QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

2

(1973)

giuffrè editore milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

PAGINA INTRODUTTIVA

Chiudevamo la pagina introduttiva del primo Quaderno constatando la felice realizzazione di un banco di lavoro che vedeva accomunati storici e filosofi del diritto insieme a cultori del diritto positivo. Questi, forse più di quelli, sono oggi i protagonisti del secondo Quaderno; ed è fatto culturalmente significativo.

Significativo, perché scopre segrete ed insospettate tensioni nell'impegno professionale del giurista contemporaneo sempre più insoddisfatto del compito che lo Stato di diritto gli ha concretamente affidato, sempre più alla ricerca della sua efficace collocazione entro il tessuto della società moderna. Significativo inoltre, perché ci propone un giurista alla scoperta di nuove dimensioni del suo oggetto conoscitivo, immerso in una rinnovata contemplazione di esso.

È evidente che la scienza giuridica sta finalmente deponendo i suoi semplicismi e avverte la misura complessa dell'universo giuridico. Mai come oggi il giurista ha sentito su di sé il peso e la responsabilità derivantigli dalla duplice natura che costantemente lacera il diritto fra statica di valori e dinamica di prodotti storici e che condanna lui, come operatore culturale, al centro di una duplice consapevolezza spesso in acuto conflitto: da un lato, coscienza d'una insopprimibile vocazione del diritto a consolidarsi in sistema e a strutturarsi in discorso logico; dall'altro, l'immagine corrosiva ed urgente d'una realtà mobilissima che sembra avere nella propria aderenza al divenire storico l'unica autentica condizione di vita; che sembra inoltre malamente tollerare un orpello tecnico quando sia ridotto — come spesso avviene — a dato meramente calligrafico.

Singolare supplizio della scienza giuridica contemporanea, ma — insieme — occasione d'un suo recupero culturale. La ' lettura '

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del giurista si fa sensibilmente diversa e le sue lenti mettono a fuoco misure più adeguate e segnalano spessori e dimensioni prima appiattiti. Tutto il materiale dei suoi studi non è più il mucchio delle mille regolette quotidiane che contano, per sopravvivere, soltanto sull'incuria o l'impotenza del legislatore, ma si esalta ora ai suoi occhi d'una intrinseca storicità; si rifiuta di essere forma vana e secrèta, e diventa ordinamento d'una civiltà, nervatura vitale delle speranze e delle credenze di questa còlte nelle sue strutture più profonde e più radicate. Soltanto a un osservatore distratto la storia del diritto potrebbe apparire, in un'immagine deformata o tale da cogliere unicamente aspetti patologici del fenomeno, come storia di forme superficiali, d'un cortice esterno logoro e spesso distaccato dalla struttura sottostante. Ciò che infatti si raccoglie sotto il segno specifico del diritto è sì sempre un'emersione a livello della quotidianità storica, ma di realtà profonde, intimamente radicate nella cultura e nella società, nei tempi lunghi di esse; ed è diritto, con gli attributi e i caratteri propri del ' giuridico ', solo a condizione di questo pescaggio nel profondo. Né importa se ciò si mantenga sul piano conoscitivo o si colori ideologicamente: che si tratti di certezze oggettive o di interessi parziali, questi non saranno mai transeunti o effimeri, ma in qualche modo radicati nella storia d'una cultura, d'una intera società o d'un suo momento rilevante.

Questo va detto con franchezza al non-giurista e al suo facile quanto incolto dispregio per una realtà di cui non afferra compiutamente il senso; questo va però soprattutto detto al giurista. Solo a questo punto egli — che ha sempre negli orecchi le impietose pagine di von Kirchmann, anche se ha sempre mostrato con ammirevole disinvoltura di ritenerle irrilevanti — può raggiungere la sua affrancazione sul piano epistemologico e può contare serenamente sulla scientificità del proprio discorso.

