-giuridico (a suo tempo, del resto, esaurientemente illustrato dalle indagini di un Gioele Solari) (4), mentre uno avanza

⁽⁴⁾ G. Solari, L'idea individuale e l'idea sociale del diritto privato. I. L'idea individuale (Torino, 1911) e la nuova edizione di questo libro col titolo Filosofia

IDEA DI CODICE 217

su una nuova linea di proscenio la stessa ambizione formale di scolpire un'immagine giuridica d'insieme della società, che proietti nel futuro ciò che questa abbia sentito come propria attuale realtà.

La logica della lotta per il diritto privato moderno si accentra allora nella richiesta di fissare un tale modello come legge statale universalmente obbligante, che riduca entro confini da segnare con tutta nitidezza la forza della consuetudine e del diritto spontaneo, mirando a rendere trasparenti le strutture e socialmente controllata la gestione delle istituzioni cosiddette « private » o « naturali ». Anche per questa via l'accento torna dunque a battere sui collegamenti fra i codici (e in modo più evidente fra certi progetti, o utopie, di codice) e la teoria costituzionale delle fonti del diritto (5). Cade, in particolare, su quelle norme private dette « di ordine pubblico » che rispetto a quelle meramente suppletive, paradigma liberamente derogabile dalla volontà dei singoli, non vanno considerate massi erratici, ma inquadrate nell'ambito sistematico di comuni direttive giuridico-sociali. Nè il complessivo piano statale che risulta dalle une e dalle altre esaurisce i suoi effetti nel regolare la coesistenza delle autonomie individuali o di gruppi. Già nei primi codici in senso moderno, ed anche astraendo dalle singole concrete riforme in essi contenute, esso si coordina con finalità programmatiche di lungo periodo, in funzione delle quali il legislatore calcolava l'incidenza alternativa di date norme sul

del diritto privato. I. Individualismo e diritto privato (Torino, 1939); nonchè Filosofia del diritto privato. II. Storicismo e diritto privato (Torino, 1939; ma cfr. ediz. 1918, a diffusione ristretta). L'uno e l'altro si rifanno a un originario lavoro sulla Influenza delle moderne dottrine socialiste sul diritto privato, vincitore nel 1907 di un premio che consentì la pubblicazione del primo volume. Il manoscritto, inedito, è importante perchè contiene il disegno del terzo volume, Socialismo e diritto privato, al quale il Solari si preparò lungamente, senza mai compierlo, e si trova ora presso l'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere di Milano, dove è stato reperito anni fa da chi scrive: la materia del terzo volume corrisponde alle pp. 112-297 e ad una nota bibliografica di pp. 84. La stampa non è parsa opportuna agli eredi; due fotocopie integrali, per uso degli studiosi, sono state però depositate presso l'Istituto di Filosofia del diritto dell'Università di Milano e l'Istituto «Gioele Solari» di Torino. Cfr. di chi scrive In memoria del socialismo giuridico, cit. nel testo.

⁽⁵⁾ Per un chiarimento radicale dell'aporìa fra diritto privato (statale) e « diritto dei privati » (autogenetico) cfr. W. Cesarini-Sforza, *Il diritto dei privati* (Milano, 1963: I ed. 1929), presentazione di Salv. Romano.

218 PAOLO UNGARI

sistema produttivo e sociale. Le stesse istituzioni proprietarie (ciò che all'analisi storica appare perfino ovvio) vi appaiono inserite nel tessuto unitario di un sistema, che progressivamente assume a criterio direttivo l'interesse pubblico a un normale funzionamento del mercato, fonte di limiti diversi dal nudo potere privato. Una tale cornice giuridica dello sviluppo si lega — come appare con più felice e scolpita sintesi in un Romagnosi — a una visione ben determinata dell'equilibrio economico; ma, per ciò stesso, è diritto dell'economia, non astratto formalismo giusnaturalistico. Per converso, il significato più preciso istituzionale dei piani economici contemporanei solo in parte è riferibile alla pur acuta esigenza storica di ricondurre la selva delle autonomie o autocefalie pubbliche a una qualche misura di unità. Essi aspirano altresì a coordinare le autonomie private verso gli obbiettivi di breve e di medio periodo propri di un mondo industriale, e talora proprio ricorrendo a tecniche che possono ricordare le norme suppletive dei codici.

Ad un plan de la société, a sua volta poi inserito in un ordine provvidenziale, si riferiscono già le Loix Civiles del giurista del giansenismo, Domat (6), che mentre rappresentano nell'ultimo Seicento francese una affermazione dell'autonomia di un sistema privatistico arditamente anticipatrice del futuro, appariranno due secoli dopo ai giuristi la préface du Code Napoléon.

⁽⁶⁾ J. Domat, Les Loix Civiles dans leur ordre naturel, le Droit Public et Legum Delectus (Paris, 1745: prima ed. delle Loix civiles (1689-1694), t. I, ff. 1 e 8-9, t. II, f. 3). Per l'agostinismo di Domat, e la specifica differenza del suo plan de la société civile sia rispetto ad altre teorizzazioni giusnaturalistiche sia poi al sistema del Code Napoléon, imperniato sulla proprietà e sui suoi modi di acquisto, occorre considerare che qui tutto si riconduce invece alla dinamica delle successioni e delle obbligazioni, mediante la quale gli uomini subentrano via via nelle funzioni necessarie alla vita del corso sociale, secondo un ritmo che rientra a sua volta nel più vasto disegno provvidenziale. Quanto all'udienza ottenuta da Domat presso i giansenisti italiani e il suo contributo decisivo alla dottrina della causa delle obbligazioni, che ricollega i contratti privati all'ordine sociale, si desidera tuttora una indagine specifica (altro intento e disegno ha avuto il Domat e Vico del Donati, utile tuttavia per un ampio, seppure incompleto censimento delle edizioni italiane del Domat fino alla prima metà del sec. XIX).

IDEA DI CODICE 219

Non va peraltro dimenticato che l'emanazione dei primi grandi codici tenne dietro a un secolo di analisi d'insieme del sistema economico, nonchè di programmi per quelle che piace oggi chiamare politiche di sviluppo in agricoltura (7). E sono poi correnti dottrinali del nostro tempo, dalle scuole critiche neoliberali al neomarxismo della versione gramsciana, a sollecitare con tipica insistenza un nuovo atteggiamento storiografico verso la più o meno favolosa età dell'economia classica. In quanto se ne possa parlare, ben poco in essa corrisponde all'immagine di una Arcadia privatistica che ha ancora presso molti la forza di una vera e propria idée reçue. Si tende, in suo luogo, a recuperare il disegno di un sistema storico della regolazione sociale, fondato su nuove strutture proprietarie e su un complesso altamente artificiale di freni, di limiti e di garanzie: questi e quelle introdotti e mantenuti in via di coazione statale (8). Opposte rappresentazioni (a parte la loro elementarità propagandistica) hanno ormai solo una funzione di denuncia o di apologetica immediata. Il che risulta — se possibile con maggiore evidenza nella vicenda storica della codificazione che, affermando il diritto privato come complesso di volontà statali, venne duramente avversata proprio da quelli che, con miglior diritto, si dovrebbe chiamare i liberisti del tempo, gli Haller, i Savigny, i Frémery (9): fosse in nome dello spontaneo costume e

⁽⁷⁾ V. fra tante due opere di non eccezionale livello, eppur caratteristiche di F. Briganti, Esame analitico del sistema legale (Napoli, 1777) ed Esame economico del sistema civile (Napoli, 1780).

⁽⁸⁾ Cfr. ad es., per una revisione in sede di storia delle dottrine economiche, L. Robbins, La teoria della politica economica nell'economia politica classica inglese (Torino, 1956, lezioni alla «London School of Economics», 1939 e 1950) e ivi p. 171: «Quali abbiano potuto essere le vedute di altre scuole di pensiero — gli anarchici filosofi e i liberali del diritto naturale — certo è che gli economisti classici inglesi non pensarono mai che il sistema di libertà economica sorgesse in vacuo ... L'ossatura adeguata al loro sistema era nulla meno che tutto il complesso dei codici benthamiti: il civile, il penale, e il costituzionale».

⁽⁹⁾ Così non solo o non tanto la scuola storica di Savigny quanto, di fronte alla codificazione commerciale, J. C. Fremery, Etudes de droit commercial ou droit fondé par la coutume universelle des commersans (sic) (Paris, 1833), e soprattutto C. L. von Haller, La restaurazione della scienza politica, ed. a cura di M. Sancipriano (Torino, 1963), pp. 264-288 e Sulla costituzione spagnola (trad. it., Modena, 1821), pp. 145-152: dove i codici civili appaiono senza meno pura prepotenza statale, e indebite intrusioni nella sfera della libertà negoziale dei privati.

220 PAOLO UNGARI

della libertà delle convenzioni private, o invece dell'eterna degnità patrizia leges ferri non oportere. Se i codici di commercio riflettono consapevoli direttive di politica economica, e il passaggio ormai netto di istituti giuridici capitalistici dal diritto corporativo di classe al piano del diritto generale, nei codici civili emerge il collegamento con il tema dell'unità di giurisdizione e con il complessivo regime politico-sociale. La lacuna storiografica appare, per questa parte, affluente lontano ma condizionante di più di un equivoco dell'inquieta ideologia contemporanea. Non sembra che la storiografia giuridica possa rifiutare, inerte, la responsabilità di una parola che è sua, e che ci guidi a risalire da correnti, ma convenzionali visioni verso il solido terreno di una chiarificazione preliminare: solo contributo che la storia, ogni storia, debba al dibattito del suo tempo.

È poi bensì vero che gli attuali dialoghi giuridici in tema di piani economici vertono piuttosto sulla direzione di processi, e su correlative speciali attribuzioni di poteri, che non sulla cornice istituzionale o su più ampie prospettive della normazione. Ma in questa direzione occorre pur muovere, se la programmazione deve inserirsi con la forza di un fatto centrale, anziché come decorativo paravento di loci communes neoretorici, nella generale vita statale. Da non dissimili premesse muovono certi ritorni contemporanei verso l'idea di codice di questa o quella provincia del diritto, e l'attenzione della civilistica per il possibile rifluire delle eccezioni di diritto sociale verso una ampliata area del diritto civile: indagandosi nei singoli diritti di settore (nonché negli ordinamenti plurali, sulla linea dell'esigenza moderna, accolta anche dalla costituzione della nostra Repubblica, di garantire il diritto del singolo fin entro le formazioni nelle quali si avvera il suo destino sociale) il clinamen verso l'autorisoluzione in un futuro « diritto comune ». È appena necessario ricordare, a questo punto, che la codificazione moderna definì il suo orizzonte critico e costruttivo nei termini di un'avanzata della lex generalis di contro alla foresta pietrificata dei privilegia, e ciò proprio in rapporto alle accresciute responsabilità di direzione della vita sociale rivendicate dagli Stati.

IDEA DI CODICE 221

3. Codici e ideologie.

Il terzo ed ultimo piano di indagine si riferisce agli elementi di ideologia insiti nella scienza giuridica (che è poi solo una metafora moderna per indicare un modo di lettura che ne recuperi la radicale storicità) e particolarmente in quelle sue forme sistematiche moderne che preludono ai codici. Oggi il «sistema» è prevalentemente avvertito come mera istanza logico-costruttiva: principio ipotetico di una totalità deduttiva di discorso postulata a guisa di un limite ideale, sempre perseguito e mai adeguato. Non così nel sapere e nel sentimento giuridico dell'età formativa dei codici, che vi scorse alcunchè di inerente alla stessa essenza unitaria del corpo civile, o meglio a processi di unificazione in pieno corso, e dunque un urgente problema intellettuale e politico. Figura storica parziale della totalità, il codice (e anche quel particolare codice che si intitola costituzione) rinviava a un'esigenza permanente della ragione: l'aprirsi delle cerchie di ceto, di confessione, territoriali, a una comunità generale che le trascende; dei diritti storici dei gruppi ad un diritto universale umano. Di codici in senso moderno neppur si poteva parlare finchè la capacità di diritto — patrimoniale, familiare, successoria — restasse differenziata in funzione di un sistema feudale-corporativo di status personali; fino a che non fosse dato presupporre, cioè, una capacità generale, comune almeno a tutti i membri dello Stato. A tanto era necessaria la rivoluzione francese, o quella figura radicale dell'assolutismo illuminato che fu il giuseppinismo.

Le sistematiche moderne a base romanistica appaiono invero meno significative per il loro geometrismo formale, che per il fatto stesso di riferirsi a un diritto fra eguali, e a tutta una serie di nuove stregue valutative atte a scegliere, per contro una plurisecolare stratificazione di norme, il vivo dal morto, disegnando nell'architettura dei principi giuridici una gerarchia di valori civili. Nella loro successione è dato seguire l'avventura dell'interpretatio politica, nel suo itinerario da ratio interpretandi leges a ratio condendi o Nomothetica: prima ancora che un capitolo laterale o poco ortodosso della ragion di Stato è questo un tema che da Vico e da Mario Pagano — senza dimenticare, una volta ancora, Romagnosi — risale alla nuova lettura del libro quarto della Politica di Aristo-

222 PAOLO UNGARI

tele operata dai giuristi del tardo Rinascimento (10). Resosi autonomo, un tal tipo di considerazione diverrà con l'illuminismo Scienza e Legislazione e nel seguente secolo Scienza delle Costituzioni, e più in generale idea e programma di una sintesi politecnica di cultura che convergesse a fini operativi verso una forma esplicita di ingegneria legale o «scienza del diritto costituendo». Ciò non accadeva su un piano adiacente e irrelato rispetto alla scienza giuridica, percorsa da un fermento di teoria e da una volontà di futuro, per virtù delle quali la dichiarazione delle linee di fondo dell'ordinamento sui problemi civili ed economico-sociali era in pari tempo posizione di direttive per un suo sviluppo organico nel tempo a venire (11).

⁽¹⁰⁾ ARISTOTELE, Politica e Costituzione di Atene, a cura di G. A. Viano (Torino, 1955), 1288e-1289a. La formula ricorre poi presso numerosissimi autori: ad es. in F. Hotman, Antiquitatum Romanorum libri III, commentationem in Legem XII Tabularum continentes, in Opera, III (... 1599), col. 369: « Neque enim ad leges Respublica, sed contra ad Reipublicae rationem leges accomodandae sunt », che si può riscontrare con l'Antitribonianus, cit., cap. I, e con il voto finale al Cancelliere di Francia, l'Hospital, ivi espresso: « convocare Jurisconsultos complures, simulque homines Reipublicae ignaros, totidemque Advocatos et pragmaticos», perchè sulla base del diritto romano, della filosofia e dell'esperienza moderna «unum aut duo bona volumina vulgari et intelligibili lingua conficerent, tam de Jure publico quod negotia status et Coronae spectat, quam de omnibus juris privati partibus. Atque hac in re ubi commodum illis videretur Jus Justiniani sequerentur, et ad statum formamque Rei Publicae (quod ab initio diximus) omnia referrent » (ivi, pp. 87-88). Sull'interpretatio politica nei giuristi tedeschi dell'età moderna nonchè in M. A. Del Rio v. N. Bobbio, L'interpretazione delle leggi e la ragion di Stato, in VARI, Scritti giuridici in onore di Santi Romano, I, (Padova, 1940), pp. 387-400.

⁽¹¹⁾ Cfr. R. Pound, Interpretations of Legal History (Cambridge, Massachussets, 1946) trad. it. a cura di P. Gori, in Giustizia, diritto, interesse (Bologna, 1962), p. 3-222, v. p. 71: «È degno di nota rilevare come la scuola storica (di Savigny) avesse una ripugnanza istintiva per il periodo che va dalla fine del sedicesimo alla fine del diciottesimo secolo, periodo in cui il diritto venne riplasmato sotto la influenza di una teoria filosofica creativa e divenne il nucleo dei materiali giuridici su cui operarono i giuristi del diciannovesimo secolo». Cfr. anche, per quanto si dice qui, in fine, le pp. 204-213. [Si approfitta dell'occasione per far noto che copia di una lettera di Pound a Croce, con riferimento alle conversazioni avute in Italia sulla materia di questo libro (che è dedicato al filosofo napoletano), è conservata alla «Law School» di Harvard].

IDEA DI CODICE 223

Dilatando oltre la sua intenzione immediata una formula suggestiva lanciata da Leibniz nella giovanile Nova methodus, potrebbe dirsi che la scientia juris si viene così costituendo come coscienza di situazioni storiche in processo, e insieme come arresto del tempo nel sistema, la σκιαγραφία (cioè, si chiarirà in Italia, adumbrata descriptio) novi corporis juris, anticipazione di sintesi normative (12). La critica contemporanea della dommatica ha demistificato i procedimenti costruttivi del concettualismo, che a una classica chiarezza di struttura sostituiscono un gioco di meccano, possibile solo grazie ad una arbitraria limitazione della realtà giuridica. Valorizzando procedimenti in apparenza più empirici, una tale polemica contribuisce in realtà, seppur in via critica e negativa, ad aprire la via a ricostruzioni più aderenti alle cose. Ma essa non può estendersi (in modo a sua volta astorico) ad ogni coscienza sistematica del diritto. In epoche e forme determinate, questa può essere ed è anzi parte necessaria di una teoria sociale critica, esprimendone la tensione verso nuovi modelli normativi per lo sviluppo della società. L'aspirazione intellettuale a forme di sintesi giuridica non è in tal caso il segno di una cultura di evasione, ma accompagna o chiama una forte e unitaria volontà politica. Ora l'età dei codici ha il suo interprete forse più completo nello Hegel, che difese polemicamente l'idea della codificazione contro Savigny e contro Holler, rielaborando più di un motivo caratteristico dell'illuminismo, a partire dall'alienazione giuridica: e in Hegel, appunto, si ritrova anche la proposizione secondo la quale « proprio l'intero edificio scientifico di un mondo giuridico giunge al porre» (13). Nell'ambizione di pensare il sistema non

⁽¹²⁾ G. W. Leibniz, Nova methodus discendae docendaeque Jurisprudentiae, ex artis didacticae principiis in parte generali premissis experientiaeque luce, con note di Nicola Fraggianni, in (Plures), Thesaurus jurisprudentiae juvenilis, I (Napoli, 1754), pp. XVII-XXX e 1-114, cfr. § 12: «... breviter, novum juris corpus. Quid igitur methodos aversatur, si nihil aliud saltem novi corporis σχιαγραφία? [h. e. adumbrata descriptio] ». La traduzione latina del termine è del Fraggianni; cfr. anche § 22 («Novum juris corpus»), § 77 («Scientia nomothetica»), § 91 («Pandectae novi Juris»). Segue, nella medesima raccolta, Leibniz, Ratio corporis juris reconcinnandi, ivi, pp. 115-150.

⁽¹³⁾ G. W. F. Hegel, Lineamenti di filosofia del diritto ossia diritto naturale e scienza dello Stato in compendio, trad. di F. Messineo e, per le note, di A. Plebe (Bari, 1954), nota al § 28 a p. 433. Per la polemica contro Savigny e Haller in

224 PAOLO UNGARI

intellettualisticamente, ma come specchio alto dell'effettiva vita giuridica del tempo (che esso, certo, riflette, ma anche illumina) si tese con varia fortuna lo storicismo romantico in Europa, cercando una superiore conciliazione fra la razionalità dei codici come sistema di coerenze normative e l'esigenza di situare il processo ermeneutico nell'orizzonte di una totalità in sviluppo. La curvatura conservatrice che questa corrente subì in Germania non deve far dimenticare, nonostante lo splendore della scuola del Savigny, quella progressiva che si rinviene invece nel parallelo movimento francese ed italiano.

4. L'età del codice civile.

Tuttavia questa età, che seppe fissare di sè una essenziale immagine nel diritto, e pare oggi riemergere da acque perdute; questa età nella quale i programmi delle scuole giuridiche erano impliciti manifesti di politica e di legislazione, non si lascia poi comporre nell'affresco intimamente statico di un'isola ideale, di un blocco-modello, di una polis periclea. Si delinea, al contrario, nei suoi motivi di crisi; nell'arresto costruttivo del pensiero che la resse; nel limite storico, insomma, del compromesso mediante il quale, intanto, se ne attuò l'ideale. Nè conduce lontano, mentre forme nuove di vita urgono nella cultura per diventare tempo e società, l'atteggiamento aristocratico che addita nel codice il cielo immobile del puro spirito giuridico e getta l'anatema (o si rifugia nel lamento) su quelle che, esorcizzate quali deviazioni di una classica misura di normalità, sono invece tramite a nuovi ampliamenti costruttivi dell'esperienza del diritto. L'età dei co-

favore della codificazione, cfr. ivi § 211-212, 215-216 nonchè 258, in fondo alla nota dell'aggiunta di E. Gans a p. 359. Per il tema dell'alienazione giuridica; cfr. § 215, nota, e la nota a p. 419. Per il rapporto fra costituzione e leggi civili, analizzato in modo assai penetrante, § 261, 298, 544: cfr. anche la Estetica, e la lettera al Niethammer dell'11 febbraio 1808, in Briefe von und an Hegel (Leipzig, 1887: cfr. ora ed. Meisner, Hamburg, 1953), pp. 158 ss., dove Hegel descrive all'amico gli acuti timori dei grandi proprietari fondiari tedeschi di fronte al Code Napoléon, esprimendo il voto che esso venga introdotto in Germania «insieme con altre parti della costituzione francese». Per temi ulteriori (disordine del common law, giurisprudenza e codici) cfr. infra, nel testo.

IDEA DI CODICE 225

dici ci consegna dissidi, lacerazioni e domande ancora aperte: ma anche un tema che vive nel presente. Perchè, se la codificazione fu un'illusione di sogno e lo scacco dell'illuminismo, occorre poi sapere che quello scacco è anche il nostro. Svolga le originarie posizioni del volere statale nell'intrico della normazione da interpretare, o muova dal dato della vita sociale che chiede regole di condotta e di coesistenza, il pensiero giuridico non può - comunque — deporre quell'irrequieto fermento di totalità che è il sigillo di alcuni suoi grandi momenti, nè porsi fuori della sua destinazione al disegno di un diritto comune della città, di una città. L'attuale scetticismo storiografico sul tempo delle codificazioni, che nei vecchi trattati era visto come la stazione di arrivo della lunga peripezia storica del diritto europeo, se da una parte fa richiamo a elementi ben meritevoli di attenta considerazione, dall'altra si connette anche a una crisi della fede attiva nella polis che, comunque se ne pensi, è crisi dell'ideale democratico e riformatore. In quanto poggi su un'effettiva coscienza di diritto, quest'ultimo inscrive sempre le sue richieste in un orizzonte di città futura. Non mendica temperamenti equitativi di un sistema rispetto al quale, perciò stesso, si porrebbe già in posizione subalterna; nè si esalta massimalisticamente nel sogno di ràpide lacerazioni del suo tessuto, in un conato sempre rinnovato e senza domani; ma in tanto lo oltrepassa idealmente in quanto abbia ripensato nel suo dramma di continuità e di opposizione dialettica il nesso del passato e del presente-futuro, nel diritto e nella società.

Non per altra via il sapere giuridico perveniva a una posizione centrale nelle strategie costruttive e nella passione d'intelligenza di uomini per altro verso impegnati in un'azione rivoluzionaria, e il dialogo di quei giuristi concorre a integrare il profilo del dibattito di un secolo. Proprio il confronto dei « sistemi di legislazione » e dei modelli di codice, che nella Restaurazione si atteggiò in particolare come reciproca critica ideologica fra « scuole di giurisprudenza », assume un ruolo unificatore della cultura giuridica in una età nella quale le cattedre, ufficiali o private, erano anche tribune dalle quali parlare al libero spirito del tempo. Qui è dato segnare una prima linea di fuochi — posta la circolarità di storia delle idee e degli ordinamenti, che è saldo acquisto della nostra più avanzata storiografia giuridica — per un non scola-

226 PAOLO UNGARI

stico profilo italiano di un'età « che già consideriamo come oggetto di osservazione storiografica » e che, scrive Paradisi, « appare come l'ultima sistemazione generale di diritto che abbia precorso l'età attuale della grande crisi. A quell'età appunto, al di là degli elementi comuni o divergenti, il fatto della codificazione come evento europeo attribuisce una unità storiografica » (14).

Si è rivendicata agli Stati del ventesimo secolo, e giustamente contro gli assalti di un triviale irrazionalismo giuridico, una rinnovata vocazione alla codificazione. Ma il tipo legislativo storico « codice civile » non adegua la ricchezza virtuale di questo tema. Già esso viene definendo un suo senso a livelli di organizzazione più complessi di quello statale. Il fascino attuale del diritto comparato e della storia del pensiero giuridico si lega anche all'aspirazione ad una Weltrechtswissenschaft che non sia formale dottrina logicistica cosiddetta pura, ma strumento di progettazione sociale inventiva e linguaggio giuridico universale di una città del nostro tempo. Una nuova frontiera della legge comune di fronte ai nuovi aspetti oppressivi dei group customs non è senza rapporto con la tendenza di fondo della società di massa, nonostante ogni più amara deviazione, verso quella «pura democrazia» che già agli occhi di Tocqueville, e poi dei dottrinari della Destra storica, si configurava come la spinta immensa del futuro. La progressiva e aperta sistemazione nel diritto di quanto essa susciti di costruttivo si pone allora non solamente come arte di social arrangements, ma anche come problema e possesso di una social engineering; ed oggi, forse, in un senso anche più ambizioso della saggezza di Pound, perchè cosciente di squilibri più acuti. Conforta allora l'immagine che si allontana di un maestro la cui voce persistente non cede, ancora, al tempo:

«... Eppure la sorte della scienza giuridica è pur sempre affidata alla sua capacità di farsi l'interprete di principi e di idee, di essere

⁽¹⁴⁾ B. Paradisi, I nuovi orizzonti della storia giuridica, in Rivista italiana per le scienze giuridiche, LIX-LX (1952-1953), pp. 134-207, a p. 202: cfr. anche pp. 137, 194, 205, nonchè poi, per il criterio generale della «sintesi storica di una epoca in un'epoca del diritto», p. 167. Questo testo — come gli altri che saranno raccolti nell'anno, sotto il titolo Apologia della storia giuridica, nonchè quelli dell'Ascarelli citati alla nota seguente — in quanto sta a fondamento dell'intera ricerca, si intende qui citato una volta per tutte.

IDEA DI CODICE . 227

l'espressione di un moto risorgimentale (e la stessa idea della Costituzione è risorgimentale) [...]. Nell'attuale crisi di valori, il mondo chiede ai giuristi piuttosto nuove idee che sottili interpretazioni: dobbiamo riprendere e riesaminare i concetti fondamentali, per uscire da un disordine nel quale si alterano sovversivismo e reazione » (15).

⁽¹⁵⁾ T. ASCARELLI, Studi di diritto comparato e in tema dell'interpretazione (Milano, 1952), pp. 327 e 344: cfr. ivi la premessa, pp. III-LII e il saggio « L'idea di codice nel diritto privato e la funzione della interpretazione », pp. 167-204, apparso originariamente nel 1945 in lingua portoghese. Sui primi interessi dell'Ascarelli per la storia del diritto, alla scuola di Vittorio Scialoja, e sul loro nuovo sviluppo in questo dopoguerra cfr. N. Bobbio, Tullio Ascarelli, in Belfagor, XIX (1964), pp. 411-424 e 546-565. Per la storia dell'idea di codice, tema che ricorre con frequenza nella produzione ascarelliana, si veda già alcune schede nella Rivista internazionale di filosofia del diritto, anni 1925-1929 e, fra i molti scritti: Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione, in Rivista italiana per le scienze giuridiche, LIX-LX (1952-1953), pp. 36-61 (ripreso con più ampi sviluppi nelle Lezioni di diritto commerciale, I, Milano, 1964, pp. 1:94); l'ultima lezione del 1959, «Unificazione del diritto dello Stato e tecnica dell'interpretazione », in Problemi giuridici, II (Milano, 1959), ppl 339-354; gli scritti contrassegnati in tale raccolta II, III e X sub. 6. Per una distinzione ripresa fra gli altri anche dall'Ascarelli e generalmente accettata, cfr. M. Viora, Consolidazioni e codificazioni, 3ª ed., Torino 1963.

PROBLEMI DI METODO NEL PENSIERO DI FRANCESCO FERRARA

- Premesse. 2. Modi d'intendere una storia del metodo giuridico. 3. Scienza e tecnica del diritto in F. Ferrara. 4. Contro la 'metafisica del diritto'. 5. Il valore della legislazione speciale. 6. La posizione di F. Ferrara nella dottrina civilista italiana.
- I. La letteratura dei nostri anni insiste, con crescente larghezza e scrupolo d'indagine, sul problema del metodo: ossia dei criteri di studio, che il giurista sceglie ed applica nel quotidiano lavoro. Questo ripiegarsi e interrogarsi indica come sempre nella storia delle discipline scientifiche una profonda inquietudine, di cui non è agevole scoprire le ragioni e l'ultimo approdo. Ad una prima analisi, suggerita piuttosto da impressioni che da concrete ricerche sulle opere, i giuristi italiani lasciano scorgere due fisionomie spirituali: o di rifiuto del presente, che appare confuso e irriducibile agli schemi del passato; o di proiezione verso il futuro, in cui la crisi della nostra ora sarebbe destinata a sciogliersi. La misteriosa complessità del presente suscita, negli uni, un'amara volontà di non vedere e di non ascoltare; negli altri, la febbrile adesione alle voci più torbide e sinistre dell'utopia.

Di qui l'assidua riflessione sugli strumenti del lavoro giuridico, che, non più sicuro di sè, si fa esitante ed inquieto: ora chiuso nell'elogio di antichi titoli e dignità, ora sconvolto dalla fuggevole violenza delle mode. Di qui lo stato d'animo diffuso tra i giovani novizi delle scuole universitarie, che si mostrano disponibili per tutte le esperienze, e trascorrono, con fatua duttilità, dal metodo dogmatico al sociologico e da questo all'analisi del linguaggio. Nascono così opere fragili, non sorrette da fede tenace

e da tensione morale (come solo si raggiunge quando la scelta degli strumenti di lavoro è sofferta, e legata ad una consapevole posizione di fronte ai problemi dell'intera società).

Accanto a questa dissolvente disponibilità, l'osservatore non tarda a scorgere — quasi ulteriore caratteristica delle ultime generazioni — il debole senso della storia, cioè della continuità temporale dei singoli campi di studio. L'ansia del futuro provoca fastidio per il passato, che sta dietro di noi, esaurito e perduto nel nulla. Il giurista si chiude nella propria stagione, mutevole e vorticosa; e accoglie gli umori e le proposte del giorno, sùbito spenti e abbandonati; e vive sempre in attesa: che gli si porga, per illuminazione mistica o per volontà politica, il valore autentico della propria fatica (¹).

Ora, se un dovere incombe a tutti gli studiosi italiani di discipline giuridiche, è quello di storicizzare il problema del metodo, ricongiungendosi al passato e ripercorrendo un cammino che dagli anni dell'unità politica e legislativa giunge sino ad oggi. Occorre riaffermare la continuità in luogo della varia dispersione delle esperienze; riaprire il dialogo con il passato, e sentire che la nostra voce s'inserisce in un tessuto antico e che solo così perde i frivoli toni del giuoco intellettuale.

2. La storia del metodo civilistico in Italia è ancora da scrivere: spunti occasionali, voci e profili di enciclopedia, ma non il vasto panorama, che traccia le linee dello svolgimento, fissa i caratteri delle scuole e vi colloca le opere e gli autori. La lacuna può spiegarsi con un duplice ordine di motivi.

C'è, da un lato, la sostanziale continuità del metodo civilistico, che — superate, sul finire del secolo decimonono, la scuola dell'esegesi e le forme espositive del commentario — si è mantenuto fedele ai principî della costruzione e sistemazione logica delle norme. Una continuità, certo, non priva di sfaldature e di vibrazioni, di perplessità e di avvertimenti critici: ma, nell'arco del tempo, salda e ininterrotta. Le guerre mondiali, la crisi dello stato ottocentesco, i regimi di massa, il tramonto e la nuova alba

⁽¹⁾ Cfr. Irti, Inquietudini della dottrina civilistica, estr. dagli Studi in memoria di A. Auricchio, Napoli, 1971, pp. 3 sgg.

PROBLEMI DI METODO 231

delle istituzioni parlamentari, il passaggio dall'economia agricola alla industriale hanno bensì arricchito i temi di studio e reso più arioso l'orizzonte del giurista, ma non già determinato quella rivoluzione di metodo che era ragionevole attendersi o temere da fenomeni così immani (²). Le discipline giuridiche, legate alla rigidità delle norme positive, creano una inclinazione mentale, che trascura del tutto o registra assai lentamente anche le crisi più profonde della società.

D'altro lato, la storia del metodo civilistico (o, più in generale, del metodo giuridico) si dibatte in un'intrinseca difficoltà. Essa può venir considerata o come storia delle metodologie o come storia dei criterî concretamente adottati nello studio di singoli istituti e gruppi di norme. La storia delle metodologie si risolve nella storia dei manifesti scientifici e delle dichiarazioni programmatiche, in cui i giuristi hanno enunciato i principi del loro lavoro e indicato le strade da percorrere. E nulla vieta di ipotizzare — anzi l'esperienza suggerisce esempî cospicui — che la metodologia sia in conflitto o, per qualche riguardo, si mostri diversa dai criteri seguiti nello studio di specifici temi o nella soluzione di casi reali. Allora la professione di fede e la pratica quotidiana appariranno dissociate, o per immaturità e insincerità dell'una o per temporanei sviamenti e distrazioni dell'altra. Di qui la necessità di un continuo raffronto, di una verifica o controllo della metodologia sul terreno delle scelte concrete, che, per avventura, potrebbero rivelare un metodo opposto, non affiorato alla consapevolezza dell'autore o da questo deliberatamente taciuto.

A fronte di questa storia (che è di ripiegamenti interiori e di esami di coscienza) sta la storia, che tutto ricostruisce dalle scelte compiute su singoli temi e casi concreti. Qui la riflessione metodologica è svolta dallo storico, che, per così dire, chiarisce all'autore stesso i criteri di studio e lo fa consapevole di ciò che guida e orienta il suo lavoro. Da indici diversi — il modo di porre il problema, il rilievo dato alle simmetrie concettuali o agli interessi in conflitto, il rigore e la coerenza del lessico usato, le osservazioni sociologiche e gli spunti di politica legislativa —, da questi e da

⁽²⁾ Precise notazioni in Giannini M. S., Diritto Amministrativo, vol. I, Milano, 1970, p. 41.

altri segni lo storico desume il metodo, che l'autore ha seguito nella concretezza dell'opera, mai togliendolo a oggetto d'indagine ma sempre obbedendo ad esso con inconsapevole fedeltà.

Accade, poi, che taluni studiosi offrano l'occasione a indagini dei due tipi ora accennati, e quindi esigano un capitolo nella storia delle metodologie giuridiche. Sarà allora lo storico a eleggere il punto di vista più opportuno, od a passare dall'uno all'altro secondo l'utilità della ricerca. L'opera di Francesco Ferrara (3), ricca di indagini su temi particolari e insieme aperta agli arditi disegni della teoria generale, costituisce un fecondo terreno per l'applicazione dei due punti di vista: essa si porge, con uguale e sollecitante interesse, sia allo storico delle metodologie sia allo storico (se così può dirsi) dei metodi interni.

In queste pagine si è preferito il profilo della metodologia: e la scelta è resa legittima dalla penetrante attenzione, che il Ferrara recò alla storia della dottrina civilistica italiana e agli strumenti logici del giurista.

3. L'opera del Ferrara si svolge tra l'inizio del secolo (la dissertazione di laurea 'Della simulazione dei negozi giuridici 'è data alle stampe nel 1900) e il 1941: appare postuma, l'anno successivo, la robusta e pungente recensione alla 'Teoria generale del diritto 'di Francesco Carnelutti (4). Siamo già alla terza generazione di civilisti, che operano nell'alveo dello Stato unitario.

Qui le linee possono essere tracciate con appagante chiarezza: gli storici (5) hanno da tempo segnalato il passaggio (intorno al

⁽³⁾ Sul Ferrara sono da consultare: Allara, Francesco Ferrara, estr. dagli Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino, vol. 77, 1941-1942, pp. 3-7; Grassetti, Francesco Ferrara, in Riv. dir. priv., 1942, pp. 89-92; Lordi, Francesco Ferrara e la cattedra napoletana di diritto civile nell'ultimo cinquantennio, in Corriere di Napoli, 8 febbraio 1942; Mossa, Francesco Ferrara, in Riv. dir. comm., 1942, pp. 62-64; Santoro-Passarelli, Francesco Ferrara, in Riv. dir. civ., 1942, pp. 166-167; Funaioli G. B., L'opera e la personalità scientifica di Francesco Ferrara, in Arch. giur., 1943, pp. 135-146.

⁽⁴⁾ FERRARA, Teoria del diritto e metafisica del diritto (A proposito di una recente pubblicazione), 1942, ora in Scritti giuridici, vol. III, Milano, 1954, pp. 443-504.

⁽⁵⁾ Vedi spec. Carnelutti, Scuola italiana del diritto, 1935, ora in Discorsi intorno al diritto, vol. I, Padova, 1937, p. 110; Id., Profilo del pensiero giuridico ita-

PROBLEMI DI METODO 233

1881) dalla scuola esegetica alla scuola sistematica. La rivoluzione di metodo si risolve nella scoperta della logica giuridica (6), che trascende l'ordine numerico del codice e raggruppa norme diverse e lontane nell'unità degli istituti. Allo studio frammentario e analitico subentra lo sforzo verso la sintesi e l'unità; alla forma espositiva del commentario, la forma della monografia e del manuale.

Nel 1921 — a quarant'anni dalla crisi della scuola esegetica — il Ferrara disegna, con limpidi tratti, il contrasto tra i due orientamenti, e riafferma i canoni del metodo sistematico ed i principî informatori di un'autentica « educazione giuridica » (7). Questa non può compiersi se non avvertendo l'unità del diritto, che è un organismo governato da categorie logiche supreme, suscettibili di una « serie infinita di applicazioni » (8). Il pratico si disperde nel labirinto dei casi concreti, diversissimi e incomparabili; lo studioso possiede, invece, i « mezzi di risoluzione » (9), ossia i concetti generali, che racchiudono in forma sintetica il criterio di diagnosi e di disciplina del caso. Di qui la funzione e l'importanza della teoria generale, che, nata sul terreno del diritto civile, è divenuta patrimonio comune di tutte le discipline giuridiche e serve al privatista come al pubblicista (10).

Di particolare rilievo, per il grado di approfondimento e per l'incisiva nettezza dello stile, appaiono i due capitoli del 'Trattato' su 'Il diritto come scienza' (11) e 'Il diritto come tecni-

liano, 1950, ora in Discorsi intorno al diritto, vol. II, Padova, 1953, pp. 167 sgg.; Allorio, Scienza giuridica europea, 1952, ora in Problemi di diritto, vol. III, Milano, 1957, pp. 59-60; Bobbio, Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. N. Morra, Torino, s.d., pp. 113-114; Irti, Riflessioni su dottrina e avvocatura nel nostro tempo, in Dir. e giur., 1970, pp. 819-822; Id., F. Filomusi Guelfi e la crisi della scuola esegetica in Italia, in Riv. dir. civ., 1971, pp. 3-8 dell'estr.; Corradini, Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato, Milano, 1970, pp. 230 sgg.

⁽⁶⁾ Cfr. IRTI, F. Filomusi Guelfi ecc., cit., p. 7 dell'estr.

⁽⁷⁾ FERRARA, Trattato di diritto civile italiano, vol. I, Roma, 1921, III pref.

⁽⁸⁾ Ferrara, Trattato ecc., cit., VI pref.; Id., Un secolo di vita del diritto civile (1839-1939), 1939, ora in Scritti giuridici, vol. III, cit., p. 278.

⁽⁹⁾ FERRARA, Trattato ecc., cit., III pref.

⁽¹⁰⁾ FERRARA, Trattato ecc., cit., V pref., e pp. 244-245.

⁽¹¹⁾ FERRARA, Trattato ecc., cit., pp. 239-247.

ca' (12). Capitoli sorprendenti, quando si ricordino le riserve del Ferrara sulla letteratura metodologica e le esplicite dichiarazioni di eclettismo: « A noi sembra — egli scriveva (13) — che il metodo, essendo uno strumento per la ricerca del vero, non debba partirsi da preferenze od esclusioni a priori. Tutti i metodi sono buoni, se guidano al sapere. La via da seguire è perciò nel giusto equilibrio e nella combinazione dei diversi mezzi di studio, a cui dovrà simultaneamente ricorrersi secondo i casi, e che si completano e si controllano a vicenda ». Ma il Ferrara, sebbene infastidito dalle vane e solenni professioni di fede, enuncia e svolge — sulla traccia segnata da Jhering — una compiuta teoria del metodo giuridico.

La premessa è che il diritto, al pari delle altre scienze, trasforma la propria materia in concetti e questi compone in unità sistematica (14). A tal fine lo studioso deve servirsi di un insieme di mezzi e compiere una complessa serie di operazioni: analisi giuridica, concentrazione logica, e costruzione. Solo così — cioè semplificando la varietà delle norme e presentandole in una sintesi rigorosa — è possibile «dominare intellettualmente tutto il materiale positivo» (14), e procedere alla soluzione di casi nuovi e imprevisti.

La metodologia ferrariana — della scienza giuridica come sistema di concetti, in cui si cala, semplificandosi e ordinandosi, la dispersa folla delle norme — non abbandona mai il senso vivace della positività e della storicità del diritto (15). Niente è più estraneo al Ferrara che l'assolutezza (egli direbbe 'metafisica') di categorie ideali, non verificabili sul piano delle norme vigenti e sottratte all'incessante divenire storico. La costruzione del giurista è al servizio del diritto vigente, considerato nella sua totalità, così come è in una certa epoca: « Essa deve rispettare il contenuto delle regole legali, e l'intero contenuto, non può prescindere da una parte e considerare come eccezioni arbitrarie alcune nor-

⁽¹²⁾ FERRARA, Trattato ecc., cit., pp. 247-249.

⁽¹³⁾ FERRARA, Trattato ecc., cit., p. 246.

⁽¹⁴⁾ FERRARA, Trattato ecc., cit., p. 240.

⁽¹⁵⁾ Cfr. IRTI, F. Filomusi Guelfi ecc., cit., pp. 12-13 dell'estr.

PROBLEMI DI METODO 235

me, per organizzare il resto della materia » (16). L'antitesi tra 'arbitrario' e 'razionale' non è positiva e storica, ma assoluta e metafisica: si potrebbe aggiungere che il diritto è sempre arbitrario, poichè le previsioni del legislatore non rispecchiano una realtà esterna e non sono sperimentalmente verificabili, e sempre razionale, come ogni opera umana costruita da scelte d'interessi e di ideologie. Da questo nasce la storicità dei principî giuridici, che « mutano col trasformarsi del materiale positivo, e quindi devono saggiarsi in ogni sistema legislativo ad un dato momento storico, poichè può avvenire che un principio eccezionale un tempo diventa dominante dopo e viceversa » (17).

Il controllo empirico — che, nelle scienze della natura, seleziona le ipotesi di lavoro e vaglia le intuizioni — prende forma, nel mondo del diritto, di verifica positiva e storica (il 'saggiarsi' del Ferrara): anche un solo articolo di legge può alterare il senso delle altre norme comprese nel sistema, dimostrare la capacità di espansione di un concetto o svelarne invece il carattere limitato e caduco. Le pagine del Ferrara denunciano l'erroneità dell'antitesi, cara ai giovani modernisti, tra metodo dogmatico e storicità del diritto: i concetti giuridici non sono verità acquisite per sempre, ma strumenti di semplificazione di un sistema storico, e quindi precarii e mutevoli (18).

Come si è accennato, il Ferrara elabora, accanto a una teoria della scienza, una teoria della tecnica giuridica, cioè dell'arte di applicare i concetti generali alle specie concrete. La connessione tra l'una e l'altra è profonda, e reciproco il contributo di utilità e di esperienza. La tecnica attinge dalla scienza i principî direttivi, e domina così la varietà e singolarità dei casi; la scienza, per suo conto, collauda nella tecnica le proprie costruzioni, e ne riceve indicazioni di « problemi nuovi o lati nuovi di problemi giu-

⁽¹⁶⁾ FERRARA, Trattato ecc., cit., p. 244.

⁽¹⁷⁾ FERRARA, Trattato ecc., cit., p. 242.

⁽¹⁸⁾ I concetti giuridici sono, se si vuole, insieme assoluti e relativi: assoluti rispetto a un sistema di norme, considerato in un certo momento storico (dove assolutezza sta per necessità logica del loro impiego); relativi rispetto alla pluralità e variabilità dei sistemi di norme, per la cui comprensione possono essere o non essere strumenti necessari.

ridici » (19). « Da ciò — conclude il Ferrara (20) — l'importanza dell'attività dottrinale che si esplica nelle annotazioni di decisioni giurisprudenziali. Qualche nota talora è il punto di partenza d'una nuova elaborazione d'un istituto ». Può stupire che i capitoli ferrariani su scienza e tecnica del diritto si chiudano con l'elogio della nota a sentenza, ossia di un genere di letteratura giuridica che sembrerebbe incompatibile con il respiro della dogmatica e della teoria generale. Ma la sorpresa è destinata a cadere per poco che si rifletta alla positività e strumentalità dei concetti giuridici. La nota a sentenza — oggi tenuta in disfavore, e affidata a studiosi esordienti (21) — costituisce l'arduo luogo d'incontro tra sapere e arte del decidere, tra capacità ragionativa e intuizione, tra generalità dei principî e concreta irripetibilità del caso. L'odierna crisi della nota a sentenza corrisponde, come in altra sede si è rilevato (21), allo sciogliersi di ogni legame tra dottrina ed esercizio pratico del diritto, sicchè l'una elabora dogmi inutili e l'altro si muove con superficiale empirismo.

4. La metodologia ferrariana trova la più ferma espressione nelle pagine postume (22) dedicate alla 'Teoria generale del diritto 'di Francesco Carnelutti. Al 'Trattato', che riassume e chiude un'epoca del nostro pensiero giuridico, sembra contrapporsi l'opera carneluttiana, sconvolgente per fantasia costruttiva e novità terminologiche. Ma non affermava il Ferrara, già nel 1921, l'importanza di una « teoria generale delle scienze giuridiche » (23), considerata come l'estremo e più alto risultato del metodo sistematico? C'è, forse, continuità, dove i protagonisti scorgevano frattura e lacerazione?

Il dubbio è sciolto dallo stesso titolo del saggio ferrariano, 'Teoria del diritto e metafisica del diritto', che indica due diversi modi d'intendere e di costruire l'unità del sistema giuridico.

⁽¹⁹⁾ FERRARA, Trattato ecc., cit., p. 249.

⁽²⁰⁾ FERRARA, Trattato ecc., cit., p. 249 nota 3.

⁽²¹⁾ Cfr. Perlingieri, Produzione scientifica e realtà pratica; una frattura da evitare, in Riv. dir. comm., 1969, p. 468; Irti, Riflessioni ecc., cit., p. 823.

⁽²²⁾ Vedi, supra, nota 4.

⁽²³⁾ FERRARA, Trattato ecc., cit., V pref.; ID., Un secolo ecc., cit., p. 287.

PROBLEMI DI METODO 237

Per il Ferrara (e così per la scuola italiana di diritto civile, che culmina nel 'Trattato') la teoria generale è teoria di un ordinamento giuridico determinato nello spazio e nel tempo: perciò, come sopra si diceva, positiva e relativa, suscettibile di controllo sui testi delle norme e destinata a mutare con esse. L'unità del sistema si configura quale valore perseguito dal giurista con trepidante e quotidiana tensione: valore provvisorio e caduco, che occorre, di volta in volta, faticosamente ricostruire. Il sistema dei concetti — onde questi si dispongono in rapporto di genere a specie, di comune a particolare, di regola a eccezione — non ha nulla di costante e di assoluto: esso si impoverisce o si amplia nel tempo, si fa più serrato o più fragile, più coerente o più antinomico.

La teoria carneluttiana muove invece dalla identità (o consonanza) tra leggi naturali e leggi giuridiche (24): e, dunque, dal postulato di un ordine eterno, che, a mano a mano, si rivela allo sguardo degli uomini. Il concetto giuridico assume così l'incontrovertibile e necessario valore di una scoperta naturalistica: 'invenzione' di una realtà, che l'uomo non crea, ma trova dinanzi a sè come oggetto del conoscere. I diritti storici sono tentativi, ora più ora meno felici, di raggiungere la perfezione dell'ordine eterno.

Di qui i motivi dominanti dell'opera carneluttiana, segnalati dal Ferrara con acuta perspicuità: il naturalismo (25), da un lato, onde la figura del giurista è assimilata a quella del botanico o del fisico; il misticismo (26), dall'altro, che ricollega l'ordine dei rapporti sociali a fonti divine. Così, alla 'teoria del diritto' edificata sull'umile e mutevole terreno delle norme, si contrappone la 'metafisica del diritto', che elabora concetti applicabili in ogni tempo e sottratti alla labilità degli ordinamenti positivi. Già nelle pagine del 'Trattato' (27), il Ferrara mostra un duttile e moderno storicismo, che ne piega e controlla la tensione dogmatica. Storicismo che — sebbene non professato come credo filosofico, ma al-

⁽²⁴⁾ Vedi spec. Fassò, Storia della filosofia del diritto, vol. III: Ottocento e Novecento, Bologna, 1970, p. 389.

⁽²⁵⁾ FERRARA, Teoria del diritto ecc., cit., pp. 450-452, 471, 475, 487, 497, 503.

⁽²⁶⁾ FERRARA, Teoria del diritto ecc., cit., pp. 459, 476, 504.

⁽²⁷⁾ FERRARA, Trattato ecc., cit., pp. 243-244.

lusivo e discreto — doveva certo ombrarsi dinanzi all'audace volontà carneluttiana di stabilire le fondazioni della scienza giuridica di là dal diritto, in una teoria generale della realtà comune a tutti i campi del sapere.

È davvero significativo (anche se le pagine postume del Ferrara non vengono richiamate) che il Carnelutti, nel 1955, scelga per un saggio polemico il titolo di 'Logica e metafisica nello studio del diritto ' (28), adottando così, con orgogliosa sincerità, la connotazione ferrariana. «Logica e metafisica — scriverà il Carnelutti (29) — anzi che due strade diverse sono la medesima strada: la logica sbocca nella metafisica, voglio dire; o la comprende, in altre parole. È questione di non fermarsi nel pensare ». L'indagine del giurista, che è un costruttore di concetti e quindi un logico, approda necessariamente alla metafisica: « A un certo punto egli si trova alle prese con i problemi più ardui, in cui si possa avventurare il pensiero: genere, forma, legge, causa, fine, spazio, tempo, passato, futuro. Inutile, senza venirne a capo, pretender di capire il diritto. Chi si ferma è perduto. Il che era stato intuito dall'antica definizione della giurisprudenza: divinarum atque humanarum rerum notitia » (30). Proprio questo fermarsi, questo restringersi alle norme prese in esame e distinguere filosofia e teoria del diritto (31), è invece tra i motivi dell'opera ferrariana, rispettosa, come vedemmo, del «contenuto delle regole legali» (32) e della loro mutevole storia.

Si spiega così il fastidio (33) per gli inconsueti strumenti d'indagine adoperati dal Carnelutti: il paragone, l'etimologia, la geometria, che appunto gli derivavano dall'asserita identità tra scienza giuridica e scienze naturalistiche. Il discorso figurativo, ricco di immagini e di arditi accostamenti, di trasposizioni e di novità terminologiche, suscita il severo rifiuto del Ferrara, che ha già svolto l'elogio del rigoroso vocabolario giuridico (34) e che si mo-

⁽²⁸⁾ In Foro it., 1955, IV, 73-77.

⁽²⁹⁾ CARNELUTTI, Logica e metafisica nello studio del diritto, cit., 75.

⁽³⁰⁾ CARNELUTTI, Logica e metafisica nello studio del diritto, cit., 77.

⁽³¹⁾ FERRARA, Teoria del diritto ecc., cit., p. 450.

⁽³²⁾ FERRARA, Trattato ecc., cit., p. 244.

⁽³³⁾ FERRARA, Teoria del diritto ecc., cit., pp. 477, 503-504.

⁽³⁴⁾ FERRARA, Trattato ecc., cit., p. 241-

PROBLEMI DI METODO 239

stra sempre cauto nell'allargare il patrimonio dei concetti tradizionali (35).

5. Un decisivo segno dello storicismo ferrariano è nella sensibilità, sempre acuta e sollecita, verso i principî affioranti nella legislazione speciale. Se ne trova traccia, sui primi del secolo, in una recensione del manuale del Brugi (36); e un più preciso approfondimento nelle pagine del 'Trattato'. Qui il Ferrara, avvertito che il sistema giuridico presenta sempre anomalie e singolarità non riducibili ai dogmi generali, distingue (con taglio paretiano) tra residui storici e principi emergenti (37). Gli uni sono isolati e destinati a scomparire; gli altri, manifestatisi casualmente in un'applicazione singola che costituisce il loro « punto d'irruzione nella vita giuridica » (38), possono espandersi in tutto il territorio del diritto e divenirne idee-forza. « Può avvenire — dice il Ferrara (38) — che un principio eccezionale un tempo diventa dominante dopo e viceversa ».

Delineando, sullo scorcio del quarto decennio del secolo, le vicende della dottrina civilistica italiana, il Ferrara indicherà le connessioni tra leggi e fenomeni storico-politici: «Conviene ora parlare della fase recentissima del movimento civilistico. Ma prima di ricordare i rappresentanti più significativi di esso, occorre inquadrarlo in due avvenimenti politici di grande portata, la guerra mondiale e il regime fascista. Dappoichè l'uno e l'altro hanno esercitato una influenza considerevole, non solo nella elaborazione dottrinale, ma nella restaurazione legislativa...» (39).

⁽³⁵⁾ Così nei confronti dei concetti di onere e di legittimazione: v. *Teoria del diritto* ecc., cit., pp. 481-482, 492-493.

⁽³⁶⁾ FERRARA, Un nuovo manuale di istituzioni di diritto civile (Brevi note), 1905, ora in Scritti giuridici, vol. III, cit., p. 300.

⁽³⁷⁾ FERRARA, Trattato ecc., cit., p. 242.

⁽³⁸⁾ FERRARA, Trattato ecc., cit., p. 242.

⁽³⁹⁾ Ferrara, *Un secolo* ecc., cit., p. 287. Nota il Funaioli G. B., *L'opera* ecc., cit., p. 135: « Il Ferrara ha spiegato la sua ininterrotta operosità in un periodo storico complesso, nel quale direttive sociali e principi giuridici diversi si sono urtati e sovrapposti tra le più varie esperienze; il tempo che precedette e il tempo che seguì la guerra 1915-18: ben riconoscibili per la grave frattura spirituale che il periodo bellico operava ».

Mentre lo studio delle posizioni ferrariane dinanzi a momenti della nostra storia politica sarà compiuto in altro saggio, conviene ora segnalare gli spunti che servono a comporre la metodologia giuridica dell'autore.

Essa si è andata configurando come indirizzo dogmatico, che non ignora nè la discorde complessità delle norme positive nè la loro storica mutevolezza. Il sistema scientifico fissa una fase dello sviluppo legislativo, che sempre soggiace alla dialettica tra residui del passato e segni precorritori dell'avvenire. La capacità, insieme tecnica e politica, del giurista sta nel distinguere ciò che è vivo e ciò che è morto: nel cogliere, soprattutto attraverso la legislazione speciale (ad esempio, agraria o corporativa), la crisi del sistema e l'annuncio di nuovi principî. Questi si rivelano, per così dire, alla periferia, in fenomeni isolati e sporadici, senza che il legislatore si avveda della loro forza espansiva e dell'intimo vigore. Poi essi si allargano ad altri fenomeni, si estendono a materie lontane, sollecitano la critica degli studiosi, e, via via, superando la pigrizia della tradizione, s'innalzano a categorie generali.

Questo ritmo dialettico, in cui si traducono i conflitti di ideologie e di interessi economici, non consente al giurista di sostare,
lieto della propria opera. L'ordine dei concetti può essere sùbito
sconvolto da un principio nuovo, nascosto allo sguardo del giurista o da questo considerato come una limitata ed irrilevante
eccezione. Il Ferrara avverte profondamente il valore dell'eccezione,
che non è l'errore da correggere, o la lacuna da colmare, nè l'arbitrario nel regno della razionalità (40). L'eccezione ha invece una
intrinseca e storica razionalità, che il giurista non può disconoscere
nè rifiutarsi di vedere: in essa è talora il seme di un nuovo ordine,
o l'indice dell'insufficienza di un concetto e di un risultato dottrinario. Insomma, è elemento del sistema, a cui può essere riservato
di dominare l'intero diritto futuro.

6. La posizione del Ferrara nella dottrina civilistica italiana è determinata dalle scelte di metodo e dalla sensibilità storico-politica, che ora abbiamo visto affiorare. Da un lato, egli appar-

⁽⁴⁰⁾ FERRARA, Trattato ecc., cit., p. 244.

PROBLEMI DI METODO 241

tiene alla terza generazione di studiosi del diritto civile unitario: se alla prima ascriviamo, come credo si debba, gli esegeti di stampo francese ed alla seconda, apertasi intorno al 1881, i fondatori del metodo sistematico. Il Ferrara, allievo di Giacomo Venezian, raccoglie nella vasta sintesi del 'Trattato' i risultati del lungo e severo impegno della dottrina italiana, ormai in grado di offrire « una più moderna sistemazione pandettistica del diritto privato » (41). Il 'Trattato', sebbene apparso nel 1921, chiude il periodo della nostra storia politica e scientifica, che precede la guerra e il fascismo e che, echeggiando Zweig, potremmo definire della sicurezza e della stabilità liberale.

Dall'altro lato, il Ferrara — che, in sede teorica, aveva già avvertito il valore dell'eccezione e l'importanza della legislazione speciale — è tra i giuristi italiani più vigili e attenti ai segni di rottura di antichi equilibri: di qui gli studi sul diritto corporativo ed agrario, sulla proprietà e sui principî generali del nuovo ordinamento.

Manca, sino ad oggi, un'opera storiografica, che ricostruisca, non sul terreno dell'astratto credo ideologico ma su quello delle soluzioni tecniche e delle scelte di metodo, il rapporto tra dottrina civilistica e vicende politiche del nostro Paese; e quindi esamini le posizioni d'indifferenza o di scetticismo, di rifiuto o di consonanza, assunte dai singoli studiosi. In difetto di questa storia, non possiamo sottrarci al rischio dell'intuizione: rischio indissociabile dai primi e aspri dissodamenti.

⁽⁴¹⁾ ALLARA, Francesco Ferrara, cit., p. 6 dell'estr.



SABINO CASSESE

IPOTESI SULLA FORMAZIONE DE «L'ORDINAMENTO GIURIDICO» DI SANTI ROMANO (*)

- 1. Premessa: le istituzioni del nuovo Stato. 2. Due o tre ipotesi contrastant su « L'ordinamento giuridico ». 3. Santi Romano dal 1910 al 1917: alle origini de « l'ordinamento giuridico »; uno scritto inedito del Romano. 4. Oggetto e scopi dell'opera. 5. Scienziati politici, economisti, filosofi, giuristi dinanzi alla crisi dello Stato moderno e loro relazioni con Romano. 6. Dopo il 1918.
- I. Se è vero che la data di inizio del secolo non costituisce lo spartiacque tra il « mondo di ieri » e la seconda costituzione dell'Ita-

L'autore ringrazia il professor Salvatore Romano che, non solo gli ha fornito indicazioni e suggerimenti preziosi, ma gli ha permesso anche di consultare l'archivio Romano. Tale archivio risulta composto di 8 buste contenenti lettere ricevute da Santi Romano e qualche minuta di risposta dello stesso. Le buste furono ordinate dal Romano stesso nell'ordine seguente: I fino al 1914; II dall'1/1/1915 al 31 marzo 1916; III 1 aprile 1916-31 dic. 1917; IV 1 genn. 1918-30 giugno 1919; V 1 luglio 1919-31 dic. 1921; VI 1 genn. 1922-30 giugno 1925; VII 1 luglio 1925-30 aprile 1928; VIII dal 1 maggio 1928 al...

I documenti d'archivio citati, quando non ne è indicata la provenienza, sono nell'archivio Romano. Per le carte Orlando, conservate dall'Archivio centrale dello Stato, si adopera l'abbreviazione ACS, Orlando. Nelle carte della segreteria particolare del Duce, della presidenza del Consiglio e nell'archivio Bottai non risultano esservi documenti che interessino Santi Romano.

^(*) L'autore avverte che indagini come quelle qui avviate sono necessariamente preliminari, anzi provvisorie. Mancano altri studi, biografie, note erudite, regesti. Il materiale d'archivio è disperso, anzi spesso non è conservato e le ricerche sono lunghe e faticose. Viene spesso disconosciuta «l'importance extrême d'une histoire des doctrines, inséparable d'une histoire des docteurs » (P. Legendre, La facture historique des systèmes-notations pour une histoire comparative du droit administratif français, in « Revue int. de droit comp. », 1971, fasc. I, p. 22).

244 SABINO CASSESE

lia unita è pur vero che «l'intorno di quell'anno» segna il cambiamento tra il vecchio Stato e il nuovo. Allargamenti del suffragio, ampliamento dell'istruzione, legislazione sociale, gestione pubblica delle ferrovie e dei servizi pubblici locali e delle assicurazioni, nuovo ruolo dello Stato rispetto ai conflitti di lavoro, stanno a dimostrarlo. Più all'interno dei poteri pubblici, il sistema amministrativo registra una forte crescita, si accolla il peso delle nuove strutture assumendosi l'onere di risolvere i problemi per i quali quelle strutture erano state create, diviene il fattore principale di sostegno dell'industria. Sviluppo civile e crescita del potere pubblico vanno di pari passo: lo Stato non si estrania, ma ripete dentro di sé i contrasti della società governata da Giovanni Giolitti (¹). Il sistema politico dell'Italia liberale democratica è domi-

La bibliografia sull'età giolittiana è raccolta accuratamente da F. De Felice, L'età giolittiana, in « Studi storici », 1969, n. 1, p. 114 ss.; nella nota iniziale di N. Valeri, Giovanni Giolitti, Torino, 1971 e in L'età giolittiana, a cura di A. A. Mola, Bologna, 1971.

Per un quadro complessivo, si veda la prefazione di L. EINAUDI, in *Cronache economiche e politiche di un trentennio (1893-1925*), II, 1903-1909, Torino, 1959, p. XIX ss.

Dati sulla diffusione dell'associazionismo in A. Gradilone, Storia del sindacalismo, III, 2, Italia, Milano, 1959, p. 1 ss.; D. L. Horowitz, Storia del movimento sindacale in Italia, Bologna, 1966, p. 81 ss.; G. Candeloro, Il movimento sindacale in Italia, Roma, s.d., ma 1950, p. 46 ss. Su Torino, P. Spriano, Socialismo e classe operaia a Torino dal 1892 al 1913, Torino, 1958. Informazioni dettagliate sulla struttura operaia e contadina agli inizi del secolo, sulla organizzazione dei sindacati e sulle vicende del socialismo, in G. Procacci, La lotta di classe in Italia agli inizi del secolo XX, Roma, 1970; accurate rassegne degli studi dal 1945 al 1969 sul movimento sindacale in Italia in «Annali della fondazione L. Einaudi», 1969, vol. III, p. 151 ss.

Sull'industria, gli scritti recenti di E. Galli della Loggia, Problemi di sviluppo industriale e nuovi equilibri politici alla vigilia della I guerra mondiale: la fondazione della banca italiana di sconto, in «Rivista storica it.», 1970, n. IV, p. 824 ss. e F. Bonelli, La crisi del 1907, una tappa dello sviluppo industriale in Italia, Torino, 1971.

Sul sindacalismo amministrativo e la richiesta di gestione sindacale dell'amministrazione nei primi anni del secolo, B. Dente, Contrattazione e consultazione nel pubblico impiego, Milano, 1971, p. 4 ss.

L'avanzamento della società agli inizi del secolo si riflette nella scienza: Benedetto Croce ha parlato di un « moto accelerato » della cultura (B. Croce, Storia

⁽¹⁾ Un quadro delle istituzioni pubbliche dell'età liberal-democratica in S. Cassese, articolo di prossima pubblicazione in «Quaderni storici».

nato da un apparato amministrativo onnipresente e perciò policentrico; autocefalo ma ancora in armonia con la classe dirigente politica.

Dinanzi ai compiti che questa nuova realtà poneva agli uomini di scienza vi fu una duplice reazione. Da una parte il rifiuto, con il rifugio di alcuni nel formalismo: basti citare la pronta risposta negativa di Ugo Forti al pluralismo, al sindacalismo e al realismo di Duguit (²); le costruzioni di armonie astratte di Donato Donati; l'affermazione della estraneità degli interessi sociali allo Stato, di Oreste Ranelletti.

Da un'altra parte, il tentativo di prendere atto delle nuove realtà. Ma questo muove in due direzioni molto diverse: quella di Alfredo Rocco, che chiede ulteriori espansioni dell'autorità; quella di Santi Romano (3), che pone per primo il problema della comprensione scientifica di un sistema politico-amministrativo pluralistico.

d'Italia dal 1871 al 1915, Bari, 1928, I ed. ec. 1967, p. 225 ss.). Un altro filosofo ha osservato che il secolo ventesimo si era aperto in un'atmosfera di vaga inquietudine e di vaga esaltazione, che prese presto tutte le forme della attività dello spirito e della vita (cit. in E. Garin, Cronache della filosofia italiana 1900-1943, Bari, 1966, I, p. 92).

⁽²⁾ U. Forti, Il realismo nel diritto pubblico, Camerino, 1903, recensito da B. Croce, in «La critica», 1903, I, p. 470-472; la critica a Le dottrine «realiste» di Hauriou di Ugo Forti è del 1913 ma fu pubblicata solo nel 1936 (ed è ora in Studi di diritto pubblico, I, Roma, 1937, p. 148 ss.).

⁽³⁾ Le conoscenze della biografia del Romano sono imprecise. Tra gli scritti sul Romano, oltre quelli citati in seguito, si possono vedere: Romano, Santi, ad vocem in Enciclopedia Treccani; P. BISCARETTI DI RUFFIA, Santi Romano e la sua opera scientifica, in « Il diritto ecclesiastico », 1948, p. 123 ss. (che è la biografia più accurata); G. SALEMI, Santi Romano, in « Rivista dir. pubbl. », 1947, (che contiene l'elenco più ampio delle opere del Romano); G. Z., Premessa a Santi Romano, Scritti minori, I, Milano, 1950, p. xxv-xxvII.

Molti scritti di Romano non sono solitamente menzionati nelle biografie: ecco un elenco di quelli solitamente dimenticati: 6 recensioni in « Archivio giuridico » vol. XI e XII, nuova serie, (pubblicate anche in estratto, Modena, 1903): sono recensiti volumi di Presutti, Arturo Rocco, Moreau, Raggi, Anzilotti, Borsi; recensioni in « Arch. giur. » vol. XI, terza serie, fasc. 2 (1909), pubblicate anche in estratto col titolo « recensioni e cenni bibliografici », p. 11-13; recensione in « Riv. dir. pubbl. », 1914, VI, nov.-dic., p. 607-608 del trattato di diritto sanitario di Lessona; relazione riassuntiva della Commissione dei XV sui rapporti tra potere esecutivo e legislativo, in « Presidenza del consiglio dei ministri », Relazioni e proposte della commissione presidenziale per lo studio delle riforme costituzionali, Roma, 1925,

246 SABINO CASSESE

In questa vicenda la posizione di Santi Romano ha un rilievo tutto particolare, perché la sua rappresenta se non l'unica la prima e più coerente risposta alle esigenze delle istituzioni nuove. Il tentativo romaniano, iniziato nel 1909 e svolto nel 1917-18 con «l'ordinamento giuridico», rappresenterà, pur con tutta la sua ambiguità, l'inizio e la fine del tentativo di aggiornamento della scienza giuridica alle nuove condizioni dello Stato liberale democratico: «affrontò egli ... il compito formidabile di una nuova maniera di concepire la nozione stessa di diritto e di invocare una radicale riforma del sistema sinora seguito. È questa la sua opera dell'ordinamento giuridico. Qui si contiene la parte essenziale e finale della biografia di lui »: «la biografia di Santi Romano si confonde con la storia di quella sua concezione» (4).

2. Ma in che modo si riflettono nell'opera di Santi Romano che va dal 1909 al 1917 le vicende delle istituzioni dell'epoca? È possibile una collocazione storica così precisa dell'opera di uno scrit-

Va poi ricordata la sua attività al Senato. Tra l'altro, si può vedere VV.AA., La Camera dei fasci e delle corporazioni, raccolta di studi di politica ed economia diretta da L. Lojacono, Roma, s.d. ma 1939, dove, di Santi Romano, «relazione della commissione del Senato sull'istituzione della Camera dei fasci e delle corporazioni », relatore il Romano, p. 175-178; relazione della commissione del Senato per il nuovo regolamento del Senato, relatore il Romano, p. 233-240.

Più accurate ricerche richiedono la attività del Romano al Consiglio di Stato, come direttore della sezione di diritto pubblico della Enciclopedia Treccani (dove peraltro non firmò alcuna voce), come direttore, insieme con Fedozzi, del Trattato di diritto internazionale (Padova, 1933-1940).

p. 201-206; Diritto amministrativo (in collaborazione con V. Feroci), Milano, edizioni Mondadori per le scuole medie, con più edizioni: 1927, 1928 e 1933; recensione di Alfredo Rocco, «la trasformazione dello Stato», in «Arch. giur.» vol. XCIX (4 serie vol. XV, fasc. 2), 1928; discorso per l'insediamento al Consiglio di Stato, in «Il rinnovamento amm.», 1928, n. 11-12, p. 8-14 dell'estratto; prefazione a Vittorio Brondi, Scritti minori, raccolti a cura della facoltà giuridica di Torino; relazione finale della Commissione dei diciotto, in «Relazioni e proposte della commissione per lo studio delle riforme costituzionali», Firenze, 1932, p. 231 ss.; intervista pubblicata il 15 febbraio 1929 sul «Giornale d'Italia» sul carattere confessionale dell'Italia a seguito degli accordi della Conciliazione; prefazione a M. Marinoni, Scritti vari, Città di Castello 1933, p. v-viii (rassegna accurata degli scritti dell'autore, al quale era stato molto legato).

⁽⁴⁾ V. E. ORLANDO, Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico, Modena, 1948, p. 14.

tore che è per lo più considerata solo una « costruzione » di teoria generale del diritto e perciò valutata fuori del tempo in cui fu scritta? Quali ambiguità e quale ricchezza si nascondono nell'opera stessa per prestarla ad una lettura e ad un uso quale quello astrattizzante (5) e talora scolastico che se ne è fatto finora? In quale misura Santi Romano partecipò alla vita della cultura della sua epoca e quali relazioni ebbe con i suoi protagonisti, i Croce, i Gentile (6), i Rocco? E infine, fu egli stesso uno dei protagonisti della cultura dell'età liberaldemocratica?

Per provare a rispondere a queste domande, conviene cominciare col guardare « l'ordinamento giuridico » con gli occhi di un contemporaneo, Sergio Panunzio.

In precedenza Orlando aveva rivolto al Romano critiche severe (in *Lo Stato sindacale nella letteratura giuridica contemporanea* (1924) e in *Stato e diritto* (1926), ora in *Diritto pubblico generale*, cit., p. 324 ss. e p. 243 ss.) dicendo che egli aveva fatto un lavoro critico ma non ricostruttivo, che aveva ecceduto nel porre sullo stesso piano ordinamento statale e ordinamenti non statali; che era vago; terminando col porre in dubbio la stessa utilità dell'opera principale del Romano.

Un diverso e più sfumato atteggiamento Orlando assunse negli anni del secondo dopoguerra, commemorando Romano nel 1948 (Santi Romano e la scuola, ecc. cit.).

(6) Suggerisce un accostamento tra Romano e il Gentile V. Frosini, Orazio Condorelli, in « Archivio storico per la Sicilia orientale », 1970, fasc. III, p. 248. Certo, Romano e Gentile ebbero occasione almeno in tre momenti di incontrarsi e di lavorare insieme: nel 1916, quando Gentile ebbe l'insegnamento di filosofia del diritto alla facoltà di giurisprudenza a Pisa, dove insegnava Romano; nella commissione dei Soloni; all'enciclopedia Treccani. Come è noto il frutto dell'insegnamento del 1916 di Gentile furono I fondamenti della filosofia del diritto, in « Annali delle Università toscane », 1916, vol. I. Ne «l'ordinamento giuridico » v'è ad esso una citazione dall'estratto, p. 19.

Sulle posizioni di Gentile rispetto al sindacalismo, S. PANUNZIO, Stato e dirittol'unità dello Stato e la pluralità degli ordinamenti giuridici, Modena, 1931, p. 20 ss., n. 6 e, prima, Postilla, all'art. di Costamagna, in Riv. Int. Fil. Dir., 1926, p. 424.

⁽⁵⁾ Un esempio dell'uso accademico che s'è fatto de «l'ordinamento giuridico » è da vedere nel tentativo di Orlando di ridurne la portata ad analisi di mero diritto pubblico generale « antecedente al diritto positivo » avente un oggetto diverso dagli ordinamenti antestatali studiati nell'800 sotto l'influenza di Spencer e Comte: V. E. Orlando, Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano, (1939), in « Diritto pubblico generale », Milano, 1954, p. 55 e 60. Può essere interessante notare che il Romano non colse l'atteggiamento svalutativo dell'Orlando ed anzi gli scrisse una lettera traboccante commozione e gratitudine, dichiarandosi lieto e riconoscente e ricordandogli più volte di sentirsi il suo discepolo (in ACS, Orlando, B. 10, S. Romano).

248 SABINO CASSESE

Gli scritti di Panunzio sono interessanti perché accompagnano dagli inizi del secolo al 1020 la crescita e la parziale distruzione delle nuove istituzioni, in un dialogo continuo con Santi Romano e con uno spostamento continuo da posizioni sindacaliste e soreliane a posizioni stataliste (sia pur senza arrivare alle posizioni di Costamagna, anzi criticandole). Panunzio è interessante perché nei suoi scritti sono meno sapientemente filtrati i motivi e gli umori della cultura e della realtà dell'epoca. Le sue aspirazioni scientifiche e il suo metodo, da una parte, non hanno la purezza di quelli di Santi Romano, ed anzi sono di un maggiore tradizionalismo, al quale non è estraneo talvolta l'osseguio accademico verso qualcuno dei suoi maestri. Dall'altra, sono più moderni, anzi modernissimi. Egli aspira ad una « opera totale »; ha il gusto futurista per i facili accostamenti; ama le espressioni enfatiche; è sensibile alla «lirica del punto esclamativo», alla nuova sintassi e all'impiego delle maiuscole; cerca una nuova simbiosi di cultura e politica e diritto ma riesce poi solo a fondere i vari mezzi di analisi di ognuno di essi, senza tuttavia neppur sapere impiegare ognuno di essi in modo adeguato; fa parte degli scrittori dell'avanguardia, ai quali spesso la materia sfugge di mano; questi spesso dimenticano il loro argomento, si incapricciano di particolari accessori.

Santi Romano, al contrario, ha sempre sottocchio il tema, non divaga, disegna a tutto tondo, con armonia: «lo scrittore è chiaro, parco, lineare, come l'uomo » (7). A differenza dei più impegnati, come Panunzio, che fanno parte dell'avanguardia ed assumono sistematicamente gli atteggiamenti che corrispondono alle nuove istituzioni, in Santi Romano la nuova situazione è innata: egli lavora in sincronismo con le nuove istituzioni. In questo senso, mentre collocare Santi Romano sullo sfondo di un'epoca storica sembra a prima vista un trasportarlo in un mondo che non era suo, appare più facile riconoscere la contemporaneità di Panunzio con l'epoca in cui questo visse. Ma questo — vedremo — è solo una prima e superficiale impressione.

⁽⁷⁾ G. Miele, Stile e metodo nell'opera di Santi Romano, in «Arch. st. corp», 1941, fasc. I, p. 5 dell'estr.

Lo scrittore « d'avanguardia », dunque, in qual modo valutava l'opera principale dell'autore « più accademico » (8)?

Panunzio, nel 1923, nella prolusione al corso di filosofia del diritto a Ferrara su « stato e sindacati » osserva che « il problema delle relazioni giuridiche tra lo Stato e i sindacati... che da più di un decennio è il problema centrale e predominante nella vita e nella scienza, s'impone oggi all'attenzione del giurista » (9), al punto che « i nostri maggiori giuristi trattano la materia delle relazioni tra il diritto sindacale e il diritto statuale, fra lo Stato e le associazioni, e uno anzi dei nostri più insigni pubblicisti, il prof. Santi Romano, nei suoi recenti studi sull'ordinamento giuridico, viene in parte a dar ragione, con la sua ben nota autorità, a tesi e concetti fino a ieri ritenuti eretici » (10).

Tre anni dopo, ritornando sul tema delle relazioni tra Stato e sindacati e del neosindacalismo di Stato, Panunzio, di scorsa, rileva che «... le società sono società qualificate, ordinate, sono stati in piccolo, sindacati o, come dice il Santi Romano, *istituzioni*, termine più esatto, dal punto di vista filosofico, perché più universale del termine circoscritto « stato », che è realtà storica, un modo di essere delle istituzioni » (11).

Infine, il Panunzio ritorna su questi temi in maniera più organica nel 1931 con lo scritto su «Stato e diritto — l'unità dello Stato e la pluralità degli ordinamenti giuridici », prendendo — questa volta — le distanze sia da Sorel sia da Santi Romano (12). Ma — quel che è interessante qui — accomuna poi Santi Romano a Sorel. «... Le varie teorie sulla pluralità degli ordinamenti giuridici, conseguenza e suggestione diretta del reale sgretolamento e frastagliamento dell'unità dello Stato, pullulate qua e là in Europa

⁽⁸⁾ Un consuntivo di tutte le sue posizioni è in S. Panunzio, Stato e diritto, cit.

⁽⁹⁾ S. PANUNZIO, Stato e sindacati, in « Riv. Int. Fil. Dir. », 1923, fasc. I, p. 3.

⁽¹⁰⁾ S. Panunzio, op. cit., p. 4; critiche al pluralismo, p. 17 ss. Il Panunzio, il 14 maggio 1922, scriveva al Romano: « mi sono in molti punti basato sulla sua teoria dell'ordinamento giuridico. Il mio concetto dello Stato, siccome è politico ossia tiene conto anche delle esigenze politiche, non in tutto si avvicina alla sua concezione, che è eminentemente teoretica ».

⁽¹¹⁾ S. PANUNZIO, Ancora sulle relazioni fra Stato e sindacati (il neosindacalismo di Stato), in « Riv. Int. Fil. Dir. », 1926, fasc. II, p. 6.

⁽¹²⁾ Si vedano le pagine di *Stato e diritto,* cit. dove dice di stare tra anarchici e riformisti.

250 SABINO CASSESE

nei primi anni del secolo, fino all'ultima, più scientificamente perfetta, del Santi Romano, che hanno riempito di sé tutta la scienza e la filosofia del diritto, sono un portato diretto del Sindacalismo. Esse non promanano dai cervelli degli autori che le hanno formulate più o meno felicemente, ma promanano immediatamente dalla realtà delle cose. Esse non sono, in una parola, che un « episodio » del grande fatto storico e della grande corrente spirituale che chiamasi con la sola parola « Sindacalismo » » (13). La teoria della istituzione del Romano « corrisponde puntualmente alla fase sindacalista pura del Sorel... » e più avanti: « la istituzione del Romano corrisponde nettamente al Sindacato del Sorel » (14).

Ma — per Panunzio — queste posizioni sono superate: «la guerra, come è stato il colpo di mazza del Sindacalismo rivoluzionario, così ... è stato il grave colpo di mazza della cosiddetta teoria della pura e assoluta pluralità degli ordinamenti giuridici. E si spiega. Se la teoria della pluralità sorge nell'ambiente logico e sociale della crisi e dello sfilacciamento dello Stato, come, per virtù della guerra, lo Stato si ricostituisce in modo assolutamente unitario e accentrato, superandosi il ritornante e ritornato Medio Evo, così quella teoria cade a terra — presa nella sua assolutezza astratta — di peso » (15). « ... La teoria del Romano veniva alla luce nel 1917, mentre il Sindacalismo puro... volgeva già al tramonto... » (16). Sì che la teoria dell'ordinamento giuridico « aveva ... il torto di essere, storicamente e idealmente, una teoria contro corrente, quando si era già usciti dall'ambiente del ritornato Medio Evo, e lo Stato, nell'esperimento cruciale della guerra, andava già ricostruendosi nella sua unità... ». Quindi « ... la teoria della « istituzione » e della connessa « pluralità » del 1917 è una teoria ritardataria e in contrasto evidente con la realtà attuale dello Stato » (17); « ... ebbe il torto di venire alla luce quando il Sindacalismo puro di Sorel era già morto, colpito nel cuore dalla guerra... » (18).

⁽¹³⁾ Op. cit., p. 12 (e si veda anche p. 23).

⁽¹⁴⁾ Op. cit., p. 41.

⁽¹⁵⁾ Op. cit., p. 13-14.

⁽¹⁶⁾ Op. cit., p. 23.

⁽¹⁷⁾ Op. cit., p. 24.

⁽¹⁸⁾ Op. cit., p. 41.

A Panunzio, qualche anno dopo, farà eco Bottai: «i dubbi e le critiche, sollevate intorno alla dottrina dell'ordinamento giuridico, sono rivolte, non tanto alla tesi del Romano, quanto ad alcune applicazioni assolutamente fuor di posto, che ne sono state fatte da altri scrittori. Mi riferisco a coloro che hanno preteso di applicare la teoria della pluralità degli ordinamenti al sistema sindacale e corporativo, proprio dello Stato fascista. Tale applicazione si pretende basata sull'origine del sistema, consistente nell'assunzione di una serie di organizzazioni sociali entro l'ordine pubblico dello Stato e sul valore giuridico da questo attribuito ai contratti, alle norme, agli atti di impero di tali associazioni » (19).

Infine, Panunzio lascia vedere i legami ultimi che si riannodavano, con la teoria dell'istituzione, tra il diritto e la sociologia, quando afferma: « è la prima volta... che, con il concetto di istituzione, si è in presenza del concetto di sociale, di cui tanto uso ed abuso puramente verbali ha fatto finora la cosiddetta Sociologia individualistica, non a torto detta borghese, e la Sociologia socialista di marca positivistica insieme... Se mai, la Sociologia sorge con il Sindacalismo e con la teoria delle istituzioni sociali, dal Durkheim, al Sorel all'Hauriou, al Romano » (20).

Panunzio, dunque, in un primo momento ripete i temi dell'istituzionalismo, pur arricchendoli già delle esperienze del primo fascismo: nel 1926, fa un chiaro riferimento al «... nuovo (Sindacalismo), che è poi quello che, con le recentissime leggi fasciste, sta per diventare diritto positivo italiano » (21). In questo senso, poiché egli scrive qualche anno dopo Santi Romano, quando è già iniziata l'opera di legislatore di Rocco, si comprende che l'enfasi sia più sull'istituzione e meno sulla pluralità. Più tardi abbandona decisamente i riferimenti al Romano e all'istituzionalismo perché — dice — le istituzioni sono mutate. Egli stesso aveva notato nel 1926: «... è questione politica contingente quella di vedere se ogni istitu-

⁽¹⁹⁾ G. Bottai, in «Scritti in onore di S. Romano», vol. I, Padova, 1940, p. XVII-XVIII. In verità quest'operazione di divisione in due dell'ordinamento giuridico era stata già compiuta da A. Volpicelli, (Santi Romano, in «Nuovi studi», 1929, p. 7 ss.) che ne aveva accettato la prima parte (diritto - ordinamento giuridico - organizzazione), ma non la seconda (pluralità degli ordinamenti).

⁽²⁰⁾ Op. cit., p. 49.

⁽²¹⁾ Ancora, cit., p. 1.

zione possa, secondo l'« ambiente » e i « tempi » vivere da sola e bastare da sé, o debba, per ragioni economiche, geografiche, culturali, religiose, ecc. convivere con altre istituzioni, organizzarsi con altre istituzioni fino a subordinarsi a quel sopraente istituzionale, e istituzione di istituzioni, che è lo Stato » (22). Si riflette in questa frase l'esperienza del pluralismo giuridico italiano: giunto tardi, perché tardi cade la costituzione oligarchica, è presto smentito dal nuovo diritto positivo creato dal fascismo, dal quale prende forza la autorità, lo Stato.