Sembra questo il rassicurante itinerario che la scienza giuridica va percorrendo in questi fertili anni. Con qualche smarrimento, con più di una perplessità, vincendo antichi timori, stravolgendo il proprio vólto ormai fissato da tempo in una maschera talora grottesca, uscendo insomma dal chiuso e riparato porticciolo in zone forse men quiete ma senza dubbio maggiormente percorse da correnti varie e vivissime.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Se così è, pare che allo storico del diritto spetti, più che ad altri, il privilegio e l'onere d'un'azione sollecitativa; che ai suoi compiti istituzionali un altro se ne debba aggiungere nei confronti di tutta la scienza giuridica. Fu detto, con frase felice e fortunata, che ' nell'ordine della sapienza civile pochi hanno cura d'anime quanto uno storico del diritto '. La frase ha sapore di invito pressante oggi che sembra essere giunto per lui il momento di lasciare il proprio cantuccio per assumere, ben al centro della scienza giuridica, non già il ruolo di appartata vestale d'un patrimonio inesorabilmente trascorso ma di portatore d'una consapevolezza più complessa; lui che, più d'ogni altro, è avvezzo a vedere, dietro lo schermo del diritto, il segno marcato a vivo nella carne degli uomini, che ha di fronte, come storico, un'esperienza conchiusa e totalmente vissuta e perciò, nel tempo, quasi liberata dal tempo, si porrà come la cattiva coscienza del giurista con una funzione squisitamente provocatoria, sarà testimone e premonitore di futuribili più che analista di cose passate.

Ma la ' cura d'anime ' non può non avere anche un altro senso: se la *scientia juris*, per la sua naturale propensione all'isolamento, tende a raggomitolarsi in se stessa, dovrà primo fra tutti lo storico, per la sua costante attenzione al di là del diritto, per la sua vocazione ad abbattere confini troppo angusti e a schiudere varchi, impedire eccessivi inaridimenti culturali impostando dialoghi e instaurando occasioni di incontro con dimensioni diverse dalla giuridica.

I ' Quaderni ' non si sottraggono a questo impegno e intendono anzi contribuire a dar concreta risposta a tutte le istanze ora espresse. È questo il senso del comune lavoro di cui si dà in questo volume una testimonianza.

Rispetto al precedente Quaderno si segnala in questo, pur in una struttura ancora largamente composita, un tentativo di incentramento in due vaste zone problematiche, con una serie di contributi organicamente rivolti a studiare figure singolari e rilevanti della moderna dottrina giuspubblicistica, o momenti altrettanto rilevanti delle moderne dottrine penalistiche; preludio di quell'orientamento monografico che i ' Quaderni ' vogliono far proprio sin dal prossimo volume, che sarà dedicato ad una compiuta ricostruzione storiografica del cosiddetto ' Socialismo giu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ridico '. Si segnala infine una presenza, che è esemplare come traduzione dell'impegno di cui poco sopra si parlava; ed è la lettura ' giuridica ' di Leibniz operata da uno dei più agguerriti sensibili e intelligenti storici della cultura: Cesare Vasoli. Occasione per i giuristi d'un significativo incontro con un ' laico ' provvedutissimo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Modelli e dimensioni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

JACQUES ELLUL

RÉFLEXIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU DROIT

I.

Nous sommes ici en présence d'une très ancienne question, car depuis que l'on a pris conscience de l'importance du phénoméne juridique, on a été amené à se poser la question de sa spécificité. Mais il me semble que les recherches que l'on a poursuivies à ce sujet étaient viciées par deux facteurs préalables non critiqués. Le premier tenait au fait que l'on se situait dans le monde occidental, et plus précisément de l'Europe continentale, qui vivait avec un modèle du droit, qui paraissait à tous un modèle achevé, à savoir le Droit Romain, ce qui signifiait que, parlant du droit en général, on gardait en tête cette référence implicite: le droit c'était d'abord et avant tout le droit romain. Les autres systèmes étaient minorisés par rapport à cet exemple et l'on ne pouvait pas les prendre totalement au sérieux. On en revenait toujours à cette oeuvre achevée, à propos de laquelle on recherchait justement ce qu'elle contenait de spécifique par rapport aux autres systèmes voisins, la morale, par exemple. Le second facteur est d'ordre méthodologique. Nous avons sans cesse constaté la démarche suivante: le philosophe se donne une définition du droit, qui est une définition préalable et, ensuite, il réfléchit sur la spécificité du phénomène qu'il a d'abord défini. Or, il est évident que les résultats de sa recherche seront directement déterminés par la définition qu'il a posée: suivant qu'il l'aura faite très large ou très précise, il pourra conclure que le droit est spécifique ou non. Je n'irai pas jusqu'à dire que la définition adoptée soit arbitraire, mais elle était toujours établie en fonction de deux éléments: d'une part, justement la considération du droit romain (ou encore du droit en vigueur par exemple en France

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

au XIXe siècle) et d'autre part d'une prise de position que je pourrais appeler spiritualiste et selon laquelle le droit fait partie des « sciences normatives ».

Or, il est bien évident que cette attitude de départ pour une réflexion juridique n'est plus possible. Nous avons été mis depuis un demi siècle au contact avec des droits de caractère multiple, soit du fait de régimes politiques nouveaux, soit du fait d'une mise en valeur des civilisations orientales ou africaines. Les ethnologues nous ont rapporté une ample moisson de phénomènes juridiques qui n'ont pas grand chose à faire avec le droit romain.

D'autre part, la décision implicite d'idéalisme, bien qu'elle soit encore très forte dans les nouvelles écoles de droit naturel ne semble guère utile. Je ne veux pas dire qu'une prise de position matérialiste soit plus scientifique ou exacte. Tel n'est pas mon propos ni l'objet de cette réflexion. Mais la question de la spécificité du droit n'est pas, pour moi, une question d'école: il ne s'agit nullement de disserter sur un point de métaphysique. Le droit est avant tout un système concret destiné a s'appliquer, il peut même être comparé dans une certaine mesure aux techniques. Dès lors, il faut poser la question de sa spécificité, c'est à dire de la réalité de son existence, de façon pratique. Et c'est bien d'ailleurs ce que faisaient les philosophes spiritualistes ou les théologiens, quand se posait pour une société christianisée la question de l'orientation des *moeurs*: le droit apparaissait comme l'un des moyens possibles pour contrôler et modifier les moeurs. Dès lors la grande préoccupation devait justement être de savoir quelle était sa spécificité par rapport, par exemple à la morale. Mais il n'est pas du tout certain que ce soit un donné permanent, éternel, immuable: *c'était* la question, mais avec la transformation de la société depuis deux siècles, avec la socialisation par exemple et la technicisation, peut être le droit doit-il être envisagé autrement. Par exemple, peut-être, le problème aujourd'hui n'est-il plus celui de la spécificité par rapport à la morale, mais de la spécificité par rapport aux sciences et méthodes de l'organisation.

On a toujours voulu considérer que l'essence du droit était la loi faite par le législateur mais si aujourd'hui la pièce centrale était la Planification? Ne voit-on pas que même si le Plan est voté par une Assemblée législative, il est de toute autre *nature*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

qu'une loi sur les successions. On a toujours voulu considérer que la Constitution était le vrai thème du droit public, mais si aujourd'hui la règle maîtresse selon laquelle fonctionnent réellement les administrations était la circulaire administrative? La circulaire ne présente aucun des caractères que l'on se plaît à reconnaître au décret, à l'arrêté etc... Dès lors, il convient de cesser de poser le problème en termes anciens, mais au contraire à partir d'une nouvelle connaissance et d'une expérience actuelle. Dire ainsi, suivant les grands auteurs, que le droit est une collection ou un système de Normes, c'est en faire un système détaché de la réalité: car on a bien pu l'envisager à un moment et dans un certain contexte, ainsi, mais rien ne nous permet aujourd'hui de ramener le droit à cela, je dirai même plus, le considérer ainsi c'est d'avance admettre qu'il n'a pas de référence à la réalité actuelle. Par ailleurs, c'est supprimer son caractère nécessairement évolutif (et c'est, on le sait, une des difficultés majeures de la pensée de Kelsen). Le droit est alors pris comme un ensemble synchronique, alors que dans sa réalité factuelle, il est un ensemble diachronique. Il s'agit donc de tenter un décrochage par rapport à cette double présupposition. Mais on ne peut éviter de poser le problème d'un champ de recherche, c'est a dire d'une « définition ». Il faut bien savoir sur quoi porte la réflexion. Or, nous ne pouvons nous accorder la facilité d'une définition dogmatique préalable. La réflexion n'aurait pas de sens dans ce cas. Si l'on veut bien admettre que le droit n'est pas une sorte de réalité en soi, ayant un modèle dans le ciel ou dans la nature, à l'image de quoi il faut tout mesurer, nous sommes obligés de partir de l'expérience juridique. Mais en tenant compte de son extrême diversité.