Per Panunzio, dunque, «l'ordinamento giuridico» ha origine dall'esame del sindacalismo (termine col quale si usava indicare il rivolgimento della società civile all'inizio del secolo, il costituirsi dei partiti socialista e cattolico, dei sindacati e delle associazioni, il sorgere dei gruppi o cartelli industriali, il corporativismo, il socialismo stesso (23)), al punto da suggerire un legame con la sua punta avanzata e Sorel. Ma venne scritto tardi, quando erano maturate nuove condizioni e stava sorgendo un nuovo Stato. Santi Romano, fu, dunque, per Panunzio, uno scrittore realista che ricostruì con vigore scientifico i dati reali delle istituzioni del suo tempo, quando queste stavano già crollando. Rilievo importante, che smentisce chi vuol porre il pensiero del Romano fuori della storia: dogmi, non riflessioni sulle istituzioni del suo tempo. E per renderlo così

⁽²²⁾ Op. cit., p. 7.

⁽²³⁾ A. SALANDRA, Corso di diritto amministrativo, II ed. Roma, 1915, affermava che il sindacalismo è « quel tanto di contenuto reale che c'è nel socialismo ». Santi Romano stesso aveva affermato in « Lo Stato moderno e la sua crisi » che la parola sindacalismo «è da usare in senso molto largo e non per designare soltanto le organizzazioni operaie e, tanto meno, quelle, fra tali organizzazioni, che hanno carattere più o meno rivoluzionario » (si veda ed. 1959, Milano, nel volume dallo stesso titolo). Più tardi è stato osservato: « e ... la stessa teorica ... della « pluralità degli ordinamenti giuridici » ... non s'intende certo senza l'urgere alla mente e alla coscienza del giurista di un mondo sociale nuovo, dominato da consorzi e cartelli, organizzazioni padronali e di lavoratori, partiti centralizzati e di masse » (P. Ungari, Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo, Brescia, 1963, p. 35-36). Questo rilievo è penetrato persino presso i giuristi, sia pure in maniera contraddittoria: «La stessa teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, da molti ritenuta la più generale ed astratta fra quelle formulate dall'autore, trova la sua base nell'analisi delle varie forme che la società e le sue organizzazioni hanno assunto attraverso i tempi e presso i vari popoli» (G. Zanobini, Santi Romano, in « Riv. It. Sc. Giur. », 1947, p. 279-280).

più astratto, lo distrugge come pensiero. Ma smentisce altresì chi vuol fare la cronaca del pensiero di Santi Romano chiusa alla storia più generale. E per renderla così più pura, la sminuisce e ne fa una storia minore.

Un fatto isolato e grandioso, questo. Mentre la cultura viva di quegli anni si svolge fuori della accademia (24); il futurismo rovescia l'impero della « letteratura dei professori »; la cultura è sempre più « cultura delle riviste »; Croce svolge la sua attività fuori dell'Università, anzi in polemica con la sua cultura di « fabbricanti di titoli per concorsi » (« le riviste e i libri dei laici, per la freschezza dell'informazione, la varietà degli interessi mentali, la vivezza dello stile, l'arguzia della polemica, gettavano nell'ombra quelli degli universitari, che pure, come potevano, migliorarono alquanto e si studiarono di tenere il passo e di imitare in qualche modo gli esempi fortunati » (25)); prevale un gusto eclettico con una cultura varia e rapidamente assimilata; per opera di uno studioso isolato viene scritta la prima ricostruzione rigorosa e completa del nuovo Stato con più classi.

Le domande si moltiplicano. A seguire Panunzio, non si corre il rischio di avvalorare l'immagine di un Romano giurista dell'età giolittiana? L'affermazione appare impropria e colpisce, a tutta prima, non solo perché l'uomo, secondo un certo stile accademico dell'epoca, fu fuori delle contese politiche: alla chiusura che veniva dal carattere si aggiungeva quella che proveniva dalla disciplina e da un insegnamento universitario rigidamente inteso: a differenza di Hauriou, di Duguit e di Carré de Malberg (26), non fu un giurista impegnato né scrisse studi di scienze sociali non giuridiche: fu « di una freddezza rasente all'indifferenza; estraneo alle conversazioni o alle questioni sociali » (27). Ma anche perché essa smen-

^{(24) «}Il ricambio fra cultura e società si fece più attivo e intenso... La cultura non solo si avvicinò alla politica, ma volle ispirarla e giudicarla...»: rinascita idealistica, nazionalismo, socialismo, futurismo, le nuove riviste ne sono la prova. (L. Bortone, La cultura politica dell'Italia unita, in Storia d'Italia, IV, Torino, 1960, p. 633-634).

⁽²⁵⁾ B. CROCE, Storia d'Italia dal 1871 al 1915, cit., p. 227.

⁽²⁶⁾ B. Sfez, Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français, Paris, 1966, p. VII ss. (premesse del figlio di Hauriou).

⁽²⁷⁾ G. Salemi, Santi Romano, cit., p. 1; sul distacco di Santi Romano, si veda

tisce un cliché corrente di Santi Romano «grand commis» del fascismo. Vero è che anche Alfredo Rocco veniva al fascismo da altre sponde, ma dal Romano lo dividevano almeno due cose: la ricchezza di spunti autoritari del suo pensiero e il suo impegno politico già prima del fascismo.

Si può credere che una smentita agli accostamenti troppo facili fatti da Sergio Panunzio tra il Romano e la realtà e i movimenti del suo tempo, venga dallo stesso silenzio di Santi Romano che, nel ripubblicare nel secondo dopoguerra «l'ordinamento giuridico» ricorda appena in un solo luogo Panunzio (citandone le tesi senza commento ma lasciando capire di non condividerle) e spiega nella prefazione: «non ho fatto, invece, menzione di una certa letteratura e di certe critiche che sono evidentemente sfornite di seria consistenza scientifica e dimostrano una assoluta incomprensione dei problemi fondamentali della teoria generale del diritto».

Occorre invece riconoscere che il Romano, più che giurista della età giolittiana, fu l'interprete di un movimento di fondo che non avveniva nella società ma più all'interno dello Stato, un movimento verso una struttura che si direbbe polisinodale e corporativa, che comincia — come si è detto all'inizio — proprio in quell'epoca? È, questa, un'idea che si affaccia, sia pur fumosamente, nella commemorazione di Santi Romano che Orlando lesse nel 1948, in cui è scritto che quella teoria rappresenta « una specie di presentimento che le scuole giuridiche, nel primo ventennio del nostro secolo, avrebbero avuto della immane rivoluzione mondiale che si preparava e che tuttora così minacciosamente incombe » (28).

Anche un'interpretazione quale quella affacciata or ora suggerisce comunque un legame — sia pur meno appariscente — con la realtà delle istituzioni di un'epoca storica. E smentisce che nel pensiero del Romano vi sia una « minuta evoluzione » (29) per cui « ... quasi insensibilmente ed alla apparenza senza contrasti, per quella

anche G. CAPOGRASSI, L'ultimo libro di Santi Romano, in « Riv. Trim. Dir. Pubbl. », 1951, I, p. 75 ss.

⁽²⁸⁾ V. E. Orlando, Santi Romano e la scuola, cit., p. 20; ma poi lo stesso Orlando parla di una preparazione ventennale della idea di ordinamento giuridico.

⁽²⁹⁾ F. TESSITORE, Crisi e trasformazioni dello Stato-ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento, Napoli, 1963, p. 191 (II ed. invariata, 1971).

straordinaria capacità che gli era propria di nascondere scrupolosamente il travaglio profondo del suo pensiero, preoccupato di non infrangere la scientificità, schiettamente giuridica, dei suoi lavori, il Romano giungeva assai lontano dalle posizioni dello Stato di diritto » verso il rifiuto di « una concezione legalistica e statalistica del diritto » (30). Uno sviluppo atemporale, dunque, che ha inizio con i primi lavori giovanili e si conclude, lungo la stessa via, con l'ultimo libro; in cui ogni scritto prepara quello successivo; che prescinde dalle circostanze storiche dell'esser i primi lavori scritti nell'epoca del tramonto della costituzione oligarchica, quelli della maturità e in particolare « l'ordinamento giuridico » nell'età liberaldemocratica, quelli successivi durante la costituzione fascista, l'ultimo libro nei primissimi anni della libertà ritrovata. Un'interpretazione — questa del Tessitore — che fa del Romano uno scrittore coerente ma fuori del tempo. O, invece, interprete di un tempo lunghissimo scandito nei termini di un continuo distacco dallo statalismo e dal legalismo, analizzato però principalmente con gli scritti romaniani di diritto costituzionale. Così, già nella «teoria dei diritti pubblici soggettivi » viene registrata « una eccezione ... una deroga al principio fondamentale del costituzionalismo moderno, dell'unica ed assoluta sovranità dello Stato » (31); il lavoro continua con gli scritti del 1897 e 1898 sul decentramento (in cui il vecchio regionalismo è rinnovato in nome della garanzia di centri di interessi sociali diversi dallo Stato), sui poteri disciplinari dell'amministrazione, sulle leggi di approvazione (dove si tocca il tema dei limiti della funzione legislativa); con quello sulla «instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale » (del 1901); con quello sul « diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche » (del 1903); quello sulla correttezza costituzionale (del 1909) ed infine con quello su «lo Stato moderno e la sua crisi » (1909) dove «il distacco dalla sistematica dello stato di diritto è attuato senza possibilità di ritorni ». Seguono il saggio « oltre lo Stato » e le opere più note che sviluppano le teorie istituzionalistiche.

⁽³⁰⁾ Op. cit., p. 200; sulla scia di P. PIOVANI, Mobilità, sistematicità e istituzionalità della lingua e del diritto, « Studi per Jemolo », Milano, 1962, p. 10-11 dell'estr.

⁽³¹⁾ F. TESSITORE, op. cit., p. 188 ss.

In queste affermazioni c'è l'eco di un testimone come Orlando, che già aveva sostenuto — in contraddizione con un'altra sua affermazione —, per dimostrare l'originalità di Santi Romano rispetto all'Hauriou, che «si può in un certo senso dimostrare che essa (la teoria dell'ordinamento) abbia le sue origini contemporaneamente al formarsi di un indipendente pensiero scientifico dell'autore di essa, il che dovette avvenire tra il 1895 e il 1900 ». Dunque, per Orlando, la teoria dell'ordinamento ha « una lunghissima maturazione » di cui però egli poi riscontra i segni ne « l'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione » che è già del 1901, nello studio sui regolamenti parlamentari, del 1906, ne « lo Stato moderno e la sua crisi » del 1909 (32).

È vero sì che tutta l'opera del Romano dal 1897 in poi è in senso contrario a una concezione del diritto come legge dello Stato. Ma da questo a dire che tutta la sua opera prepara l'istituzionalismo dell'« ordinamento giuridico » non v'è un salto? Non si corre il rischio di predatare la nascita dell'istituzionalismo, che non si ferma a negare la derivazione di tutto il diritto dallo Stato, ma afferma anche la creazione di diritto da parte di ogni organizzazione? Continuità ininterrotta dalle prime opere, scritte nel secolo precedente, all'« ordinamento giuridico », o ispirazione storica di quest'ultimo legata alle istituzioni del nuovo secolo? Dottrina unitaria — quella dell'« ordinamento giuridico » — o invece scindibile in due parti, quella sul diritto come organizzazione e quella sulla pluralità delle istituzioni? Santi Romano «piegato» a Rocco o Santi Romano «ponte» tra l'autoritarismo tradizionale della dottrina, rappresentato da Rocco, e le istituzioni dei nuovi tempi? Quale « molteplicità labirintica di significati » permette tutte queste letture insieme del pensiero del Romano? O non si tratta piuttosto di problemi accostati ma non risolti? Al contrario, non è questa una forma di storicismo, dinanzi all'ambiguità delle istituzioni nuove, quello storicismo che il Romano più tardi spiegherà nel « frammento » dal titolo « Glissez mortels, n'appuyez pas » (33)?

⁽³²⁾ V. E. Orlando, Santi Romano e la scuola, cit., passim.

⁽³³⁾ Su una di queste ambiguità o contraddizioni ha attirato l'attenzione N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in « Riv. Trim. Dir.

3. A qualcuno degli interrogativi che si sono posti potrebbe rispondere una cronaca accurata della formazione de «l'ordinamento giuridico», dalla sua prima ideazione al programma, all'esecuzione. Ma questa cronaca è difficile, se non impossibile, sì che bisogna accontentarsi di qualche elemento che risulta da archivi privati e dalle vicende esterne dell'opera del Romano.

Intanto ne «l'ordinamento giuridico » si parla di un lavoro non compiuto, che doveva avere un seguito. Esso fu pubblicato per la prima volta negli «Annali delle Università toscane », nuova serie vol. II fasc. 5 e vol. III fasc. 1. Ambedue le parti, apparse rispettivamente nel 1917 e nel 1918, hanno l'indicazione « parte prima ». V'è poi un'edizione pisana del 1918, Enrico Spoerri editore ma tipografia editrice Mariotti, la stessa che stampava gli «Annali ». L'opera porta, dopo il titolo: « studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto — parte prima » e reca l'avvertenza che « di un lavoro ancora non compiuto, concernente alcune teorie giuridiche generali, e, in particolare, il concetto, le fonti e i caratteri del diritto, pubblico per ora i primi due capitoli... Questi studi rappresentano dunque soltanto il principio di attuazione di

Proc. Civ. », 1963, p. 1030 parlando della natura depotenziata del pluralismo italiano.

Un discorso a parte meriterebbe il problema dell'oggetto della conoscenza giuridica in Santi Romano. Egli osserva che «di solito, i giuristi si sono formati una nozione del diritto che non va al di là del diritto che si applica o che altrimenti si prende in considerazione dai tribunali». Afferma che «la legge, quindi, non è mai, come comunemente si crede, il cominciamento del diritto: è invece, un'aggiunta al diritto preesistente (nell'ipotesi che esso abbia lacune) o una modificazione di esso. Il legislatore non è, così, il creatore del diritto, nel senso pieno ed assoluto della parola, cioè il primo creatore ». E poi aggiunge: che l'istituzione « è un ente reale, effettivo», ma va considerato « non dal punto di vista delle forze materiali che lo producono e lo reggono, non in rapporto all'ambiente in cui si sviluppa e vive come fenomeno interdipendente con altri, non in riguardo ai nessi di cause ed effetti che vi si ricollegano, e quindi non sociologicamente, ma in sé e per sé, in quanto risulta da un ordinamento giuridico... Ci siamo, naturalmente, dovuti spingere sino alle ultime regioni, in cui è dato respirare l'atmosfera giuridica, ma non le abbiamo mai oltrepassate» (p. 10, 83 e 96-97 de 'L'ordinamento giuridico', ed. 1947, Firenze). Si veda anche il brevissimo intervento d'occasione, ma significativo, in « Atti del I conv. di studi sind. e corp., Roma, 2-3 maggio 1930, vol. II, comunicazioni e verbali, p. 172 (sulla comprensione dei fatti politici da parte del giurista).

un programma molto più vasto. Ciò spiega perché in essi non si trovano, spesso neppure accennati, alcuni svolgimenti... Tali svolgimenti troveranno la loro sede più opportuna nelle parti che seguiranno ».

La prefazione alla seconda edizione (del 1945) inizia con l'avvertenza che il lavoro era stato « scritto col proposito di farlo seguire da altri studi di teoria generale del diritto, ma che sta completamente a se... ». Anche nel testo vi sono due accenni. Trattando del problema delle lacune dice che esso « deve essere impostato in modo affatto diverso, come mi propongo di dimostrare nel seguito di questi studi » (34). E nel chiudere il lavoro, accenna al problema degli ordinamenti interni, « su cui ci riserviamo di ritornare in seguito » (35).

Dalle carte d'archivio risulta che il Romano fece più tentativi infruttuosi per trovare un editore alla sua opera. Anzilotti gli scrive il 7 aprile 1917: « fra le disposizioni imminenti ve n'è una che riduce a metà il numero delle pagine della Rivista, e ciò credo che renderebbe quasi impossibile la pubblicazione del tuo lavoro nella Rivista Italiana». Il 14 dello stesso mese Anzilotti riscrive al Romano e lo informa che « Redenti si mostrò propenso a stampare il tuo lavoro; desiderava soltanto alcuni chiarimenti ». Il 12 aprile dello stesso anno la casa editrice Athenaeum scrive a Santi Romano che è in massima disposta ad accettare il lavoro su «l'ordinamento giuridico»; ma chiede qualche maggiore notizia e se si possa evitare l'indicazione « volume primo » se non si è certi che seguano gli altri. Segue un ulteriore scambio di lettere sino alla metà del 1917, quando la casa editrice decide di rinunciare alla pubblicazione. Anche un altro tentativo era fallito perché il 14 febbraio 1917 la Società Editrice Libraria rispondeva a Santi Romano: « devo dunque con tutto rincrescimento declinare la cortese offerta di pubblicazione dei suoi «studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto » ». Infine, anche un quarto tentativo andò male. Ne parla, in un biglietto al Romano del 30 marzo 1917, Giovanni Gentile: «Caro Romano, vidi prima il Croce, che non aveva ricevuto dal Laterza la risposta che egli stesso avrebbe

⁽³⁴⁾ Santi Romano, L'ordinamento giuridico, II ed. rist. Firenze, 1962, p. 206.

⁽³⁵⁾ Op. cit., p. 217.

desiderato, per le ormai solite difficoltà derivanti dall'altissimo prezzo della carta e dal difetto di mano d'opera. Ho voluto insistere scrivendo io stesso al Laterza, spiegando l'importanza del libro. Ma egli ieri mi rispose che non può proprio accettare la proposta, perché ha troppi impegni e può stampare ben poco finché dura la guerra. Scriverò alla casa Zanichelli, benché non ci sia molto da sperare. Ma sarebbe bene che tu mi dessi un brevissimo sommario da poter comunicare all'editore... tuo G. Gentile ».

Dunque, nei primi mesi del 1917 l'opera era terminata. Risultati vani i tentativi ricordati, fu stampata nel periodico delle università toscane, e rapidamente inviata in omaggio a colleghi ed amici: già nell'agosto Anzilotti e Perassi lo ringraziano e più tardi, dal settembre a novembre, altri come Donati, Cammeo, e, con un biglietto del 23 novembre, Benedetto Croce che aggiunge che aveva già udito parlare del volume e si proponeva di leggerlo con cura.

Per quanto riguarda la data d'inizio, si possono fare alcune congetture perché nulla risulta di certo dagli archivi consultati.

Colpisce che negli anni dalla fine del primo decennio al 1917 si collochino solo opere minori ed occasionali: una risposta ad Anzilotti sulla formazione del Regno d'Italia (1912); e tre note a sentenza (sull'età e la capacità delle persone nel diritto pubblico, del 1911; sulla fondazione e dotazione di persone giuridiche, del 1912; e sulle camere di commercio, del 1913). Ora, il Romano era studioso laborioso: come si spiega questo silenzio se non come una « biblisch lange Schaffenpause »?

Prende piede l'ipotesi di un periodo lungo (7 anni) di preparazione de «l'ordinamento giuridico». Quali lavori e quali impegni l'autore prese in questi anni?

Di certo si sa che, a seguito di trattative iniziate agli inizi del 1910 (36), egli firmò nel marzo del 1911 un contratto con la Società Editrice Libraria di Milano per scrivere un Trattato di diritto costituzionale in due volumi e un Trattato di diritto amministrativo in 3 volumi, ciascuno di 500 pagine. Termine di consegna: di-

 $^(^{36})$ Si vedano le lettere del 13 maggio e del 17 giugno della Società Editrice Libraria.

cembre 1915 per il Trattato di diritto costituzionale e dicembre 1921 per l'altro.

Probabilmente, il Romano non scrisse questi trattati neppure in parte. Essi non furono pubblicati. E le varie edizioni del Corso di diritto costituzionale cominciano ad apparire più tardi, a partire dal 1926, e quelle del Corso di diritto amministrativo a partire dal 1930.

Più interessante è un'altra indicazione che emerge dallo stesso carteggio. In una lettera della Società Editrice Libraria del 13 luglio 1911, a lui indirizzata, si dice: «apprendiamo con piacere dell'incarico affidatoLe di scrivere per la raccolta «Das öffentliche Recht der Gegenwart » un volume di diritto pubblico...; il lavoro non potrà per nulla pregiudicare i nostri trattati, sia per la materia che per il tempo stabilito per la consegna dei manoscritti ».

Di che si trattava? Orlando, «dolente per se, lieto per l'amico», aveva, nel giugno, fatto il nome di Santi Romano declinando un invito (37) di Max Huber a scrivere uno «Staatsrecht des Königsreichs Italien (Verfassungs-und Verwaltungsrecht») per «Das öffentliche Recht der Gegenwart» (editore Mohr, Tübingen) (38). Dal luglio all'ottobre si svolsero trattative tra Max Huber e Santi Romano e nell'ottobre fu firmato un contratto per un testo di lunghezza oscillante tra 20 e 30 sedicesimi, da consegnare il 30 giugno 1914. Rimaneva aperto il problema del traduttore per cui il 18 giugno 1912 Huber chiedeva al Romano di inviargli cento pagine del manoscritto alla fine del 1913, sei mesi prima della scadenza,

⁽³⁷⁾ In verità risulta che Orlando aveva accettato già, quando G. Jellinek gli aveva chiesto lo Staatsrecht nel novembre 1906; il 16 dic. 1906 Jellinek gli aveva passato lo schema precisando che aveva piena libertà e lo schema stesso era da seguire « nur so viel wie möglich »; l'8 febbraio 1907 lo Jellinek aveva inviato a Orlando il contratto che questi aveva firmato (ACS, Orlando, B. 6, G. Jellinek).

⁽³⁸⁾ La serie con quel titolo era divisa in due parti: Jahrbuch e parte sistematica. I curatori erano, oltre a Jellinek, Laband e Piloty. In questa serie, parte sistematica, uscirono i «diritti statali» di molti paesi europei e extraeuropei in 28 volumi, pubblicati tutti prima del 1914. Lo schema seguito solitamente dagli autori è: storia; fondamenti dello Stato; diritti dei cittadini, organizzazione, funzioni, rami particolari dell'amministrazione, ecc. I volumi pubblicati sono ancora in «Fachkatalog Rechtswissenschaft, 1971» dell'editore J. C. B. Mohr (Paul Siebek), Tübingen (che qui ringrazio per le ricerche compiute e per le notizie fornitemi).

per fare una traduzione di prova. Nel 1913 il traduttore è trovato nella persona di uno svizzero, Ganzoni. Dell'impegno Santi Romano doveva aver parlato con gli amici più vicini, quelli del gruppo palermitano, Di Marzo, Riccobono, Baviera, perché quest'ultimo, scrivendogli da Palermo nel marzo 1914, gli chiede: « quando viene fuori il tuo italienisches Staatsrecht »?

Il 2 agosto 1914 il Romano preannuncia a Huber l'invio del manoscritto, ma l'8 agosto Huber gli risponde: « vu les circostances extraordinaires où se trouve l'Europe, je vous prie de bien vouloir garder encore votre manuscrit ». Il 22 agosto gli ribadisce ciò chiarendo che altrimenti si può perdere e termina: « je regrette vivement le retard causé par ces évènements lamentables qui produiseront peut-être un recul terrible de la civilisation européenne ».

Il manoscritto che Santi Romano si accingeva ad inviare erano le prime cento pagine che Max Huber gli suggeriva di spedire sei mesi prima della scadenza del contratto o l'intero « Staatsrecht »? La risposta è certamente nel secondo senso. Infatti, nell'archivio Romano è stato possibile trovare il testo integrale di un'opera inedita che è certamente l'« italienisches Staatsrecht » che Santi Romano si era impegnato a scrivere. Si tratta di un dattiloscritto di 381 pagine di testo e 95 di note, con molte annotazioni manoscritte aggiunte, quasi tutte a penna, e a carattere definitivo, dal titolo « Il diritto pubblico italiano » (38a). Nelle prime pagine

⁽⁸⁸a) Poiché il testo romaniano è inedito, può essere utile riportarne qui l'indice, perché si possa avere una più precisa idea della sua struttura. Introduzione. Concetto e partizioni del diritto pubblico italiano. Storia. Fonti. Letteratura.

I. Lo Stato: principii fondamentali e generali; caratteri dello Stato italiano. La capacità e la potestà dello Stato. Il territorio. I sudditi (in generale; i cittadini; gli stranieri). La posizione giuridica dei sudditi in generale (i vari status delle persone; le persone private e le persone pubbliche; altre qualità e condizioni; il principio di eguaglianza; i singoli diritti e doveri pubblici dei subbietti). La Libertà dei sudditi (in generale; le singole libertà).

II. L'organizzazione in generale e gli organi costituzionali. Principii generali. La Corona. Il Senato. Il popolo e la Camera dei Deputati (in generale; l'elettorato e l'eleggibilità; l'organizzazione degli elettori e l'elezione; le incompatibilità susseguenti). La posizione, l'organizzazione e il funzionamento delle Camere (in generale; le guarentigie parlamentari; l'organizzazione delle Camere; la procedura parlamentare). Il gabinetto.

III. L'organizzazione non costituzionale, in generale. Principii fondamentali

si spiega qual è l'equivalente italiano dello «Staatsrecht» e in qual modo per diritto pubblico si intenda il diritto legato al momento dell'autorità.

Questa opera inedita è importante per due ordini di motivi, uno generale, uno particolare e legato al discorso che stiamo facendo su « l'ordinamento giuridico ». Sotto il primo aspetto, va notato che, mentre erano note opere generali del Romano sul diritto pubblico dell'età fascista e di quella repubblicana, mancava una sua ricostruzione complessiva delle istituzioni costituzionali dell'epoca giolittiana: egli prese a scrivere i corsi di diritto costituzionale a partire dal 1926; nel 1945 scrisse i « principii di diritto costituzionale generale »; ma dell'età precedente si cono-

⁽l'organizzazione amministrativa in generale; l'organizzazione giudiziaria, in generale). I funzionari e gli impiegati amministrativi e giudiziari.

IV. I singoli organi amministrativi. Gli uffici diretti dello Stato. I subbietti ausiliari dell'amministrazione statuale (in generale; i comuni e le provincie; i consorzi amministrativi).

V. I singoli organi giudiziari.

VI. La legislazione. Principii generali. Le leggi formali. I decreti legge. I regolamenti. L'autonomia. Il rinvio al diritto internazionale e al diritto straniero. Il diritto non scritto.

VII. L'amministrazione, in generale. Principii fondamentali. Gli atti amministrativi. La responsabilità nei rapporti delle pubbliche amministrazioni. La protezione amministrativa dei diritti e degli interessi degli amministrati. I poteri e i diritti fondamentali dell'amministrazione (il potere di esecuzione; il potere di polizia; il potere di monopolio; i diritti a prestazioni dei sudditi; i diritti sui beni pubblici; i poteri e i diritti verso la proprietà privata; il potere di espropriazione; il diritto privato). I servizi e le prestazioni amministrative.

VIII. I rami principali dell'amministrazione. L'amministrazione militare. L'amministrazione finanziaria. La polizia di sicurezza. La popolazione e l'emigrazione. La sanità. La beneficenza. I bisogni morali e intellettuali. Le comunicazioni. La vita civile in generale. Il lavoro e le professioni. L'agricoltura. Le industrie. Il commercio.

IX. La giurisdizione. Principii fondamentali. Oggetto e limiti. Le attribuzioni della Corona in ordine alla giurisdizione. Le attribuzioni delle Camere in ordine alla giurisdizione. La giurisdizione dei tribunali ordinari in rapporto alle P.A. Le giurisdizioni speciali amministrative (in generale; le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato; le GPA). I conflitti di attribuzione e di giurisdizione.

X. Lo Stato e i culti.

XI. Le relazioni internazionali.

XII. Le colonie.

sceva di Santi Romano solo la ricostruzione del diritto amministrativo, contenuta nei fondamentali « principii » (I edizione 1902, III ed ultima edizione 1912). La scoperta dell'opera inedita di Santi Romano sul diritto pubblico dell'epoca prefascista costituisce un contributo importante alla comprensione dell'atteggiamento del principale nostro giurista verso le istituzioni che più gli furono congeniali.

L'altro motivo di interesse di questa opera è il grado di avanzata maturazione che la teoria dell'ordinamento giuridico aveva già raggiunto in essa. L'autore infatti parla già di Stato « ordinamento giuridico originario» distinto dallo Stato persona. E, parlando della legge, afferma: «Ed è preferibile parlare di «ordinamento giuridico » invece che di « norme giuridiche », sia perché il diritto obiettivo non consta, come generalmente si crede, solo di norme, ma anche di istituzioni, che tal volta giova considerare in sé e per sé, a prescindere dalle norme che ne derivano... ». «L'atto che si considera come legge rispetto ad un ordinamento giuridico del quale costituisce parte integrante, può invece assumere diverso carattere rispetto ad un altro ordinamento. Tenendo ciò presente, crediamo che si possano risolvere alcuni vessati problemi. Intendiamo per ordinamento giuridico un'unità organica, un sistema che è come la risultante di un complesso di leggi, che vanno fra di loro unite per motivi che possono essere diversi. Se, sotto certi aspetti, si può considerare come un ordinamento unico quello, per esempio, dello Stato, sotto altri aspetti, invece, esso si scompone in diversi ordinamenti, ciascuno dei quali ha una sua relativa indipendenza. Ne viene che può essere talvolta utile contrapporre l'ordinamento formato dalla carta costituzionale e da altri atti che vi si riconnettono all'ordinamento formato dalle così dette leggi comuni».

Vi sono tutti gli elementi dell'opera del 1917-1918 (istituzionalismo contrapposto al normativismo; pluralità di ordinamenti e pluralità di modi di considerarli), sia pure in forma ancora incerta. Si tratta, evidentemente, di temi sui quali il Romano andava riflettendo da tempo e che trovano un preannuncio nel « diritto pubblico italiano ». Riacquista quindi forza il motivo della continuità tra « l'ordinamento giuridico » e il suo discorso pisano del 1909. « L'ordinamento giuridico » scritto sotto la sollecitazione

— lontana ma pur sensibile — dei rivolgimenti degli anni dal 1911 al 1914, rivolgimenti di cui egli aveva da più parti notizie, non ultimo il fratello che gli dava quasi settimanalmente le nuove degli scioperi e delle azioni dei socialisti a Palermo (39). Ma preparato fin dalla fine del primo decennio del secolo, quando il Romano segnalava, a Pisa, l'eclissi dello Stato e il « movimento che mira a scalzare non la formula scientifica che definisce lo Stato moderno, ma le basi stesse su cui poggia il suo principio sostanziale »: « si moltiplicano e fioriscono con vita rigogliosa ed effettiva potenza una serie di organizzazioni ed associazioni, che, alla loro volta, tendono ad unirsi e collegarsi fra loro. Esse si propongono gli scopi speciali più disparati, ma tutte hanno un carattere comune: quello di raggruppare gl'individui col criterio della loro professione, o, meglio, del loro interesse economico. Sono federazioni o sindacati di operai, sindacati patronali, industriali, mercantili, di agrari, di funzionari, sono società cooperative, istituzioni di mutualità, camere di lavoro, leghe di resistenza o di previdenza...». Il diritto pubblico moderno non domina ma è dominato da questo movimento sociale: «i rapporti sociali che direttamente interessano il diritto pubblico non si esauriscono in quelli che hanno per termini l'individuo, da una parte, lo Stato e le comunità territoriali minori, dall'altra ». « Da questo punto di vista, il sistema corporativo, considerato nel suo svolgimento normale e non nelle sue degenerazioni, appare naturale, può servire a mitigare le dannose conseguenze dell'eccessivo individualismo, fonte di contrasti e di lotte, a sviluppare il sentimento di solidarietà fra i singoli, e il sentimento di reciproco rispetto fra i diversi gruppi di individui, contribuendo così ad una più completa e compatta organizzazione sociale. E per quanto riguarda la costituzione politica, si può anche sperare che il movimento corporativo sia diretto, non già a travolgere lo Stato, nella figura che, per diritto moderno, è venuto assumendo, ma a completarne le

⁽³⁹⁾ Capograssi ha scritto per Orlando: «E mentre nelle lezioni mattutine alla Sapienza si parlava con perfetta tranquillità dello Stato e dell'ordine allora vigente, nell'ombra si tramava la fine di quel mondo » (Il problema di V. E Orlando, ora in Opere, Milano, 1959, V, p. 359).

deficienze e le lacune, che, come s'è visto, presenta per necessario effetto della sua origine » (40).

Non a caso su questo scritto fondamentale torneranno più tardi tanti scrittori. Tra i quali vanno menzionati due, di diverso orientamento, che scrissero al Romano. Uno è Donato Donati che il 10 aprile 1910 gli scrisse che il suo scritto mostrava « il possesso degli elementi sociali e politici e dei principi filosofici che formano il substrato delle istituzioni costituzionali »; e che era un « esempio classico di filosofia politica ».

Il secondo è Alfredo Rocco. Per l'importanza che ha, occorre trascrivere un lungo brano della lettera che egli scrisse a Santi Romano l'8 maggio 1918: «Carissimo Santino, in luglio uscirà una rivista politica, che si propone per iscopo soprattutto di reagire contro l'invadente marea di scempiaggini demo-umanitarie- internazionaliste-pacifiste, che in piena guerra minacciano di sommergere l'intelligenza e la fortuna delle nazioni dell'Intesa. È un'opera di ricostruzione intellettuale, quindi, un'opera soprattutto di cultura, che intendiamo fare. Io desidero vivamente e vivamente, ti prego, che tu ci dia la tua collaborazione. Uomini come te non possono restare assenti dalla vita italiana in questi gravi momenti, tu puoi aiutarci molto, ma molto. E di quanto sei capace in questo campo è prova il tuo magnifico discorso su la crisi dello Stato. Bisogna restaurare l'idea dello Stato e l'autorità dello Stato. A questo compito tu puoi portare un contributo grandissimo. Siamo di fronte al pericolo gravissimo di nuovi indebolimenti dello Stato sotto forma di voto universale, di voto alle donne, ecc. Bisogna fronteggiare la marea. Occorre che almeno un nucleo di scrittori e di pensatori rimanga fermo, a raccogliere intorno a sè i molti che fremono, ma temono, perché isolati e dispersi » (41).

4. « L'ordinamento giuridico » è — a prima vista — la sistemazione di teoria generale di una serie di fenomeni apparsi nel diritto internazionale e nel diritto ecclesiastico e già segnalati

⁽⁴⁰⁾ Santi Romano, Lo Stato moderno e la sua crisi (1909), ora nel volume dallo stesso titolo, Milano, 1969, p. 5 ss.

⁽⁴¹⁾ Santi Romano rispose accettando, tant'è vero che Coppola gli scrisse ringraziando per la promessa collaborazione. Tuttavia il Romano non collaborò alla rivista.

dagli studiosi di queste discipline. Il tipo di scrittura è quello tradizionale del giurista: procede per citazioni autorevoli; la critica è sempre in termini di conseguenze; la vita filtra a mala pena attraverso la pesante cortina di una dottrina giuridica controllatissima.

In sostanza, sarebbe vero quello che Capograssi ha rilevato, di passaggio, affrontando «il problema di V. E. Orlando»: «E pure si capisce Romano. Poco dandosi cura di quello che effettivamente società e Stato del suo tempo andavano facendo, quel nostro giurista si mette a riflettere sul lavoro che il pensiero scientifico sul diritto andava compiendo, si mette a chiarire, a portare alla ultima determinazione, a stabilire le distinzioni precise tra i concetti con cui la scienza lavora, a tradurre in termini di pensiero coerente ed esatto il costruirsi e il funzionare delle varie dottrine scientifiche, qualunque esse siano, dei vari rami del diritto pubblico, qualunque esso sia: e cercando di vedere di là dai suoi concetti qualche cosa, riesce genialmente a cogliere gli ordinamenti che sono nascosti nei fatti e nelle forme con cui la società si organizza; e tutto questo con una astrattezza concreta, si potrebbe dire, con la quale vede e rappresenta, più che il concreto, i modi con cui il concreto si ordina, come in una specie di radiografia che disegnasse solo lo schema e lo spettro delle figure e delle forme della vita. E pure Romano si capisce. Tracciando esattamente gli schemi del concreto, riesce a disciplinare il nostro pensiero, e a darci i criteri per cogliere con esatta puntualità le forme e le posizioni del diritto vigente. (E anche, in fondo, la sua astrattezza concreta serve a noi, come forse ha servito a lui, a farci dimenticare nel giuoco razionale dei concetti il doloroso disordine delle cose) » (42).

Una prima lettura de «l'ordinamento giuridico» sembra confermarlo: i riferimenti, nella prima parte, vanno sempre dal polo della Comunità internazionale all'altro della Chiesa; gli sviluppi e le dimostrazioni della seconda parte sono fatti quasi tutti sulla base di una geniale sistemazione degli apporti del diritto internazionale e del diritto ecclesiastico. Ivi infatti si nota: « questo principio, che si potrebbe dire della pluralità degli ordinamenti giuridici, mentre è incontestato per quel che concerne i vari Stati e anche, almeno nella dottrina più recente, per i rapporti tra diritto

⁽⁴²⁾ Cit., p. 379-380.

internazionale e diritti statuali, è, invece, spesse volte energicamente negato per tutti gli altri ordinamenti » (43). E, per il diritto ecclesiastico: « a prescindere da altri, che pure ebbero uno spiccato carattere di autonomia, basti ricordare il diritto della Chiesa, che, certamente, non si sarebbe potuto considerare come parte del diritto dello Stato » (44).

Ma l'apporto di Santi Romano si limita a questa generalizzazione dei dati già rilevati in due settori dell'esperienza giuridica? Si deve ritenere cioè che l'autore si sia limitato a creare le premesse teoriche per la spiegazione di fenomeni diffusi ed importanti ma, tutto sommato, limitati, del mondo del diritto? Come si concilierebbe questa idea — che ripete l'immagine che il Romano volle dare di sé, di mero teorico generale — con quella di una riferibilità della riflessione romaniana alle vicende interne del potere pubblico di un'epoca, sia essa limitata all'età giolittiana, sia essa più ampia?

Un segno delle incertezze e della debolezza del pluralismo degli studiosi di diritto ecclesiastico si può vedere in V. Del Giudice, Il diritto ecclesiastico in senso moderno-definizione e sistema, Roma, 1915, spec. p. 52 ss. (cit. anche dal Romano); ma si veda pure P. A. D'AVACK, La posizione giuridica del diritto canonico nell'ordinamento italiano, in «Scritti per Romano», IV, Padova, 1940, p. 317.

Ha osservato M. S. Giannini che diritto internazionale e diritto ecclesiastico furono le discipline « che, in fondo, erano state proprio quelle che avevano sollecitato, con le loro problematiche, la stessa fondazione della teoria ad opera di Romano » (*Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, « Riv. dir. sport. », n. 1-2, p. 4 dell'estr.). « L'opinione che si diano ordinamenti giuridici al di fuori di quello dello Stato, è stata primamente sostenuta da cultori del diritto canonico, i quali hanno portato ad esempio il diritto della Chiesa » (W. Cesarini Sforza, *Ordinamenti giuridici (pluralità degli*), in « Noviss. dig. it. », ad vocem, p. 2).

Si veda anche G. Capograssi, Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici, ora in « Opere », cit., IV, p. 183 ss. e P. Piovani, Linee di una filosofia del diritto, Padova, 1958, p. 160-161.

Si noti che il Romano tenne dal 1909 al 1923 a Pisa l'insegnamento per incarico del diritto canonico e di quello ecclesiastico (V. Del Giudice, Contributi di Santi Romano nello studio dei problemi di diritto canonico e di diritto ecclesiastico, in «Il diritto ecclesiastico», 1947, fasc. I, p. 277.

⁽⁴⁸⁾ SANTI ROMANO, L'ordinamento giuridico, cit., p. 106.

⁽⁴⁴⁾ Op. cit., p. 108-109; si vedano anche le pp. 53 ss., 69, 80 ss., 114 ss., 136, 147 ss., 178. Lo stesso Romano dirà più tardi: «il diritto internazionale, per esempio, non dipende dal diritto dello Stato, come non è un'emanazione di questo il diritto della Chiesa » (Corso di diritto costituzionale, V, ed., Padova, 1940, p. 48 nonché, Principii di diritto costituzionale generale, II ed., Milano, 1947, p. 58).

È «l'ordinamento giuridico » stesso — sotto la controllatissima trama che lascia appena qui e lì trasparire le occasioni e le cause per cui fu scritto, e quindi il suo stesso vero oggetto — che dà una risposta.

Intanto, in apertura di volume, il Romano indica il diritto internazionale e quello ecclesiastico solo in via di esempio e ad essi affianca il diritto costituzionale: « chi ha qualche conoscenza dei massimi problemi, per esempio, del diritto internazionale, del diritto costituzionale, nonché del diritto ecclesiastico, sa benissimo, che il più delle volte, la discussione di essi, fra coloro che li risolvono diversamente, diventa inutile, anzi impossibile, per la mancanza di un punto fermo da cui la discussione possa avviarsi » (45). V'è l'idea, corrente all'epoca, che la sistemazione di teoria generale serva a porre le basi delle ricerche settore per settore. Ma v'è anche l'indicazione chiara del punto di riferimento costituito dalla realtà costituzionale dell'epoca.

È lo stesso Romano poi ad osservare che la concezione per cui il diritto si irradierebbe dallo Stato è « in aperto contrasto con la storia e con la vita giuridica odierna quale si svolge nella realtà » (46). Questo richiamo alla realtà si lega al « deciso atteggiamento contro una certa tendenza, che va propagandosi, di considerare come metagiuridici alcuni fatti o momenti che la dottrina tradizionale ha sempre, e ben a ragione, inclusi nel dominio del diritto » (47).

È poi, dopo aver mostrato come si sia giunti ad una concezione statalistica del diritto, che scarta perché « lo Stato non è che una specie del genere diritto », aggiunge: « noi crediamo che lo Stato attuale sia dal diritto positivo atteggiato in modo da escludere che esso sia divenuto l'unico ente che decida del carattere giuridico degli altri ordinamenti sociali. L'opinione contraria trae profitto e argomenti in suo favore da un fatto storicamente vero, che però non si deve esagerare e neppure generalizzare. È vero che molti enti, che prima erano verso lo Stato indipendenti o, almeno, più indipendenti, sono stati adesso attratti nella sua orbita o, se già c'erano, in un'orbita ancora più ristretta. È altresì vero che, in

⁽⁴⁵⁾ SANTI ROMANO, op. cit., p. 7.

⁽⁴⁶⁾ Op. cit., p. 108.

⁽⁴⁷⁾ Op. cit., p. 80.

conseguenza di ciò, il loro ordinamento giuridico si è talvolta fuso con quello statuale, più o meno completamente. Ma è da negarsi, nel modo più reciso, che il sistema statuale sia divenuto l'unico sistema del mondo giuridico: anzi è da negarsi che siffatta concentrazione sia materialmente possibile. Se fosse poi il caso di abbandonarsi a profezie, sia pure facili, si potrebbe mettere in rilievo che è probabile che ad essa segua, in un futuro non lontano, un procedimento proprio inverso. La così detta crisi dello Stato moderno implica per l'appunto la tendenza di una serie grandissima di gruppi sociali a costituirsi ciascuno una cerchia giuridica indipendente. Comunque, mantenendosi sul terreno del diritto attuale, la nostra tesi può più facilmente dimostrarsi, in rapporto ad alcuni ordinamenti, ma è anche vera, come vedremo, per altri (48).

Svolgimento, quindi, di tutte le implicazioni che riguardano la Comunità internazionale e la Chiesa. E chiaro riferimento — ma senza che sia seguito da analoghi sviluppi — alla crisi dello Stato moderno (49). Ma il primo è in funzione strumentale del secondo. Volendo mostrare la realtà pluralistica dell'assetto dello Stato, il Romano ricorre ad una operazione classica dei giuristi: si vale dei campi nei quali il pluralismo è il fenomeno base ed è già stato riconosciuto; ne trae gli strumenti logici di analisi; li perfeziona; li colloca ad un livello più alto; ne suggerisce così la legittimità e la cittadinanza negli altri campi dell'azione statale; apre così la via alla ricognizione realistica dei nuovi fenomeni delle istituzioni statali liberal-democratiche, anzi ne dà egli stesso la prima ricostruzione. Questa ricostruzione è depurata da quasi ogni riferimento alla realtà che la mosse. Ma, senza quel «trasporto», l'analisi dei dati reali dello Stato con più classi sarebbe stata impossibile. Insomma, non bisogna guardare al tema prevalente dell'opera, ma a quello

⁽⁴⁸⁾ Op. cit., p. 113.

⁽⁴⁹⁾ Rimane in ombra il terzo livello, al quale pure si fa riferimento: quello costituito dalla realtà amministrativa, identificata quasi solo nelle amministrazioni comunali. Solo che, mentre i riferimenti alla crisi dello Stato e al sindacalismo sono tutti nella prima parte, quella che potremmo dire programmatica, le indicazioni riguardanti i comuni possono trovarsi solo nella seconda parte, che è di svolgimento e mira ad analizzare le relazioni tra ordinamenti nei campi dove l'esperienza era più solidificata: p. 150, 163, 180. Un cenno all'area del diritto privato a p. 198, sull'impresa.

che vuole dimostrare, perché Santi Romano credeva che il giurista operasse per via normativa, non di analisi: quindi la sua opera sarebbe stata tanto più autorevole quanto più si fondava su precedenti solidi.

5. I suggerimenti che vengono da quel che si è detto (legame tra lo scritto su « lo Stato moderno e la sua crisi » e « l'ordinamento giuridico »; centro de « l'ordinamento giuridico » nella crisi dei primi dieci anni del secolo, ecc.) mostrano che l'opera principale del Romano non costituisce solo un aggiornamento rispetto alla realtà della scienza del diritto pubblico — un aggiornamento che rompe la tradizionale durata conservativa dei fenomeni intellettuali del secolo precedente —, ma prova anche la capacità di analisi che il giurista ha del nuovo fenomeno: il nuovo Stato non rimane in superficie, come un fatto rilevato e basta, come in Panunzio.

Ma fu questo il frutto di un aggiornamento rispetto alla realtà e di una sua analisi diretta oppure invece la trasposizione da altre scienze sociali? Certo, il Romano seppe veder chiaro in quel « guazzabuglio » dove « tutti i principi si contrastavano perennemente, molte erano le contraddizioni ed era difficile non solo decidersi tra esse ma anche tenerle distinte ». Ma in quale misura la sua dimostrazione giuridica di uno Stato pluralista si fonda sull'analisi che egli stesso aveva fatto nel 1909, o, invece, trae nutrimento dagli apporti della cultura non giuridica, quella politica ed economica e filosofica? È vero che Santi Romano, « non sembra risentire tanto della sociologia — in Italia in quegli anni ormai quasi dimenticata — quanto della concreta esperienza del diritto osservata senza velleità sistematizzatrici » (50)?

L'attenzione, in proposito, è stata sempre sulla scienza giuridica d'oltralpe, nella diatriba su chi fosse arrivato prima, Romano od Hauriou (51). Ma la storia del pensiero non può essere fatta

⁽⁵⁰⁾ G. Fassò, Storia della filosofia del diritto, III, Ottocento e Novecento, Bologna, 1970, p. 346.

⁽⁵¹⁾ Nella stessa opera del Romano sono citate le tendenze della letteratura francese e tedesca: p. 29, 30 e 33.

Su Hauriou, la presentazione di A. Baratta degli scritti su Teoria dell'istituzione e della fondazione, Milano, 1967.

Il Romano conosceva l'edizione dei « principes » di Hauriou del 1910: la copia

per settori di conoscenze: i giuristi non leggono solo opere di giuristi. Hauriou e Romano vanno calati ambedue in una realtà viva in cui furono spettatori e protagonisti, assorbirono la cultura d'altri e produssero cultura essi stessi.

Dei due principali scienziati politici attivi nel primo decennio del secolo, il Mosca e il Pareto, è certamente il primo a segnalare con anticipo l'emergere delle nuove istituzioni. Ma anche in lui la questione si fa strada a poco a poco. Nel 1901 vede ancora, nell'ottica della sua Teorica, « la formazione di una aristocrazia operaia e contadinesca » e si chiede come disciplinarla. Nel 1904 comincia a farsi strada l'idea del potere contrapposto rappresentato dall'associazionismo e dai sindacati e, sul finire del 1904 (5 dicembre), scrive: « è sorto un altro pericolo, o almeno ci sono degli indizi che possa sorgere. I varii rami dell'attività sociale se da un lato hanno perduto l'autonomia locale, dall'altro lato si sono sempre più isolati e distinti dal resto del corpo sociale e che possono avere interessi almeno apparentemente e temporaneamente antagonistici con quelli della collettività ». Il 21 aprile 1905, osservando la questione ferroviaria, comincia a parlare di «nuovo feudalesimo a base funzionale »: i ferrovieri, «da veri sovrani» spogliano lo Stato dei suoi diritti. La formula è ripresa due anni dopo, il 19 ottobre 1907, nell'articolo «Feudalesimo funzionale». Vi mette in luce la divisione del lavoro nella società che porta alla prevalenza di interessi di classe. E osserva che «... partendo da una dottrina che proclama la distruzione della proprietà privata, si è arrivati a creare un'altra forma di proprietà privata: quella del posto che si occupa... ». Su quest'ultimo tema torna il 16 giugno 1908

[«] pour compte rendu », con molti segni di matita al margine, è conservata nella sua biblioteca.

Lo studioso di Tolosa conobbe Santi Romano e anzi gli scrisse una lettera significativa il 22 giugno 1919, dopo aver ricevuto la copia del lavoro del Romano in omaggio. Egli dice tra l'altro: « Il y a surtout entre nos deux travaux une difference de but et d'orientation. Vous avez visé l'ordre juridique et j'ai visé une théorie de l'Etat. De là chez vous une ampleur de conception dans la théorie de l'Institution que je reconnais et dont vous me permetterez de vous faire compliment. Je pense comme vous que l'ordre juridique a pour base des institutions plutot que des règles, qu'ordre juridique et institution c'est la même chose. Mais je [parola non comprensibile] chercher à la demontrer que pour l'Etat et, de plus, j'ai vu là opposer une digue aux facheuses théories de Duguit ».

prevedendo: «ci avvieremo verso una larvata anarchia il giorno nel quale una categoria di pubblici impiegati potrà considerarsi come proprietaria delle mansioni che esercita ». Il 27 maggio 1909 segnala nella «sovranità di classe intermedia» il «pericolo dello Stato moderno». Nel 1912 (52) segnala la grande pericolosità per lo Stato moderno delle associazioni di pubblici impiegati. Circa un decennio dopo, il 27 gennaio 1924, riprende questi temi insistendo sulla specializzazione economica, sulla formazione di competenze e di sovranità intermedie. Il 20 gennaio 1925 pubblica su «Rinascita liberale» un articolo più impegnativo su «Stato liberale e Stato sindacale » (in cui esamina le tre ipotesi: ritorno puro e semplice all'antico assolutismo burocratico, esperimento di comunismo, avvento del sindacalismo) e su «il problema sindacale» si intrattiene nella relazione, sempre del 1925, al Consiglio nazionale liberale (53) e in un'intervista a Vittorio Ambrosini (54). Il 23 ottobre 1926 esamina le prospettive di disciplina statale dei sindacati professionali (55). Nel 1928, in «cause e rimedi della crisi del regime parlamentare » scarta la rappresentanza corporativa o di interessi (56).

Mosca aveva iniziato nel 1904; Pareto inizia solo più tardi a riflettere sulle nuove istituzioni: gli articoli — poi raccolti nel volume dal titolo «trasformazione della democrazia» — sono del

⁽⁵²⁾ G. Mosca, Sulla riforma elettorale politica, Roma, 1912.

⁽⁵³⁾ Ambedue in G. Mosca, Partiti e sindacati nella crisi del regime parlamentare, Bari, 1949, p. 302 ss. e 316 ss.

⁽⁵⁴⁾ In *La battaglia per lo Stato sindacale*, Roma, 1925, p. 71 ss. di Vittorio Ambrosini.

⁽⁵⁵⁾ Questi e gli altri citati all'inizio sono articoli sul Corriere della sera ora raccolti in G. Mosca, Il tramonto dello Stato liberale, a cura di A. Lombardo, Catania, 1971, p. 165 ss. Si veda anche A. Lombardo, Sociologia e scienza politica in Gaetano Mosca, in «Riv. it. sc. pol. », 1971, fasc. 2, p. 297 ss. e M. Delle Piane, Gaetano Mosca e gli interessati ritorni, in «Il Ponte», 31 dic. 1971, p. 1515 ss.

⁽⁵⁶⁾ In *Partiti*, ecc. cit., p. 86 ss. I temi indicati sono ripresi in termini simili, ma senza ulteriori svolgimenti, nella seconda parte degli *Elementi di scienza politica* (1922), Bari, 1947, II vol. p. 220 ss.

Elementi di continuità tra la teorica della classe dirigente e la critica del sindacalismo sono indicati da P. PIOVANI, *Il liberalismo di G. Mosca*, in « Rass. dir. pubbl. », Anno V, I, spec. pp. 295, 301 e 304 (il filo comune sarebbe il costante antidemocratismo del Mosca).

1920. Dello stesso anno e di quelli successivi, altri articoli che tornano sul tema. Pareto segnala lo «sgretolamento della sovranità centrale»; la crescita di potere di alcune collettività; l'immunità dei sindacati è un segno che si è costituita «una lega di piccole sovranità particolari, miranti all'indipendenza», che estendono il privilegio loro anche ai non iscritti. Per risolvere il problema non basta la rappresentanza degli interessi nei parlamenti, che sono strumento di una élite. Il 16 giugno 1920 riprende questi concetti e ricorda che ci si avvia «verso un nuovo medioevo» ma «siamo ora al principio del movimento, e non possiamo prevedere verso che termine procede». Vi ritorna ancora il 24 ottobre 1920, nel luglio 1921 e il 4 ottobre 1921 per commentare i problemi del controllo delle fabbriche e dell'occupazione delle terre (57).

Non so se il Romano conobbe il Pareto, ma certo conosceva il Mosca di cui aveva letto l'opera. Ne scrisse un necrologio che cominciava osservando: «chi scriverà la storia a noi contemporanea delle varie scienze che comprensivamente possono dirsi pubblicistiche, dovrà mettere nel giusto rilievo... che, nell'ultimo ventennio del secolo XIX, si propagò dalla Sicilia un forte impulso allo studio di tali scienze, che in qualcuna di esse segnò anche originali e, in certo senso, decisivi orientamenti ». Ma poi precisa subito che non si possono vedere notevoli influenze reciproche tra scienza del diritto e scienza politica (58). Né segnala se non le opere teoriche di Mosca.

Ciò conduce ad osservare alcuni tratti comuni in Mosca e Pareto da cui il Romano si differenzia. I loro contributi allo studio delle nuove istituzioni sono occasionali e, in ambedue i casi, giornalistici. Essi si limitano a rilevare i fenomeni che più colpivano, non ricostruiscono il sistema politico che li occasionò. Sia Mosca,

⁽⁵⁷⁾ V. Pareto, *Trasformazione*, ecc., ora in *Scritti sociologici*, Torino, 1966 e ivi introduzione di G. Busino, p. 56-57; le pp. del vol. cit. sono: 933 ss. spec. 946, 952, 959-965, 971, 1005-1006, 1013-1016, 1040, 1070-1072.

⁽⁵⁸⁾ Santi Romano, Gaetano Mosca, in « Riv. dir. pubbl. », 1942, p. 129; prima di scrivere il necrologio, Santi Romano ne aveva scritto, nel 1941, a Orlando che del Mosca era stato compagno di scuola ed amico. E Orlando gli risponderà con una lunga lettera in cui ricorda la difficoltà di giudicare Mosca, storico e dommatico al tempo stesso, e sottolinea l'« idem sentire de scientia » di Romano e suo (di Orlando).

sia Pareto assumono un atteggiamento di critica: lamentano pur osservando: per tutti e due si può ripetere quello che Bobbio ha scritto per Mosca: « conservatorismo e realismo politico si danno spesso la mano » (59).

Nulla di tutto ciò in Romano: egli osserva, distaccato. Pacatamente ricostruisce. Stabilisce una distanza rispetto agli eventi narrati. Ma contribuisce allo stesso tempo alla loro comprensione scientifica e alla loro legittimazione politica. Descrive un particolare e spiega la congruità con l'insieme. Probabilmente neppure lui condivideva fino in fondo le istituzioni del nuovo Stato (nel 1943 scriverà che nel 1922 Luigi Rossi pronunciava al Senato « un coraggioso discorso contro il sindacalismo nella Magistratura » (60) per cui egli stesso nel 1909 aveva scritto che « potrebbero essere giustificati dei dubbi »), ma, al fondo, il risultato complessivo di questa delicata fusione di realismo e di distacco è quello di dividerlo profondamente dagli uomini del « mondo di ieri », quali erano certamente Mosca e Pareto.

Se sul fronte della scienza politica v'era chi giunse alla consapevolezza del maturare di nuove istituzioni prima del Romano e anzi forse influenzò la riflessione di quest'ultimo, negli studi economici accadde il contrario. Su molti punti particolari erano intervenuti anche economisti. Tangorra s'era pronunciato contro la «cointeressenza degli impiegati nei proventi dei servizi pubblici » e lo «spaventevole sviluppo dell'esercito burocratico » (61). Einaudi aveva segnalato nel 1906 e nel 1907 il crescere e il rafforzarsi delle leghe di industriali e delle leghe operaie; aveva discusso nel 1907 e nel 1910 le proposte di riconoscimento giuridico dei sindacati e la composizione del «Consiglio superiore del lavoro »; intervenne nel 1910 e nel 1920 nella polemica su « le ferrovie ai ferrovieri e le poste ai postelegrafonici »; si pronunciò, nel 1919, contro il trasferimento del potere legislativo al Consiglio del lavoro, ricordando che «la sovranità in uno Stato non può essere divisa.

⁽⁵⁹⁾ N. Bobbio, Mosca e la teoria della classe dirigente, ora in Saggi sulla scienza politica in Italia, Bari, 1971, p. 217 ss.

⁽⁶⁰⁾ SANTI ROMANO, Luigi Rossi, in « Riv. dir. pubbl. », 1943, maggio, p. 174.

⁽⁶¹⁾ In «Giornale degli economisti», 1909, p. 105 ss.

Deve essere una. Altrimenti ritorniamo al regime feudale, allo sminuzzamento, alla lotta quotidiana » (62).

Ma chi si interessò *ex professo* della questione fu Umberto Ricci, prima nella prolusione romana del 1925 su «il sindacalismo giudicato da un economista», poi nell'articolo su «Stato moderno e sindacati» destinato al numero di febbraio del 1925 di «Rinascita liberale» (⁶³).

L'analisi che si trova nei due scritti è sfocata e non merita di essere ricordata. Ma i motivi sono quelli: « ... i moderni sindacati muovono alla guerra contro lo Stato e contro il capitalismo gridando non già « le ferrovie e le miniere alla nazione » ma « le ferrovie ai ferrovieri » e « le miniere ai minatori » ». « Tanti ammiratori e seguaci vanta il sindacalismo economico, altrettanti fautori e propagandisti conta il sindacalismo politico che ne è la immediata conseguenza. Già si pensa di smembrare il Parlamento in tanti parlamentini tecnici, oppure a vuotarlo del suo sostanziale contenuto economico che vorrebbesi versare in potenti consigli e tutti anelano il giorno in cui solo gli interessati, ritenuti i veri competenti, potranno legiferare sulle proprie faccende ». « La grande figura dello Stato moderno... verrebbe spenta ed infranta per dar vita ad un sistema di corpi tutti sovrani... »; oppure « sopravviverebbe ma rimpicciolita e mutilata a vantaggio delle istituzioni rivali » (64).

Sono motivi che Ricci aveva sentito negli anni precedenti a Pisa dal suo collega di facoltà Santi Romano, che, nel 1926, espressamente ricorda: «Santi Romano, un filosofo e teorizzatore assai elegante, fu, credo, fra i nostri giuspubblicisti, uno dei primi a vedere, sebbene con rosee lenti, taluni atteggiamenti del sindacalismo...». «... Non senza rivelare un certo ottimismo, il Romano scopriva nel sistema corporativo la virtù di mitigare i danni dell'eccessivo individualismo e sviluppare il sentimento di solidarietà fra i singoli individui e i gruppi sociali. E ne traeva la speranza... che il movimento corporativo potesse riuscire non già a travolgere

⁽⁶²⁾ Gli scritti menzionati di Einaudi sono ora raccolti nelle *Cronache*, cit., II (1903-1909), Torino, 1959, p. 406-474; III (1910-1914), Torino, 1960, p. 181, 102, 153; V (1919-1920), p. 250, 522.

⁽⁸³⁾ Ambedue in Dal protezionismo al sindacalismo, Bari, 1926, p. 107 ss.

lo Stato, ma a completarne le deficienze e le trame ». E Ricci conclude: «l'autore aggiunge molte belle parole, ma non si intravvede nemmeno attraverso il magistero della forma, come potrà esser congegnato uno Stato che, più verrà rinunciando al suo potere, più diventerà potente » (65).

Singolare il contrasto tra la conoscenza che l'economista Ricci ha del pensiero di Santi Romano e il modo in cui il filosofo del diritto Capograssi lo ignora. Eppure le prime opere di Capograssi vertono proprio sullo Stato. Dal «Saggio sullo Stato», del 1918, dove si dice che « un nuovo Stato è nato », costituito da « una grande frantumazione di organi di leggi di attività di gruppi», «lotta e guerra perenne », « particolarità ed arbitrio »; agli articoli su « il nuovo regionalismo » e « la rivoluzione amministrativa » (che sono del 1919), dove si mostra che «la uniformità astratta degli ordinamenti amministrativi e l'assoluta dipendenza dal centro » così come «il mito della onnipotenza statale » sono superati dal regionalismo, nello stesso modo che lo schema liberale dello Stato lontano dalla nazione è superato dalla gestione diretta dei servizi da parte « del personale e della clientela ». Ma poi Capograssi passa attraverso le considerazioni degne di un Naphta del 1921 (« Riflessioni sull'autorità e sulla sua crisi ») fino all'aperto democraticismo de «La nuova democrazia diretta», che è del 1922. Anche qui, Romano non è mai ricordato, neppure il discorso del 1909. Eppure i temi di questo saggio di Capograssi sono di chiara derivazione romaniana. Vi si segnala il rivivere dell'« attività spontanea di formazione del diritto», il sorgere delle grandi anonime e dei sindacati, l'estensione dei servizi pubblici, la «socializzazione dell'attività statale », lo « spostamento della sovranità verso la società », la « tendenza dell'ordinamento pubblico ad avviarsi verso un regime contrattuale», fondato sull'accordo e la convenzione; il carattere politico e pubblico delle nuove funzioni degli organismi sociali, la crisi dell'onnipotenza parlamentare e il rivivere dell'autonomia locale, l'emergere della competenza come

⁽⁶⁵⁾ Op. cit., 169-171; si veda anche, per considerazioni su Pareto e Pantaleoni, G. Are, Pensiero economico e vita nazionale (1890-1922). Considerazioni preliminari, in « Storia contemp. », 1971, sett., spec. p. 566 ss. Va tenuto conto che le riflessioni degli economisti come Einaudi erano certamente meno note al Romano.

base del potere, le riforme elettorali, l'assunzione della funzione legislativa da parte del governo, la creazione di nuovi centri di potere, il depotenziamento del Parlamento e «l'organizzazione tirannica dei partiti », l'autonomia del governo rispetto al Capo dello Stato (66).

I motivi del nuovo Stato erano dunque correnti in quegli anni in tutti gli scienziati sociali. Ma questi si fermano spesso alla mera segnalazione dei nuovi avvenimenti. Oppure ne danno una descrizione morfologica. Così anche è per il campo proprio di Santi Romano. Scorrendo la «Rivista di diritto pubblico» di quegli anni possono leggersi, infatti, una rassegna di Francesco Arcà, su «Associazioni professionali e sindacati di funzionari in Francia» (1909); una recensione (1909) di A. Ferracciu al libro di Duguit sul diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato, apparso l'anno prima in Francia; un articolo di Renato De Francesco intitolato «Del diritto di associazione e di sindacato dei pubblici funzionari» (1912) anch'esso largamente dedicato alla Francia; un articolo di Raffaele Montuori su «La riforma della pubblica

⁽⁶⁶⁾ Tutti gli scritti cit. in Opere, cit., I e VI. Tende a svalutare lo scritto sulla nuova democrazia diretta («ricchissimo di acute osservazioni», ma «meno personale») F. Tessitore, L'«idea umana» dello Stato nel primo Capograssi, ora in Dimensioni dello storicismo, Napoli, 1971, p. 308, n. 101.

Vanno ricordati due lucidissimi giudizi, di epoca posteriore, di due filosofi del diritto: «in fondo, queste teorie realistiche, che attaccavano e abbassavano lo Stato, a vantaggio dei sindacati e delle istituzioni sociali, sia che partissero da un punto di vista giuridico o più largamente da un punto di vista politico, finivano col sostituire allo Stato, da esse considerato, uno Stato nuovo, che rappresentasse il trionfo del sindacalismo funzionale e del corporativismo o di altro principio, trasformando lo Stato » (G. Perticone, Teoria del diritto e dello Stato, Milano, 1937, p. 111). « ... nel movimento sindacale, che caratterizza gli ultimi cinquant'anni in quasi tutti i paesi, cioè nella formazione di gruppi per la tutela di interessi economici, con propri ordinamenti autonomi rispetto a quello dello Stato, anzi talora ad esso contrari, si è potuto vedere un'altra dimostrazione della possibilità che fonte del diritto non sia lo Stato, ma qualsiasi organizzazione che instauri un ordine di rapporti fra i suoi membri. La cosiddetta «crisi dello Stato», messa in rilievo da scrittori politici e da giuristi, nel primo ventennio del secolo, implicava appunto... «la tendenza di una serie grandissima di gruppi sociali a costituirsi ciascuna una cerchia giuridica indipendente » (Romano). Questo aspetto « politico » del problema contribuisce ad approfondire il contrasto fra teoria pluralista e teoria statalista » (W. CESARINI SFORZA, Ordinamenti, cit., p. 2).

amministrazione in Italia » che parla del libro di Abignente e dei rapporti tra impiegati e Stato (1917) (67). E agli articoli può aggiungersi un libro come quello di Raffaele Musto su « La odierna rivoluzione dello Stato democratico » (68), con prefazione di Paolo Laband, che si rifà ad Arcoleo ed alla conferenza dell'Orlando del 1910, nonché l'opera di A. Ravà, su « Lo Stato come organismo etico » (69) in cui si ricorda che tra i nemici dello Stato moderno vi sono le corporazioni.

Altri giuristi vi sono, ma vengono dopo. Ranelletti e Rocco nel 1920 (70), Orlando nel 1924. Ma, di questi, Rocco e Ranelletti menzionano il solo discorso romaniano del 1909. Mentre Orlando in «Lo Stato sindacale nella letteratura giuridica contemporanea». discute anche «l'ordinamento giuridico», pur senza aggiungerci nulla di nuovo. Ma non è solo questo che distingue Romano dagli altri tre: v'è anche il tipo di reazione: «quella autoritaria, che preannuncia le scelte legislative del fascismo, di Rocco: quella statalista, ma in termini conservatori e tutto sommato tradizionali, di Ranelletti; quella, più conseguentemente ispirata ai canoni dello Stato liberale-autoritario, di Orlando; quella, infine, di Romano, che è il primo a vedere il problema ed il più chiaro nell'identificarne i termini, che preannuncia la versione che diremmo moderata dell'istituzionalismo e del pluralismo:riconosce la presenza degli interessi organizzati e la loro «giuridicità », ma, li inserisce nell'ordinamento generale, dello Stato, che li domina » (71).

^{(67) «} Riv. dir. pubbl. », cit., p. 386 ss., 92 ss., 209 ss., 127 ss.

⁽⁶⁸⁾ Napoli, 1911.

⁽⁶⁹⁾ Roma, 1914.

⁽⁷⁰⁾ Ranelletti e Rocco pubblicarono i loro scritti su Politica, che tornò spesso sul tema: Alfredo Rocco, Ritorni del medioevo, 1920, fasc. III, p. 310 ss.; A. Pagano, La crisi del concetto di Stato, 1920, fasc. I, p. 1 ss.; A. Cicu, L'idea del dovere e l'idea del diritto, 1921, fasc. I, p. 1 ss.; S. Perozzi, La crisi dello Stato in Italia, 1922, fasc. I-II, p. 1 ss.; A. Pagano, Stato e sindacati, 1924, fasc. I-II, p. 5 ss. (ma che non cita Santi Romano) (Su Pagano, G. Chiarelli, nella stessa rivista, 1935, genn., p. 124 ss.); M. Pantaleoni, Il sindacalismo e la realtà economica, (1909), 1929, fasc. VII, p. 280 ss. (doveva essere la prefazione del notissimo libro di Trevisanno discusso anche dall'Einaudi).

⁽⁷¹⁾ S. CASSESE-B. DENTE, Lo Stato sindacale, in «Quaderni storici», 1971, sett.-dic., p. 961. A questi va aggiunto il discorso di G. Salemi, Il nuovo diritto pubblico e le sue caratteristiche fondamentali, in «Riv. dir. pubbl. », 1921. I, p. 37 ss.

Pochi tuttavia riescono a muoversi dalla descrizione e dall'analisi verso la ricostruzione e la teoria, come farà Romano nel 1917-18. Ciò che lo distingue non è solo l'atteggiamento politico diverso (diverso certamente dallo statalismo di Rocco, dal liberalismo autoritario di Orlando, dal liberalismo di Einaudi, dal conservatorismo di Mosca, Pareto e Ranelletti, dall'ecclettismo del Ricci) ma anche una diversa capacità di andare più in fondo e di fornire i cardini essenziali di una dottrina dello Stato pluralista. Distingue, infine, Romano, una notevole preveggenza. Più tardi, i motivi ispiratori della dottrina pluralistica saranno sulla bocca di tutti, specialmente di chi si interesserà della rappresentanza delle competenze, come Ferruccio Pergolesi, negli «Appunti su la rappresentanza corporativa nelle assemblee politiche » (72) (che menziona gli scritti del Brunialti, del Miceli, del Romano, del Pantaleoni, del Corradini, di Rigola, di Rocco, di Panunzio, di Sturzo) o Gaspare Ambrosini, in «Sindacati, consigli tecnici e parlamento politico» (73) o Ivanoe Bonomi, in «la crisi dello Stato e del Parlamento» (74).

6. «L'ordinamento giuridico», «nel disegno dell'autore doveva essere soltanto la prima parte di una più vasta opera sui principi generali del diritto, ma le altre parti non furono mai scritte...» (⁷⁵): «l'opera del Romano rimase, come è noto, incompiuta. Il Romano fu assorbito da uffici pubblici; e ogni volta che, per le insistenze dei maestri e dei discepoli, si accingeva a riprenderla, anche solo per ristamparla, scoppiava una guerra che lo sconvolgeva dal profondo, lui in apparenza così impassibile. La seconda edizione del 1945, apparve solo perché egli, tornato alla scienza per ragioni esterne e per lui dolorose, poté ordinare il materiale che aveva raccolto l'ultima volta che aveva pensato alla ristampa

e spec. 49 ss., dove nota «la trasformazione della natura giuridica dello Stato italiano» e il carattere meno autoritario dello Stato: «il rapporto unilaterale viene scosso e il regime gerarchico autoritario sostituito dal contratto di lavoro. Lo Stato assomiglia all'industriale; l'impiegato è più libero di sé stesso».

⁽⁷²⁾ Roma, 1923, spec., pp. 67 ss.

⁽⁷⁸⁾ II ed., Roma, 1925, p. 151 ss.

⁽⁷⁴⁾ In Dal socialismo al fascismo, Roma, 1924, p. 61 ss.

⁽⁷⁵⁾ A. GIANNINI, Santi Romano, in «Riv. Int. Fil. Dir.», 1948, p. 190.

dell'opera ed anzi alla traduzione tedesca di essa, ossia, nel 1939 » (76).

Qui finisce, dunque, la vicenda della formazione dell'ordinamento giuridico. La storia successiva è anch'essa tutta da fare. Nelle opere pubblicate dal Romano nel periodo fascista si accentuano alcuni elementi negativi già presenti prima, come l'eccessiva compattezza e rigidità sistematica: la crisi della democrazia — come ha giustamente osservato il Galizia — « frenò quel processo di equilibrata confluenza tra le varie tendenze metodologiche nello studio del diritto costituzionale di cui il medesimo pensiero del Romano era espressione » (77).

Santi Romano utilizzò la sua idea dell'ordinamento giuridico in vari scritti. Innanzitutto, in « oltre lo Stato », discorso inaugurale dell'anno accademico del 1917-18 dell'Istituto di scienze sociali « Cesare Alfieri », in cui mette in luce le tendenze federaliste ed unioniste rilevando che esse non erano se non un aspetto di un fenomeno più generale, quello della crisi dello Stato moderno. La teoria istituzionale è poi presente nel « corso di diritto costituzionale » (78) e nei « principi di diritto costituzionale generale » (79), laddove si parla della nozione di diritto, nel capitolo sullo Stato, in quello sulla sovranità dello Stato (dove si spiega che la sovranità riferita all'ordinamento giuridico significa che esso è un ordinamento originario), e in quello sulle norme di ordinamenti originari in relazione allo Stato.

Negli anni che seguono sopravviene una attenuazione delle tesi pluralistiche. Nel 1930 nello scritto su «Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato», dopo aver notato che «talvolta il contrasto di interessi tra più soggetti di autarchia è, non casuale e di fatto, ma, in certo senso, istituzionale e necessario, previsto e voluto dalla legge», ed aver portato come esempio

⁽⁷⁶⁾ M. S. GIANNINI, Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici, in «Atti del XIV congr. int. di soc. », Roma, s. d., p. 14 dell'estr., nota 9. Dello stesso autore, Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi, «Riv. di dir. sport. », n. 1-2, p. 3 e 4 dell'estr.

^(**7) M. Galizia, Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale, in « Arch. giur. », 1963, n. 1-2, p. 102-103.

^{(78) 1940,} Milano, V ed riv. e agg.

^{(79) 1947,} II ed riv. rist.

principale di ciò «l'attuale ordinamento sindacale », aggiunge: « per riprendere l'esempio che abbiamo tratto dall'ordinamento sindacale e corporativo, l'interesse dello Stato non è costituito dagli interessi dei lavoratori o da quelli dei datori di lavoro, rappresentati dalle rispettive associazioni, ma da quello unitario e integrale della produzione, di cui i primi e i secondi sono elementi a condizione che non si soverchino reciprocamente e, invece, si armonizzino e si contemperino». «L'attività dei sindacati è quindi « funzionale », nel senso che deve esplicarsi in funzione dell'interesse superiore dello Stato e, quindi, è pubblica. L'ordinamento che lega fra loro lo Stato e gli enti autarchici è una specie di ordinamento di famiglia, di una famiglia di cui è a capo lo Stato. Gli interessi propri di ciascuno dei suoi membri possono avere un riconoscimento ed una protezione in sé e per sé, ma tutti debbono subordinarsi a quelli, generali, che, diversi per estensione, per contenuto e per grado, è compito dello Stato far valere » (80).

Parlando poi, nel 1932, al Convegno di Ferrara, negherà che l'ordinamento sindacale fascista dia luogo ad una pluralità di ordinamenti giuridici: « si tratta di una autonomia, la quale è stabilita dall'ordinamento statale, serve agli interessi dello Stato, comporta cooperazione per lo Stato. Siamo dunque nei limiti dell'unità dell'ordinamento statale » (81).

Peraltro molto caute furono le proposte della sua relazione sui rapporti tra potere esecutivo e potere legislativo alla commissione dei Soloni; limitate, in sostanza, a qualche razionalizzazione qui e lì. In particolare egli avanza la proposta di integrare la rappresentanza della Camera e del Senato con « una rappresentanza di interessi, di classi e di forze sociali, che dir si voglia »: tra i vantaggi « il più importante sarebbe quello di attuare un primo esperimento di rappresentanza di interessi che, secondo molti, ormai matura, dovrebbe integrare e completare la rappresentanza veramente politica, prodotto poco felice dell'attuale atomismo sociale » (82).

⁽⁸⁰⁾ P. 303-304, in Scritti minori, cit. II; su questo scritto, S. Cassese, Cultura e politica del diritto amministrativo, Bologna, 1971, p. 184 e anche 44-46.

⁽⁸¹⁾ In «Atti del II conv. di studi sind. e corp.», Ferrara, 1932, Discussioni, Roma, 1932, p. 96, su cui A. Volpicelli, *Replica al prof. Romano*, in « Nuovi studi.», 1932, V, p. 129 ss.

⁽⁸²⁾ Presidenza del consiglio dei ministri, Relazioni, cit., p. 204.

« Ma il partito, per mezzo del Gran Consiglio e poi del Governo e del Parlamento, pur utilizzando quel lavoro delle Commissioni, procedette con molta indipendenza dai risultati suoi » (83): in realtà le riforme compiute poi con le leggi « fascistissime » furono più audaci e condussero al rafforzamento del Capo del Governo e alla « inserzione dei sindacati nello Stato ».

Dopo tali leggi, Romano ritorna con cautela sul rafforzamento dell'esecutivo due volte, nel corso dello stesso anno (1928). Una prima volta, recensendo (84) il volume di Alfredo Rocco su « La trasformazione dello Stato». Qui osserva « la signorile compostezza » e la « elegante sobrietà » del Rocco nel trattare questi temi. Ma poi ritiene « giusta ed opportuna... l'altra sua osservazione che da tempo la moderna scuola del diritto pubblico, insegnando che la sovranità non è del popolo ma dello Stato, che questo è un ente dotato di personalità propria distinta da quella degli individui e affermantesi in posizione di superiorità, ha proclamato un principio che adesso si cerca di svolgere ed attuare sino alle sue ultime conseguenze ». Una seconda volta interviene nel discorso di insediamento al Consiglio di Stato (85), dove afferma la preminenza del potere esecutivo per aggiungere che di questo il Consiglio di Stato « è istituzione fondamentale ».

« Ritirata » del pluralismo di Santi Romano e « ritorno dogmatico » (come per Hauriou) o smentita che le vicende storiche danno al pluralismo e che il nostro autore si limita a registrare? Certo è che l'accento non è più sulle istituzioni, ma sullo Stato. E questo fa pensare che il motivo pluralistico nel Romano non era riferito alla vicenda interna del potere pubblico — che anzi, negli anni '30, accentua la diversificazione, il policentrismo, la fuga dallo Stato — quanto al livello più alto, della storia costituzionale e quindi dei rapporti tra il potere pubblico e le strutture associate della società civile — che segnano, invece, un netto regresso verso il predominio del potere pubblico. Quanto alle evoluzioni del

⁽⁸³⁾ G. Volpe, Storia del movimento fascista, in B. Mussolini, La dottrina del fascismo, Milano, 1932, p. 115 (Volpe non nomina il Romano tra gli autori delle principali riforme istituzionali).

⁽⁸⁴⁾ In « Arch. giur. », cit.

⁽⁸⁵⁾ In «Il rinnov. amm. », cit.

pluralismo romaniano nell'epoca fascista, bisogna però distinguere. Da una parte, egli tiene fermo l'istituzionalismo come formulazione di teoria generale. Dall'altra attenua la portata del pluralismo nelle analisi di diritto positivo. Un atteggiamento complesso, che è però lineare, in quanto prende atto della smentita che le istituzioni vigenti all'epoca danno delle premesse pluralistiche, ma non manca di ricordare queste quando non del diritto positivo si tratta, bensì della teoria generale. V'è in questo, forse, anche un senso di fastidio, quel fastidio che Romano doveva provare a sentire la sua teoria utilizzata — e deformata e criticata o esaltata, a seconda delle posizioni — da politici-giornalisti e da giuristi-giornalisti come era accaduto nel 1932 a Ferrara. Ma in questo atteggiamento v'è anche un segno del distacco con cui Santi Romano guardava alle istituzioni del fascismo, quasi che volesse prenderne le distanze e sottolinearne la temporaneità.

Chiusa l'esperienza del fascismo (86), come riprendevano vita le istituzioni del vecchio Stato liberale democratico, Santi Romano riprendeva in mano e ripubblicava tale e quale, salvo minori variazioni lessicali e la aggiunta di note di aggiornamento bibliografico, «l'ordinamento giuridico » che di quello Stato aveva dato per primo una ricostruzione giuridica. Non va vista in questa decisione un ulteriore segno della storicità dell'opera? (87).

⁽⁸⁶⁾ Peraltro nelle carte Orlando in ACS, B. 10, Santi Romano, v'è una lettera di Santi Romano del 15 agosto 1926 che parla di una nuova edizione dell'opera « che spero di poter presto pubblicare ».

⁽⁸⁷⁾ Negli anni '60 una delle versioni della teoria istituzionalistica verrà adoperata dal Giugni per la formulazione della teoria dell'ordinamento intersindacale, senza tuttavia ricordare il primo legame della riflessione romaniana col «sindacalismo».

Figure dell'esperienza

PAOLO GROSSI

USUS FACTI

La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova

Fondazioni per un discorso nuovo.

- 1. Proprietà e poverta: una disputa inaugurale dell'età nuova. 2. Consapevolezza giuridica del discorso dei teologi sulla povertà. 3. Una testimonianza paradigmatica: la decretale « Exiit qui seminat » tra istanze medievali e consapevolezze nuove. 4. « Facultas dominandi »: la fondazione teologica e psicologica della sociologia francescana.
- r. Se v'è una comunità religiosa che mal si presta ad essere collocata all'interno delle strutture dell'ordine medievale, è senza dubbio quella francescana; se v'è una testimonianza letteraria e dottrinale portatrice di un discorso sostanzialmente innovatore e anticipativa di esigenze e idealità che sarebbero emerse più decisamente nei secoli a venire, questa è la regola francescana; se v'è infine una controversia che mette a nudo spietatamente la crisi del mondo medievale e si pone come premonitrice e promotrice di nuovi sentieri di ricerca filosofica, sociologica e giuridica, è la grande disputa sulla povertà che impegna sì tutto il più maturo medioevo a un rilevantissimo sforzo dialettico, ma che trova nell'àmbito delle scuole francescane il suo momento storicamente più valido e più vitale (¹).

⁽¹⁾ La letteratura in proposito — agiografica, storica, storico-teologica, storico-filosofica — è enorme. Per una prima informazione basti rinviare a M. D. LAMBERT, Franciscan poverty. The doctrine of the absolute poverty of Christ and the Apostles in the Franciscan Order, 1210-1323, London, 1961. Sotto il profilo storico-giuridico un ottimo strumento è offerto da G. TARELLO, Profili giuridici della que-

È a Parigi, alla metà del Duecento, che, nel fertile terreno dell'Università, la disputa scoppia nella forma d'una clamorosa e virulenta apostrofe rivolta dal clero secolare agli ordini mendicanti; e si inizia un alterco dottrinale che, dilatandosi sempre più, incidendo su zone sempre più vaste dell'esperienza culturale e religiosa, variando il proprio contenuto con una incredibile capacità assorbente, impegnerà discontinuamente la Chiesa occidentale fino al Concilio di Costanza.

Non si tratta di una controversia dall'oggetto limitato e circoscritto; anzi, come or ora si accennava, ci troviamo piuttosto di fronte ad un filo conduttore che, nel suo lungo itinerario, nei suoi numerosi diverticoli, è sempre e dovunque occasione di stimoli precisi ed efficaci, di fermenti e riflessioni, nel tormentato processo di trasformazione della società e della Chiesa alla ricerca d'un volto nuovo. La riposata solidità delle sistemazioni dottrinali del Medioevo diviene qui tensione di ricerca, fragilità di nuovi impianti, provvisorietà d'un discorso non verificato, e tutto suona anticipazione, ai margini dell'eresia, nell'incombente rischio della condanna da parte di una società ecclesiale che ha storicamente conquistato le sue certezze e non intende discuterle.

La disputa nasce sul piano ecclesiologico (²), assumendo quali temi fondamentali non solo l'inserimento dei nuovi ordini mendicanti nella vita organizzata della Chiesa, ma altresì, e conseguentemente, la strutturazione sacerdotale e pastorale di diritto divino nonché il tema delicato e scottante delle potestà del Pontefice in ordine a questa strutturazione.

Diciamo subito che una simile problematica non sarà qui esaminata; la nostra attenzione si sposta infatti a quel momento in cui la controversia lascia il terreno puramente ecclesiologico e, facendo suo il problema della povertà di Cristo e della Chiesa, si

stione della povertà nel francescanesimo prima di Ochham, in Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova, III (1964). Dati il fine e l'impostazione del presente saggio, le citazioni bibliografiche saranno intenzionalmente ridotte al minimo essenziale.

⁽²⁾ Un saggio eccellente è quello di Y. Congar, Aspects ecclésiologiques de la querelle entre Mendiants et Séculiers dans la seconde moitié du XIIIe siècle et le début du XIVe, in Archives d'Histoire doctrinale et littéraire du Moyen Age, XXXVI (1961).

inserisce per ciò stesso in un panorama tanto ampio da cogliere il fatto globale 'società ' in un suo nucleo costitutivo; è a questo livello che la disputa ci interessa, perché è solo a questo livello che, lasciando la monotonia dei motivi teologici e canonici, investe appieno la sfera del sociale e del giuridico e svela, a una lettura un po' attenta, dietro lo schermo della perfezione evangelica e della povertà, il nodo gordiano del dominium, e, nelle trame di questo nodo, le scelte di fondo d'una società per quanto attiene al rapporto fra uomo e beni. Aggiungiamo — e la precisazione varrà da conferma per quanto dicevamo più sopra — che è quasi esclusivamente all'interno delle scuole francescane e grazie alla loro meditazione che si opera, nella seconda metà del Duecento, questa singolare trasformazione.