Et alors, nous devons nous poser la question qu'est-ce qui qualifie une expérience juridique? Et pour répondre à cette question, il me semble qu'il faut distinguer, dans les sociétés et dans le cours de l'Histoire selon qu'un groupe humain déclare explicitement faire du droit ou non. Un groupe humain veut faire du droit, cela ne se connaîtra que par son « dire », c'est à dire par l'usage de mots qui désignent effectivement une réalité juridique, loi, décret, république, gouvernement, succession, propriété, mariage, jugement, tribunal, condamnation etc... Il existe

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un vocabulaire juridique indiscutablement spécifique, et qui se retrouve (avec, assurément, des significations différentes pour un même mot selon les civilisations et les époques) dans tous les groupes qui font réellement du droit même si le mot « Droit » n'est pas employé tel quel ou encore le mot Justice (dont il n'est pas évident qu'il soit toujours associé au droit). Lorsque l'on se trouve en présence d'une telle activité, j'adopterai ici un parti pris résolument nominaliste: c'est à dire que j'accepte comme expérience juridique ce que les hommes d'un tel groupe désignent par un terme juridique. Et plus fortement encore si je me trouve en présence d'une société qui prétend faire du droit. Je suis tenu d'accepter qu'il s'agit bien du droit, même si cela ne me convient pas. Autrement dit je ne puis appliquer un critère tiré d'une expérience juridique donnée qui me convient pour décider si ce que je rencontre est ou non du droit qu'il s'agisse d'un critère externe ou interne. Je ne puis commencer par déclarer que le droit est un système de normes assorties de sanctions, par exemple, et par conséquent si je n'ai pas des normes organisées en systèmes ou si elles ne sont pas garanties par des sanctions, ce que je vois n'est pas du droit. Ceci serait seulement mon point de vue, déterminé par mon expérience juridique locale et limitée. Je ne suis pas habilité à dire aux autres que ce qu'ils font n'est pas du droit, alors qu'ils prétendent en faire. Au mieux, je puis leur dire que ce qu'ils font ne me plaît pas!

En réalité le problème s'est posé de façon beaucoup plus aigu pour les critères internes, à savoir au sujet du contenu des règles de droit. Tout particulièrement les tenants du droit naturel ont estimé longtemps que seul méritait le nom de droit ce qui comportait un contenu moral conforme à un certain idéal ou à certaines valeurs. Il n'y a pas si longtemps encore, on essayait de prouver que le droit hitlérien n'était pas du droit. Mais si nous voulons rendre compte de l'expérience juridique faite par les hommes dans des sociétés différentes et au cours de l'Histoire, c'est à dire si je veux tenter de savoir ce qu'est le droit, comment puis-je éliminer ce que les hommes d'une société ont reconnu comme étant leur droit? Car enfin, s'il y a eu une relative opposition à l'intérieur de l'Allemagne nazie, on est bien obligé de constater que pour l'immense majorité des Allemands, pour les administrations et les

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tribunaux, c'est à dire pour tous les interessés, ce qui existait alors était bien un état de droit et un ensemble juridique. Je ne puis davantage le rejeter de l'expérience humaine du droit qu'il n'était admissible par exemple pour les Grecs de rejeter le droit Perse parcequ'il était barbare. Ici encore, nous pouvons qualifier ce droit de barbare. Mais ceci est un jugement moral que je porte sur les contenus et conséquences du droit: non point sur sa réalité en tant que droit.

A un autre point de vue, nous devons aussi tenir compte de la remarquable aventure de la société soviétique après 1917: il était entendu que le droit expression idéologique d'une société de classe devait disparaître avec l'instauration d'une société sans classe et avec le socialisme. On fut pendant un certain temps devant une grande difficulté parceque l'on continuait à prendre des décisions, à établir des règles qui avaient toutes les apparences du droit. Mais on expliquait alors que c'était une réglementation transitoire, destinée à disparaître très rapidement, et qui de ce fait n'était pas vraiment du droit. Mais le temps passait: les règles et sanctions bien loin de s'effacer, augmentaient en nombre et en complexité: on connaît alors le revirement de 1921 et la déclaration qu'en effet il s'agit bien de droit, et qu'il n'est pas question d'instituer un régime sans règle juridique, mais que ce droit est qualitativement différent du droit antérieur, en ce qu'il est prolétarien, issu du peuple, et s'adressant à une société sans classe. Ce qui nous interesse ici, c'est en définitive l'attestation qu'il s'agit bien de droit.