Sembrano così chiaramente fissati i limiti della ricerca: una rilevazione dei dati più salienti offerti, sul problema della appropriazione privata dei beni, dalla speculazione teologica francescana così come ci è testimoniata nel momento più maturo della controversia sulla povertà: rilevazione però sempre sorretta e orientata dalla consapevolezza del disteso itinerario dottrinale nel quale quei dati si inseriscono. Solo infatti una consapevolezza dei tempi lunghi ci consentirà una storicizzazione compiuta; il rivolo emerso nel grembo della cultura medievale, a cavaliere fra il Duecento e il Trecento, sarebbe stato presto assorbito dalla ufficialità trionfante di quella cultura ma avrebbe avuto anche la ventura di riemergere, a distanza di tempi e di luoghi, nelle zone più disparate, segnalando che il flusso sotterraneo continuava, e continuava nei germi provocati da quella fertilità nascosta fino a convogliarsi poi nella manifestazione piena, aperta e sconvolgente di qualche secolo dopo.

Quel che ci preme qui — se pure ancora indimostratamente — puntualizzare è la perfetta isolabilità del discorso francescano sulla povertà: di rado, nei grovigli dottrinali che la storia perennemente propone, è consentito rilevare tanta autonomia nella genesi e nello sviluppo, tanta semplicità di linee, tanta demarcazione di confini come in questo originale pensiero francescano proiettato verso il futuro, 'scandalosamente' contestativo delle soluzioni ufficialmente accettate, e, in qualche modo, scardinato dalle matrici circolanti della cultura medievale.

Per chi voglia studiare, come facciamo noi, la nozione di proprietà nella crisi della interpretatio medievale, nessun filone letterario è fecondo quanto quello da noi scelto. Ad una condizione però: che i risultati di questa speculazione non vengano interpretati come deformazione e deteriorazione d'un patrimonio passato, quanto primo punto fermo d'un lungo filo conduttore che lega quei risultati per l'innanzi e li propone interpretativi d'una realtà assai più vicina a noi. È con questa convinzione che abbiamo voluto inserire la presente ricerca in una rivista destinata a studiare la storia del pensiero giuridico moderno come storia di ciò che ha rilevanza per la comprensione del presente giuridico. Siamo convinti infatti che un contributo non minimo a questa comprensione venga offerto a noi dalla meditazione francescana sulla povertà, apparentemente situata in un terreno storico remoto, apparentemente avulsa dalla nostra coscienza di moderni, polverosa come un coccio antico nella sua dimensione formalmente teologica.

Non oseremmo aggiungere nulla di più su questo punto; il lavoro, nel suo documentato svolgimento, dimostrerà l'esattezza, o meno, di un simile assunto. Ma una considerazione ancora può riuscire chiarificatrice, e concerne l'oggetto della grande controversia. I suoi termini essenziali sono dominium e paupertas; è di essi che si parla fino alla noia; sono essi ripetuti monotonamente in ogni pagina, tanto che si può affermare, senza tèma di smentita, che mai come in queste opere si è tanto parlato di povertà e di proprietà.

Ciò basta a collocare la disputa stessa, e tutta la letteratura in cui prende forma, ai limiti o addirittura oltre i limiti di una visione medievale dei rapporti tra uomo e cose. Povertà non è qui un generico atteggiamento spirituale di distacco dai beni mondani, ma una regola anche sociale e giuridica nettissima nella sua enunciazione, immediatamente concretantesi in un comportamento e in uno stato dai contorni assolutamente definiti, significante una separazione funzionale tra cose e soggetti. Povertà qui non è il prodotto di un vago misticismo, bensì la proposizione d'una visione del mondo che poco ha in comune con la visione medievale. Questa scaturiva da un modo intenso di sentire l'incarnazione dei valori religiosi nelle temporalità, in una grandiosa

e unitaria sistemazione integralistica in cui ai beni, alle ricchezze, alle forme, insomma alla realtà esteriore, si conferiva un compito primario in armonia con lo spirituale, integrativo ed esplicativo di quello. Il nuovo linguaggio sulla povertà, che diviene ormai compiutamente un discorso sulla povertà, si pone fuori di questo alveo, operando un capovolgimento di valori e creando cesure dove ci si era sforzati di raccogliere in unità.

Vale la pena di ripetere che qui si fa riferimento esclusivamente alla povertà francescana: una povertà impietosa, assolutizzata fuori del tempo e dello spazio; una povertà che è rottura d'un equilibrio faticosamente fissato in una tradizione secolare; una povertà sentita e vissuta, e teoricamente costruita, come scelta totale; una povertà che è astinenza, nel mondo, dal mondo; che tenta la costruzione d'una santità nel mondo rifiutando il contributo, anche soltanto strumentale, delle cose del mondo; che esaspera bene e male come scelte integrali senza nulla tollerare o dissimulare o condiscendere. Visione esasperatamente dualistica della città terrena nei suoi radicali, insanabili contrasti, nella sua essenziale opposizione fra mondo dei soggetti e mondo delle cose; visione nella quale si precorrono e forse storicamente si motivano fratture e dualismi del futuro.

Una povertà siffatta è francescana e soltanto francescana: sempre nell'àmbito dei grandi ordini mendicanti di origine medievale, i domenicani ce ne dànno infatti una versione assai meno drammatica, forse meno sentita, ma ben più in armonia con le premesse teologiche e pastorali della Chiesa del Medioevo (3).

Abbiam detto più sopra che il linguaggio francescano sulla povertà è insensibilmente diventato un discorso sulla povertà, organico, autonomo, insulare rispetto al circostante tessuto; tanto organico e autonomo che gli scrittori minoriti si diffondono nella regolazione dei suoi confini, mettendo organicamente in contatto la povertà come regola sociale, con le altre regole dell'assetto sociale, segnandone l'autonomia grazie all'esame parallelo del suo

⁽³⁾ Per rendersi conto di ciò, basta, a titolo esemplare, dare uno sguardo anche frettoloso agli scritti tomisti in proposito. Cfr. S. Tommaso, Contra impugnantes Dei cultum et religionem e De perfectione vitae spiritualis, in Opuscula theologica. II. De re spirituali, cur. R. Spiazzi, Taurini-Romae, 1954.

oppositum, cioè la proprietà privata. È il discorso sulla povertà diviene sempre, costantemente, anche un discorso sulla proprietà, giacché povertà finisce per essere non-proprietà; e ogni trattato sulla povertà si converte, come vedremo, nell'analisi minuta, approfondita del dominium; ogni trattato porta avanti la propria analisi alla luce, per così dire, di un positivo e di un negativo, e a quel negativo sempre si dà un contenuto e un termine: dominium.

Si vedranno dopo le ragioni della scelta; qui ci basta segnalare questa singolarità: che presso i nostri scrittori non viene chiamato possesso, dominio utile, usufrutto come li poteva provocare l'esame della complessa realtà fondiaria medievale entro la quale vivevano ed operavano, ma si identifica con una parola concettualmente ben precisata: dominium. Singolarità tanto maggiore se si pensa che, sul piano economico-giuridico, giuristi e prassi avevano, in un processo secolare, spostato la loro attenzione dalla proprietà a forme collaterali ed avevano elaborato un sistema fondiario nel quale al dominium come appartenenza spettava un ben miserevole ruolo (4); che, sul piano giuridico-politico, i problemi relativi alla autorità e al potere erano stati risolti con una terminologia e un apparato concettuale in cui la nozione-termine dominium appariva marginale (5).

Perché questo discorso francescano così avulso dalle correnti di fondo del mondo contemporaneo? Perché questa sordità alle scelte della società medievale? Peccano i nostri teologi di inconsapevolezza, redigendo i loro trattati in chiostri impenetrabili al clamore esterno? O è il candore astratto del mistico incapace di cogliere la storicità dei fenomeni? Sarebbe una diagnosi affrettata e una valutazione peccante di superficialità. Diciamo piuttosto che si sta iniziando, pur con le sue incertezze, un discorso poggiante su particolari fondazioni culturali in gran parte diverse da quelle della ufficialità medievale, discendente da precisi presupposti di indole filosofica con proprie scelte di fondo che non collimano con quelle generalmente imperanti.

⁽⁴⁾ P. GROSSI, Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale, Padova, 1968, passim.

⁽⁵⁾ È quanto si rileva dall'ampia opera di P. Costa, Jurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale 1100-1433, Milano, 1969.

Assistiamo al nascere e al progredire, all'interno dell'organismo medievale, di una cellula intrinsecamente autonoma che non tarderà a divenire cancerosa, e perciò corrosiva e demolitrice, di quell'organismo; ma, nel tempo stesso, cellula inaugurale e costitutiva d'una visione del mondo che sentiamo ancora premere sulla nostra coscienza attuale. La grande disputa pauperistica ne è forse una delle testimonianze più fedeli e più lucide vissuta entro il grande problema del rapporto uomo-cose. È dietro questo problema, caratterizzante tutta la storia del diritto occidentale (sordo a schemi di giustizia distributiva ma intento a realizzare al suo interno la giustizia commutativa) è tutto un vólto del diritto a delinearsi nella sua diversità.

2. È nostra intenzione studiare le testimonianze francescane della controversia sulla povertà dal suo prender forma compiuta fino alla decretale «Cum inter nonnullos» di Giovanni XXII, all'incirca dalla metà del Duecento al 1323. Entro queste date è il colmo della letteratura pauperistica, la controversia enuclea i suoi fondamenti, enuncia i suoi motivi centrali, fissa i suoi compiti. L'intervento papale, manifestatosi nel giro di alcuni anni con ripetuti atti normativi, contribuisce, per un verso, ad attenuare il grande sforzo speculativo, per un altro, a indirizzare la controversia su un terreno sensibilmente diverso e in diverse direzioni (6).

Ci rendiamo perfettamente conto che nel giro dei decenni presi in esame, dal punto di vista della storia francescana e della storia pauperistica, c'è un divenire che andrebbe coscienziosamente segnato. Crediamo tuttavia che il nostro angolo di osservazione ci consenta una valutazione unitaria, pur nel debito rilievo che

⁽⁶⁾ Tra la vasta operosità che Giovanni XXII pone in essere sul tema che ci interessa, sono degne di particolare attenzione la Bolla «Ad Conditorem Canonum», del 1322, e la Bolla «Cum inter nonnullos», del 1323, due rilevantissimi atti normativi nettamente antifrancescani per il tono e per il contenuto. Nel secondo si qualifica addirittura come eretica l'affermazione della assoluta povertà del Cristo e degli Apostoli. Essi possono, storicamente, essere assunti come termini di chiusura di un momento della disputa sulla povertà. Una chiarificatrice esposizione è offerta dal Tarello, *Profili giuridici della questione della povertà*, cit., p. 411 ss.

sarà dato agli spostamenti qualitativi nelle prese di coscienza dottrinali (7).

Gli autori che noi studieremo non sono giuristi, ma tutti teologi appartenenti all'ordine francescano. Né questo sgomenta lo storico del diritto, né lo costringe a una ottusa verifica di confini nella grossolana convinzione che il diritto, come forma del divenire storico, nel travaglio del suo divenire, sia nettamente scindibile dalle trame della complessa realtà culturale o dalla incandescenza dei fatti economici.

Sul piano storico-giuridico si propongono a noi, nel particolare momento che abbiamo in esame, due piani distinti: quello del sistema giuridico medievale, ormai assestato nelle sue linee solidissime e basato su conclusioni ormai ferme; è il sistema sperimentato da secoli di prassi altomedievale, irrobustito dalle elaborazioni tecniche dei giuristi di diritto comune, che trova nella interpretazione tomista dell'uomo e della realtà sociale la legittimazione teologica e filosofica di quelle elaborazioni. È un sistema suscettibile, ai primi del Trecento, d'un ancor ampio sviluppo; che da una sapiente dottrina sarebbe stato nei secoli XIV e XV dilatato nel suo respiro dialettico e più tardi sottoposto a un'analisi minutissima e infine a una sistemazione non caduca; che avrebbe avuto vita lunga fino ad arrivare, ad esempio, in Italia, alle soglie della Codificazione; ma che sarebbe stato ormai, sempre e comunque, una costruzione dalla base filosofica già perfettamente formata e conchiusa, non disponibile a ulteriori apporti dalle future pienezze dei tempi. È un sistema giuridico che, malgrado il discorso quantitativamente enorme dei giuristi, soffre sempre più di inerzia culturale e sempre più si isterilisce.

L'altro piano, cui or ora si accennava, è quello del nascere di una riflessione che sarebbe poi, dopo un lungo assorbimento, divenuta la nuova coscienza giuridica; riflessione che, pur destinata a realizzarsi in certe soluzioni giuridiche, in certi istituti giuridici, in certe articolazioni tecniche, si pone, al suo sorgere, quale indagazione soprattutto teologica e filosofica. Ma il discorso del giurista che è, sul piano culturale, sempre conclusivo, ne sarebbe

⁽⁷⁾ Basti pensare a quella particolare presa di coscienza dei valori della Regola, che è costituita, all'interno della vicenda storica dell'Ordine, dagli Spirituali.

stato condizionato e determinato, e il futuro ordinamento ne avrebbe ricavato una tensione in un senso o in un altro, ne avrebbe segnato il volto, vi avrebbe trovato il proprio marchio di originalità.

L'animo con cui guardiamo a questi scritti teologico-filosofici è infatti quello di reperirvi la piattaforma estrema sulla quale sarà pensata e modellata la struttura della futura realtà sociale, il capo iniziale d'un itinerario che coinvolgerà tutti gli aspetti della vita, ultimo fra questi il diritto. Capo iniziale che sicuramente non interessa gli operatori giuridici ad esso contemporanei, intenti a lavorare sul terreno già decantato e acquisito alla forma iuris, culturalmente e socialmente statico e assestato, ma su cui è fitta e laboriosa e incisiva l'orditura di chi ha il privilegio e il rischio di pensare criticamente le ragioni prime d'una comunità. Privilegio e rischio che incombono soprattutto al teologo.

Non dimentichiamo che la nascente costruzione d'una cultura e d'una società rinnovate si inserisce in una civiltà che è ancora caratterizzata — e che lo sarà per secoli — da condizionamenti di indole religiosa; civiltà dove ancora il metafisico non ha confini determinati rispetto alla dimensione temporale, dove le regole prime del divenire stanno riposte nella immobilità del divino sia pure variamente interpretato.

In questa civiltà lo spazio del teologo è enorme, ed enormemente si dilata la sfera della sua competenza senza che nulla, sul piano intersubbiettivo od intrasubbiettivo, possa pretendere di sfuggirgli. Ed è al teologo che spetta la rilevazione dei dati primi della organizzazione comunitaria, l'elaborazione d'una sociologia che, anche se costruita dall'alto, anche se modellata da precisi assunti metafisici, è lo specchio d'una società in movimento col suo carico di valori relativi, di schemi tipici, di soluzioni pratiche; è al teologo insomma, un teologo ugualmente attento alle vicende del temporale e alle gerarchie angeliche, che chiediamo le premesse sociologiche dell'analisi giuridica.

Ma questo non basta. Già all'interno di queste premesse sarebbe arduo e forse illegittimo separare giuridico e metagiuridico: in una civiltà siffatta teocraticamente orientata il suo essere e il suo dover essere inclinano a fondersi, e il diritto tende a restar compreso nell'idea di giustizia, a non separarsi dalle sue matrici etiche, ponendosi anzi quale derivazione di presupposti etici.

Si aggiunga che questo diritto non è ancora formalisticamente inteso nell'aspetto prevalente della legge, cristallizzazione normativa sottratta alla circolazione culturale; qui il diritto continua ad essere, come nella grande eredità medievale, porzione integrante della vita culturale, scansione vitale dell'esperienza.

È questa una civiltà che, ancora per poco, continua ad avere dimestichezza col diritto, perché ha ereditato dal medioevo e dalla sua visione naturalistica dell'ordine giuridico e degli istituti un senso fisiologico di questi; un senso che, tra breve, e lo vedremo, il volontarismo francescano stravolgerà fino a darcene una versione addirittura capovolta. Ancora, in questi primi filoni dell'età nuova, pur accanto a una costruzione potestativa del diritto correttamente dedotta dalle premesse volontaristiche, il linguaggio e lo stesso strumentario concettuale denunciano un discorso culturale per larga parte improntato alla «scientia juris» e quasi modellato su questa, una familiarità non ancora presaga dell'esilio in cui la cultura generale dei tempi più recenti ha relegato quella giuridica.

Linguaggio giuridico e concetti giuridici sono ancora per questi teologi francescani tanto disarticolati dalle strutture ufficiali della civiltà loro contemporanea un indispensabile strumento discorsivo, uno dei pochi capaci di organizzare un linguaggio in un discorso serrato e coordinato. Segno che, anche se avviene un rilevantissimo spostamento di valori, cioè di contenuti, il meccanismo di approccio conoscitivo resta, inciso durevolmente dal costume culturale medievale.

Queste considerazioni non volgono soltanto a determinare il significato storico della qualificazione « teologi-teologia-opere teologiche » con la quale identifichiamo l'oggetto del nostro studio, ma servono a giustificare il ricorso frequentissimo fatto in quelle opere alle fonti romane del *Corpus Juris* giustinianeo (8), l'uso altrettanto frequente dell'argomentazione giuridica (9), la compe-

⁽⁸⁾ Si veda, per tutte, S. Bonaventura, Apologia pauperum contra calumnia-torem, in Opera omnia, t. VIII, Ad Claras Aquas, 1898, cap. XI, par. 9.

⁽⁹⁾ È questa una constatazione che vale per tutti i partecipanti alla disputa, da Bonaventura in poi, E non soltanto per coloro che, come, ad esempio, Bonagrazia da Bergamo, ci sono noti per una grande preparazione giuridica (cfr. L. OLIGER, Fr. Bonagratia de Bergamo et eius tractatus de Christi et Apostolorum pau-

tenza non occasionale ma quasi professionale che dimostrano nella dommatica romana del diritto i teologi impegnati nella controversia pauperistica (10). E anche quando essi mettono in opera il tentativo di situare la comunità religiosa francescana al di là del diritto, ogni loro pagina continua ad essere costruita da angolature proprie della «scientia juris» e intrisa di quel loro modo inalienabile di essere uomini di cultura che è la conoscenza del mondo per il tramite del diritto (11).

Si comprende quindi appieno l'importanza della disputa sulla povertà anche sotto il profilo storico-giuridico: l'oggetto di essa è anche giuridico, sebbene sia esaminato con gli occhi smaliziati e

pertate, in Archivum Franciscanum Historicum, XXII (1929), p. 294), ma addirittura per gli stessi appartenenti alla setta degli Spirituali, cioè per chi dovrebbe più di ogni altro essere disancorato dai giuridicismi. In molti di questi Spirituali non compaiono soltanto le consuete citazioni dai Digesta e una vivissima cultura giuridica (« et hoc habetur ex jure. Unde dicunt iuristae quod... »), ma altresì una conoscenza tecnica del diritto (l'inciso ora riportato è tratto da un trattatello spirituale, risalente all'incirca al 1311-1312, e, sotto questo profilo, esemplare. Cfr. Anonymi spiritualis responsio 'Beatus vir' contra 'Abbreviaturam Communitatis', cur. A. Heysse, in Archivum Franciscanum Historicum, XLII (1949), p. 225). Non è poi infrequente il caso paradossale di chi, dopo aver dichiarato la propria ignoranza giuridica (« quid dicam de iuris apice, cuius sum inscius? Aut quid respondebo pectori pleno iure, quo sum vacuus? »), dimostra una larghissima dottrina in proposito e, quel che è più singolare, una impostazione autenticamente giuridica. L'esempio, cui ora ci riferivamo, è quello di Riccardo di Conington (cfr. Responsiones fratris Richardi de Conygtona ad Rationes papales, in D. L. Douie, Three Treatises on evangelical Poverty by Fr. Richard Convington, Fr. Walter Chatton and an Anonymous from Ms. V III I in Bishop Cosin's Library, Durham, in Archivum Franciscanum Historicum, XXIV (1931), p. 360). Le 'Responsiones' di Riccardo sono una delle prime reazioni francescane all'intervento papale in tema di povertà definitosi nella bolla 'Ad Conditorem'; per questo vengono qui utilizzate.

⁽¹⁰⁾ Un esempio di grossa cultura romanistica è offerto da Giovanni Peckham. Si veda Giovanni Peckham, Tractatus contra fratrem Robertum Kilwardby, O. P., ed. F. Tocco, in Tractatus tres de paupertate, ed. C. L. Kingsford, A. G. Little, F. Tocco, Aberdoniae, 1910, p. 138 ss.

⁽¹¹⁾ Puntualmente si coglie anche da non giuristi che, all'interno dell'ufficialità dell'Ordine, l'interpretazione della Regola è concepita come interpretazione di un testo normativo, sottoposta ai canoni esegetici congeniali a un simile testo (ci riferiamo alle notazioni di R. Manselli, Spirituali e beghini in Provenza, Roma, 1959, p. 100, a proposito della interpretazione della Regola da parte della Comunità).

provvedutissimi di operatori culturali educati al respiro delle grandi sistemazioni teologiche e filosofiche; sebbene il diritto tenda a dilatarsi alla luce di un'esperienza più complessa. Grazie alla controversia pauperistica si opera un inserimento centrale e immediato di dati teologici e filosofici nel mondo del diritto, e la controversia e i suoi oggetti, proprietà e povertà, divengono il punto di congiunzione di diverse analisi sotto diversa osservazione.

La questione della povertà ha il grande merito di proiettare il problema teorico della proprietà sul piano di una dimensione forse mai conosciuta, nella quale non ne esce solo analizzato diffusamente nei suoi aspetti tecnico-giuridici ed economici, ma posto in funzionale contatto con molti e generali problemi filosofici; proiettato insomma dal piano rigorosamente giuridico in un terreno dalla enorme latitudine, nel quale non poteva, a sua volta, che dilatarsi e anche fondersi coi più larghi problemi del potere e dell'autorità. Certamente, si opera la sottrazione del dominium dal campo delimitato dei fenomeni economico-giuridici, sottoponendo l'istituto ad una depurazione qualitativa, ma se ne fa, per ciò stesso, una categoria generale interpretativa della realtà politico-sociale. È ora compito nostro cogliere le linee essenziali di un simile itinerario.

3. E vogliam cominciare esaminando un atto normativo papale ben noto agli studiosi di storia francescana, assai meno noto agli storici del pensiero giuridico, ma, a più d'un titolo, rilevantissimo per il nostro discorso: vogliam dire la decretale 'Exiit qui seminat' di Niccolò III, del 14 agosto 1279, che troviamo inserita nel 'Liber Sextus' (12). Non siamo di fronte né a una testimonianza ini-

⁽¹²⁾ Accenni alla 'Exiit', ai suoi motivi, alle sue fonti, al suo contenuto, alla sua efficacia si trovano in tutta la letteratura francescana. Più ampiamente ne ha trattato P. Gratien, Histoire de la fondation et de l'évolution de l'Ordre des Frères Mineurs au XIIIe siècle, Paris, 1928, pp. 321-333, e sulle sue conclusioni continuano a basarsi anche le opere storiografiche più recenti, come, ad esempio, J. Moorman, A History of the Franciscan Order from its origins to the year 1517, Oxford, 1968, p. 179. Una accuratissima rilevazione di dati è quella compiuta da F. Elizondo, Bulla 'Exiit qui seminat' Nicolai III (14 augusti 1279), in Laurentianum, IV (1963). Per scendere a ciò che interessa a noi maggiormente, un buon inserimento nella storia dottrinale ne ha fatto il Lambert, Franciscan Poverty, cit., p. 141 ss., mentre un compiuto esame dal punto di vista giuridico è quello

ziale della disputa sulla povertà, né a una riflessione dottrinale di teologi francescani, e ci si potrebbe con ragione chiedere quali motivi, al di là di quelli cronologici e sistematici, ci spingono a cominciare da questa decretale l'indagine specifica.

Diciamo subito, quindi, a mo' di chiarimento, che la 'Exiit qui seminat', come atto dottrinale e normativo insieme, rappresenta per noi la confluenza di due filoni di pensiero, quello rigorosamente giuridico di marca squisitamente medievale e quello teologico-filosofico gremito dei fermenti nuovi; tanto più che, venendo promulgata nel 1279, essa si pone in un terreno sì ancora formativo della grande controversia ma già sufficientemente segnato dai primi ampli trattati sulla povertà come quelli di S. Bonaventura, di Giovanni Peckham, di Pietro Olivi. Essa, in altre parole, ci sembra avere una particolare efficacia introduttiva per la nostra indagine, esaltando il groviglio di istanze culturali che premevano sulle scelte francescane.

Può essere chiarificatore attardarci un poco nell'esame delle circostanze storiche da cui esce la 'Exiit'. Niccolò III, asceso al soglio pontificale nel 1277, aveva avuto sin dalla fanciullezza familiarità e amicizia (13) con l'Ordine francescano, era stato come cardinale tra coloro che avevano esaminato e condannato il «Tractatus» contro i mendicanti di Guglielmo di S. Amore (14), e, sempre come cardinale, aveva addirittura svolto dal 1263 le funzioni di protettore dell'Ordine alle quali non aveva rinunziato che molto dopo l'assunzione al pontificato (15). Attentissimo qual'era alle cose dell'Ordine, cogliendo il profondo turbamento dottrinale

del Tarello, *Profili giuridici della questione della povertà*, cit., p. 394 ss. Omettiamo ulteriori riferimenti che possono agevolmente esser trovati, da chi ne avrà voglia, nelle opere surriferite.

⁽¹³⁾ È il pontefice stesso che ha cura di precisarlo nel testo ufficiale della Bolla: « Nos autem, qui a teneris annis ad ordinem ipsum affectus nostros ereximus ... » (cfr. Corpus juris canonici, ed. Friedberg, Pars Secunda, col. 1111).

⁽¹⁴⁾ Ci riferiamo al Tractatus brevis de periculis novissimorum temporum (cfr. M. Bierbaum, Bettelorden und Weltgeistlichkeit an der Universität Paris - Texte und Untersuchungen zum literarischen Armuts- und Exemtionsstreit des 13. Jahrhunderts (1255-1272), Münster in Westfalen, 1920), nel quale si condensa una delle accuse più pesanti e più serrate contro l'ordine francescano. Per quanto si dice nel testo, cfr. Elizondo, Bulla 'Exiit qui seminat', cit., p. 76.

⁽¹⁵⁾ ELIZONDO, Bulla 'exiit qui seminat', cit., p. 75.

all'interno di questo soprattutto in rapporto alla interpretazione della Regola (16), non tardò ad aderire alla richiesta francescana di una solenne dichiarazione interpretativa, non suscettibile di discussione per l'autorità di chi la poneva in essere.

E si iniziò la preparazione accuratissima del testo alla quale collaborarono con larghezza teologi e giuristi francescani, teologi e giuristi della Curia romana (17). Tra i francescani, Pietro di Giovanni Olivi, di cui avremo tra breve occasione di parlare, una delle intelligenze speculative più dotate, assertore di una sua teorica sulla povertà e promotore, grazie a questa, delle scelte che sarebbero state poi degli Spirituali (18). Tra i curiali, spiccavano addirittura alcuni personaggi « qui fuerunt maximi iuris utriusque periti » (19), come ci avverte una cronachetta di poco posteriore alla definizione della Bolla.

⁽¹⁶⁾ Esplicitamente lo afferma il Pontefice: « visum est nobis ut mordacibus huiusmodi mordendi vias praecluderemus, aliqua, quae in ipsa regula videri poterant dubia, declarare, nonnulla per praedecessores nostros etiam declarata, pleniori claritate disserere... » (Bolla 'Exiit qui seminat', col. 1111).

⁽¹⁷⁾ Una particolareggiatissima descrizione del lavorio preparatorio del testo della Bolla — lavorio che si protrasse per alcuni mesi — e un minuzioso elenco dei partecipanti a questi lavori è oggi offerto dall'Elizondo, Bulla 'Exiit qui seminat', cit., pp. 76-81.

⁽¹⁸⁾ Il provenzale Pietro Olivi è senza dubbio, insieme a San Bonaventura, il pensatore più significativo tra i filosofi francescani operanti nella seconda metà nel XIII secolo. Della complessità della sua figura si dirà in seguito utilizzando sparsamente diverse opere storiografiche. Qui, per chi volesse gettare uno sguardo nella amplissima bibliografia sull'Olivi, basti rinviare a S. Gieben, Bibliographia oliviana (1885-1967), in Collectanea franciscana, XXXVIII (1968). Per un primo esame complessivo della vasta produzione oliviana, stampata e manoscritta, si può utilmente vedere D. PACETTI, Introduzione a Pietro OLIVI, Quaestiones quatuor de Domina, Quaracchi, 1954, p. 15 ss., e E. Bettoni, Le dottrine filosofiche di Pier di Giovanni Olivi. Saggio, Milano, 1959, p. 25 ss. Sul problema della partecipazione dell'Olivi alla preparazione del testo della 'Exiit' e sulla misura di questa partecipazione, accanto alla notazione autobiografica dello stesso Olivi raccolta in F. EHRLE, Petrus Johannis Olivi, sein Leben und seine Schriften, in Archiv für Litteratur- und Kirchengeschichte des Mittelalters, III (1887), oltre che in Firmamentum trium ordinum, Venetiis, 1513, f. 107), può essere utile consultare C. Partee, Peter John Olivi: Historical and doctrinal Study, in Franciscan Studies, N.S. XX (1960), p. 220.

⁽¹⁹⁾ Cfr. Chronica quedam declarans quare et quo tempore declaratio predicta domini N[icolai] papae III facta fuit, edita da F. M. Delorme in nota (n. I, p. 137)

Questi dati, apparentemente poco significanti, hanno il merito di consentirci una agevole constatazione dell'impegno redazionale della Bolla e del concorso, senza risparmio di forze, delle più vive energie francescane e curiali.

Il testo della « Exiit » è lo specchio fedelissimo di questa confluenza di motivi ispiratori, i quali, pur concorrendo armonicamente nello stesso senso, fanno, a nostro avviso, della dichiarazione papale una testimonianza, a ben leggere tra le pieghe del suo discorso, complessa e bifronte, ponendosi essa esattamente nello spartiacque di due visioni sensibilmente diverse dei rapporti tra uomo e cose.

Rileggiamoci del lungo e prolisso testo pontificio il passo che affronta direttamente il nostro problema: «Nam quum in rebus temporalibus sit considerare praecipuum proprietatem, possessionem, usum fructum, ius utendi et simplicem facti usum, et ultimo tanquam necessario egeat, licet primis carere possit vita mortalium, nulla prorsus potest esse professio, quae a se usum necessariae sustentationis excludat. Verum condecens fuit ei professioni, quae sponte devovit Christum pauperem in tanta paupertate sectari, omnium abdicare dominium et rerum sibi concessarum necessario usu fore contentam, nec per hoc, quod proprietatem usus et rei cuiusque dominium a se abdicasse videtur, simplici usui omnis rei renunciasse convincitur, qui, inquam, usus non iuris, sed facti est tantum, in utendo praebet utentibus nihil iuris... » (20).

Per una corretta interpretazione di questo importantissimo passo conviene operare un rilievo preliminare e una distinzione.

Il rilievo è che il discorso della 'Exiit' non si limita al problema della povertà francescana, ma tende ad inserire le proprie conclusioni nell'àmbito di un più ampio discorso generale che spazia semplicemente « in rebus temporalibus ». Ciò, in perfetta armonia con l'atteggiamento costante della controversia che, in tutti i suoi momenti più salienti, ha sempre registrato una tensione interna ad ascendere su un piano generale e a proporsi su questo quasi interpretazione dell'uomo nel tempo.

all'articolo: Olivi quaestio de voto regulam aliquam profitentis, in Antonianum, XVI (1941), p. 138.

⁽²⁰⁾ Exiit qui seminat, col. 1113.

La distinzione, cui si accennava, concerne invece il clima che tutto il testo denuncia e il risultato cui perviene. Non v'ha dubbio che la 'Exiit' si inserisce in un clima culturale pervaso dall'idea dell'enorme forza condizionante del fatto, o più semplicemente, del reale, delle cose; idea che incombe sul testo come un pericolo da evitare; incubo pressante per i redattori della Bolla che, pur respingendolo, dimostrano sostanzialmente di riconoscerne la intima fondatezza.

L'incubo attinge a questa certezza profonda: il fatto possiede una tale vitalità espansiva da immettersi di prepotenza in quella tipica sfera dell'umano che è il diritto e determinarla; nel ristretto settore dei diritti reali la familiarità fattuale di un soggetto con un oggetto può esporre il soggetto stesso nella situazione in cui sia costretto a rinunciare a una porzione della sua sovranità, in cui l'uso di una cosa, quale modo di concretarsi di una familiarità uomo-cosa, emerga di per sé sul piano del diritto fino a divenire, al di là della volontà dei soggetti, per forza normativa sua propria, addirittura una proprietà. È l'itinerario percorso dalla cultura giuridica medievale sino alla costruzione dottrinale e pratica del dominio utile, come ha respiro medievale l'incubo della realizzabilità di ogni situazione, nell'ambito di una visione dell'ordine temporale nella quale la presupposta armonia tra realtà cosmica e uomo lascia al diritto non già il compito di tradurre sulle cose la « voluntas hominis », ma di registrare, condizionandosene, anche le istanze di quella realtà (21).

Si rilegga ora il passo della 'Exiit': prolisso, monotono, aduggiato da ripetizioni, sembra ricalcare lo stile d'una cautela avvocatesca redatta nella malcelata, anche se non dichiarata, previsione d'un rischio; il rischio di cui sono coscienti (e di cui probabilmente si fanno portatori) i canonisti di Curia, legati a convinzioni e conclusioni del diritto medievale per le quali proprietà ed uso non potevano, per le considerazioni di fondo ora esposte, essere efficacemente separati, come non potevano essere marcatamente distinti fatto e diritto implicati l'un l'altro in un continuo incessante processo osmotico.

⁽²¹⁾ È quanto abbiamo tentato di mostrare e dimostrare nel nostro corso più sopra citato su «Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale».

Ma non sono i canonisti di Curia a prevalere; ad essi, alla loro buona conoscenza della dottrina medievale, è riconducibile la cautela di ripetere fino al ridicolo, che il Pontefice intendeva separato e distinto ciò che la comune coscienza avvertiva invece indistinto e armonicamente fuso; che quell'uso, di cui i francescani godevano, era un « usus non iuris, sed facti tantummodo nomen habens, quod facti est tantum »; era insomma un uso che non aveva mai attecchito nei fertili terreni medievali, ma che aveva probabilmente esigenza di quel terreno nuovo, di quella nuova fertilità, di quelle nuove prospettive, di cui i francescani si stavano facendo latori respingendo dietro di sé un patrimonio culturale derivante da premesse antitetiche alle loro.

Il risultato della 'Exiit', pur nella presenza di precise ombre gravitanti sullo sfondo, si afferma oltre e contro di esso, separa con anatomica freddezza proprietà e uso, traccia un confine rigoroso e difficilmente valicabile tra diritto e fatto. Nel contesto della 'Exiit' la grande riflessione medievale resta soltanto un'eco; emergono invece novità allarmanti che denunciano inversioni e fratture: l'uso francescano è un uso di fatto, che non è solo al di là dei confini del diritto, ma che di per sé non sarà mai traducibile in diritto.

Non v'è più attenzione per il fatto e per la carica normativa di cui è depositario; il fatto è e resta nel novero dei fenomeni, né alcun processo ad esso intrinseco varrà a immetterlo nella sfera del giuridico. Miracolo che solo un atto di volizione potrebbe compiere, in un recupero in cui mai al fatto in sé sarebbe spettato il ruolo di momento costitutivo, bensì alla appropriazione umana di quel fatto; proprio perché dalla sfera del fatto a quella del diritto v'è un salto qualitativo non superabile.

Se il senso di tutto l'ordinamento medievale si sorprende appieno nella disponibilità a cogliere armonicamente fenomeni e soggetti, aspetto oggettivo ed aspetto soggettivo dei problemi e degli istituti, la diagnosi francescana è fuori di questo alveo; con la conseguenza che il diritto va sempre più discriminandosi e formalizzandosi, va sempre più perdendo la sua dimensione oggettiva per assumere invece la dimensione di atto di volizione.

Questo è il risultato cui perviene la solenne dichiarazione pontificia, pur così gremita di echi della civiltà circostante; risultato ed

echi che fanno della 'Exiit', come premettevamo all'inizio, un testo complesso, singolarissimo, appunto bifronte proprio perché recettizio di istanze di diversa indole.

Ma la sua istanza di fondo, quella su cui hanno puntato le forze francescane, per la quale probabilmente hanno lottato e vinto, è esattamente alle colonne d'Ercole d'un ampio riordinamento; è medievale quanto a grezza cronologia ma è macroscopicamente un futuribile in rapporto alle scelte imperanti nella società.

Se ne ha una verifica constatando la sua scarsissima recezione nell'àmbito della dottrina giuridica (²²), malgrado che la Bolla, inserita da Bonifacio nel *Liber Sextus*, venisse in tal modo a far parte del corredo usuale e corrente di un giurista di diritto comune. Per quanto ne sappiamo, l'unico giureconsulto che ne discute largamente gli assunti dommatici è Baldo, ma anche sulla sua utilizzazione della 'Exiit' non si possono non fare alcuni rilievi significativi (²³).

Baldo, intelligenza speculativa, tendenzialmente portato alla costruzione di sistemi ampiamente articolati, è istintivamente attratto dal discorso papale che egli vede proteso nello sforzo di inalveare i più disparati rapporti tra uomo e beni in una scala di scansioni che vanno dalla proprietà all'usus facti. Solo che questo usus facti, nella coscienza del giurista, viene sottoposto ad una alterazione qualitativa: disincagliato dalle matrici filosofiche sue

⁽²²⁾ Scarsissima recezione che potrebbe trovare una giustificazione soltanto formalistica nel divieto di glosse imposto dal Pontefice. Cfr. su ciò A. C. JEMOLO, Il 'Liber Minoritarum' di Bartolo e la povertà minoritica nei giuristi del XIII e del XIV secolo, ora in Scritti vari di storia religiosa e civile, Milano, 1965, p. 51 ss., e F. Margiotta Broglio, Ideali pauperistici e strutture temporali nella canonistica del secolo XIV. Notazioni e appunti per una edizione del 'Liber Minoritarum' di Giovanni da Legnano, in Studia Gratiana, XIV (1967) (Collectanea Stephan Kuttner, IV), pp. 387-388.

⁽²³⁾ Anche quando i giuristi si occupano direttamente e specificamente di problemi francescani — come avviene, ad esempio, con Bartolo e con Giovanni da Legnano — l'interesse è per fattispecie particolari esaminate sotto un profilo strettamente tecnico. Si scorrano i sopracitati 'Libri Minoritarum' di Bartolo e di Giovanni, e si constaterà che il discorso verte quasi interamente sui problemi che nel campo delle successioni 'mortis causa' suscita l'Ordine francescano e il suo ordinamento.

proprie, tende, nella riflessione di Baldo, ad essere pensato in modo congeniale all'impostazione medievale, riassorbito in un sistema di situazioni reali, rivissuto come fatto intrinsecamente normativo (24).

Il grande interprete perugino, pur operando all'incirca un secolo dopo la 'Exiit', in un mondo sollecitato e forse addirittura percorso da motivi innovatori, è ancora uomo legato a una certa immagine dei rapporti uomo-cose, né è in grado, lui, un postero dei redattori francescani della 'Exiit', di raccogliere — e comprendere nella sua insularità storica — il messaggio racchiuso tra le molte righe della Bolla.

Tutto il mondo giuridico continua a costruire e a sistemare, nella sua inerzia culturale, sui valori pur indiscutibili dell'ordine medievale. La 'Exiit' è invece, nei suoi risultati, fuori dei confini di questo; la 'Exiit' è, al livello normativo, la prima (25) conquista di un atteggiamento dottrinale ormai sufficientemente maturo (26).

Ora, convien lasciare da parte il documento pontificio che ha avuto per noi la funzione storicamente esemplare di uno spartiacque in cui, proprio per il suo carattere di atto normativo e formalmente giuridico, si situa. Ora, conviene che si guardi più a

⁽²⁴⁾ La testimonianza di Baldo è stata da noi esaminata nel corso citato più sopra e al quale non ci resta qui che rinviare (cfr. Grossi, *Le situazioni reali*, cit., p. 161 ss.).

⁽²⁵⁾ Rispetto ai precedenti atti normativi pontificii la 'Exiit' rappresenta la prima testimonianza lucidamente consapevole e dottrinalmente matura, nella quale il problema viene distesamente affrontato, discusso in ogni suo aspetto e rigorosamente risolto.

⁽²⁶⁾ Le premesse teologico-filosofiche delle scelte della 'Exiit' sono ormai documentatamente individuate nella robusta riflessione dottrinale di pensatori francescani, come S. Bonaventura, Giovanni Peckham, Pietro di Giovanni Olivi. Si veda su ciò Elizondo, Bulla 'Exiit qui seminat', cit., p. 82 ss. (con larga bibliografia). Un deciso influsso bonaventuriano, già segnalato in una letteratura estremamente risalente (si vedano soprattutto K. Balthasar, Geschichte des Armutsstreites im Franzishanerorden bis zum Konzil von Vienne, Münster, 1911, p. 82 ss., e V. Maggiano, De relatione scriptorum quorundam S. Bonaventurae ad bullam 'Exiit' Nicolai III (1279), in Archivum Franciscanum Historicum, V (1912), per totum) è sostanzialmente riaffermato ora, sul piano della articolazione giuridica del discorso, dal Tarello, Profili giuridici della questione della povertà, cit., p. 395 (si vedano però anche le opportune precisazioni che questo A. fa a p. 396).

fondo nelle singolari premesse da cui la stessa 'Exiit' ha preso forma e vitalità e che sono già in fitta circolazione, tra le scuole francescane, dalla metà del secolo XIII.

4. Sono ben noti i tratti distintivi della cosiddetta filosofia francescana (27), né intendiamo ripeterli qui. In questa sede si vuol soltanto indugiare nell'esame, generalmente trascurato (28), del nesso preciso e diretto che unisce quelle peculiarità, così come si colgono nelle grandi trattazioni teologiche da Alessandro di Hales a Pietro Olivi, alle scelte d'una analisi sociologica innovatrice, con le quali si opera un capovolgimento di valori rispetto alle soluzioni medievali.

Insularità — su cui non ci stancheremo mai di insistere — del pensiero francescano entro la cornice storica che formalmente lo contiene. I suoi maestri, avverso l'aristotelismo imperante, si riallacciano ad Agostino con una opzione filosofica affatto consapevole e soprattutto coerente con la impostazione data all'Ordine dal Santo fondatore (29); sviluppando queste specifiche radici speculative lavorano tutti, senza posa, ad un obbiettivo centrale: l'affermazione del distacco metafisico dell'uomo sul mondo e dal mondo. La loro preoccupazione costante, sia pure perseguita con strumenti variati, è quella di estrarre dai condizionamenti del-

⁽²⁷⁾ Su questi tratti distintivi si possono consultare con profitto alcuni informati saggi di provenienza francescana. P. e., V. Breton, La pensée franciscaine, in La France Franciscaine, VII (1924); P. Boehner, The Spirit of Franciscan Philosophy, in Franciscan Studies, N.S., II (1942); E. Bettoni, Guglielmo Occam appartiene alla scuola francescana? in Studi francescani, LII (1955); Id., Lo spirito della filosofia francescana, in Studi francescani, LIV (1957). Di scarso rilievo i pur specifici lavori di G. Bonafede, Il pensiero francescano nel secolo XIII, Palermo, 1952, e di A. M. Hamelin, L'école franciscaine de ses débuts jusqu'à l'occamisme, Louvain, 1961.

⁽²⁸⁾ È indubbio merito di G. De LAGARDE, La naissance de l'esprit laïque au declin du Moyen Age. II. Secteur social de la Scolastique, Louvain, 1958, capp. IV, VII, IX, X, di aver dedicato al problema una non fugace attenzione. Sul piano storico-giuridico pagine importanti ha scritto M. VILLEY, La formation de la pensée juridique moderne, Paris, 1968, p. 147 ss., nelle quali tuttavia il discorso centrale è riservato a Scoto e ad Occam.

⁽²⁹⁾ Agli scritti citati nella nota 27 basti qui aggiungere E. Longprè, S. Augustin et la pensée franciscaine, in La France Franciscaine, XV (1932).

l'ordine cosmico il soggetto operatore, restituirgli in assoluta pienezza una sfera di libertà e porlo in diretto contatto e dialogo con Dio.

Questa filosofia, che trova la sua scintilla prima in un momento squisitamente mistico, opera una semplificazione dell'analisi finito-infinito. Il misticismo francescano incide efficacemente anche sul piano teologico, e quasi come per i templi dell'Ordine, pone in essere un'architettura scarna, rigorosa, con la sola preoccupazione di ridurre tutto al rapporto fondamentale tra uomo e Dio, unico rapporto da tener saldo e fermo, da esaltare nella solitaria essenzialità delle sue linee: solo nell'isolamento perfetto di questo rapporto l'uomo avrebbe potuto ritrovare il senso della sua filiazione da Dio, e, con ciò stesso, la sua dignità al di sopra della natura. Nella consapevolezza della intrinseca inadeguazione della materia allo spirito, i francescani si affannano a costruire dalle loro premesse teocratiche una metafisica dell'uomo.

Il sistema aristotelico-tomista è di ben diversa complessità nel tentativo, senza dubbio riuscito, di valutare armonicamente il rapporto triadico Dio, uomo, natura; in esso l'uomo è semplicemente un essere tra gli esseri inquadrato nell'universo e tutto vi parla di un primato ontologico dell'ordine cosmico. Lo domina la promozione dell'oggettivo, e l'oggettivo resta la dimensione prevalente.

Allo schematismo teocratico dei francescani che trova le sue elementari scansioni nella assoluta superiorità di Dio sull'uomo e dell'uomo sul mondo, si contrappone un articolatissimo sistema tomista proteso a rispettare, al massimo, le autonomie delle varie entità che lo compongono: autonomia relativa dell'uomo in rapporto alla Divinità; autonomia relativa delle cose rispetto all'uomo e alla Divinità stessa.

L'universo di Tommaso tende a inglobare il soggetto, a mortificarlo nella sua libertà (30); l'universo francescano è semplice-

⁽³⁰⁾ È per questo che ci lasciano perplessi certe angolature della ricostruzione di L. Lachance, L'humanisme politique de St. Thomas. Individu et Etat, Paris-Ottawa, 1939, o delle varie ricerche dedicate dallo Spicq alla nozione tomista di proprietà (ci riferiamo a C. Spicq, Notes de lexicographie philosophique médiévale. Dominium, Possessio, Proprietas, chez S. Thomas et chez les juristes romains, in Revue des Sciences Philosophiques et Théologiques, XVIII (1929); Id., La notion

mente l'ombra del soggetto, la proiezione della sua potentia, e si risolve nell'uomo. L'uomo di Tommaso è còlto soprattutto nella sua esperienza esterna, è l'uomo intelligente, visto sempre nei suoi rapporti con il creato, condizionato da esso nei suoi atti conoscitivi; l'uomo dei francescani è il singolo operatore che afferma la propria libertà sulla e dalla realtà fenomenica, che ama e vuole e che, nella carità e nella volontà, trova non solo la caratteristica prima del suo essere spirituale, ma vi trova altresì la sua perfetta indipendenza dai fenomeni.

In questa prospettiva tutto suona elogio del soggettivo, tutto sembra destinato ad interiorizzarsi, mentre in Tommaso l'affermato primato della conoscenza tende a spostare l'attenzione dall'operatore ai fenomeni o almeno a collocarlo ben all'interno di quelli, tessera di un grande mosaico nel quale solamente ha senso e da cui prende valore peculiare.

Carità e volontà sono le due dimensioni caratterizzanti secondo l'analisi minorita dell'uomo, che riecheggia sempre motivi agostiniani (31); in esse l'uomo riafferma la sua filiazione da Dio, carità somma, volontà somma; grazie ad esse, il cui processo formativo si genera nell'autonomia dello spirito, l'uomo conclama il proprio distacco metafisico dal mondo e la propria libertà sul mondo.

Ciò che preme ai nostri maestri è l'affermazione della dignitas eminentiae della persona, che sarà tanto più piena e solidamente fissata quanto più sarà costruita come nozione analogica della dignitas summa della Divinità (32). È da qui che nasce l'attenzione

analogique de dominium et le droit de propriété, ibidem, XX (1931); ID., Notes de lexicographie philosophique médiévale. Potestas procurandi et dispensandi, ibidem, XXIII (1934).

⁽³¹⁾ Sul primato della carità, cfr. C. Gumbinger, The Primacy of Charity in Iranciscan Theology, in Franciscan Studies, N.S., III (1943). Sul volontarismo francescano, C. O'Donnell, Voluntarism in franciscan Philosophy, in Franciscan Studies, N.S., II (1942).

⁽³²⁾ Una diligente raccolta di testi bonaventuriani in proposito offre F. Da Poppi, Essenza e potestà analogica del libero arbitrio in San Bonaventura, in Laurentianum, VI (1965), in particolare p. 304 ss. Nel pensiero di Bonaventura (e francescano in genere) l'analogia ha (come esattamente rileva E. Gilson, La philosophie de Saint Bonaventure, Paris, 1924, p. 225) « une signification unitive »; il che serve a puntualizzare la sua diversità dall'analogia nel sistema di Tommaso, la quale ha, al contrario, « une signification séparatrice ». Nota acutamente lo Gilson

per il problema della libertà, giacché l'uomo può pretendere di concorrere ad un grado di eminenza e di dignità sul creato soltanto se si riesca ad affermare quale sua caratteristica essenziale quella stessa del modello increato, e cioè la libertà; e il problema della libertà del soggetto non può non identificarsi con quello della sua dignità.

È questo il tema più alto, ed anche il più insistente, della speculazione francescana, attraverso il quale si opera la sutura tra le generali premesse teologiche ora accennate e una certa costruzione sociologica che si va delineando proprio nell'analisi francescana della libertà umana.

Per Tommaso causa prima della libertà è l'autocoscienza; per i francescani — in un processo di sempre maggior chiarificazione che da certe ambivalenze bonaventuriane giungerà alle soluzioni nette e rigorose dell'Olivi (33) — la libertà è anzitutto l'autodeterminazione della volontà (34). Il volontarismo latente a tutta la speculazione minorita si dichiara, diventa una scelta concreta; il conclamato primato della volontà si traduce in una concezione della libertà umana assolutamente tipica.

Abbiam detto che il fondamento della personalità del singolo è nella volontà e che in questa è la radice della libertà; che anzi

che « à l'analogie augustinienne qui relie, rattache cherche toujours des communautés d'origine pour assigner des ressemblances de parenté, Saint Thomas oppose l'analogie aristotelicienne qui sépare, distingue, confère aux êtres créés une substantialité et une suffisance relatives en même temps qu'elle les exclut définitivement de l'être divin ».

⁽³³⁾ L'impostazione volontaristica della scuola francescana — naturale conseguenza della impronta data da S. Francesco all'Ordine — è un dato non discutibile. Certo è che la scuola non si presenta a noi come un monolito: l'insegnamento bonaventuriano fa consistere il libero arbitrio principalmente nella volontà (cfr. O. Lottin, Psychologie et morale aux XIIe et XIIIe siècles, T. I. Problèmes de psychologie, Gembloux, 1957², p. 174 ss., ma soprattutto p. 179), ma già nei discepoli di Bonaventura — ad esempio in Giovanni Peckham — e poi in Pietro Olivi la libertà è vista come prerogativa esclusiva della volontà (si vedano F. Simoncioli, Il problema della libertà umana in Pietro di Giovanni Olivi e Pietro de Trabibus, Milano, 1956, passim ma soprattutto pp. 29-30, e Bettoni, Le dottrine filosofiche di Pier di Giovanni Olivi, cit., p. 399 ss., ma particolarmente p. 416).

⁽³⁴⁾ LOTTIN, Psychologie et morale, cit., pp. 174 e 176; SIMONCIOLI, Il problema della libertà, cit., p. 21 ss.; Bettoni, Le dottrine filosofiche di Pier di Giovanni Olivi, cit., p. 400.

3IO PAOLO GROSSI

l'essenza della libertà è nella autodeterminazione della volontà. L'impostazione volontaristica rende agevole l'identificazione della libertà in una superiorità, in una potestà dominativa, in un dominio.

Seguiamo, per un momento, alcune illuminanti testimonianze: libertà è sinonimo di « dominium » e ad essa spetta, per eccellenza, la qualifica di dominativa (35); la libertà — che si sostanzia nell'atto volitivo — è anzi la « dominativa facultas ipsius voluntatis », cioè una vitalità tendente a proiettarsi all'esterno con una enorme capacità inglobante (36); è una vera e propria « facultas dominandi », cioè una inesausta esigenza possessiva (37), giacché è la libertas nel suo aspetto di dominium — dominium sopra sé stesso e sulla realtà esterna — che consente al soggetto di essere « plene in se ipso consistens », dotato d'una pienezza di sovranità, al contrario del servo che è posseduto dal padrone (38); libertà è infatti dominium proprio perché è logicamente l'antitesi della servitù (39),

^{(35) «}dominativa libertas» (Pietro Olivi, Quaestiones in secundum Librum Sententiarum, ed. B. Jansen, Quaracchi, 1922-1926, vol. II, q. LV, p. 290): «dominium seu dominativa libertas» (ibidem, q. LVII, p. 320).

^{(36) «}Libertatem etiam sine voluntate ponere est omnino impossibile, cum libertas nihil aliud sit quam dominativa facultas ipsius voluntatis » (*ibidem*, q. LIV, p. 249). O ancora: «Liberum, in quantum liberum, est idem quod potens dominio et libere agere » (*ibidem*, q. LI, p. 172).

^{(37) «} Omnis homo cum quodam dominio et cum quadam aestimatione dominii fertur ad omnia inferiora et potissime ad omnia quae de jure se aestimat possidere seu in quibus aestimat et dicit se habere aliquid iuris. Sed omnia ista falsitatem in se continent, si in nobis non est libertas et facultas dominandi » (ibidem, q. LVII, p. 322).

^{(38) «} Si autem in homine non est liberum arbitrium, non potest accipi ut ens plene in se ipso consistens et sui gratia nec ut diligibile propter se et sui gratia, cum aliter non habeat dominium super se nec super aliquid aliud et sic per consequens nullum bonum plene habeat aut possideat; non enim plene habetur ita quod plene posset dici suum, quod pleno dominio non possidetur. Quod etiam non est liberum non est sui gratia, cum sit necessitati totaliter subiectum et ita potius videatur ab altero possessum, sicut servus possidetur a domino » (ibidem, q. LVII, p. 319).

^{(39) «}Libertas enim opponitur servituti. Unde illa sola potentia dicitur esse libera, quae dominium habet plenum tam respectu obiecti quam respectu actus proprii» (S. Bonaventura, Commentaria in Secundum Sententiarum, in Opera omnia, t. II, Ad Claras Aquas, 1885, f. 593 a).

« USUS FACTI » 3II

perché significa indipendenza e autonomia del soggetto (40). Una indipendenza e una autonomia che il soggetto scopre *in primis* su sé stesso, che si traduce in un « dominium sui », in un « dominium super suos actos » (41), dal momento che la personalità dell'uomo, nella sua inviolabilità, non è altro che « existentia dominativa et libera et in se ipsam possessive reflexa vel reflexibilis, id est se ipsam cum quadam libera reflexione possidens » (42).

Sono poche, efficaci testimonianze di un filone di pensiero che, da Bonaventura in poi, non sembra avere perplessità, appare univoco nel proprio indirizzo, è lucido fino all'estremo nella contemplazione del proprio risultato, è con sicurezza identificabile nella grande coralità scolastica. Anche lo strumentario linguistico e concettuale denuncia, ad un tempo, questa insularità e questa straordinaria chiarezza di idee: da Bonaventura in poi si ripete sempre più, sino alla monotonia, un termine «dominium» con una frequenza e una pregnanza che non hanno riscontro nel linguaggio tecnico degli scolastici precedenti (43), e, accanto, una

^{(40) «}Libertas est dominium propter privationem coactionis», o, con proposizione ancora più esplicita, «Si autem loquamur de dominio libertatis quod opponitur servituti coactionis... hoc dominium est essentiale libero arbitrio» (ibidem, f. 188 a).

⁽⁴¹⁾ Si può rileggere, fra i molti passi bonaventuriani che si dovrebbero citare, quello segnalato alla nota 39. Esemplare il passo oliviano cui si accenna nel testo: « voluntas habet etiam dominium super suos actus, quod patet, quia aliter non esset libera » (vedilo edito in Simoncioli, *Il problema della libertà*, cit., p. 22).

⁽⁴²⁾ Pietro Olivi, Quaestiones in secundum Librum Sententiarum, cit., vol. II, q. 52, p. 200.

⁽⁴³⁾ È palese, su questo punto, come è stato dimostrato con esemplare probità dal Lottin, Psychologie et morale, cit., pp. 174-224, passim, la derivazione bonaventuriana di certa terminologia e concettualistica di S. Tommaso. Il che — mi sembra — diminuisce di gran lunga la validità di talune ricostruzioni della nozione di dominium nell'opera dell'Angelico, le quali, disconoscendo una tal derivazione e proponendo il discorso in termini singolarmente astratti, non possono conseguire la storicizzazione del problema (ci riferiamo, in particolare, a Lachance, L'humanisme politique de St. Thomas d'Aquin, cit., p. 125 ss. e a J. Brufau Prats, La noción analogica del dominium en Santo Tomas, Francisco de Vitoria y Domingo de Soto, in Salmanticensis, IV (1957), p. 96 ss.). Sulla originalità della concezione bonaventuriana della libertà come dominium, cfr. Simoncioli, Il problema della libertà umana, cit.

nozione — quella appunto di « dominium » — diventa un concetto chiave delle costruzioni teoretiche.

Come crediamo di avere sufficientemente messo in luce, è questo il frutto più vistoso di quel congenialissimo sposalizio fra teocratismo e volontarismo che si realizza appieno nei maestri francescani: nella loro teologia, che si apre sempre su di uno sfondo mistico, il rapporto uomo-Dio, nel suo aspetto di totale affidamento dell'uomo alla Divinità, è configurabile solo come dominium, e Dio è ai loro occhi soprattutto il dominus nella sua onnipotenza; nella loro filosofia sociale, l'obiettivo costante della rivalutazione della dignità dell'uomo — un uomo creato a immagine e somiglianza della Divinità — e dell'affermazione del suo distacco metafisico dal mondo fa loro pensare il rapporto soggetto-realtà sociale e soggetto-realtà fenomenica in termini di dominium.

In forma tipicamente neoplatonica il processo esplicativo della realtà, che muove dall'alto verso il basso, ha due scansioni — da Dio all'uomo, dall'uomo al mondo — che si concretano ciascuna in un rapporto di *dominium*, e ha due protagonisti esclusivi, Dio e il soggetto umano.

Questo soggetto umano è innanzitutto libero, ed è tale perché vuole esserlo; la sua libertà è facultas dominandi, è cioè una capacità di esprimere completamente sé stesso solo mediante forme possessive; una libertà che è dominium perché è superiorità, indipendenza, esclusività; una libertà che consiste — e si traduce — in un dominio di sé stesso e dei propri atti e in una tendenza dominativa verso la realtà esteriore.

Sia il dominium sui, sia il dominium rerum trovano la loro radice unitaria in quella tendenza espansiva, in quella insopprimibile capacità a realizzarsi in modo preminente che abbiamo visto qualificare come «facultas dominandi». La matrice è senza dubbio unitaria. Ovviamente, non c'è in questi scrittori immersi in un clima spiritualisticamente tanto alto l'affermazione d'una consequenzialità tra i due aspetti di dominium; non si propone il passaggio, o per dir meglio, il trapasso, che sarà onnipresente nelle correnti individualistiche laiche di qualche secolo di poi, da un dominio di sé (che reca quale tratto tipico di essere il limite della propria individualità) a un dominio delle cose della realtà esterna (che reca quale tratto tipico di essere la tutela e il compimento

della propria individualità (44). Tutto questo, ovviamente, non c'è; si può però legittimamente individuare una tendenza a porre in rapporto il dominio su sé stesso (che è limite al proprio potere) al dominio sulle cose (che è estrinsecazione del proprio potere) almeno sotto il profilo della libertà del soggetto; l'uno e l'altro contribuiscono alla sua libertà, sono la manifestazione della sua libertà.

Quel che ci preme però di notare è che la nozione di dominium dal ristretto campo giuridico da cui viene assunta (come provano i continui riferimenti servitus-dominium) diviene nei maestri francescani, coerentemente alle loro premesse volontaristiche, una generale categoria interpretativa della realtà sociale; non più dominium in senso stretto, come nei testi romani da cui pur nasce la lettura dei teologi, ma una nozione assai più lata che ricomprende certo anche la proprietà ma accanto a questa una gamma vastissima di situazioni dominative; che questa nozione, scarsamente rilevante nella interpretazione medievale dell'ordine sociale, costituirà, ricevuta in una latitudine tanto vasta, uno strumento interpretativo ricorrente nelle mani degli homines novi della speculazione post-medievale da Occam a Fitz Ralph, da Wycliff a Gerson.

Possiamo ora tirare le fila di queste pagine e tentar di scoprire il volto e i caratteri della sociologia francescana; essa è dominata da una relativa sensibilità per il sociale (45). La sua preoccupazione per la libertà e dignità del soggetto la costringe a proporci una realtà sociale atomisticamente còlta come una somma di individualità più che come una entità organica. Il suo interesse, la sua attenzione sono prevalentemente per il singolo perché è lui soltanto portatore e affermatore di libertà. La dimensione sociale — al

⁽⁴⁴⁾ Con la ulteriore precisazione che, mentre nel pensiero francescano dominium sui significa soprattutto dominio dei propri atti interiori, nelle future correnti individualistiche dominium sui significa proprietà del proprio corpo, delle proprie membra.

⁽⁴⁵⁾ Lo stesso De Lagarde (La naissance de l'esprit laique au declin du Moyen age. II. Secteur social de la Scolastique, cit., p. 97 ss.), che pur non è incline a marcare differenze troppo nette fra la sociologia domenicana e quella francescana, afferma efficacemente: « tout conduit saint Thomas à la philosophie sociale. Tout en détourne saint Bonaventure » (p. 105).

pari di quella fenomenica — è il campo di sperimentazione della preminenza del singolo, dei suoi meriti particolari. Il mondo sociale altro non è che il terreno d'espansione della sua *potentia* rispetto alla quale ogni realtà esterna diviene mera ombra o accidente.

In questa diagnosi così esasperatamente soggettivistica anche il mondo delle cose sensibili perde un proprio significato autonomo. La funzione dinamica e promotiva della realtà oggettiva per il passaggio delle potenze dalla inattività all'atto quale ci è presentata dalla concezione aristotelico-tomista è semplicemente una eco lontana nell'àmbito della sistemazione francescana. In essa il tentativo di affrancare le potenze dell'anima dalla servitù del mondo oggettivo costringe questo mondo in un limbo di inefficienza e di passività: nella visione culminante del pensiero francescano prescotista, quella dell'Olivi, l'oggetto si riduce a pura causa terminativa, puro termine estrinseco ed inattivo. E il distacco metafisico del soggetto sul mondo diviene un vero e proprio dualismo metafisico basato sulla intrinseca inadeguazione della materia e dello spirito.

La sistemazione francescana non merita di essere qualificata puramente e semplicemente individualistica, perché non riesce a rinunciare ad un sottofondo universalista di marca mistica e teocratica da cui è costantemente impregnata; certo è che essa pone in essere tutte le premesse per una strutturazione della società di tipo individualistico.

Dopo la documentazione che sarà offerta nei paragrafi seguenti, sarà facile, al termine di questo lavoro, puntualizzare quanti di questi motivi e di queste premesse, filtrati attraverso particolari canali storici, abbiano contribuito alle scelte individualiste proprie della età moderna. Tra questi sta senza dubbio la fondamentale inversione metodologica che i francescani avevano operato: il punto di partenza non si situava più nella natura cosmica o nel gruppo sociale, ma nel proprio «io», nella «mia» individua natura, e si affermava la certezza che nell'«io» del singolo si scopriva la natura dell'uomo. Il pudore dell'operatore medievale a guardarsi dentro stava per divenire la narcisistica compiacenza dell'uomo nuovo a cogliere nei propri dati individuali le trame d'un ordine essenziale; si trattava ormai di un operatore in qualche

modo liberato e affrancato, la cui libertà somigliava assai a una energia smaniosa di realizzarsi o, come dicevano i candidi francescani, a una «facultas dominandi».

« Jus vel dominium ».

- Il volontarismo francescano e la sua incidenza nell'analisi della realtà sociale.
 Il diritto come realtà dominativa. 2. La costruzione volontaristica del dominium.
 3. Il dominium come proprietas. 4. Proprietas e proprietarietas: contributo alla caratterizzazione sociologica del proprietario.
- r. Abbiam detto più sopra che, secondo il filone di pensiero francescano, la libertà è per l'uomo « facultas dominandi », cioè una capacità di esprimere appieno sé stesso soprattutto mediante forme possessive e che si traduce comunque in una tendenza dominativa verso la realtà esteriore. È opportuno ripetere qui una simile precisazione, giacché essa si presuppone all'avvio del nostro discorso sul tema del diritto. In questo clima viene infatti affidato al diritto il compito di rafforzare ed affermare nell'effettività dei rapporti sociali la libertà dell'uomo; che non è una libertà in astratto, una dimensione della comunità antropica, una generica qualità rispetto alla necessità che inchioda il mondo dei fenomeni, ma è libertà di singole individualità caratterizzate ciascuna, essenzialmente, di dignità e di meriti.

Il diritto tende qui a proporsi come il tessuto connettivo in cui la libertà personale, appunto come capacità di espressione, può realizzarsi pienamente; come lo strumento che permette alla « mia » energia, allorché essa venga in contatto con quella di un altro, di fruire della più ampia tutela possibile. Allo « jus » viene cioè conferito il compito primario di serbare intatta l'indipendenza del singolo all'interno della organizzazione comunitaria, strutturando un tipo di organizzazione nella quale questa indipendenza possa essere accolta e presidiata.

Aggiungiamo: un tipo di organizzazione entro la quale il sociale non sia un superamento dell'individuale, bensì una sua integrazione e dilatazione. Lo «jus», insomma, lasciando il terreno obbiettivo che gli aveva riservato la tradizione aristotelico-tomista, finisce per diventare una proiezione dei supremi interessi del sog-

getto operatore ed è sempre più pensato e pensabile come un cumulo di situazioni soggettive piuttosto che la concretizzazione storica d'un ordine razionale.

È merito del Villey di avere visto il nesso fra le origini d'una nozione moderna di diritto soggettivo e i filoni di pensiero su cui andiamo indagando (46): se, sul piano teologico-filosofico, il problema centrale che vi si afferma è quello delle libertà dei singoli, cioè della esigenza che la mia, la tua, la sua libertà convivano, sul piano giuridico-sociale il problema centrale non può essere, consequenzialmente, che un certo assetto dell'ordinamento entro il quale alla mia libertà, riconosciuta insopprimibile, siano offerti, al tempo stesso, degli involucri protettivi e delle possibilità di azione.

L'ordinamento che si intravede, nello sfondo, fra le trame dell'articolato pensiero dei teologi francescani, reca appunto questi due motivi tipizzanti. È un ordinamento che si costruisce sul soggetto, che fa delle situazioni soggettive il proprio momento dinamico.

E lo jus, soggettivisticamente inteso, ha una dimensione, per così dire, difensiva e offensiva. È infatti opportuno non dimenticare che libertà è sinonimo di forza dominativa; che essa, per intrinseca natura, non può essere autenticamente còlta nella sola attività protezionale dell'individuo, ma che, per nascere più sul terreno specifico della volontà che in quello della conoscenza, per essere, né più né meno, che l'autodeterminazione della volontà stessa, ha in sé una carica espansiva, o, come or ora dicevamo, offensiva; si realizza perfettamente solo tendendo a porre il singolo titolare in una posizione di superiorità.

Le premesse volontaristiche tipicizzano così tutto l'ordinamento e lo condizionano; il diritto viene riconosciuto quale prodotto esclusivamente umano, quale artificio che la storia umana getta sulla natura per irretirla; il diritto, che è espressione della libertà dell'uomo nella storia e sulla natura, è soprattutto volontà dominativa e forza dominativa. Non è la regola oggettiva che l'uomo

⁽⁴⁶⁾ Il Villey è tornato a più riprese sull'argomento. Conclusive le pagine, già più volte segnalate, contenute ne *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., pp. 182 ss.

legge nelle cose perché nelle cose è chiaramente scritta, ma è la sua creatura finalizzata al consolidamento della sua posizione di superiorità.

« Jus cuiuscumque superioris auctoritatis et potestatis et jus subiectionis vel obligationis ad eam » si dice, con una indicativa terminologia, da parte dei teologi, in un discorso dove ormai jus è semplicemente una qualità del soggetto e, più ancora, un sinonimo di potere (47); è null'altro che un involucro protettivo e una potenza.

Siamo allora in grado di storicamente comprendere certe affermazioni che un affrettato giudizio potrebbe qualificare scorrette o atecniche o singolari; come in una questione « de usu paupere », scritta ai primi del Trecento da Pietro Aureolo, nella quale leggiamo una frase siffatta: « habens usum in re habet dominium aliquod, quia habet jus in usu » (48), dove, a prima vista, si constata che due termini sono situati sullo stesso piano e sono costruiti con un identico contenuto semantico: jus e dominium.

Ogni situazione giuridica emerge, per sé stessa, al rango di situazione dominativa. Da qui l'endiadi che troviamo ricorrente in ogni pagina: «jus vel dominium », da qui l'equiparazione ugualmente ricorrente fra «jus » e «jurisdictio ».

Non mette conto di insistere su questo punto: le lucide pagine scritte in proposito dal Villey sono esaustive e convincenti. Potremmo, se mai, riallacciandoci al testo dell'Aureolo, terminare con una non disutile precisazione.

Qualcuno infatti potrebbe forse notare una apparente asso-

⁽⁴⁷⁾ Citiamo un esempio fra i tanti: Pietro Olivi, Quaestio 'Quid ponat ius vel dominium', in F. Delorme, Question de P. J. Olivi « Quid ponat ius vel dominium » ou encore « De signis voluntariis », in Antonianum, XX (1945), passim, ma specialmente pp. 316-318.

⁽⁴⁸⁾ La quaestio fu dapprima edita dal Longpré come opera di Niccolò di Lira (cfr. 'Quaestio inedita Fr. Nicolai de Lyra « De usu paupere » iuxta Vat. lat. 869, f. 148 vb-149 vb', in E. Longpré, Le quolibet de Nicolas de Lyre O.F.M., in Archivum Franciscanum Historicum, XXIII (1930) (la frase utilizzata nel testo è a p. 53). Successivamente fu riconosciuta dal Pelster come una seconda redazione del « Tractatus de paupertate et usu paupere » di Pietro Aureolo (cfr. F. Pelster, Nikolaus von Lyra und seine Quaestio de usu paupere, in Archivum Franciscanum Historicum, XLVI (1953), p. 213, e Zur Uberlieferung des Quodlibet und anderer Schriften des Petrus Aureoli O.F.M., in Franciscan Studies, N.S., XIV (1954).

nanza fra i risultati dei teologi francescani e quelli dei giuristi medievali di diritto comune. Si sa che è invenzione non minima dei Glossatori la cosiddetta teorica del dominio diviso, della pluralità dei dominii, grazie alla quale un amplissimo numero di semplici diritti sulla cosa viene elevato al rango di «proprietà ». Per non cadere in equivoci, basti notare che i Glossatori giungono alla creazione di una pluralità di dominii rivalutando, in piena coerenza con gli assunti medievali, la situazione oggettiva di uso e di godimento, o, in altri termini, una certa realtà economica, fattuale, prodottasi nella realtà esteriore, nel rapporto uomo-cosa visto e valutato più dalla parte della cosa che del soggetto. Oui, al contrario, è la dimensione giuridica come quasi interna al soggetto (non dimentichiamo che nel culmine della speculazione francescana la realtà esterna si vedrà ridotta a mero termine passivo) che emerge a dimensione dominativa. Quanto per il giurista medievale, moltiplicare i dominii aveva assunto il significato di mortificazione della proprietà-appartenenza e di subordinamento dell'istituto proprietà ai fenomeni esterni, tanto per il teologo francescano vedere in ogni manifestazione giuridica sulle cose una entità dominativa assumeva il significato di sorprendere i tratti essenziali dell'intera realtà alla luce della dignità e sovranità indiscutibile del soggetto operatore. Il diritto ha dentro di sé questa tensione nascosta a scattare in dominium, perché è strumento della superiorità del soggetto.

2. Nella visione, che abbiamo sommariamente delineato, l'ordinamento giuridico ci appare dunque come un insieme di rapporti diretto da meccanismi volitivi, o, se preferiamo usare una altra espressione, è la traduzione sul terreno sociale della volontà del soggetto di affermare sé stesso; è genericamente e potenzialmente dominium.

Ma questo è soltanto uno sfondo: ai nostri fini, il discorso esige di essere completato, esaminando come, al centro di questi rapporti e in coerenza con essi, si collochi quella situazione del soggetto che è specificamente e concretamente dominium: cioè la proprietà privata. Ciò varrà ad introdurci in una visione singolare dei rapporti uomo-cose e in una analisi di questi tanto acuta e consapevole da meritare il massimo dell'attenzione.

Secondo i francescani il rapporto uomo-cose, in ogni sua manifestazione, può essere ricompreso entro una categoria generale che è quella dell'habere, a condizione che si intenda l'habere come l'insieme delle esigenze e delle soluzioni che pone il rapporto tra il soggetto e la rerum natura. A questa condizione e in questi limiti è un problema inerente all'habere anche il problema della proprietà, e correttamente da parecchi teologi si dice che il denominatore comune habere trova molte specificazioni riconducibili tuttavia a due posizioni fondamentali: dominium e usus, proprietà e uso (49).

Se invece per *habere* si intende ben più di un problema ma una situazione di contatto immediato e diretto con la cosa, concretantesi in godimento, uso, detenzione, situazioni nella quale spetti alla cosa una sua contribuzione attiva e tangibile, in questo caso la nozione di *habere* non si presterebbe, secondo i modelli francescani, a ricomprendere entro di sé anche la proprietà.

Perché questa distinzione tra un habere generale e un habere specifico? Perché questa collocazione del dominium all'interno del primo e non del secondo? La risposta è agevole: perché, fermo restando che la proprietà pone un problema di rapporti tra uomo e cose, i teologi francescani tendono a svincolarla dai condizionamenti delle cose, operanti a livello dell'habere specifico, e a risolverla il più possibile all'interno dell'autonomia del soggetto, ontologizzando — per così dire — una nozione lata di habere, o, se vogliamo, facendo dell'habere una dimensione dell'essere stesso del soggetto. Cerchiamo di spiegarci alla stregua delle testimonianze dottrinali.

Fin dalla riflessione bonaventuriana, come sopra accennavamo, i due momenti fondamentali dell'habere generale sono individuati nel dominium e nell'usus, ma sempre come due momenti affatto distinti, non comunicabili perché qualitativamente differenziati e soprattutto funzionalmente differenziati. Limitiamoci, per ora, a esaminare l'analisi francescana del momento dominium, riservandoci di dedicare successivamente una attenzione autonoma all'usus.

⁽⁴⁹⁾ Bonagrazia da Bergamo, Tractatus de Christi et Apostolorum paupertate, cur. P. L. Oliger, in Archivum Franciscanum Historicum, XXII (1929), p. 324.

La proprietà è un *quid juris*; appartiene al diritto; un diritto non più inteso come il ritmo secreto delle cose, ma come una volontà da affermare sulle cose. E la proprietà è soprattutto volontà, volontà di espansione sulle cose (50).

Le nostre fonti sono estremamente variate nella qualificazione, ma ogni termine usato è sempre riconducibile alla sfera volitiva: talora si dirà «amor» (51), talora «affectus» (52), talora più scopertamente si affermerà che proprietà è volontà appropriativa, cioè un «actus interior» che si sostanzia in un «velle» (53), come altrettanto scopertamente si giustapporrà che povertà si sostanzia semplicemente in un «nolle» (54). È certo che risulta affatto dichiarato il tentativo di risolvere il problema della proprietà all'interno dell'indipendenza del soggetto agente, facendo di essa un mero «actus voluntatis» e tracciando un solco non facilmente colmabile fra territorio dell'umano e territorio dei fenomeni (55).

⁽⁵⁰⁾ Cfr. per tutti Giovanni Peckham, Tractatus contra fratrem Robertum Kilwardby, cit., p. 138.

^{(51) «} quam inseparabilis est amor a dominio ». È frase che il Peckham ripete a più riprese nel suo trattato (cfr. Giovanni Peckham, Tractatus pauperis... cur. A. Van den Wyngaert, Paris, 1925, p. 68, e F. Delorme, Quatre chapitres inédits de Jean de Pecham, O.F.M., sur la perfection religieuse et autres états de perfection, in Collectanea franciscana, XIV (1944), p. 119 (il 'Tractatus' di Peckham non è stato edito unitariamente, ma in modo sparso; l'edizione del Van den Wyngaert concerne i primi sei capitoli, mentre quella del Delorme i capp. XI-XIV. Gli altri capitoli sono stati editi separatamente in sedi diverse dallo stesso Delorme e dal Little).

^{(52) «} sine affectu autem et voluntate nullus habet dominium » (Riccardo di Conington, Tractatus de paupertate fratrum minorum, cur. A. Heysse, in Archivum Franciscanum Historicum, XXIII (1930), pp. 99-101.

^{(53) «}in loculis... duo actus considerantur. Unus est exterior, scilicet loculos portare et res que habentur in loculis sive in communi dispensare sive contractare. Alius est actus interior, scilicet velle habere eas in dominio... et eas iure talis dominii possidere et contractare » (Bonagrazia da Bergamo, Tractatus de Christi et Apostolorum paupertate, cit., p. 489).

^{(54) «}conditio potior abdicationis temporalium non actenditur secundum actum exteriorem, qui est relinquere sive abdicare de facto res temporales, set principaliter actenditur secundum actum interiorem, qui est nolle habere res temporales et eis velle carere propter Deum » (Bonagrazia da Bergamo, *ibidem*, p. 333).

⁽⁵⁵⁾ È questa l'impostazione generale della letteratura pauperistica france-

« USUS FACTI » 32I

Quando, nell'esigenza di precisare minutamente il contenuto della povertà francescana, la si definisce « abdicatio omnis iuris et dominii » (56), si segna un confine fermissimo, sul piano del tempo e dello spazio, tra mondo della volontà e della libertà e mondo della necessità, tra un mondo percorso da istanze dominative e un altro pervaso solo da una primordiale esigenza di sopravvivenza. Da una parte lo « jus » e la sua formazione più appariscente: il dominium, dall'altra la « rerum natura »: due mondi valutati con lenti esasperatamente dualistiche, separati da un fossato ideale sul quale sono ormai crollati i pur solidi ponti gettati e custoditi dal tomismo.

La natura cosmica, proprio per la sua neutralità volitiva, è vista in tutta la sua passività di oggetto né è in grado di cooperare al processo formativo della proprietà che l'idealismo francescano risolve tutto *in interiore homine*. Ascoltiamo per un attimo il più lucido e maturo campione di questo atteggiamento speculativo, Pietro Olivi: « istud fit per solas voluntates interiores et voces exteriores, non quidem in quantum naturaliter efficaces et fortes, set solum in quantum sunt voluntaria signa voluntatis interne » (57). La realtà esterna ha perduto ogni sua autonomia, si riduce a voce, a segno di un atto che ha acquisito la sua compiutezza grazie a un processo interiore.

L'uomo è proprietario non perché ha concretamente delle cose in suo possesso, ma perché intende essere proprietario di quelle, ha verso esse una volontà appropriativa; il nihil habens può essere « omnibus dominans » se lo sorregga una adeguata volontà (58). L'atto esterno, finché resta fatto, finché non viene interiorizzato, cioè spiritualmente qualificato mediante un moto possessivo della volontà, è irrilevante; si situa al di là dei confini dell'umano in

scana. Un esempio estremamente lucido è offerto dal 'Tractatus' di Bonagrazia da Bergamo citato alle note precedenti.

⁽⁵⁶⁾ È definizione comune. Exempli causa, vedi RICCARDO DI CONINGTON, Tractatus de paupertate fratrum minorum, cit., p. 354.

⁽⁵⁷⁾ PIETRO OLIVI, Quaestio 'Quid ponat ius vel dominium', cit., p. 318.

⁽⁵⁸⁾ L. Amoròs, Aegidii Romani impugnatio doctrinae Petri Joannis Olivi an. 1311-12 nunc in primum in lucem edita (Disseritur de mente Concilii Viennensis in causa eiusdem P. J. Olivi), in Archivum Franciscanum Historicum, XXVII (1934), p. 438.

una zona di ombre dove gioca soltanto il suo ruolo di termine materiale e di occasione.

È questo il nucleo argomentativo con cui la letteratura pauperistica affronta il problema della povertà del Cristo e degli Apostoli. Essi — si dice da parte degli scrittori minoriti — sicuramente ebbero dei loculi, cioè delle casse comunitarie contenenti danaro e beni preziosi, ma ciò è ancora troppo poco per qualificare il rapporto, dal momento che non gli atti esterni, ma unicamente gli atti interiori indicano un rapporto di proprietà. Non interessa se nelle mani del Cristo e dei discepoli erano enormi quantità di danaro, interessa soltanto l'atteggiamento psicologico verso quel danaro: «in loculis... duo actus considerantur. Unus est exterior, scilicet loculos portare et res que habentur in loculis sive in communi dispensare sive contractare. Alius est actus interior, scilicet velle habere eas in dominio speciali vel communi suo speciali collegio participato et eas iure talis dominii possidere et contractare... in loculis dicendum est quod licet Christus quantum ad actum exteriorem in loculis deferendis, contractandis et dispensandis hiis que ibi reponebantur condescendit infirmis, non tamen quantum ad volendum sibi vel collegio apostolorum appropriare, seu appropriando dominium loculorum... » (59). Cristo e gli Apostoli non hanno il dominium sui loculi, perché fa loro difetto una volontà specificamente orientata. Il fatto che essi abbian potuto disporre di beni anche rilevanti, resta un fatto, il cui recupero alla sfera del diritto è condizionato all'avverarsi di un meccanismo psicologico.

Lo scardinamento dell'istituto proprietà da condizioni esterne, il riconoscimento della sua essenza in un moto di autodeterminazione della volontà non erano tuttavia operazioni intellettuali di nessun costo, ma aprivano anzi tutta una gamma di problemi di non facilissima soluzione.

Il primo, e forse il principale, concerneva la funzione stessa della proprietà: se il dominium consiste in un velle e se non sono ad esso costitutivi i contenuti fattuali dell'habere specifico, a che cosa è ordinato quel dominium? Forse non si è proprietari di

⁽⁵⁹⁾ Bonagrazia da Bergamo, Tractatus de Christi et Apostolorum paupertate, cit., p. 489 (ma si vedano anche le pp. 491 e 500).

« USUS FACTI » 323.

una cosa per farne di essa un uso esclusivo, per goderla in modo parimente esclusivo, per tenerla, per conservarla, per disporne? Forse non si è proprietari per accrescere le possibilità dilettevoli che la permanenza terrena offre?

La risposta è ferma, ed è fermamente negativa. La « delectatio », la « utilitas », il « commodum », che normalmente discendono dalla proprietà sono accidenti che corrispondono a un suo fine estrinseco (60). Il fine intrinseco, che ne tocca l'essenza, è soltanto nella affermazione della sovranità della volontà che, affermando sé stessa, afferma la libertà del soggetto, la sua dignità, il suo distacco metafisico dal mondo.

Vivissima l'esemplificazione che serve da supporto didascalico di questa premessa. Ricorrente è l'esempio dell'avaro tratto dalla esperienza comune: l'avaro è un proprietario di ricchezze che non ne usa, non ne gode, non ne dispone. La sua proprietà non si concreta in un habere specifico, ma soltanto in un moto psicologico del proprietario verso le ricchezze, giacché egli le vuole per sue. Basta questo per far di lui, anche se la sua vita è più sordida dell'ultimo dei poveri, un dominus; un dominus però che non trae vantaggi economicamente valutabili dal suo patrimonio (61).

Sotto questa stessa angolatura è poi di particolare interesse l'esempio di Dio, che è *dominus* dell'universo, e che non trae vantaggio alcuno da questo universo.

L'inserimento nel problema dei fini della proprietà dell'ulteriore elemento «dominium divinum» è importante: filosoficamente si opera il ricongiungimento del problema proprietà con tutte le più autentiche matrici speculative del pensiero france-

^{(60) «}duplex est finis divitiarum: unus intrinsecus et principalis, et iste est uti rebus ut suis; alius extrinsecus et minus principalis, quo quis rebus utitur aut ad delectationem... aut ad nature perfectam sustentationem et bene esse...; uti autem re ad delectationem non est ille finis vel usus ad quem per se dominium ordinatur... » (cfr. Réponse à 12 objections contre la doctrine du traité 'De usu paupere', in F. Delorme, Notice et extraits d'un manuscrit franciscain, in Collectanea franciscana, XV (1945), p. 48).

^{(61) «} quod autem usus ad delectationem non sit finis per se amatoris divitiarum... patet in avaro, qui summe amat divitias et tamen non utitur divitiis ad delectationem, immo vix audet comedere et quanto magis crescit in eo amor divitiarum, tanto deficit usus earum, quia eis non vult uti, set conservare ut proprias et congregare » (ibidem, p. 48).

scano, come poco sopra le abbiamo esposte; storicamente, si inizia a insistere su un tema che sarà il tema d'avvio delle prossime rivoluzioni culturali, dalla meditazione occamiana a quella riformata attraverso le grandi mediazioni di Wycliff, di Gerson, di Huss.

È un maestro francescano di Oxford operante ai primi del Trecento, Gualtiero di Chatton, a proporlo come base argomentativa. Egli sta disserendo della scissione tra proprietà ed uso che si viene ad operare per espresso dettato della decretale «Exiit» e più precisamente della giustificazione della proprietà alla Sede Apostolica di quei beni di cui i francescani usano, seppure di fatto, perpetuamente. Il problema d'una giustificazione di quel dominium — apparentemente vuoto e svuotato di ogni contenuto come una crisalide risecchita — ha sempre assillato i teologi francescani, primo fra tutti San Bonaventura (62), ma ora, in un pensiero più maturo, in una coscienza più riposata, il problema trova una soluzione convincente. Chatton ci ripete l'esempio sopra riferito del «dominium thesauri in deposito alicuius», e incalza di seguito: «immo sic dominium Dei respectu omnium esset valde simplex, quod nullum commodum sibi ex illo provenit, tamen vere est Dominus, quia sua voluntas fit » (63).

L'armonico quadro del sistema francescano si svela alfine compiutamente: così come la dignità e libertà dell'uomo possono essere affermate per analogia da quelle divine, un dominium dell'uomo si giustifica soltanto nel dominium della divinità, e si giustifica allo stesso modo di quello. L'uomo è dominus perché è immagine del dominus supremo, e lo è allo stesso titolo: come Dio non è padrone dell'universo per trarne dei vantaggi, ma per

⁽⁶²⁾ S. Bonaventura, Apologia pauperum contra calumniatorem, cit., cap. XI, n. 7.

^{(63) «} ut tunc illud dominium sibi [Curiae Romanae] sit utile, non oportet quod commodum de facto inde sibi proveniat, sed sufficit quod commodum possit sibi provenire, si velit et quando sibi placet. Ita enim dominium thesauri in deposito alicuius, posito quod numquam ex eo commodum aliquod sibi proveniat, tamen sic est sibi utile, quod commodum potest sibi ex eo pervenire, quando sibi placet. Immo sic dominium Dei respectu omnium esset valde simplex, quod nullum commodum sibi ex illo provenit, tamen vere est Dominus, quia sua voluntas fit » (Gualtiero di Chatton, Tractatus de paupertate evangelica, ed. D. L. Douie, in D. L. Douie, Three Treatises on evangelical Poverty, cit., p. 218.

affermare, in tutta la sua pienezza, la propria volontà, così è per l'uomo. Anche per lui il *dominium* è soltanto manifestazione d'una volontà, cioè manifestazione d'una tendenziale sovranità sul mondo che non ha altra giustificazione che all'interno del soggetto stesso.

In questo modo si giunge a una depurazione della nozione di proprietà e a una sua perfetta separabilità dall'uso e dal godimento. Perché una situazione soggettiva verso le cose possa essere qualificata dominium è sufficiente un preciso atto di volizione, all'interno del quale trova la sua giustificazione; né c'è bisogno di un concorso dei fatti esterni a costituirla come tale. Ciò che semplicemente conta, sul piano del reale, è che quella volontà si traduca in una situazione potestativa, in una situazione di superiorità, all'incirca modellabile sul rapporto che esiste tra servo e padrone: « ubi vera servitus, ibi verum dominium » (64).

Se ci è consentito parafrasare adattandola al nostro oggetto una definizione e qualificazione famosa, si potrebbe dire correttamente che i francescani costruiscono una dottrina pura della proprietà; pietra su pietra, con un programma lineare, questa costruzione viene portata coraggiosamente innanzi fino a conseguire il risultato più macroscopico: lo svincolo della proprietà dai fatti economici e sociali, la sua rigorosa confinazione nel mondo della volontà.

La proprietà si è purificata tra queste fiamme idealistiche: non è più uno strumento di godimento e di colonizzazione, non è più una regola oggettiva della realtà economica, ma una dimensione del soggetto. Il profilo sotto il quale valutarla non può più essere pertanto quello dell'utile, ma quello della libertà e della preminenza del soggetto.

Purificazione dunque, e anche dilatazione del *dominium*: non siamo più di fronte a un istituto economico-giuridico, a una invenzione propria della storia umana, ma a una qualità del soggetto e della sua dignità di persona.

Proprietà e uso sono su piani diversi; il loro legame non è funzionale, ma puramente estrinseco, né si dica che non è lecito reci-

⁽⁶⁴⁾ S. Bonaventura, Apologia pauperum contra calumniatorem, cit., cap. X, n. 11.

derlo. Anche separato dall'uso il dominium non è un moncone senza vita, un monstrum senza scopo, ma consegue in sé stesso il suo fine come modo di essere e di manifestarsi della libertà del soggetto verso l'esterno.

È l'esterno che rimane in ombra, non nullificato ma vanificato e devitalizzato. Non c'è, in questa filosofia, alcuna disponibilità a considerare l'autonomia oggettiva delle cose; l'universo francescano è quasi un mondo sonnolento, immobile, passivo, che acquisisce rilevanza solo perché il soggetto vi esercita la sua superiorità. Se un movimento lo percorre, è null'altro che un moto di attrazione verso il soggetto, verso la sua « potentia » nell'àmbito della quale tende ad essere « intimatum seu intimius praesentatum et invisceratum » (65), nella quale tende ad inserirsi e ad esaurirsi.

In uno studio rivolto a caratterizzare i rapporti tra uomo e cose nel Medioevo noi abbiamo utilizzato lo schema socio-etnologico della partecipazione per segnalare una attrazione del soggetto da parte del mondo delle cose e un conseguente rilevantissimo condizionamento del soggetto da parte delle cose sino all'emergere della cosa, in qualche modo, come protagonista inespresso dell'ordinamento (66). Qui, in questo clima culturale, di fronte a conclusioni come quelle sopra esposte, dovremmo parlare di una partecipazione in senso opposto, di un capovolgimento dello schema acutamente elaborato e proposto dal Levy Bruhl (67). Quanto nel primitivismo medievale l'uomo scompariva assorbito da una rerum natura stracolma di energie vitali, tanto nelle rarefatte costruzioni teoretiche dei francescani la cosa si riduce ad ombra d'un uomo straordinariamente dotato e vocato al dominium.

Dominium: ma che cosa indichiamo dunque con questo termine? Che cosa è restato in esso della nozione tecnica di proprietà? Ne abbiamo accennato più di una volta nelle pagine precedenti, ma conviene ora dare una risposta più distesa a domanda tanto inquietante.

⁽⁶⁵⁾ PIETRO OLIVI, Quaestio de angelicis influentiis, in S. BONAVENTURA, Collationes in Hexaemeron et bonaventuriana quaedam selecta, ed. F. Delorme, Ad Claras Aquas, 1934, p. 367 (ma anche p. 372).

⁽⁶⁶⁾ Nel nostro studio già citato su Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale, cit.

⁽⁶⁷⁾ Sulla elaborazione della nozione di 'partecipazione', cfr. ibidem, p. 90 ss.

Non v'è dubbio che per dominium s'intende qualcosa di più che la proprietà, ma non v'è ugualmente dubbio che si intende anche la proprietà; che i nostri teologi indicano indifferentemente con lo stesso termine, e una categoria generale interpretativa dell'uomo nel mondo, e l'istituto giuridico proprietà. Con questa precisazione: che la proprietà è il paradigma dei varii dominia di cui l'uomo può farsi titolare; che essa, al pari degli altri dominia, si è purificata di ogni contaminazione fattuale per divenire espressione di libertà e di dignità, ha lasciato il terreno delle dimensioni oggettive e storicamente variabili per introdursi nella dimensione della personalità stessa, si è scrollata di dosso il peso medievale delle cose per trovare la sua essenza soltanto « in interiore homine ».

Purificata nel filtro del soggetto la proprietà è diventata uno schema interpretativo della realtà: il dominium tecnico si è trovato assimilato a molte altre situazioni genericamente dominative nel momento in cui, divenendo una qualità del soggetto, una sua volizione, ha scoperto la premessa unitaria da cui tutte discendono. L'importante per noi è cogliere il trapasso di piano a cui i francescani sottopongono l'istituto proprietà: dalla dimensione economica alla dimensione morale. L'importante per noi è constatare che essi elaborano la nozione di proprietà del soggetto con gli stessi materiali culturali con cui elaborano la nozione di libertà del soggetto; che parlano della proprietà in senso tecnico, senza disfarsi del loro complesso carico speculativo ma presupponendolo; che la proprietà privata non è più un istituto del diritto privato o del diritto pubblico, ma si colloca in quelle che il Coing potrebbe chiamare «die obersten Grundsätze des Rechts» (68). L'importante per noi è constatare che la dottrina pura della proprietà è divenuta una metafisica della proprietà.

3. Da quel che si è detto, se il *dominium* si struttura come una dimensione del soggetto, non potrà non spettargli quale funzione irrinunciabile quella di caratterizzare in ordine all'operatore

⁽⁶⁸⁾ Ci riferiamo alla intitolazione d'un'opera nota di H. Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts, Heidelberg, 1947.

il bene-oggetto della potentia, di marcarlo e colorirlo all'insegna del 'proprium'. Al dominium si conferisce dunque il compito di contraddistinguere il mio dal tuo, con la precisa coscienza di contribuire in tal modo a contraddistinguere il me dal te. L'operatore sociale è un uomo inserito nelle temporalità, è un uomo che reca in sé una vocazione innata verso i beni, perché è sicuro di trovarvi una qualità corroborativa della propria personalità, è un uomo fornito di tanta potentia da trasformare il rapporto coi beni in un rapporto unilaterale di appartenenza nel quale al bene non spetta che di segnare nella realtà il confine del proprium. E il dominio si conferma moto attrattivo dal mondo al soggetto quando lo si qualifica innanzi tutto come proprietas, quando si propone l'equivalenza proprietas-jus dominii.

Nella fusione concettuale fra essere e avere che affiora con decisione in questi filoni di pensiero la « proprietà » d'un patrimonio, prima ancora di trovar giustificazioni sul piano economico, le trova sul piano etico: il « proprio » come qualità intrinseca di un soggetto si fonde con il « proprio » come qualità dei beni, e il patrimonio diviene un non secondario apporto alla completezza dell'individuo. Le cose, in quanto oggetto di appropriazione e costitutive di una *proprietas* operano compiutamente la fondazione del microcosmo, ne suturano — per così dire — la sua epidermide sociale, ne sanciscono l'assoluta indipendenza (69).

Giovanni Peckham, alla ricerca di indiscusse basi dottrinali, non trova di meglio che rispolverare un'illuminante definizione di Agostino (70). « Dominari... est propria potestate gaudere » afferma il testo agostiniano (71); è quanto necessita a Peckham. La slegata affermazione del vescovo d'Ippona viene inserita in

⁽⁶⁹⁾ Interessante, a questo proposito, il testo edito dal Delorme, Réponse, cit., p. 48.

⁽⁷⁰⁾ GIOVANNI PECKHAM, Tractatus pauperis, cap. X, in Selections from Pecham's «Tractatus pauperis» or «De perfectione evangelica», ed. a. G. Little, in GIOVANNI PECKHAM, Tractatus tres de paupertate, ed. C. L. Kingsford, A. G. Little, F. Tocco, Aberdoniae, 1910, p. 34. Sulla personalità del Peckham ha scritto pagine convincenti D. L. DOUIE, Archbishop Pecham, Oxford, 1952.

⁽⁷¹⁾ Il testo agostiniano è un passo del sermone CXII (vedilo in MIGNE, P. L., t. XXXVIII, col. 644). Non si può non osservare come il contesto pessimistico nel quale si inserisce la frase nel sermone agostiniano scompaia nel discorso di Peckham.

(USUS FACTI) 329

un discorso organico e armonico a cui fornisce il supporto autoritativo: il dominium è nel suo nucleo essenziale un contributo alla costruzione del proprium, cioè di una individualità indipendente. A costruire il proprium concorrono molteplici qualità, quelle che il soggetto scopre nell'autonomia dello spirito così come quelle che il soggetto ricava dalla sua attività verso il mondo esterno; tutte però finalisticamente indirizzate alla affermazione dell'indipendenza dell'operatore.

Certamente, il testo di Agostino è congeniale a Pekham ed esprime con felice efficacia la verità più riposta che premeva al maestro inglese: dominare è compiere sé stesso, ed è importante che a questa compiutezza si giunga per un processo che si esaurisce nel soggetto e nel quale egli non dimostra alcun vassallaggio. « Propria potestate gaudere » aveva detto Agostino in un discorso affatto incidentale, ed è lieto ora di ripetere Peckham in un contesto sapientemente costruito, in cui l'operatore appare dotato anche di una sua pienezza psicologica, non ha perplessità nel conclamare la propria autosufficienza, è compiaciuto di essere un groppo di forze che nascono all'interno di sé, si propone in questa sua autonomia (nella quale il tessuto connettivo dell'avere svolge gran parte) a immagine d'una divinità benevola che ha voluto generosamente premiare i suoi meriti.

Si capiscono allora definizioni come questa: « jus dominii, quo quis rei dominus dicitur esse, quo enim iure res ipsa dicitur esse sua, id est domini propria » (72), che acquisiscono un senso alla luce della pagina che precede ma che appaiono sterili se isolatamente esaminate. Dire infatti che il dominium afferma la proprietà di un bene, che afferma chi ne è il dominius, non è ripetere una verità lapalissiana o tutt'almeno una tautologia. Si viene invece in tal modo a confermare il contributo del rapporto di appartenenza d'una cosa alla formazione del soggetto-microcosmo. L'universo-individuo, questo nuovo nucleo portante della rinnovata sociologia, ha dei confini specifici che sono tanto più intensamente marcati quanto più il proprium del soggetto si estende anche sulle cose che gli stanno attorno.

⁽⁷²⁾ Ugo di Digne, De finibus paupertatis, cur. C. Florovsky, in Archivum Franciscanum Historicum, V (1912), pp. 281-282.

Risolvere il dominium in proprietas è condurre avanti un discorso coerente con tutti gli assunti sopra accennati; non è affermare un pleonasmo, ma ribadire per il dominium una funzionalità di un certo tipo.

4. Ma il discorso francescano prosegue oltre, e approfondisce il rapporto tra il soggetto e l'habere. I nostri teologi avevano insistito su una conclusione centrale: la proprietà d'un bene non è per il soggetto una circostanza puramente estrinseca, effimera, occasionale, come se si trattasse di una veste da assumere e deporre senza alcuna conseguenza. Essi, al contrario, avevano scrupolosamente messo in rilievo gli aspetti che dimostravano una incidenza dell'habere entro la sfera più gelosa della personalità, convinti come erano che essere domini d'una cosa non fosse una situazione della grezza realtà economico-politica, ma piuttosto una vicenda che aveva implicazioni profonde nella costituzione stessa del soggetto-proprietario.

L'indagine ulteriore, a cui questa convinzione li chiamava, concerneva proprio il grado di incidenza della *proprietas*: se questa non è una qualsiasi appendice o una labile etichetta, fino a che punto agisce su chi ne è portatore e soprattutto, nella varia e complessa alchimia delle situazioni etico-sociali, quale trasformazione opera su di lui?

La risposta francescana, che si constata latente fra le righe di tutta la letteratura pauperistica e che emerge qua e là in chiarissime dichiarazioni, è coerente alle premesse già poste: la proprietà è una dimensione stessa del soggetto, che incide sulla sua realtà; il proprietario e il non-proprietario sono « realiter » due soggetti diversi, sono cioè due « realtà » diverse.

Per questo ha senso costruire la *proprietas* come fonte di uno *status* che è logicamente antitetico alla povertà; per questo ha senso contrapporre *paupertas* e *proprietarietas*.

Dirà Ugo di Digne, in un suo trattato che si colloca all'esordio della grande disputa ma che già reca in sé i germi di tutti gli sviluppi e di tutte le consapevolezze future: « pauper... et proprietarius in professorum genere opponuntur » (73), dove, se non an-

⁽⁷³⁾ Ugo di Digne, De finibus paupertatis, cit., p. 281.

« USUS FACTI » 33I

diamo errati, affiora o riaffiora la certezza che proprietà non è né benessere né ricchezza, ma una scelta, una vocazione, un modo d'essere di colui che ne è il titolare. È significativo infatti che sia lo stesso Ugo, nel medesimo contesto, a contrapporci paupertas e proprietarietas (74) e ad usare questo ultimo termine, tanto desueto quanto efficace, per descriverci che il « proprietario » non è un soggetto inqualificato ma incarna nella fenomenologia sociale — e non solo in quella — un tipo a sé stante, nella cui strutturazione l'aspetto dell'appropriazione dei beni funge da elemento alterativo, se non nell'essenza, almeno nella costituzione normale del soggetto.

È il tema che sarà aggredito frontalmente dalla riflessione oliviana, che rappresenta per noi — come abbiamo tante volte ripetuto e ripetiamo ancora — il momento più penetrante di tutta la meditazione francescana esaminata; è il tema che forma l'oggetto d'una intera « quaestio » del maestro provenzale esplicitamente rivolta a dare una risposta all'inquietante domanda: « An jus dominii vel proprietatis vel consimilium ponat aliquid in eo cuius est ».

Non potremmo mai sottolineare a sufficienza l'importanza che, a parer nostro, riveste per la storia del pensiero giuridico la questione dell'Olivi, che, edita soltanto nel 1945 dal Delorme e pubblicata nella sede appartata d'una rivista francescana, è rimasta fino ad oggi del tutto ignota, per quel che ne sappiamo, agli storici del diritto (75). L'Olivi stesso la stimò importante nell'àmbito della sua produzione letteraria e più volte, nell'opera sua, vi fece riferimento (76): la quaestio tentava infatti di trarre le conclusioni

^{(74) «}paupertas... est enim spontanea propter Dominum abdicacio proprietatis; et ideo necesse est, ut suum habeat insigne exterius, quo veraciter se dicat. Huic autem ex adverso opponitur proprietarietas; pauper enim et proprietarius in professorum genere opponuntur » (ibidem, loc. cit.).

⁽⁷⁵⁾ È contenuta nell'articolo, da noi ripetutamente citato, di F. Delorme, Question de P. J. Olivi « Quid ponat ius vel dominium » ou encore « De signis voluntariis », in Antonianum, XX (1945). L'intitolazione riportata, sotto forma di interrogativo, nel testo è quella, succinta ed efficace, che l'Olivi stesso assegna alla quaestio parlandone per inciso nel suo trattato « De sacramentis » (Cod. Vat. lat. 4986, f. 137 v).

⁽⁷⁶⁾ Cfr. DELORME, Question, cit., p. 315.

di un lungo e originalissimo itinerario percorso dalla filosofia francescana e di costruirle in coerenza con questo.

Lasciamo ancora la parola al teologo nella precisazione dell'oggetto: « an ius regie potestatis et auctoritatis super suum regnum et super subditis vel jus proprietatis super domo propria aliquid realiter addant super res vel personas quarum dicuntur esse, et econtra an debitum quo servi et subditi tenentur suo regi vel domino vel monachus abbati aliquid reale addant ad ipsos subditos vel monachos, et sic de aliis consimilibus » (77).

Una prima osservazione: la *quaestio* non riguarda soltanto la proprietà, anzi concerne un numero estremamente largo di situazioni che il nostro autore ha cura di elencarci anche se in maniera esemplificativa: « dominia vel iura vel servitutes vel temporalia debita » o, come anche egli dice, « regale ius et regalis potestas aut debitum servitutis aut ius proprietarium talis domus vel agri » (⁷⁸).

Non si può fare a meno di notare che in questo elenco si pongono situazioni inerenti al potere politico e al potere privato, si pone sullo stesso piano la posizione del principe e quella del proprietario. Il che è congeniale all'impostazione francescana: il dominium è innanzitutto superiorità; tutte queste sono situazioni di superiorità; tutte queste sono dei dominia.

La quaestio nella sua interezza conferma una siffatta intelaiatura di base; dovunque, l'analisi delle molteplici situazioni esaminate è sempre condotta nel prisma di uno schema unitario: superiorità-inferiorità, che emerge sempre come lo schema dialettico interpretativo di tutta la realtà giuridico-sociale (79).

Lo jus è colto come situazione dominativa, come un meccanismo che tende a scandirsi in posizioni differenziate; e non solo nel campo dei diritti reali dove poteva essere abbastanza agevole una simile scelta di fronte alla bipartizione fra proprietari e non-proprietari, ma addirittura nel campo del diritto delle obbligazioni dove è sorpresa sotto questa prospettiva la dialettica fra creditor e debitor.

⁽⁷⁷⁾ ibidem, p. 316.

⁽⁷⁸⁾ ibidem, p. 321.

^{(79) «}ius regie potestatis et dignitatis vel cuiuscumque dominationis vel potestatis vel subiectionis vel servitutis eius opposite » (*ibidem*, p. 320).

Ciò che turba il teologo è la vitalità e l'efficienza delle situazioni di potere. La auctoritas posta in essere mediante il diritto è infatti duratura ed effettiva al di là dell'atto costitutivo. L'obbligatio è uno «iuris vinculum» che dura ben oltre il contratto sua fonte; la proprietà genera un rapporto di inferiorità al di là delle manifestazioni della volontà del dominus; il diritto sotto questo profilo è una «relatio realis» che pone qualcosa di non occasionale, né legato all'esigenza di una manifestazione continuativa di volontà. Se può operare questo, se cioè può conseguire la propria efficacia prescindendo da una immediatezza spaziale e temporale con la azione del soggetto agente, ciò è perché pone qualcosa di reale (80).

Ma i due temi specifici che scottano tra le mani dell'Olivi sono potere politico e proprietà, e ad essi è dedicato l'approfondimento generale, proprio perché in essi si esalta l'antitesi dominium-servitus, comando-obbedienza, si esemplarizza il carattere dominativo del diritto; e sono anche i due temi che consentono all'Olivi di mettere a profitto tutte le conquiste della sociologia francescana.

Potere politico e proprietà dunque, pur non mutando l'essenza della persona che ne è portatrice, non sono dei meri accidenti, ma vi aggiungono una realtà per tutto il tempo in cui ne è titolare. È certo che non incidono sulla essenza, dal momento che possono essere transeunti in una persona, possono essere acquistati o deposti, ma è altrettanto certo che essi contribuiscono alla costituzione di una realtà più complessa, fanno insomma del soggetto una realtà, almeno esistenzialmente, più complessa (81).

Prima conclusione interessante, giacché grazie a questa la proprietà veniva a rappresentare un capitolo a sé stante della sociologia del potere politico e cominciava ad avere un senso parlare di sociologia della proprietà e del proprietario. La situa-

^{(80) «} relatio que non ponit in aliquo extremorum est solum relatio secundum dici, et idem est respectu extremi in quo nichil ponit: huius modi autem relationes nullo modo sunt actu nisi solum in cogitante et quamdiu cogitantur vel dicuntur; constat autem quod potestas regia aut quaecumque vera iurisdictio vel obligatio sive servitus aliquorum est vere actu, quamvis hoc non cogitetur vel dicatur a nobis; ergo ipsa extra nostrum cogitatum et dictum ponit aliquid reale » (ibidem, p. 318).

⁽⁸¹⁾ ibidem, p. 323.

zione soggettiva « proprietario » da puramente estrinseca diveniva una realtà particolare ed autonoma, autonomamente isolabile nell'àmbito della fenomenologia sociale.

La proprietà assumeva la forma e il significato di un carattere e il proprietario si proponeva come un tipo sociologico assolutamente ben definito sul piano della azione sociale. Tanto più che questo carattere e questo tipo sembravano veder rinsaldati i loro termini logici e storici grazie a una loro proiezione a livello teologico che l'Olivi compie.

Potere politico e proprietà infatti — ed è la seconda conclusione interessante — discendono dalla combinazione di due presupposti: natura e Grazia, ossia, per meglio chiarire, in base ai meriti riconosciuti da Dio. Qui è la loro giustificazione prima e la loro forza; qui si spiega il perché della loro forza incisiva, della loro tendenza a durare, del loro svincolo dall'atto volitivo che li ha costituiti: perché essi traggono origine da un velle divino grazie al quale Dio, onnipotente e onnisciente, vuole che alcuni suoi figli, secondo i meriti, siano a loro volta proprietari o principi grazie all'intermediazione di una elezione o di una compravendita.

Ecco il testo oliviano: « dignitas aut iurisdictio et potestas regalis ponit realiter duo praedicta (scilicet actualem rationem divini velle, divini voliti), et idem est de dominio seu iure proprietatis quod quis habet in domo vel agro; et ex hoc est quod transgrediens hoc ius vere dicitur transgredi Dei voluntatem et legem... preter hec autem duo ponit sive de preterito seu de presenti illa quibus intermediis deus vult tale ius sortiri et habere, ut sunt electiones hominum in reges et consensus electi aut mutuae conventiones quales sunt inter vendentem et ementem et consimilia. Set ius ipsius iuris principaliter sistit in duobus predictis et in ratione communis iustitie, que... est realiter idem quod rectitudo divini velle et divine sapientie » (82).

Accanto alla sociologia del proprietario prende forma anche una teologia del proprietario. Questi, attraverso il filtro della categoria generale dominium, viene a conseguire le stesse prerogative del principe, e il suo potere è sacro perché discendente dalla volontà divina. Come altrove, e più efficacemente, dirà Olivi,

⁽⁸²⁾ ibidem, p. 324.

promana « ex ordine divine et humane voluntatis et iustitie » (83), è cioè l'incontro fra azione umana e grazia da cui scaturirà una superiorità incisiva e permanente. E il proprietario, quasi come il principe e allo stesso suo titolo, pur nella sua sottomissione a Dio dalla quale nascono i suoi poteri (84), si presenta per così dire, come un intermediario fra cielo e terra.

Ci possiamo rendere conto del valore storico d'una testimonianza come questa di Olivi: sul terreno della storia giuridica occidentale era forse la prima volta (85) che l'esser proprietari, la *proprietarietas*, era oggetto di una costruzione teorica che la erigeva a vero e proprio tipo sociologico distinto, un tipo costruito su saldi presupposti teologici. Era forse la prima volta che, in sede sempre teoretica, si tracciava un disegno tanto immobilistico della realtà sociale.

Articolato nello schema del dominium e della subiectio, del dominus e del servus, con una articolazione che viene ad essere esasperatamente irrigidita dalle consapevolezze teologiche che la illuminano e la orientano, il mondo storico francescano si presenta a noi in tutta la fissità e la semplicità delle sue linee, proiettato verso l'alto, esaminato e valutato sempre in chiave teologico-mistica, senza significato autonomo, in sé e per sé incomprensibile, entità minima nel grembo di Dio. Per di più, oggetto del disinteresse, in quanto realtà autonoma, dei nostri francescani distratti verso il sociale ma attenti a scrutare nel cielo i segni della volontà divina.

Ancora due parole prima di concludere su questo punto. Se dunque qualcosa cade in questa visione del mondo, è la convinzione della sua autonomia e complessità; e con essa cade lo stimolo a indagarne le varietà, le sfumature, le possibili aperture. Questa indagine può portarla innanzi S. Tommaso perché è sorretto dalla sua fiducia nel mondo e insieme dalla coscienza dei

⁽⁸³⁾ ibidem, p. 329.

^{(84) «}huiusmodi potestatis quantum ad illud quod magis realiter ponunt principalius fundentur in auctoritate divini imperii seu divini velle, cui omnis res creata est et esse debet omnino subiecta » (ibidem, p. 329).

 $^(^{85})$ L'originalità del pensiero oliviano è denunciata anche dal fatto che egli non segna, in tutta l'elaboratissima quaestio, alcuna citazione di fonti autorevoli filosofiche o patristiche.

valori autonomi che vi sono riposti. I francescani non potranno che essere, come abbiamo or ora detto, osservatori distratti del sociale, non potranno che tendere a fondere il terreno della vita soprannaturale a quello dell'ordine temporale (86), a sorprendere nel tempo quasi soltanto l'ombra di una realtà trascendente.

E il tempo diviene il tempo dei segni; e il diritto e il dominio hanno cittadinanza tra i segni, segni anch'essi.

Si tratta, ovviamente, d'una semiologia aperta verso l'alto (87), ancorata a precise premesse metafisiche, che vede nel segno, nella sua intima natura, l'aspetto del rinvio ad altro, che vi esalta il suo carattere intrinseco di costituire la spiritualizzazione d'una animalità e di instaurare una valida ed effettiva comunicazione col mistero del mondo invisibile (88).

Per questo Pietro Olivi può presupporre alla sua quaestio una teoria generale del segno che valga indifferentemente sia per i signa voluntaria (ad esempio, il diritto) che per i signa sacramentalia (cioè i sacramenti in senso stretto quali media sanctificationis) e può arrivare ad accostare situazioni giuridico-sociali e situazioni sacramentali, a constatare al di sotto di esse una unicità di problema (89).

Usus.

I. La nozione di «usus ». «Usus » e « jus utendi ». — 2. «Usus » e « necessitas ». La nozione di «usus facti ». — 3. «Usus » e « usus pauper ».

I. Abbiamo assunto a base dell'indagine sin qui condotta la separazione funzionale tra dominium e usus, e ne abbiamo comprese le motivazioni ultime. Ci resta ora da aggiungere quella specifica conferma che può provenire alle nostre conclusioni dall'esame del ripensamento francescano in tema di usus; con questa integrazione la visione francescana del problema uomo-cose si

⁽⁸⁶⁾ VILLEY, La formation de la pensée juridique moderne, cit., p. 257.

⁽⁸⁷⁾ Un testo esemplare, in cui tutto tende a proporsi come segno, si può leggere in Ugo di Digne, *De finibus paupertatis*, cit., p. 281.

⁽⁸⁸⁾ In questa prospettiva, pesa l'influsso della definizione agostiniana di segno. Cfr. E. Masure, *Le Signe*, Paris, 1953, p. 15.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. Delorme, Question de P. J. Olivi, cit., p. 316.

conchiude armonicamente e offre una giustificazione complessiva delle proprie scelte.

Non si può non iniziare con una precisazione: usus è, sul piano filosofico-teologico, termine polivalente, e basta — per rendersene conto — una semplice scorsa ai commentari bonaventuriani alle Sentenze, nei quali si constata, al di sotto dello stesso segno « usus », significati e contenuti variissimi, da una accezione « communiter » secondo cui è « frequentia actus » a una nozione « proprie » per la quale è « actus voluntatis », da una accezione che ne coglie una dimensione meramente obbiettiva a quella che sottolinea in esso il contributo psicologico dell'agente (90).

È bene perciò chiarire subito che la denunciata polivalenza viene meno all'interno del nostro discorso e che la letteratura pauperistica intende l'usus in maniera affatto univoca e netta. È avvertibile insomma un trapasso nell'analisi della nozione dal piano della generale riflessione filosofica al piano delle opere letterarie prese in esame.

È dovuto ciò alla diversità degli angoli di osservazione? O siamo piuttosto di fronte all'evolversi d'una nozione, posto che una accurata diagnosi dell'usus avviene, negli scritti de paupertate, qualche decennio dopo la sintesi bonaventuriana?

Potremmo rispondere che sia l'una sia l'altra motivazione concorrono, senza elidersi, a fondare la segnalata diversità. Senza dubbio infatti la letteratura pauperistica parla di usus sotto un profilo che è rigorosamente economico-giuridico, dando al termine il contenuto che sono soliti dargli i giuristi nelle loro elaborazioni teoriche; e l'usus viene esaminato e valutato con occhi naturalistici che colgono in esso un fenomeno esclusivamente fattuale. Non è però da escludere che questa nozione che noi sorprendiamo in tutta la sua pienezza nel momento più maturo della polemica sulla povertà sia sì una decantazione attraverso il filtro specifico della conoscenza giuridica d'una nozione prima pensata in termini generali, ma rappresenti anche il divenire d'un pensiero che segnala il suo evolversi soprattutto nel momento in cui deve

⁽⁹⁰⁾ S. Bonaventura, Commentarius in I. Librum Sententiarum, dist. I, art. I, q. I, in Opera Omnia, t. I, Ad Claras Aquas, 1882.

fare i propri conti con un problema specifico e in cui si inserisce in un alveo specifico.

Un primo punto fermo: l'uso è un fatto, cioè un dato della realtà esterna; appartiene al mondo dei fenomeni. Come fatto, l'unico approccio con la sfera della giuridicità non può avvenire che per il tramite di un soggetto, nell'atto di impossessamento da parte di un soggetto. La giuridicità non è intrinseca al fatto, anzi è intrinsecamente estranea al fatto. Rispetto alla realtà fenomenica 'fatto', la giuridicità è un'altra dimensione, senza che sia pensabile alcun processo di osmosi con essa.

« Utens rebus nullum ius habet, sed habet usum qui dicitur tantum simplicis usus facti » (91). Chi usa non compie un atto giuridicamente rilevante, non ha, di per sé, alcun diritto sulla cosa. L'uso è infatti un contatto primordiale fra soggetto e cosa; non è un modo di attrazione della cosa verso il soggetto ma semmai contrario, del soggetto verso la cosa. Nel contatto instaurato dall'uso ciò che ha rilievo non sono le qualità soggettive dell'utente, bensì le qualità intrinseche della cosa usata, la quale, soltanto in virtù di quelle qualità, è economicamente valutabile e perciò oggetto di uso.

Una qualificazione soggettiva dell'uso costituirebbe un assurdo logico, giacché il soggetto non impegna mai sé stesso nell'azione di usare. Nessuna azione è più innominata, più inqualificata, più meccanica di questa, nella quale non è posto per la libertà dell'agente e nella quale, se qualcosa resta nascosto e nell'ombra, è proprio la sua umanità.

Dicono i francescani che tanto è uso quello che il cavallo fa della sua avena, quanto l'uso dell'uomo riguardo ad una cosa, dove l'esemplificazione serve a puntualizzare e ad esasperare il senso delle righe precedenti (92). Non è il cavallo o l'uomo a rendere diverso l'atto di usare; il fenomeno uso è sul piano della più

⁽⁹¹⁾ PIETRO AUREOLO, Quaestio « De usu paupere », cit., p. 53.

^{(92) «}sicut equus habet usum facti avene quam comedit, nec habet aliquod dominium, sic servus et religiosus expropriatus habet usum simplicem facti in pane, vino, vestibus... Et tamen in hiis nec ad momentum habet dominium aliquod nec aliquam proprietatem nec ius utendi, set simplicem facti usum, qui nichil iuris tribuit in utendo » (Bonagrazia da Bergamo, Tractatus de Christi et Apostolorum paupertate, cit., p. 511).

grossolana fisicità, nella quale sono registrabili variazioni quantitative, ma certamente non in dipendenza dell'agente.

Usare una cosa non è compiere un atto personale, ma squisitamente neutrale. Ciò che informa il rapporto di uso, è la cosa non la persona, perché l'uso si concreta nella sostanza economica della cosa, è la cosa stessa nella sua qualificazione economica, nella sua dimensione funzionale e dinamica.

Si ponga attenzione a questo passo di Peckham: « res temporales non sunt bone nisi propter usum: tota enim bonitas earum est a bono usu hominum. Qui dat igitur usum dat quicquid boni est in re quantum in se est » (*3). Il volontarista Peckham, l'allievo di Bonaventura che aveva tanto insistito nel presentarci il dominium come un amor, compie ora l'itinerario inverso, operando non solo una collocazione dell'usus nel terreno dell'oggettività, ma addirittura indicando l'uso come una « qualitas rei », inserendolo quasi di forza all'interno della realtà morfologica cosa, per quel che essa è nell'àmbito della natura fisica.

L'uso è cioè qualità della cosa «in quantum in se est », non per riflesso del soggetto, che, nel momento in cui rende effettiva quella «bonitas », è più vittima di stimoli meccanici che attore autonomo d'una vicenda, tanto che si può dire da taluno, calcando l'attenzione sul profilo spersonalizzante, che «sic utatur tanquam non utens » (94).

Viene a mente quanto era insegnato dai più lucidi interpreti del diritto comune a proposito del dominio utile: di questa proprietà, costituita da una emersione dell'uso a livello del diritto, si diceva pur sempre « ut sic accedat rei quam personae », segnalando che l'istituto rappresentava il tributo dei giuristi al ruolo promotivo delle cose e raccoglieva sul piano normativo esigenze scritte, prima che nella mente degli uomini, nelle cose stesse (95).

⁽⁹³⁾ GIOVANNI PECKHAM, Tractatus pauperis, cap. X (ed. Little), cit., p. 40.

⁽⁹⁴⁾ Réponse à 12 objections contre la doctrine du traité « De usu paupere », in Delorme, Notice, cit., p. 45.

⁽⁹⁸⁾ L'efficacissima precisazione — che è di Luca da Penne — è stata da noi commentata e discussa nel nostro corso di storia del diritto più volte citato: Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale, cit., pp. 203-204.

È identica la diagnosi, che colloca l'uso nella realtà esterna e che vede in esso un moto che partendo dalla realtà esterna raggiunge il soggetto. L'uso «accedit rei »: su questa diagnosi il giurista e il teologo francescano sono d'accordo, anche se si separano immediatamente dopo per percorrere sentieri rivolti a opposte direzioni. Mentre il primo, partendo dalle sue premesse naturalistiche, constaterà nel fatto la carica normativa di cui era depositario, la registrerà, forse anche dilatandola, nel territorio del diritto e vi modellerà sopra le ossature dell'ordinamento, il secondo, portando avanti la rigida discriminazione fra mondo della volontà e mondo dei fenomeni, relegherà l'uso tra i fenomeni e lo condannerà a restare nella fossa inerte dei fatti sino a quando una volontà non lo faccia suo.

Anche in questo caso, unico momento rilevante sul piano del diritto è quello volitivo, né è pensabile una snaturazione interna al fatto che grazie ad essa compie il suo ingresso entro i confini dell'ordinamento.

Lo jus utendi è situazione concettualmente opposta all'usus facti, perché, come ci avverte acutamente l'Aureolo (96), è « jus in usu ». La terminologia è significante: nello jus utendi tutto è jus, tutto è potestativo e dominativo, e nella sua formazione nessun contributo è chiesto al mondo esterno. La sua costituzione essenziale è di essere jus, mentre si riafferma l'usus quale semplice termine di riferimento. Lo jus utendi — inteso come jus in usu — è una dimensione del soggetto e, come tale, può essere avvicinato con il dominium, o addirittura identificato in una forma di dominium (97); l'usus resta oggetto, dimensione oggettiva, cosa. Sono due realtà appartenenti a galassie diverse.

2. Dunque, l'uso appartiene, per proseguire nella metafora iperbolica ora affacciata, alla galassia dei fenomeni. Quanto il diritto, nella visione francescana, assume aspetti sovrastrutturali, tanto il fatto di usare rivela un carattere infrastrutturale.

⁽⁹⁶⁾ Pietro Aureolo, Quaestio « De usu paupere », cit., p. 53.

⁽⁹⁷⁾ Riccardo di Conington fa una elaborata diagnosi dello «ius utendi» che, al suo esame, risulta una situazione estremamente complessa, così formata: da una «servitus personae usuarii debita», da uno «ius utendi personae eidem constitutum» e dall'«actus utendi» (cfr. Riccardo di Conington, Responsiones, cit.

« USUS FACTI » 34I

Quanto il diritto è libertà e volontà, tanto l'usus facti è una situazione determinata dalla necessità.

Dovunque, nella letteratura pauperistica, si legano usus e necessitas. L'uso rappresenta la risposta naturale a primordiali esigenze di sopravvivenza. Proprio perché viene sollecitato da forze irresistibili che si chiamano fame, sete, freddo, caldo, e via dicendo, l'actus utendi non è espressione di libertà, ma di necessità (98).

E i francescani insistono sulla comparazione fra l'uso di una res da parte di una bestia e da parte di un uomo, rilevando che nel momento dell'uso l'uno e l'altro atto si equiparano, perché l'uno e l'altro sono da porsi nella stessa dimensione di vita vegetativa, per la quale nessun atto è voluto e, come tale, non è né buono né cattivo, né giusto né ingiusto (99). A questo livello gli atti sono tutti neutrali, e si equivalgono tutti (100).

Usus facti significa per il soggetto sopravvivenza, significa una materialità minima necessaria a esistere nel tempo, intesa

⁽⁹⁸⁾ Una delle testimonianze più puntuali è quella che ci dà Bonagrazia da Bergamo nel suo trattato sulla povertà, composto nell'estate del 1322 e quindi collocabile alla conclusione del momento creativo da noi esaminato: « Manifestum autem est quod esse nature non potest aliquo modo servari sine usu facti rerum necessariarum ad vitam humanam... Proprietas autem sive dominium rerum et alimentorum, quod est quid juris, non servat esse nature, set usus facti tantum. Ergo ubique et semper proprietati huiusmodi rerum renuntiari potest, usui vero nunquam potest » (Bonagrazia da Bergamo, Tractatus de Christi et Apostolorum paupertate, cit., pp. 503-504). Del resto, il concetto era già stato limpidamente enunciato dalla 'Exiit', e viene ripetuto da tutta la letteratura pauperistica, da Ugo di Digne (cfr. De finibus paupertatis, cit., p. 289) a S. Bonaventura (Apologia pauperum, cit., cap. XII, n. 20) a Riccardo di Conington (Tractatus de paupertate fratrum minorum, cit., p. 353).

^{(99) «}applicatio [actus utendi] in se praecise considerata in quantum huiusmodi nec est iusta nec iniusta; equus enim actum utendi rei applicat et tamen ipsum nec iustum nec iniustum esse constat » (RICCARDO DI CONINGTON, Responsiones, cit., p. 361).

⁽¹⁰⁰⁾ Si ripete da tutti che «usus non est in culpa» e che, parimente, nell'uso non sono costruibili dei meriti per il soggetto. Fra una ricca documentazione cfr. Responsiones [fratris Raymundi procuratoris et Bonagratiae a Pergamo] ad defensionem ordinis minorum, in F. Ehrle, Zur Vorgeschichte des Concils von Vienne, in Archiv für Literatur- und Kirchengeschichte, III (1887), p. 146, 150, 152. Il «frater Raymundus» di cui si parla è il procuratore dell'ordine Raimondo di Fronciac; la data del testo è il 1311.

la necessità non come lo stretto indispensabile per evitare la morte, ma come una quantità elastica relativamente ai tempi, ai luoghi, alle cause, alle persone (101).

Usus significa insomma possibilità di conservazione per le strutture fisiologiche dell'agente, possibilità di vita vegetativa, ed è pertanto, al contrario del dominium, irrinunciabile e indisponibile. Usus facti è il corredo di cui il mistico più distaccato da questo mondo non può fare a meno; è la concessione minima fatta alle strutture del temporale in un ambiente di esasperato misticismo e insieme di raffinato idealismo.

Potrà accadere che il fatto di usare si inserisca talora in una fattispecie più ampia, e venga a costituire la piattaforma di precise scelte che impegnano il momento volitivo; e i teologi francescani incidentalmente fan riferimento ad un « potestative uti », ad un « usus potestativus », ad un « uti ad libitum » (102).

È chiaro che siamo di fronte a pure e semplici fattispecie dominative, il cui tratto tipizzante è nella volontà e nella libertà dell'agente che vuole in un determinato senso e giustifica in sé stesso il voluto, nell'autonomia della sua volontà.

Noi sappiamo invece che *uti* è attività neutra e oggettiva che trova la propria misura o nella natura fisica o nelle cose stesse. Noi sappiamo che *usus* è concettualmente un dato antinomico al *libitum*. Per questo non si avrà esitazione a cogliere l'equivalenza fra *dominium* e *usus potestativus* (103); in questo del primitivo *usus facti* non è restato nulla se non il nome, mentre assorbente, espansiva, dominativa la volontà del soggetto impronta completamente di sé la situazione, la distorce, la snatura fino a restare di essa l'unica struttura veramente portante. E l'*usus potestativus* si risolve all'interno dell'agente, cioè si risolve in *potestas*, mentre il fatto resta una pura appendice inerte, un territorio dove può impunemente esercitarsi il dominio dell'operatore.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. Réponse à 12 objections contre la doctrine du traité 'de usu paupere', in Delorme, Notice, cit., p. 42 e 43; Responsiones [fratris Raymundi et Bonagratiae a Pergamo], cit., p. 152.

⁽ 102) Cfr., exempli causa, Giovanni Peckham, Tractatus pauperis, cap. X (ed. Little), pp. 38, 39 42.

^{(103) «} ecclesia quodam modo possidet et dominatur, dum potestative utitur » (РЕСКНАМ, Tractatus pauperis, cap. X (ed. Little), p. 38).

3. Riemerge ancora una volta quella piattaforma di fondo del pensiero francescano costituita da una generale incomprensione per l'esperienza esterna di un soggetto, e, insieme, da un conseguente tentativo di devitalizzazione del momento esterno nella vita del soggetto stesso. È la piattaforma che si delinea nettamente dietro una polemica tra Conventuali e Spirituali che, ai primi del Trecento, dilanierà l'ordine: la polemica sulla povertà nell'uso.

I termini sono notissimi (104), ma ricordiamoli a noi stessi per quanto possa in questa sede essere utile. L'ufficialità dell'ordine, rappresentata dai Conventuali, interpreta la povertà imposta dalla Regola come « abdicatio omnis iuris et dominii »; oggetto del voto pauperistico secondo essi è la rinuncia alla volontà appropriativa, e costitutivo della *paupertas* è soltanto un atteggiamento interiore. Gli Spirituali, il cui corifeo è da vedersi in Ubertino da Casale (105) aggiungono invece che la povertà non si esaurisce all'interno dell'animo del profitente, ma che è anche moderazione nell'uso delle cose; che la povertà consiste e non può non consistere in un « usus pauper ».

La polemica è articolatissima, condotta sulla base d'un ampio apparato culturale — teologico, scritturistico e giuridico — né ci interessa se non perché tra le sue spire, dietro lo schermo della interpretazione della regola e della vita mistica dell'ordine, essa pone in discussione, per il tramite degli Spirituali, alcune salde conquiste della sistemazione francescana.

La posizione dei Conventuali è fermamente enunciata nella «Declaratio communitatis» contro le dottrine di Ubertino risalente alla fine del 1309 o, al più tardi, all'inizio del 1310 (106): l'oggetto del voto consiste unicamente nel «velle non habere pro-

⁽¹⁰⁴⁾ Sulla polemica si diffonde, con dovizia di particolari, una amplissima letteratura. A noi può bastare un rinvio all'esame che, sotto il profilo storico-giuridico, ne fa il Tarello, *Profili giuridici della questione della povertà*, cit., p. 398.

 $^(^{105})$ Singolarissima figura verso la quale è constatabile un moto di attrazione e di attenzione della storiografia antica e recente.

⁽¹⁰⁶⁾ Declaratio Communitatis « Circa materiam de usu paupere », in UBERTINO DA CASALE, Opusculum 'Super tribus sceleribus », ed. A. Heysse, in Archivum Franciscanum Historicum, X (1917) (per la datazione della 'Declaratio', cfr. p. 105).

prium, quantum ad actum interiorem, et uti re ut non sua, quantum ad actum exteriorem ». Sul piano del comportamento esteriore resta l'appendice di questo atto non impegnativo della persona — l'actus utendi — il quale trova la sua qualificazione sempre e soltanto grazie all'atteggiamento psicologico dell'agente di considerare la res come non sua (107); atteggiamento che è già ricompreso nella abdicatio dominii, che riguarda quindi il velle, che è già una conquista dell'atto interiore (108). Per cui il momento di validità dell'atto esterno è sempre racchiuso « in interiore homine », e l'uso resta un fatto amorfo ed opaco.

La involontarietà dell'uso, la sua neutralità a livello psicologico sono i due cardini del discorso Conventuale su cui si inserisce un orpello non sprovveduto di esemplificazioni suggestive: come dovremmo considerare noi — si domandano ripetutamente i fautori delle soluzioni ufficiali dell'Ordine — quel frater che vive alla corte di un principe o nella casa di un ricco a causa del suo impegno pastorale e usa delle ricchezze che gli sono attorno con distacco psicologico? O colui che, assunto all'episcopato o alla porpora cardinalizia, si trova costretto ad un uso siffatto (109)? E si risponde che non sarà mai l'uso a contraddistinguere il povero dal proprietario, giacché l'uso è un dato grezzamente quantitativo e nulla più; giacché potrà spesso darsi che l'uso del povero e quello del ricco siano identici, come alla mensa del principe non è distinguibile l'uso del principe e dominus dall'uso del frate che

⁽¹⁰⁷⁾ Si veda l'enunciazione programmatica dei Conventuali nella Declaratio Communitatis 'Circa materiam de usu paupere', cit., p. 119.

 $^(^{108})$ È il rimprovero che muoverà ai Conventuali Ubertino da Casale. Cfr., più sotto, nota 114.

^{(109) «} votum nostrum tale est quod vivamus sine proprio, in obedientia et in castitate. Quod autem dicitur sine proprio, non sonat nisi abdicationem proprietatis et dominii in rebus, nec sonat usum pauperem, quia posset quis abdicasse dominium rerum et tamen uti rebus non penuriose, sicut fratres qui morantur cum principibus vel prelatis... sicut e contrario habens proprietatem potest stricte vivere » (cfr. Declaratio Communitatis, cit., p. 116); o ancora, sempre della stessa Declaratio (p. 119), il testo seguente: «et ideo, quia pauper evangelicus utitur re ut non sua semper potest esse aliquando idem actus vel usus pauperis et divitis: sicut patet quando pauper comedit in domo divitis et de eodem cibo, et quando pauper habitat domum divitis et jacet in lecto divitis ».

è lì come ospite e che non intende contravvenire ai suoi voti (¹¹⁰). Distinzione vi sarà certamente, ma sarà fondata sui compiacimenti, sulle volontà appropriative tipici soltanto dell'*actus interior*.

Quando ci si chiede scolasticamente se Cristo fu più povero di Giovanni il Battista, subito si precisa che ciò può ammettersi « quoad abdicationem dominii et iuris », ma non già « quoad usum » (111). Sotto il profilo dell'uso si può avere indifferentemente una cosa vile o una cosa preziosa senza che si ponga in discussione la povertà dell'utente; questa varierà se varierà la situazione dominativa, cioè volitiva, di cui essa si pone come un negativo (112).

L'uso non ha che legami estrinseci con il soggetto e non incide nel mondo del soggetto, il quale, usando di fatto delle cose, serba intatta la sua sfera essenziale ed è quasi come se non le usi.

Per questi motivi parlare di usus pauper, come si fa dagli Spirituali e soprattutto da Ubertino, pare agli esponenti della Comunità un monstrum, un assurdo insostenibile.

Un uso non è mai né povero né ricco, come non è mai né buono né cattivo, né giusto né ingiusto. Parlare di usus pauper significa operare una indebita commistione e contaminazione fra due mondi che han da essere rigorosamente separati. Parlare di usus pauper significa contravvenire al rigido dualismo sul quale i francescani han costruito la struttura del loro mondo, significa dare una rilevanza al mondo esterno, ridargli vita e vigore, farne un momento attivo, un valore anche per il soggetto. È quanto vogliono gli Spirituali.

Quale sia il volto storico di questi rinnovatori dell'Ordine francescano ognuno può constatarlo nella folta letteratura storiografica cui hanno dato origine e ispirazione. Noi proponiamo qui di essi il volto speculativo che sembra contraddistinguerli nella polemica sull'uso e che trova la sua possibilità di identificazione in un tentativo sempre più consapevole di colmare il dualismo ti-

 $^(^{110})$ Si rilegga il testo della 'Declaratio' trascritto più sopra, alla nota precedente.

⁽¹¹¹⁾ PIETRO AUREOLO, Quaestio 'De usu paupere', cit., p. 54.

⁽¹¹²⁾ È lo stesso Aureolo ad ammonirci che «ex varietate dominii variatur paupertas, quia quandocumque parce vel misere utaris re, si dominium habes non erit stricta paupertas. E converso abdicato dominio, qualiscumque usus sit, non variatur paupertas » (ibidem, p. 53).

pico delle conclusioni francescane e di vedere armonicamente soggetto e mondo. Certamente, la dottrina dell'usus pauper è, nel suo primo propugnatore, l'Olivi, soltanto una scelta mistica più che la porzione centrale d'una complessa sistemazione filosofica; una scelta, per di più che si afferma come meramente mistica per la sua relativa coerenza con l'intelaiatura rigorosamente volontaristica propria dell'Olivi (113). Ma ciò che in Olivi è appena accennato e non sistemato, avrà adeguata sistemazione da parte dei seguaci che, nell'acre e spietata polemica con la Comunità, trovano lo strumento per affinare i propri strali teoretici.

La diagnosi più lucida delle motivazioni che sorreggono tutto l'impianto discorsivo dei Conventuali è nel «Tractatus de usu paupere», dove Ubertino da Casale sviluppa una dialettica che è insieme solida ed abilissima. Egli contesta alla Comunità la visione esasperatamente idealistica, gli contesta l'idea centrale di un mondo che si filtra e si risolve nel soggetto, la prospettiva unilaterale che impedisce di cogliere la sua varietà e complessità nonché la sua autonomia.

Quando l'ufficialità dell'Ordine definisce la povertà « abdicatio iuris et dominii » e « usus rebus ut non suis », Ubertino gli rimprovera seccamente la tautologia: qualificare come uso doveroso per il profitente la povertà lo « uti rebus ut non suis », non significa qualificare l'uso, l'atto di usare, ma una volontà interiore; significa negare rilevanza al fatto esterno e nulla aggiungere a quanto è già espresso nel primo punto della definizione. Nel suo pensiero, è l'uso che, al pari dell'atteggiamento psicologico, assurge a una posizione qualificante deponendo la sua neutralità di nozione strutturale; e vi assurge con tutta la sua potenzialità di atto esterno (114).

⁽¹¹³⁾ È questo un giudizio provvisorio, e che tale rimarrà fino a quando non saranno edite dal p. Aquilino Emmen le «quaestiones de perfectione evangelica» riguardanti la povertà (cioè le quaestiones ottava, nona e decima), non saranno organicamente editi i «Tractatus de paupertate» frammentariamente pubblicati dallo Ehrle, non sarà completata la edizione critica del commento alle sentenze già iniziata egregiamente, quasi cinquanta anni fa, dallo Jansen. L'opera dell'Olivi resta purtroppo ancora per gran parte inedita.

^{(114) «} quod dicis quod paupertas... habet actus inseparabiles: uti rebus ut non suis et nichil posse repetere, scire te credidi quod licet uti sit quaedam actio

Ubertino è straordinariamente lucido ed efficace quando segnala l'esistenza di una «ratio formalis actus exterioris», cioè di una autonomia dell'atto esterno né fittizia, né astratta, ma che si giustifica nelle ragioni intrinseche che nascono ed affiorano dall'atto stesso (115).

È tutto un mondo prima conculcato che tende a riemergere, è la pesante servitù del mondo oggettivo che trova una prima affrancazione, è un mondo di ombre che in queste affermazioni spirituali cerca di acquistare una sostanza reale. E il soggetto non è più soltanto volontà e dominio, non contempla più narcisi-sticamente in sé stesso il segno della sua filiazione da Dio e la perfezione della Sua immagine, ma è l'uomo sorpreso nello spazio e nel tempo, cioè nella sua storia impressa sì della sua volontà, ma anche della sua gioia, dei suoi dolori e dei suoi piaceri, insomma dei suoi sentimenti di creatura imperfetta.

competens diviti et pauperi sub diversis tamen circumstantiis, tamen ly. 'nihil posse repetere' et ly. 'non suis' non dicunt actum; istud 'non suis' est idem quod ipsa abdicatio vel pars eius. Et si dicatur quod convenit uti re cum dominio et sine dominio, clarum est quod nullam differentiam ponit circa actum utendi, set solum circa rem ipsam; nec est aliud dicere quam quod homo habet dominium in re qua utitur vel non habet; habere autem usum opulentum vel artum bene ponit differentiam circa usum, ita quod pauper evangelicus differt a divite tam ex propria ratione quam usu » (UBERTINO DA CASALE, Tractatus de usu paupere, in UBERTINO DA CASALE, Opusculum 'super tribus sceleribus' ed. A. Heysse, in Archivum Franciscanum Historicum X (1917), p. 145).

^{(116) «} quando dicitur [Ubertino si riferisce sempre alla Declaratio Communitatis dove si accenna alla castità]... quod non est castitas sine usu et actu, certum est quod hic arguitur a simili et accipitur hic 'usus' et 'actus' non tantum pro interiori sed etiam pro exteriori: qui enim vovet obedientiam et castitatem vovet actum extrinsecum, quod est formale obiectum actus interioris. Propter quod cum actus et obiectum sint correlativa, ratio unius includitur in ratione alterius, sicut ratio formalis unius correlativi in ratione alterius. Sicut igitur in preceptis negativis est dare actum positivum non solum intrinsecum, sed etiam extrinsecum, qui cadit sub precepto, sic et in proposito. Quando igitur dicitur quod actus extrinsecus paupertatis est uti re ut non sua, respondeo: ly. 'non sua' non dicit actum nec rationem formalem actus exterioris set est idem quod ipsa abdicatio vel pars eius; oportet igitur quod sicut qui vovet obedientiam, vovet actum extrinsecum pro loco et tempore, quamvis obediendo utatur voluntate propria ut non sua, sic qui vovet paupertatem vovet pauperem usum, quamvis semper utatur rebus ut non suis » (Ubertino da Casale, Tractatus de usu paupere, cit., p. 166).

Il tentativo di storicizzazione del soggetto mediante la sua immersione nei fenomeni è macroscopico; e, accanto, la rivalutazione dei fenomeni come strumenti integratori.

L'operatore non vede nell'uso un termine opaco, ma una dilatazione del suo esistere nella dimensione esterna; proprietà e povertà da atteggiamenti interiori inclinano a ricomprendere l'« actus exterior », e il dominium, strappato dal suo edificio perfettamente concluso, lo si riconosce ordinato all'uso come l'uomo è ordinato al godimento (116). La volontà abdicativa ha il suo naturale ed essenziale complemento nel fatto abdicativo. E il mondo della volontà si sposa a quello dei fenomeni, e la rottura, su cui il pensiero francescano aveva sempre più insistito, tende a ricomporsi armonicamente, mentre l'incomprensione più aperta per il significato teologico delle conclusioni della Comunità serpeggia tra gli Spirituali (117).

^{(116) «}in voto tante profexionis vovet homo et intendit dare Deo non tantum quod est in plena hominis facultate, set etiam quod est homini magis carum atque dilectum. Cum ergo ius sive dominium rei ordinetur ad usum sicut ad fructum et finem suum — propter quod Aristoteles, primo Ethicorum, loquens de felicitate, comparat usum rei ad possessionem eius, sicut operatio ad habitum comparatur, et Nicholaus papa in decretali dicit quod secundum leges civiles usus non potest perpetuo a dominio separari, quia aliter dominium esset inutile - ergo sicut amator divitiarum, in quantum talis, diligit eas principaliter propter fructum ad usum earum... sic e converso amator paupertatis seu contemptor divitiarum, in quantum talis, intendit per votum principalius a se abdicare ipsum usum prout scilicet derogat paupertati. Hoc autem manifeste patet per simile in voto obedientie et castitatis. Nullus enim querit habere ius in corpore coniugis, nisi ut possit corpore eius sine peccato uti et actuali usu alium prohibere; et idem est de libertate proprie voluntatis. Ergo cum ius et dominium queratur principaliter propter usum, qui primum a se abicit per votum, secundum consilium evangelicum, necessario abicit et secundum in quantum superfluum » (UBERTINO DA CA-SALE, Tractatus de usu paupere, cit., p. 149). Si noti la terminologia del passo che è quella inconfondibile della filosofia francescana (soprattutto quando fa cenno alla « plena hominis facultas » e alla « libertas propriae voluntatis »). Ma si constati la distanza che separa le conclusioni del passo da quelle comunemente ricevute nella letteratura pauperistica prima di Ubertino. Non è poi senza significato il riferimento ad Aristotele. Un'ultima nota: anche nel mistico Ubertino, lo strumentario conoscitivo è quello offerto dal diritto e dalla 'scientia juris'; e l'esempio addotto della castità prospetta immediatamente una esperienza di rapporto tra gli sposi che si risolve in un problema di ius in corpus e di usus.

⁽¹¹⁷⁾ È una incomprensione affatto dichiarata, che ha un preciso fondamento

Proprietà e povertà nelle trame di un discorso innovativo.

Non siamo qui a raccogliere la morale della favola narrata, ma a constatare la veridicità della premessa da cui siamo partiti: che il discorso francescano poteva considerarsi l'emergere di una rinnovata visione della società — e dell'individuo dentro di essa — che, sviluppandosi e deformandosi a seconda dei vari terreni storici, avrebbe però percorso un lungo itinerario sfociante immediatamente alle nostre spalle; che la pietra lanciata dal chiuso dei modesti conventi dell'Ordine avrebbe, con insospettata vitalità, varcato le mura degli orticelli conventuali e avrebbe colpito nel segno il senso stesso della vita dei laici al centro della società; che il discorso francescano veniva perciò a costituire uno strumento insostituibile per interpretare storicamente viluppi e sviluppi delle future riflessioni sulla società e sul diritto.

In questa prospettiva, dapprima appena intuita, abbiamo operato una lettura della trattatistica « de paupertate » nel suo momento più originale e fecondo; lettura costantemente attenta più al negativo che al positivo di quelle opere, nella convinzione che, al di là dell'immagine positiva misticamente sfocata della povertà, esse ci riserbassero qualche messaggio di rilievo sul grande tema della appropriazione privata dei beni, quasi come quei negativi fotografici che soli esaltano certe linee e puntualizzano certi contorni.

Che noi d'altronde chiedessimo un simile messaggio alla letteratura pauperistica nell'àmbito della amplissima produzione teologica era giustificato dal fatto che, per la prima volta, un coro di

nella diversità delle premesse da cui muovono la Comunità e gli Spirituali. Si potrebbero addurre qui molti esempi; ne adduciamo uno solo, puntuale. In uno dei tanti atti nei quali ci è documentata la polemica fra le due parti — atto risalente al 1311 — si legge quale accusa di Ubertino: « et quod ad hoc adducunt verbum Augustini, quod non usus rerum, sed libido in causa est vel in culpa, potest dici, quod, sicut usus rerum non est in culpa, ita nec dominium in hiis qui licite possident » (Declaratio fratris Ubertini de Casali et sotiorum eius contra falsitates datas per fratrem Raymundum procuratorem et Bonagratiam de Pergamo et sotiorum, ed. da F. Ehrle, Zur Vorgeschichte des Concils von Vienne, cit., p. 166), nelle quali non si deve soltanto vedere una risposta polemica, ma anche il rifiuto d'una comprensione delle posizioni avversarie, discutibili senza dubbio ma senza dubbio sapientemente costruite sul piano teoretico.

teologi assumeva il rapporto uomo-beni come oggetto non marginale della propria speculazione e lo assumeva nell'angolo visuale prezioso della dialettica tra due contrarii, proprietà e povertà. Per la nostra indagine i trattati e le questioni sulla povertà e il tema stesso della povertà costituivano null'altro che occasioni per giungere a verificare una consapevolezza sottostante che tra le righe del discorso pauperistico non poteva non affiorare. E affiorava infatti, ed era agevole raccoglierla.

Consapevolezza intanto di nuovi valori della proprietà che la affermata separazione tra dominium e usus portava senza incertezze alla luce. È questo un dato rilevantissimo, ma su cui non si è mai riflettuto a sufficienza: se la proprietà può, senza annullarsi, separarsi in perpetuo dall'uso e dal godimento, è perché essa è pensata in termini diversi da quelli di uno strumento economico-giuridico di utilizzazione e di colonizzazione, è perché essa serba, anche dopo la separazione, forza e valore autonomi, magari non più sul piano della realtà economica (118). E abbiamo assistito a un trapasso di piani da parte della proprietà e a una sua collocazione a livello etico-sociale.

Decantata di tutti gli elementi fattuali — che normalmente ma non essenzialmente le si accompagnano — la proprietà è divenuta un valore morale, una dimensione del soggetto, un momento della sua autosufficienza, della sua sovranità sui fenomeni; ha assunto un carattere qualificante per l'operatore ormai inteso come forza espansiva e dominativa, metafisicamente separato da un mondo ridotto a semplice oggetto di volizioni.

In altre parole, la separazione della proprietà dall'uso era il contraccolpo estremo d'una separazione essenziale avvenuta fra mondo della volontà (cioè dei soggetti) e mondo dei fatti, e che aveva provocato tutta una serie di assestamenti concatenati.

⁽¹¹⁸⁾ In un diverso filone di pensiero, il domenicano Erveo Nedellec, che scrive un trattato sulla povertà nel momento culminante della grande disputa, in coerenza con le diverse premesse da cui parte il suo discorso, può con drastica recisione insegnare in senso opposto che «si autem quaeratur utrum usus licitus possit separari a iure saltem in ipso usu, ita scilicet quod aliquis possit uti aliqua re in cuius usu nullum ius habet... hoc est impossibile » (cfr. Hervaeus Natalis, De paupertate Christi et Apostolorum, ed. J. G. Sikes, in Archives d'Histoire doctrinale et littéraire du Moyen Age, XII-XIII (1937-1938), p. 240).

La riduzione dell'uso, in quanto actus utendi, a simplex factum era la leva demolitrice, sul piano del diritto, di tutta la costruzione tomistico-medievale: si constatava la mancanza di valori autonomi nella realtà fattuale e la sua impotenza a incidere, per sua propria forza, a livello dell'umano, per esempio del diritto; si sanciva la condanna della teorica del fatto normativo su cui si reggeva tutto l'ordinamento medievale. Questo ordinamento plasticissimo, dove fatto e diritto vivevano in continua osmosi, dove non era facile segnare nettamente il confine del giuridico come linea di discrimine con il fattuale; questo ordinamento pluralistico perché attento e rispettoso della coralità di istanze provenienti dall'intero ordine cosmico e disponibile a tradurle in norme, ha nei filoni di pensiero esaminati una colossale smentita: da un lato il mondo del soggetto sovrano, che è il mondo del diritto; dall'altro, i fatti, e, in mezzo, un confine invalicabile che formalizza l'ordinamento, lo irrigidisce e tenderà sempre più a individuarlo nella dialettica superiorità-inferiorità, realizzata nello strumento volontaristico (e monistico) della legge (119).

Il mondo del diritto si distorce nel mondo delle potestà del soggetto, e il dominium, come modello di ogni potestà, ne diviene il protagonista; solo che il momento tecnico-giuridico della proprietà si dilata a schema generale interpretativo di una società che trova nel dominium la sua scansione fisiologica. Nasce quel trionfalismo dominativo che sarà un tratto distintivo dell'età borghese.

È qui che il discorso francescano, da noi individuato nei testi pauperistici, rivela preziose possibilità interpretative di aspetti altrimenti enigmatici o almeno non univoci della futura *interpretatio* teologica, politologica, giuridica. Ne abbiamo più volte accennato nel corso del lavoro, ma conviene ora precisare più concretamente.

Sarà, a questo proposito, illuminante sottolineare che la sollecitazione alla presente ricerca è a noi provenuta da difficoltà

⁽¹¹⁹⁾ Eloquente, a questo proposito, la fondazione autoritativa — peraltro scarna — da cui i francescani muovono, e che è costituita da una utilizzazione diretta delle fonti romane del Corpus juris, nel pieno rifiuto di ogni intermediazione. Eloquente anche il generale silenzio sulla « jurisprudentia » medievale, cioè su quello che poteva essere il più normale strumento mediativo fra teologo e fonti classiche; strumento cui fa frequente ricorso San Tommaso.

incontrate nella interpretazione e sistemazione di fonti teologico-giuridiche più tarde. Avevamo sott'occhio quella interessante opera che è il « Tractatus de contractibus » scritto, alla fine del Quattrocento, dal teologo tubingense Corrado Summenhart (120) e ci riusciva singolare l'accostamento funzionale che egli faceva fra lo jus e il dominium come situazioni entrambe dominative, nonché un rilievo alla categoria « dominium » veramente esasperato. Dalle fonti di Summerhart, andando a ritroso, ci imbattemmo proprio nella grande speculazione francescana del tardo Duecento e più specificamente nella disputa sulla povertà.

Nel procedere di questo cammino a ritroso, il volto di un ampio canale speculativo si veniva via via svelando, e si storicizzava il suo autentico protagonista, il dominium, strumento insostituibile del volontarismo francescano e post-francescano: si capivano, pur nel suo limbo ereticale e nella appartatezza delle sue motivazioni, le architetture wycliffiane esprimentisi in termini di dominium (121); si capiva perché in Gerson il dominium giocasse, sia pure in guisa singolarissima, un ruolo tanto diffuso e tanto rilevante (122); si capiva anche, in un clima ancora medievale, i motivi per i quali l'agostiniano Egidio Romano, che partecipa vivamente alla disputa sulla povertà, incentra sorprendentemente il suo « de ecclesiastica potestate » sull'idea di dominium (123).

⁽¹²⁰⁾ Per una collocazione di Summenhart nel quadro della cultura tedesca della seconda metà del Quattrocento, si veda J. Haller, *Die Anfänge der Universität Tübingen*, 1477-1537, Stuttgart, 1927.

⁽¹²¹⁾ È palese il riferimento ai due grandi trattati di Wycliff 'De civili dominio' e 'De dominio divino'. Per due diverse interpretazioni, cfr. M. Wilks, Predestination, Property and Power: Wycliff's Theory of Dominion and Grace, in Studies in Church History, vol. II, ed. by G. J. Cuming, London, 1965, e G. Leff, Heresy in the later Middle Ages. The relation of Heterodoxy to Dissent, c. 1250 - c. 1450, Manchester, 1967, vol. II, p. 546 ss.

⁽¹²²⁾ Il problema sarebbe meritevole d'una indagine specifica che non troviamo nella pur amplissima bibliografia gersoniana. Sulle matrici della ispirazione gersoniana cfr. J. B. Monnoyeur, La doctrine de Gerson: augustinienne et bonaventurienne, in Etudes franciscaines, XLVI (1934), p. 690 ss. Fra i molti testi gersoniani che potrebbero indicarsi, basti rinviare, a titolo esemplare, al Sermo de dominio evangelico, in Opera Omnia, t. III, Hagae Comitum, 1728, col. 198 ss.

⁽¹²³⁾ Citato sempre, ma mai sufficientemente compreso e storicizzato troviamo da parte della letteratura storico-politica e storico-giuridica il 'De ecclesiastica

Ma accanto a questo itinerario che si ricomponeva e si giustificava, tra le pagine dei maestri francescani sembrava pullulare tutta la problematica che sarebbe stata poi vivissima nel corso dell'età moderna: la proprietà come dimensione del soggetto e l'avere come contributo alla individuazione d'un soggetto; di conseguenza, il legame tra proprietà e libertà del singolo; la fondazione metafisica della proprietà e la sacralità della quale l'istituto non può non cingersi; il legame tra proprietà e meriti, che fa spontaneamente tornare a mente il tema ricorrente delle unilaterali ma splendide pagine weberiane sulla filosofia economica protestantica; il legame proprietà-virtù, e la tipizzazione sociologica del proprietario come uomo virtuoso, uomo socialmente provvido, il migliore degli uomini possibili, com'è nelle allettanti diagnosi della nuova politologia sei-settecentesca.

Non ci interessa di sapere quanto di questa problematica tragga origine dalla riflessione francescana; né ci interessa tendere un labile filo che ve la unisca, consapevoli come siamo che sul terreno storico i rapporti di dipendenza son troppo spesso costruiti su facili quanto vuote assonanze. Al termine della nostra lettura « francescana » vogliam solo constatare che la riflessione dei nostri teo-

potestate' egidiano. Chi ha messo in evidenza il rilievo dell'idea di dominium nella intelaiatura del trattato è il McLlwain, il quale però si limita ad una constatazione e sistemazione all'interno del pensiero egidiano senza approfondire il problema delle matrici culturali dell'idea (cfr. C. H. Mcllwain, Il pensiero politico occidentale dai Greci al tardo medioevo, trad. di G. Ferrara, Venezia, 1959, p. 306 ss. (l'opera risale però al 1932). Sul punto, si veda anche F. Merzbacher, Die Rechts-, Staats- und Kirchenauffassung des Aegidius Romanus, in Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, XLI (1954-1955), p. 90 ss. Nel 'De ecclesiastica potestate' (a differenza del 'De regimine principum' che è di molto precedente) la generale categoria interpretativa del potere è 'dominium', proprio perché il dominio si è sciolto ormai dallo schema obbligato della colonizzazione e della utilizzazione ed ha potuto assurgere a testimonianza del nutus, della disposizione, della potestà di un singolo o di un ente. A nostro avviso, si presuppongono alla meditazione egidiana la lunga, tormentosa riflessione operata dai disputanti intorno alla povertà e la conclusione della possibilità di un 'dominium sine usu', cioè di un dominio meramente potestativo. Si noti infine che, nel linguaggio di Egidio, la espressione frequentemente ricorrente 'dominium utile' è solo apparentemente coincidente con il termine tecnico della giurisprudenza medievale, ma significa sic et simpliciter il dominio economicamente rilevante, cioè la proprietà privata senza giurisdizione, e nulla più.

logi si pone in un emisfero temporale che non è più quello del medio evo, ma è quello dell'età nuova con un cumulo di problemi e di soluzioni che saranno, nel loro nucleo costitutivo, quelli stessi dell'età nuova.

Vorremmo ora, nel chiudere questo saggio, tentar di rispondere a una obiezione che taluno potrebbe rivolgerci: essere cioè singolare che alla teorizzazione d'una proprietà siffatta e alla costruzione d'una sociologia a base individualistica abbiano dato un contributo tanto decisivo i teorici della povertà assoluta, i praticanti una impietosa e assoluta povertà.

È agevole rispondere che, sotto questo profilo, non v'è una contraddizione nel pensiero francescano. Se il dominium è volontà dominativa, lo è parimente la povertà; anzi, la povertà è in colui che ne fa oggetto di voto manifestazione prima di volontà almeno nel suo aspetto di rinuncia a sé stesso, alla propria pienezza, alla propria superiorità sui fenomeni. Se la generale categoria interpretativa del dominium si sostanzia in due momenti, il positivo, come dominio sul mondo, e il negativo come dominio su sé stesso, la povertà, che è dominium sui e abdicazione alla propria potestas, sembra esservi ricompresa. Il francescano, che è così pronto a esaltare la dignità dell'uomo, che guarda con indubbia compiacenza alla sua sovranità sul mondo, sa che, sul piano della perfezione, c'è qualcosa di più: c'è la alienazione « propter Deum » del nostro proprium, della nostra individualità (124). Alienazione che è anch'essa segno indubbio di dominium, di padronanza di sé e, al tempo stesso, di soggezione a Dio.

Queste considerazioni tendono ad esaltare la unitarietà della problematica che sorregge proprietà e povertà; a sottolineare le ragioni, se pur ce ne fosse bisogno, dell'ottimismo con cui la speculazione francescana guarda all'uomo proprietario. Ci aspetteremmo una condanna globale e invece ne esce una conclusione, nel suo insieme, ottimistica. Il rapporto di superiorità è esaminato più «ex parte domini» che «ex parte servi», più come testimo-

⁽¹²⁴⁾ Paradigmatica è, a questo proposito, la quaestio di Pietro Olivi 'An sit melius aliquid facere ex voto quam sine voto' (vedila edita in A. Emmen, La dottrina dell'Olivi sul valore religioso dei voti, in Studi Francescani, LXIII (1966), passim ma soprattutto p. 104.

nianza della filiazione da Dio, dei meriti dell'uomo e della generosità divina, che come espressione della caduta nel peccato, della soggezione, del condizionamento (125).

Se si individua nella proprietà il nucleo della costituzione sociale, se si lega alla proprietà tutto il fenomeno giuridico ciò è però più il frutto di una diagnosi lucida della realtà storica occidentale che di una visione contestativa. È per questo che noi non possiamo non riconoscere il grosso apporto dato alla costruzione di una nozione individualistica di proprietà da questi frati pauperrimi, ignari di fatto della suadenza delle ricchezze, negati a ogni soddisfazione mondana, esperti solo di contemplazione e di astinenza nella diafana vita di disadorni conventi.

⁽¹²⁵⁾ I francescani hanno coscienza che la indivisione dei beni, situazione naturale prima della caduta nel peccato, si porrebbe successivamente addirittura come innaturale, e si guardano bene dal propugnare un collettivismo fondiario (per la posizione di San Bonaventura, cfr. H. J. L. Legowicz, Essai sur la philosophie sociale du Docteur Séraphique, Fribourg, s. d. (ma 1936), p. 251 ss. e H. BORAK, Principia doctrinae politicae apud S. Bonaventuram, in Laurentianum, V (1964), pp. 315-316; pagine interessanti, specificamente rivolte a Scoto ma ricche di considerazioni generali, sono quelle di M. DE GANDILLAC, Loi naturelle et fondements de l'ordre social selon les principes du Bienheureux Duns Scot, in De doctrina Ioannis Duns Scoti. Acta Congressus Scotistici Internationalis, vol. II, Romae, 1968, soprattutto pp. 700-701). Se qualcosa essi condannano è lo smodato appetito rispetto ai beni e alle temporalità. La povertà stessa, che attiene alla perfezione spirituale, è uno stato che può e deve essere riservato a ristrette comunità di vocati e votati, all'incirca come avviene per la virtù della castità. L'uomo comune invece è, per sua natura, chiamato al matrimonio e al dominio. Valutazioni pessimistiche affiorano, se mai, o in esasperate esperienze mistiche, o in circostanze polemiche (vedi, p. e., la Appellatio Bonagratiae contra bullam 'Ad Conditorem canonum, in concistorio Papae porrecta 14. jan. 1323, in Baluzius-Mansi, Miscellanea, III, Lucae, 1762).

DIETER SCHWAB

DIE FAMILIE ALS VERTRAGSGESELLSCHAFT IM NATURRECHT DER AUFKLÄRUNG

1. Die Familie als Institution des natürlichen und göttlichen Rechts.

Seit dem Spätmittelalter ist die Familie, hauptsächlich begriffen als die unter der Herrschaft des Hausvaters zusammengefaßte Lebensgemeinschaft, wiederum Gegenstand wissenschaftlicher Reflexion. Dabei ist es weniger die Wissenschaft vom römisch-kanonischen Recht, von der wir eine umfassende Familientheorie erwarten dürfen, weil hier das Interesse vorwiegend den familiären Einzelbezügen gilt. Vielmehr waren es Theologie und Philosophie, die sich der Familie — in der lat. Literatur bezeichnet als «domus», «familia», «oeconomia» — annahmen (¹). Die Familie erhielt vor allem im Rahmen der philosophischen Staatslehre und mithin des Naturrechts ihre Beschreibung und Deutung als natürlicher, nach gewissen Prinzipien strukturierter Körper. Nach dem Vorbild der antiken Literatur entstand in diesem Zusammenhang seit dem Spätmittelalter eine besondere Buchgattung, die Ökonomik (²). Vielfach verbanden sich in den

⁽¹⁾ Siehe: Thomas de Aquino, Sententia Libri Ethicorum, VIII, 10 (Opera omnia, tom. 47, vol. 2, Roma 1969, p. 478); Sententia Libri Politicorum, I, 2 und 5 (Opera omnia, tom. 48, Roma 1971, pp. 81, 94 ss.). Zur Entstehung und Entwircklung der Ökonomik im Mittelalter: S. Krüger, Zum Verständnis der Oeconomica Konrads von Megenberg. Griechische Ursprünge der spätmittelalterlichen Lehre vom Hause, Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters 20 (1964), pp. 475 ss.

⁽²⁾ Die bekannteste italienische Ökonomik: Leon Battista Alberti, I libri della famiglia (um 1440), neue Ed.: Opere volgari, vol. 1, ed. Cecil Grayson, Bari 1960. Näheres zu den Ökonomiken: O. Brunner, Das «ganze Haus» und die alteuropäische Ökonomik, Zeitschrift für Nationalökonomie 13 (1958), Wiederabdruck in: Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte, 2. Aufl., Göttingen

358 DIETER SCHWAB

Ökonomiken des späten Mittelalters und der frühen Neuzeit naturrechtlich-religiöse Lehren von den personalen Familien-bezügen mit der Beschreibung der häuslichen Wirtschaftsverwaltung und der — vorwiegend landwirtschaftlichen — Erwerbstechniken (Hausväterliteratur), so daß die Ökonomik zum Treffpunkt unterschiedlicher Wissenschaften werden konnte (3). Eine Anschauung von der Familie enthält z.T. auch die im Spätmittelalter und der frühen Neuzeit reiche Literatur der Ehebücher (4), bei denen die wirtschaftliche Seite des häuslichen Lebens zurückzutreten pflegt.

Das in diesen Literaturtypen entwickelte Bild der Familie ist stark von der antiken Hauslehre beeinfluß, und zwar in erster Linie von Aristoteles. Nach dem Philosophen (5) bildet das Haus (οἰκος, οἰκία) die Gemeinschaft des täglichen Lebens und Wirtschaftens innerhalb der Polis. Es stellt den Inbegriff der persönlichen Beziehungen zwischen den Mitgliedern und gleichzeitig ein konsum- und erwerbswirtschaftliches Gebilde dar (6). Strukturprinzip ist die Oberhoheit des Hausherrn (οἰκονόμος), der über die Ehefrau nach Art der Polisherrschaft, über die Kinder nach Art der Königsherrschaft und über die Sklaven nach Art der Despotie herrscht (7), so daß also drei Grundbeziehungen die Familie ausmachen: das Eherecht (γαμική), das Elternrecht (τεκνοποιητική) und das Herrenrecht (δεσποτική) (8). Die genannten

^{1968,} pp. 103 ss.; O. Brunner, Artikel «Hausväterliteratur», Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, 5 (1956), pp. 92 s.; J. Hofmann, Die «Hausväterliteratur» und die «Predigten über den christlichen Hausstand», Weinheim 1959; L. L. Schücking, Die puritanische Familie in literar-soziologischer Sicht, Bern-München 1964, pp. 27 ss.; C. L. Powell, English Domestic Relations 1487-1633, New York 1917, pp. 101 ss.

⁽³⁾ Als Beispiele seien genannt: Johann Coler, Oeconomia ruralis et domestica, Wittenberg 1593-1607; Franciscus Philippus Florinus, Oeconomicus prudens et legalis Oder Allgemeiner Klug- und Rechts-verständiger Haus-Vatter, Nürnberg-Frankfurt-Leipzig 1705.

⁽⁴⁾ Teilweise verarbeitet bei: F. Falk, Die Ehe am Ausgang des Mittelalters, Freiburg-Breisgau 1908.

⁽⁵⁾ Dazu Dorothea Willers, Die Ökonomie des Aristoteles, Breslau 1931.

⁽⁶⁾ Politica I, 3; I, 8-11.

⁽⁷⁾ Politica I, 12; Ethica Nicomachea, VIII, 12.

⁽⁸⁾ Politica I, 3.

DIE FAMILIE 359

Grundbeziehungen erfahren ihre Gestalt von ihren Zwecken her; das Haus bildet insgesamt eine Zweckeinheit, die gleichzeitig ausgerichtet ist auf die Zwecke der Polis (9) als der umfassenden, vollkommenen Gemeinschaft, zu der sie gewisse Strukturanalogien aufweist.

Die aristotelischen Anschauungselemente wurden im Spätmittelalter rezipiert, wobei die familiäre Rolle der Sklaven durch
die häusliche Dienerschaft (domestici, Gesinde) übernommen wurde.
Ferner wuchs der Familie in der Literatur des Spätmittelalters
und der frühen Neuzeit eine christliche Komponente zu (oeconomia
christiana) (10). Vor allem die protestantische Literatur stellte
Familie stark in den Bereich des Gottesdienstes und des geistlichen Lebens hinein; die Familie bildet nach protestantischer
Anschauung eine Gemeinschaft des Betens und des häuslichen
Gottesdienstes, in der die Eltern als geistliche Amtswalter fungieren. So wie die Familie in gewisser Weise den Staat abbildet,
so stellt sie auch die Kirche dar (11). Der spezifisch-religiöse Charakter der Familie ist nicht nur dem Protestantismus eigen, wie
ein Blick auf die Literatur des 15. Jahrhunderts beweist (12).