Mais on ne peut adopter cette attitude nominaliste à l'égard de groupements, de sociétés qui ne prétendent pas élaborer du droit et qui ne se servent pas d'un vocabulaire explicitement juridique. Avec la société soviétique on se trouvait en présence d'un groupe qui expressément ne voulait plus faire de droit, après avoir expérimenté la formalisation juridique. Par contre, ce que nous visons ici, c'est plutôt le type de sociétés qui ne sont pas arrivées à cette étape, et où, par exemple selon une formule facile, le droit ne s'est pas encore dégagé de la religion (ou de la magie). Peut-on dire alors, qu'il n'y a pas de droit? peut-on dire par conséquent que le droit correspond à un certain niveau de civilisation, à un certain développement, à un stade historique? Il me semble

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que la réflexion sur le droit ne serait pas complete si on adoptait cette appréciation. Mais ici je serais, du point de vue sociologique, résolument fonctionnaliste. Je puis constater que dans les sociétés qui déclarent faire du droit, celui-ci remplit un certain nombre de fonctions dans le corps social à l'égard des groupes et des individus. Je ne dis pas qu'il a tel ou tel *but* mais qu'il présente certains caractères communs. Or, quand je constate qu'une décision sociale remplit la même fonction, présente les mêmes caractères, je crois que l'on peut dire qu'il s'agit bien de droit. Assurément je sais la faiblesse relative d'une telle position: ce sera à partir d'un certain nombre d'expériences connues que je déduirai ces fonctions et caractères et par conséquent je retrouve la critique adressée à ceux qui partaient du droit romain (ou celui du monde occidental du XIXe siècle) pour définir le droit. Cependant, si l'on peut obtenir un éventail suffisamment étendu d'expériences explicitement juridiques, on a beaucoup moins de chances de se tromper. Il semble que si véritablement on rencontre un ensemble organisationnel remplissant les mêmes fonctions que le droit on puisse parler d'expérience juridique. Et nous sommes ici en présence de problèmes très concrets. Les Ethnologues par exemple n'aiment pas beaucoup parler du droit. Cependant lorsque, sans jamais faire allusion au droit, Levy Strauss procède à une analyse des structures de la parenté, ou encore aux règles concernant les rapports sexuels dans les tribus qu'il étudie, ce qu'il examine ce sont des systèmes très réellement juridiques. Il faut se demander si très souvent l'usage par des ethnologues du mot structure ne cache pas la volonté délibérée d'ignorer le droit. Non pas que je veuille par là identifier le droit aux structures dégagées par les ethnologues, mais je constate que *souvent*, ce qu'ils désignent comme structure est véritablement identique à ce que nous pouvons appeler droit, par la fonction et les caractères. Est-ce une simple querelle de mots? Je ne pense pas, car il semble que le droit porte avec lui une connotation de valeurs, et que c'est en définitive cela que les structuralistes veulent éviter, mais il faut se demander si cette attitude est scientifiquement justifiée, ou si, par cette réduction, on ne se cache pas une partie de la réalité.

A un autre point de vue, il faut bien constater que l'analyse marxiste du droit comme idéologie justificatrice au profit de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la classe dominante et comme moyen de répression de la classe dominée ne fait pas beaucoup avancer dans la connaissance du phénomène juridique. Il est bien vrai que, à une certaine époque, le droit a pu être cela, mais c'est une vue extraordinairement superficielle (en prétendant à plus de profondeur!) que de réduire l'expérience juridique à la répression ou à la justification. Nous devons seulement en retenir que d'une part le droit est bien en relation étroite avec la société, avec son organisation, avec les pouvoirs, qu'il ne s'agit pas d'une activité idéale ou idéelle, mais d'une intervention dans la structure sociale avec une intention particulière, qui peut être soit de refléter, soit de cacher, soit d'orienter, soit de fixer, soit de modifier la réalité sociale en question (1).

II.