Den Versuchen des Spätmittelalters und der frühen Neuzeit, die Familie als gesellschaftliche Einheit zu begreifen und die familiären Beziehungen von einem Modell her zu deuten, lag die Überzeugung zugrunde, daß die Familie eine Einrichtung der Schöpfungsordnung, mithin gleich dem Staate Institution des Naturrechts sei. Es ist dies dem Grundsatz nach sowohl die Position der katholischen als auch der protestantischen Familienauffassung, wobei freilich gewisse Unterschiede nicht zu übersehen sind.

⁽⁹⁾ Politica I, 13 am Ende.

⁽¹⁰⁾ Zum Teil kommt dies in den Buchtiteln selbst zum Ausdruck, z.B.: Justus Menius, Oeconomia Christiana, das ist von Christlicher haushaltung, Wittenberg 1529; Christophorus Lasius, Schatzkammer Göttlicher Narung und wolgefaβte Ordnung von Christlicher Hausregierung, Straßburg 1561.

⁽¹¹⁾ Siehe vor allem Martin Luther, Vom ehelichen Leben (1522), Weimarer Ausgabe 10/2, p. 301; Predigten über das 2. Buch Mose 1524-1527, Weimarer Ausgabe 16, p. 490.

⁽¹²⁾ S. Krüger, Zum Verständnis der Oeconomica Konrads von Megenberg, p. 529.

Im Rahmen der katholischen Theologie und Kanonistik erscheint die Ehe — wohl im Hinblick auf deren Sakramentsnatur in gewisser Weise aus dem familiären Rahmen als etwas Besonderes herausgehoben; vielfach wird nur die Ehe und nicht die Familie behandelt. Die Ehe wird auf die prima institutio der Schöpfung (13) zurückgeführt, so daß gewisse Strukturen durch die lex naturalis bestimmt sind: vor allem das Prinzip der Monogamie (14), das Verbot der Eheschließung in bestimmten Verwandtschaftsgraden (15), der Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe (16), die führende Rolle des Mannes in der Ehe (17) und schließlich die Ehezwecke (18). Weitere Elemente wachsen der christlichen Ehe durch das göttliche Sakramentalrecht (ius divinum positivum) zu. Die Ehe ist damit Institution des natürlichen und göttlichen Rechts. Trotz der Hervorhebung der Ehe wird in der katholischen Theologie aber auch die Familie sichtbar. Die eheliche Gemeinschaft ist das Kernstück der Familie (domus, yconomia, communio domestica) als der die häuslichen Beziehungen zusammenfassenden natürlichen Gesellschaft, deren Struktur von ihren Zwecken her bestimmt ist. Auch die Familie wird auf die Schöpfung selbst zurückgeführt und daher der Schöpfungsordnung zugeordnet (19).

⁽¹⁸⁾ Die Lehre von der naturrechtlichen Herkunft der Ehe ist aus dem römischen Recht (D. 1, 1, 1, 3) in das Mittelalter tradiert worden, vgl. Isidorus de Sevilla, Etymologiarum sive originum libri XX, lib. V, 4. Für das Mittelalter siehe zum Beispiel: Gratian c. 2, C. 32, qu. 2; Rufinus de Bologna, Summa decretorum (hg. von H. Singer, Paderborn 1902) C. 27, p. 432; Thomas de Aquino, Summa Theologica, IIIa suppi., qu. 50, ad 4; Matrimonium autem, in quantum est in officium naturae, statuitur lege naturae; siehe auch IIIa suppl., qu. 41.

⁽ 14) Siehe zum Beispiel das Dekretale des Papstes Innozenz III, c. 8, X, IV, 19.

⁽¹⁵⁾ THOMAS DE AQUINO, Summa Theologica, IIIa suppl., qu. 54, art. 3.

⁽¹⁶⁾ Siehe Thomas de Aquino, Summa Theologica, IIIa suppl., art. 3, ad 5. Quellen ferner bei I. Fahrner, Geschichte des Unaussföslichkeitsprinzips und der vollkommenen Scheidung der Ehe im kanonischen Recht, Freiburg i. Br. 1903, pp. 146 ss.; H. Portmann, Wesen und Unaussöslichkeit der Ehe in der kirchlichen Wissenschaft und Gesetzgebung des 11. und 12. Jahrhunderts, Emsdetten 1938, pp. 168 ss.

⁽¹⁷⁾ Thomas de Aquino, Summa Theologica, Ia, qu. 92, art. 2, ad 3.

⁽¹⁸⁾ Quellen siehe bei J. Freisen, Geschichte des kanonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenliteratur, Paderborn 1893, pp. 24 ss.

⁽¹⁹⁾ THOMAS DE AQUINO, Summa Theologica, Ia, qu. 92, art. 1, ad 2; die

Das göttliche Recht, verstanden als institutionelles Naturrecht, ergreift die Familie ebenfalls nach Auffassung der Reformatoren, für die wir die Lehre Luthers als Beispiel nehmen wollen. Dabei ergeben sich zum katholischen Denken vor allem zwei Unterschiede. Erstens wird die Ehe vollkommen in die Familie (bei Luther: haus, haushalten, oeconomia) hineingestellt. Hervorhebung erfährt sie nicht deshalb, weil sie eine andere Qualität aufwiese, als andere Familienbeziehungen, sondern weil sie Quelle und Grundlage der Familie ist (fons oeconomiae) (20). Ehe und Familie werden nicht getrennt (21), die Wendung eheliches Leben und Haushalten (22) erscheint als Paarformel. Der zweite Unterschied zum katholischen Denken betrifft den Geltungsinhalt des institutionellen Naturrechts. Im Gegensatz zum kanonischen Recht und den Auffassungen der Scholastik ließ Luther der menschlichen Gesetzgebung gerade für die Gestaltung der Ehehindernisse (impedimenta matrimonii) im Hinblick auf das ius divinum einen sehr geringen Spielraum; von dieser Position aus konnte er das kanonische Eheschließungsrecht als unrechtmäßig bekämpfen, während er auf der anderen Seite die Möglichkeiten des menschlichen Gesetzes auf dem Gebiet der Ehescheidung erweiterte (23). Von derartigen Differenzen abgesehen ist aber die Auffassung des Protestantismus über den naturrechtlich-schöpfungsrechtlichen Charakter von Ehe und Familie der katholischen ganz ähnlich; auch der protestantische Familienbegriff ist zudem von Aristoteles abhänging (24). Folgerichtig behandelte die protestan-

subjectio oeconomica bestand schon vor dem Sündenfall. Vgl. auch E. Besta, La famiglia nella storia del diritto italiano, Milano 1962, Cap. 2, 19.

⁽²⁰⁾ Vorlesungen über 1. Mose (1535-1545), Weimarer Ausgabe 42, p. 354.

⁽²¹⁾ Vgl. Predigt am 2. Sonntag nach Epiphaniae (1533), Weimarer Ausgabe 37, p. 10, wo Luther Ausführt, mit der Teilnahme an der Hochzeit zu Kanaa habe Christus auch das 4. Gebot des Dekalogs geehrt quia ubi est sponsus et sponsa, pater et mater, da mus hause und hofe sein, kinder, familia, pecora, agri, victus, nachbarn...

^{(&}lt;sup>22</sup>) Der 127. Psalm ausgelegt an die Christen zu Riga (1524), Weimarer Ausgabe 14, p. 364.

⁽²³⁾ Näheres D. Schwab, Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts, Bielefeld 1967, pp. 152-162.

⁽²⁴⁾ LUTHER beruft sich selbst auf den griechischen Philosophen, siehe Weimarer Ausgabe, 15, p. 364.

tische Ökonomik die Familie als ein soziales Naturgebilde, Gottes Werk und Schöpfung (25). Die wissenschaftliche Auffassung von der Familie in der frühen Neuzeit formulierte die bekannte deutsche Enzyklopädie von J. H. Alstedt im 17. Jahrhundert wie folgt: Unde recte dicitur, oeconomiam esse iuris naturae ac gentium, imo et iuris civilis atque divini... Jus denique divinum cernitur in prima coniugii institutione, et in eiusdem confirmatione ac benedictione divina (26).

2. Die Rolle des Vertrags in der Gesellschaftslehre der Aufklärung.

Dies war der Stand der Dinge zu dem Zeitpunkt, als die Jurisprudenz im 16. Jahrhundert und vor allem seit Hugo Grotius in stärkerem Maße als vordem begann, an der Ausfaltung des naturrechtlichen Denkens teilzunehmen und das theologisch-philosophische Übergewicht auf diesem Gebiete zu beseitigen (27). Freilich bedeutete die stärkere Hinwendung der Rechtswissenschaft zum Naturrecht an und für sich keine Änderung der Familiendoktrin; weiterhin blieben die Anschauungselemente der aristotelischen Oikia bestimmend (28). Ein Wandel — und zwar sowohl in der philosophischen als auch in der juristischen Literatur — ist erst zu registrieren, seit mit der Aufklärung der Individualismus als Denkansatz für die Gesellschaftslehre herrschend wurde. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, daß die geistige Bewegung der Aufklärung keineswegs mit individualistischem Denken in eins gesetzt werden darf, ebensowenig wie sie auf eine bestimmte Gesellschaftslehre oder eine bestimmte Familiendoktrin beschränkt werden kann. Selbst auf dem Gebiete der Erkenntnistheorie ist die gemeinsame Basis der Denker, die wir der Aufklärung zurechnen, eher im Negativen zu finden, nämlich in der Ableh-

⁽²⁵⁾ So zum Beispiel Justus Menius, Oeconomia Christiana, das ist von Christlicher haushaltung, II.

⁽²⁶⁾ Scientiarum omnium Encyclopaediae, 3. ed. 1649, lib. 22, cap. 1, reg. 2.

⁽²⁷⁾ Dazu: F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967, pp. 270 ss.

⁽²⁸⁾ Ich verweise auf Jean Bodin, Six livres de la Republique, Paris 1583, liv. 1, chap. 2.

nung von Offenbarung (Theologie) und Geschichte (Tradition) als wissenschaftliche Autoritäten (29). Auf dieser Grundlage erweiterte die Aufklärung die Skala der möglichen Denkresultate, indem sie die herkömmlichen Einzäunungen menschlichen Denkens niederriß. Dem antspricht eine bis dahin nicht gekannte Vielfalt möglicher Aussagen über Ethik und Recht. Staat und Gesellschaft wurden zum Gegenstand beliebiger Konstruktionen: totalitäre wie limitierte, demokratische wie monokratische, polizeistaatliche wie liberale, timokratische wie sozialistische Entwürfe wuchern auf dem von Theologie und Tradition freigemachten Felde. Gleichwohl erhielten im 18. Jahrhundert bestimmte politische Denkpositionen eine besondere Popularität; sie wurden «herrschend» in den Kreisen, die sich zu den Gebildeten neuen Stils zählten, und dienten schließlich als Legitimationsmittel für Veränderungen, die teils als « Reform » oder « Revolution » veranstaltet, teils durch wissenschaftliche Anschauung bewußt gemacht wurden. Zu den populären Denkpositionen gehörte die individualistische Deutung des Staates, die im Siegeszug des Vertragsdenkens ihren genuinen Ausdruck fand. Für die Begründung der Herrschaft von Menschen über ihresgleichen kam sowohl das göttliche Recht (Gottesgnadentum) als auch das von der Theologie mitgespeiste Naturrecht (Staat als schöpfungsrechtliche Institution) für die Aufklärung nicht mehr in Betracht. Die Gesellschaftslehre der Aufklärung ging überwiegend, um das Individuum ins Spiel zu bringen, von einem Naturzustand (status naturalis) ohne Staat aus. Diesen verlassen die Menschen — aus unterschiedlich geschilderten Motiven — durch den Gesellschaftsvertrag (civium conventio, contractus societatis, social contract, contrat social), durch den sie den Staat gründen und also in den gesellschaftlichen Zustand (status civilis) übergehen. Mit Hilfe einer solchen Denkfigur konnte die politische Herrschaft auf den Willen der Beherrschten zurückgeführt werden (30). Das Staatsmodell ergab sich

⁽²⁰⁾ Dazu P. Hazard, La Crise de la Conscience Européenne 1680-1715, dt. Übersetzung, Hamburg 1939, pp. 148 ss., 277 ss.

⁽³⁰⁾ Die Herrschaftslegitimation aus der Zustimmung der Beherrschten ist freilich nicht erst von Denkern der Aufklärung erfunden; neu ist die Ausbreitung der Lehre vom Gesellschaftsvertrag, neu sind auch vielfach die Folgerungen des

dann folgerichtig aus den Modalitäten des Gesellschaftsvertrags: Rechtmäßige Herrschaft besteht aufgrund des Willens der Vertragsschließenden und nur unter den näheren Bedingungen des Vertragsschlusses. Da infolgedessen der Staatsbürger als aktives Mitglied einer Vertragsgesellschaft gedacht wurde, erhielt er die Rolle eines Widerparts der Staatsgewalt, dergegenüber er außer bei Hobbes und seinen Geistesverwandten eine unverletzliche Rechtsstellung — nämlich die im Gesellschaftsvertrag vorbehaltene — erhielt. Der liberalen Doktrin gelang auf diese Weise eine enorme Eingrenzung der staatlichen Macht, die auf den Vertragszweck des Schutzes von Freiheit und Eigentum der Bürger verpflichtet wurde.

Von der Entmachtung der Theologie als Mittel der Begründung von Herrschaft wurde nicht nur die Fürstenherrschaft, sondern auch ihr Analogon, die bis dahin auf Natur- und Gottesrecht gegründete Herrschaft des Hausvaters (paterfamilias) in der Familie berührt. Das Naturrecht der Aufklärung leistete daher auch den Abbau und eine veränderte Grundlegung der familiären Gewalt und letztlich eine Umdeutung der Familie. Dabei wurden unterschiedliche Wege eingeschlagen. Der eine bestand darin, den Modellzusammenhang zwischen Staat und Familie, der die aristotelische Familienvorstellung geprägt hatte, aufzulösen, und die familiäre Gewalt als bloße Funktion eines natürlichen Sorgeinstinkts der Eltern für ihre unmündigen Kinder zu deuten; dieser Art ist die Familienlehre von John Locke, der vom naturrechtlichen ius patris Abschied nimmt, um Vater und Mutter eine final begrenzte Sorgepflicht für die Kinder aufzuerlegen. Machtausübung gibt es bei Locke infolgedessen nur als Hilfsmittel der elterlichen Fürsorge und im Rahmen ihrer Zwecke (31). Der andere Weg zur Gewinnung einer individualistischen Familienvorstellung beließ die Analogie von Staat und Familie. Das bedeutete, daß auch die Familie als Vertragsgesellschaft von an und für sich freien

politischen Naturrechts. Zum Ganzen: J. W. Gough, The social contract, A critical study of its development, 2. ed., Oxford, 1957. Zu Pufendorf: H. Welzel, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, Berlin 1958, pp. 59 ss.

⁽³¹⁾ The second treatise of Government (1690), ed. P. Laslett, Cambridge 1963, §§ 58, 65, 67. Dazu E. Besta, op. cit., cap. 8, 92.

und gleichen Mitgliedern gedeutet werden mußte. Die Entwicklung dieses Konzepts soll näher untersucht werden.

Nach der Anschauung der älteren Ökonomik befinden sich in der vollständigen Familie Mann und Frau, die ehelichen Kinder, soweit sie nicht aus dem väterlichen Hause ausgeschieden sind, und die häuslichen Knechte und Mägde. Demnach machen — was die personale Seite der Familie anbelangt — drei Rechtsverhältnisse die Familie aus: das Verhältnis zwischen Mann und Frau, zwischen Eltern (Vater) und Kindern (Söhnen) und zwischen Herr und Gesinde. Die Deutung der Familie als Vertragsgesellschaft wird also voraussetzen, daß alle diese Beziehungen auf Verträge zurückgeführt und von den Kategorien des Vertragsrechts beherrscht werden. Es ist einsichtig, daß der Vertragsgedanke bei denjenigen Bezügen ohne Schwierigkeit durchgeführt werden kann, bei denen ohnehin ein Vertragsschluß eine Rolle spielt, nämlich bei der Eheschließung und bei der Anstellung der häuslichen Dienerschaft, während die Deutung des Eltern-Kind-Verhältnisses als contractus nicht leicht fallen wird.

3. Die Vertragsehe.

Nach der Lehre der mittelalterlichen Kirche, die sie dem römischen Recht verdankte (vgl. Ulpian D. 50, 17, 30), bildet den Wesenskern der Eheschließung der consensus der Nupturienten, demnach ein Vertrag. In Gestalt des Kompromisses zwischen den Auffassungen der Schulen von Paris und Bologna ist dieser Grundsatz in der abendländischen Kirche durch Papst Alexander III. (Rolando Bandinelli) zu allgemeiner Geltung gelangt (32): Durch den bloßen Vertragsschluß kommt die Ehe zustande; die copula carnalis hat nur Bedeutung als sakramentale Verfestigung der christlichen Ehe; die Einhaltung von vorgeschriebenen Feierlichkeiten und die Zustimmung der Eltern bilden keine Gültig-

⁽³²⁾ c. 3, X, IV, 4; c. 2, X, IV, 16; Compilatio I, IV, 4, 6 (E. FRIEDBERG, Quinque compilationes antiquae, Graz 1882, p. 47). Dazu: H. Portmann, op. cit.; C. H. Joyce, Die christliche Ehe, Leipzig 1932, pp. 67-73; A. Esmein - R. Généstal, Le mariage en droit canonique, 2. ed., Paris 1929, pp. 99 ss.; G. Le Bras, La doctrine du mariage chez les Théologiens et les Canonistes depuis l'an mille, Dictionnaire de Théologie Catholique, 9 (Paris 1927), col. 2150 ss.

keitserfordernisse der Ehe. In diesem Sinne konnte man die Ehe als Vertrag definieren; es geschah dies vor allem bei den katholischen Theologen und Juristen, die zu dem Zweck, auch dem Staat ein Gesetzgebungsrecht über Ehehindernisse einzuräumen, in der christlichen Ehe Vertrag und Sakrament streng unterschieden und behaupteten, die Ehe unterstehe — soweit sie Vertrag sei — der Jurisdiktionsgewalt der weltlichen Fürsten (33). An der Deutung der Eheschließung als eines Vertragsschlusses unter den Brautleuten änderte auch die Ehelehre der Reformatoren grundsätzlich nichts; freilich wurde die Zustimmung der Eltern in weitem Umfange als zusätzliches Erfordernis verlangt (34).

Man könnte danach meinen, die Deutung der Ehe als Vertrag im aufgeklärten Naturrecht bedeute lediglich die Wiederholung altbekannter Aussagen. Dem ist aber nicht so. Denn sowohl nach katholischer wie nach protestantischer Ehevorstellung bildet der Vertrag zwar den Entstehungstatbestand der Ehe, die Kategorien des Vertragsrechts bestimmten daher z.T. die Eheschließung (z.B. bei bedingter oder irrtümlicher Ehewillenserklärung); der Vertrag ist aber deshalb nicht die Grundlage des gesamten Eherechts. Vielmehr ist die Ehe als natürliche und göttliche Einrichtung in ihren Strukturen weithin dem Willen der Vertragsschließenden entzogen, sie bildet ein pactum supra partes, eine durch Vertrag entstehende, gleichzeitig dem Willen der Vertragsparteien enthobene Institution. Sowohl nach katholischem wie nach protestantischem Eherecht verfügen die Eheleute daher weder über die Ehezwecke, noch über die Ehedauer, noch über die Auflösung der Ehe, noch über die ehemännliche Vorrangstellung.

Demgegenüber unterstellt das aufgeklärte Naturrecht die Ehe insgesamt dem Vertragsrecht und gibt sie folgerichtig dem Willen der Vertragschließenden preis. Ein Blick in die «Institutiones iurisprudentiae divinae» des deutschen Juristen Christian Thomasius zeigt, was das bedeutet. Thomasius sieht als Ehe jede Ge-

⁽³³⁾ Näheres bei Schwab, op. cit., pp. 70 ss.

⁽³⁴⁾ Siehe die jüngste Darstellung des älteren protestantischen Eherechts: H. Dieterich, Das protestantische Eherecht in Deutschland bis zur Mitter des 17. Jahrhunderts, München 1970, pp. 53, 93, 121, 153, 185 ss.

meinschaft an. die zur Erzeugung von Nachkommenschaft eingegangen wird (35). Von Natur aus soll zur Ehe daher weder die eheliche Treue (36), noch das ständige Zusammenleben der Frau mit dem Manne (37) erforderlich sein; der Mann ist von Natur aus nicht das Haupt der Frau (38), so daß die herkömmliche Familienstruktur auf zusätzliche Vertragsklauseln gegründet werden muß (39). Das Vertragsdenken beherrscht auch die Frage der Auflösung der Ehe. Von einer naturrechtlichen Unauflöslichkeit ist bei Thomasius auch dem Grundsatz nach nicht mehr die Rede. Vielmehr gilt seine Ausgangsfrage dem Vertragsinhalt: er stellt nämlich darauf ab, ob die Eheleute bei Eingehung der Ehe die Vertragsdauer bestimmt haben oder nicht. Wenn nichts anderes bestimmt ist, kann sich jeder Ehegatte nach Zweckerreichung, die schon in der conceptio sobolis (!) gesehen werden kann, vom anderen auch gegen dessen Willen scheiden (40). Aber selbst wenn die Ehe auf Lebenszeit geschlossen ist, findet Thomasius eine Reihe von Scheidungsgründen. Im übrigen sollen weder Polygynie noch Polyandrie naturrechtlich untersagt sein (41). Mithin hängt nach Thomasius die Gestalt der Ehe fast ganz von den Vereinbarungen und im übrigen von den positiven Gesetzen ab. Hier ist zu beachten, daß die «Institutiones iurisprudentiae divinae» noch das ius divinum positivum als soziale Autorität kennen, das für die Christen das herkömmliche protestantische Eherecht verbindlich machen soll. In Thomasius' 1705 erschienenen Werk «Fun-

⁽³⁵⁾ Institutiones jurisprudentiae divinae (1688), hier zit. nach der Ausgabe Halle 1730, lib. 3, cap. 2, § 81.

⁽³⁶⁾ Op. cit., § 100.

⁽³⁷⁾ Op. cit., § 102.

⁽³⁹⁾ Op. cit., §§ 103-114.

⁽³⁹⁾ Op. cit., § 109: At cum et illa rejecerimus, consequens est, ut asseramus etiam, istam inaequalitatem non a natura provenire, sed, abstrahendo a relevatione, dependere a libera paciscentium voluntate.

⁽⁴⁰⁾ Op. cit., § 118: ... sed potius mero jure naturali societatis coniugalis nomine non indigna erit illa societas, ubi paciscentes post conceptam sobolem recedunt iterum, obtinuerunt enim societatis finem. § 121: Quod si igitur liceret a societate tam cito recedere, multo magis pro societate nuptiali habenda esset cohabitatio viri et uxoris continuata, donec proles edita sit, et adhuc magis, donec eadem sit educata, omnium tamen maxime, si ad dies vitae matrimonium ineatur.

⁽⁴¹⁾ Op. cit., §§ 200-212. Zu den Lehren anderer Naturrechtler im 17. Jahrhundert: M. Erle, Die Ehe im Naturrecht des 17. Jahrhunderts, Göttingen 1952.

damenta iuris naturae et gentium » fällt auch das positive Gesetz Gottes der neuen Erkenntnistheorie zum Opfer (42).

Die These von der Verfügbarkeit über den Inhalt der Ehe hat eine weite Verbreitung im 18. Jahrhundert erfahren. Infolge der individualistischen Ausrichtung geriet bei vielen Autoren die soziale Funktion der Ehe — bei Thomasius in Gestalt der procreatio brolis immerhin noch rudimentär vorhanden — in vielen Ehelehren in Vergessenheit, zumal nachdem seit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts die Lebenshaltung der sensibilité im Vordringen begriffen war und das romantische Denken vorbereitete. Die Ehe konnte demgemäß als das Zusammenleben von Mann und Frau zu beliebigen verabredeten Zwecken begriffen werden. So heißt es bei Karl Ludwig Pörschke (1795): Die Ehe ist ein Vertrag zwischen Personen beiderlei Geschlechts, um zusammen in der engsten Verbindung zu leben... Der Zweck der Ehe muß jedes Willkühr überlassen werden, jeder darf bei seiner Heirat Bedingungen eingehen, welche er will, er darf die Ehe auf so lange als er will, schließen, und sie mit Einwilligung des anderen Teiles auch vor der Zeit aufheben... Nur durch Verabredungen und durch Einwilligung erlangt ein Teil die Herrschaft über den andern (43). Schließlich wurde die Ehezwecklehre gänzlich verworfen, wie bei Fichte, dessen Ehelehre freilich bereits wiederum einer neuen Denkschicht angehört: Die Philosophen haben sich für verbunden erachtet, einen Zweck der Ehe anzugeben, und die Frage auf sehr verschiedene Weise beantwortet. Aber die Ehe hat keinen Zweck außer ihr selbst; sie ist ihr eigener Zweck (44).

4. Das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern, Herrschaft und Gesinde als vertragliche Beziehungen.

Das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern betreffend knüpfte die Vertragstheorie an Hugo Grotius an. Der niederländische Ju-

^{(42) 4.} Aufl. Halle 1718, Caput prooemiale, §§ 16-20.

⁽⁴³⁾ KARL LUDWIG PÖRSCHKE, Vorbereitung zu einem populären Naturrecht, Köningsberg 1795, p. 230, p.234; siehe auch: Johann Baptist Anthes, Zufällige Gedanken vom Zweck der Ehe, Frankfurt 1774, p. 99.

⁽⁴⁴⁾ JOHANN GOTTLIEB FICHTE, Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, 1796, Anhang I, § 8.

rist unterscheidet drei Stufen des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern. In der ersten ist das Kind noch unfähig, selbständig zu urteilen: es steht daher unter der Gewalt der Eltern (45). Die zweite Stufe ist dadurch gekennzeichnet, daß das Kind zwar bereits verstandesreif geworden ist, aber noch in der Elternfamilie (tamilia parentum) lebt. In dieser Phase stehen die Kinder nur hinsichtlich solcher Handlungen in der elterlichen Gewalt. welche für die Verhältnisse der väterlichen oder mütterlichen Familie erheblich sind (46). Im dritten Stadium tritt die völlige Selbständigkeit ein. Mit der Lehre des Grotius stehen die Aussagen der Literatur des deutschen Usus Modernus Pandectarum in gewisser Übereinstimmung, Danach unterstehen die Kinder, welchen Alters sie auch immer sind, der elterlichen Gewalt, bis sie aus dem Vaterhause ausscheiden; dies geschieht regelmäßig bei den Töchtern mit der Eheschließung, bei den Söhnen mit der Anstellung einer eigenen Haushaltung (separatio a patris oeconomia) (47), die nicht notwendig mit einer Eheschließung verbunden sein muß.

Die elterliche Gewalt wurde bei Grotius noch auf die Natur gegründet, auch was die erwachsenen Hauskinder anbelangt; von Verträgen ist nicht die Rede. Anders indes bereits bei Samuel Pufendorf, der die Lehre des Grotius von den drei Stufen des Eltern-Kind-Verhâltnisses fortführte, indem er das Vertragselement ins Spiel brachte. Unschwer zu begreifen ist dies für die zur Verstandesreife gelangten, aber noch in der Elternfamilie lebenden Kinder. Der elterlichen Gewalt als solcher unterstehen solche Kinder nach Pufendorf nicht mehr. Es gibt aber noch ein anderes imperium, das dem Vater als Haupt der Familie (caput familiae) zukommt, kraft dessen ihm auch die zur Reife gelang-

⁽⁴⁵⁾ De iure belli ac pacis libri tres (1625), hier nach: Amsterdam 1651, lib. 2, cap. 5, § 2.

⁽⁴⁶⁾ Op. cit., § 3: actiones ... quae ad familiae paternae aut maternae statum aliquid momenti habent. Hier scheint die verwandtschaftsrechtliche Komponente des «familia» - Begriffs gemeint zu sein.

⁽⁴⁷⁾ Ich verweise auf Benedikt Carpzov, Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica, Frankfurt-Main 1644, pars 2, const. 10, def. 1-3; Johann Brunnemann-Commentarius in L Libros Pandectarum, Frankfurt-Oder 1670, p. 24; zur Literaturgattung: A. Söllner, Zu den Literaturtypen des deutschen Usus modernus, in Ius Commune, pp. 167-186.

ten Hauskinder unterstehen. Diese Gewalt basiert auf einem stillschweigenden Vertrag:

Constituitur autem isthoc imperium patris in liberos iam adultos ex pacto tacito, dum pater iussa sua extendit etiam ad talia, quae educationem filii non spectant; filius autem obsequium capessit (48).

Eine derartige Deutung der Rechtsstellung der erwachsenen, aber noch in der Elternfamilie lebenden Kinder war für die Folgezeit von größter Bedeutung. Denn je nach den Vertragskonditionen, die man zugrundelegt, konnte sich ein Anspruch der Kinder auf Absonderung von der väterlichen Familie oder auf Zustimmung zur Eheschließung ergeben, die beispielsweise das römisch-deutsche Gemeinrecht jener Zeit den Kindern noch vorenthielt (49). Konsequenterweise mußte man annehmen, daß die Kinder befugt waren, den Abschluß eines solchen Vertrags abzulehnen und bereits mit dem Erreichen der Verstandesreife oder eines bestimmten Großjährigkeitsalters aus der Elternfamilie auszuscheiden. Die im Hause lebenden erwachsenen Kinder wurden damit dem freien Gesinde in ihrer Rechtsstellung ähnlich. Bei Immanuel Kant hat dieser Gedanke Ausdruck gefunden. Durch die Mündigkeit werden die Kinder ihre eigenen Herren (sui iuris), die häusliche Gesellschaft wird aufgelöst; dasselbe Hauswesen kann jetzt aber als hausherrliche Gesellschaft (societas herilis) durch Vertrag zwischen den Eltern und den mündigen Kindern (die folglich «Gesinde» sind) fortgeführt werden (50).

⁽⁴⁸⁾ De iure naturae et gentium libro octo (1672), hier nach, Frankfurt-Main 1694, lib. 6, cap. 2, § 10. Im folgenden wird allgemein von «elterlicher Gewalt» und «Kindern» gesprochen, auch wenn die Texte verschiedentlich noch von «väterlicher Gewalt» sprechen und ausdrücklich von den Söhnen handeln. Ob und inwieweit auch die Mutter originäre Gewalt über die Kinder habe, ist ein auch in der aufgeklärten Literatur vieldiskutiertes Problem; die Einzelheiten können aber in unserem Zusammenhang vernachlässigt werden.

⁽⁴⁰⁾ Vgl. Jahann Carl Naeve, *Jus patrum Oder das Vater-Recht*, Chemnitz 1710, cap. 5, § 16; cap. 7, § 12. Allerdings konnten nach vielen prot. Rechtsordnungen die Kinder gegen die Konsensweigerung der Eltern das Konsistorium anrufen.

⁽⁵⁰⁾ Metaphysik der Sitten, Erster Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1797, 1. Teil, 2. Hauptstück. 3. Abschnitt, § 30.

Nach alledem wurde durch die Vertragstheorie klargemacht, daß die elterliche Gewalt an sich mit der Verstandesreife der Kinder durch Zweckerreichung aufhört zu existieren und daß also besondere Konstruktionen vonnöten sind, die elterliche Gewalt über diesen Zeitpunkt hinaus in gewissem Umfang aufrechtzuerhalten. Der Weg zur Reduzierung der Familie auf das Ehepaar und seine erziehungsbedürftigen Kinder, mithin zur modernen Kleinfamilie, ist in dieser Anschauung vorbereitet.

Pufendorf ging indes in der Anwendung des Vertragsrechts auf die elterliche Gewalt noch einen Schritt weiter. Er legte den Vertrag nicht nur dem Verhältnis zwischen den Eltern und den erwachsenen Hauskindern zugrunde, sondern der elterlichen Gewalt im allgemeinen. Wie andere Naturrechtler fragte er nach dem Ursprung der elterlichen Gewalt. Er fand einen zweifachen Herrschaftstitel. Erstens ist — nach seiner Meinung — die elterliche Gewalt in der lex naturae gegründet, die den Eltern die Sorge für ihre Kinder eingab; zur Durchführung ihrer Aufgabe benötigen die Eltern die Gewalt, die Handlungen der Kinder zu deren Wohl zu lenken. Pufendorf gründet die elterliche Gewalt zweitens auf einen stillschweigenden oder präsumierten Vertrag zwischen Eltern und Kindern.

Deinde parentum imperium ipsorum quoque liberorum praesumto consensu, adeoque pacto tacito niti videtur. Quemadmodum enim parens eo ipso, quod infantem tollit, declarat, sese obligationem a natura injunctam impleturum, infantemque quantum in se bene educaturum: ita contra infans, etsi propter latitantem adhuc rationis usum reciproca officia, parentum obligationi ex adversum respondentia, expresse nequeat promittere; ex ipsa tamen parentum opera obligationem erga eosdem contrahit, non minus, quam si expressus ipsius consensus accessisset. Add. I. 2. D. de negot. gestis. Eaque obligatio sese exserit, quamprimum quid a parentibus erga ipsum sit gestum, potest intelligere. Praesumitur enim, si usum rationis eo, quo sublatus est, tempore habuisset, ac perspexisset, vitam sese citra parentum curam, junctumque illi imperium servare non posse, lubenter ipsum in idem

consensurum, commodamque sibi educationem ab iisdem vicissim fuisse stipulaturum (51).

Demnach erklären — um es verkürzt wiederzugeben — einerseits die Eltern mit der Zeugung, daß sie sich zur Erfüllung ihrer natürlichen Erziehungsaufgabe verpflichten wollen; auf der anderen Seite geht das Kind, auch wenn es sich wegen seines verborgenen Vernunftgebrauchs noch nicht ausdrücklich wechselseitig verpflichten kann, durch die Tatsache allein, daß die Eltern für es sorgen, eine Verpflichtung ihnen gegenüber ein, so als wenn eine ausdrückliche Verpflichtungserklärung stattgefunden hätte; diese Verpflichtung wird offenbar von dem Augenblick an, in dem das Kind erfassen kann, was die Eltern für es tun. Es wird vermutet, daß das Kind, hätte es den vollen Vernunftgebrauch gehabt und eingesehen, daß es ohne die elterliche Sorge und die mit ihr verbundene elterliche Gewalt nicht leben könnte, in eben diese Gewalt eingewilligt haben würde.

Diese Theorie ist trotz heftiger Anfeindungen durch Christian Thomasius (52) von dem Philosophen Christian Wolff auf der Grundlage des Satzes nemo... imperium in invitum sibi arrogare potest (53) fortgeführt worden. Nach Wolff beruht die Gemeinschaft zwischen Eltern und Kindern auf einer conventio ficta, bei der die Zustimmung der Kinder präsumiert wird (54).

Was hat diese denkwürdige, und wie der Widerstand von Thomasius zeigt, in der Aufklärung keineswegs allgemein akzeptierte Lehre für die elterliche Gewalt zu bedeuten? Es ging wohl darum, ein Anschauungsmodell für eine neue Deutung des Verhältnisses zwischen Eltern und Kindern zu gewinnen, die der Vorstellung von der gottgegebenen Herrschaft des Patriarchen oder von dem väterlichen dominium am Kind entgegenstand. Als Vertragspartner tritt das Kind den Eltern von vorneherein als Subjekt mit eigenen Rechten gegenüber, demmach als eine den Eltern gegenüber prinzipiell gleiche Person, die sich ihrer

⁽⁵¹⁾ De jure naturae et gentium libri octo, lib. 6, cap. 2, § 4.

⁽⁵²⁾ Institutiones jurisprudentiae divinae, lib. 3, cap. 4, §§ 5-27.

⁽⁵³⁾ Jus naturae methodo scientifica pertractatum, pars 7 (Frankfurt-Leipzig 1766), cap. 1, §§ 195, 196.

⁽⁵⁴⁾ Op. cit., cap. 4, § 634.

Freiheit nur nach Maßgabe der Erziehungszwecke begibt (55). Das Recht des Kindes — das in unserem Jahrhundert zu Schlagwort geworden ist — wird dem Recht der Eltern gegenübergestellt: beide Rechte erhalten im fiktiven Vertrag eine gleiche Geltungsebene. Das Recht des Kindes nimmt die Gestalt eines vertraglichen Anspruchs auf Erziehung an. Mit Hilfe des Kunstgriffs der conventio ficta kann die einsetzende Reduktion der elterlichen Gewalt deutlich gemacht werden. Es kann gefolgert werden, daß die elterliche Gewalt mit der Verstandesreife des Kindes von selbst endet: es kann ferner aus der Vertragsnatur abgeleitet werden, daß die elterliche Gewalt nur insofern legitim ist, als sie auch tatsächlich auf das Beste des Kindes hinzielt. Es kann schließlich — das scheint insbesondere auch bei Wolff mitentscheidend für die Übernahme der Theorie gewesen zu sein die im 18. Jahrhundert populäre These von der ursprünglichen Freiheit und Gleichheit des Menschen von Geburt an gegenüber der unbestreitbaren Tatsache der familiären Gewalt über die unmündigen Kinder gerettet werden. Pörschke drückt dies wie folgt aus: Es findet zwischen Eltern und Kindern eben so wenig als zwischen den übrigen Bürgern Ungleichheit statt, denn die Eltern betehlen dem Kinde nur in seinem Namen, das was das Kind selbst sich bei voller Vernuntt betehlen würde (56).

Das dritte familiäre Rechtsverhältnis, nämlich die Beziehung zwischen Hausherrn (oder der auch die Hausfrau einschließenden «Herrschaft») und Dienerschaft beruht nach den Vorstellungen des aufgeklärten Naturrechts ohnehin auf einem Vertragsschluß. Ältere Lehren von einer naturrechtlichen Begründung der Sklaverei verfielen der Ablehnung; umso mehr mußte die Botmäßigkeit der häuslichen Bedienten auf freiwilliger Unterwerfung gegründet werden (57).

⁽⁵⁵⁾ Der Gedanke klingt auch bei Rousseau an, der an sich die elterliche Gewalt auf die Natur gründet: La famille est donc si l'on veut le premier modèle des sociétés politiques; le chef est l'image du père, le peuple est l'image des enfans, et tous étant nés égaux et libres n'alienent leur liberté que pour leur utilité. Contrat social, liv. 1, chap. 2.

⁽⁵⁶⁾ Vorbereitung zu einem populären Naturrecht, p. 224.

⁽⁵⁷⁾ PUFENDORF, De jure naturae et gentium libri octo, lib. 6, cap. 3, § 2 und 4; THOMASIUS, Institutiones jurisprudentiae divinae, lib. 3, cap. 5, § 5.

5. Die Bedeutung der vertragsrechtlichen Familientheorie.

Die Deutung der Familie als Vertragsgesellschaft bildet ein Anschauungsmodell, mit dessen Hilfe der einzelne verhältnismäßig weitgehend aus den familiären Bindungen herausgelöst werden konnte. Die familiären Beziehungen wurden gelockert und relativiert. Die Familie wurde von einer institutionen- auf eine vertragsrechtliche Rechtsebene verschoben. Das bedeutete ihre Veränderlichkeit in zweifacher Hinsicht: einmal von Seiten des Individuums, das die Bedingungen des familiären Zusammenlebens unter der Geltung des Naturrechts weithin selbst bestimmen sollte; zum andern aber zugunsten des gesetzgebenden Staates, der durch die naturrechtliche Minimalisierung der Familie keineswegs gehindert werden sollte, positives Familienrecht zu schaffen und damit die möglichen Inhalte der familiären Verträge im status civilis zu bestimmen (58); dabei brauchte er nach den Lehren der Aufklärung auf die Grenzen des älteren ius naturale et divinum keine Rücksicht mehr zu nehmen, so daß die Gestaltungsmöglichkeiten außerordentlich erweitert wurden. Damit kündigte sich in der Anschauung die Veränderbarkeit der Familie und ihrer sozialen Funktionen an, deren geschichtliche Dimension erst im 19. Jahrhundert — als die Vertragstheorie längst überwunden war - voll erfaßt wurde. Der Zuwachs an legislatorischer Macht für den Staat, den die erörterten Naturrechtslehren paradoxerweise mit sich brachten, machte sie in besonderer Weise geeignet für das Programm des aufgeklärten Absolutismus, der in der Tat durch eine ganz erhebliche Erleichterung der Ehescheidung (59) und durch die Beschränkung der elterlichen Gewalt die Rückbildung des Familienrechts betrieb. «Emanzipation» des einzelnen von der Familie durch den Staat im großen Rahmen der «Entfeudalisierung» auf der einen Seite, staatsobrigkeitliches Nützlichkeitsprogramm auf der andere Seite gingen auch

⁽⁵⁸⁾ Siehe Pufendorf, De jure naturae et gentium libri octo, lib. 6, cap. 2, §§ 11, 13; Thomasius, Institutiones jurisprudentiae divinae, lib. 3, cap. 3, §§ 225 ss.

⁽⁵⁹⁾ Näheres bei P. Mikat, Rechtsgeschichtliche und rechtspolitische Erwägungen zum Zerrüttungsprinzip, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 1962, pp. 273, 497 ss.; H. G. Hesse, Evangelisches Ehescheidungsrecht in Deutschland, Bonn 1960.

hier die für den aufgeklärten Absolutismus typische, für den heutigen Betrachter zwiespältige Verbindung ein.

Darüberhinaus entfalten freilich die genannten Familienlehren eine langfristige Wirkung bis heute. Das ist nicht so gemeint, als ob die Sozial- und Rechtsgeschichte allein oder überwiegend von Theorien abhinge. Nach meiner Überzeugung kommt unter den Faktoren des historischen Prozesses jedoch der theoretischen Anschauung keine geringe Bedeutung zu. In der Anschauung von sozialen Gegebenheiten, in der Theorie- und Begriffsbildung vollzieht sich das Bewußtsein von Veränderungen, die als notwendig, nützlich oder gefährlich empfunden werden. Aus der Anschauung resultieren Verhaltensimpulse und Programme. Wenn soziale Sachverhalte einmal in bestimmter Weise erfaßt werden, entfaltet auch ihr Begriff selbst, also die Tatsache, daß man ihrer so und nicht anders inne geworden ist, eine eigene Wirkung, solange er nur wenigstens einem Teil der Gesellschaft einleuchtet. In diesem Sinne gibt es Geschichtsmächtigkeit der Geistesgeschichte. Es gibt sie auch in dem Sinne, daß sich — wenn einmal soziale Theorien entstanden sind und Verbreitung gefunden haben - spätere Zeiten häufig bewußt des damit geschaffenen Argumentationsarsenals bedienen, auch wenn neue gesellschaftliche Realitäten damit erfaßt werden sollen.

Aus der Familientheorie der Aufklärung sind vor allem die emanzipatorischen Effekte zu langfristiger Bedeutung gelangt. Wenn die Frau dem Ehemann untertan ist, weil sie sich freiwillig unterwirft, dann sind auch Eheverträge denkbar, welche die Frau zum Oberhaupt der Familie machen oder welche eine gemeinsame Regierung der Familie durch Mann und Frau vorsehen. Das positive Eherecht des Staates, das die Eheschließung nur mit dem traditionellen Inhalt zuläßt, setzt sich der kritischen Frage nach den Gründen aus. Die Gefahren, die von dieser Seite aus der patriarchalischen Familie drohten, wurden in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts erkannt. Es entstand eine Flut von Schriften, welche die alte Lehre von der natürlichen Unterlegenheit des Weibes auf psychologischer Ebene fortsetzten. Ähnlich erging es den emanzipatorischen Effekten der aufgeklärten Familienlehren zugunsten der minderjährigen Kinder. Die Umdeutung der elterlichen Gewalt durch das aufgeklärte Naturrecht brachte

unter anderem das Element der Selbstbestimmung des Kindes auch schon vor Erlangen der völligen Reife ins Spiel, die Idee eines schrittweisen Rückzugs der elterlichen Erziehungsgewalt wurde verkündet (60). Das schwierige Problem, inwieweit das Kind auf die Wahl der künftigen Lebensstellung und des künftigen Berufs Einfluß nehmen soll, ist schon bei Pufendorf wie folgt angesprochen: Stolidum tamen simul, et iniquum, invitos liberos compellere ad genus vitae, a quo ibsorum genius abhorret (61). Auf einer solchen Grundlage, beruhen die Regelungen des preußischen Allgemeinen Landrechts (1704) und des österreichischen Allgemeinen Gesetzbuchs (1811), die einen Rechtsstreit der Kinder ab 14 Jahren mit dem Vater über die Wahl der künftigen Lebensart (Berufsart) ermöglichen (62). Gegen eine solche Auflockerung der elterlichen Gewalt erhob sich seit Ende des 18. Jahrhunderts Protest mit der Wirkung, daß spätere Privatrechtskodifikationen von derartigen Regelungen Abstand nahmen. In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde indessen aus einem Gefährdungsbewußtsein heraus eine familienrestaurative Lehre entwickelt, welche die Familie als einen vorrechtlichen Naturorganismus deutete, in den der Staat auch nicht zum Zwecke des Individualschutzes hineinzuregieren habe. Damit wurden die emanzipatorischen Ansätze der Aufklärung wieder zurückgenommen, freilich nur vorübergehend. Seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts erfolgte der erneute Anstoß zur Gleichberechtigung der Frau; in unserer Zeit beobachten wir wiederum den Prozeß des Abbaus der elterlichen Gewalt sowohl auf dem tatsächlichen wie auf dem rechtspolitischen Felde.

Das bedeutet freilich nicht die Renaissance der Familiendoktrin der Aufklärung. Vielmehr haben wir es heute in Europa mit einem Pluralismus der Familienbegriffe zu tun, die aus unterschiedlichen historischen Denkschichten stammen und deren Elemente je nach den sozialen und politischen Voraussetzungen unterschiedliche normative Relevanz erhalten.

⁽⁶⁰⁾ Vgl. Theodor v. Schmalz, Das natürliche Familienrecht, Königsberg 1795, III, p. 30.

⁽⁶¹⁾ De iure naturae et gentium libri octo, lib. 6, cap. 2, § 11.

⁽⁶²⁾ ALR, II/2, §§ 109-118; ABGB § 148.

Letture

André-Jean Arnaud, Les origines doctrinales du Code civil français, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969 (« Bibliothèque de Philosophie du Droit », Volume IX), pp. XIV-326.

L'opera dell'Arnaud (1) presenta interesse per due ordini di ragioni, uno generale e l'altro particolare. In via generale, è sin troppo noto come per la maggioranza dei giuristi europei continentali, non solo privatisti, del secolo scorso (e del nostro), il Codice Napoleone sia stato assunto come una frattura nel flusso dell'esperienza giuridica: al livello delle partizioni disciplinari il Code è stato assunto come cesura tra l'esperienza passata, oggetto di indagine storiografica e di ricerca erudita, e l'esperienza presente oggetto di indagine tecnico-giuridica e materiale di esegesi o di costruzione dogmatica; al livello delle formulazioni ideologiche e delle abitudini mentali il Code è stato assunto come discrimine tra il diritto positivo vigente (o la famiglia dei diritti positivi vigenti) e un qualcosa di impreciso che non è comunque positivo e vigente al contempo; al livello della storiografia giuspolitica il Code è stato assunto come confine tra le epoche del regime antico e del regime liberale o « moderno ». Rispetto a questi ruoli assunti dal Codice Napoleone, l'esigenza di una riconsiderazione propriamente storica è stata negli ultimi tempi iteratamente proclamata quantunque la ricerca effettiva (distinta dalle vocalizzazioni della esigenza) non si sia mai intrapresa. Orbene, nel segnalare il merito di Arnaud passato dall'ideazione alla realizzazione del programma (2) di restituire il Code alla storiografia, si deve sottolineare l'interesse generale rivestito dai modi con cui simile operazione culturale viene condotta.

In via particolare, da tempo si depreca non esservi, tra gli strumenti a disposizione dei giuristi e degli storici, una edizione critica del Code civil: una mancanza comprensibile alla luce degli atteggiamenti sopra ricordati come diffusissimi, e tuttavia largamente sentita. Orbene, il lavoro di Arnaud è la fase preparatoria di un programma che sarà concluso — si promette — con una « edition critique de type historique » del Code civil (3): anche sotto questo profilo l'interesse dello studioso è stimolato ed eccitato, chiaro essendo che le caratteristiche del libro di

⁽¹) Si tratta della rielaborazione di una tesi di dottorato. Nella presentazione Michel Villey (pp. 1-VII) la indica come opera di originale audacia, che pone problemi nuovi ed apre nuove strade.

⁽²⁾ Programma varie volte enunciato, negli ultimi anni, da M. Villey.

⁽³⁾ Preface, p. 1; Introd., p. 5 nota 19.

Arnaud si rifletteranno sull'edizione critica, di cui — se vi sarà davvero — possono così intravvedersi i criteri.

Dette le ragioni dell'interesse, e della meritorietà, del libro, ne descrivo i contenuti e la struttura senza soffermarmi sui difetti estrinseci che sono, per quanto non del tutto scusabili in un'opera che vuol essere anche di erudizione filologica, certamente di rilievo minore (4).

La tesi centrale del libro è la seguente: il Code civil è la transazione (non tra « diritto romano » e « coutumes », come si pretende da Portalis in avanti, ma) tra due tradizioni dottrinali, designate rispettivamente « ecole du droit naturel moderne » e « le jansenisme des gens de loi », che si sarebbe realizzata col codice e sarebbe stata preparata dall'opera di molti giuristi francesi tra i quali campeggiano Domat, Daguesseau e Pothier (5). Il senso del titolo dell'opera si precisa perciò, nella tesi sostenuta, non come delimitazione del campo dell'indagine (tra i fattori genetici del Code, le espressioni dottrinali), bensì come asserzione sui fatti (il Code è generato da dottrine, non da altre cose). Il libro, sotto questo profilo, si situa compiutamente nel solco della scuola di Villey, che da anni insiste in ogni sede accademica sulla matrice filosofica delle esperienze giuridiche storiche (6); e l'atteggiamento di Arnaud, sotto questo profilo, si colora in senso idealistico, rivelando propensione verso schemi interpretativi in cui cose derivano da idee (7) (piuttosto che viceversa). Tesi centrale e atteggiamento di fondo che si dimostrano, nella specie, fruttuosi nella misura in cui sospingono l'autore ad una lunga storia di idee, precludendogli la strada di un semplice censimento di precedenti lessicali, in opere dottrinali anteriori, di formule del Code; tesi centrale e atteggiamento di fondo, tuttavia, che si rivelano quali ingombranti ipoteche nella misura in cui le etichette dottrinali impiegate

(*) La tesi centrale è espressa nella Introduzione (pp. 4 ss.), nella Conclusione (pp. 215-220), e, nello svolgimento della ricerca, iteratamente in ogni capitolo.

⁽⁴⁾ Tra i difetti estrinseci va menzionato anzitutto il disordine: si vede che le schede sono state inserite frettolosamente, causando ripetizioni e sovrapposizioni (un esempio: la nota 24 di pagina 6 è identica alla nota 158 di pagina 61). Non sempre delle opere menzionate sia nel testo che nelle note vengono offerte tutte le indicazioni opportune e usuali; in particolare non sempre viene indicato il luogo di edizione. Talvolta le indicazioni sono, se non scorrette, quantomeno equivoche (un esempio: nella bibliografia sotto la voce Daguesseau, a p. 276 si legge l'indicazione: « Oeuvres du Chancelier d'Aguesseau contenant ses discours pour l'ouverture des audiences, ses mercuriales, ses playdoyers, etc., Paris, 1759, Paris, 1780 à 1789, 13 vol. (éd. Pardessus) »; orbene, l'edizione delle Oeuvres du chancelier d'Aguesseau in 13 voll. il cui primo vol. appare nel 1759, si completa col tredicesimo nel 1789 ed è una edizione unica; il 1780 è la data di pubblicazione del vol. 11). Si tratta di mere sviste, non importanti: quantunque le bibliografie siano più utili quanto più precise.

⁽⁶⁾ Inutile citare luoghi specifici, in un arco di opere che vanno da Recherches sur la littérature didactique du Droit romain, Paris, 1945, a La formation de la pensée juridique moderne, Paris, 1968, attraverso continui interventi sulle pagine di un organo quale gli Archives de Philosophie du Droit.

⁽⁷⁾ Non, ovviamente, in altri sensi di «idealismo»: nulla di più lontano, ad esempio, da una storiografia di tipo hegeliano, di quella di Arnaud (e di Villey!).

(« école du droit naturel moderne » e « jansenisme des gens de loi ») sono inutili o equivoche.

Per la verità, le etichette delle « deux courants de la doctrine juridique française » tra le quali il codice sarebbe « un moyen terme » (p. 20) sono vaghe assai. La «ecole du droit naturel moderne» originaria dei paesi protestanti « favorables (i paesi) au développement des idées rationalistes, laicisantes et individualistes modernes» (p. 15), comprende tutti i c.d. giusnaturalisti non francesi, da Grozio a Barbeyrac, includendo figure disparate da Pufendorf a Leibniz, da Locke a Wolff (8), e sembra caratterizzarsi solo nella contrapposizione ad un'altra etichetta, chiamata « droit naturel classique » che include (parrebbe) ogni ideologia ontodeontologistica da Aristotele a Suarez passando per Tommaso, nonchè ogni dottrina giuridica espressione di concezioni non soggettivistiche di « ius » (9). Il « jansenisme des gens de loi », con cui si sarebbe verificato un « retour à la conception sacrale de Saint Augustin » (p. 15) attraverso l'idea che la giustizia lungi dall'essere dato di natura è nota attraverso la rivelazione (p. 16), e diffuso nel ceto dei giuristi per ragioni non precisate (10), pare essere ciò che rende la cultura giuridica francese « moraliste, antijuridique, rigoriste, sceptique, antirationaliste » (p. 16): cioè « un courant empirique, positiviste, réactionnaire » sarebbe « soutenu par un certain jansenisme juridique » (p. 20). Con il viatico di queste, vaghe, etichette e della tesi, il lettore lascia l'introduzione per entrare (tanto è vero che l'oggetto studiato si riflette sull'indice dei libri) in un «Titolo preliminare» dedicato agli «artigiani del Code civil» (pp. 23-59).

Gli « artigiani » di cui A. studia la personalità culturale sono i quattro redattori ufficiali (Tronchet, Bigot-Préameneu, Portalis e Maleville) e cinque giuristi a diverso titolo influenti (Cambacérès, Jacqueminot, Merlin de Douai, Berlier e Treilhard). Quantunque A. non dica, sulla vita e personalità di costoro, cose nuove, tuttavia combina le notizie in modo da far risultare l'appartenenza di tutti (tranne Maleville e Merlin) a « vieilles familles de robe, véritables dynasties de juristes »; e, sulla sola scorta di tale assodata appartenenza, l'autore conclude che del loro ceto « les artisans du Code civil ne pouvaient pas ne pas en prendre les traits fondamentaux: un esprit libéral, frondeur, austère enfin, en point d'être, à l'époque, volontiers jansénisant » (p. 30).

⁽⁸⁾ Del resto, in questo eterogeneo collezionismo Arnaud si trova nella compagnia di quasi tutta la diffusa manualistica di c.c. «storia della filosofia del diritto » o «del diritto naturale » da J. SAUTER (Die philosophischen Grundlagen des Naturechts, Wien, 1934), a H. Thieme (Das Naturecht und die europaische Privatrecht, Basel, 1954) e persino a G. Fassò (che pure di solito tende, facendo storiografia «filosofica », a criteri individualizzanti, e che rinuncia a tali criteri nel cap. 15 del vol. II della Storia della filosofia del diritto).

^(*) Questo « diritto naturale classico » è, oramai, una classica etichetta; Arnaud lo intende con le connotazioni che la locuzione assume negli scritti di Villey.

⁽¹⁰⁾ A questo proposito Arnaud si appaga di un riferimento al noto saggio di L. GOLDMANN, Le Dieu caché.

Ciò vale soprattutto per i più anziani (Tronchet, Portalis, Maleville, Bigot) (pp. 30-33): ma anche i più giovani (Treilhard, Cambacérès, Merlin e Berlier) vengono poi presentati come rivoluzionari « moderati » (pp. 33-38). La conclusione, con un salto dall'ambiente e la cultura agli atteggiamenti tecnico-giuridici, è la seguente: «De leur milieu naturel, ils prirent l'austérité, en même temps que l'esprit libéral... En termes juridiques cela signifie que si le courant jansénisant. ... allait introduire une grande rigoeur dans leur oeuvre, la tendance dite « moderne » n'allait pas les rebuter a priori » (p. 30). Anche il discorso sulle scuole di diritto, le biblioteche e l'istruzione professionale, che A. svolge (pp. 41-50) per dar conto della preparazione scolastica dei nove menzionati giuristi, mentre mostra la povertà della cultura giuridica delle scuole francesi nella seconda metà del settecento, viene piegato allo scopo di confortare il programma di individuare gli apporti che «la scuola moderna » (sempre presa in blocco) ha dato alla redazione del Codice. A questo punto gli «artigiani del Codice civile» vengono abbandonati (e non ricompaiono più se non nelle note e nei molti utili indici cronologici e bibliografici): ed il libro prende l'andamento, richiesto dalla tesi di fondo sopra ricordata, di una storia della cultura giuridica francese dalla metà del Seicento alla fine del Settecento.

Questa parte del lavoro è la più interessante e la più utile: e viene a colmare una lacuna lasciata dalle tante storie del diritto e delle istituzioni francesi. In un certo senso la proiezione di questa indagine sulla formazione del codice civile resta estrinseca; in un altro senso quella proiezione gioca un ruolo nella ricerca, sollecitando una suddivisione che non si riferisce a scansioni cronologiche nè a raggruppamenti di scuola (per non parlare di situazioni politico-sociali, che restano fuori dalle coordinate di Arnaud a favore dei profili intradottrinali della cultura giuridica), bensì a elementi o fattori della (futura) codificazione. La suddivisione in tre libri riguarda infatti: «L'effort d'unification » (libro I, pp. 61-120); «La recherche de l'ordre » (libro II, pp. 121-169); e «La transformation de la substance du droit » (libro III, pp. 171-222).

Nel primo libro, dedicato allo «sforzo di unificazione», ritorna come canone d'interpretazione storiografica la contrapposizione tra l'empirismo tradizionalista e l'empirismo moderno. Infatti Arnaud dichiara che la distinzione tra romanisti e giuristi di *droit coutumier* (11) non può essere presa in considerazione ai fini storiografici perchè sia i romanisti sia i francesisti si divisero in due tendenze: gli uni « pour qui l'unité de législation ne pouvait s'atteindre qu'à partir de la diversité

⁽¹¹⁾ Ed anche la distinzione più articolata che da taluno si è fatta tra tre tendenze: (a) i commentatori delle singole coutumes; (b) i giuristi di droit coutumier che, da Loisel in avanti, tendono alla comparazione tra le diverse coutumes ed alla generalizzazione dei principi di più di una coutume; (c) i romanisti, includendo in questi i teorici dediti alla ridisposizione dei materiali romani (cfr. Arnaud, p. 62).

existante »; gli altri « gagnés à la tendance moderne », che « voulurent... reconstruire un Droit rationnel, à partir de quelques principes à priori » (p. 63). In una prima fase (fine Seicento) Arnaud vede pochi giuristi toccati da « la scuola moderna », cioè Domat, Fleury, Argou e Taisand; ma gli sembra di vedere diffusi « motifs rationalistes d'unification du droit » (p. 81-82). In particolare Domat viene visto come l'autore in cui per primo coesistono le due tendenze, poichè « s'il cherche à elaborer un droit rationnel, le fait en vue de la construction d'un ensemble de droit chrétien » (p. 72): interpretazione, questa di Domat punto d'incontro tra due correnti, che conduce tuttavia Arnaud ad una affermazione storicamente del tutto ingiustificata, e cioè che «il eut le désir de proposer une législation unifiée et ordonnée » (p. 60) (12). Nella seconda fase Arnaud colloca Bouhier (pp. 83-89), Pocquet de Livonnière (p. 80) e Prévôt de la Jannès, di cui viene messa in rilievo la figura. Nella terza fase Arnaud mostra da una parte la rottura con il razionalismo e con la tradizione di Domat, rottura identificata con l'influenza di Montesquieu (pp. 98-99), indi il prevalere di un indirizzo «razionalista» e « sistematico », con Boutaric, Terrasson, Daube, Bourjon, e specialmente Daguesseau e Pothier. Se Arnaud non si fosse limitato alla dottrina giuridica in un senso stretto avrebbe certo potuto trovare espressioni della rottura con la tradizione di Domat ben più significative di quanto non sia l'opera di Montesqueu (13); comunque ciò che rileva, in questa parte dell'indagine, è il tentativo di vedere la doppia influenza di Domat e della « scuola moderna del diritto naturale » su Daguesseau (pp. 108-111). ciò che è esatto, e su Pothier giovane, quello delle Pandette, che viene interpretato come un seguace della scuola moderna (III-II4) con la conclusione che « nous pouvons donc nous rallier à l'opinion de ceux qui voient dans Pothier le père du Code civil. Mais ne nous y trompons pas: c'est un Pothier bien différent de celui dont on nous a laissé l'image; c'est un Pothier dont le rationalisme, le systematisme, l'individualisme moderne sont seulement temperées par les exigences de la morale jansénisante à laquelle il soumit les règles juridiques» (p. 104).

⁽¹²⁾ Che Domat pensasse ad una legislazione, anzichè ad una dispositio, razionale, è storicamente falso. Arnaud si è lasciato evidentemente prendere la mano dal discorso, anche perchè condizionato dalle seguenti sue tesi: (a) che la posizione di Domat e quella di Daguesseau sono identiche; (b) che in Domat si trovano tutti i temi della «scuola moderna»; (c) che la scuola moderna è un blocco unico, in cui coesistono atteggiamenti razionalistici e imperativistici, ed anche questi ultimi si trovano in Domat. Il trattamento che Arnaud riserva a Domat, anche ad altri propositi (cfr. infra) suscita qualche perplessità. Vorrei fare rinvio a quanto ho scritto altrove (Sistemazione e ideologia nelle «Loix civiles» di Jean Domat, in Materiali per una storia della cultura giuridica, raccolti da G. Tarello, II, 1972, Bologna, 1972. DD. 125-157).

⁽¹³⁾ Che del resto può ben essere interpretata anche in senso razionalistico e sistematicistico e, sotto questo profilo, essere vista come espressione di continuità (e non di frattura) con la tradizione domatiana. In questo senso chi scrive (Per una interpretazione sistematica de « L'Esprit des Lois », in Materiali per una storia della cultura giuridica, raccolti da G. Tarello, I, 1971, Bologna, 1971, pp. 11 ss.).

Nel secondo libro, dedicato alla « ricerca dell'ordine », la contrapposizione tra « diritto naturale classico » e « razionalismo moderno » resta nell'ombra; si esprime invece la tesi che in questa materia il « razionalismo moderno » ha per progenitore Donello (pp. 121-123) sulle cui orme si pone la « scuola moderna di diritto naturale » (sempre presa in blocco) e, mediatamente, la dottrina francese del periodo considerato.

Dopo alcune generalità sulla dottrina cartesiana del metodo (pp. 125-129), Arnaud imposta il problema storico della «ricerca dell'ordine » come il problema della trasformazione dello schema dispositivo delle Istituzioni giustinianee in senso «moderno »: intendendo per «moderno » ciò che include lo strumento concettuale del diritto soggettivo (p. 131) nel senso di Villey.

La trasformazione dello schema delle Istituzioni in senso soggettivistico sarebbe compiuta con Vinnio e con il giovane Leibniz (p. 130-134).

Pufendorf — che nonostante le storiche polemiche viene messo nella stessa rubrica di Leibniz — viene presentato come colui che modifica il piano delle Istituzioni parlando prima di tutto dei diritti in generale (14); Eineccio (p. 138) viene totalmente identificato con Pufendorf (15). Passando alla Francia, Arnaud vi riconosce « une certaine influence du systématisme axiomatique »: poichè tuttavia la detta influenza viene ravvisata sia nell'adozione del piano delle Istituzioni sia nella disposizione secondo altri e disparati criteri, è chiaro che qui si chiama « systematisme axiomatique » ogni piano sistematico (anzichè commentaristico). Tra gli schemi istituzionalistici sono menzionati quelli di Domat, di Daguesseau e di Prevot (pp. 142-152); tra gli altri quelli di Fleury e Argou, di Bourjon, di Pothier, e dei vari progetti di Olivier (pp. 156-167).

Nel terzo libro, dedicato a «la transformation de la substance du droit », Arnaud si occupa del « diritto di proprietà » in funzione dell'elaborazione dell'art. 544 Code Civil (pp. 179-195) e dell'« autonomia della volontà » in funzione degli artt. 1134 e segg. (pp. 197-220); non si occupa — dice — tanto dell'origine delle formule quanto dello spirito delle formulazioni. Così per la proprietà, non si pone l'accento sulla formula, ma su « l'esprit subjectiviste qui anime l'article 544 » (p. 180); escludendo, sulle orme del Villey, che i classici avessero una nozione di di-

⁽¹⁴⁾ Pufendorf non viene indicato come teorico di una sfera di libertà lasciata residua ove non giunge il comando (ciò perchè, messo assieme a Leibniz, viene visto come razionalista e non come imperativista); per la dottrina della correlazione tra doveri e diritti Leibniz e Wolff avrebbero dovuto essere indicati a preferenza di Pufendorf. Non viene chiarito il rapporto tra Barbeyrac e Pufendorf, che sarebbe stato rilevante per lumeggiare la cultura francese.

⁽¹⁵⁾ L'identificazione di Eineccio con Pufendorf, giustificata di solito, lo è meno a proposito della adozione dello schema delle Istituzioni. Eineccio, infatti, come romanista adotta questo schema nelle lezioni « secondo l'ordine delle Istituzioni » e non lo adotta in altri casi. Comunque i redattori del Code civil, nella misura in cui utilizzarono gli schemi di Eineccio romanista, non utilizzarono lo schema del De officio hominis et civis di Pufendorf.

ritto soggettivo, Arnaud esclude anche che avessero la nozione individualistica di proprietà (p. 180-182); tale nozione sarebbe propria della solita «scuola giusnaturalistica moderna» con Grozio, Vinnio, Pufendorf (pp. 183-184) e, in Francia, avrebbe avuto espressione in Domat (cosa, quantomeno, dubbia (16)), in Fleury ed Argou, ed infine - e questo è esatto — in Pothier (17); la combinata influenza di Pothier e della «scuola moderna» si sarebbe esercitata sugli artefici del Code, in particolare su Portalis (pp. 187-191); ed il vocabolo «absolu» come aggettivazione del disporre (pur solidale con la politica di Bonaparte; p. 192) sarebbe «une trouvaille des juristes modernes» (p. 190). Per quanto riguarda la «règle de l'autonomie de la volonté» di cui all'art. 1134, Arnaud è pronto a riconoscere che la formula è ottocentesca e germanica (p. 198), ma lo «spirito» è «razionalistico» e proviene dalla « scuola moderna e da Domat »; più convincente a questo proposito che a quello della proprietà è la tesi di un Domat « point de junction » tra «les resultats des canonistes» e quelli del razionalismo moderno (p. 206); il rilievo dato a Pothier è giustificato (anche se non aggiunge molto di nuovo) dalla massiccia utilizzazione delle di lui formulazioni nel Code (artt. 1109-1164; 1305 ss., 1674 e 2052 ss.). La conclusione ripete la premessa.

L'interesse dell'opera di Arnaud è chiaro. Il taglio, e l'indirizzo, risultano dalle osservazioni precedenti. L'impiego della dicotomia: « empirismo francese, tradizionalista, giansenistico, vicino al diritto naturale classico » da una parte e, dall'altra parte, « razionalismo germanico-svizzero, protestante, moderno », caricato di una certa antipatia di Arnaud per il secondo membro, porta ad alcune forzature storiche

⁽¹⁶⁾ Arnaud si basa (p. 186) su di un passo del Legum delectus in cui si legge che «le droit civil... a rendu à quelques-uns ce qui appartenait en commun à plusieurs »; ma, come è palese, questo passo prova solo che Domat usa materiali vecchissimi, come lo stato originario in cui omnia omnium ed il ius civile che scava valli ed innalza muri tra il mio ed il tuo; di questo passo si potrebbe ravvisare una concezione «subjectiviste» della proprietà nella concordanza grazianea o nella tradizione stoica.

⁽¹⁷⁾ Leggiamo (p. 186) che « Le mérite de Fleury et Argou est d'avoir transformé les rapports rééls, de propriété à propriété, en rapports personnels, fondés sur ls droits et les devoirs. Il ne restait plus qu'à établir une théorie générale de la propriété: le mérite devoit en revenir à Pothier ». Analizzando questo periodo si osserva che: (l) è vero che Fleury e Argou tendono a dissolvere le situazioni reali in situazioni obbligatorie, ma questo è vero non di loro soli, bensì di tutto il seicento francese; ed anzi questa tendenza è meno manifesta in Fleury e Argou che in Domat; (II) è vero che con Pothier si perviene ad una «teoria generale della proprietà » se con ciò si intende una «teoria della proprietà in generale »; (III) è chiaramente falso che vi è continuità di tendenza tra la dissoluzione delle situazioni reali in obbligatorie e la formazione di una teoria (generale) della proprietà; al contrario, la teorizzazione di una proprietà in generale costituisce una inversione di tendenza rispetto alla scomposizione delle (molte) proprietà in (molte) situazioni obbligatoric aventi ad oggetto (molti) tipi di cose. Cfr. G. Tarello, Sistemazione e ideologia nelle «loix civiles» di Jean Domat, cit., p. 153 ss.

(almeno così mi appare). Di alcune ho fatto cenno; vorrei fare un'ultima osservazione. Viene messa in ombra, nella trattazione di Arnaud, che la stragrande maggioranza degli scrittori giuridici francesi della seconda metà del seicento e della prima metà del settecento non possono venire inquadrati nè tra i destinatari di influssi « modernistici » nè tra i « giansenizzanti», perchè si occupavano del commento di singole coutumes o della prassi giudiziaria: sottacere questa realtà significa non mettere in rilievo, tra l'altro, come gli interessi del ceto dei giuristi (di tutti coloro che si dedicavano a professioni «giuridiche») militavano contro la diffusione di ogni schema semplificatore sia « moderno » (nel senso di Arnaud) sia « classico » (sempre nel senso di Arnaud); significa non voler intendere gli atteggiamenti di molti illuministi francesi della seconda metà del settecento, critici dei «giuristi» appunto nella loro qualità di commentatori e di casisti, di cui le espressioni più plateali sono i «bruciate le leggi e fatevene nuove» di Voltaire: questi illuministi, e non alcuni citatori francesi di Pufendorf o di Grozio, sono forse rilevanti anche per le tesi di Arnaud. Trattando la scuola « moderna » in blocco, inevitabilmente si viene anche a retrodatare le influenze di giuristi quali Thomasius e Wolff, influenze che non sono operative prima del periodo rivoluzionario (18) e che non possono essere ridotte in una delle due tradizionali linee di influenza cui Arnaud si riferisce.

GIOVANNI TARELLO

Sabino Cassese, Cultura e politica del diritto amministrativo, Bologna, Il Mulino, 1971.

Il processo ormai comune ai paesi europei «a diritto amministrativo», che vede lo sviluppo della tendenza sempre presente pur in modi diversi nella scienza del diritto amministrativo ad una storicizzazione della sua opera, si è arricchito da ultimo nel nostro paese di ulteriori specificazioni con il saggio di Sabino Cassese su Cultura e politica del diritto amministrativo. È questa un'opera che ha preso le mosse da un'impegno politico' di adeguamento dell'attività della dottrina amministrativa alla realtà in movimento nella società italiana. Ciò che poi ha portato ad avvertire anzitutto l'esigenza di una adeguata storicizzazione dell'attività della dottrina, nel tentativo di cogliere pienamente le varie motivazioni, metodologiche e politico-culturali delle crescenti

⁽¹⁸⁾ Va segnalato un interessante tentativo di rintracciare le più antiche utilizzazioni francesi di Wolff: M. Thomann, Une source peu connue de l'Encyclopédie: l'influence de Christian Wolff, « Actes du quatre-vingt-douzième Congrès national des sociétés savantes, Strasbourg 1967, hist. mod. », vol. III, Paris, 1970, pp. 95 ss. Di Thomann è annunciato un volume dedicato a Wolff.

difficoltà incontrate dalla dottrina nell'interpretazione dell'ordinamento dei pubblici poteri.

Anche Cassese è venuto in sostanza ad affrontare l'ordine di questioni che vede impegnati in Europa i cultori delle scienze, tradizionali e nuove, sulla pubblica amministrazione, più preoccupati di chiarire la portata della ormai palese insufficienza della prospettiva formalistico-dogmatica nella ricostruzione dell'ordinamento amministrativo.

Cassese si è adoperato in primo luogo per il chiarimento del processo che ha portato all'affermazione nella dottrina amministrativa italiana della «purezza del metodo»: di un metodo formalista, frutto della fusione di elementi post-pandettistici e positivistico-kelseniani. Egli pone in risalto come la scelta metodologica anzidetta non tragga origine tanto dalla vittoriosa battaglia di Orlando per il « metodo giuridico », quanto invece dalle peculiari accentuazioni in esso introdotte da parte di post-orlandiani influenzati dalle varie forme di positivismo giuridico formalista.

Cassese sottolinea come in Orlando fosse presente, accanto all'esigenza di una formalizzazione, di una sistemazione in chiave logico-astratta della scienza del diritto pubblico, del diritto costituzionale ed amministrativo nella linea della post-pandettistica tedesca, un'istanza profondamente « realista ». Era l'istanza derivante dalla tendenza propria della post-pandettistica ad uno stretto collegamento fra formalizzazione delle scienze giuridiche e realizzazione della prospettiva liberal-statalista, con gli ulteriori sviluppi legati alla viva partecipazione di Orlando ai problemi avvertiti dalla classe dirigente per il consolidamento dello Stato unitario liberal-nazionale. Cassese fa poi vedere come sotto la spinta del positivismo la carica realista presente nella scelta orlandiana sia stata lasciata cadere, dando spazio alla tendenza formalistico-dogmatica nella accezione purista e poi normativista.

Vi è un aspetto centrale nella ricostruzione di Cassese: ed è quanto messo in luce circa le difficoltà metodologiche del realismo orlandiano: il fatto cioè che « nel legame ideologico coi principi liberal-statalisti il realismo in Italia non riuscì ad uscire da un impasse che si può chiamare interna: non riuscì a fondarsi scientificamente, ad adottare un metodo ». È questo un punto nodale sul quale conviene soffermarsi, perchè sta qui forse una delle chiavi per la comprensione della portata assunta dal realismo orlandiano, dal successivo formalismo e dal nuovo realismo sviluppatosi sulla base della crisi di quest'ultimo. Ciò che occorre analizzare fino in fondo è il livello al quale si è verificato il nesso in Orlando fra metodo giuridico e liberal-statalismo.

Sul punto Cassese mette in luce come il nesso si sia manifestato e nel momento dell'impiego del metodo, nel momento della ricostruzione e della « prescrizione » dell'assetto ottimale degli istituti dello Stato liberale, e nel momento della costruzione stessa del metodo. Ma a quest'ultimo proposito egli si limita ad alcune osservazioni particolarmente

388 Letture

illuminanti, quale quella ripresa da Antonio Negri sul tentativo di « formalizzazione del politico » in chiave giuspubblicistica, e quella ripresa da Volpicelli circa « la venatura giusnaturalistica » presente nel sistema orlandiano.

Sono osservazioni che vanno ulteriormente approfondite, in quanto consentono di far luce sulla portata delle implicazioni formalistiche presenti nel metodo orlandiano. Va approfondita soprattutto la connessione fra tale metodo ed una interpretazione fortemente ideologizzata e formalizzata della realtà dello Stato liberale, dalla quale non poteva derivare che quel peculiare « ideal-realismo », coerentemente ipotizzato da Orlando. E va fatta luce poi sul permanere in buona parte di tale interpretazione anche nel successivo formalismo, nonché per taluni profili nel nuovo realismo.

Già nel 1889 e soprattutto nel 1925. Orlando collega i «principi giuridici ordinati a sistema », posti a fondamento del metodo giuridico, a quel diritto « che costituisce la regola interna di una organizzazione collettiva», a quel diritto che «deriva dalla natura umana consapevolmente indirizzata ad un fine onde razionalmente si sottopone alla disciplina necessaria per raggiungerlo ». Viene così in luce il complesso di 'meccanismi automatici' universalizzati e ipostatizzati da Orlando per la previsione e la sanzione del comportamento dei singoli e degli apparati: meccanismi che diventano il materiale per la costruzione dei principi giuridici e del metodo ad essi collegato. Si tratta per un verso della 'razionalità' di individui che accettano le limitazioni idonee a far sì che il perseguimento dei fini di ognuno non vada a scapito del perseguimento dei fini degli altri, e per altro verso della 'razionalità' di uno Stato, che diventa il garante di tali limitazioni, l'arbitro di una disciplina dei mezzi per il raggiungimento delle finalità individuali, con il coordinamento automatico delle medesime. A ciò si aggiunge la 'razionalità ' dei 'rapporti necessari ' fra le due sopra indicate: e cioè la razionalità dei nessi automatici, fra le 'limitazioni' degli individui e dello Stato, sulla base della configurazione dello Stato quale « persona giuridica » e dell'individuo quale «titolare di diritti pubblici subbiettivi».

In tal modo Orlando si muove nella linea del giusrazionalismo, ipotizzato da Kant, quale strumento per un razionale confronto diretto degli individui in chiave astatalista, nella linea del giusnaturalismo e dell'individualismo illuminista. Egli però fa propria la versione statalista di tale giusrazionalismo ed accetta la versione affermatasi con la mediazione hegelliana in uno dei filoni fondamentali del pensiero liberale continentale durante l'Ottocento; e cioè nel «liberalismo giuridico» sviluppatosi in Germania ed in seguito in Italia. Orlando fa propria l'interpretazione del rapporto stato-individuo volta ad assolutizzare e a rendere universale e definitiva, sotto il profilo ideologico ed istituzionale, il nesso 'razionale' fra potere statuale ed affermazione del mo-

dello di sviluppo individuale e collettivo borghese. Ed ipostatizza il nesso fra potere statuale ed attuazione della prevedibilità dell'azione altrui, secondo le esigenze di quel 'calcolo razionale' atto a rendere possibile il coordinamento automatico dell'attività di individui formalmente liberi, e concretamente impegnati nell'economia di mercato e nell'opera di liberazione dai vincoli irrazionali posti nel passato alla 'costruzione' del rapporto fra gli individui e con la natura.

Siamo di fronte a quella formalizzazione del rapporto stato individui singoli ed associati che intendeva fare del primo il centro razionale di raccolta e di distribuzione dei mezzi indispensabili ai secondi per una propria affermazione automaticamente coordinata con quelle degli altri. Si voleva superare una volta per tutte la crisi considerata irreversibile della automatica affermazione della razionalità individuale slegata dal potere statale, e le difficoltà incontrate per l'estensione alla intera società del modello di sviluppo individuale e collettivo borghese.

Era il tipo di processo avviato da quella parte del pensiero liberale più legato alle preoccupazioni proprie delle classi dirigenti borghesi in ascesa in Francia e soprattutto in Germania ed in Italia. Ed il fine era quello di liberare dal 'contingente' la affermazione del modello di sviluppo borghese, bloccando le remore derivanti dalla tendenziale irrazionalità attribuita all'individuo non collegato allo Stato e le remore frapposte dalle forze semifeudali unite al potere monarchico, o dalle masse popolari e piccolo borghesi, o da entrambe, all'estensione del modello all'intera società.

Di qui la tendenza a ridimensionare il peso dell' irrazionale ' nella composizione degli interessi individuali e dell'interesse pubblico costruito su questi, mantenendo ferma la triade ragione-consenso-interesse, propria della prospettiva liberale, ma ipotizzando il consenso non già a parte ante', come nel liberalismo antistatalista, bensì 'a parte post', cioè il consenso all'interpretazione 'dall'alto' da parte dei poteri statuali delle condizioni ragionevoli per il soddisfacimento degli interessi e delle finalità degli individui singoli ed associati. Di qui la tendenza anche a collegare la stessa legge statale, a livello quanto meno di giustificazione formale, non tanto alla volontà espressa dalle forze rappresentate nell'organo legislativo, quanto invece a quel « diritto razionale », ricavabile dalla « natura stessa delle cose », dalle relazioni necessarie del rapporto Stato-individuo nella linea sopra indicata. Nel caso soprattutto della Germania e dell'Italia, si è manifestata anche l'accentuazione dell'esigenza di liberare «dal contingente e dall'irrazionale» ed in concreto dall'incidenza delle istanze peculiari delle forze subordinate in ispecie, la fondazione del rapporto stato-individui nell'ambito di uno stato nuovo. Si è avvertita la necessità di fornire a quest'ultimo una legittimazione altrettanto indiscutibile, soprattutto «dal basso», quale quelle di ispirazione religiosa poste a fondamento dell'autorità statale nel periodo dell'assolutismo.

Più in generale, si è avuta una notevole accentuazione nella borghesia tedesca e italiana dell'esigenza di una definitiva 'stabilità' delle proprie posizioni a livello di stato e di società: dell'esigenza di ottenere le garanzie, giustificate ed imposte in modo universale, necessarie per l'affermazione globale del modello di sviluppo ad essa proprio. Si trattava di una borghesia che diversamente da quella inglese e francese non aveva partecipato in posizione determinante a rivoluzioni antifeudali ed antiassolutiste, e non aveva acquisito il controllo diretto dall'interno' di una parte almeno del potere statuale. Essa invece in accordo con la Corona e le forze semifeudali aveva compiuto una rivoluzione nazionale-liberale 'dall'alto', acquisendo in genere essenzialmente un più o meno ampio controllo 'dall'esterno 'del potere statuale, attraverso più o meno incisive limitazioni del medesimo. E perciò doveva ancora preoccuparsi di liberare dal contingente, dalle remore delle forze semifeudali e della Corona, le limitazioni introdotte nel potere statuale, rendendo assoluta a livello ideologico ed a livello istituzionale la 'regolarità' di azione di quest'ultimo, in vista di una piena affermazione delle proprie attività individuali e collettive in campo economico e sociale.

Si trattava poi di una borghesia con crescenti contrasti interni a proposito del ruolo del pubblico potere. In essa v'erano i gruppi preoccupati di consolidare le posizioni economico-sociali legate alle proprietà terriere a conduzione precapitalistica in genere, e al pubblico impiego. e miranti al rafforzamento delle limitazioni anzidette e del controllo 'dall'esterno' del potere statuale, ed i gruppi impegnati nello sviluppo dell'intrapresa capitalistica in campo agricolo ed industriale, che incominciavano a puntare ad un controllo 'dall'interno' del potere statuale, di quello legislativo come di quello esecutivo, ed alla piena strumentalizzazione ad un capitalismo che non poteva prescindere dall'appoggio del pubblico potere. E di qui il tentativo di raggiungere un qualunque equilibrio fra tali gruppi, accentuando la configurazione dello Stato quale 'apparato razionale' idoneo a comporre in modo imparziale 'dall'alto 'gli interessi dei vari gruppi borghesi ed idoneo poi ad imporre tutto questo alle altre forze della società ed alle masse popolari in particolare.

A ben guardare, la peculiare formalizzazione in chiave giusrazionalista del rapporto Stato-individuo, sviluppata in Germania ed in Italia dal liberalismo giuridico si presenta come il rifiuto per un verso del 'pessimismo antistatalista' proprio della parte del pensiero liberale influenzato dalle esperienze anglosassoni e portato a ritenere automatica l'estensione 'dal basso' dell'individualismo borghese all'intera società ed a ritenere pericoloso ogni intervento dello Stato nel meccanismo dell'estensione, tranne quello diretto a creare alcune delle condizioni per la medesima ed in particolare 'l'ordine pubblico'. Con tale formalizzazione viene rifiutato al tempo stesso il 'pessimismo antindividualista'

I ETTURE 391

proprio di settori crescenti delle classi dirigenti liberal-borghesi al potere, portate a ritenere possibile unicamente una estensione 'dall'alto' del modello di sviluppo individuale collettivo borghese, ad opera di uno 'Stato forte', in grado di limitare, se del caso, pure alcune delle libertà politiche per le forze, popolari soprattutto, sempre meno disposte ad accettare il modello sopra indicato.

In ultima analisi, con lo stimolo nel caso di Orlando anche di dati temperamentali, si ha una formalizzazione del rapporto stato individui, che assolutizza l'ottimismo sulla azione congiunta dell'uno e dell'altro per un'affermazione globale dell'individualismo borghese sia dal basso che dall'alto »: per la realizzazione universale e definitiva del complesso di limitazioni poste come indispensabili per rendere automatica una razionale individuazione dei propri fini secondo la prospettiva borghese da parte di tutti i componenti singoli ed associati della società, ed una razionale distribuzione a tal fine dei mezzi da parte del potere statuale.

È questa la «realtà » alla quale Orlando collega il metodo giuridico, facendo di quest'ultimo lo strumento per esplicitare in via «deduttiva » i principi giuridici posti come esistenti nella realtà anzidetta: lo strumento per fornire veste giuridica definitiva alle limitazioni ed agli automatismi individuati come indispensabili per l'organizzazione del rapporto stato-individui.

Orlando in ogni caso esclude qualsiasi possibilità di impiegare il metodo giuridico per una verifica della 'conformità' effettiva dei principi giuridici così configurati alla realtà complessiva della società italiana. Per sua esplicita ammissione, tali principi vanno considerati come una realtà esistente a livello « ideale »: essi fanno parte di quella realtà che sta a metà strada fra il « dato empirico » e il « dato filosofico ».

A questo egli è spinto fra l'altro dai risultati ottenuti attraverso un'impostazione di tal genere dalla scienza del diritto privato continentale, sulla base della logicizzazione del diritto delle pandette secondo le esigenze 'contrattuali' dell'individualismo borghese. Ed in seguito dai risultati ottenuti dallo scientismo positivista, sulla base della prospettiva, connessa all'avvio del processo di industrializzazione capitalistica, dell'esistenza di una realtà 'organicamente coordinata ad uno scopo', da esplicitare per i diversi settori dalle varie scienze. Ciò che lo porta a porre nel 1889 come modello del metodo giuridico per le scienze gius-pubblicistiche quello delle scienze gius-privatistiche, ed a porre nel 1925 come modello in proposito quello incentrato sulla nozione di «scopo» nella linea dello scientismo positivista.

Ma per Orlando rimane la possibilità di impiegare il metodo giuridico per una verifica del grado di realizzazione dei principi giuridici nell'ordinamento dei pubblici poteri e dei loro rapporti con gli individui, pur senza la possibilità di mettere in discussione l'esistenza e la portata dei principi anzidetti attraverso il confronto con la realtà effettuale. Per il capo della scuola siciliana i principi giuridici si presentano come una «realtà potenziale», che non può non trasformarsi in «attuale»,

pur essendo possibile ritardi ed errori settoriali legati ad eventuali limiti di processo razionale di individuazione dei principi e delle loro implicazioni.

In sostanza i principi giuridici si presentano come il momento organizzativo di una realtà che comunque li contiene 'in nuce': momento che si concreta nel complesso di limiti interindividuali e del potere statuale, idonei a rendere razionale la individuazione dei fini loro propri da parte dei componenti singoli ed associati della società, nonchè la interpretazione dei medesimi da parte del potere statuale, in vista della disciplina dei mezzi privati e pubblici indispensabili per la loro attuazione.

Coerentemente con la razionalità 'in re ipsa' posta a fondamento dei principi giuridici, il capo della scuola siciliana affida la guida del processo di trasformazione di questi ultimi da realtà potenziale in realtà attuale, per la parte relativa all'ordinamento dei pubblici poteri, alla dottrina giuspubblicistica: ai cultori di una scienza del diritto pubblico, del diritto costituzionale, del diritto amministrativo, informata al metodo giuridico. Egli ridimensiona in proposito il ruolo dello stesso potere legislativo statuale, lasciando ad esso il compito sostanzialmente di dare concretezza normativa all'opera della dottrina. E ciò nel tentativo di eliminare ogni incidenza nel processo anzidetto delle passioni politiche quotidiane, degli interessi 'irrazionali' di volta in volta dominanti in Parlamento, Orlando cerca di arrivare alla piena sottoposizione dei pubblici poteri al diritto attraverso una scienza «neutrale» liberata dall'influenza della «filosofia, della sociologia e della politica» quotidiana, dalle manifestazioni delle istanze della società. Egli punta al completo dispiegamento nell'ordinamento dei pubblici poteri del complesso di limitazioni interne ed esterne (la divisione dei poteri, la sottoposizione dell'amministrazione alla legge, l'affermazione di diritti pubblici subbiettivi), poste come indispensabili per rendere automatico il razionale adeguamento dell'apparato pubblico al ruolo ad esso attribuito di garante della razionalità individuale e di strumento per l'affermazione globale dell'individualismo borghese.

La peculiare verifica 'dall'interno' dei principi giuridici affidata da Orlando alle scienze giuspubblicistiche, appare poi influenzata da quella fusione di elementi storicistici ed elementi illuministici, di derivazione romantica ed idealistico-hegelliana, presente nel liberalismo giuridico. Era poi la fusione presente anche nella borghesia liberale colta del Meridione, legata ad attività economico-sociali, in genere precapitalistiche, e portata così ad assolutizzare in chiave razionaluniversalistica le posizioni raggiunte. Emerge in tale verifica il peso per un verso della tendenza ad ipotizzare un equilibrio dei singoli, dei gruppi, dei pubblici poteri, frutto di un processo evolutivo, di una progressiva costruzione razionale ad opera degli interessati, ed il peso al tempo stesso della tendenza ad ipotizzare come obbligati i punti di arrivo, ponendo come compiutamente razionale il processo per raggiungere l'obiettivo, nell'ambito di un 'progresso' costante e lineare.

Così in Orlando le scienze giuspubblicistiche diventano scienze coerentemente « chiuse » alla realtà non inserita nella prospettiva liberale sopra delineata. Esse diventano essenzialmente lo strumento coerente per esplicitare un ordinamento dei pubblici poteri conforme ad una ideologia liberale, che si presenta come progressiva realizzazione globale della 'fede storica' nella composizione razionale degli interessi individuali e nel razionale coordinamento spontaneo fra questi e l'interesse pubblico. Esse vengono impiegate per la irreversibile assolutizzazione dell'aspirazione della borghesia agli inizi dell'avventura capitalistica ad imporre universalmente il proprio modello di sviluppo individuale e collettivo con la 'protezione dello Stato'.

Le scienze giuspubblicistiche diventano ad opera di Orlando uno dei supporti, uno degli elementi dell'ideologia anzidetta: l'elemento finalizzato alla deduzione dalla realtà, assolutizzata nell'ideologia liberale, degli equilibri giuridico-istituzionali, degli automatismi giusrazionali in essa previsti per i rapporti fra i privati e fra questi ed i pubblici poteri.

In questo contesto appare chiaro come «l'impasse» interna rilevata da Cassese nell'opera orlandiana, a proposito della fondazione metodologica di un realismo che consentisse una verifica 'dall'esterno' dei «principi giuridici» e della loro conformità alla realtà della società italiana, si presenti essenzialmente come la manifestazione della coerenza dell'opera orlandiana. Questa in effetti non poteva che portare come si è visto ad un realismo consistente nella verifica 'dall'interno' della realtà ipostatizzata nella ideologia liberale, nella «prescrizione» dall'interno dei principi da questa ricavati, dell'assetto ottimale degli istituti dello Stato liberale, in chiave razional-universalistica.

Sempre in questo contesto la trasformazione del metodo giuridico in metodo puro, in metodo formalistico-dogmatico in chiave positivista, affermatasi progressivamente già con l'inizio di questo secolo, non si presenta come una rottura decisiva del metodo orlandiano. Anche con il metodo formalistico viene mantenuta ferma l'ipostasi dei meccanismi, degli automatismi giusrazionalisti per la previsione e la sanzione dei comportamenti dei singoli e dell'apparato pubblico, posta alla base del metodo giuridico. Più in generale viene mantenuto il collegamento con l'impiego di principi giuridici ricavati in modo razional-universalistico dalle « relazioni necessarie » fra la razionalità degli individui e quella dell'apparato pubblico: con la « deduzione » per tale via del diritto quale complesso di « limiti » per gli uni e per l'altro, atti ad organizzare una loro automatica azione congiunta per l'attuazione del modello di sviluppo individuale e collettivo liberal-borghese.

Ciò che scompare, forse meglio ciò che viene ridimensionato con il metodo puro, con il metodo formalistico dogmatico è il momento dinamico previsto nel metodo giuridico orlandiano: il momento della trasformazione dei principi giuridici da realtà potenziale in realtà attuale, attraverso la verifica 'dall'interno 'dei meccanismi necessari per un nesso

'razionale' fra individui e Stato. Per i cultori del metodo puro tali principi sono assunti come una realtà ormai completamente esplicitata, in rapporto alla quale rimane aperto essenzialmente il problema di procedere ulteriormente nella deduzione circa la portata generale e le applicazioni dei principi all'ordinamento dei pubblici poteri. Il fatto è che con la fine del secolo si verifica, per così dire, il ridimensionamento del momento dinamico interno dell'ideologia liberale sottesa ai principi giuridici. Appare ridotta la 'fede storica' nella progressiva affermazione della ideologia liberale quale ideologia globale. E questo perchè il tutto viene dato ormai per realizzato, anche in rapporto agli sviluppi introdotti in proposito da governanti liberali quali Giolitti, o perchè comunque scompare la fiducia circa l'ulteriore razionale attuazione dell'individualismo borghese. Indubbiamente non sono mancati eccessi 'formalistici' nei cultori della « purezza del metodo »: gli eccessi deprecati da Orlando e collegati, come ha messo in luce Cassese anche a limiti individuali, nonchè alla tendenza al privilegiamento dei «traduttori dei traduttori di Omero» stimolato in qualche modo dalla prassi accademica. Sono stati gli eccessi derivati dalla tendenza ad insistere su implicazione sempre più 'astratte' dei principi giuridici: sulle implicazioni che consentissero di accrescere la razionalità globale, inverificabile dal basso dell'ordinamento di una società sempre più 'irrazionale' nelle sue forze subordinate facendo fronte in sostanza alla crescente complessità dei problemi dello sviluppo capitalistico e di una sua guida dall'alto con l'ausilio dei pubblici poteri, da parte della borghesia egemone.

Ma nell'essenziale il metodo puro, il metodo formalistico-dogmatico si presenta come una continuazione del metodo giuridico. Esso in effetti tien ferma la tendenza a questo propria ad una formalizzazione in chiave logico-astratta di principi giuridici ricavati dalla assolutizzazione dei nessi razionali di un rapporto stato individuo, conforme alle aspirazioni alla piena affermazione in ogni campo, con la protezione statale, proprie della borghesia liberale continentale europea. Forse a ben guardare le diversità fra metodo giuridico e metodo puro e formalista vengono a consistere nel fatto che il primo si presenta come il momento per così dire costituente della formalizzazione anzidetta, sulla base di una ideologia liberale ancora in evoluzione anche se già « chiusa » alla realtà diversa da quella da essa presa in considerazione; mentre il secondo si presenta come l'impiego in via ordinaria di tale formalizzazione, sulla base di una ideologia liberale ormai irrigidita o perchè posta come attuata più o meno completamente, o perchè sulla difensiva di fronte all'affermarsi di ideologie alternative altrettanto globali.

Nè poi gli sviluppi in senso ulteriormente formalistico del metodo giuridico si presentano come una rottura decisiva rispetto a questo ultimo, anche per quanto concerne la tendenza con essi emersa al privilegiamento della razionalità dell'apparato statuale rispetto a quella individuale o viceversa, nell'ambito sempre dei nessi automatici ipotizzati

in precedenza fra l'una e l'altra. La realtà è che lo stesso metodo giuridico lasciava aperta la possibilità di evoluzione in tal senso, anche perchè in esso non era essenziale tanto il particolare equilibrio fra le due razionalità ipotizzato da Orlando, quanto invece la presenza di alcuni postulati a proposito dell'una e dell'altra e dei loro rapporti. Era essenziale, per un verso, la unicità del modello di sviluppo posto a fondamento della razionalità individuale, e la automaticità della recezione e dell'estensione all'intera società del modello anzidetto, posto alla base della razionalità dell'apparato statuale. E sono questi i postulati mantenuti fermi dai puristi e dai formalisti nel procedere all'applicazione, alla deduzione in chiave statalista od individualistico-democratica dei principi giuridici esplicitati alla luce del metodo giuridico.

Ciò che rimane inalterato nei puristi e nei formalisti è la tendenza già consacrata da Orlando alla assolutizzazione in chiave razional-universalistica dei meccanismi della razionalità individuale e statuale consacrati nella ideologia liberale, quale giustificazione della egemonia delle forze borghesi più attive. Solo che Orlando assolutizza e razionalizza il peculiare equilibrio fra le due razionalità, in base alla possibilità in tal senso prevista dalla ideologia di una borghesia agli inizi del capitalismo, che non doveva ancora fare i conti del tutto con le altre forze della società e con quelle popolari in ispecie, e con modelli alternativi di sviluppo individuale e collettivo. Invece i puristi e i formalisti, anche sotto la spinta di un positivismo che li portava a tener conto essenzialmente dell'esistente più che dei suoi possibili 'perfezionamenti'. assolutizzano gli sviluppi concreti o in senso statalistico o in senso individualistico-democratico, verificatisi nella prospettiva delle forze borghesi egemoni, in rapporto all'ascesa rispettivamente tumultuosa o ordinata delle forze popolari nell'ambito del processo di industrializzazione.

V'è da chiedersi se per caso non sia stato il mantenimento più o meno consapevole dei postulati circa la razionalità degli individui singoli od associati e la razionalità dell'apparato statuale, a rendere così travagliato nel passato come anche nel presente, il processo di affermazione nella dottrina italiana di un realismo che consenta la verifica dei principi giuridici anche 'dall'esterno'. È il processo, sul quale si sofferma a lungo Cassese, anche qui con una serie di intuizioni e di dati illuminanti e spesso decisivi, meritevoli di una analisi approfondita che non è possibile fare in questa sede.

In ogni caso anche la ricostruzione di Cassese spinge a chiedersi se in effetti non sia stato e non sia il mantenimento dei postulati anzidetti a far sì che la dottrina italiana, attraverso l'istituzionalismo e le varie forme di realismo, mentre è venuta progressivamente a constatare la crisi irreversibile dell'interpretazione del rapporto Stato individuo ipostatizzata dalla ideologia liberale, abbia teso poi ad assolutizzare una parte dei meccanismi automatici consacrati da tale interpretazione per

la previsione e la sanzione del comportamento razionale dell'individuo e dello Stato: e cioè quelli non immediatamente toccati dalla crisi, posti come indispensabili per la consacrazione di un nuovo rapporto Statoindividuo più favorevole alle forze dominanti od a quelle dominate. Occorre così approfondire l'analisi della difficoltà per la dottrina di abbandonare l'unicità del modello di sviluppo individuale e collettivo, magari esteso alle masse popolari, e di accettare invece la prospettiva della compresenza di modelli diversi ed alternativi, legati alla sempre più contrastante realtà della società industriale e capitalistica. Ciò che implica un confronto fra i medesimi costruito non « dall'alto », in chiave razional-universalistica, ma con l'opera dei diretti interessati e con la verifica costante da parte di questi ultimi anche dei vari momenti dell'indispensabile formalizzazione del confronto. E va approfondita al tempo stesso l'analisi della difficoltà per la dottrina di abbandonare l'automaticità dell'adeguamento dell'apparato statale a scopi razionali individuati dai componenti singoli ed associati della società, e di accettare la prospettiva della necessità di affidare tale adeguamento ad un effettivo « controllo sociale » dell'apparato. E questo per ridimensionare la «logica interna» dell'apparato, e di quello burocratico in ispecie, ad un autosviluppo secondo le esigenze delle forze egemoni alla testa di un capitalismo industriale sempre più complesso: e per potere così costruire in chiave garantista, di partecipazione democratica, di proporzione fra mezzi e fini, una effettiva finalizzazione dell'apparato pubblico agli scopi individuati e gestiti 'dal basso', in modo peraltro sempre più interdipendente, da tutte le forze della società, attraverso un continuo sconcro e confronto.

Si tratta in ultima istanza di gettare luce sui problemi aperti per la dottrina pubblicistica, ed anche privatistica, circa il superamento di una visione dei propri compiti, imperniata sul ruolo di custode della 'correttezza' del processo di individuazione di un diritto quale complesso di limiti, collegati alla realizzazione automatica di «scopi» fissati in modo universale dalle forze egemoni della società. È questa la via per fare della dottrina la 'coscienza critica' sotto il profilo tecnicorazionale ed al contempo politico-sociale del processo di creazione di un diritto quale organizzazione razionalmente proporzionata all'attuazione di scopi direttamente fissati di volta in volta sulla base del confronto fra forze dominanti e forze dominate. È questa la via per la dottrina per abbandonare l'abitudine antica alla razionalizzazione dell'organizzazione creata dalle forze dominanti: per contribuire a rendere razionale una organizzazione gestita ed in ogni caso assoggettata alla verifica costante da parte di tutte le forze della società, in modo da garantire gli indispensabili momenti di coagulo, ma anche i momenti non meno indispensabili di analisi della rispondenza alle esigenze delle forze dominanti e più ancora di quelle dominate e di un effettivo confronto fra le medesime.

ROBERTO RUFFILLI

Giovanni De Crescenzo, Francis Hutcheson e il suo tempo, Torino (Taylor), 1968.

Francis Hutcheson, 1694-1747: nacque in Irlanda, insegnò a Glasgow, serenamente accademico, debitamente noioso, ottimista, eclettico ecc. Perchè rileggerlo? Il De Crescenzo non ce lo fa capire. Che quella operazione culturale sia necessaria non è proprio così evidente. Perchè Hutcheson (o addirittura perchè leggere)? Non chiediamo troppo: solo che si dia conto delle motivazioni o che il discorso le renda in qualche modo trasparenti. C'è lettura e lettura, diciamo una lettura prima e seconda, oppure leggere e ri-leggere, insomma una doppia disposizione ermeneutica dentro la quale situare il contributo di cui stiamo parlando.

I. — L'Autore studia il pensiero di Hutcheson in tutti i momenti del suo sviluppo, dall'Inquiro del 1625 alla tarda Institutio. Le opere sono lette con attenzione, disposte con accuratezza dentro la complessa geografia culturale dell'epoca, è raggiunta un'autonoma collocazione dentro la storiografia precedente, tutto procede per il meglio. Si potrebbero elencare molte soluzioni condividibili, alcune consunte aporie storiografiche fatte saltare: valga per tutte la scolastica contrapposizione moral sense-reason, la linea Shaftesbury-Hutcheson con il primato dell'immediatezza del sentimento contro il razionalismo alla Clarke: leggendo Hutcheson-De Crescenzo ci si accorge che la reason dei razionalisti sa 'intuire' quanto il moral sense hutchesoniano sa usare dei buoni servigi della ragione. Come esempio dell'attenzione con cui il De Crescenzo legge Hutcheson può valere la menzione di un tema non sempre messo abbastanza in evidenza: esiste una semiologia hutchesoniana (oltre che lockiana) o comunque, con parola meno impegnativa, un'attenzione all'uso ed abuso delle parole, quindi un'istanza di controllo della comunicazione. Oui come altrove l'Autore avvicina Hutcheson a contemporanei e predecessori, e lo distingue da questi, con misura ed informazione apprezzabili. Il filosofo scozzese si distende così a poco a poco in tutta una tradizione culturale, ricostruita a partire principalmente da Locke e Cumberland e puntualizzata in tutta una serie di rapporti, volta a volta simpatetici e antagonistici, con Shaftesbury o i razionalisti o Mandeville, fino a Hume e Smith,

Tanto per usare una metafora spaziale, la ricerca, 'orizzontalmente', è condotta in maniera esauriente: intendiamo dire che i precedenti e le interferenze testuali, le varie filosofie, il prima e il dopo, il simile e il dissimile, la collocazione di Hutcheson nella tradizione, tutto quanto appartiene al livello discorsivo di una, diciamo genericamente, zona d'esperienza, è ricostruito con filologica precisione. Ma qui sta il punto: che leggere Hutcheson (+ Locke + Cumberland $+ \dots n$) non è, immediatamente e necessariamente, cogliere il discorso (o i discorsi) in cui egli è 'solubile'. Ci riteniamo dispensati da un ulteriore appesanti-

398 Letture

mento teorico (abbozzato in schema in altra parte dei 'Quaderni'); basti osservare empiricamente che:

- r) di Hutcheson si racconta 'tutto': l'etica, il pensiero religioso, l'estetica, il pensiero giuridico, il pensiero politico, il pensiero economico. Il 'tutto Hutcheson' è l'insieme delle sezioni in cui viene diviso il suo pensiero. A questo proposito si può osservare che:
- a) la distinzione e la denominazione delle sezioni non è evidentemente in re, ma dipende da una sottaciuta 'interpretazione previa'. Sul rapporto fra il testo e quella, sul suo carattere per nulla voraussetzungslose, sul modello da usare o eventualmente sul rifiuto di qualsiasi modello, nè si dice nè si fa capire nulla. La lettura è 'immediata' e data direttamente dai confronti fra gli autori. Tutto ciò naturalmente è possibile, lo si fa abitualmente, lo si può far bene o male (e De Crescenzo lo fa bene). È però una lettura, quella che abbiamo chiamato 'prima', delle cui caratteristiche è bene essere consapevoli.
- b) La coesistenza delle sezioni è resa possibile non da motivazioni interne ai discorsi 'imprigionati' nelle sezioni, ma dalla comune imputabilità di queste al pensiero del filosofo di Glasgow. Leggendo Hutcheson non ci è riuscito di collegare gli enunciati (per seguire il De Crescenzo) della sezione 'estetica' con gli enunciati della sezione 'economia'. La loro compresenza nel libro di cui stiamo parlando ha quindi come motivazione il loro comune essere stati pensati da Hutcheson. Il che caratterizza, in maniera non generica o vagamente 'metodologica', ma pregnante, una lettura rispetto ad un'altra possibile: quella che individui gli enunciati tipici di un discorso, li segua nel loro intrecciarsi, confondersi e distinguersi, ne faccia la storia descrivendone il grado e la forma di 'scientificità'. La lettura 'prima' è al di qua del discorso, la lettura 'seconda' è al di là degli autori.
- 2) In tutto quello che si racconta di Hutcheson nessun elemento assume una funzione prioritaria e ordinante rispetto agli altri. Il discorso di Hutcheson è ricostruito con gli occhi di Hutcheson: in fondo la regola ermeneutica di questa operazione sarebbe un'impossibile reincarnazione in Hutcheson, contemplare dal di dentro il fuori del discorso prodotto e uscire dall'autore solo quel tanto che basti per cogliere ' meglio dell'autore ' i precedenti testuali.

L'altra lettura è invece il dominio dell'esteriorità e della redistribuzione. Si prende il volume degli enunciati per quello che è e si tenta di ordinarlo secondo rapporti gerarchici, di stabilire diversi livelli interni al discorso, di cogliere l'emersione di un discorso 'tipico' (in ipotesi) giuridico da un involucro discorsivo apparentemente indifferenziato.

3) Quello che si racconta di Hutcheson può essere indifferentemente fiaba o allegoria del presente: la lettura 'prima', 'ridiventando' Hutcheson, non può pronunciarsi sull'alternativa. Hutcheson è uguale solo a se stesso ed il suo nesso col presente, cioè la sua leggibilità oggi, è postulata ma non dimostrata. Tutto è leggibile, ma tutto, alla fine,

è gratuito. Perchè leggere Hutcheson non ci è detto dall'Autore non per una sua proterva enigmaticità o teorica pusillanimità, ma per le ragioni interne alla prospettiva in cui si pone.

In un'altra prospettiva, l'interesse del discorso passato sta per un verso nella ricostruzione genetica di una data 'zona' di scientificità (in ipotesi la — o meglio una — teoria giuridica) e per un altro verso (convergente) nella verifica empirica di modelli teorici elaborati 'al presente'.

Sul piano orizzontale-discorsivo, tanto per continuare ad usare provvisoriamente la metafora, la posizione del De Crescenzo è così in qualche modo chiarita. Essa però non si limita ad uno studio del fenomeno intellettuale come tale, coscienza idealisticamente inglobante tutto il reale. Il libro si apre con questa dichiarazione: «... comprendere una filosofia significa considerarla nei suoi rapporti non solo con altre filosofie precedenti, coeve e successive, ma anche con le situazioni politiche e sociali che condizionano --- ma non determinano necessariamente --il suo emergere » (p. 7). Il programma non è soltanto una 'buona intenzione'. Si tenta qua e là di stabilire nessi 'verticali', di trovare oltre il discorso un luogo, non più discorsivo, di senso. Il caso più riuscito: dopo aver osservato che la vera aporia etica hutchesoniana non sta nell'opposizione fra reason e moral sense, bensì in quella fra disinteresse e incipiente utilitarismo, l'Autore aggiunge che « questa contraddizione di fondo può essere meglio spiegata osservando che in essa si esprime la contraddizione storica tra due mentalità, cioè quella interioristico-religiosa (l'etica della intenzione e della salvezza individuale) della società pre-industriale, condizionata dalla sua scarsa mobilità economico-sociale, e quella estrovertita e sociocentrica (l'etica dell'azione sociale) della nascente borghesia industriale» (p. 37). Una contraddizione o irrisolta tensione tra due aspetti del pensiero hutchesoniano non è semplicemente denunciata o conciliata con acrobatici raffronti testuali, ma spiegata geneticamente, 'dal di fuori' del testo, a partire da uno schema interpretativo inevitabilmente semplificato ma operante comunque all'incirca come un modello: società pre-industriale-mentalità religiosa società borghese in espansione-etica mondana. L'itinerario logico di questa operazione interpretativa è dunque: (lo storico) — una formazione storico-sociale data — il modello strutturale della stessa la lettura del discorso a partire dal modello suddetto — i modi specifici in cui il discorso (nei suoi diversi livelli), diciamo, a parte subjecti, 'si fa leggere' da quel modello, a parte objecti, rende comunicabili quei dati rapporti sociali. Quindi in concreto, approssimativamente: la società borghese del settecento inglese — astratta in modello — attraverso il quale interpretare i discorsi di quella formazione storica, le loro caratteristiche, funzione, scientificità ecc. Ma è qui che l'analisi del De Crescenzo diventa inadempiente, da due punti di vista, diversi ma complementari: partire dal modello 'società borghese' (con tutte le ulteriori

specificazioni storiche necessarie) per giungere non alla consistenza objettiva ' di uno o più discorsi, distesi in tempi lunghi e colti nei loro enunciati più ricorrenti e tipici, ma alla singolarità di un autore, con tutte le relative difficoltà di una 'scienza dell'individuale', non è impossibile. ma particolarmente difficile per chi si proponga di non lasciare 'spazi bianchi ' nell'innesto del modello sul discorso. Occorrerebbe forse una 'teoria della personalità' come modello intermedio fra teoria sociale tout-court e analisi del discorso. Comunque: il cammino dal modello (di società) all'autore è più, non meno, lungo e difficile del cammino dallo stesso modello al discorso. Naturalmente è questa una difficoltà di fatto teoricamente superabile, ma non superata dall'autore per il motivo secondo e decisivo: i nessi fra ciò che 'pensa' Hutcheson e ciò che 'è' la Scozia dei suoi tempi (ma bisognava dire semmai ciò che 'è' Hutcheson 'nella 'Scozia dei suoi tempi) sono saltuari, non sistematici: il lettore maligno ha la sensazione di un discorso o più discorsi che si librano nell'aria pura e solo in determinati nodi o inciampi (pensiero religioso, politico, economico) precipitano nel basso mondo e precisamente in quel di Glasgow. L'accostamento è meccanico ed opera fra due grandezze eterogenee ed autosufficienti: vi è la logica discorsiva e, diciamo, la logica sociale, la prima solo in certi punti privilegiati (perchè proprio in quelli?) ha rapporti con la seconda, la quale per parte sua potrebbe benissimo fare a meno dei vari Hutcheson, Butler, Smith ecc., cioè di un discorso su di essa: dove invece la produzione materiale è anche produzione del discorso (cfr. L. Colletti, Ideologia e società, Bari, 1970, pp. 13 ss.), il quale dunque sta 'dentro' e non 'sopra' la prima, a guisa di fluttuante velo lacerato qua e là dalla 'materia'. Se è così, anche la ricostruzione 'verticale' che il De Crescenzo fa del pensiero di Hutcheson è lettura 'prima' rispetto ad una possibile 'seconda': in un caso si raffrontano pezzi appartenenti a due ordini di realtà distinte, ci sembra, non solo per comodità d'indagine ma per una soggiacente impostazione teorica, nell'altro caso si dovrebbe rileggere globalmente il discorso attraverso una società 'astratta' in modello.

- II. L'esposizione delle sezioni dedicate al pensiero giuridico e politico può illustrare schematicamente certe caratteristiche differenziali. Esporremo in (1) i punti salienti della descrizione del De Crescenzo e raggrupperemo in (2) alcune domande che una lettura seconda potrebbe far emergere.
- I) Pensiero giuridico. Hutcheson definisce il diritto soggettivo, poi distingue, rifacendosi tacitamente a Thomasius, fra diritti perfetti e imperfetti, i primi coercibili, gli altri incoercibili (pp. 281-82); di qui al concetto di obbligazione e al suo fondamento (obbedienza al superiore o senso morale); segue la distinzione fra legge naturale e civile (p. 283); viene rifiutato il carattere immutabile ed eterno della prima; si stabilisce su questo punto un rapporto con Locke e Grozio e si introduce la

distinzione fra diritti naturali ed avventizi, ai quali ultimi appartiene il diritto di proprietà; i titoli a questa sono l'occupazione e il lavoro. In questo tema Hutcheson « trova ... un motivo in più per 'ridimensionare 'l'efficacia etico-sociale del principio della benevolenza universale, che, altrimenti, porterebbe al superamento della stessa proprietà privata » (p. 287).

Pensiero politico. Domina il concetto di stato di natura, di tipo più lockiano che hobbesiano, vi si annoda il tema dell'uguaglianza naturale, concepita come 'uguaglianza nel diritto (p. 298), seguono la solita dottrina contrattualistica, i poteri dello stato, una tipologia delle forme di governo. Il momento valutativo più pronunciato verte sul carattere, secondo il De Crescenzo, più democratico che liberale in senso lockiano del pensiero di Hutcheson: è accettato da questi il principio del consenso ma viene fatta prevalere «l'esigenza del pubblico bene su quella delle libertà individuali » (p. 304), in armonia con le condizioni della Scozia dell'epoca (p. 306).

2) Non è il caso di insistere nuovamente sulle caratteristiche dell'esposizione del De Crescenzo (riassumendo: la non convincente divisione in sezioni, il raggruppamento uniforme degli enunciati — tutto è ugualmente significativo? o piuttosto tutto è insignificante? — quindi la mancata redistribuzione di essi secondo livelli ecc.). Vediamo piuttosto alcune possibili linee interpretative, che valgano come brevi spunti, in ordine sparso, di un'altra ipotetica lettura.

Si potrebbe ad esempio tematizzare con energia l'opposizione selfsociety: questa soggiace ad una serie abbastanza imponente di sviluppi discorsivi dentro e fuori Hutcheson. Non è una novità ritrovarla come tema caratteristico di tanta produzione intellettuale illuministica, ma può essere interessante rileggere, a partire dal modello, per intenderci, anarchia borghese', tutte le diramazioni discorsive che ne dipendono. Così in Hutcheson c'è questo primato del selt ma insieme anche una faticosa lotta per il recupero di un mondo intersoggettivo altrimenti sfuggente. L'opposizione benevolence-self-love diventa, attraverso la germinazione spontanea di altre parole rispettivamente attratte, una spaccatura del soggetto nella regione 'alta' della morale intersoggettiva, anzi della riconquista volontaristica di una intersoggettività comunque problematica, e nella regione 'bassa' dei bisogni, dell'economico, del selflove (dove poi sarebbero da indagare i motivi del passaggio dalla hobbesiana self-preservation allo hutchesoniano e humeano ecc. self-love ma ciò andrebbe oltre Hutcheson). E così si potrebbe far risalire la 'doppia anima' di Smith al discorso apparentemente unitario del suo maestro e più in generale interpretare le due zone di quel discorso attraverso il modello 'anarchia', riportando l'una ad una reazione di fuga (si sogna l'Ordine nella morale dell'amicizia contro il Disordine nei bisogni). l'altra ad una accettazione di realtà, con un interessante rapporto ideologia-scienza (si accetta il momento del bisogno ma se

ne esclude la comunicazione). Continuando con queste semplici suggestioni: la happiness (e con essa il problema dell'utilitarismo in Hutcheson) acquisterebbe un ruolo particolare se la si vedesse come enunciato intermedio fra i due 'mondi' suddetti, tentativo di conciliazione insieme dell'intersoggettività e del bisogno. Si vedrebbe allora a poco a poco delinearsi quella che potremmo chiamare una 'topica sociale' (una rappresentazione, in Hutcheson, dei diversi 'luoghi' della società) e solo all'interno di essa prender forma, termine medio fra l'alto' dell'amicizia e il 'basso' del bisogno, un discorso giuridico o comunque sul diritto. Questo verrebbe così a strutturarsi dentro e da una pluralità di discorsi, rendendo possibile una ricostruzione 'archeologica' dello stesso. Occorrerebbe poi situare il discorso sul diritto nell'opposizione status naturae-civilis, scorgere come il primo termine non sia un enunciato mitologico o puramente dottrinario, ma giochi il ruolo epistemologico di una metafora intorno al reale e non fuori da esso; come il passaggio, che Bobbio (Sulla nozione di società civile, in De homine, n. 24-25, 1968, pp. 19-36) delinea lucidamente, dalla coppia società naturale-civile a quella società civile-stato abbia una motivazione storica precisa; come gli enunciati sul diritto, gravitanti intorno allo state of nature e natural society diano un 'giuridico' a funzione abbastanza diversa dal 'diritto' della civil society.

In questa sede, occorre fermarsi qui, ad un embrione di programma: si potrebbe certo continuare ad elencare, e circostanziare, questi spunti, ma ciò porterebbe inevitabilmente a lasciare Hutcheson (-De Crescenzo) per un'analisi che senz'altro lo attraversa ma prosegue per vie proprie.

PIETRO COSTA

Johann Edelmann, Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz - Eine historisch-kritische Studie über die deutsche Rechtsmethodologie vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart (Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, Band 1). Gehlen, Bad Homburg v.d.H., 1967, 114 pp.

Mit dem hier zu besprechenden Buch eröffnete der Gehlen-Verlag (jetzt Athenäum-Verlag) seine rechtstheoretische Reihe, die sich auf Grund des durchweg hohen Niveaus ihrer Beiträge in kurzer Zeit einen führenden Platz unter den einschlägigen Publikationen erobert hat. Laut dem Vorwort ihres Herausgebers, Josef Esser, war sie ursprünglich rechtshistorisch konzipiert. Sie sollte rechtstheoretische Pionierarbeiten aus verschiedenen Epochen durch die Herausgabe ausgewählter Originaltexte der Vergangenheit entreißen sowie Studien über Ursprung und Entwicklung schon klassischer, gleichwohl aber heute noch wirksamer Denkrichtungen veröffentlichen. Inzwischen ist das Spektrum der

Reihe durch die Aufnahme rein gegenwartsbezogener Untersuchungen erweitert worden, jedoch entspricht die Untersuchung Edelmanns genau dem, was der Leser dieser Zeitschrift erwartet: Sie analysiert einen Ausschnitt aus der Geschichte des juristischen Denkens der Neuzeit.

Sie tut dies in einer Weise, die keinen Zweifel daran aufkommen läßt, daß es angebracht war und ist, diese etwa zehn Jahre alte Dissertation noch nach geraumer Zeit im Druck erscheinen zu lassen und wiederum geraume Zeit später einem interessierten Publikum durch eine Besprechung vorzustellen. Zwei Punkte sind es, die gleich eingangs als grundlegend für den Wert des Buches hervorzuheben sind: Eine Darstellung der Interessenjurisprudenz (IJ), derjenigen Richtung also, die — in manchen Modifikationen und Abschwächungen zwar, aber doch in unverkennbarer Breitenwirkung — die gegenwärtige deutsche Zivilistik beherrscht, mag leicht dazu neigen, sich auf die Lehren Philipp Hecks zu konzentrieren, seine Zeitgenossen nur als «Randfiguren» erscheinen zu lassen, Wegbereiter wie den späten Ihering lediglich kursorisch zu erwähnen und den Gegenpol der II, die Begriffsjurisprudenz, klisscheehaft und somit im Grunde ungenügend zu behandeln. Nicht so Edelmann. Er geht nicht nur den verschiedenen Spielarten der II nach, sondern analysiert — um der notwendigen Abgrenzung der IJ willen — die gleichzeitigen Bestrebungen der Freirechtsschule und des kausalen Rechtsdenkens, und er verfolgt vor allem das Schicksal des teleologischen Momentes in der Rechtsanwendung, bei welchem sich ja der Unterschied zwischen IJ und Begriffsjurisprudenz am deutlichsten zeigen muß, durch die Zeit des 19. Jahrhunderts, in der die Teleologie nahezu ganz verschüttet war, zurück bis ins 18. Jahrhundert, in eine Zeit ungebrochener teleologischer Argumentation. Bei dieser Anlage der Untersuchung, die eine größere Anzahl mehr oder weniger divergierender methodischer Richtungen vorführt, besteht nun die Kunst der Darstellung vor allem darin, die jeweiligen Gemeinsamkeiten und Unterschiede unmißverständlich und einprägsam vor Augen zu führen. Dem Verfasser — und das ist der zweite hervorzuhebende Punkt gelingt dies vorzüglich mit Hilfe klarer und während der ganzen Arbeit durchgehaltener Begriffsnetze (grundlegend S. 17 und 29 f.).

Edelmann stellt zunächst fest, daß der Ausdruck «IJ» nicht in einheitlichem Sinne verwendet wird. Er steckt daher den Gegenstand seiner Untersuchung relativ weit ab: Sie solle — mit den Worten Hecks — der « von alters her üblichen Frage nach der ratio legis, dem praktischen Grund, dem Zweck» gelten (S. 14). Diese Frage findet er in der gemeinrechtlichen Jurisprudenz vor Savigny expressis verbis gestellt. Als Belege dienen ihm (S. 15 ff.) vor allem die 1792 in deutscher Übersetzung erschienene Hermeneutik des Neapolitaners Rapolla (« Der Rechtsgelehrte oder über die Art und Weise, wie das Civilrecht richtig erlernt und erklärt wird ») sowie Glücks Pandekten. Diese etwas zufällige Auswahl genügte für die Zwecke des Verfassers. Sie läßt aber Untersu-

chungen auf breiterer Grundlage über die Interpretation im usus modernus (und natürlich auch in der weiter zurückliegenden Zeit) nach wie vor als wünschenswert erscheinen. Zu prüfen wäre: Wie wurde allgemein das Verhältnis der «logischen» (so die für uns etwas irreführende Bezeichnung der Auslegung nach Sinn und Zweck des Gesetzes. vgl. Thibauts «Theorie der logischen Auslegung») zur grammatischen Auslegung bestimmt? Inwieweit wurde etwa das Resultat teleologischer Überlegungen der grammatischen Stufe der Interpretation unterschoben. so daß schon hier — wie es die freirechtliche Polemik formulierte — von «kryptosoziologischer» Argumentation zu sprechen wäre, und nicht erst beim späten Ihering, dessen Methode Edelmann präzis als « pragmatisch-konstruktive» tituliert, insofern sie vom Wert des Ergebnisses ausgehend die ratio iuris dazu passend konstruiert (S. 66 f.). entscheidende Leistung Rapollas bezeichnet Edelmann nicht-und dies mit Recht —. daß er überhaupt teleologisch argumentiert, sondern daß er zumindest andeutungsweise unterscheidet zwischen «Weil-Motiven» (Gründen) und «Umzu-Motiven» (Zwecken) und daß er — aber doch gewiß weder allein noch als erster! — in der Gleichheit des gesetzlichen « Weil-Motivs » Grund und Grenze der extensiven Auslegung (Analogie) erblickt (S. 10 ff.). Das gemeinrechtliche Analogieprinzip «ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio», dessen Verwandtschaft mit dem interessenjuristischen Prinzip, aus der Gleichheit bzw. Verschiedenheit der Interessenlage des gesetzlich geregelten und des zu entscheidenden Falles die Anwendung bzw. Nichtanwendung der gesetzlichen Regel zu folgern, der Verfasser hervorhebt, will er exakter so fassen: «Stets dann, wenn die hinreichende ratio einer Norm gegeben ist, so ist diese Norm anwendbar ». — Hierzu zwei Fragen: Die Unterscheidung von Grund und Zweck versteht Edelmann als psychologische. Ist dies bei der Gesetzgebung als einer zweckgerichteten Tätigkeit überhaupt möglich, oder sind Grund und Zweck nicht nur zwei verschiedene grammatische Kategorien? Das Gesetz entzieht beispielsweise gewisse Gegenstände der Pfändung, weil der Schuldner ihrer zur eigenen Lebensführung bedarf; es entzieht sie somit der Pfändung, damit sie dem Schuldenr zur eigenen Lebensführung erhalten bleiben. - Und zweitens: Wenn man wie Edelmann das Verhältnis zwischen gesetzgeberischem Motiv und Norm mittels einer Implikation (« hinreichende ratio »!) beschreiben zu können glaubt, setzt das nicht einen Determinismus voraus (vgl. S. 17, Anm. 32), der in Wirklichkeit doch nur eine als psychologische Forschungshypothese vielleicht brauchbare, aber jedenfalls nach wie vor unbewiesene Position ist? Man kommt mit solchen Formeln bei der Analogie sogleich in unlösbare Schwierigkeiten: Nicht nur fehlen im gesetzlich nicht geregelten Fall die gesetzlichen «Umzu-Motive» (es könnten nur potentielle — S. 22, Anm. 66 —, deutlicher « hypothetische », angenommen werden), es liegen auch keine « Weil-Motive » im Sinne hinreichender Bedingungen für die Norm vor, wie das Fehlen der Norm beweist!

Die mit Savignys « Juristischer Methodenlehre » von 1802 einsetzende Verdrängung des teleologischen Elements in der Auslegung führte nicht etwa zu einer Buchstabenjurisprudenz, sondern zu einer Rechtsfindung aus einer nicht-teleologisch verstandenen ratio. Um dies verständlich zu machen, zieht Edelmann sehr geschickt einen Gedanken des Kantianers Hufeland heran: In offenbarer Anlehnung an die aristotelische Ursachenlehre unterschied Hufeland drei Arten der ratio, nämlich den Zweck (= causa finalis), den Bestimmungsgrund (= causa efficiens) und den « Rechtsgrund », der als causa formalis zu begreifen ist (S. 38 f.) und in der Terminologie des Verfassers «ratio iuris» heißt im Gegensatz zu Zwecken und Beweggründen als «rationes legis». Die Begriffsjurisprudenz kann somit bestimmt werden als diejenige nichtgesetzespositivistische Jurisprudenz, in welcher die Findung und Darstellung des Rechtes auf rechtsbegrifflicher Grundlage erfolgt, wohingegen teleologische Methoden im weitesten Sinne hierzu ausdrücklich soziologische, ethische und politische Gründe oder Zwecke einsetzen (S. 29 f.). Die causa formalis als das den einzelnen rechtlichen Regelungen innewohnende rechtsbegriffliche Allgemeine herauszufinden, stellt sich nunmehr der systematischen Jurisprudenz als Aufgabe, die in exemplarischer Weise in Savignys «Recht des Besitzes» gelöst wurde (S. 44 ff.). Die Suche nach dem begrifflichen Allgemeinen, von dessen Erkenntnis bereits Aristoteles zugleich die Erkenntnis des Grundes der Dinge verheißen hatte (S. 38), apostrophiert Edelmann fortwährend mit Kants Ausdruck « architektonisches Interesse der Vernunft ». In dieser (vom Standpunkt des heutigen Lesers jedenfalls so zu verstehenden) Verfremdung könnten Gefahren liegen: Nicht nur wird das methodologische Prinzip der Einfachheit, dem jede Systembildung nachstrebt, zu einem scheinbar nur ästhetischen Postulat verkürzt, sondern es wird die (vom Verf. durchaus gesehene, vgl. S. 33 f.). Frage, inwieweit die Rechtsbegriffe der Begriffsjurisprudenz nicht doch gelungene Kürzeln für Interessenbewertungen sein könnten, nicht in ihrem vollen Gewicht herausgestellt.

Die Darstellung wendet sich nunmehr der vom englischen Utilitarismus abstammenden und in Deutschland zuerst 1830 durch den Philosophen Beneke vertretenen (S. 53 f.) « genetischen Interessentheorie » zu, die — mit den Worten Lorenz von Steins — eine « Wissenschaft von den (soziologischen) Kräften, die das Recht erzeugen », sein soll, aber, wie etwa beim späten Ihering, nur zum Verständnis des gegebenen Rechts, nicht zur Rechtsfortbildung eingesetzt wird (S. 64 f.); sie unterrichtet über verschiedene Kritiker der Begriffsjurisprudenz im 19. Jahrhundert, von denen hier nur Kirchmann und Adickes erwähnt seien, der eine mit seiner von Edelmann zutreffend getadelten, weil sich im Grunde nur auf einen in keiner Weise verbindlichen Wissenschaftsbegriff stützenden Polemik (S. 61 ff.), der andere mit seiner an Nietzsche erinnernden Systemfeindlichkeit (S. 68 f.); sie unterrichtet sodann über die ersten Bestrebungen, die Interessentheorie produktiv, das heißt zur

Rechtsfortbildung, einzusetzen (Gustav Rümelin, der junge Heck, S. 70 ff.).

Der vollen Ausbildung einer interessenjuristischen Methodologie geht der Ausbruch der Freirechtsbewegung im ersten Jahrzehnt unseres Jahrhunderts vorauf. Diese entzündete sich am Lückenproblem, das ihr freilich nur darum so überdimensional erschien, weil sie die Auslegung auf einen engherzig technisch-grammatischen Umgang mit dem Gesetz reduzierte, so daß sehr vieles als nicht-geregelt gelten mußte (S. 1 u. 87). Lücken sind nach freirechtlicher Anschauung durch ursprüngliche, d.h. nicht an den Motiven des historischen Gesetzgebers oder der gegenwärtigen Rechtsauffassung orientierte Interessenabwägung zu schließen. Andere methodische Richtungen, die ebenfalls die Unvollkommenheit des Gesetzes betonen und daher mit der Freirechtsbewegung passend als «juristischer Modernismus» (in Anspielung auf den gleichzeitigen theologischen Modernismus) zusammengefaßt werden (S. 84), versuchen, die Interessenermittlung und -bewertung auf eine festere Grundlage zu stellen. Es sind dies das kausale Rechtsdenken Müller-Erzbachs, das sich in besonderem Maße der Erforschung soziologischer Weil-Motive im Recht widmet, ohne indessen deutlich genug zu machen. ob jeweils historische oder nur potentielle Motive des Gesetzes gemeint sind (S. 88 ff.), und die IJ, die als « produktive IJ » Auslegung und Ergänzung der Gesetze durch abgeleitete Interessenabwägung zum Ziel hat. Abgeleitete Interessenabwägung orientiert sich an vorgegebener Betrachtung von Interessenlagen, die als Weil-Motive an der Entstehung des Rechts mitwirken, und vorgegebener Interessenbewertungen, die als Umzu-Motive aus Äußerungen der rechtsetzenden Instanz erhellen. Für Heck ist diese Instanz der historische Gesetzgeber, bei dem aber nicht nur die empirischen Bewußtseinsvorgänge, vermehrt um die im Sinne der sog. « Paktentheorie » ihm zuzurechnenden, aus den Gesetzesmaterialien erkennbaren Vorstellungen der übrigen an der Formulierung des Gesetzes Beteiligten, heranzuziehen sind, sondern auch und vor allem die hierfür kausalen soziologischen Merkmale der zu regelnden Sachverhalte (S. 96 ff.). Gegenüber dieser historischen Variante der IJ vertrat der heute zu Unrecht kaum noch genannte Hans Wüstendörfer eine gegenwartsbezogene IJ, welche die Wertungen der im Zeitpunkt der Rechtsanwendung « herrschenden Kulturschicht » in den Mittelpunkt stellt (S. 92 ff.), was er in seiner « Hermeneutik der soziologischen Rechtsfindungsmethode » (1915) im einzelnen entfaltet.

Abschließend berichtet der Verfasser (S. 99 ff.) über Kombinationen zwischen historischer und gegenwartsbezogener IJ (Reinicke), über subsdidiäre Heranziehung begriffsjuristischer Methoden für den Fall, daß die Interessenabwägung nicht zu einem eindeutigen Resultat führt (Max Rümelin u. a.) und über Versuche, interessenjuristisch gewonnene Resultate mit den Mitteln der Begriffsjurisprudenz, also konstruktiv, darzustellen (H. Lehmann)

Die Fülle der mitgeteilten Einzelheiten, der klugen Beobachtungen, der aufgeworfenen Fragen, die dieses Buch auf rund 100 Seiten enthält, kann im Rahmen einer Rezension nicht ausgeschöpft werden. Man sollte das Buch lesen, was durch die gedrängte Kürze des Stils nicht gerade leicht gemacht wird, aber auf jeden Fall lohnend ist. Thematisch verwandten Darstellungen wie etwa dem einleitenden Teil der « Methodenlehre der Rechtswissenschaft » von K. Larenz kommt das Werk im Range gleich. In manchem, wie etwa der Auswertung der methodologischen Literatur, die bis zum Jahre 1958 eine nahezu totale, jedenfalls wohl kaum überbietbare ist, übertrifft es sie noch.

Es sei zum Schluß darauf hingewiesen, daß der Verfasser in einer längeren Anmerkung (S. 79-82) seine eigene, wohl von Wüstendörfer inspirierte, letztlich aber der historischen IJ zuneigende methodische Konzeption vorlegt, die man getrost als eine Summe dessen bezeichnen darf, was in der Rechtsfindungslehre mit heute bekannten Methoden erreichbar ist. Daß auch diese Konzeption nicht allgemeingültig ist, weil es normativ verbindliche methodologische Bezugssysteme in der Jurisprudenz nicht gibt, daß aber andererseits ein Urteil über «richtig oder unrichtig» in der Rechtsfindung nur im Hinblick auf ein — eben subjektiv zu wählendesmethodologisches Bezugssystem möglich ist, ist eine Erkenntnis, der weiteste Verbreitung zu wünschen wäre und durch die der Verfasser sich erneut als der philosophisch gebildete Jurist ausweist, als den ihn das Buch vom Anfang bis zum Schluß erkennen läßt.

GERHARD OTTE

Jherings Erbe - Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolf von Jhering, hrsg. von Franz Wieacker und Christian Wollschläger, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1970, pp. 302.

Dal 9 al 12 ottobre 1968 si celebrava in Göttingen, con la partecipazione di studiosi di varia nazionalità, il 150° anniversario della nascita di Rudolf von Jhering, uno dei maestri più prestigiosi che abbiano onorato la prestigiosa Università «Georgia Augusta». Promotori dell'iniziativa erano la Facoltà giuridica e l'Accademia delle scienze; accortissimo organizzatore era Franz Wieacker, nè gli studiosi convenuti a Göttingen potevano trovare guida più vigile e sicura, interprete più sensibile e competente. E chi desideri notizie sullo svolgimento esteriore del convegno, nonché sulla successione dei vari interventi orali, potrà rifarsi ora alle incisive pagine che lo stesso Wieacker, già commentatore attento e penetrante di ogni contributo durante i lavori, ha scritto come Vorwort al volume celebrativo qui segnalato.

Rispetto alla ricca discussione che ebbe luogo in quella sede — esempio raro di incontro raccolto e fruttuoso — il volume celebrativo offre

variazioni per difetto e per eccesso. Per difetto, poiché qui non si ritrovano interventi di pregio quali furono quelli di Helmut Coing, di Sten Gagnér, di Theo Mayer Maly, di Josef Esser; nè si può ritrovare la presenza di George A. von Ihering, nipote del giurista celebrato, ora professore alla Georgetown University di Washington, e durante il convegno degna ed amabilissima testimonianza familiare, prodiga di ignoti dati biografici. Ma anche di altri contributi orali si ha qui solo un ricordo inadeguato, come nel caso di Per Olof Ekelöf, del quale nel volume rimane un rapido Diskussionsbeitrag, laddove ampi e succosi furono durante il convegno i suoi ripetuti interventi. Ma di ciò che fu detto in quell'occasione, come dell'atmosfera suggestiva in cui si svolsero i lavori, inevitabilmente non può essere traccia proporzionata che nel ricordo di chi vi partecipò; mentre va ascritto a merito dei curatori l'essere riusciti a rendere il volume diverso per eccesso rispetto al convegno, grazie all'aggiunta dei contributi di due studiosi che là non furono presenti, cioè Dino Pasini e l'ungherese Elemér Pólay.

Ma sia il convegno sia i risultati di esso che ora sono consegnati alle pagine del volume offrono vivida testimonianza, per stare al titolo felicemente ideato, dell'« eredità di Jhering », dei richiami tuttora presenti, e spesso vigorosamente presenti, che la voce del grande giurista esercita su tanta parte dell'odierna cultura giuridica. A questo inventario dell'eredità di Ihering fanno qui sentire la loro presenza, con la sola eccezione dei rappresentanti della cultura giuridica americana e delle correnti filosofico-giuridiche là dominanti, tutte le voci principali della odierna riflessione che a vario titolo si svolge sul diritto (come giustamente osserva Wieacker nel Vorwort citato, alla pag. 9). Sono infatti presenti nel dibattito, pur se con diversa incidenza, i grandi sistemi giuridici: neolatino, anglosassone-scandinavo, mitteleuropeo; ed altresì le principali correnti filosofiche, come le posizioni metafisiche più o meno tradizionali, come l'analisi del linguaggio, come le tendenze idealistiche e in largo senso storicistiche, come il pensiero marxista o vagamente risonante di accenti marxistici.

A questa esauriente presenza di sistemi giuridici e di correnti culturali non ha forse corrisposto, pur nella ricchezza generale del pregio e dei risultati, una uniforme attenzione per i vari aspetti che la figura di Jhering offre all'indagine di oggi. Prevalentemente incentrata sulla valutazione dell'eredità di Jhering, la ricerca ha posto quasi generalmente in secondo piano lo studio di ciò che storicamente ha significato l'opera del grande giurista nella Germania del secondo Ottocento. E ciò è avvenuto, pur se con diversa misura, sia dal punto di vista di una sua inserzione nella generale storia della cultura, sia dal punto di vista più ristretto, ma pur densissimo di problemi e di conseguenze anche attuali, di una illustrazione dei rapporti essenziali con la cultura giuridica precedente e soprattutto con la scuola storica del diritto. Come pure è mancata una indagine sul rapporto dell'opera di Jhering con la

storia civile e politica del suo paese in un momento pur caratterizzato da dibattiti e trasformazioni dei quali quell'opera fu spesso traduzione, anche se in termini non univoci e talora decisamente contraddittori: dove uno Jhering personalmente conservatore e ammiratore della rigida amministrazione prussiana era capace di enunciare tesi radicalmente innovatrici in relazione alla definizione del diritto e dei suoi rapporti colla realtà sociale. Unica eccezione a questo distaccato atteggiamento, limitata ad un aspetto non centrale della storia civile, ma non perciò meno densa di interesse, è rappresentata dal contributo di Ernest E. Hirsch *Jhering als Reformator des Rechtsunterrichts*.

Se vogliamo indicare la diversa attenzione che è stata dedicata ai vari aspetti della personalità complessa e multiforme di Jhering, possiamo distinguere alcuni punti fondamentali di osservazione, e intrattenerci brevemente sull'impegno che ad essi ha corrisposto: senza che la constatazione della diversità di un tale impegno possa essere o suonare rimprovero per una mancata sensibilità a temi essenziali; perché in un momento di così grave sconvolgimento della vita e della cultura giuridica tradizionale com'è quello presente è anche comprensibile che lo sguardo sia rivolto a ciò che è ancor vivo nel pensiero di un giurista passato, più che all'equilibrato giudizio storiografico e critico su ciò che quegli ha rappresentato nel suo momento storico. In simili momenti, del resto, anche la stessa indagine storiografica diviene spesso indagine a tesi, tentativo di ritrovamento di affinità e contrasti con temi del presente, oltre la misura che è lecita e che è insita nella inevitabile parte di contemporaneità che è in ogni impresa storiografica.

Se guardiamo alla collocazione culturale dell'opera di Jhering, dobbiamo rilevare, in armonia con quanto fin qui detto, che scarsa è stata l'attenzione dei collaboratori al volume; e se temi come quello del rapporto con la storia civile quasi sono stati assenti dalla loro ricerca, di poco più fortunato è stato il tema del rapporto con la storia degli eventi spirituali. Il rapporto con la cultura positivistica — che vede coincidenze forse esteriori e utilizzazione di strumenti nuovi più che affinità profonda — è stato toccato solo marginalmente; e sarebbe stato anche rilevante, in proposito, un confronto con le eredità raccolte forse in maggior copia, anche se con esteriore parsimonia, dal patrimonio filosofico-letterario dell'età classica della cultura tedesca. Perché nonostante il darwinismo ingenuo, il confronto con le scienze naturali e la dichiarata affinità esteriore coi loro procedimenti, l'eccezionale senso storico e la vivida concretezza giuridica di Ihering lo portano in contatto, più spesso, con gli intenti, raggiunti o non raggiunti, della cultura dell'età classica e della sua pronunciata vocazione storica e storicistica. Le valutazioni che Croce e Dilthey, in più occasioni, hanno dato dell'opera di Ihering, il loro riconoscimento del suo metodo essenzialmente storico (ed insieme filosofico) di affrontare i problemi giuridici e storico-giuridici, hanno un significato non facilmente trascurabile di fronte al problema

del rapporto tra Jhering e il positivismo. E della ricchezza di motivazioni culturali del giurista discusso si sono dimostrati convinti, pur se nell'ambito di problemi diversi e con accentuazioni diverse, ora di consenso ora di dissenso secondo i personali punti di vista, autori come Jean Gaudemet, Karl Olivecrona, Karl Larenz, l'estensore di queste righe; non è mancato peraltro chi ha ribadito la visione, più rispondente a certe movenze del linguaggio iheringiano anche se contraddetta da elementi che orora sono stati rilevati, di un sostanziale socialdarwinismo e determinismo di Jhering (Christian Helfer, Dino Pasini).

Più adeguata all'importanza del tema è stata la cura rivolta al rapporto di Thering con le tesi della scuola storica del diritto: dove sono stati posti in luce motivi di continuità con l'ispirazione centrale di quella, secondo una linea ideale che va dallo storicismo di Hugo. Savigny. Puchta, all'organicismo e all'insistenza sul motivo dello sviluppo che sono propri di Thering; con una implicita prosecuzione dell'intento storico da quelli non sempre coerentemente perseguito. Dagli esiti concettualistici di parte della scuola storica si passa così agli sviluppi più francamente storicistici di Ihering. Ed a simili aspetti un rilievo opportuno è stato dato, oltreché dall'intervento non pubblicato di Helmut Coing (del quale è data breve menzione da Wieacker a pag. 12, e che poneva in luce i rapporti tra materiale giuridico, istituti, sistema), dal lucido contributo di Walter Wilhelm, il quale ha tra l'altro posto in luce come Ihering abbia soprattutto mirato a riscoprire nel diritto romano gli elementi giuridici validi per una situazione giuridica moderna: « das Recht im römischen Recht », secondo il titolo del suo scritto. Sul tema degli istituti si è intrattenuto, oltre a chi scrive, Konrad Zweigert, in un contributo rivolto all'esame dell'apporto di Ihering al metodo della comparazione giuridica.

Sotto la rubrica dei contributi di Jhering alla dogmatica rientrano temi classici della letteratura giuridica, come la teoria del possesso, che vide un acuto intervento di Sten Gagnér, purtroppo non tradottosi in un contributo scritto (su cui brevemente riferisce Wieacker a pagina 13), e che è trattata nel volume, da un punto di vista marxistico, da Elemér Pólay; ed il tema del possesso, come mostrano scritti pratici raccolti nelle *Vermischte Schriften juristischen Inhalts* (ripubblicate nel 1968 dallo « Scientia Verlag » di Aalen) è tipico del realistico modo jheringiano di affrontare i problemi giuridici. Altro tema dogmatico tipicamente jheringiano è stato quello del diritto soggettivo, argomento di un contributo assai vivace ed interessante, ed aperto a problemi filosofici più generali, da parte di Michel Villey, che ha contrapposto una concezione realistica del diritto soggettivo, o del diritto senza ulteriori aggiunte (al modo dei giuristi romani), a concezioni naturalistiche o formalistiche proprie della cultura giuridica moderna.

Ma ciò che soprattutto ha attirato su di sè l'attenzione degli studiosi, fino a dare un'impronta spiccata a tutto il convegno, è stato il confronto

con le attuali tendenze dogmatiche o filosofiche. Ciò era in armonia con il tema stesso dell'incontro, che invitava a valutare quale sia l'incidenza di Jhering sul pensiero giuridico odierno; e il dibattito critico con tesi, orientamenti, opere, tipiche del giurista celebrato, ha dato l'avvio ad un ventaglio di professioni di fede filosofica sui problemi del diritto, in cui è possibile cogliere le varie sfumature della cultura filosofico-giuridica contemporanea. Così, la «giurisprudenza costruttiva», e fortemente sistematica, dello Jhering « concettualista », ha offerto lo spunto a interventi ricchi di interesse, come quello di Theodor Viehweg, che ha presentato il modello di una Rechtszetetik, come tipo di ricerca più problematica e protesa alla «ragionevolezza», e che in quanto tale si contrappone alla Rechtsdogmatik tradizionale, sistematica e protesa ad una razionalità di tipo deduttivo. E la stessa giurisprudenza sistematica e costruttiva è stata sottoposta da Mario G. Losano ad una acuta reinterpretazione in termini attuali, alla luce dei moderni strumenti offerti dall'analisi linguistica. La voce del realismo giuridico scandinavo, fortemente impregnato di una ispirazione empiristica, si è fatta udire con chiarezza esemplare nel contributo di Karl Olivecrona, che ha disegnato un quadro storico del positivismo europeo nel campo del diritto, distinguendo un positivismo «giuridico» (Rechtspositivismus) continentale, che mantenendosi nell'ambito giuridico non giunge ancora ad una consapevolezza filosofica radicalmente empiristica (e Jhering rientrerebbe in questa prima categoria), ed un positivismo «filosofico » ed empiristico, sulla linea segnata dai nomi di Comte, di Bentham, di Austin, e dalla quale derivano le correnti filosofico-giuridiche odierne più spiccatamente orientate in senso antimetafisico. Su linee affini, con una dichiarata adesione ai metodi della odierna giurisprudenza analitica anglosassone, si è mosso Herbert A.L. Hart, che di quella tendenza è il più illustre esponente; egli ha preso ad oggetto della sua indagine il noto scritto satirico iheringiano Im Begriffshimmel, per mostrarne i motivi di affinità con la odierna tendenza analitica, avversa alle ipostatizzazioni: e ciò non è avvenuto senza che fossero chiaramente rilevate le distanze dal metodo ancor ingenuo ed embrionale del giurista ottocentesco.

Di contro a queste tendenze metodologiche più moderne, non è mancato il richiamo a posizioni più tradizionali e più legate ad una fondazione del diritto, se non « metafisica », certamente rivolta ad un esame che vada oltre il puro dato empirico: così possiamo far cenno al già ricordato Villey, che dalla sua competenza di storico del pensiero filosofico-giuridico ha tratto argomenti per riproporre una forma di realismo moderno non dimentico della lezione aristotelico-tomistica; possiamo far cenno a Karl Larenz, che ha fatto riascoltare una voce già imponente, come quella della tradizione critico-idealistica (discorso analogo può farsi per il contributo di G. E. Langemeijer); possiamo far cenno a H.

J. Hommes, che ha inteso far avvertire l'esigenza di una fondazione trascendentale del fenomeno giuridico.

Sempre nell'ambito di un confronto con tendenze e problemi del presente meritano di essere ricordati Christian Helfer, che ha giudicato la sociologia ancor elementare di Jhering alla luce della maturazione metodologica raggiunta dalla moderna indagine sociologica. E di esser ricordata merita pure l'attenta indagine di Alessandro Baratta, in cui il pensiero di Jhering è stato posto in relazione con la moderna scienza penalistica, nelle sue varie configurazioni, ed è stato preso a strumento per l'illustrazione di interessanti aperture su di un concetto di giustizia non meramente legalitario perché legato a un nuovo e più progredito modello di convivenza sociale.

Infine, contributi assai interessanti, per la luce che hanno portato su capitoli pressoché inesplorati della storia del pensiero giuridico, sono stati quelli rivolti all'esame delle influenze esercitate dall'opera di Jhering sulle varie scienze giuridiche nazionali. Devono essere ricordati, in questo riguardo, i contributi di Stig Jørgensen per l'area danese-norvegese (con lucidi confronti tra i motivi empiristici presenti nell'opera di Jhering e le correnti realistiche scandinave), di Folke Schmidt per l'area svedese, con particolare riguardo alla dogmatica dei diritti reali, di Rafael Gibert, che ha documentato in modo ampio e avvincente l'influenza di Jhering in Spagna.

Chi rivolga uno sguardo d'insieme a questi contributi, vari per impostazione filosofica e per timbro culturale, ha di fronte a sè, non soltanto una serie di indagini su aspetti dell'opera di Jhering più legati ai temi dell'oggi, ma un panorama ricco e variegato della odierna riflessione sul diritto. Che l'attualità abbia prevalso, è una constatazione che non lascia luogo a dubbi, ma è anche un giudizio implicito sul valore storico di Ihering, giurista capace ancor oggi di inviare messaggi non passibili di rimanere inascoltati, nonostante i molti aspetti della sua cultura e del suo metodo che sono manifestamente filii temporis. Per quanta sia la distanza che ci separa dalle sue forzature positivistico-naturalistiche, dalle sue stranezze terminologiche, Jhering si rivela ancor oggi, forse con più forza di suggestione di altri dell'Ottocento, giurista capace di offrire suggerimenti per interpretare una realtà, come la nostra, in tumultuosa trasformazione. Se Savigny ha lasciato pur egli eredità spesso sottaciute, la personalità di Jhering, non altrettanto classicamente composta, è forse più vicina allo spirito agitato del nostro tempo: di che si deve veder la causa nel suo senso storico, nel suo orecchio sensibile alla fisionomia e alla complessità dei rapporti giuridici, che sono anche rapporti sociali. Se Ihering scrisse che il diritto romano è non tanto Rechtsquelle quanto Kanon unseres juristischen Denkens (Geist, I, 2), con analogo spirito si possono vedere nella sua opera, più che i segni di una impossibile capacità di rispondere esaurientemente ai problemi di oggi, insegnamenti preziosi a pensare storicamente i problemi giuridici:

dov'è una continuità sostanziale, al di là delle polemiche forse eccessive, con la parte più vitale dell'insegnamento della scuola storica.

GIULIANO MARINI

Materiali per una storia della cultura giuridica, raccolti da Giovanni Tarello, vol. I, Il Mulino, 1971.

I saggi raccolti in questo volume — elaborazioni di lavori presentati e discussi in un seminario di storia delle dottrine giuridiche tenuto presso l'Istituto di Filosofia del diritto dell'Università di Genova — si propongono, malgrado la varietà delle loro tematiche e dei loro interessi, di definire, con significative convergenze metodologiche, una diversa prospettiva nello studio dei problemi di storia della cultura giuridica. Questi saggi vorrebbero dare evidenza al carattere insoddisfacente di una cultura giuridica che accentua la contrapposizione tra studi storici prevalentemente rivolti al diritto romano e al diritto italiano fino al XV secolo, e studi tecnico-giuridici che si muovono con una considerazione non adeguata dei problemi posti dalla dinamica delle attività reali.

Per quanto i saggi non si pongano specificamente il problema di approfondire questo stesso concetto di cultura giuridica nella complessità delle relazioni tra gli elementi storici, filosofici, scientifici, ideologici che la costituiscono, è possibile tuttavia rintracciare come orientamento fondamentale degli autori la critica alla idea di una cultura giuridica intesa come mero esercizio filologico e come mera concettualizzazione formale. La cultura giuridica presuppone una dilatazione problematica che non consente le arbitrarie riduzioni del positivismo formalista e che esige invece la comprensione e l'approfondimento dei dati e dei fenomeni storicamente rilevanti. Le determinazioni formali e tecniche in cui si esprimono le norme non possono considerarsi in posizione di superiorità rispetto alle strutture sociali di cui il diritto è parte. È quindi artificiale valutare la cultura giuridica come produzione o derivazione di entità o di meccanismi vincolati a presunte volontà precostituite, così come d'altra parte è arbitrario limitarla alla definizione di un'astratta categoria giuridica intesa come semplice atteggiamento della coscienza. La cultura giuridica deve sperimentare i suoi valori opponendosi sia agli abusi idealistici sia alla riduzione della giuridicità a criteri potestativi.

Nella impostazione di questi saggi si afferma tuttavia anche l'esigenza che la cultura giuridica possa assumere dei caratteri specifici e presentarsi come strumento di confronto critico e dialettico con i dati sociali. Pur senza la pretesa di essere espressione di principi assiomatici e di avere attribuzioni esterne alla realtà, la cultura giuridica deve sfuggire al mero determinismo sociale e deve affermarsi come sforzo di realizzazione e come esperienza che può essere orientata da idee di libertà.

Se siamo riusciti a interpretare con qualche approssimazione i criteri metodologici che vorrebbero dare coerenza a studi differenziati nei loro interessi storici e nelle loro impostazioni problematiche, si può dire che essi si rivelano conseguenti a un certo atteggiamento che vuole assecondare l'emancipazione della cultura giuridica promuovendo la collaborazione tra la scienza del diritto e le scienze sociali e insieme rafforzando una prospettiva storica che consenta di svincolare le teorie giuridiche dalla egemonia degli schemi formalistici, che non sono adatti alla comprensione dei fenomeni reali, e che sono invece più direttamente esposti alle manipolazioni ideologiche. Nella critica ai presupposti formalistici e imperativistici del positivismo giuridico possono quindi formarsi le condizioni per una considerazione realistica delle attività giuridiche.

Il volume si apre con un saggio di Giovanni Tarello che propone una interpretazione sistematica de L'Esprit des Lois. Nel pensiero di Montesquieu vi è una polemica contro la definizione volontaristica del diritto e contro la pretesa delle teorie imperative di considerare la realtà sociale come conseguenza delle statuizioni del potere. Ma la critica di Montesquieu si rivolge anche alle tradizionali posizioni giusnaturalistiche contrastando un'idea dell'ordine sociale intesa come adeguazione a leggi naturali immutabili. Il suo problema non è tanto quello di seguire l'ordine naturale delle leggi, quanto piuttosto quello di seguire l'ordine dei rapporti che storicamente si formano nella dinamica dei fenomeni sociali e che dipendono da una molteplicità di variabili. Tale relativismo teorico non gli impedisce tuttavia di dare importanza al valore della stabilità e alla esigenza del controllo di quelle forze che potrebbero accentuare le trasformazioni nelle istituzioni giuridiche.

Il principio della divisione dei poteri varrebbe quindi non tanto come possibilità di emancipazione delle forze sociali ma soprattutto come difesa di una idea storica di libertà che si esprime fondamentalmente nella chiarezza di leggi precostituite. Il Tarello afferma appunto che la libertà di cui parla Montesquieu non definisce particolari diritti di resistenza nei confronti del potere, nè pretende una estensione dei diritti elettorali, nè si impegna a favore di una particolare forma di governo, ma si configura come libertà di non essere turbati nel pacifico godimento della vita e dei beni. La condizione che consente tale libertà è quella in cui un cittadino non debba avere paura di un altro cittadino, ma è una condizione che consiste non tanto nella attribuzione di un diritto o di una sfera di autonomia ai singoli nei confronti della legge, quanto piuttosto in una organizzazione giuridica che garantisca una relativa impotenza degli organi costituzionali, in una situazione sociale in cui la legislazione possa assumere dei caratteri fissi e durevoli.

Questa interpretazione non deve tuttavia limitare la considerazione dei principi più attivi che sono impliciti nella idea di libertà di Montesquieu, la quale non ha soltanto un carattere derivato, ma può valere, per i suoi elementi qualitativi, come condizione di realizzazione della

personalità e come strumento critico nei confronti dei determinismi sociali che, appunto per l'azione della libertà, non riescono a porsi come una unità fissa e una necessità integrale, ma sono assoggettati a una logica di divisione e di reciproca limitazione. Anche se nel suo pensiero vi è una valorizzazione delle funzioni positive che nella costituzione dell'ordine sociale può adempiere il principio della gerarchia, vi è tuttavia anche la consapevolezza dei rapporti che si pongono tra le idee di uguaglianza e i valori della libertà.

L'influenza di Montesquieu sul Settecento italiano è stata studiata in un saggio di Salvatore Rotta che consente, per il notevole impegno di documentazione, di valutare realisticamente il significato che la diffusione del pensiero di Montesquieu ha avuto nella emancipazione della riflessione politica. L'accentuazione filologica, particolarmente intensa nel lavoro del Rotta, può apparire un po' eterogenea rispetto alle tematiche e alle impostazioni critiche degli altri saggi, ma certo vale alla analisi approfondita della diffusione di una meditazione che assume rilevanza storica non tanto per il rigore critico delle interpretazioni quanto per gli sforzi appassionati con cui quel pensiero è confrontato con le condizioni politiche particolari e si presenta come stimolo intellettuale capace di far assumere consapevolezza della esigenza di liberare il pensiero politico della soggezione al potere e dagli arbitri metodologici di dottrine fondate su principi precostituiti.

Il saggio di Giorgio Rebuffa su Fisiocrazia, ordine naturale, diritti individuali propone un'interessante linea di sviluppo nelle revisioni delle idee di ordine sociale del giusnaturalismo tradizionale e insieme nel confronto con i principi dell'illuminismo. Per quanto arbitraria sia la pretesa della fisiocrazia di porre come verità assiomatiche dell'economia criteri che avevano un fondamento storico particolare, tuttavia ha un importante significato storico la sua tendenza a impostare i programmi di riforme politiche non più sugli astratti valori della ragione ma sullo studio delle strutture economiche, considerate elementi fondamentali nella definizione dei fenomeni politici. La ragione non si limita quindi alla esaltazione di verità autosufficienti, ma vuole estendersi alla comprensione dei fatti economici. I principi della formazione e della distribuzione della ricchezza costituiscono l'oggetto fondamentale di questa riflessione e il problema dell'ordine sociale viene impostato sulla conoscenza delle leggi economiche che sono appunto criteri per valutare il carattere naturale delle organizzazioni politiche. I diritti naturali si pongono quindi in relazione ai principi dell'economia che danno contenuto e valore alle attività giuridiche e ne definiscono gli ambiti di legittimità e di competenza.

Queste revisioni critiche della fisiocrazia non riescono tuttavia a liberarsi dagli schematismi aprioristici e non sanno conoscere i meccanismi economici nella molteplicità dei loro elementi e nella complessità dei loro equilibri storicamente mutevoli. Le stesse libertà economiche

non assumono quindi funzioni di emancipazione, ma sono soprattutto strumenti di garanzia e di conservazione dei diritti economici già acquisiti. Anche la relazione che la fisiocrazia pone tra l'economia e la terra, considerata fondamento della ricchezza, e la relativa subordinazione degli altri elementi produttivi, accentua la tendenza a una stabilizzazione dei privilegi. Si può perciò comprendere come le libertà economiche della fisiocrazia, che pure pretendono di trasformare le tradizionali impostazioni dell'ordine sociale, sono costrette, per difendere il loro carattere di privilegio, a valersi della tutela dello stato, che estende pertanto la sua funzione potestativa, anche se nel pensiero fisiocratico vi è la fiducia che lo stato possa limitarsi a garantire la libertà dei rapporti tra i proprietari, evitando l'ingerenza nella costituzione di un ordine sociale le cui leggi devono invece derivare da una distribuzione naturale dei fenomeni economici.

La critica al positivismo e al formalismo giuridico assume un notevole risalto nella teoria di Axel Hägerström, autorevole rappresentante del realismo giuridico scandinavo, che viene studiata in un ampio saggio da Silvana Castignone. Il pensiero di Hägerström, che si impegna sul piano gnoseologico nella polemica contro la metafisica e contro le forme della conoscenza in cui l'atto conoscitivo è solo una modificazione dello stesso soggetto conoscente, affronta sul piano giuridico la critica alle pretese scientifiche delle teorie volontaristiche e imperativistiche del positivismo giuridico, considerate ancora dominate da residui giusnaturalistici. Tali teorie compiono una serie di astrazioni sia presupponendo che il diritto sia un comando e una dichiarazione di volontà, sia modificando la stessa nozione di volontà, che non viene usata come si verifica effettivamente, ma viene entificata e fatta dipendere da concetti metafisici.

Alla critica nei confronti delle attribuzioni di volontà unitaria alle entità collettive si aggiunge nel suo pensiero la dimostrazione che il diritto applicato dai giudici non si identifica con la manifestazione di volontà del legislatore e neppure con una manifestazione di volontà degli stessi giudici, e che in ogni caso è impossibile passare dalle volizioni generali alle volizioni particolari senza introdurre elementi che modificano le stesse teorie volontaristiche. Hägerström pensa appunto che la ricerca storica dei desideri dei legislatori è possibile solo entro certi limiti, e che nella legislazione confluisce una dinamica di interessi e di orientamenti ideologici che per i loro caratteri istintivi non assumono una completa chiarezza, per cui lo stesso legislatore che deve confrontarsi con una serie di compromessi tra intenzioni diverse e contrastanti può non avere piena consapevolezza delle implicazioni di ogni singola legge, che non può pertanto essere considerata come espressione della sua volontà. Quindi la superiorità del diritto legislativo derivato dalla volontà dello stato non ha un carattere scientifico ma si fonda su presupposti

ideologici e dipende da situazioni sociali che appunto consentono di accentuare il potere della organizzazione politica statuale rispetto alle altre fonti del diritto. Il carattere normativo non è tuttavia autoproduzione di un ente superiore, ma la risultante di una complessa dinamica di forze, espressione di un istinto sociale che tende verso la cooperazione e che asseconda il formarsi di apparati coercitivi. Vi è così una corrente di giuridicità, costituita da elementi di natura prevalentemente psicologica, che gli atti legislativi possono incanalare in varie direzioni, senza però poter presumere di costituirla con un mero atto di volontà.

La complessità delle teorie generali del diritto dell'URSS è studiata in un lungo saggio di Riccardo Guastini che considera la molteplicità di esigenze critiche e di sollecitazioni pratiche differenziate che confluiscono in queste teorie, tra le quali assumono particolare risalto quelle di Stučka, Pašukanis e Vyšinskij. Tali teorie riflettono in modo diverso i problemi del diritto posti da Marx e le loro posizioni discordanti derivano dalla stessa difficoltà di sviluppare da una parte i principi consolidati, che configurano il diritto in termini di sovrastruttura e come fenomeno connesso alla dinamica delle forze produttive della società borghese, e di soddisfare dall'altra parte le esigenze della edificazione della società proletaria, che può invece richiedere il diritto come strumento di lotta. Per Stučka il diritto si identifica con i rapporti sociali, ed in particolare con i rapporti di produzione e di scambio, ma si configura anche come organizzazione per la difesa e la garanzia di un ordinamento sociale da parte della classe dominante. Così, pur presumendo che il socialismo non si possa costruire con l'impiego di norme giuridiche, Stučka afferma tuttavia che il diritto e lo stato hanno un ruolo importante nel rovesciamento del sistema borghese, e quindi diventano strumenti di cui il proletariato deve valersi per consolidare il suo potere e per reprimere i residui della classe antagonista.

Pašukanis tende invece a rifiutare l'autonomia di un diritto proletario e pensa che il diritto di una società socialista abbia una funzione di transizione perchè è ancora vincolato a una dinamica di forze produttive la cui logica, che si fonda sul rapporto di equivalenza tra il dispendio di lavoro e la remunerazione, costituisce un limite ad una organizzazione socialista della produzione. Lo stato e il diritto sono quindi in relazione al persistere anche nella società proletaria di rapporti di equivalenza che sarebbero espressione di una società sostanzialmente disuguale e derivazione dei modi di produzione capitalistici.

Per Vyšinskij si pone invece una rivalutazione della funzione che il diritto può avere nella lotta di classe e nella costruzione dello stato proletario, e la sua eliminazione è rimandata ad una fase in cui si può realizzare un'affermazione della rivoluzione proletaria su scala mondiale che consenta alle regole della organizzazione sociale di valere senza costrizione.

Tali teorie marxiste del diritto possono rappresentare dei motivi di critica alle teorie positivistiche e formalistiche, ma non è certo sufficiente una più estesa comprensione della dialettica tra la società e il diritto per definire le garanzie che il diritto deve esprimere e per evitare nuove forme imperativistiche e una politicizzazione del diritto che si potrebbe affermare in nuove forme di repressione.

Si può pensare che il diritto sia vincolato a una limitazione sociale che certe forme di organizzazione dei rapporti produttivi possono esasperare, ma vi possono essere dei rischi nel postulare società che insieme al diritto presumano di far scomparire lo stesso principio della limitazione. Se si accetta l'idea che il diritto sia connaturato a una condizione inferiore della organizzazione sociale e che possa essere strumentalizzato per raggiungere dei fini superiori al diritto e assoggettato alle esigenze di una società che vuole negarlo, tutto questo può costituire un'arbitraria semplificazione della realtà, dalla quale possono derivare nuove contraddizioni e nuove tendenze egemoniche del potere.

Può apparire arbitraria anche l'idea che l'equivalenza sia solo espressione di una società fondata sulla disuguaglianza, e che quindi tali rapporti di equivalenza sono resi artificiali e diventano anzi condizioni necessarie alla stabilizzazione della stessa disuguaglianza. La logica della equivalenza può intendersi come principio che interessa settori più vasti della realtà, e può tendere, nella estensione delle sue funzioni critiche, a una trasformazione delle strutture fondate sulla gerarchia e sul potere.

Completa il volume un saggio di Franco Lombardi sui rapporti tra economia e diritto nell'istituzionalismo di J. R. Commons. Il pensiero di questo autore, che viene studiato anche in relazione alle diverse correnti del realismo nord-americano, attribuisce un particolare risalto al valore che la critica ai principi dell'economia classica ha nella comprensione del meccanismo delle « transactions » in cui, al di fuori degli schematismi del vecchio contrattualismo e del vecchio utilitarismo, i gruppi politico-economici determinano le loro regole, e in cui si attuano ripartizioni di carichi e di benefici che possono modificare i tradizionali modi di intendere i concetti di proprietà e di libertà.

I saggi che abbiamo considerato sono delle proposte critiche che, anche se per la varietà degli argomenti non costituiscono sviluppi problematici orientabili in un'unica direzione, rappresentano degli ampliamenti delle prospettive più tradizionali nello studio delle dottrine giuridiche, ed hanno il merito di proporre argomenti meno dibattuti ma che si rivelano importanti per l'approfondimento teoretico e la comprensione storica di esigenze culturali che devono essere adeguatamente valutate in un confronto critico aperto ai problemi reali dell'esperienza.

Antonio Zanfarino

A. MAZZACANE, Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del sec. XVI, Milano, Giuffré, 1971, pp. 199.

Sulla civilistica cinquecentesca pesano da tempo, nella storiografia giuridica italiana, giudizi negativi curiosamente univoci malgrado la provenienza assai diversa. Che ci si arrivi da una interpretazione riduttiva dell'umanesimo o dalla sopravvalutazione degli elementi più esteriori della continuità con le vecchie scuole, la conclusione è infatti sempre una, e cioè che solo con i giusnaturalisti, con Grozio, con gli olandesi e con i razionalisti tedeschi la giurisprudenza europea giunge all'« antistorico » ma rivoluzionario rifiuto delle teoriche medioevali. Prima di allora, immobilismo e conservatorismo stanno ad indicare che la crisi del sistema del diritto comune ha toccato i livelli della crisi di un metodo (1).

Non è questo il luogo per analizzare i problemi che pongono simili ricostruzioni per serie temporali, in cui l'abitudine degli storici a determinare, insieme alle continuità, le anticipazioni e gli abbozzi preliminari ha facile campo, e il solito protagonista della storia del diritto moderno, cioè il movimento per la codificazione, impone fin dal principio il metodo della ricerca di tutto ciò che l'avrebbe reso più probabile. Però si tratta di problemi con cui ha evidentemente a che fare ogni nuovo lavoro che non intenda fermarsi soltanto — come afferma espressamente questo che recensiamo — «sul terreno delle concettua-lizzazioni più comprensive» (p. VIII), ma voglia procedere «sui problemi più precisi e più limitati di quel diritto privato cui l'attività dei giuristi fu costantemente rivolta» (p. IX).