Il apparaît de suite que le droit, avec des contenus et des orientations multiples, se veut toujours normatif. Mais je n'entends point par là qu'il soit constitué de normes. Je constate seulement qu'il n'y a de droit que lorsque des conduites sont considérées comme normales et peuvent être imposées. Je ne veux pas dire non plus que le droit soit une science normative. Car ce qui m'importe c'est moins la systématisation scientifique du droit que sa réalité d'insertion dans l'ensemble social. Or, dans ce domaine, je constate que dans toutes les sociétés le droit a eu la prétention d'être normatif. Et même que s'il n'y a pas cette prétention il n'y a pas de droit. Je ne cherche pas le fondement dernier et métaphysique de cette normativité. Je ne sais pas s'il existe. Mais je constate que les hommes tiennent toujours le droit pour normatif. Et sinon, ils ne considerent pas qu'il s'agisse de droit. S'il n'était pas normatif, les hommes n'élaboreraient pas du droit puisqu'ils ne le produisent qu'en vue de cette normativité

(1) J'avais implicitement déjà appliqué cette considération sur la détermination du droit dans mes articles sur l'Artificialité du Droit, dans les Archives de Philosophie du Droit de 1967 et 1968, mais il m'est apparu qu'il devenait indispensable d'expliciter cette prise de position pour rendre compréhensible le reste de mes analyses sur le droit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(là encore, je préciserai que pour moi cette normativité ne s'explicite pas en premier lieu dans la sanction, qui en est seulement un aspect, pas nécessairement discriminatif du phénomène juridique). Je ne puis, en tant qu'observateur, considérer qu'il y a une normativité *en soi* du droit, mais seulement une normativité pour les hommes, il est *tenu pour* normatif: et cela suffit bien. Si la normativité reposait sur une norme ultime, la méconnaissance de celle-ci ruinerait le droit même. Et si la normativité était fonction des sanctions, ce serait l'application ou la non application du droit qui serait décisive. Or, la question est qu'il se passe quelque chose d'autre, qui est fondamental et qui détermine la possibilité ou non d'application du droit. Chacun sait que si le droit n'est pas considéré par les hommes comme normatif, il ne s'appliquera pas, quelque soit le systeme ou la rigueur des sanctions, quelle que soit la procédure, et quels que soient les modes de contrôle. Le droit n'est applicable que s'il est un, accepté, reconnu par les hommes comme normatif. Je sais bien que la doctrine de certains critiques les conduit à dire que le droit est finalement une immense erreur de l'humanité, un peu comme la religion. La normativité est purement illusoire. Elle repose sur l'opinion des individus et n'a aucun contenu effectif. Les hommes ont vécu dans une perspective mythique au sujet du droit. Cette interprétation, issue d'un scientisme comparable à celui d'A. Comte, ne tient pas compte de l'utilité du droit.

Autrement dit: même si c'est une illusion partagée par les hommes, est-ce que le droit a, dans toutes les sociétés où nous pouvons discerner son existence, rempli une fonction positive? Non pas seulement une fonction d'ordre, de contrainte etc... mais une fonction beaucoup plus profonde, répondant à une question existentielle de l'homme, la question de sa possibilité de ressaisir le temps, d'ordonner l'espace et de symboliser ses relations. Si le droit a répondu à cette impérieuse nécessité, alors il n'est pas illusoire, même s'il repose (et il ne peut reposer sur autre chose) que sur l'opinion de nécessité des hommes. Mais en outre, il faut encore se demander si le droit tenu pour illusoire, pourrait être remplacé dans cette fonction par autre chose. De même que Comte estimait pouvoir remplacer l'attitude religieuse par la connaissance scientifique (ce qui est repris par nos modernes « Démytho-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