È infatti l'A., che dichiara di prender l'avvio dagli studi sulle « dialettiche » dell'umanesimo, sui dibattiti metodologici di quell'età, sui suoi tentativi di dare fondazione teorica alle scienze naturali ecc. (pp. VII-VIII), denuncia il pericolo delle vaghe ricostruzioni di atmosfere culturali e dei fraintendimenti cui espone una storia delle idee intesa, come polemizza Foucault, come una sorta di storia delle filosofie di coloro che non fanno i filosofi. La sua ricerca vuole invece ricostruire alcune strade per cui, all'inizio dell'età moderna, la giurisprudenza viene definendo un proprio specifico orizzonte teorico, e cioè: a) i tentativi di fondare la scientificità della giurisprudenza in termini puramente logici e metodologici; b) quelli di definire le « ragioni proprie », in senso ramistico, della stessa disciplina. È certo risponde ad una giusta prospettiva, il sottolineare la pluralità delle vie e dei tentativi attraverso i quali si procedette al rinnovamento dell'ordine sistematico. Non è forse importante non cercare in una « scoperta » o nella origi-

⁽¹⁾ È la conclusione cui giungono sia il Calasso, Il negozio giuridico, Milano, 19663, Epilogo, che l'Astuti, I principi generali dei contratti, in « Ann. st. dir. », I (1957), p. 39.

nalità di una formulazione — per fare un esempio, nell'affermazione consensualistica di Grozio rispetto al rinnovamento del sistema contrattuale — il principio da cui far derivare tutto e su cui costruire una periodizzazione? Perché far sempre credito di coerenza alle idee giuridiche?

L'A, ci presenta, sostanzialmente, la ricostruzione di una biografia intellettuale, quella del Freigio, dalla prima formazione umanistica alle discussioni metodologiche tardo-cinquecentesche. Johann Thomas Frey nasce, nel 1543, e studia a Friburgo im Br., nel 1550 è magister artium e contemporaneamente inizia gli studi di diritto. Nel 1562 ha l'incarico di dialectica minor nella facoltà di Arti e qui ascolta anche secondo quanto prescrivevano gli statuti dell'Università, i corsi di Pandette. glossa e Bartolo del padovano Girolamo Olzignano: poi, nel 1563, l'insegnamento della grammatica latina e greca sono l'occasione per uno scontro polemico con le autorità accademiche su di un punto secondario — una lettura non desiderata «umanistica» di Sallustio — ma rivelatore degli indirizzi tradizionalisti dell'ambiente friburghese, che consigliarono infine Freigio a trasferirsi a Basilea, Qui, nel 1568, pubblica l'Epitome Derreri, ossia la sintesi in tavole grafiche della Iurisprudentia di Sebastian Derrer, un riordinamento e una rielaborazione scientifica « in funzione di un progetto che appartiene già alla storia delle codificazioni moderne » (p. 36), ma allo stesso tempo dipende ancora largamente dalle fonti medioevali (pp. 30 ss.). È interessante vedere qui quale tipo di dipendenza si instauri tra quell'allievo di Zasio e la giurisprudenza del diritto comune. Secondo l'A., se essa non resta nell'ambito «generico e ben noto » di un rapporto di derivazione e di sviluppo delle dottrine dell'età intermedia, deducibile mediante il semplice confronto testuale. non si può dire neppure che segni l'inizio di una tematica del tutto nuova: soltanto, è la finalizzazione di quella tematica che è cambiata. Il giurista moderno si pone di fronte al problema della legalità usando delle stesse concettualizzazione medioevali, ma con una valenza differente, che è poi quella della costruzione dell'assolutismo moderno. Le stesse formule servono a risolvere interrogativi diversi (p. 47).

Va detto peraltro che l'esemplificazione non tocca qui altro che quel terreno dei «concetti più comprensivi» che l'A. aveva detto invece di voler evitare — ius, iustitia, aequitas (pp. 42-49) — e non appare sempre sufficiente a giustificare tutte le implicazioni che se ne vorrebbero trarre. Resta che l'uso di quest'opera fatto da Freigio a trent'anni di distanza consiste soprattutto nella rielaborazione in tavole schematiche « a graffe » del contenuto, e tende quindi a percepire in primo luogo l'impianto sistematico complessivo. Su questo genere di esercitazioni una valutazione del tutto negativa fu data per la prima volta da Thomasius (p. 54 nt.), ed è comprensibile, se si pensa alla polemica antiaristotelica degli illuministi. Meno comprensibile è che quel giudizio venga ancor oggi ripetuto (dal Troje, ad es.), sulla base di una sottovalutazione, che

LETTURE 42I

all'A. pare appunto da criticare, degli elementi ermetici e simbolici nella cultura, anche giuridica, del Rinascimento. La tecnica degli « schematismi » — altro prestito medioevale, indubbiamente (basterà pensare alle arbores) — assume certo impulso dallo sviluppo dell'arte grafica: ma che dire del particolare impiego che ne vennero facendo nel campo giuridico i culti come Baron, Le Conte o Amerbach? Scartata l'ispirazione ramista sempre invocata — in quanto il lavoro di Freigio è anteriore ad un'apprefondita conoscenza delle opere del maestro francese —, vengon messe qui in rilievo quelle tendenze « ciceroniane » ad un'arte universale, alla formalizzazione delle discipline, all'elaborazione di « cifrari », che miravano alla fondazione della nuova scienza attraverso il rinnovamento dei procedimenti intellettivi piuttosto che delle nozioni (pp. 58-59): secondo un atteggiamento, dunque, ben diverso da quello di Derrer, che cercava invece una logica specifica della giurisprudenza.

Nel frattempo Freigio assume a Basilea la cattedra di retorica, vi consegue il dottorato utriusque iuris e, soprattutto, vi incontra Ramo. Un segno non tra i minori di quest'incontro è costituito dalla proposta di un insegnamento di diritto svolto nelle lingue nazionali, e dallo sforzo di diffondere un uso tecnico della lingua tedesca in alternativa al latino (p. 84): nasce la Neuwe practica iuris. Ma le riflessioni più interessanti vengon fatte da Freigio in margine ad un'anonima Methodica actionum, di cui si fa editore nel 1560 (pp. 95 ss.). Anzitutto per la scelta delle fonti, che sono Zasio e Oldendorp e Connan; di quest'ultimo si mette giustamente in rilievo l'uso del concetto aristotelico di συνάλλαγμα (« un'ampia categoria giuridica, comprendente ogni figura fondata su di una relazione e le stesse azioni e pretese processuali», che gli serve a ripercorrere « una via che già Labeone, in epoca classica, aveva seguito per rompere la fissità dell'ordinamento ed assicurare la protezione giuridica ad un campo del tutto nuovo di rapporti e di traffici», p. 99); di Oldendorp l'ispirazione teologica (se ne veda l'esemplificazione a proposito dell'antica controversia «an iudex secundum conscientiam suam vel secundum acta et probata iudicare debeat»: la convinzione che la coscienza del giudice « val mille testimoni » è direttamente collegata con l'ideologia luterana del giudice, del magistrato e delle politiche statuali (pp. 105-106)); di Zasio infine, più specificamente, il tentativo di spezzare il principio di tipicità delle azioni attraverso l'uso costante di una terminologia filosofica (pp. 107-121). Di tutti costoro si evidenzia insomma l'uso degli strumenti dialettici, ma non si può dire che l'A. si fermi a questa constatazione tutto sommato ancora abbastanza ovvia. È chiaro che specialmente una figura come quella di Zasio, sempre interpretata come l'anima « conservatrice » della giurisprudenza umanistica, pone il problema della coerenza di una tale funzione con il compito «di definire, sulla base di una nuova esperienza interdisciplinare, un organismo logico proprio » che la stessa giurisprudenza tedesca s'era pure assunto (p. 122). Tralasciando di dar

conto delle ulteriori vicende accademiche e scientifiche di Freigio, bisogna dire che è questo l'interrogativo di maggior interesse che pone e sviluppa il libro.

Esso vien sciolto, tuttavia, in relazione appunto alla vicenda scientifica di Freigio, e la sostanziale mediocrità di questa figura non può non pesarvi. « Il principio di una nuova tradizione scientifica », che Zasio rappresenta, non sembra aver trovato grandi sviluppi nel tentativo con cui Freigio s'era annunciato nella Basilea degli anni '60 « di agire sui metodi d'ordine delle dottrine, piuttosto che sui loro significati ». Ma resta merito di questa ricerca avercene indicato i problemi e le prospettive in modo assai puntuale.

GIULIANA D'AMELIO

Giovanni Tarello, Le ideologie della Codificazione nel secolo XVIII, Corso di Filosofia del diritto, I., Genova, Cooperativa Libraria Universitaria, 1971.

Nella storia del pensiero giuridico, il secolo XVIII ci si presenta come una singolare croisée des chemins.

Punto di approdo di concezioni giuridiche che avevano le loro radici nelle lontane scuole dell'Europa medievale e nella secolare prassi dei tribunali, esso rappresenta anche il momento di avvio di esperienze che sono ancora oggi lontane dall'aver esaurito la loro carica vitale; periodo decisivo nella formazione dell'ideologia giuridica della borghesia montante, esso esprime anche la fase nella quale l'ancien régime tenta, razionalizzandosi come può e cercando di semplificare i meccanismi del suo sistema giuridico, di trasferire quanto più gli riesce di se stesso e della sua anima nelle nuove strutture che pullulano dalla prolifica decrepitezza del mondo feudale.

È certo che la convivenza di nuovo e di antico, insieme alla felice ambiguità che quel secolo mostra a chi lo guardi libero da schemi scolastici e routines interpretative, rendono il Settecento giuridico particolarmente adatto ad una reinterpretazione dei moventi originari — e quindi dei meccanismi veri — che condizionarono e caratterizzarono un bagaglio culturale che ancora oggi è più vivo di quanto generalmente si creda.

Reinterpretazione, ma con alcune cautele. Non si tratta infatti, come ben sa chi si è familiarizzato con questo genere di riproposizioni critiche, di andare a riscoprire (quasi in un'operazione di filologia appena nobilitata dal peso storico del problema) l'originale ed « autentica » consistenza di certi sopravvissuti meccanismi giuridici; né si tratta di fare dell'antiquariato disinteressato — sia pure non passivo, smaliziato e intelligente — o di dare storico lustro al prosaico diritto di tutti i giorni, riproponendone, restaurate, le più colte ascendenze.

Si tratta invece, molto semplicemente, di cogliere un'occasione per ricordare ai giuristi di oggi (dal momento che, incredibilmente ce n'è ancora quotidianamente bisogno) che l'apparente tecnicità della scienza giuridica copre una realtà di scelte partigiane e di meccanismi finalizzati al disegno di potere politico di una classe sociale che proprio nel XVIII secolo, a fatica, e a prezzo di più di un compromesso con la cultura del vecchio establishment, gettò le basi concrete dell'organizzazione giuridica del suo Stato e del suo potere nella vita civile. Si tratta, mediatamente, di richiamare i giuristi alla coscienza della politicità del loro operato, e tutto ciò senza l'ingenua intenzione di provocare l'uditorio, o (come Tarello, disincantato, rimprovera a molti) di épater qualche vestale del diritto puro, tecnico e neutrale, che non si è ancora accorta della realtà o che, conoscendola benissimo, finge, interessata, di scandalizzarsene.

Il terreno offerto dal Settecento giuridico europeo si presta assai bene ad una operazione di questo genere. Bene ne ha tratto quindi occasione di discorso indiretto (ma non tanto indiretto, o non sempre) Giovanni Tarello, un giurista che non è nuovo a questo genere di chiavi interpretative (anzi, proprio a lui si deve in larga misura se non l'avvio, almeno l'ulteriore affermarsi di una vera e propria «letteratura delle ideologie » (1)), e che è, per sua candida ed autoironica ammissione, e per fortuna, « abbastanza dissociato da amare tanto la teoria generale quanto la storiografia » (2). Ne è risultato un contributo ricco di salutari spunti innovativi per gli storici (critico verso certi torpori storiografici, convincente in alcuni ribaltamenti di giudizio o nella demolizione di alcuni vecchi luoghi comuni, dati per sicuri e pigramente ripetuti), ma ricco anche di numerose occasioni di riflessione per il giurista contemporaneo, messo di fronte ad un esempio di metodologia critica perfettamente utilizzabile anche ai fini di una cosciente rimeditazione del quadro ideologico del nostro diritto odierno.

⁽¹⁾ Pensiamo ad altri studi nei quali T. si è fissato lo scopo di portare allo scoperto alcuni presupposti o meccanismi ideologici che valessero a collocare in una più critica prospettiva storica, o quanto meno a meglio valutare, alcuni significativi momenti della vita del diritto: Il realismo giuridico americano, del 1962, Profili giuridici della questione della povertà nel francescanesimo prima di Ocham, del 1964 e Teorie e ideologie nel diritto sindacale, del 1967.

Possiamo poi ricordare che lo studio del quale qui parliamo ha già avuto una sua prima versione con il titolo: Le ideologie della Codificazione. Dal particolarismo giuridico alla Codificazione napoleonica, Genova, 1969.

Nei Materiali per una storia della cultura giuridica, da lui raccolti (Bologna, 1971), T. ha rifuso la parte del capitolo VI riguardante Montesquieu, col titolo Per una interpretazione sistematica de « L'Esprit des Lois » (pp. 11-53). Allo stesso modo, alcune delle pagine introduttive sono riprese in Il diritto privato nella società moderna, a cura di S. Rodotà, Bologna, 1971, pp. 31-48, col titolo Le idee della codificazione. Infine, negli Scritti in onore di Mario Casanova, Milano, 1971, viene riproposta l'analisi del contributo di Voltaire alle ideologie giuridiche del suo tempo, nell'articolo Voltaire e la cultura giuridica.

⁽²⁾ Ĉosì si è espresso nel corso di un dibattito pubblicato nel n. 2 (1971) della rivista $Politica\ del\ diritto,\ a\ p.\ 236.$

T. inizia la sua analisi decifrando preliminarmente lo strumentario terminologico e concettuale di cui si servirà lungo tutto l'arco della ricerca (³), e preoccupandosi di predefinire alcuni tra i dati più rilevanti del fenomeno della codificazione. Vengono così dipanate le nozioni di particolarismo giuridico (con la pertinente sottolineatura del ruolo avuto dai giuristi positivisti dell'ottocento nel creare e diffondere questa espressione), quella di costituzionalizzazione dei rapporti politici (« a livello culturale essa consiste nel fatto che i giuristi vengono a rappresentare e a descrivere il rapporto politico come un rapporto giuridico »), e quella stessa di codice e codificazione.

La codificazione, come esigenza ideologica prima e come operazione politica poi, si voleva fondata, in ultima analisi, sul valore perfettamente borghese della *economicità*: economicità come semplificazione dei sistemi giuridici fondati sul groviglio di fonti e di *status* soggettivi tipico dell'*ancien régime*, ma anche come sostituzione (e non giustapposizione) del nuovo diritto al vecchio, e infine come unificazione del soggetto di diritto e riduzione al minimo dei predicati possibili.

La descrizione rapida ma efficace che T. fa della situazione politicogiuridica europea degli inizi del Settecento (4) fa spiccare molto bene il ruolo costruttivo dell'ideologia giuridica della borghesia all'opposizione, portatrice, anche nella fase della sua esclusione dal potere politico, di una esigenza di ordine che può sembrare paradossale.

Il fatto è che la borghesia aveva bisogno di *ordine* per mettere e tenere al sicuro il suo potere economico, condizione decisiva della sua ascesa politica, e solo i meno realisti tra i sostenitori dello *status quo* poterono scambiare (errore peraltro frequente, anche oggi, negli *entourages* del potere costituito) una proposta di razionalizzazione per un irresponsabile tentativo di eversione.

Con ciò, tuttavia, non si deve mitizzare la consapevolezza borghese. Non è un caso, e T. non tralascia di sottolinearlo, che solo nella seconda metà del secolo, e da parte di intellettuali non del tutto organici alle

⁽³⁾ Bisogna tenere presente che il libro di cui stiamo parlando è il risultato di un corso tenuto agli studenti di Filosofia del diritto dell'Università di Genova.

Si deve dire subito che l'origine scolastica di queste pagine — in casi simili fortemente caratterizzante — ha influenzato soltanto lo schema esterno del lavoro: nel senso che T. ha avvertito la necessità di dare chiavi interpretative, cenni biografici e bibliografici, elementi di glossario, ma non si è lasciato attirare dalla tentazione più grande, che è quella — in questi casi — di riutilizzare il materiale definitorio e gli schemi di routine presenti nelle nostre numerose « abitudini linguistiche ». Anzi, proprio nei momenti « istituzionali » del suo corso, le preoccupazioni di ridefinire accuratamente correnti di pensiero e fenomeni politico-giuridici, gli ha offerto più di una occasione di individuare quelle componenti ideologiche che sono l'oggetto della sua critica storica.

⁽⁴⁾ La situazione di molecolare frantumazione dei soggetti e di proporzionale moltiplicazione dei predicati è resa molto convincentemente, con la significativa indicazione delle sue conseguenze politiche, per quello che riguarda la Francia (p. 33 e ss.).

esigenze di riforma proprie della borghesia, si sia impostato un consapevole discorso sulla codificazione. E non è a caso che, in una prima fase della dinamica che approderà alle codificazioni, sia stato in realtà l'assolutismo europeo a farsi parte attiva di un processo anch'esso di razionalizzazione, per la via opposta, ma paradossalmente coadiuvante, dell'accentramento amministrativo e giudiziario.

Singolare il ruolo avuto dall'assolutismo lungo tutto l'arco del secolo. La necessità di superare, accentrandoli, i sistemi giuridici complessi, pieni di antinomie e complicazioni, incoerenti ed incerti, presenti in Europa, conduce i sovrani a concepire politiche del diritto non del tutto organiche agli interessi stessi del potere assoluto. In effetti, le formule « astrattamente unificatrici » proprie della dottrina assolutistica, lasciano intatta la capacità centrifuga e la potenzialità disgregatrice del particolarismo giuridico. Su di un altro fronte, l'unificazione della giurisdizione, tappa obbligata del controllo dell'ordinamento, comporta (e realizza) un più efficace dominio dei giudici da parte del monarca, ma può determinare un rafforzamento della funzione giudiziaria e la sua costituzione in « corpo separato », con la ripresa di altre pericolose tendenze centrifughe. Allo stesso modo l'accentramento giudiziario sottrae potere ai giuristi, perchè disarma la loro (esclusiva) capacità di orientarsi negli intricati riti del formalismo, ma determina anche una nuova responsabilizzazione del potere politico, e quindi del sovrano, che si troverà sempre più costretto a rispondere del sistema e dei suoi difetti, perchè si sarà privato — deresponsabilizzandolo — del giurista e della sua funzione difensiva. Non bisogna dimenticare, infatti, che finchè la gestione delle cose giuridiche è stata delegata ad un ceto di clercs specialisti e, in questa misura, «imparziali», il sovrano si è sempre trovato al riparo da critiche politiche, potendo riversare sul ceto dei tecnici la responsabilità delle disfunzioni, delle contraddizioni e degli errori. Operazione ideologica tanto riuscita che non solo la varia moralistica di ogni tempo accuserà (quasi soltanto) gli avvocati dell'insopportabile, cronica crisi del sistema giuridico, ma gli stessi giuristi (o anche uomini come Muratori, Genovesi o Beccaria) non troveranno di meglio che rovesciare sui «torcileggi» o sui «privati ed oscuri interpreti» le responsabilità del marasma in cui versava la «giurisprudenza» dei loro tempi: il quale marasma aveva invece nel sistema politico generale e negli equilibri di potere economico le sue cause principali, mentre gli avvocati non facevano altro che muoversi secondo l'unica logica da esso consentita e ad esso funzionale.

Certo di questo genere, cioè politica, era stata la fondamentale intuizione del grande movimento di pensiero che elaborò i principali materiali ideologici confluiti poi nelle codificazioni, e che si articolò nei diversi filoni del giusnaturalismo europeo, da Pufendorf a Thomasius, da Leibniz a Wolf, e nel razionalismo giuridico di quella tendenza francese che espresse Domat c Pothier.

Merito di T. è di avere proposto uno schema di questa imponente esperienza speculativa perfettamente funzionale all'oggetto, da un lato, ed ai fini, dall'altro, della sua ricerca (5).

Le costruzioni teoriche di quei pensatori vengono vagliate a confronto con la realtà sulla quale miravano ad incidere. Vengono perciò rivedute come ideologie, come realtà riflessa, e riacquistano il ruolo e lo spessore politici che spesso sono loro negati da una storiografia giuridica ancora condizionata da risalenti schemi idealistici.

Anche l'ambiguità di fondo di quelle tendenze dottrinali è messa coerentemente in rilievo. C'è una propensione, in esse, variamente alternata nel favorire « o la razionale espressione delle norme o la semplificazione delle fonti o entrambe le cose », ed occorre bene avvertire che a questa dialettica dottrinale ha corrisposto, nel pratico svolgersi dei fatti politici, un succedersi di momenti della « codificazione » ben diversi nella loro qualità e tutt'altro che collegati in un continuum crescente.

La codificazione, cioè, non si svolse secondo linee di sviluppo progressivo ed unitario (da una fase embrionale, per es., ad una di sviluppo e compimento), ma si articolò in esperienze assai diverse per ispirazione e finalità, che solo il *nome* di *codex* poté apparentare, e spesso neanche quello.

Di queste esperienze T. parla distesamente. Dopo i primi tentativi, svoltisi nella prima metà del secolo e suggeriti in sostanza dalle non nuove esigenze di certezza del diritto, di ordine sistematico e di facile reperimento delle leggi, il fenomeno entra in una fase più complessa e caratterizzata, cominciando a perseguire lo scopo reale della codificazione moderna (la sola che possa dirsi senza riserve « borghese »), che è quello della unificazione del soggetto giuridico.

Ciò che toglie valore innovativo alla « prima codificazione » è il suo restare ancorata alle imperfezioni più evidenti, ma superficiali, del sistema (i difetti di Muratori), che riflettono solo un momento secondario (quasi sovrastrutturale) della vita del diritto e che si limitano ad andare incontro, tutto sommato, alle esigenze della pratica forense: le quali — ricorda giustamente T. — non sono neanche qualificabili come esigenze ideologiche di certezza del diritto.

⁽⁵⁾ Non tutte le cose che T. scrive a proposito del giusnaturalismo europeo hanno, ovviamente, il carattere della « novità », sia pure sotto solo il profilo della valutazione ideologica. Già Norberto Bobbio, per fare un solo esempio, ha più volte impostato la ricostruzione di quel pensiero (anche) in chiave di individuazione del suo valore ideologico. La novità dell'opera di T. è nella finalizzazione rigorosa della sua analisi, che resta istituzionale, al fenomeno della codificazione inteso come generale fatto politico, e quindi la saldatura (nel rispetto e nella sottolineatura del necessario tempo storico intercorrente) tra il programma puramente « ideologico » enunciato dalla scuola di pensiero e la sua pratica realizzazione operata dalle forze politiche. In questa linea, ma con decisa opzione per il momento dottrinale, si colloca anche un altro studio, apparso praticamente insieme a quello di T. e ad esso parallelo sotto molti aspetti: ci riferiamo all'informatissimo e acuto contributo di A. J. Arnaud, Les origines doctrinales du code civil français, Paris, 1969.

È così che si sviluppano le raccolte di alcuni privati giuristi o i tentativi — nell'area germanica — di Leopoldo I (sec. XVII) e Giuseppe I, insieme a « Codici » come l'austriacus o l'augusteus. Ricompilazioni con intenti razionalizzatori si hanno in Francia e in Savoia, ma tutte restano all'interno « di quella ideologia... designata come esigenza di una 'qualunque codificazione', o di una codificazione non funzionale ad una riforma o rinnovamento politico generale, ma limitata ad una visione di mero rinnovamento giuridico » (6).

Qui è il nodo: non bisogna dimenticare il nesso che esiste tra un'operazione a livello tecnico ed il quadro politico generale entro cui essa si svolge: se questo nesso non è rilevabile, vuol dire che ci si trova in presenza di semplici ritocchi interni, cioè di fenomeni di riformismo occasionale e superficiale (7) che non hanno interesse e dignità strutturali.

Il fenomeno assume spessore diverso nella seconda metà del secolo. Innanzitutto la codificazione si fa organica ai processi di riforma politica, divenendo strumento e momento particolare di essi. Lascia il terreno tecnico-giuridico, cessa di essere un'occasione di riorganizzazione razionale e diviene espressione di una politica più generale, preparandosi con ciò ad essere scelta come importante terreno di scontro tra programmi ideologici diversi.

A ciò si aggiunga il particolare ruolo avuto, in questo periodo, dalla cultura illuministica europea. Se essa appare di opposizione in Francia, non lo fu certamente nell'area germanica, dove fu occasione di iniziative di riforma che partivano dai sovrani, e dove perse parte del suo mordente in cambio della realizzazione di parte dei suoi programmi.

^{(6) «} Si tratta cioè — prosegue T. che vogliamo citare per disteso in modo da dimensionare con le sue parole il fenomeno della « prima codificazione » — di un tentativo che si svolge tutto ad un livello per così dire sovrastrutturale, ed il cui fallimento si riduce al fallimento non tanto di una politica, quanto di una dottrina giuridica. Questi tentativi di codificazione non esprimono affatto — come molta storiografia pretende — un contrasto tra la cultura giuridica ed una cultura non giuridica ma legata ad una politica di rinnovamento sociale resa possibile da una acuta consapevolezza di problemi economici e magari « sociali »; si tratta di un contrasto, se mai, tra due partiti di giuristi, di cui uno era innovatore sul piano tecnico e formato di alti funzionari, e l'altro conservatore sul piano tecnico e formato di pratici e di bassi funzionari legati a interessi più piccoli, ma generalizzati alla base del ceto giuridico... » (pp. 157-158).

alla base del ceto giuridico...» (pp. 157-158).

« In conclusione — scrive ancora T. alcune pagine più oltre — volendo individuare i tempi di fondo e comuni dei tentativi e progetti di « codificazione » di questo periodo, non troveremmo probabilmente altro che l'esigenza di facile reperibilità del testo della lex; l'opinione che la lex abbia da essere chiara; ... e la diffidenza sia verso la interpretatio ed i giudici, sia verso i dottori e le scuole. Idee, tutte, destinate a confluire nel c.d. illuminismo giuridico... Idee, tutte, comunque, solidali con le tendenze dell'assolutismo all'accentramento della produzione e applicazione del diritto » (p. 171).

⁽⁷⁾ Quelli che T. imputa (a p. 164) alla « codificazione [come] tecnica giuridica al servizio di altre tecniche giuridiche... [che] serve alla certezza del diritto già vigente, alla sua conservazione, e in genere all'ordine pacifico dello stato ».

T. ripercorre con precise annotazioni il cammino che va dalla *Regierung aus dem Kabinett* di Federico Guglielmo I, fino al *Project* di Federico II, delineando in modo assai istruttivo il rapporto di incontro e scontro che si instaurò tra quest'ultimo ed il cancelliere Cocceij, non disposto — è il caso di dirlo — a lavorare fino in fondo per il re di Prussia. Il suo operato naufragò proprio sullo scoglio decisivo: quella unificazione soggettiva che avrebbe fatto del *Project*, se riuscita, una codificazione moderna. L'operazione riuscirà, sia pure non ancora in modo perfetto, con la pubblicazione, nel 1794, dell'*Allgemeines Landrecht*, punto terminale di un lavorio di qualche decennio e primo esempio di codificazione dai molti caratteri moderni.

* * *

L'accurato insistere di T. sulla distinzione che occorre fare tra la codificazione moderna e le varie ricompilazioni, dettate da diverse opportunità, che la precedettero, è perfettamente coerente con le intenzioni di fondo di questo suo contributo (8).

Egli ha voluto (senza perdere l'occasione di farlo anche a proposito di singoli pensatori dei quali delinea le connotazioni ideologiche che lo interessano, come nel caso di Leibniz, di Domat, di Montesquieu o di Voltaire) riprecisare in una dimensione oggi meglio comprensibile, tutta una serie di giudizi storici che, per la irresistibile inerzia delle cose tralatizie, sono diventati delle etichette.

Rifare un'indagine in chiave di *ideologie* consente invece di ridimensionare in modo più credibile tanti fenomeni giuridici che la storia del diritto ci ha proposto, finora, con impresso il carattere di volta in volta idealista, positivista, italocentrico o di semplice *routine* linguistica, pescato occasionalmente nel bagaglio della riflessione ottocentesca.

La preoccupazione dell'autore di discernere sempre ciò che è nuovo e ciò che non lo è nel pensiero degli «ideologhi», l'attenzione quasi puntigliosa nello smascherare errori ereditati e pregiudizi di vecchia data, l'accurato evitare di « retrodatare eventi futuri », il moderato uso della maieutica interpretativa (« non è opportuno abbandonarsi al desiderio di estrarre troppe ideologie dalle singole formulazioni »), la ricorrente individuazione del lato politico delle cose tecniche, il *leit motiv* delle ridefinizioni, testimoniano di questa linea metodologica.

Ne è venuto un contributo realistico e, forse, fin troppo smaliziato. T. non si fa fuorviare dalla liturgia esteriore dell'epoca che studia, né dal gioco delle parti che pure anche allora si praticava, riuscendo, anche

⁽⁸⁾ Occorre ricordare che il merito di aver precisato con molto rigore, anche terminologico, la differenza strutturale tra codificazioni e consolidazioni (come egli le chiama, più efficacemente, dicendole « un precipitato storico della legislazione ») è del Viora, che ha fissato i termini della questione nel suo ormai classico Consolidazioni e codificazioni. Considerazioni sulle caratteristiche strutturali delle fonti di cognizione del diritto nei tempi andati. Contributo alla storia della Codificazione, Bologna, s.d.

per questa via, a ridimensionare il peso delle stratificazioni storiografiche successive.

È così che questo libro (che pure ha i difetti delle sue qualità: quando dà segni di pedanteria rovesciata nella sua salutare smaliziatezza; quando non sa nascondere il gusto di espugnare miti storiografici che magari preferisce immaginare più radicati di quanto non siano; o là dove mostra una premeditata, e quasi settaria, volontà di stanare a tutti i costi l'ideologia nascosta nel rassicurante meccanismo tecnico) è così che questo libro — dicevamo — contribuisce in definitiva a colmare un vuoto di rinnovamento critico della storiografia giuridica, nello stesso momento in cui indica uno dei possibili punti di incontro tra il diritto di oggi e la sua storia. In questo senso parlavamo, all'inizio, di «discorso indiretto »: perchè l'analisi che T. fa delle ideologie della codificazione settecentesca offre un modello perfettamente riutilizzabile (salvi i debiti aggiustamenti) nella realtà contemporanea. Con quella analisi egli non ci ha ricordato soltanto le ragioni politiche che hanno caratterizzato l'avvento della nuova stagione giuridica ancor oggi non del tutto tramontata; non ci ha soltanto proposto una opportuna rimeditazione sull'ipoteca borghese che ha gravato e grava su tanti meccanismi dogmatici miticamente ritenuti astratti e ormai depurati del marchio originario; ma ci ha anche suggerito ed esemplificato l'uso di una tecnica demistificatoria per la messa a nudo dei risvolti ideologici, che è bene mettere all'opera nella realtà di oggi, se si vuole che lo sforzo di certi storici si trasformi in autentica esperienza per quei giuristi che hanno orecchie per intenderlo.

Mario Sbriccoli

Mario Vellani, Il pubblico ministero nel processo, Zanichelli, Bologna, Profilo storico, 1965; Il diritto italiano vigente, 1970.

Scrivere un libro sul pubblico ministero è un atto di coraggio. Esistono infatti temi di indagine di cui è calcolabile l'ampiezza di sviluppo e altri che di definito hanno solo il punto di partenza. Non c'è bisogno, per questi, di immaginare un'opera sull'azione o sulla giurisdizione, è sufficiente pensarne una sulla parte per sentirsi sgomenti. Ora il pubblico ministero, istituto per alcuni aspetti perfettamente individuato, è posto al crocevia tra giurisdizione e giudice, azione e parte, in qualche modo soggezione (al giudice) e autorità. È merito dell'a. la scelta di una ricerca irta di difficoltà e l'accettazione del rischio di errori di prospettiva e di valutazione corrispondenti all'oggetto e all'estensione dell'indagine.

Il lettore deve però chiedersi in limine se gli è simpatico l'istituto che si è voluto studiare. Può accadere infatti che la disposizione ad accogliere uno studio altrui sia ridotta a priori da una certa avversione alla materia, al settore di ricerca, nel caso nostro all'istituto. Ora se ve n'è uno che si

presta ad attirare le antipatie generali (e di ciò vi è un cenno nell'opera recensita), questo è proprio il pubblico ministero, sia per motivi banali ed estrinseci che non è il caso di analizzare, sia per l'insofferenza dello studioso a coglierne con una certa facilità il profilo. È chiaro però che questa resistività del tema (ci sia consentito il prestito dal linguaggio dei fisici) è un motivo di più per affrontarlo una buona volta in tutta la sua ampiezza.

Il primo volume, sul profilo storico del pubblico ministero, si apre con poche pagine dedicate alla problematica e al piano di trattazione. Pagine serrate, che mostrano quanti interrogativi si pongano quando si vuol comprendere che cosa sia il pubblico ministero. La prima proposta che Vellani fa consiste nel ricercare le origini, forse perché all'inizio esiste un solo problema pratico da risolvere e gli altri si aggiungono nella misura in cui la soluzione data al primo problema rivela la possibilità di far fronte ad altre esigenze con gli stessi mezzi. Il confronto tra il prima e il poi, che è il più elementare, permette di cogliere i vari nessi tra bisogni, strumenti per soddisfarli e risultato dell'impiego degli strumenti scelti. L'a. non anticipa, sia pure provvisoriamente, un disegno sistematico, non cade nell'equivoco di usare il dato storico a conferma di una tesi già formulata e da difendere. Proprio per questo la dicotomia dell'opera — profilo storico e diritto vigente — corrisponde ai tempi reali di maturazione dell'indagine. Resta da vedere se la fine della ricerca storica corrisponde alla maturazione completa di un giudizio complessivo dell'istituto e se la parte sistematica non sia piuttosto una rifinitura di buona tecnica, compiuta dopo che si sono acquisiti gli elementi per un giudizio sintetico. Non è questa l'impressione che si ricava dalla lettura della Cassazione civile di Calamandrei? Non direi che il maggior valore della parte storiografica su quella sistematica sia da considerarsi un difetto (mancanza di equilibrio) dell'opera intera, ma al contrario l'unica giustificazione della prima parte. La storia, in quanto discorso concluso, non può essere una premessa, ma il senso del presente.

Nel primo titolo, dedicato ai cenni storici introduttivi, l'a. menziona le figure che altri ha considerato il precedente più remoto del futuro pubblico ministero. Gli advocati fisci, i defensores civitatis, gli advocati de parte publica, gli Avogadori del Comun veneti sembrano essere gli esempi più accettabili, valorizzandosi in ciascuno di essi una funzione diversa. Vellani non ritiene tuttavia di approfondire l'esame delle analogie, mancando la continuità storica tra il mondo in cui le figure ricordate si sono manifestate e quello che ha servito di modello alla legislazione sarda e di riflesso italiana. La negazione della derivazione diretta è difficilmente contestabile, ma d'altro canto bisognerebbe stabilire con più precisione perché i procuratores Caesaris (nella prima versione) e gli advocati fisci non sono l'immediato precedente del procuratore del Re francese. La risposta può essere data solo affermando che l'impero romano era politicamente monolitico, nel senso che le tensioni politiche

non incidevano sulle strutture giuridiche per quanto riguardava il processo, mentre il terreno ove germinò il pubblico ministero fu quello del lungo conflitto tra centro e periferia, tra monarchia e signori feudali. Pertanto le vicende delle due istituzioni romane ricordate sarebbero dominate da motivi esclusivamente tecnici, mentre quelle dell'antica istituzione francese da motivi politici. Ma per controllare la verità di una simile affermazione non vi è che da passare al capitolo sul pubblico ministero nella Francia prerivoluzionaria.

L'a, pone come data di inizio di una documentazione dell'istituto oggetto di studio l'ordinanza di Filippo il Bello del marzo 1302 che, presupponendo l'esistenza di procuratori del Re, impone loro vari doveri e oneri, tra i quali essenziale l'esclusione di prestazioni legali a favore di terzi. La ricerca da parte del sovrano dell'esclusiva a proprio favore è il primo indice del passaggio da una libera prestazione professionale a un ufficio. Prima di allora gli Stabilimenti di San Luigi prevedevano la difesa dei diritti del Re ad opera dei balivi, disciplinati dalle norme dettate per l'advocatus fisci. Vellani si chiede perché i procuratori del Re si sono sostituiti ai balivi e formula alcune ipotesi, dall'impossibilità pratica per questi ultimi di tutelare i diritti del Re all'incompatibilità della funzione di giudice penale con quella sopra indicata. Secondo l'a. l'incompatibilità potrebbe esser stata rilevata al fine di togliere ogni interesse di parte al giudice (per amor di giustizia) oppure per timore che i balivi come giudici non difendessero adeguatamente gli interessi del Re. Che il sovrano del XIV secolo si facesse carico di un'esigenza di giustizia che trascendeva il suo interesse è improbabile; più verosimile invece l'opposta motivazione. Per sapere se essa è quella vera bisognerebbe però avere un'idea del ceto dal quale erano tratti rispettivamente balivi e procuratori, sia per identificare gli interessi ai quali erano legati. sia per rendersi conto di eventuali differenze di preparazione professionale. Anche oggi altro è fare il conciliatore e il vicepretore onorario, altro fare il patrocinatore legale o il procuratore legale. Del resto la soppressione dei procuratori del Re nelle terre di diritto consuetudinario nel 1318, pur conservandosi ai balivi la facoltà di ricorrere a persona idonea per la difesa dei diritti del Re, pare allo stesso Vellani essere la conseguenza di una certa invadenza da parte del legale del campo dell'amministratore e giudice, e spiegherebbe quindi perché i procuratori si sostituirono gradualmente ai balivi: la maggiore competenza tecnica dei primi. Inoltre l'esistenza presso le corti signorili di procuratori del signore, chiamati fiscali o d'ufficio, è un ulteriore argomento a favore di una difesa professionale dei diritti del signore che prevale su una del tutto generica. La fiducia riposta nel procuratore ha motivi ben diversi da quelli determinanti l'articolazione del potere.

Un secondo passo verso il pubblico ministero deve cogliersi, secondo Vellani, nella distinzione, formulata in modo completo nel 1371, tra patrimonio del Re e demanio della corona. Il procuratore del Re, in quanto

rappresentava il sovrano anche come titolare del demanio della corona, diveniva in qualche modo titolare di un ufficio pubblico.

Nel processo penale i procuratori del Re cominciarono a introdursi per sollecitare l'inizio del procedimento che, con la condanna, faceva acquisire al Re l'importo delle multe e delle ammende e l'oggetto delle confische. Di qui l'interesse dei menzionati legali a verificare se vi era lesione dell'interesse pubblico, per dimostrare la necessità dell'inizio della procedura.

Molte notizie riguardanti l'assunzione, il rango, la gerarchia, la retribuzione, il regime delle spese (il procuratore del Re fu sottratto alla relativa condanna fin dall'inizio, salvo trascurabili eccezioni) sono raccolte con scrupolo e con indicazione cronologica delle fonti e poi rielaborate in una sezione dedicata per questo periodo alla sintesi. Anche per il periodo successivo il testo è così bipartito, con la differenza che la seconda sintesi è indicata come generale, comprensiva quindi della precedente. È evidente la preoccupazione dell'a. di non far pesare l'abbondanza delle informazioni sul disegno costruito in base ad esse. È difficile dire se questo andamento alternato sia generalmente utile al lettore: è comunque encomiabile il tentativo di impedire che la completezza vada a scapito della chiarezza.

Vellani non poteva dimenticare di chiarirci l'origine delle espressioni parquet e ministère public; quanto ai riferimenti al fisco pare che solo in Spagna el fiscal e la fiscalia indichino il titolare e l'ufficio del pubblico ministero e non l'avvocato erariale, ma non è chiarito se la storia spagnola dell'istituto sia autonoma rispetto a quella francese o una continua recezione del diritto sviluppantesi oltre i Pirenei. Anche il termine promoteur, proprio di alcune coutumes, ripropone il tema delle origini e della influenza del processo canonico: il promotore di giustizia, nato nel 1215 o intorno a quest'anno, avrebbe fatto a tempo a fornire un modello di iniziativa pubblica ed estranea al giudice del processo.

Di particolare rilievo sono le pagine che riguardano la dipendenza dei procuratori dal Re e dal Parlamento e gli esempi di manifestazione di indipendenza nei confronti del Re, anche in sede penale. Essa si spiega in gran parte, secondo l'a., con la proprietà dell'ufficio, che finisce con assicurare l'inamovibilità al titolare. S'intende che il fenomeno opposto della prima obbedienza alla volontà del Sovrano non faceva cronaca, ma certamente costituiva la normalità dei casi, come Vellani non omette di ricordare. È da vedere piuttosto se l'insubordinazione dei procuratori generali e dei procuratori fosse sempre determinata da esigenze di giustizia. Certo è che proprio per rinsaldare il vincolo gerarchico nel secolo XVIII e alla fine fu stabilito che tutti gli uffici di procuratore e avvocato del Re sarebbero stati riscattati dal Sovrano alla morte o cessazione volontaria del servizio da parte del titolare.

I collegi giudicanti potevano alla loro volta impartire ordini alla gente del Re, ma le disposizioni dettate in proposito non erano — come

ben osserva l'a. — il riconoscimento di una supremazia gerarchica, quanto il soddisfacimento di un'esigenza tecnica. Forse si può aggiungere che più un giudice è separato dagli altri poteri e ordinato collegialmente, per garanzia di indipendenza, tanto meno è efficiente sul piano dell'esecuzione, dove un'organizzazione gerarchica come quella del parquet costituisce l'ideale.

Il collegamento fra gente del Re e le Corti permetteva che in caso di bisogno i collegi giudicanti civili fossero integrati con avvocati o procuratori del Re, mentre raramente avveniva l'inverso. Si comprende così perché nel nostro ordinamento giudiziario, che contempla solamente le sostituzioni dei magistrati requirenti con quelli giudicanti, le qualità personali richieste ai magistrati del pubblico ministero siano maggiori: la valutazione comparativa a favore di questi ultimi è di antica data. La gente del Re poi, essendo il fiore dell'avvocatura, assumeva la sorveglianza sul libero foro. Sarebbe interessante sapere se questa sorveglianza ha influito sulla figura dei legali — si pensi all'avoué come ufficiale ministeriale — o se era la conseguenza di un determinato modo di considerare la professione legale. Ma la questione era evidentemente estranea all'oggetto della ricerca.

La difesa del Re si istituzionalizza, diventa avvocatura dello Stato e poi, attraverso la sollecitazione dei processi penali di condanna pecuniaria o alla confisca, entra nel processo penale e vi si radica. Qui sorge la fuzione di giudicatura, secondo Vellani, e cioè il pubblico ministero con le sue funzioni caratteristiche. Dire che era un organo amministrativo è forse corretto, in quanto il procuratore del Re curava la realizzazione di concreti interessi del Sovrano, ma non molto utile, mancando allora in Francia una disciplina organica dell'amministrazione pubblica ed essendo comunque i procuratori e avvoĉati del Re equiparati ai magistrati. Che l'attività svolta fosse processuale è certo (non molto significativo l'aggettivo « quasi giurisdizionale », che non riduce i dubbi esistenti sulla natura dell'attività), e opportuna quindi la precisazione sul modo di presentarsi del procuratore del Re nel processo, come parte principale (attore, convenuto) o aggiunta, nelle cause riguardanti il Re, la Chiesa, il pubblico, la polizia. Esente sempre da alcune formalità e decadenze, doveva concludere e in ogni caso poteva impugnare. Se pretermesso poteva proporre la requête civile. Interessante notare come potesse supplire al timore della parte privata nel ricusare un giudice. In sede penale gli fu riconosciuto il diritto d'accusa, prima previa delazione, poi anche senza; poi gli fu imposto il dovere di ricercare e perseguire i reati, chiedere l'applicazione delle pene, curare l'esecuzione delle sentenze e fu attribuita ai procuratori generali la facoltà di avocare i processi ai Parlamenti.

Vellani si pone il problema se il Pubblico ministero fosse parte e riferisce le affermazioni della dottrina, concludendo che lo era come attore o convenuto o parte civile, a differenza che negli altri casi. Ma in un suc-

cessivo momento rileva che l'esclusione della condanna alle spese in via generale e la disciplina tutta particolare delle impugnazioni non erano coerenti con la qualifica data. L'a. ha perfettamente ragione quando mostra che l'impugnazione da parte del non soccombente procuratore generale per l'irrogazione di una pena superiore a quella chiesta o di ogni membro del parquet contro una sentenza civile conforme alle conclusioni non si spiega affermando o negando la qualità di parte; se ne potrebbe però dedurre che il tentativo di qualificazione deve, alla luce dei dati indicati, essere abbandonato, perché non serve a spiegare nulla, beninteso nell'epoca prerivoluzionaria.

L'a. chiude le pagine dedicate all'ancien régime mettendo in luce l'equivocità della posizione del procuratore del Re, tenuto per un verso all'obiettività e per l'altro alla difesa senza riserve dei diritti del Re, del povero, della Chiesa. Con questa intima contraddizione il pubblico ministero passa attraverso il crogiuolo della rivoluzione.

Con il 1790 gli ufficiali del pubblico ministero sono nominati solo dal Re e non godono di stabilità; ad essi viene sottratta l'accusa pubblica, affidata a commissari del Re. Succesivamente i commissari, divenuti nazionali nel 1792, sono sostituiti ai pubblici accusatori, si alternano con essi, diventano commissari del potere esecutivo presso i tribunali, poi commissari di governo e poi di nuovo procuratori imperiali e, con la restaurazione, reali, infine della repubblica, con la parentesi di Napoleone III. Novità di funzione sono il commissario presso il tribunale di cassazione, poi procuratore generale presso l'alta corte imperiale, con poteri di sorveglianza su tutti i procuratori generali, nonché il ricorso nell'interesse della legge. Interessante notare l'istituzione dei maîtres des requêtes presso il Consiglio di Stato e i Commissari del governo presso il tribunale dei conflitti, con funzioni di ministero pubblico.

La felice sintesi della seconda parte chiarisce che il pubblico ministero è un agente del potere esecutivo in quanto gli spetta di far eseguire le leggi, il che significa che la funzione del pubblico ministero è quella di attuare la volontà del legislativo attraverso l'esecutivo. Questo determina la responsabilità, quello l'ambito dell'obbligo. Vellani si propone di spiegare la nomina a vita dei funzionari del pubblico ministero proprio nel momento in cui i giudici venivano eletti per solo sei anni con la necessità di conservare in loro l'indipendenza di cui avevano dato prova sotto l'ancien régime. Può darsi però anche che Parigi non volesse lasciarsi sfuggire il controllo sulla provincia, non certo favorevole alla rivoluzione, e abbia voluto rendere più forte nei confronti della magistratura giudicante, di estrazione locale, la magistratura requirente, voce del centro.

Altro punto capitale dell'evoluzione dell'istituto è costituito dalla riforma napoleonica, che pone il ministro della giustizia al vertice di tutta la magistratura (attribuendogli la presidenza del tribunale di cassazione). La posizione gerarchica del procuratore generale della corte

di cassazione rispetto agli altri procuratori generali resterà fino al 1958. Il magistrato del pubblico ministero resterà indipendente nella requisitoria orale, in virtù di disposizione espressa. Vengono regolate le funzioni ispettive, il potere di convocare l'assemblea dei magistrati della Corte e del tribunale, i discorsi inaugurali, il monopolio dell'azione penale e la obbligatorietà del suo esercizio, salvo i casi che non turbano apprezzabilmente l'ordine pubblico, e l'irretrattabilità dell'azione penale. In sede civile il pubblico ministero non è legittimato alle impugnazioni quando è parte aggiunta, salvo l'appello, se è pretermesso in primo grado.

Un momento delicato nell'evoluzione dell'istituto è costituito dalla riduzione delle funzioni difensive del pubblico ministero. Nel 1800 il Prefetto poté agire e difendersi, in cause riguardanti il demanio, anche mediante un avoué, e così fu dell'intendente della lista civile, poi ministro della Real Casa. Nel 1932 la facoltà di rivolgersi al pubblico ministero per i beni della corona fu abolita, mentre rimane la facoltà del Prefetto per il demanio. Sostanzialmente eliminate le funzioni difensive del pubblico ministero ne veniva esaltato il dovere di obiettività, al quale non corrisponde però — secondo Vellani — l'indipendenza di diritto e di fatto dal Ministro della giustizia, indipendenza che egli ritiene auspicabile (sul punto avremo modo di ritornare).

Il titolo III dell'opera è dedicato alla storia dell'istituto in Italia, con qualche riferimento anteriore all'ottocento. La narrazione è riparrita in due capitoli, uno che giunge alla vigilia del primo codice di procedura civile sardo, l'altro che comprende il periodo della preparazione all'unità e il diritto dell'Italia unita. La bipartizione è di stretta derivazione processualcivilistica, forse contestabile in un'opera dedicata al pubblico ministero in genere, ma irrilevante per lo sviluppo della trattazione. Si può anzi dire che essa permette di confinare nel primo capitolo le esperienze legislative che non hanno avuto seguito nel diritto unitario. Ricorderemo queste ultime, posponendo l'esame della legislazione piemontese.

La funzione difensiva è estranea ai procuratori del ducato di Modena e Reggio e del Granducato di Toscana, mentre nulla si dice per il Ducato di Parma e Piacenza. Nel Regno delle Due Sicilie l'a. ha messo nella giusta luce il fatto che i magistrati requirenti erano magistrati come gli altri, e cioè giudicanti e quindi stabili, in missione, sì che il potere esecutivo poteva far cessare la missione quando voleva, senza per questo privare dell'impiego il magistrato. Negli Stati pontifici il pubblico ministero nel processo penale assumeva il nome di procura fiscale, mentre nel processo civile vi erano sporadici segni di un avvocato generale del fisco e dell'avvocato fiscale della Camera capitolina (non menzionato, quest'ultimo, da Vellani), di incerta rilevanza. L'indagine dedicata al Lombardo Veneto avrebbe potuto fornire l'occasione per individuare i precedenti austriaci del pubblico ministero e le sue origini nel mondo

germanico. In ogni modo è interessante notare come nel 1856 le funzioni difensive dei precedenti uffici fiscali furono attribuite alle procure di finanza in veste di avvocatura di stato. Nel processo penale le procure di Stato erano subordinate al Ministro della giustizia.

Le vicende degli Stati sabaudi ripetono, per identità di evoluzione ambientale o per influsso culturale, l'esperienza francese. Si inizia con procuratori e avvocati fiscali incaricati della difesa degli interessi patrimoniali del sovrano, che sarà abbandonata nel 1847, ma ben presto si aggiunge la funzione di giudicatura. Nel XVI secolo si distingue tuttavia un Avvocato generale, che veglia ai diritti della corona, all'osservanza della giustizia e delle Costituzioni, alla conservazione e vantaggio del pubblico bene e al sollievo delle persone oppresse e miserabili (cap. XIII art. 1 Leggi e costituzioni del 1770) e interviene nelle sessioni civili del Senato (art. 2) da un avvocato fiscale generale (cap. XIV) che attende alle cause e materie criminali. Si direbbe cioè che lo sviluppo sia parzialmente diverso da quello francese e meriti un'indagine a sè.

La codificazione processuale penale (1847) e civile (1859) sarda fonde elementi piemontesi presenti nelle Costituzioni — come bene osserva l'a. — ed elementi francesi. Di pubblico ministero si comincia a parlare nel codice di procedura criminale, ma solo nell'ordinamento giudiziario italiano del 1865 si parla di procuratori del Re. Poche e non significative le novità, se non l'opprimente presenza alle udienze civili, eliminata in via generale nel 1875, e un'attenuata — rispetto al modello francese — dipendenza dal Ministro di grazia e giustizia dei procuratori generali. Può sembrare incredibile che al momento di diventare italiano l'istituto non abbia acquistato notazioni essenziali. Ma se si pensa che esso fu importato senza che avesse reali radici nel nostro paese si spiegherà la povertà della sua storia nostrana dopo il trapianto, anche per quanto riguarda il processo civile.

Al secondo volume non possiamo dedicare qui l'attenzione che ha richiesto il primo, ma non sarebbe possibile evitare di parlarne. All'inizio si chiarisce il passaggio del pubblico ministero da rappresentante del potere esecutivo a organo amministrativo impersonato da magistrati e si colgono le variazioni che questa nuova veste impone al vincolo gerarchico e alla sorveglianza sui magistrati. Giustamente Vellani critica la soluzione francese della subordinazione ai superiori del magistrato del pubblico ministero negli atti scritti e della sua libertà quando pronuncia requisitorie, osservando piuttosto che il dissenso tra superiore e inferiore impone al primo di agire personalmente o a mezzo di altri. Anche la genericità inconcludente di alcune attribuzioni del pubblico ministero previste nell'art. 73 dell'ordinamento giudiziario è segnalata con ampiezza di motivazione. Forse il vegliare sull'amministrazione della giustizia non è un'espressione vuota di senso. Sollecitare il corso della giustizia quando almeno una parte l'invochi, registrare i ritardi, la mancanza di serietà, di puntualità, di dignità, denunciare nei discorsi

ufficiali ciò che non va nell'esercizio della giurisdizione ha un significato concreto, anche se è arduo definire uno per uno gli atti che si possono compiere con lo spirito indicato. Quanto alla difesa dei diritti dello Stato non vi è dubbio che è acqua passata, ma non è questa una ragione per auspicare l'abolizione delle attribuzioni che conserva la Procura generale della Corte dei conti, dovendosi prima di tutto verificare se il compito affidatole è male eseguito e se vi è concreta speranza che sia da altri eseguito meglio.

Grande rilievo è dato dall'a, alla possibilità che l'intervento in campo civile del pubblico ministero possa mutare la conformazione dei diritti soggettivi. La tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive per iniziativa di persone diverse dai titolari non solo modifica la nozione e il contenuto dei diritti soggettivi, ma — se compiuta da un potere pubblico e sorretta dalla facoltà di quest'ultimo di proporre o addurre direttamente prove — può creare mutamenti sociali di carattere generale. Di qui il dubbio — dice bene Vellani — se convenga un pubblico ministero dipendente o no dall'esecutivo, o eventualmente l'ampliamento dei poteri istruttori del giudice, se è il solo magistrato indipendente, limitando l'iniziativa processuale del pubblico ministero. Il tema meriterebbe di essere esposto meno riassuntivamente, ma finirebbe con lo spostare l'asse di queste brevi osservazioni. Siamo infatti al centro di tutti i problemi. Il rafforzamento del pubblico ministero con l'estensione della sua iniziativa in sede civile non è indifferente per le sorti dell'intero ordinamento. Certo è che una sua azione organica e coerente è concepibile solo se esso dipenda dall'esecutivo, e questa dipendenza dichiarata e sancita può essere preferibile a una indipendenza proclamata ma non sempre reale. D'altro canto se il pubblico ministero è lo strumento di una politica non vi è alcuna ragione che qualcuno non ne risponda al Parlamento e al corpo elettorale. L'intuizione di Pompeo Biondi, che mi sembra non incontri il consenso di Vellani, probabilmente per il modo in cui è stata presentata, non è affatto da sottovalutare. L'indipendenza del giudice infatti, se giova alla sua imparzialità, non sempre giova alla sua retta sensibilità; il pubblico ministero, in quanto attento interprete delle generali esigenze di giustizia particolarmente vive nel momento, può utilmente sollecitarlo e assisterlo. Non potendosi attrarre l'attenzione del giudice dall'alto lo si fa allo stesso livello o se si vuole partendo dal piano delle parti, collaborando non nella ricerca storica o nella comprensione della norma in sè, quanto nella individuazione della portata della norma in relazione al generale bisogno attuale di giustizia. Dell'utilità della consulenza del pubblico ministero si può discutere solo pensando alla consulenza politica: quella giuridica in senso stretto o in sede di valutazione dei fatti non serve a un giudice giurista di professione e che raccoglie direttamente i dati probatori sui quali basa la decisione.

Oggi, liberato dalle funzioni difensive, il pubblico ministero è indispensabile dove un'esigenza psicologica, divenuta imperativo costituzionale, impedisce a chi assume la responsabilità della decisione di prendere quella dell'iniziativa processuale. Perciò il pubblico ministero ha il suo centro di attività nella giustizia penale ma diventa uno strumento insostituibile di iniziativa processuale civile, quand'essa è postulata da un'esigenza obiettiva di ordine giuridico (rettificazioni degli atti di stato civile, interdizioni, assenze e morti presunte ecc.). S'intende che in questi casi la comunicazione degli atti al pubblico ministero ha il valore originario di una denuncia di lite. Ma la partecipazione a processi per i quali non si possono assumere iniziative nemmeno in fase di impugnazione, ivi compresi quello di cassazione e quello di appello in sede di lavoro, è ormai priva di significato. Si può sì far rinascere l'istituto per dare all'ordine esistente una spinta vitalizzante in un determinato senso (purchessia), ma per far questo occorre un pubblico ministero orientato, ciò che non coincide — è appena il caso di dirlo — con un succubo di arbitrii politici. La storia insegna: la forza dell'istituto non è venuta dalla bravura dei procuratori del Re, ma dal fatto che quei legali erano i legali del sovrano. Senza un tale cliente tornavano ad essere avvocati qualunque; non si vede perciò che contributo politico — in senso lato — potrebbe dare un pubblico ministero acefalo e per ciò stesso centrifugo; non si vede in altre parole quale contributo di ordine potrebbe dare un simile corpo di magistrati requirenti.

L'a. ci ha posto molti problemi, ci ha offerto molte soluzioni, che non si sono potute esaminare in questa sede, ha fornito materiale e spunti preziosi. Se un rimprovero gli si può muovere è di non aver sufficientemente evidenziato alcuni contributi comparatistici, confinati in nota e sparsi tra le pagine del secondo volume. Accade però a colui che batte per primo una strada (è il caso di Vellani, se si ha riguardo all'entità dello sforzo e all'estensione dell'indagine) di sentirsi rimproverare da altri che bisognava andare oltre o fare meglio. In questo caso una simile obiezione sarebbe infondata. Il lungo lavoro di Vellani ci incoraggia a tentare di riprendere il suo discorso approfittando dei risultati da lui ottenuti, a immaginare una storia che comprenda anche gli ordinamenti che hanno raggiunto un alto grado di civiltà nella giustizia civile e penale senza pubblico ministero o quasi, a impostare il difficile discorso dei rapporti tra giustizia effettivamente amministrata e somministrata e quella postulata da un dato ordinamento e una data società. Mi auguro che l'a. non abbandoni il tema, tra la ricerca storica e quella politicocostituzionalistica, dando quegli ulteriori contributi che l'esperienza gli consente di offrire, senza troppe preoccupazioni per armoniche e sterili costruzioni dommatiche, calate in un mondo senza tempo.

GIUSEPPE FRANCHI

Strumenti.



ANDRÉ-JEAN ARNAUD

ÉLÉMENTS DE BIBLIOGRAPHIE RÉCENTE EN LANGUE FRANÇAISE, SUR L'HISTOIRE DE LA PENSÉE JURIDIQUE MODERNE

La rédaction des *Quaderni* souhaite mettre à la disposition des lecteurs une bibliographie récente des travaux en langue française parue sur le thème de l'histoire de la pensée juridique (de Descartes à nos jours). Dans l'élaboration de cette liste surgissent de nombreuses difficultés, qui tiennent autant à l'objet de la revue qu'à la tâche de sélection.

S'agissant tout d'abord du *thème* choisi, nous poserons en hypothèse que nos éléments de bibliographie rassembleront les ouvrages et articles de revues en traitant de la manière dont les auteurs, du XVII^e siècle à nos jours, ont franchi cette étape du raisonnement juridique qui se trouve à la charnière entre la réflexion philosophique et la réalisation institutionnelle.

Mais une grave difficulté tient aussi au principe même de la sélection bibliographique. Car, une fois respectés les critères de valeur scientifique d'un travail, le choix ne relève plus que d'une appréciation subjective.

Nous avons donc pris la responsabilité de citer les travaux qu'il nous paraît essentiel de connaître, dans la mesure où ils apportent soit une contribution majeure, fondamentale ou nouvelle à une question, soit un point de départ très valable pour l'établissement d'une bibliographie plus complète dans un domaine précis. La plus grande place sera faite aux travaux parus entre 1960 et 1970. Pour la décade précédente, nous ne citerons que les publications les plus importantes. Nous ne remonterons qu'exceptionnellement au-delà de 1950.

I. Dictionnaires, Encyclopédies, Bibliographies.

A noter la parution d'une nouvelle encyclopédie, l'Encyclopaedia Universalis, Paris (10 vol. parus depuis 1968), ainsi que les Dictionnaires du Savoir moderne, Paris (C.A.L.), au nombre desquels nous

retiendrons «La philosophie de Hegel à Foucault » (1969) et «La Sociologie » (1970).

En ce qui concerne les ouvrages de bibliographie, on n'oubliera pas de consulter les ouvrages classiques de Renouvin, Chevallier, MORAZÉ, LEROY, BABY, JEANNENEY, Eléments de bibliographie sur l'histoire des idées et des faits politiques, économiques et sociaux depuis le milieu du XVIIIe siècle, 2e éd., Paris, 1949, 168 p., et le Répertoire methodique des ouvrages parus en France de 1953 au 30 sept. 1958 (Histoire, Sciences politiques, économiques et sociales), Paris, 1959, 192 p. On pourra également trouver des renseignements dans la Bibliographie annuelle de l'histoire de France, publiée par le C.N.R.S. Mais il faut surtout se reporter aux Éléments de Bibliographie sur l'histoire des institutions et taits sociaux (987-1875), publiés à Paris, en 1958 par G. LEPOINTE et A. VANDENBOSSCHE, et dont le succès fut tel que ce livre s'est naturellement prolongé par une mise à jour annuelle (dernier vol. paru. t. XI. 1971, concernant les travaux parus au cours de l'année 1968) sous la responsabilité de M. Boulet-Sautel, de G. Sautel et de A. VANDENBOSSCHE, L'index de ce livre comprend les rubriques: Histoire de la pensée, Doctrines juridiques, Histoire de la civilisation, Philosophie du droit, Humanisme, Méthodologie, etc., et le corps de l'ouvrage rassemble des articles parus dans un nombre infini de revues. et même les mémoires dactylographiés soutenus dans nos Facultés.

II. Manuels.

A défaut d'un manuel d'histoire de la pensée juridique, il faudra glaner des éléments bibliographiques dans les manuels des disciplines voisines. Ainsi consultera-t-on les livres de J. Ellul, Histoire des institutions, Paris (P.U.F., coll. « Thémis »), vol. 2: Du Moyen-Age à 1850, 1re éd., 1056: R. MANDROU, La France aux 17e et 18e siècles, Paris. (P.U.F., «La Nouvelle Clio»), 1967. Du côté des privatistes, il convient de toujours consulter les développements historiques que J. CAR-BONNIER consacre aux institutions dans son Droit civil, Paris (P.U.F., « Thémis »), t. 1, 1960. En histoire du Droit privé, MM. OURLIAC ET DE MALAFOSSE ont entrepris un vaste traité, sous forme de manuels spécialisés: t, I, les obligations (1957); t. II, les biens (1961); t. III, le droit familial (1968), tous ouvrages parus à Paris (P.U.F., «Thémis»). Pour ce qui est de la philosophie du Droit, enfin, on se reportera aux livres de M. VILLEY, Leçons d'histoire de la philosophie du droit, 2e éd., Paris (Dalloz), 1962; ID., Seize essais de philosophie du droit, Paris (Dalloz), 1969; A. Brimo, Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État, Paris (Pedone), 1967. Et, dans la mesure où pensée juridique et pensée politique sont liées, on pourra également trouver des renseignements dans des ouvrages comme ceux de J. Imbert, H. Morel et R. J. Dupuy, La pensée politique des origines à nos jours,

Paris (P.U.F., «Thémis»), 1969, ou de G. Bouthoul et G. Mosca, Histoire des doctrines politiques, Paris (Petite Bibliothèque Payot), ou encore l'Histoire des idées politiques, publ. sous la direction de J. Touchard, 2 vol., Paris (P.U.F., «Thémis»), 1959.

III. Etudes générales.

Sur la formation de la pensée juridique moderne, nous disposons aujourd'hui des travaux de M. VILLEY, «Les fondateurs de l'école du droit naturel moderne au XVIIe siècle », dans les A.P.D. (Archives de Philosophie du Droit, Paris, Sirey), 1961, p. 73-106, et La formation de la pensée juridique moderne, Paris, 1969. Ajoutons, du même auteur, un «Panorama des philosophies juridiques modernes occidentales et marxistes du monde socialiste » (A.P.D., 1967, p. 207-227).

Du côté des non-juristes, on devra consulter néanmoins un certain nombre d'ouvrages. En voici quelques-uns: Ant. Adam, Le mouvement philosophique dans la première moitié du XVIII[®] siècle, Paris (Sté Ed. Ens. Sup.), 1967; G. Gusdorf, Les sciences humaines et la pensée occidentale, t. IV, Les principes de la pensée au siècle des Lumières, Paris, 1971; Ph. Wolff, Histoire de la pensée européenne, I, L'éveil intellectuel de l'Europe, Paris, 1971; sans oublier le livre plus ancien de L. Sève, La philosophie française contemporaine et sa genèse de 1789 à nos jours, Paris (Éd. Soc.), 1962.

La genèse de la pensée juridique contemporaine a également fait l'objet d'études en langue française. M. Virally s'était attaché, en 1960, à éviter de composer un traité de théorie générale du Droit, faisant de son livre La Pensée juridique (Paris, L.G.D.J.) un essai sur la démarche de la pensée juridique dans le domaine qui lui est propre. De son côté, dans un article où il recherchait les « Éléments de philosophie du droit dans les manuels contemporains de droit civil », G. WIEDERKEHR abordait bien des points qui nous intéressent (A.P.D., 1965, p. 243-266).

Sera-ce sortir du sujet que de citer quelques ouvrages indispensables à la culture du juriste animé de nos préoccupations? Celui, par exemple de D. VILLEY, Histoire de la pensée économique. La pensée économique en France au XIXe siècle (Paris, Les Cours de Dr.), 1967/68; ou celui de J. Chevalier, Histoire de la pensée, t. IV: La pensée moderne de Hegel à Bergson, Paris (Flammarion), 1966; ou encore J. L. Gardies, « Le dépérissement du droit et la disparition de l'homo juridicus », dans Les Etudes philosophiques, 1965 (XX), p. 167-177; ou le classique ouvrage de R. Aron, Les étapes de la pensée sociologique, Paris, 1967. Ce sont non seulement des travaux qui suscitent la réflexion, mais encore qui donnent les éléments fondamentaux pour une recherche approfondie.

Du côté des marxistes, il faut consulter les livres de N. Poulantzas, à commencer par Nature des choses et Droit, Paris, (L.G.D.J.), 1965, ainsi que les études très neuves de G. Sarotte, Le matérialisme historique dans l'étude du droit, Paris (Éd. du Pavillon), 1969, et de M. et R. Weyl, La part du droit dans la réalité et dans l'action, Paris (Éd. Sociales), 1968 (cf. notre chronique « Regards marxistes français sur le Droit actuel », dans A.P.D. 1972). Dans tous ces travaux, on trouvera une excellente critique de la formation de la pensée juridique dans la période qui nous occupe.

A noter, enfin, sur la pensée juridique moderne en Allemagne et en Amérique, un livre de S. A. Al-Assiuty (Le Caire, 1964), tandis que le t. XV (1970) des A.P.D. était consacré aux « Philosophies du Droit anglaises et américaines ».

IV. Etudes spéciales.

- a) sur la relation de quelques notions philosophiques au Droit:
- bonheur: R. Mauzi, L'idée de bonheur dans la littérature et la pensée française au XVIIIe siècle, Paris, 1960; M. Basset, Le thème du bonheur collectif chez les philosophes et physiocrates du XVIIIe siècle (Mém. Et. Sup. Lettres, Besançon, 1966, dactylographié).
- n a t u r e: J. EHRARD, L'idée de nature en France à l'aube des Lumières, Paris, 1970; R. LENOBLE, Histoire de l'idée de nature, Paris, 1969; P. MERCIER, La réhabilitation de la nature humaine (1700-1750), Villemomble, 1960; Id. dans L'information histor., 1965, p. 68-72.
- u t o p i e: B. Tabbah, De la personne humaine à la communauté humaine, Paris, 1959; Utopie et institutions au XVIII^e siècle. Le pragmatisme des Lumières. Textes recueillis par P. Francastel, Paris, 1963; C. Rihs, Les philosophes utopistes. Le mythe de la cité communautaire en France au XVIII^e siècle, Paris, 1970; B. BACZKO, «Lumières et utopie », dans Annales E.S.C., 1971, p. 355-386; J. Servier, Histoire de l'utopie, Paris (Gallimard), 1967.
- fait | valeur: «'Sein' und 'Sollen' im Erfahrungsbereich des Rechts. Un point de vue d'historien», par M. VILLEY, dans A.P.D., 1968, p. 333 et s.; SIMONE GOYARD, Essai de critique phénomenologique du droit (thèse Sorbonne, 7 mars 1970).
- Droit privé | Droit public: G. Chevrier, «Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du 'jus privatum' et du 'jus publicum' dans les oeuvres des anciens juristes français», dans A.P.D., 1952, p. 5-77.
- droits subjectifs: L. Lachance, Le droit et les droits de l'homme, Paris, 1960; «Le droit subjectif en question», vol. IX des A.P.D., Paris, 1964.

— volonté: «Le rôle de la volonté dans le Droit», vol. III des A.P.D., Paris, 1957; RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en Droit civil français et allemand, Paris, 1961.

- codification moderne» (extr. dans R.H.D. 1968, p. 695-696); J. VANDERLINDEN, Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle. Essai de définition, Bruxelles, 1967; et notre thèse sur Les origines doctrinales du Code civil français, parue à Paris (L.G.D.J.), 1969, où nous nous sommes efforcé de donner au chercheur une bibliographie raisonnée aussi complète que possible, et divisée en 7 parties: ouvrages généraux; généralités sur les origines du Code civil (Réforme, Jansénisme, Ecole du Droit naturel moderne); les artisans du Code civil; la doctrine française des XVIIIe et XVIIIe s.; l'unification du Droit; les problèmes méthodologiques; le contenu du Code (droit de propriété; théorie générale des obligations).
- b) sur quelques institutions du Droit privé:
- généralités: voir les ouvrages cités de Carbonnier, de Ourliac et Malafosse (manuels), de Rieg (volonté); ajouter les études contenues dans les Mélanges en l'honneur de P. Roubier, Paris, 1961 (2 vol.), et dans les Mélanges offerts à Jacques Maury, Paris, 1960 (2 vol.).
- personnes: A. Decoco, Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, Paris, 1960.
- propriété: R. Maspétiol, «Droit de propriété, puissance souveraine et révolution industrielle au XVIIe siècle», dans A.P.D., 1962, p. 247-256; et bibliographie dans notre thèse.
- contrat: «Sur les notions du contrat», vol. XIII des A.P.D., 1968; G. ROUHETTE, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat (thèse, Paris-Droit, 1965); et bibliographie dans notre thèse.
- responsabilité: L. Husson, Les transformations de la responsabilité. Etude sur la pensée juridique, Paris, (P.U.F.), 1947. Cf. l'excellente critique de H. Batiffol dans A.P.D., 1952, p. 215-223.

c) étude des 'mentalités':

Sans nul doute, R. Mandrou est actuellement, en France, l'un des grands spécialistes de l'histoire des mentalités. Citons, de lui, le t. II de l'Histoire de la civilisation française, qu'il a donnée en collaboration avec G. Duby (3º éd., 2 vol., Paris, 1964), et, tout récemment, son livre Magistrats et sorciers en France au XVIIe siècle, Paris (Plon), 1968, où il étudie comment, à une nouvelle jurisprudence, correspond une nouvelle structure mentale. Il faut également avoir lu l'ouvrage malheureusement posthume de L. Goldmann. Structures mentales et création culturelle, Paris, 1970.

D'autres travaux sont devenus classiques. Ceux, par exemple de J. Godechot, Les Révolutions, 1770-1799 (Paris, P.U.F., 2º éd., 1965); La pensée révolutionnaire, 1780-1799 (Paris, 1964); Les institutions de la France sous la Révolution et sous l'Empire (2º éd., Paris, P.U.F., 1968); ou Les bourgeois conquérants, de Ch. Morazé (Paris, 1957); ou encore La naissance de l'esprit laïque au déclin du moyen-âge, de G. de Lagarde (3º éd., Paris-Louvain, 1956); et les livres de P. Hazard, La pensée européenne au XVIIIº siècle, de Montesquieu à Lessing, Paris, 1963; La crise de la conscience européenne (1680-1715), Paris, 1967; enfin, de M. Leblanc, De Thomas More à Chaptal, Paris, 1961.

Pour un regard socialiste, on se tournera plutôt vers les ouvrages de M. Leroy, Histoire des idées sociales en France, de Montesquieu à Robespierre, Paris, 1960; A. Soboul, La France à la veille de la Révolution. I. Economie et société. II. Le Mouvement des Idées dans la seconde moitié du XVIIIe siècle, Paris, 1966 et s.; D. Guérin, La lutte de classes sous la Première République. Bourgeois et 'bras nus' (1793-1797), 2 vol., 6e éd., Paris, 1946; J. Bruhat, Histoire du mouvement ouvrier français, Paris (Ed. Soc.), 1952; J. Bron, Histoire du Mouvement ouvrier français, 2 vol., Paris, 1968 et 1970.

On ajoutera F. Colmet Daage, La classe bourgeoise: ses origines, ses lois d'existence et son rôle social, Paris, 1959, et J. P. Desplat, « Quelques attitudes mentales et positions morales à travers un dictionnaire de casuistique du XVIIIe siècle: vie sociale et vie économique » (Mémoire Etudes Sup. Lettres, Bordeaux, 1966, dactylographié).

- d) influence de quelques penseurs sur le Droit:
- BABEUF: M. DOMMANGET, Sur Babeuf et la conjuration des égaux, Paris (Maspéro), 1970.
- BODIN: M. VILLEY, «La justice harmonique selon Bodin», dans A.P.D., 1970, p. 301-315.
 - Bossuet: J. Truchet, Politique de Bossuet, Paris, 1970.
- Durkheim: S. Villeneuve, « Réflexions sur la méthode et sur le Droit », dans A.P.D., 1969, p. 237-255.
- FICHTE: A. PHILONENKO, La liberté humaine dans la philosophie de Fichte, Paris (Vrin), 1966; Id., Théorie et praxis dans la pensée morale et politique de Kant et de Fichte en 1793, Paris, 1968; G. VLACHOS, «Le droit, la morale et l'expérience dans les écrits révolutionnaires de Fichte», dans A.P.D., 1962, p. 211-246; X. Léon, Fichte et son temps, 2 t. en 3 vol., Paris, 1954, 1958, 1959.
- GÉNY: F. TERRÉ, «En relisant Gény», dans A.P.D., 1962, p. 125-140; Le Centenaire du Doyen François Gény, Paris (Dalloz), 1963 (Recueil de conférences de MM. DABIN, VILLEY, etc.).
- GROTIUS: R. MASPÉTIOL, « Brèves observation sur Grotius », dans A.P.D., 1961, p. 215-218.

— Небеl: J. D'Hondt, Hegel philosophe de l'histoire vivante, Paris (P.U.F.), 1966; Id., Hegel en son temps, Paris (Éd. Sociales), 1968; N. Poulantzas, «La dialectique hégélienne-marxiste et la logique juridique moderne», dans A.P.D., 1966, р. 149-158; R. Maspétiol, «Droit, société civile et État dans la pensée de Hegel», dans A.P.D., 1967, р. 91-130; С. І. Gouliane, Hegel ou la philosophie de la crise, Paris, 1970; et bibliographie dans La Quinzaine Littéraire, nº 36, p. 22-24.

- HELVÉTIUS: R. GROSS, Helvétius, un précurseur français de l'utilitarisme (thèse Droit, Strasbourg, 1960, dactylogr.).
- Kant: G. Vlachos, La pensée politique de Kant. Métaphysique de l'ordre et Dialectique du progrès, Paris (P.U.F.), 1962. C'est un livre qui déborde largement la politique, comme le dit bien M. Villey dans sa critique: « Du nouveau sur la politique de Kant », aux A.P.D., 1964, p. 245-256. Cf. aussi supra, v^o Fichte. On devra consulter aussi le tome IV des Ann. de Philo. politique, consacré à la philosophie politique de Kant.
- Julien: L. Kalifa, Jean-Joseph Julien et la vie juridique à Aix-en-Provence au XVIII^e siècle (Mém. Etudes Sup., Droit, Aix-en-Provence, 1967, dactylogr.). Cette monographie comprend quelques vues sur la pensée juridique française du moment et un effort pour réintégrer un juriste méridional dans le courant unificateur sous l'influence des idées modernes.
- Leibniz: Outre les livres classiques de G. Grua (La justice humaine selon Leibniz, Paris, 1953; Jurisprudence universelle et théodicée, Paris, 1953) et de Y. Belaval (notamment Leibniz. Initiation à sa philosophie, Paris, 1962), on se reportera aux travaux des Journées du Centre International de Synthèse de 1966, dont les principales contributions ont paru sous le titre Leibniz. Aspects de l'homme et de l'œuvre, 1646-1716, Paris, 1968; cf. de même le nº spécial des Archives de Philosophie (Paris, 1966) pour le 250° anniversaire de la mort du philosophe. De G. Leixelard, qui donna La nouvelle méthode pour enseigner et apprendre la jurisprudence basée sur le droit romain de Leibniz (1662) à titre de Mém. d'Et. Sup. Droit, à Paris (1966, dactylogr.), on eut attendu plus de profondeur. A noter, enfin, G. Bouligand, «G. W. Leibniz (1646-1716). Guide à long terme du chercheur», dans Arch. de Philo. (op. cit.), 1966, p. 536-551.
- Locke: L. Arinela, *Propriété et liberté chez Locke*. Cahier Instit. Sciences Eco. Appl., série M (mars 1960), nº 7.
- MACPHERSON: M. EL SHAKANKIRI, «La doctrine de M. Macpherson sur l'individualisme possessif », dans A.P.D., 1965, p. 221-242
- MARCIC: M. VILLEY, « Une grande doctrine contemporaine: la philosophie juridique de René Marcic », dans A.P.D., 1966, p. 263-272.

— MARX: Vu par un non-marxiste, Marxisme et Droit, de Stoyanovitch, Paris (L.G.D.J.), 1964. Noter aussi le vol. spécial des A.P.D. (t. XX, 1967) consacré à Marx et le Droit moderne. Mais les juristes marxistes commencent à s'exprimer: cf. l'article de Poulantzas (supra, vo Hegel), et les livres cités supra, III, par. 5, qui donnent une bibliographie complémentaire. Ajouter M. Lowy, La théorie de la Révolution chez le jeune Marx, Paris (Maspéro), 1970.

- Montesquieu: J. Brèthe de la Gressaye, «La philosophie du droit de Montesquieu», dans A.P.D., 1962, p. 199-210; et bibliog. dans notre thèse, p. 276-277.
- Th. More: A. Prévost, Thomas More et la crise de la pensée européenne, Paris, 1969.
- PETRAZYCKI: J. KOWALSKI, Théorie psychologique du droit et de l'État de L. Petrazycki: C.R. et bibliogr. par G. Kalinowski, dans A.P.D., 1966, p. 372-373.
- PROUDHON: F. MOREAU, Proudhon, jurisconsulte franccomtois. Mém. de l'Acad. des sciences... de Besançon, 1964-65 (1966), P. 31-44.
- SAVIGNY: Z. KRYSTUFEK, «La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne», dans R.H.D., 1966, р. 59-75.
- SPINOZA: A. MATHERON, Individu et communauté chez Spinoza, Paris, 1970.
- Vico: E. Gianturco, «L'importance de Vico dans l'histoire de la pensée juridique», dans Les Etudes philosoph., 1968, p. 327-350.
- MAX WEBER: J. GROSCLAUDE, La sociologie juridique de Max Weber, Thèse Dr. Strasbourg, 1960 (dactylogr.); Id., « Max Weber et le droit naturel », dans A.P.D., 1961, p. 107-122; J. FREUND, Sociologie de Max Weber, Paris, 1968.
- Chr. Wolff: M. Thomann, Cristian Wolff et son temps, Paris (L.G.D.J.), 1965; Id., «Chr. Wolff et le droit subjectif», dans A.P.D., 1964, p. 153 et s.

V. Méthodologie.

A côté du livre de Ch. Morazé, La logique de l'histoire (Paris, 1967), de celui, plus récent, de P. Salmon, Histoire et critique (Bruxelles, 1969), et de celui qui, intitulé Les catégories en histoire, groupe des études publiées par C. Perelman (Bruxelles, 1969), la France a été remuée, dans ces dernières années, par la question du structuralisme. A ce sujet, on trouvera une bibliographie critique dans les A.P.D. 1968, p. 283-301, avec une mise à jour dans les A.P.D., 1970, p. 466-471. Ajouter le nº special des Annales E.S.C. (1971, 3 et 4) sur « Histoire et structure ».

JOSÉ MANUEL PEREZ-PRENDES

BIBLIOGRAFIA DEL PENSAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL MODERNO

I. Bibliografías. — II. Publicaciones periódicas. — III. Ediciones de fuentes::

a) Repertorios. b) Colecciones generales. c) Ediciones recientes. d) Antologías.

— IV. Exposiciones de conjunto. — V. Monografías y obras miscelaneas. — VI. Cátedras universitarias.

ADVERTENCIAS.

Esta bibliografía está orientada a facilitar una primera introducción, a los no españoles interesados en la historia del pensamiento jurídico español moderno. Sólo incluye obras redactadas en español, u otro idioma, pero siempre por autores hispanos. No tiene carácter exhaustivo sino selectivo y es meramente indicativa, no crítica, fuera del hecho de la selección, la cual responde a un compromiso entre los criterios de calidad y biblioteconomía. Por ello y para reducirla al máximo, se ha omitido la referencia a trabajos que pueden llegar facilmente a conocerse a través del uso de los aquí citados.

El término « moderno » referido a la frase « pensamiento jurídico español », se ha entendido cronologicamente, es decir como el periodo que transcurre entre 1300 y 1800 aproximadamente. Por eso los autores españoles comprendidos entre ambas fechas (esto es, lo que en la terminología alemana se suele designar como « alte Literatur ») son considerados en estas páginas como « fuentes » del pensamiento jurídico español moderno, y a facilitar el hallazgo y manejo de las ediciones de sus obras, se destina la sección III de esta bibliografía.

La especulación científica sobre tales obras (lo que los alemanes suelen designar como « neue Literatur ») promovida por autores hispanos se selecciona y clasifica en las secciones IV y V. En esta selección no se incluyen traducciones españolas de trabajos redactados por autores no hispanos, aunque en ocasiones si se hace referencia a los prólogos o adiciones insertos en la versión española.

I. Bibliografías.

a) Generales.

Bibliografía hispánica. Madrid, desde 1942. Instituto Nacional del Libro Español.

Biblioteca hispana. Revista de información y orientación bibliográfica, Madrid, desde 1943. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. En la Sección I, existen epígrafes destinados a Economía-Derecho, Filosofía, Sociología y Política.

b) Monográficas.

Jurídicas.

Bibliografía jurídica española (1956) por Pérez-Prendes, J. M. y Sánchez de la Torre, A., Madrid, 1958. Continuada en vols. sucesivos por Vivancos Gallego, J.

Bibliografía jurídica española, Barcelona, Consejo Superior de Investi-

gaciones Científicas, 1954.

Bibliografía española contemporánea del Derecho y la Política 1800-1880 por Torres Campos, M., Madrid, 1883. Un segundo vol. correspondiente a la producción entre 1881-1896, se publicó en Madrid en 1898.

Estudios de Bibliografía española y extranjera del Derecho y del Notariado por Torres Campos, M., Madrid, 1878.

La reciente bibliografía sobre la Escuela española de Derecho Internacional del siglo XVI por GARCÍA ARIAS, L., en Anuario Hispanoluso-americano de Derecho Internacional, 3 (1967). Cfr. REDI, 1 (1948).

Bibliografia del Derecho catalàn moderno por Camps y Arboix, J., Barcelona, 1956 (comprende obras publicadas en los siglos XIX y XX).

- Bibliografia de Derecho Civil, Mercantil y Procesal Civil por PASCUAL NIETO, G., 2 vols., Madrid, 1956. Para poner al dia éstas obras, úsense las reseñas bibliográficas de las revistas jurídicas aludidas en la Sección II, b.
 - 2) Históricas e Histórico-juridicas.

Reseña de Historia del Derecho español, AHDE, 20 (1950); 21-22 (1951-1952).

Bibliografía histórica española 1950-54 por Gómez Molleda, M. D., Madrid, 1955.

Indice histórico español. Bibliografía histórica de España e Hispanoamerica, Barcelona, desde 1953. Interesan especialmente los apartados destinados a «Instituciones», «Religión» y «Cultura».