logisateurs ») (et tout en revenant finalement lui-même à une restauration religieuse!) de même on serait aujourd'hui tenté de remplacer le droit par l'organisation. Mais on peut aisément s'apercevoir qu'il n'y aurait là qu'une substitution au niveau de la couche la plus superficielle, et non symbolique, de la fonction juridique. Si en effet le droit se réduisait à n'être qu'un ensemble de réglements administratifs contraignants de l'extérieur pour des conduites de détail, si le droit est ramené par exemple à tel ou tel aspect du code de la route, alors, assurément, il pourrait être remplacé. Mais le considérer ainsi, c'est le nier en lui-même. Il faut bien reconnaître d'ailleurs que cela sera la tentation de l'administration, et aussi celle des juristes pour qui le tout se ramène à interpréter une règle donnée soit pour la faire appliquer soit pour la tourner. Mais le droit n'est pas cela, et ceux qui le considèrent ainsi s'apprêtent seulement à le ruiner. De même que la religion ramènée à quelques rites et cérémonies, à quelques croyances populaires, à un magisme simpliste pouvait assurément être éliminée. Malheureusement (et sans porter aucune appréciation sur l'existence de Dieu ou de réalités surnaturelles), ce n'est jamais aussi élémentaire. Pour le droit non plus. Il y a une sorte de profondeur du droit, dont la règle particulière n'est qu'un aspect.

Ce qui pourrait quand même attirer l'attention, c'est la presqu'universalité du phénomène juridique. Comment se fait-il que des groupes humains totalement séparés, à des niveaux de civilisation tout à fait différents, avec des orientations économiques diverses, aient finalement tous produit du droit, aient élaboré un ensemble de règles de conduites qui présentent des caractères juridiques? Ceci nécessite réflexion, et ne peut être purement et simplement ramené de façon beaucoup trop simple, par K. Marx par exemple au problème de division du travail et d'exploitation d'un groupe par l'autre. Il n'y a pas une clef unique de l'histoire humaine. Si donc le droit correspond à une sorte de besoin, de nécessité, de question fondamentale pour l'homme (je ne dis nullement qu'il est un droit naturel, car il reste invention de l'homme pour répondre à sa situation...); et si d'autre part, il n'a de puissance que dans l'adhésion, dans la croyance des hommes, alors, il faut se demander pourquoi les hommes lui accordent cette

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

croyance? Il va de soi que si le droit n'est qu'un système de normes, elles ne peuvent être reçues dans la croyance, en tant que telles. Ou plutôt, on repousse seulement la question d'un degré: pourquoi ces commandements sont-ils des normes? Non pas parcequ'ils seraient édictés par quelqu'un qui décrète que c'est une norme mais bien parceque telle règle, tel commandement est reçu en tant que norme. C'est toujours l'adhésion du subordonné qui fait la valeur du commandement. C'est l'adhésion du sujet qui fait la norme juridique. Or, remarquons bien que le fait de chercher à désobéir à la norme, de vouloir la tourner ne change rien à ceci: au contraire le délinquant reconnaît la norme en tant que telle, mais cherche seulement à y échapper. Combien de jeunes délinquants que je connais peuvent déclarer que, à leurs yeux, l'injustice essentielle est le casier judiciaire, parceque disent-ils: « J'ai désobéi, j'ai été puni, c'est normal *c'est le jeu*. Mais maintenant que *j'ai payé*, pourquoi me poursuivrait-on encore? ». Ce sont les termes qu'ils emploient. Il y a donc une différence radicale entre le délinquant qui accepte la règle du jeu en essayant de tricher, et l'anarchiste qui remet en question la règle du jeu même et qui n'adhère plus, qui ne croit plus. De la même façon dans l'Université: les étudiants ont toujours cherché à frauder aux examens, mais ils reconnaissaient la validité du phénomène « examen » et « diplômes », ou encore, ils manquaient le cours d'un professeur ennuyeux, ils chahutaient, mais ils reconnaissaient le statut de supériorité du professeur: or en 1968 nous avons vu récuser le fait administratif, juridique de l'examen et du diplôme, contester le « statut » du professeur. C'était en fait le moment où on cessait de croire au système: or, en face de cela, quelles que soient les contraintes, les polices, les sanctions, il n'y a rien à faire. Mais lorsqu'il se produit une telle crise, ce n'est jamais au niveau de la simple organisation, des règles applicables qu'elle se situe: en réalité ce que l'on ne croît plus, ce sont les valeurs qui sont censées être représentées dans le système. C'est la valeur de l'enseignement, c'est la valeur du professeur, (humaine, professionnelle, intellectuelle, scientifique) c'est la valeur de la société qui attribue les diplômes. Dès lors, changer des réglements, transformer l'examen en contrôle continu des connaissances, modifier des méthodes pédagogiques, faire une nouvelle