Bibliografía hispánica de Ciencias Histórico-Eclesiásticas por VIVES, J., en AST y en HS fascículos sucesivos.

Fuentes de la historia española e hispanoamericana. Ensayo de bibliografía sistemática de impresos y manuscritos que ilustran la historia

política de España y sus antiguas provincias de Ultramar por SÁNCHEZ ALONSO, B., Madrid, 3 vols., 1952.

- Reseña bibliografica de Historia del Derecho Indiano (1946-47), AHDE 18 (1947).
 - 3) Filosóficas y teológicas.
- Bibliografía filosófica española e hispanoamericana (1940-1958), Barcelona, 1961.
- Selécciones de libros. Actualidad bibliográfica de Filosofía y Teología, San Cugat del Vallés (Barcelona), desde 1964.
- Literatura eclesiástica española. Año 1950 por QUERA, M., en Estudios eclesiásticos 26 (1952).
- Cfr. además las reseñas bibliográficas de las revistas canónicas y teológicas aludidas inf. Secc. II, b, y las reseñas historico-canónicas del AHDE 15 (1944); 16 (1945); 17 (1946); 18 (1947); 19 (1948-49); 20 (1950); 21-22 (1951-52); 24 (1954); 25 (1955).
 - 4) Bibliografías sobre autores concretos.
- Batllori, M. Introducción bibliografica a los estudios lulianos, Mallorca, 1945. R. Lull (1936-1940) Bibliografía, en Estudios francèscanos 49 (1948). La revista Estudios Lulianos informa periódicamente desde 1957. (Maioricensis Schola Lulistica).
- ITURRIOZ, J. M. Bibliografia suareciana, en Pensamiento 4 (1948) y en RF 138 (1948).
- Mugica, Plácido. Bibliografía suareciana, Granada, 1948. Cfr. también: Macia Manso, R. Juridicidad... cit. inf., Sec. V, Oviedo, 1967. Contiene una bibliografía fundamental e indicacion de otros repertorios suarecianos.
- González, R. C. Francisco de Vitoria. Estudio bibliográfico, Buenos Aires, 1946.
- ALVENTOSA, J. Bibliografía vivesiana, en Ofrenda... cit. inf. secc. V, miscelaneas.
- MATEU LLOPIS, F. Catalogo de la exposición bibliográfica celebrada con motivo del IV Centenario de la muerte de Luis Vives, Barcelona, 1940.
- ZARCO CUEVAS, J. Bibliografia de Fray Luis de Leon, en Revista Española de Estudios Biblicos 3 (1928).
- CASTRO, M. Fray Alfonso de Castro. Notas bibliograficas, en Collectanea Franciscana 28 (1958).
 - 5) Tesis doctorales.

La Revista de la Universidad de Madrid tiene uno de sus cuatro numeros al año, dedicado a dar noticia de las tesis doctorales leídas en el curso anterior en las distintas Facultades de la Universidad Complutense de Madrid.

En las *Memorias* de los cursos académicos de la Universidad Pontificia de Salamanca se publican las listas de las tesis doctorales leídas

en la Facultad de Derecho Canónico, así como las referencias de los trabajos de investigación realizados por cada uno de los diferentes profesores. Divulgación similar realiza la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Comillas. (Madrid).

II. PUBLICACIONES PERIODICAS.

a) Las revistas específicamente dedicadas a la historia del pensamiento jurídico español moderno, son:

Anales de la Cátedra «Francisco Suárez», desde 1061. Granada. Anuario de la Asociación «Francisco de Vitoria», desde 1929, Madrid. Dedican una amplia atención no exclusiva, a nuestro tema los Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, desde 1949; durante los 1934, 1935 y 1936 se publicó con el nombre de Anales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Carece de periodicidad fija en su aparición dentro de cada año. Salvo raras excepciones no se recogen aquí las monografías publicadas en estas revistas.

- b) Son también interesantes a nuestro objeto:
- las publicaciones periódicas de índole jurídica; puede verse una lista de ellas en Gilissen, J. Introduction bibliográphique a l'histoire du droit et à l'ethnologie juridique, C/7, España (pp. 16-17).

— las publicaciones periódicas de índole històrica e histórico-jurídica;

cfr. loc. cit. sup. (pp. 15-16).

- las publicaciones periódicas de índole filosófico; en la obra de López QUINTÁS, ALFONSO: Filosofía española contemporánea, Madrid 1970, se encontrará un repertorio de revistas, colecciones, instituciones v personas, dedicadas (en todo o en parte) al cultivo de la Filosofía en ámbitos hispanos.
- las publicaciones periódicas de índole teológica:

Archivo Teológico Granadino

Estudios Franciscanos

La Ciencia Tomista

Razón v Fé

Revista española de Teologia

Hispania Sacra

Analecta Sacra Tarraconensia

Anthológica Annua

Salmanticensis

Estudios eclesiásticos

- También han publicado artículos de interés para nuestro tema las revistas siguientes:

Cruz y Raya. Revista de afirmación y negación, Madrid, 1933. Iornadas (Méjico).

Revista Internacional de Sociología, Madrid.

Revista de Filosofía Española, Madrid.

III. REPERTORIOS Y EDICIONES DE FUENTES.

a) Repertorios.

- I) No existe un inventario general de las ediciones de fuentes del pensamiento jurídico español moderno. Fué intentado, para todas las ramas de la cultura, por Menendez y Pelayo, M. *La ciencia española* (Ed. nacional, vol. III, Santander-Madrid, 1954) pero los aspectos jurídicos están mucho menos cuidados que el resto de las materias (cfr. pp. 95-120), con todo, sigue siendo aprovechable para una primera toma de contacto.
- 2) De entre las obras que con carácter general inventarían la producción científico-literaria de la España moderna, presentan interés para nuestro objeto aquí, las siguientes:
- Antonio, Nicolás Bibliotheca Hispana Nova, Madrid 1783-88 2 vols. Gallardo, B. J., Bardo del Valle, M. R. y Sancho Rayón, J. Ensayo de una Biblioteca española de libros raros y curiosos..., Madrid, 4 vols., 1968 (reimpresión).
- PALAU Y DULCET, A. Manual del librero español, Barcelona, 1948. SEMPERE Y GUARINOS, Biblioteca de los mejores escritores del reinado de Carlos III, Madrid 1785-89.
- VINDEL, F. El arte tipográfico en España durante el siglo XV, Madrid, 8 vols., 1954-58.
- Manual gráfico descriptivo del bibliófilo hispano-americano, 1475-1850, Madrid, 12 vols., 1930-34.
- 3) En plano monográfico los principales elencos de fuentes del pensamiento jurídico español moderno son los siguientes:
- α. «Indice alfabético de libros originales de autores españoles sobre los diferentes ramos de la Administración ». Inserto en la obra de Cos-Cayón, Fernando Historia de la Administración Publica de España, en sus diferentes ramas de derecho político, diplomacia, organización administrativa y hacienda, desde la dominación romana hasta nuestros días, Madrid, 1951. Este repertorio contiene los apartados siguientes:
- Derecho diplomático
- Derecho público y su historia
- Preceptistas político-morales
- Administración política
- Economía política y Estadística
- Hacienda
- Derecho público y Administración eclesiástica
- Administración militar y Ordenes militares.
- Interesantes datos complementarios proporciona, Jover, J. M. *Historia*... cit. inf. nº 6.

- β. «Noticia bibliográfica y cronológica de Derecho civil español, común y foral, ordenada y redactada por agrupaciones de materias y seguida de dos indices alfabeticos de autores nacionales y extranjeros, antiguos y modernos, con las traducciones más conocidas de los últimos ». Inserto en la obra de Alcade Prieto, Domingo Curso teorico-practico, sinóptico-bibliográfico de Derecho civil español común y foral, Valladolid, 1880. Las obras españolas se encuentran distribuidas en los siguientes apartados:
- Obras generales de historia
- Obras doctrinales, elementales y definicionarias
- Diccionarios, repertorios, enciclopedias
- Principales colecciones, textos y extractos oficiales de autores de reconocida autoridad.
- Comentaristas, glosadores y tratadistas de códigos, colecciones generales
- Comentaristas, glosadores y tratadistas de carácter general
- Comentaristas y autores que tratan de materias especiales (por orden alfabético de materias)
- Obras filosóficas, legales y críticas de mas o menos interés para el Derecho civil
- Obras de Derecho y legislación foral. I. Aragón, II. Cataluña, III.
 Valencia, IV. Mallorca, V. Navarra, VI. Provincias Vascongadas
- Legislación de ultramar.

Este repertorio va seguido de un índice general alfabético bibliográfico de los autores citados.

- γ. Las ediciones de las fuentes relativas a la Filosofía jurídica, así como al pensamiento filosófico y teológico que más pueden interesar al jurista, se encuentran enumeradas en las obras de:
- Fraile, Guillermo Historia de la filosofia española desde la época romana hasta finales del siglo XVII, Madrid 1971. Se encontrará allí referencia a otras obras histórico-filosóficas, por ejemplo la de Carreras Artau que junto con las de Ceñal, Solana y de Bonilla San Martin, son interesantes para nuestro objeto.
- Folgado, A. Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo, San Lorenzo de El Escorial, 1960. Cfr. también los travajos de Lamas-Martínez; Rodríguez; Domínguez del Val: Muñoz Delgado; López Martínez; insertos en la obra Repertorio... que se cita inf. en la secc. V, Miscelaneas.
- δ. Para referencia de fuentes jurídico mercantiles, fiscales, económicas, etc. cfr.:
- Colmeiro Biblioteca de los economistas españoles de los siglos XVI, XVII y XVIII, Madrid (reedición) 1953-54.
- 4) En lo relativo al Derecho penal, además de las obras de Hinojosa y Montes citadas inf. sec. V. cfr.:

CUELLO CALÓN, E. Tratado de Derecho penal, Barcelona 1950.

- Brocá, G. M. Autores catalanes que antes del siglo XVIII se ocuparon del Derecho penal y procedimiento criminal, Barcelona 1901.
- ROSAL, J. del *Principios de Derecho Penal español*, Valladolid 1945. En lo concerniente al Derecho canónico, cfr.:
- GARCÍA Y GARCÍA, A. La canonistica ibérica medieval posterior al Decreto de Graciano, publicado en Repertorio... que se cita inf. en la Secc. V, Miscelaneas.
- 5) Repertorio de fuentes interesantes para nuestro objetivo contienen los siguientes estudios biobibliográficos de juristas y teólogos:
- AGUNDEZ FERNÁNDEZ, A. Juristas extremeños, Valladolid 1962.
- Alcocer, M. y Rivera, S. Historia de la Universidad de Valladolid. Biobibliografía de juristas notables, Valladolid, 1924.
- Beneyto, J. Per un index de'escriptors super Foris Regni Valentiae, Valencia 1935.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. Juristas valencianos, Valencia 1950.
- CASTAÑEDA ALCOVER, V. Notas biográficas referentes a algunos jurisconsultos españoles y El Doctor D. José Berni y Catalá, jurisconsulto valenciano. Estudio biobibliográfico, en Revista de Ciencias Juridicas y Sociales 2/5 (1918-19).
- Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: Jurisconsultos españoles. Biografía de los expresidentes de la Academia y de los jurisconsultos anteriores al siglo XX, inscritos en sus lápidas, Madrid, 1911 y ss.
- RIUS SERRA, J. Jaime Callis. Notas bio-bibliográficas (1364-1434), Vich 1944.
- Beltran de Heredia, V. Los manuscritos del Maestro Fray Francisco de Vitoria, Madrid-Valencia, 1928.
- Los manuscritos de los teólogos de la escuela salmantina; CT 42 (1930).
- Hacia un inventario analitico de manuscritos teologicos de la Escuela salmantina, siglos XV-XVII; RET 3 (1943).
 - 6) Como repertorio de fuentes inéditas cfr.:
- Inventario general de Manuscritos de la Biblioteca Nacional de Madrid, Madrid, desde 1953, 8 vols.
- Andrés, M. Manuscritos teológicos de la Biblioteca capitular de Palencia, AA I (1956). Cfr. tambien Beltran de Heredia, cit. en el apartado anterior.
- Antolín, G. Catálogo de los codices latinos de la Real Biblioteca de El Escorial, 4 vols., Madrid 1910-16.
- Arco Garay, R. Repertorio de manuscritos referentes a la historia de Aragón, Madrid 1942.
- Díaz y Díaz, M. C. Index scriptorum latinorum medii aevi hispanorum, 2 vols., Salamanca 1958.
- Domínguez Bordona, J. Manuscritos con pinturas, Madrid 1933.

GARCÍA GARCÍA, A. y GONZÁLEZ, R. Catálogo de los manuscritos juridicos medievales de la Catedral de Toledo, Roma-Madrid 1970.

- GARCÍA GARCÍA, A. Los manuscritos jurídicos medievales de la Hispanic Society of America, REDC 18 (1963).
- Catalogación de los códices del Colegio de España de Bolonia. El Cardenal Albornoz y el Colegio de España, en Studia albornotiana 12 (1972).
- GIL FERNÁNDEZ, J. De codicibus Albornotianis ad graecas latinasque litteras pertinentibus commentarius Bologna 1964.
- GUDIOL, J. Cataleg dels llibres manuscrits anteriors al segle XVIII del Museu Episcopal de Vic, en Butlleti de la Biblioteca de Catalunya VI, VII y XVIII (1934).
- JOVER ZAMORA, J. M. 1635. Historia de una polémica y semblanza de una generación, Madrid 1949. Incluye una información bibliográfica sobre obras jurídico-políticas, teóricas y prácticas publicadas y manuscritas del siglo XVI.
- MARCOS RODRIGUEZ, F. Los manuscritos pretridentinos hispanos de ciencias sagradas en la Biblioteca Universitaria de Salamanca, en Repertorio... cit. inf. Secc. V, Misceláneas, vol. 2.
- López, A. y Nuñez, L. M. Descriptio codicum franciscalium bibliothecae ecclesiae primatialis Toletanae, en Archivo Ibero-Americano 7 (1917); 11 (1919); 12 (1919) y 13 (1920).
- PÉREZ LLAMAZARES Catálogo de los Códices y documentos de la Real Colegiata de San Isidoro de León, León 1923.
- RIUS SERRA, J. y VIVES, J. Manuscritos españoles en bibliotecas extranjeras, HS 5 (1952), reeditado posteriormente.
- RIUS SERRA, J. Inventario de los manuscritos de la catedral de Siguenza, HS 3 (1950), reeditado posteriormente.
- La Biblioteca Angélica de Roma, en HS I (1948), reeditado posteriormente.
- Manuscritos españoles en la Biblioteca Nazionale de Roma. Fondo Vittorio Emanuele, HS 3 (1950), reeditado posteriormente.
- SALA BALUST, L. Catálogo de fuentes para la historia de los antiguos colegios seculares de Salamanca, HS 5 (1952) 7 (1954).
- Santiago-Otero, H. Manuscritos de los teólogos medievales españoles en el «Fondo Reginense Latino» de la Biblioteca Vaticana, siglos XII-XV, en Repertorio... cit. inf. Secc. V, Misceláneas. Cfr. RET 29 (1969) y 30 (1970).
- VIVES, J. Manuscritos hispanicos en colecciones Inglesas, en HS VIII, 16 (1955).
- ZARCO CUEVAS, J. Catálogo de los códices castellanos de la biblioteca del Real Monasterio de San Lorenzo de El Escorial. 3 vols. En el Instituto Francisco de Vitoria del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Duque de Medinaceli, 4 Madrid) se encuentra un amplio material filmado de obras ineditas de juristas hispanos de la Edad

Moderna, filmoteca que ha sido confeccionada por el investigador de este centro Sr. Pereña Vicente. Existe tambien un Instituto Historico-juridico « Francisco Suarez » en la Universidad de Deusto (Bilbao) con gran riqueza documental, dirigido por el P. E. Elorduy.

Deben consultarse asimismo los diferentes catálogos de incunables y manuscritos existentes en las diversas bibliotecas universitarias, cuya enumeración detallada no cabe en este lugar, Sirvan de ejemplo:

- RIVERA MANESCAU, S. Catálogo de manuscritos de la Biblioteca Universitaria y de la Santa Cruz de Valladolid, en Anales de la Univ. de Valladolid 2 (1929) 288-305; 321-52; 385-416; 3 (1930); 1-32, 81-96; 8 (1935) en varios sitios.
- LATRE, L. Manuscritos e incunables de la Biblioteca del Real Seminario Sacerdotal de S. Carlos de Zaragoza, Zaragoza 1943.
- GUTIERREZ DEL CAÑO, M. Catalogo de los manuscritos existentes en la Biblioteca universitaria de Valencia, Valencia s.a.
- RIESCO BRAVO, F. Incunables de la Biblioteca Universitaria de Salamanca, Madrid 1949.
- b) Colecciones generales de fuentes.
- r) Clásicos Politicos. Sección Teólogos juristas (Instituto de Estudios Politicos).
- Domingo de Soto: *De la justicia y el Derecho*. Ed. bilingue, reproducción facsimilar de la ed. de 1556, preparada por Carro, V. D. y Ordóñez, M., 5 vols., Madrid 1967-68.
- Francisco Suárez *Las Leyes*. Ed. bilingue, reproducción anastática de la ed. de 1612, preparada por Vela Sánchez, L. y Eguilior, J. R. 6 vols., Madrid 1967-68.
- 2) Corpus Hispanorum de Pace. (Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria).
- FRAY LUIS DE LEÓN De Legibus o Tratado de las Leyes, 1571. Ed. crítica bilingue por L. Pereña, Madrid 1963.
- Francisco Suárez Defensio Fidei III. 1, Principatus politicus o la soberania popular. Ed. crítica bilingue por E. Elorduy y L. Pereña, Madrid 1956.
- MARTIN DE AZPILICUETA Commentario resolutorio de cambios. Ed. crítica bilingue por Ullastres, A., Pérez-Prendes, J. M. y Pereña, L., Madrid, 1965.
- Francisco de Vitoria Relectio de Indis o libertad de los indios. Ed. crítica bilingue por L. Pereña y J. M. Pérez-Prendes, Madrid, 1967.
- Bartolomé de las Casas De Regia Potestate o derecho de autodeterminación. Ed. crítica bilingue por L. Pereña, J. M. Pérez-Prendes, V. Abril y J. Azcárraga, Madrid, 1969.
- Juan Roa Dávila *De Regnorum Iustitia*. Ed. crítica bilingue por L. Pereña, J. M. Pérez-Prendes, Madrid, 1970.

Francisco Suárez *De Legibus I. De Natura legis*. Ed. crítica bilingue por L. Pereña y E. Elorduy, V. Abril, C. Villanueva, P. Suñer, Madrid, 1971.

- 3) Publicaciones de la Cátedra «Francisco Suárez» Ediciones críticas de textos clásicos (Granada).
- Domingo de Soto Relección de Dominio. Ed. crítica bilingue por Brufau Prats, J. Granada, 1964.
- De Legibus I. Comentarios al tratado de la Ley. 1. Tratado de la ley en general. Ed. crítica bilingue por Puy, F. y Nuñez, L., Granada, 1965.
- 4) Las obras romanisticas de Oteyza y Olano; Suárez de Mendoza; Quintana Dueñas; Fernández de Castro, Abaúnza; Antonio; Egea y Descartin; Ramos del Manzano y Fernández de Retes, fueron editadas por MEERMAN, G., en su Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici, La Haya, 7 vols., 1751-1753.
- 5) Biblioteca de Autores Españoles desde la formación del lenguaje hasta nuestros dias (conocida vulgarmente por Rivadeneyra por el nombre de D. Manuel Rivadeneyra su fundador) ed. por la Real Academia Española, Madrid. Eds. de Mariana, Jovellanos, Las Casas, etc.

Els nostres classics, Barcelona. Eds. de autores catalanes, p.ej. Eiximenis, etc.

c) Ediciones recientes.

Sin animo exhaustivo se citan a continuación algunas de las ediciones publicadas en nuestro siglo, de fuentes del pensamiento juridico español moderno. Se ordenan las referencias por orden alfabético de autores editados, no de editores:

- ARIAS DE BALBOA: La glosas del Fuero Real de Castilla. Ed. prep. por Cerdá Ruiz-Funes, J., en AHDE 21-22 (1951-52).
- ARIAS DE VALDERAS, F. Libellus de belli iustitia iniustitiave. Ed. prep. por Sanchez Gallego, L. y Fernandez Medina, B., Madrid, 1932.
- Ayala, B. Del Derecho y los oficios de la guerra. Ed. prep. por Fraga Iribarne y Ramiro Rico, N., Madrid, 1948.
- Bañez, D. Comentarios inéditos a la prima secundae y a la Tercera Parte de Santo Tomás, 6 vols., Salamanca-Madrid, 1942-53.
- CANO, M. « De Bello ». Comentario a la Secunda-Secundae q. 40. Ed. prep. por Pereña, L., en AAFV 12 (1958-1959).
- Manuscritos de por Pereña, L., en AAFV II (1956-57).
- De dominio Indorum. Ed. prep. por Pereña, L., en Misión de España en América, Madrid, 1956, 2 vols.
- CARRANZA, BARTOLOMÉ: Ratione fidei potest Caesar debellare et tenere indos novi orbis?. Ed. por Pereña, L., en Misión..., Madrid, 1956.
- Las Casas, Bartolomé de: Los tesoros del Perú. Traducción y anotación de Angel Losada García, Madrid (CSIC) 1957.
- CASTRILLO, A. Tratado de República..., Madrid, 1958.

Castro, A. D. De potestate legis poenalis libri duo, Madrid, 1961.

- Covarrubias, D. de: De justitia belli adversus indos. Ed. prep. por Pereña, L., en Misión..., Madrid, 1956.
- Finestres, J. Epistolari. Suplementi. Ed. prep. por M. Batllori, Barcelona, 1969.
- FONTANELA, J. P. Tractat dels pactes nupcials o capitols matrimonials. Ed. prep. por Maspons i Anglasell, F., Barcelona, 1915.
- Furió Ceriol: El Consejo y consejeros del Principe. Ed. preparada por Sevilla Andrés, D., Valencia, 1952.
- Glosa castellana al regimiento de príncipes de Egidio Romano. Ed. preparada por Beneyto Pérez, J., 3 vols. y un fascículo, Madrid, 1947.
- GOUVEA, FRANCISCO DE: Antinavarrus. Ed. prep. por Olivares, en ATG 27 (1964).
- JACOBO DE LAS LEYES Obras del maestro, jurisconsulto del siglo XIII.
 Ed. prep. por Ureña Smenjaud, R. y Bonilla San Martin, Madrid,
 1924.
- Jovellanos, G. M. Informe sobre la ley agraria. Ed. prep. por Andrés Alvarez, V., Madrid, 1955.
- Diarios, 3 vols, Oviedo, 1953-4.
- Juan, A. Stil de la Governatio. Ed. prep. por Ferrán Salvador, V., Valencia, 1936.
- LEBRÓN Y CUERVO, J. Notas a la Recopilación de Leyes de Indias. Ed. prep. por García-Gallo, C., en AHDE 40 (1970).
- Leon, Fr. Luis. Obras completas castellanas; ed. prep. por Garcia, F., Madrid, 1944.
- Obras completas latinas, Salamanca 1891-1895, ed. prep. por Gutierrez, M y Lopez, T.
- LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS, J. Libellus de Insulis Oceanis. Ed. prep. por Millares Carlo, A., Méjico, 1954.
- LOPEZ DE SEGOVIA, J. De confederatione principum. De Bello et bellatoribus. Ed. prep. por Anton F., y Fernandez Prida, J., Madrid, 1931.
- Lulio, Raimundo, o Llull, Ramon. Cfr. sup., sec. I, b, 4, y Avinyó, J. Les obres autentiques del beat Ramón Llull. Repertori bibliográfic, Barcelona, 1935.
- MARIANA, J. DE: Del Rey y de la institución real, Madrid, 1961, 2 vols. MARIN MENDOZA, J. Historia del Derecho natural y de gentes. Ed. prep. por García Pelayo, M., Madrid, 1950.
- Martínez Marina, F. Discurso sobre el origen de la Monarquia y sobre la naturaleza del gobierno español. Ed. prep. por Maravall, J. A., Madrid, 1957.
- Principios naturales de la Moral, de la Política y de la legislación. Ed. prep. por A. Posada, Madrid, 1933.

MARTÍNEZ DE LA MATA, F. Memoriales y discursos. Ed. prep. por Anes, G., Madrid, 1971.

- Martinez de Zamora, F. La Margarita de los pleitos. Ed. prep. por Cerdá Ruiz-Funes, J., en AHDE 20 (1950).
- Martín Rizo, J. P. Norte de principes y Vida de Rómulo. Ed. prep. por José A. Maravall, Madrid, 1945.
- Matienzo, J. de: Gobierno del Perú (1567). Ed. prep. por Lohmann Villena, G., Paris-Lima, 1967.
- MAYANS Y SISCAR, G. Correspondéncia de con Ignacio Jordán Asso del Rio y Miguel de Manuel y Rodríguez (1771-1780). Ed. prep. por Peset y Reig, M., en AHDE 36 (1966).
- Molina, L. De justitia et jure. Traducción de J. y M. Fraga; Madrid, 1941-44.
- De Bello. Ed. prep. por Lamadrid, en ATG, 1939.
- MORA Y JARABA, P. Definicion de lo que son ahora y deben ser las seis secretarías del Despacho universal... 1744. Ed. prep. por Pérez-Prendes y Muñoz de Arracó, J. M., en RFDUM 3, 6 (1959).
- MURIEL, D. Elementos de Derecho Natural y de Gentes, Buenos Aires, 1011.
- Nebrija, Elio de: Léxico de Derecho civil. Ed. prep. por Muñoz, C. M., Madrid. 1044.
- ORTIZ, L. Memorial al rey para queno salgan dineros de estos reinos de España (1558). Ed. prep. por Fernández Alvarez, M., en AE, XVII, 63 (1957).
- PAZ, M. DE De dominio regum Hispaniarum super Indos. Ed. por Beltrán de Heredia, en AFP 3 (1933).
- De dominio regum Hispaniae super Indos. Ed. prep. por Millares Carlo, A., Méjico, 1954.
- Peña, J. de la: An sit justum bellum adversus insulanos. Ed. prep. por Pereña, L., en Misión..., 1956.
- Inédito de —. Ed. prep. por Pereña, L., en RET 217, 2 (1953).
- Penyafort, R. Summa Juris, Barcelona, 1945.
- Ramírez de Prado, L. El Consejo y consejero de principes. Ed. prep. por Beneyto, J., Madrid, 1958.
- Saavedra Fajardo, D. Obras completas. Ed. prep. por González Palencia, Madrid, 1946.
- Salazar, J. Política española. Ed. prep. por Herrero García, M., Madrid. 1945.
- Salinas, Conde de: Dictámen del en que se examinan las prerrogativas de la Corona y las Cortes de Portugal. Ed. prep. por Buceta, E., en AHDE 9 (1932).
- SÁNCHEZ DE ARÉVALO, R. Summa de la Política. Ed. prep. por Beneyto Pérez, J., Madrid, 1944.
- De Pace et de Bello. De Monarchia Orbis. De Castellanis, Madrid, 1935. Ed. prep. por Fernández Medina, T.

SEPULVEDA, JUAN GINÉS DE: Tratados políticos de Juan Ginés de Sepúlveda. Ed. prep. por Losada, A., Madrid, 1963.

- Demócrates segundo o de las justas causas de la guerra contra los Indios. Ed. prep. por Losada, A., Madrid, 1951.
- —, a través de su epistolario y nuevos documentos. Ed. prep. por Losada, A., Madrid, 1949.
- SOLÓRZANO, J. DE Política indiana, 5 vols., Madrid, 1930.
- Soto, D. de *De justitia et iure*, versión española de J. Torrubiano, con el título *Tratado de la justicia y el Derecho*, 2 vols., Madrid, 1926.
- An liceat civitates infidelium expugnare ob idolatriam. Ed. prep. por Beltrán de Heredia, V., 1928.
- Sumario de la disputa o controversia del P. Las Casas con Gines de Sepúlveda acerca de la licitud de las conquistas en Indias, en RDIPE, Madrid, 1905-1906.
- Suárez, F. Tractatus de Legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus, versión española de J. Torrubiano Tratado de las leyes y de Dios legislador, 5 vols., Madrid, 1918-1921.
- Disputaciones metafísicas. Ed. prep. por Rabade, S.; Caballero, S.; y Puigcerver, A., Madrid, 1960-66 y sigs., 4 vols.
- Cartas Mss. de Suarez, por Elorduy, E., en MC 38 (1962).
- VÁZQUEZ DE MENCHACA, F. Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres, transcripción de la ed. de Venecia (1564) y traducción española de Rodríguez Alcade, F., 4 vols, Valladolid, 1931-34.
- VITORIA FRANCISCO DE *Relecciones Teológicas*. Ed. crítica y versión española, por Alonso Getino, L., 3 vols., Madrid, 1933-35.
- Tratado de justitia et Fortitudine. Ed. prep. por Beltrán de Heredia, V., Madrid, 1934, 2 vols.
- Comentarios inéditos a la Secunda Secundae de Santo Tomas, 6 vols., Salamanca y Madrid, 1932-52, ed. prep. por Beltrán de Heredia.
- Colección de dictamenes inéditos del Maestro Fr. Francisco de Vitoria, CT 43 (1931) y AAFV 3 (1932). Ed. prep. por Beltrán de Heredia, V.
- Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas. Ed. crítica bilingue prep. por Urdanóz, T., Madrid, 1960.
- VIVES, L. De communione rerum. Trad. española con el título Humanismo frente a comunismo, por Gonzàlez Oliveros, W., Valladolid, 1937.
- Obras completas. Ed. prep. por Riber, L., Madrid, 1947-8 2 vols. Cabe añadir asimismo la cita de algunas obras, bien anonimas, bien miscelaneas de varios autores, editadas tambien en fechas recientes, pueden escogerse las siguientes:
- Un epitome de las Partidas por Arias Bonet, J. A., en AHDE 38 (1968). Un escrito politico de 1714 por Palacio Atard, V., en AHDE 18 (1947).

Cuerpo de documentos del siglo XVI sobre los derechos de España en las Indias y en las Filipinas. Ed. prep. por Millares Carlo, A., Méjico, 1943.

Expedientes de censura de libros juridicos por la Inquisicion a fines del siglo XVIII y principios de XIX por Tomas y Valiente F., en

AHDE 34 (1964).

Los Juros. Aportacion documental a la Historia de la Deuda publica española por Torres Lopez M. v Perez-Prendes, J. M., Madrid, 1963.

d) Antologías.

Beneyto Pérez, J. Textos políticos españoles de la Baja Edad Media, Madrid, 1944.

CASTRO, A. DE Antología, Ed. prep. por Rosal, J. del., Madrid, 1942. COVARRUBIAS Y LEYVA, D. DE Textos juridico-políticos, Selección y prólogo de Fraga Iribarne, M., traducción de Rico Seco, A., Madrid, 1957.

FEIJOO, B. J. Teatro crítico universal y cartas eruditas. Selección prep.

por Sánchez Agesta, L., Madrid, 1947.

LANCINA, A. DE Comentarios políticos a los Anales de Cayo Vero Cornelio Tácito, por J. A. Maravall., Madrid, 1945.

- MADRIGAL, A DE Antologia de textos con estudio preliminar preparado por Pereña, L. El sistema de 'El Tostado' sobre el Derecho de gentes, Madrid. 1956.
- Antología de Juan de Mariana por Rico González, Méjico, 1947.
- Juan de Mariana: Pensador y político por Ballesteros Gaibrois, M., Madrid, 1939 (existe otra antología anterior por el mismo editor).

PALAFOX Y MENDOZA, J. Ideas políticas. Selección preparada por Rojas Garcidueñas, Méjico, 1946.

TRUYOL SERRA, A. Los principios del Derecho público en Francisco de Vitoria. Selección de textos con introducción y notas (ed. también en francés, inglés y alemán), Madrid, 1946.

La tiranía y los derechos del pueblo por Gallegos Rocafull, J. M.,

Méjico, 1948.

IV. Exposiciones de conjunto.

La única existente, anticuada hoy, pero que no ha sido sustituida es la obra de:

RIAZA, R. Historia de la literatura jurídica, Madrid, 1930. Asímismo proporcionan una visión general esquemática:

IIMÉNEZ DE ASUA, L. Das Spanische Rechtsdenken und sein Einfluss in Europa, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 70 (1958).

Lalinde, J. Iniciación histórica al Derecho español, Barcelona, 1970. Existen además otros trabajos que se ocupan del pensamiento jurídico español en una visión amplia, aún cuando non enciclopédica. Los principales son los siguientes:

- a) Orientados a la Filosofía del Derecho.
- Corts Grau, Historia de la Filosofía del Derecho, Madrid, 2ª ed. 1960. Elias de Tejada Historia de la filosofía del Derecho y del Estado, Madrid, 1940.
- GALÁN, E. Introducción al estudio de la filosofía jurídica, Valladolid, 1947.
- Ius Naturae, Valladolid, 1954.
- LEGAZ Y LACAMBRA Filosofía del Derecho, Barcelona, 1948.
- Luño Peña, E. Historia de la filosofía del Derecho, Barcelona, 1948. RECASENS SICHES, L. Filosofía del Derecho. Adiciones a la Filosofía del Derecho de Del Veccio, 1935.
- RIAZA, R. La escuela española de Derecho natural, Zaragoza, 1925. Solana, M. Los grandes escolásticos españoles de los siglos XVI y XVII, Madrid, 1928.
- TRUYOL SERRA, A. Historia de la filosofia del derecho y el Estado, Madrid, 1961.
- b) Orientados al Derecho y las doctrinas políticas.
- BENEYTO J. Historia de las doctrinas políticas, Madrid, 1950 (2ª ed.). PEREÑA VICENTE, L. La Universidad de Salamanca, forja del pensamiento político español en el siglo XVI, Salamanca 1954.
- c) Orientados al Derecho Internacional Público.
- Barcia Trelles, L. Prólogo a la obra de Brown Scott, J. El origen español del Derecho Internacional moderno, Valladolid, 1928.
- GARCÍA ARIAS, L. Adiciones a la trad. española de la Historia del Derecho Internacional de A. Nussbaum, Madrid, s.a. (1950).
- MIAJA DE LA MUELA, A. Introducción al Derecho Internacional Público, 5ª ed., Madrid, 1970.
- d) Orientados al Derecho Penal.
- HINOJOSA, E. DE: Influencia que tuvieron en el Derecho público de su patria y especialmente en el Derecho Penal los filósofos y téologos españoles anteriores a nuestro siglo, Madrid, 1890.
- Rosal, J. Acerca del pensamiento penal español y otros problemas penales, Madrid, 1942.

- e) Orientado al Derecho Canónico.
- GARCÍA GARCÍA, A. Canonistica Hispánica, en Traditio 22 (1966). Cfr. tambien Repertorio... vol. 2, pp. 183 y ss, (cfr. inf. Secc. V, miscelaneas).
- f) Panorámica general dentro de un período concreto ofrecen.
- Andres Martin, M. Historia de la Teologia en España (1470-1570), Roma, 1962.

CORTS GRAU, J. Los juristas clásicos españoles, Madrid, 1948.

FRAILE, G. Historia de la Filosofía, vol. III, Del Humanismo a la Ilustración (siglos XV-XVIII), Madrid, 1966. Especialmente el Cap. VIII Derecho y política en el Renacimiento, que incluye dos apartados: El descubrimiento de América y el Derecho y Filosofía del Derecho en España y Portugal. La nueva obra del mismo autor, reseñada sup. secc. III a), 3, γ, contiene reproducciones y ampliaciones a ésta, en la cuestión de referencia.

LALINDE ABADIA, J. El ideario juridico de las Españas en el siglo XIII, Zaragoza, 1971.

Puy Muñoz, cfr. inf. sec. V, a) Monografías.

- g) Exposiciones reducidas al ambito regional y al area del Derecho Politico.
- ELIAS DE TEJADA, F. y PERCOPO, G. Historia del pensamiento politico catalán, 3 vols., Sevilla, 1962-1965.
- Valls Taberner, F. Doctrinas políticas de la Cataluña medieval, Barcelona, 1927.

V. Monografias y obras miscelaneas.

a) Monografías.

AGUILAR NAVARRO, M. Francisco Suárez y el Derecho internacional privado moderno, en REDI 1 (1948).

 Los clásicos españoles en el actual Derecho Internacional, en REA 14, 75.

ALCAZAR, C. Las ideas políticas de Floridablanca, en REP 79.

ALDEA, Q. Iglesia y Estado en la España del siglo XVII (Ideario político-eclesíastico), en MC 36 (1961).

Alonso Fueyo, S. La experiencia jurídica-política en Saavedra Fajardo, Valencia, 1948.

Alonso Getino, L. G. El maestro Fray Francisco de Vitoria y el renacimiento filosófico teológico del siglo XVI.

— El maestro Fray Francisco de Vitoria, su vida, su doctrina, su influencia, 1930.

- El maestro Fray Francisco de Vitoria, Madrid, 1930.
- Influencia de los Dominicos en las Leyes Nuevas, en AEA, Sevilla. Alonso y Lamban, M. Apuntes sobre juristas aragoneses de los siglos

XVI y XVIII, en AHDE 33 (1963).

- Alonso Rodríguez, B. Juan Alfonso de Benavente, canonista salmantino del siglo XV, Roma-Madrid, 1964.
- ALTAMIRA Y CREVEA, R. Magna carta and Spanish Mediaeval Jurisprudence, Magna Carta Commemoration Essays. Edited by H. E. Malden. Londres: Royal Historical Society, 1917.
- ALVAREZ DE LINERA, A. La democracia en la doctrina de Suárez, en Pensamiento 4 (1948), pp. 509-530.
- Andrés Marcos, T. Los imperialismos de Juan Ginés de Sepúlveda en su Democrates Alter, Madrid, 1947.
- Vitoria y Carlos V en la soberanta hispanoamericana, Salamanca, 1946.
- ANITUA, S. La Ley, la obligación en la ideología suareciana, en ED, 2ª ep., V (1957).
- El objetivismo suareciano en el problema de la ley natural, id. VI (1956).
- APELLANIZ VALDERRAMA, F. El pretendido voluntarismo jurídico de Suárez, en Estudios jurídico-sociales, Santiago, 1960.
- Aranguren, J. L. Lectura política de Quevedo, en REP 49.
- ASENSIO, F. El Profesorado de Juan de Mariana y su influjo en la vida del escritor, en Hispania XIII (1953).
- ASIS, A. Ideas sociopolíticas de Alonso de Polo (El Tostado), Sevilla, 1955. Bartolomé Herrera, pensador político, Sevilla.
- AYALA, F. El pensamiento vivo de Saavedra Fajardo, Buenos Aires, 1941.
- Ideas políticas de Juan de Solórzano, Sevilla, 1946.
- BAENA DEL ALCAZAR, M. Los estudios sobre administración en la España del siglo XVIII, Madrid, 1968.
- Ballesteros, A. Discurso en elogio del Padre Juan de Mariana, en Boletín de la Real Academia de la Historia 86 (1925).
- BARCIA TRELLES, C. Fernando Vázquez de Menchaca, Madrid, 1940.
- Internacionalistas españoles del siglo XVI. Francisco Suárez (1516-1617), Valladolid, 1934 (trad. francesa en el RCADIH 43 (1933).
- Francisco de Vitoria y la moderna escuela de Derecho Internacional, 1928, trad. francesa en RCADIH 17 (1927-II).
- Vitoria, fundador del Derecho internacional moderno, Valladolid, 1928.
- Vázquez de Menchaca, sus teorías internacionales (1512-1569), Barcelona, 1940, version francesa en RCADIH 67 (1939-41).
- Interpretación del hecho americano por la España universitaria del

siglo XVI. La escuela internacional española del siglo XVI, Montevideo, 1949.

- BAUCELLS SERRA, R. La personalidad y obra jurídica de San Raimundo de Peñatort, en REDC 1946.
- Beltrán de Heredia, V. El maestro Juan de la Peña O.P., en CT 153 (1934).
- El maestro Domingo de Soto en la controversia de Las Casas con Sepúlveda, id. 133 (1932).
- Melchor Cano en la Universidad de Salamanca, id. 143 (1933).
- Las Relecciones y Lecturas de Vitoria en su discipulo Martin de Ledesma, CT 49 (1934).
- Vitoria, Dictionnaire de Théologie Catholique v. 15, Paris, 1950.
- Orientación humanística de la Teología vitoriana, en AAFV 7 (1946-1947).
- Domingo de Soto, Salamanca, 1960.
- Francisco de Vitoria, Barcelona, 1939.
- Benavides, L. El P. Márquez, escritor político, en ADP, Granada. Beneyto, J. Los origenes de la ciencia política en España, Madrid, 1949.
- Arnaldi Joannis opusculum, en BSCC 17 (1937).
- Un opúsculo jurídico de Jaffer, id. 17 (1936).
- La ciencia del Derecho en la España de los reyes Católicos, en RGLJ 1953 (mayo).
- Nomenclatura jurídica y humanismo español, en RDPr 412-413.
- -- Sobre las glosas al código de Valencia, en AHDE 13 (1936-41).
- Benito, E. Vives y la ciencia penal.
- Bonilla San Martin, A. Luis Vives y la Filosofía de Renacimiento, Madrid, 1903.
- Francisco Suárez (1548-1617). El escolasticismo tomista y el Derecho Internacional, Madrid, 1918.
- BRICE, A. F. Raimundo Lulio: su pensamiento jurídico, Caracas, 1955. BRUFAU PRATS, J. El pensamiento político de Domingo de Soto y su concepción del poder, en AS 3 (1960).
- Bullon, E. Alfonso de Castro y la ciencia penal, Madrid, 1899.
- Un colaborador de los Reyes Católicos. El doctor Palacios Rubios y sus obras, Madrid, 1927.
- El concepto de soberania en la escuela jurídica española del siglo XVI, Madrid, 1936.
- CAAMAÑO MARTÍNEZ, J. La inmutabilidad del Derecho Natural en Suárez (Congreso Internacional de Filosofía, Barcelona, 1948), Publ. en las Actas del Congreso, tomo III, Madrid, (1949) pp. 61-73.
- CABALLERO, F. Elogio del doctor Alonso de Montalvo, Madrid, 1870. CALVILLO, M. Francisco Suárez. La Filosofía jurídica. El Derecho de propiedad, en Jornadas 43 (1945), Méjico.

CAMACHO Y PÉREZ, A. M. Estudio crítico de la doctrina de Jovellanos en lo referente a las ciencias naturales y políticas, Madrid.

- CÁNOVAS DEL CASTILLO, A. De las ideas políticas de los españoles durante la Casa de Austria, en RE 4 (1868).
- CANTERA BURGOS, F. Una bibliografía jurídica y unos juristas desconocidos, en AHDE 23 (1953).
- CARRERAS ARTAU, J. Antecedentes de la doctrina jurídica internacional de Vitoria y Suárez, en Rev. de Filosofía 27 (1948).
- Doctrina de Francisco Suárez acerca del Derecho de gentes y sus relaciones con el Derecho natural, Gerona, 1921.
- La doctrina del P. Suárez sobre el orígen de la potestad civil, en Conmemoración... cit. inf. Misceláneas.
- CARRO, V. La Teología y los teólogos juristas españoles ante la conquista de América, Salamanca, 1951, cfr. tambien CT 62 (1942) y 67 (1944).
- Domingo de Soto y su doctrina jurídica, Salamanca, 1944.
- Los colaboradores de Vitoria; Domingo de Soto y el Derecho de gentes, Madrid. 1930.
- CASANOVAS, I. Josep Finestres. Estudios biográficos, Barcelona, 1932. CASTÁN TOBEÑAS, J. El Derecho y sus rasgos a través del pensamiento español clásico y moderno popular y erudito, Madrid, 1949.
- En torno al Derecho Natural. Zaragoza. 1040.
- CASTAÑEDA, V. Don Gregorio Mayans y Siscar, Madrid, 1946.
- CASTILLO HERNANDEZ, S. Alfonso de Castro y el problema de las leyes penales, Salamanca, 1941.
- CASTRO, M. Fray Altonso de Castro O.F.M., consejero de Carlos V y Felipe II, S 5 (1958).
- CASTRO Y CALVO, J. M. El arte de gobernar en las obras de D. Juan Manuel, Barcelona, 1945.
- CASTRO, M. DE Las ideas políticas y la formación del príncipe en el De preconiis Hispaniae de Fr. Juan Gil de Zamora, en Hispania 83 (1962).
- Ceñal, R. Maquiavelismo y prudencia politica en los tratadistas españoles de los siglos XVI y XVII, Madrid, 1949.
- CERECEDA, F. El Padre Diego Laynez y la Europa de su tiempo, Madrid, 1948.
- Codón Fernández, J. M. Los teólogos juristas ibéricos, fundadores del moderno Derecho político, en BCS 3 (1962).
- Correa Calderon, E. Gracián. Su vida y su obra, Madrid, 1961.
- Cossio, J. M. Introducción a la lectura de la obra del P. Feijóo. Escorial. Cuevas Cancio, F. La doctrina de Suárez sobre el Derecho natural, Madrid, 1952.
- DE DIEGO, F. C. Sobre la idea de la posesión en el jesuita Luis Molina, en RDPr 8.
- Notas sobre la evolución doctrinal de la expropiación por causa de

utilidad pública. Glosadores y postglosadores, id. Siglos XVI y XVII, en RDPr o y 10.

- DE STEFANO, La sociedad estamental en las obras de don Juan Manuel, en NRFH 16, 3-4.
- DIEZ ALEGRIA, J. M. El desarrollo de la doctrina de la ley natural en Luis de Molina y en los maestros de la Universidad de Evora, Barcelona, 1951.
- DIFERNAN, B. El concepto de Derecho y justicia en los clásicos españoles del siglo XVI, El Escorial s.f.
- La orden agustiniana y los estudios juridicos en la época clásica española, en AHDE 25 (1955).
- DORADO MONTERO, V. Ideas de algunos antiguos escritores españoles, sobre la prevención de los delitos, en Estudios de Derecho penal preventivo, Madrid, 1901.
- D'Ors, A. Vitoria y la crisis del Imperio, en Francisco de Vitoria... cit. inf. Misceláneas.
- Tres mitos jurídicos, en Nuestro Tiempo VII 39-40 (1957).
- Francisco de Vitoria, intelectual, en RUO 41-42 (1946).
- D'Ors, E.; Marañon, G.; Zaragüeta, J.; Carreras y Artau, T.; Jobit, P.; Genovés, V. Vives humaniste espagnol, Paris, 1941.
- ECHANOVE TUERO, A. La preparacion intelectual del P. Andrés Marcos Burriel, S. J. (1731-1750), Madrid, 1971 Barcelona.
- ELIAS DE TEJADA SPÍNOLA, F. El hegelismo jurídico español, Madrid, 1944.
- Notas para una teoría del Estado según nuestros autores clasicos, Sevilla, 1937.
- El pensamiento político de los fundadores de Nueva Granada, Sevilla.
- Acerca de una posible Historia del pensamiento político español, en RGLJ I (1941).
- Gerónimo Castillo de Bovadilla, Madrid, 1939.
- Suárez y Hobbes como pensadores políticos, en Actas del Congreso de Filosofía, Barcelona, III, 1948.
- Elorduy, E. El teocentrismo jurídico suareciano, en ATG 5 (1942).
- Teoría de Suárez sobre la justicia de Dios, Granada, 1942.
- Orientaciones en la interpretación de las doctrinas jurídicas de Suárez, en REP 46 (1953).
- ELORRIETA Y ARTAZA, T. La tradición jurídica española y la Carta de San Francisco Conferencias, Escuela Diplomática, Madrid, 1947.
- Espejo, C. Arbitrios propuestos por el Bachiller Reina para amortizar los juros, Siglo XVI, Valladolid, 1907.
- Las dificultades económicas en España en el primer tercio del siglo XVII y las soluciones particulares, Madrid, 1926.
- ESPERABE DE ARTEAGA, J. El Derecho de gentes en la obra de Fray Domingo Bañez, Salamanca, 1934.

ESPINAR, M. A. Un precursos del P. Vitoria. El Derecho de la guerra en Francisco Arias de Valderas, en RGLJ, 1949.

- Juristas clasicos olvidados: Francisco Arias de Valderas, en Rev. Estudios Penitenciarios, Madrid, 1949.
- Esteban Romero, A. La concepción suareciana de la ley. Estudio teológico crítico, Sevilla, 1944.
- Fabie, A. Vida y escritos de D. Bartolomé de las Casas, Obispo de Chiapa, Madrid, 1879.
- FERNÁNDEZ ALVAREZ, M. El memorial de Luis Ortiz, en AE 17 (1957). FERNÁNDEZ CARVAJAL, R. La historiografía constitucional de Sempere, en REP 82.
- FERNÁNDEZ GALIANO, A. Ideas políticas y jurídicas de un médico español del siglo XVI, en RFDUM III, 5, 1959.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. La doctrina de la razón de Estado en nuestros pensadores clásicos, Madrid, 1925.
- Apuntes para un estudio sobre el tiranicidio y el Padre Juan de Mariana, en RCJS II (1919).
- Referencias y transcripciones para la historia de la literatura política en España, Madrid, 1925.
- FERRARI, A. La secularización de la teoría del Estado en Las Partidas, en AHDE II (1934).
- FERREIRO LÓPEZ, A. Naturaleza de la propiedad en Suárez, en Pensamiento 4 (1948).
- La naturaleza de la propiedad privada en las doctrinas de Suárez, en Suàrez en el cuarto centenario de su nacimiento cit. en Misceláneas inf.
- Folgado, A. Evolucion histórica del concepto de Derecho subjetivo, S. Lorenzo del Escorial, 1960.
- Fraga Iribarne, M. Luis de Molina y el Derecho de la guerra, Madrid, 1947.
- GALÁN Y GUTIERREZ, E. La teoría del poder político según F. de Vitoria, en RGL J 1944.
- Algunas cuestiones fundamentales de Filosofía política en el pensamiento de Bartolomé de Medina, id. 1945.
- GALIDO CARRILLO, M. A. Los tratados sobre educación de príncipes, siglo XVI y XVII, Sevilla, 1948.
- GALINDO GARCÍA, F. El espíritu del siglo XVIII y la personalidad de Jovellanos, Oviedo, 1971.
- GALINDO GUIJARRO Alvaro Pelayo, Oviedo, 1926.
- GALLEGOS ROCAFULL, J. M. La doctrina política del P. Francisco Suàrez, Méjico, 1948.
- El hombre y el mundo de los teólogos españoles del siglo de oro, Méjico, 1946.
- GARCÍA ARIAS, L. Historia del principio de la libertad de los mares, en BUS 1945 (abr. dic.).
- Segovia y el Derecho, Segovia, 1970.

GARCÍA DE DIEGO, V. Introducción a Saavedra Fajardo. Idea de un principe político cristiano, Vol. I, Madrid, 1927.

- GARCÍA GALLO, A. La aplicación de la doctrina española de la guerra, en AHDE 11 (1934).
- La posición de F. de Vitoria ante el problema indiano, en RIHD 2 (1949), Buenos Aires.
- GARCÍA GARCÍA, A. Laurentius Hispanus. Datos biográficos y estudio crítico de sus obras, Roma-Madrid, 1956.
- Los canonistas de la Universidad de Salamanca en los siglos XIV y XV, en REDC 17 (1962).
- Los Manuscritos jurídico medievales de la Hispanic Society of America, en REDC 18 (1963). Cfr. ademas de éste mismo autor S 13 (1966).
- Las anotaciones de Elio Antonio de Nebrjia a las Pandectas, en AHDE 35 (1965).
- Valor y proyección histórica de la obra jurídica de S. Raimundo de Peñafort, en REDC 18 (1963).
- Notas sobre la canonística ibérica en los siglos XIII-XV, en StG 9 (1966).
- GARCÍA HERRERO, C. Cuestiones sobre la ley penal, según la doctrina del P. Francisco Suárez, en ED 9 (1917).
- Cuestiones sobre la ley penal, id. 10 (1918).
- La ley penal y la ignorancia, id. 12 (1920).
- Si las leyes tributarias son puramente penales, id. 9 (1917).
- GARCÍA PELAYO, M. Juan Ginés de Sepúlveda y los problemas jurídicos de la conquista de América, en Tierra Firme 2 (1936).
- GARCÍA PRIETO, L. La paz y la guerra. Molina y la escuela española del siglo XVI en relación con la ciencia y el D. Internacional moderno, Zaragoza, 1944.
- GARCÍA VILLOSLADA, R. La Universidad de París durante los estudios de Francisco de Vitoria, Roma, 1938.
- La Teología norma del Derecho, en AAFV, 1946.
- La idea del Sacro Romano Imperio según Sudrez, en RF nº etr. 1958.
- Erasmo y Vitoria, RF 107 (1935).
- GARZÓN, F. DE P. El Padre Juan de Mariana y las escuelas liberales, Madrid, 1889.
- Gascón y Marín, F. Vitoria y el Derecho público, Madrid, 1934.
- GIBERT, R. Lulio y Vives. Sobre la paz, en RSJB XV, II, 1961.
- GIRALDEZ, J. De las teorías de Derecho público en los escritores españoles de los siglos XVI y XVII, Madrid, 1989.
- GÓMEZ ARBOLEYA, E. Francisco Suárez Situación espiritual, vida y obra, Granada, 1946.
- La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez, en relación con sus supuestos metafísicos, Madrid, 1942.

STRUMENTI 47^I

— Perfil y cifra del pensamiento jurídico y político español, Madrid, 1941.

- Suárez y el mundo moderno, en REN 26-27 (1943).

Gómez Piñán, T. Antonio Agustin (1517-1568), su significación en la ciencia canónica, en AHDE 5 (1928).

Gómez Robledo, J. Doctrina de Suárez sobre el origen y el sujeto de la autoridad civil, en Pensamiento 4 (1948).

— El origen del poder político según Francisco Suárez, Méjico, 1948. GONZÁLEZ DE LA CALLE, P. U. Sebastián Fox Morcillo. Estudio histórico-crítico de sus doctrinas, Madrid, 1903.

— Ideas político-morales del Padre Juan de Mariana, en RABM 1913, 1914 y 1915. Cfr. también misma revista, 1918 y 1919.

González García Ideas políticas del P. Ribadeneyra, en REN 45 (1948). Guerrero, E. Sobre el voluntarismo jurídico de Suárez, en Pensamiento 1, 4 (1945-1948).

— La verdadera doctrina de Suárez sobre el derecho e la guerra, id. 4 (1048).

— Precisiones del pensamiento de Suarez sobre el primer sujeto del poder, RF 138 (1948). Trabajo polémico contra Urdánoz.

Guilarte Zapatero, A. Algunas observaciones acerca del doctor Espinosa y su obra, en AHDE 16 (1945).

HELLIN, J. Derecho internacional en Suárez y Molina, en EE 18 (1944), HERNÁNDEZ GIL, A. Etica y Derecho en la doctrina de Juan Luis Vives. en RFDUM, jul-dic. 1943.

HERRERO RUBIO, A. Le droit des gens dans l'Espagne du XVIIIe siecle, en RCADIH 81 (1952-II).

— El Derecho de Gentes en la obra de Pérez Valiente, Salamanca, 1949.

— Internacionalistas españoles del siglo XVIII. Don Joseph de Olmeda y León, Valladolid, 1947.

HINOJOSA, E. El dominico Fray Francisco de Vitoria y los origines del Derecho de gentes, Madrid, 1889.

— Los precursores españoles de Grocio, en AHDE 6 (1929).

IBÁÑEZ MARTÍN, J. Suárez y el sentido cristiano del poder político, Madrid, 1967.

IGLESIAS, E. El problema social contemporáneo y los principios de la filosofía social de Suárez, en Actas del Congreso de Filosofía de Barcelona III, 1948.

IGNACIO VALENTI, J. Le P. Jean de Mariana, en La Science Catholique XII (1897-98).

IPARRAGUIRRE, D. Francisco de Vitoria. Una teoria del valor económico, Bilbao, 1957.

IZAGA AGUIRRE, L. La soberanía civil según Suárez, en RF 124 (1941).

— Evolución de la democracia en la España del siglo XVI, en ED, 2ª ep., V (1957).

— El P. Luis de Molina, internacionalista, Madrid, 1936.

— La autoridad suprema civil según Suárez, en ED X (1918).

JARDÓN, A. Francisco Suárez, Francisco de Vitoria, en Anales de la Univ. de Oviedo, 1908-1910.

- JIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, J. El Decreto y las Decretales fuentes de la primera Partida de Alfonso el Sabio, Roma, 1954.
- KREBS WILCKENS, R. El pensamiento histórico, político y económico del Conde de Campomanes, Santiago de Chile, 1960.
- LANDECHO, C. M. La teoría jurídica del delito en Antonio Gómez, en Estudios penales de Deusto (Bilbao) 1965.
- LANSEROS, M. La autoridad civil en Francisco Suárez, Madrid, 1949. LAREQUI, J. El Derecho Internacional en España durante los siglos XVI y XVII, en RF 81 (1927).
- El P. Suárez creador del concepto de Derecho internacional, en RF 8 (1928).
- Influencia suareciana en la filosofía de Grocio, en RF 88 (1929). también, misma revista, 86 (1929), 83 (1929) y 340 a 345,
- LARRAZ, J. La época del mercantilismo en Castilla (1500-1700), Madrid, 1963.
- LASALA LLAUAS, M. Conceptos y principios fundamentales del Derecho de gentes según la doctrina del P. Vitoria, Zaragoza, 1928.
- LEGAZ Y LACAMBRA, L. Die Rechtsphilosophie des F. Suarez, en Zschr. für. öff. Recht. 14 (1934), pub. también en español, cfr. inf. Misceláneas.
- Vitoria, Suárez y nosotros, en Finisterre 6 (1948).
- LETURIA, P. Maior y Vitoria ante la conquista de América, en AAFV 3. LEVENE, R. En el tercer centenario de 'Politica Indiana' de Juan de Solorzano Pereira, Buenos Aires, 1948.
- LISARRAGUE, S. La teoría del poder en Francisco de Vitoria, Madrid, 1947.
- LOHMANN VILLENA, G. En torno a Juan de Hevia Bolaño. La incógnita de su personalidad y los enigmas de sus libros, en AHDE 31 (1961).
- LOJENDIO, I. M. DE: El derecho de revolución, en RDPr, Madrid, 1941. LÓPEZ-AMO MARIN, A. El pensamiento político de Eximenis en su tratado de « Regiment de princeps », en AHDE 17 (1946).
- LÓPEZ Y LÓPEZ, F. La autoridad y la división de la justicia, en BCS 3 (1962).
- LÓPEZ Y MARTÍNEZ, N. Tradición e Inquisición española (segunda mital del s. XVI), en BCS 3 (1962).
- Luño Peña, E. La filosofía jurídica y social de Juan Luis Vives, Universidad de Zaragoza, 1940.
- El pensamiento jurídico de San Raimundo de Peñafort, Zaragoza, 1945.
 MACEDO DE STEFFENS, D. C. La doctrina del tiranicidio, Juan de Salisbury (1115-1180) y Juan de Mariana (1535-1621), en AHAM, Buenos Aires, 1957-58.
- MACIA MANSO, R. Juricidad y moralidad en Suárez, Oviedo, 1967.
- Derecho y justicia en Suárez, Granada, 1968.

MADURELL MARIMON, J. M. Micer Jaume Callis y su biblioteca jurídica, en AHDE 33 (1963).

- MARAVALL, J. A. La teoría española del Estado en el siglo XVII, Madrid, 1944.
- MARCOS RODRIGUEZ, F. Don Diego de Covarrubias y la Universidad de Salamanca, S 6 (1959).
- Carlos V y el pensamiento político del Renacimiento, Madrid, 1960.
- De la Ilustración al Renacimiento: el pensamiento político de Cadalso, Melanges Jean Sarrailh.
- Bases antropológicas del pensamiento de Gracían, en RUM nº 27, vol. VII.
- Los origenes del empirismo en el pensamiento político español del siglo XVII, Granada, 1946.
- El descubrimiento de América en la Historia del pensamiento político, en REP nº 63.
- MARIN MONROY Los cambios del Derecho y la introactividad en el P. Francisco Suárez, en Rev. crítica de Derecho Inmobiliario 1940.
- MARTI Y MIRALLES, J. La interpretación de las leyes según la doctrina del P. Suárez, cfr. inf. Conmemoración, en Misceláneas.
- Martín Martínez, I. Las relaciones de la Iglesia y el Estado en el pensamiento del Cardenal Belluga, en RFDUM II, 3 (1958).
- Un breviario de prudencia política en el Memorial antirregalista de Belluga a Felipe V, en AHDE 23 (1953).
- MARTÍNEZ CARDOS, J. Gregorio López, Consejero de Indias, glosador de las Partidas (1496-1560), Madrid, 1960.
- MEDINA OLMOS, M. La obra jurídica del Padre Suárez. Bosquejo crítico, Granada, 1971.
- MENDIZÁBAL VILLALBA, A. La teoria jurídica de la ley según Domingo de Soto, Modena, 1931.
- MESTRE, A. Ilustración y Reforma de la Iglesia. Pensamiento políticoreligioso de Don Gregorio Mayans y Sicar (1699-1781), Valencia, 1968.
- Historia, fueros y actitudes políticas. Mayans y la historiografía del XVIII, Valencia, 1970.
- MIAJA DE LA MUELA, A. Internacionalistas españoles del siglo XVI. Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569), Valladolid, 1932.
- Una sátira española contra los internacionalistas del siglo XVIII, Santiago, 1945.
- El Derecho «totius orbis» en el pensamiento de Vitoria, REDI 18 (1965).
- MIRANDA, J. Viioria y los intereses de la conquista de América, Jornadas (Méjico) 57 (1957).
- Molina, R. A. Nuevos antecedentes sobre Solórzano y Pinelo, Buenos Aires, 1947.
- Montenegro Baca, J. El derecho del Trabajo en « El Quijote », Trujillo, 1965.

Muñoz y Pérez, J. Los prontuarios americanos de Manuel José de Ayala, en AHDE 16 (1956).

- Murillo Ferrol, F. Los fundamentos teológicos de la política. La doctrina suareciana del « corpus mistycum políticum », 1949.
- Saavedra Fajardo y la política del Barroco.
- Sociedad y política en el «corpus mistycum políticum» de Suárez, en RI 1950.
- El pacto social en Suárez, en ADP 1948.
- Muro y Orejón, A. Reguera Valdelomar y el Nuevo Código de Indias, en AHDE 21-22 (1951-52).
- El doctor Juan Luis López, Marqués del Risco, y sus comentarios a la Recopilación de Indias, en AHDE 17 (1946).
- NAVARRETE, J. M. Alfonso de Cstro y la ley penal, en Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios 141 (1959).
- Ochoa Sanz, J. Vincentius Hispanus, canonista boloñes del siglo XIII, Roma-Madrid, 1960.
- OLARTE, T. Alfonso de Castro (1495-1558), San José de Costa Rica, 1946. PALACIO ATARD, V. Los españoles de la Ilustración, Madrid, 1964.
- PALMA DE MALLORCA, A. Els sistemes juridiques i les idees juridiques de Ramón Lull, Mallorca, 1936.
- La doctrina jurídica i el sistema de Dret Internacional de Mestre Ramón Lull, Miscelánea Patxot, Barcelona, 1931.
- Paulo, J. El P. Suárez y sus doctrinas jurídicas, en RDPr 4 (1917). Pereda, J. El hurto famélico en algunos de nuestros teólogos del siglo XVI, en RF (1927) n. 79.
- El 'Versari in re illicita', Madrid, 1948.
- Covarrubias Penalista, Barcelona, 1959.
- Famosus latro, en ADPCP, 1962.
- Pereña Vicente, L. Teoría de la guerra en Francisco Suárez, dos vols., Madrid, 1954.
- Diego de Covarrubias y Leyva, maestro de Derecho Internacional, Madrid, 1957.
- El concepto de Derecho de gentes en Francisco Suárez, en REDI, Madrid, 1949.
- Diego de Covarrubias und die Eroberung Amerikas, en Archiv des Völkerrechts 6, 2 (1957).
- Sebastián Pérez, Obispo de Osma, su tesis sobre la conquista de América, en Celtiberia 9 (1955).
- Francisco de Vitoria en Portugal, en Arbor, jul.-ag. 1960.
- La conquista de Portugal y el arbitraje internacional, en REDI 8, 1-2 (1955).
- Diego de Covarrubias. Maestro de Salamanca, en REDC 31 (1956).
- La soberanía de España en América según Melchor Cano, en REDI 5, 3 (1952).
- Melchor Cano, discipulo de Vitoria, en CT 256 (1955).

- El concepto de Derecho de gentes en Francisco de Vitoria, en REDI 5, 2 (1952).

- Introducción a la tesis española de la paz, en REDI 16, 1-2 (1963).
- Miguel de Ulcurrun. El Emperador, garantía y organo del Derecho Internacional positivo, en REDI VI, 1 (1953).
- La tesis de la coexistencia pacífica en los teólogos clásicos españoles, Madrid, 1963.
- Il diritto di guerra in Melchor Cano secondo nuovi documenti inediti, en Rivista Int. di Filosofia del Diritto 31, II (1954), cfr. AAFV 12 (1958-59).
- Crisis de colonialismo y la escuela de Francisco de Vitoria, en AAFV 13 (1960-61).
- Francisco Suárez. Guerra. Intervención y paz Internacional, Madrid, 1965.
- Francisco de Vitoria y la unidad de Europa, en Organización internacional de gentes, vol. II, Madrid, 1956.
- La Conquête de l'Amerique et la paix internationale, Bruselas, 1963.
- Circunstancia histórica y Derecho de gentes en Luis de Molina, en REDI 10, 1-2 (1957).
- Teoria de la guerra en Francisco Suárez, 2 vols., Madrid, 1954.
- PÉREZ DE AYALA, J. L. Un teórico español de la política financiera: D. Martin González de Cellorigo, en RDFHP 36 (1959).
- PÉREZ BLESA, R. La Ontología de la ley en la Escolástica española, Zaragoza, 1942.
- Perpiñá Rodríguez, A. La doctrina de los grupos humanos en Vitoria y Suárez, en RIS 1944, 1945.
- Peset Reig, M. Universidades y enseñanza del Derecho durante las regencias de Isabel II (1833-1843), en AHDE 39 (1969).
- Puigdollers Oliver, M. La Filosofia española de Luis Vives, Madrid, 1940.
- El tratado de communione rerum y el movimiento social anabaptista.
- El tratado de Subventione pauperum y el sentido cristiano de la propiedad.
- Puy Margall, F. Juan de Mariana. Breves apuntes sobre su vida y escritos, en la ed. de Mariana en Rivadeneyra (BAAEE).
- Puy Muñoz, F. Las ideas jurídicas en la España del siglo XVIII (1700-1760), Granada, 1962.
- RAVENTOS Y NOGUER, M. Ramón Lázaro de Dou y sus obras «Instituciones de Derecho publico español» y «El dominio del mar», en AAFV 4.
- RECASENS SICHES, L. La filosofía del Derecho de Francisco Suárez con un estudio previo sobre sus antecedentes en la Patrística y en la Escolástica, Madrid, 1927 Méjico, 1947.
- Las teorías políticas de Francisco de Vitoria, Madrid, 1931. Cfr. la recensión de García Pelayo, en RGLJ 161 (1932).

- RETANA, W. El doctor Francisco de Sande, en RCJS 14 (1921).
- REY STOLLE, A. Francisco Suárez en la España de su época, Madrid, 1950. RIAZA, R. El primer impugnador de Vitoria, Gregorio López, en AAFV 1952.
- Las Partidas y los libri Feudorum, en AHDE 10 (1933).
- Sobre la Peregrina y sus redacciones, en AHDE 7 (1930).
- El Derecho romano y el Derecho nacional en Castilla, durante el siglo XVIII, Madrid, 1929.
- La interpretación de las leyes y la doctrina de Francisco Suárez, Madrid, 1925.
- El P. Suárez y sus doctrinas jurídicas, en RDPr 56.
- ROBLEDO, O. La Aequitas en Aristóteles, Cicerón, Santo Tomás y Suárez, en MC 1951 (extraordinario).
- Rodríguez-Arango Díez, C. El matrimonio clandestino en la novela cervantina, en AHDE 25 (1955).
- Rodríguez Molinero, M. Origen español de la ciencia del Derecho Penal, Madrid, 1959.
- RUBIO GARCÍA-MINA, J. La doctrina del fletamento en Hevia Bolaños, Oviedo, 1944 y AHDE 15 (1944).
- SÁNCHEZ AGESTA, L. Los origenes de la teoria del Estado en el pensamiento español del siglo XVI, en REP 1958.
- Feijoo y la crisis del pensamiento politico español en el siglo XVIII, en REP núms. 22-23.
- El concepto de Estado en el pensamiento español del siglo XVI, Madrid, 1959.
- El pensamiento político del despotismo ilustrado, Madrid, 1953.
- Un capitulo de Luis Vives: de iure civili corrupto, en RGL 167 (1935).
- El discurso político económico de A. de Campany.
- El concepto de soberanía en Suárez, en ADP 1 (1948).
- SÁNCHEZ BELLA, I. Los comentarios a la Leyes de Indias, en AHDE 24 (1954).
- Edición y utilización de nuevas fuentes para el estudio de las instituciones indianas, en AHDE 18 (1947).
- SÁNCHEZ GALLEGO, L. Luis de Molina internacionalista, Salamanca, 1934. SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. Idea y aspectos de justicia, según la Escuela teológica española de los siglos XVI y XVII, Tesis doctoral, Madrid, 1957. Resumen RFDUM I (1957).
- SANCHO, M. Ideas penales del maestro Domingo de Soto, CT 20 (1919), 21 (1920).
- Domingo de Soto y Alfonso de Castro, CT 22 (1920).
- SANCHO IZQUIERDO, M. Suárez y la filosofía del Derecho (La doctrina suareciana del D. Natural), en RNE 3 (1943).
- SEPÚLVEDA Y QUIRÓS, F. Apuntes biográficos del Doctor D. Juan Ginés de Sepúlveda, Madrid, 1862.
- SERRANO SERRANO, J. Ma. Doctrina de Juan Luis Vives sobre la pro-

piedad y el trabajo y su repercusión en las instituciones sociales contemporáneas, S 12, 1 (1965).

- SERRANO VILLAFAÑE, E. Un autor de la escuela española del Derecho natural: Fray Miguel Bartolomé Salón, en AFD 4 (1956).
- SIERRA, L. La moral política. El antimaquiavelismo en Suárez y Gracián, en Arbor 183 (1961).
- Suárez, D. Alfonso X, sus ideas políticas y sociales, Madrid, 1861. Sureda Carrión, J. L. La Hacienda castellana y los economistas del siglo XVI, Madrid, 1949.
- Tierno Galván, E. El tacitismo en las doctrinas políticas del siglo de oro español, Murcia, 1949.
- Jeronimo de Merola y su República original sacada del cuerpo humano, en RIS 7, 26-27.
- Toni Ruiz, T. Don Rodrigo Sánchez de Arévalo (1404-1470). Su personalidad y actividades. El Tratado « De Pace et de Bello », en AHDE 12 (1935).
- Torres Aguilar-Amat, S. El concepto del Derecho según los escritores españoles de los siglos XVI y XVII, Madrid, 1891.
- Torres Campos, M. Francisco Suárez y el Derecho cristiano de la guerra, Madrid, 1917.
- Francisco Suárez, precursor de Grocio, en RGLJ 8, tomo 130.
- Torres López, M. La idea de la Monarquia universal hasta Francisco de Vitoria, como antecedente de la Sociedad de Naciones, en AAFV, 1931.
- La sumisión del soberano a la ley en Vitoria, Vázquez de Menchaca y Suárez, AAFV, 1933.
- Catolicos ante la guerra, en Estudios Internacionales, Publicaciones del grupo español de la Unión de Friburgo, Madrid, 1935.
- El arte y la justicia de la guerra en el libro de los Estados de Don Juan Manuel, en CR, nov. (1933).
- La doctrina de Santo Tomás sobre la guerra justa y sus influencias en la de Francisco de Vitoria, en AFFLG 4 (1928).
- La idea del Imperio en el libro de los Estados de Don Juan Manuel, en CR 2 (1933).
- La doctrina de las 'Iglesias propias' en los autores españoles, en AHDE 2 (1925).
- TRUYOL SERRA, A. Premisses philosophiques et historiques du 'totus orbis' de Vitoria, en AAFV 7 (1946-47).
- Suárez, en Staatslexikon. Recht. Wirtschaft. Gesellschaft., 6ª ed., Freiburg.i.Br.
- La conception de la paix chez Vitoria et les classiques espagnoles du Droit des Gens, en RSIB 16, II (1961).
- Die Grundsätze des Staats u. Volkerrechts bei Francisco de Vitoria, Zurich, 1947.
- Doctrina vitoriana del orden internacional, CT 72 (1947).

— El objetivismo ético de F. Suárez, en Actas... cfr. inf. Misceláneas. UGARTE DE ERCILLA Suárez, filósofo del Derecho, en RF 1917, tomo 48. — El P. Suárez y el Tratado de las leves. en RF 54 (1919).

- URDANOZ, T. Vitoria y el concepto de Derecho natural, Salamanca, 1947.
- Tratado de la justicia; en la ed. bilingue de la Summa Theologica, Madrid, 1954, vol. VI. Contiene una excelente síntesis de doctrinas juridicas de autores tomistas.
- UREÑA SMENJAUD, R. Observaciones acerca del desenvolvimiento de los estudios de Historia del Derecho español, Madrid, 1906.
- VALLS TABERNER, F. San Ramón de Penyafort, Barcelona, 1946.
- VILLOTA ELEJALDE, J. L. Doctrinas filosófico-jurídicas y morales de Jovellanos, Oviedo, 1958.
- VIÑAS MEY, J. Doctrinas políticas y penales de Furio Ceriol, en RCJS 4 (1921).
- Pedro de Valencia. Escritos sociales, Madrid, 1945.
- La costumbre en Suárez.
- Yanguas Messia, J. Las tres reglas de oro de la guerra según Vitoria, Madrid, 1947.
- ZAHAR VERGARA, A. La filosofía de la ley según Domingo de Soto, Méjico, 1946.
- ZARAGUETA Y BENGOECHEA, J. Las directrices del pensamiento éticojurídico de Suárez frente a las desviaciones modernas, en el vol. Conferencias. Escuela Diplomática, Madrid, 1946.
- La filosofía de Suárez y el pensamiento actual, Granada, 1941.
- Los valores ético-jurídicos en el pensamiento de Suárez, en el Bol. de la Univ. de Granada, A. XIII, 1941.
- ZAVALA (S). La filosofía política en la conquista de América, Méjico, 1944.
- Ideario de Don Vasco de Ouiroga, Méjico, 1941.
- La doctrina del doctor Palacios Rubios sobre la conquista de América, Méjico, 1937.
- Servidumbre natural y libertad cristiana, según los tratadistas españoles de los siglos XVI y XVII, Buenos Aires, 1944.
- ZUZBANO, R. Enseñanzas de Suárez sobre la guerra, en ED 9 (1917), pp. 284-302.
- Autoridad de Suárez en la ciencia jurídica internacional, en ED 10 (1918), pp. 227-239.

b) Miscelaneas.

Salvo muy raras excepciones, las aportaciones contenidas en los libros misceláneos que a continuación se reseñan no han sido recogidas en la precedente selección de monografías.

- 1) De un solo autor:
- GARCIA ARIAS, L. Estudios de Historia y doctrina del Derecho internacional, Madrid, 1964.

Gómez Arboleya Estudios de Teoría de la Sociedad y del Estado, Madrid, 1962.

- LEGAZ Y LACAMBRA, L. Horizontes del pensamiento jurídico, Barcelona, 1947.
- Estudios de doctrina jurídica y social, Barcelona, 1940.
- MARAVALL, J. A. Estudios de historia del pensamiento español, Madrid, 1967.
- 2) De varios autores.
- Fr. Alfonso de Castro, Teologo y jurista. IV Centenario de su muerte, 1558-1958, Liceo Franciscano, Santiago, 1958.
- Actas del IV Centenario del nacimiento de Suárez, 2 vols., Madrid, 1950. Conmemoración del tercer centenario de la muerte de Suárez, Barcelona, 1923.
- Volumenes extraordinarios con el titulo: Suarez en el cuarto centenario de su nacimiento de las revistas, RF, MC, EE, Pensamiento (todas en 1948) y Revista de Filosofía, 1949.

Francisco de Vitoria, 1546-1946, Santiago de Compostela, 1947.

Universidad de Valencia. Cátedra de Luis Vives. Ofrenda de los antiguos amigos en su IV centenario, Valencia, 1940.

Centenario de los iniciadores de la ciencia jurídico-administrativa española, Madrid, 1944.

Estudios jurídico-sociales. Homenaje al Prof. Dr. Luis Legaz y Lacambra, Santiago, 1960.

Repertorio de Historia de las ciencias eclesiásticas en España. 1. Siglos III-XVI, Salamanca, 1967 2. Siglos IV-XVI, Salamanca, 1971. Homenaje a Gracián, Zaragoza, 1958.

Colección de estudios en homenaje al profesor Camilo Barcia Trelles, Santiago, 1945 (*).

Ciencia Tomista, numero extraordinario, dedicado a Vitoria, 72 (1947). Cfr. tambien los numeros 70 y 71.

(*) Siglas utilizadas:

AA = Anthológica Annua

AAFV = Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria

ADP = Archivo de Derecho Publico

ADPCP = Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

AE = Anales de Economia

AEA = Anuario de Estudios Americanos AFD = Anuario de Filosofia del Derecho

AFFLG = Anales de la Facultad de Filosofia y Letras de Granada

AFP = Archivum Fratrum Praedicatorum AHAM = Anales de Historia Antigua y Medieval AHDE = Anuario de Historia del Derecho Español

AS = Acta Salamanticensia

AST = Analecta Sacra Tarraconensia

VI. CÁTEDRAS UNIVERSITARIAS.

Los estudios de Historia del pensamiento jurídico español, sólo están atendidos directamente a nivel universitario, en las Universidades de Madrid, Granada y Salamanca.

En Madrid, la Facultad de Ciencias políticas destina dos asignaturas de su actual plan de estudios a ésta rama. La « Historia del pensamiento político español » (Actual titular: Dr. José Antonio Maravall Casesnoves) y la « Historia del pensamiento español sobre el Derecho internacional » (Catedrático encargado: Dr. Antonio Truyol Serra). En el libro editado por la Facultad con el título de « Calendario » pueden leerse los programas de dichas asignaturas junto con una mínima orientación bibliográfica para alumnos.

En Granada, la Cátedra «Francisco Suárez» se mueve fuera de los planes regulares de estudios, realizando una meritoria labor de

```
ATG
         = Archivo Teológico Granadino
BAAEE = Biblioteca de Autores españoles
        = Burgense Collectanea Scientifica
BCS
BSCC
        = Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura
BUS
        = Boletín de la Universidad de Santiago
         = Cruz y Raya
CR
        = Ciencia Tomista
CT
ED
        = Estudios de Deusto
EE
        = Estudios Eclesiásticos
HS
        = Hispania Sacra
MC
        = Miscelanea Comillas
NRFH = Nueva Revista de Filologia Española
RABM = Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos
RCADIH = Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye
         = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales
RCIS
         = Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública
RDFHP
RDIPE = Revista de Derecho Internacional v de Política Exterior
RDPr
         = Revista de Derecho Privado
RE
         = Revista de España
REA
         = Revista de Estudios Americanos
REDC
         = Revista Española de Derecho Canónico
REDI
         = Revista Española de Derecho Internacional
REN
         = Revista de Educación Nacional
REP
         = Revista de Estudios Políticos
RET
         = Revista Española de Teologia
         = Razón y Fe
RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid
         = Revista General de Legislacion y Jurisprudencia
RGLI
         = Revista del Instituto de Historia del Derecho
RIHD
         = Revista Internacional de Sociologia
RIS
RNE
         = Revista Nacional de Economia
RSIB
         = Recueil de la Societé Jean Bodin
         = Revista de la Universidad de Murcia
RUM
RUO
         = Revista de la Universidad de Oviedo
        = Salmanticensis
StG
        = Studia Gratiana
```

promoción de conferencias y publicaciones, que no puede ser mayor por falta de medios económicos. El mismo problema acucia en Salamanca a la Cátedra « Francisco de Vitoria » íntimamente ligada a la Facultad de Derecho y a la Asociación « Francisco de Vitoria »; sus objetivos son coincidentes con los de la institución granadina.

En el resto de las Universidades españolas el pensamiento jurídico español moderno y contemporáneo no se estudia específicamente ni en planes de estudios, ni en Cátedras extraordinarias. Unicamente alcanza cabida, y ello en grado muy aleatorio y desigual en la asignatura de « Historia del Derecho español » y esporádicamente en algún curso monográfico a nivel de Doctorado.

El panorama es pues, francamente pobre y desalentador.

Indice

	pag.
Paolo Grossi, Pagina introduttiva	ı
MODELLI E DIMENSIONI	
Bruno Paradisi, Questioni fondamentali per una moderna storia del diritto .	7
PIETRO COSTA, Semantica e storia del pensiero giuridico	45
LUIGI LOMBARDI VALLAURI, Storia e diario	89
LA DIMENSIONE GIURIDICA	
VINCENZO PIANO MORTARI, Potere regio e consuetudine redatta nella Francia del Cinquecento	131
RAFFAELE AJELLO, Formalismo e storia del diritto moderno	177
PAOLO UNGARI, Per la storia dell'idea di Codice	207
NATALINO IRTI, Problemi di metodo nel pensiero di Francesco Ferrara	229
Sabino Cassese, Ipotesi sulla formazione de «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano	243
FIGURE DELL'ESPERIENZA	
PAOLO GROSSI, Usus facti - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova	287
DIETER Schwab, Die Familie als Vertragsgesellschaft im Naturrecht der Aufklärung	357
LETTURE	
A. J. Arnaud, Les origines doctrinales du Code civil français (G. Tarello)	379
S. Cassese, Cultura e politica del diritto amministrativo (R. Ruffilli)	386
G. DE CRESCENZO, Francis Hutcheson e il suo tempo (P. Costa)	397
J. EDELMANN, Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz (G. Otte)	402
Jherings Erbe - Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolf von Jhering (G. Marini)	407
Materiali per una storia della cultura giuridica, vol. I (A. Zanfarino)	413

104	
A. MAZZACANE, Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del sec. XVI (G. D'Amelio)	pag.
G. TARELLO, Le ideologie della Codificazione nel secolo XVIII (M. Sbriccoli)	422
M. VELLANI, Il Publico Ministero nel processo (G. Franchi)	•
STRUMENTI	
Andrè-Jean Arnaud, Éléments de bibliographie récente en langue française, sur l'histoire de la pensée juridique moderne	441
Josè Manuel Perez Prendes, Bibliografia del pensamiento juridico español moderno	449

I collaboratori del primo « Quaderno »

Bruno PARADISI

Prot. Ordinario di Storia del Divitto Italiano - Università di Roma;

Pietro COSTA

Ass. Ordinario di Storia del Diritto Italiano - Università di Firenze;

Luigi LOMBARDI VALLAURI

Prof. Straordinario di Filosofia del Diritto - Università di Firenze;

Vincenzo PIANO MORTARI

Prof. Ordinario di Storia del Diritto Italiano - Università di Napoli;

Raffaele AJELLO

Prof. Ordinario di Storia del Diritto Italiano - Università di Catania;

Paolo UNGARI

Prof. Incaricato di Storia del Diritto Italiano - Università di Roma;

Natalino IRTI

Prof. Ordinario di Istituzioni di Diritto Privato - Università di Perugia;

Sabino CASSESE

Prof. Straordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico - Università di Urbino;

Paolo GROSSI

Prof. Ordinario di Storia del Diritto Italiano - Università di Firenze;

Dieter SCHWAB

Ord. Professor für Deutsche Rechtsgeschichte, Bürgerliches Recht und Kirchenrecht - Universität Giessen:

Giovanni TARELLO

Prof. Ordinario di Filosofia del Diritto - Università di Genova;

Roberto RUFFILLI

Prof. Incaricato di Storia Contemporanea - Università di Bologna;

Gerhard OTTE

Ord. Professor für Deutsche Rechtsgeschichte und bürgerliches Recht - Universität Bielefeld:

Giuliano MARINI

Prof. Ordinario di Filosofia del Diritto - Università di Pisa;

Antonio ZANFARINO

Prof. Straordinario di Storia delle Dottrine Politiche - Università di Firenze;

Giuliana D'AMELIO

Prof. Incaricato di Storia del Diritto Italiano - Università di Cagliari;

Mario SBRICCOLI

Prof. Incaricato di Diritto Comune - Università di Macerata;

Giuseppe FRANCHI

Prof. Ordinario di Diritto Processuale Civile - Università di Parma;

André-Jean ARNAUD

Chercheur au C.N.R.S. - Centre de Philosophie juridique, Paris-Assas;

José Manuel PÉREZ PRENDES

Catedrático de Historia del Derecho - Universidad de La Laguna.