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

loi d'organisation universitaire, cela n'a aucune importance: c'est un « replatrage » superficiel et fragile. Mais s'il en est ainsi, au contraire, nous pouvons donc dire que ce qui fait l'adhésion au droit par l'intermédiaire de la croyance, c'est l'acceptation fondamentale des valeurs, sur lesquelles repose le droit, ou qu'il représente, ou qu'il contient, ou qu'il explicite. C'est parceque l'on croit à la justice, par exemple, et parceque le droit formule un des aspects de la justice, parcequ'il apparaît comme effectif, corrélatif à tel contenu de la justice qu'on l'accepte, c'est dans cette mesure là qu'on l'accepte pour normatif. Il n'est jamais normatif en soi, mais exclusivement par sa référence aux valeurs acceptées dans le groupe social. Ici encore je ne présume en rien de l'existence réelle de ces valeurs. Je ne sais pas si la justice, la liberté etc... existent. Je ne cherche pas à prouver l'objectivité des valeurs mais pas davantage je ne nierai leur existence en les ramenant en tout et pour tout à un phénomène de croyance. Je me borne à constater que même si les valeurs existent en soi, si elles ne sont pas crues et reçues dans un groupe, je n'ai pas à en tenir compte pour mon analyse du droit. Reciproquement même si les valeurs n'existent pas, du moment qu'elles sont crues et reçues dans un groupe, elles ont une réalité suffisante pour fonder la normativité du droit.

Le débat concernant la réalité d'existence des valeurs est autre, il est métaphysique: pour qu'il y ait normativité du droit la condition fondamentale est seulement que les membres du groupe croient en un certain nombre de valeurs. Or, ce que nous pouvons constater en tout cas c'est que tout groupe humain, sitôt qu'il existe et pour arriver à subsister, se constitue un certain stock de valeurs. Il semble qu'il ne puisse y avoir aucun groupe, si élémentaire, si « primitif », si évolué, si étendu qu'il soit qui se constitue et survive sans cet élément. Mais bien entendu, ces valeurs ont une dimension beaucoup plus considérable que d'être inspiratrices du droit. Elles le sont *aussi*. Mais elles déterminent en même temps des formes religieuses ou politiques ou économiques. Et il n'est pas suffisant de dire qu'elles ne sont que le reflet de conditions naturelles ou économiques: l'élaboration en est bien plus complexe, et les marxistes modernes (depuis Plekhanov et Lukacs) en sont fortement convaincus, et découvrent que le

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

phénomène « Valeur » est bien complexe !Ainsi, tant que le groupe croit à ses valeurs, le droit qui les explicite est normatif. Mais à partir du moment où le groupe met en question les valeurs jusqu'à présent reconnues et acceptéees, ou encore à partir du moment où le droit n'apparaît plus comme conforme aux valeurs reçues, où il est devenu un système clos, purement technique, par exemple ou encore lors qu'il dévoile une inadéquation entre les valeurs et le groupe, une distance du groupe par rapport à ses propres valeurs, alors, le droit cesse d'être reconnu comme normatif: il n'a littéralement plus aucune possibilité d'application, il n'existe plus. Par conséquent on ne peut séparer le problème du droit de son contenu comme ont voulu le faire certains sociologues, estimant que les valeurs, c'est une question métaphysique qu'il faut distinguer de l'observation concrète du droit. En réalité, il faut au contraire bien percevoir que le phénomène juridique est *un* et ne peut être réparti en secteurs d'observation différents.

Si on fait abstraction des valeurs incluses dans le droit, on fait par la même abstraction de son caractère normatif, mais que reste-t-il du droit si on élimine la normativité? Il n'y a pas d'un côté une forme juridique et de l'autre côté un contenu. Les deux sont en relation si étroite, que l'on ne peut même pas dire que sans contenu de valeurs le droit reste comme une forme vide: il n'y a plus du tout de droit. Car le droit n'est justement pas une science abstraite ni une théorie qui resterait vraie même si elle n'était pas appliquée: le droit n'a de sens que dans l'application ou tout au moins l'applicabilité. Un droit qui n'est pas applicable n'est pas du droit. Il n'y a pas de forme ou de squelette juridique abstrait. La question obligatoire est: « est-ce que ça marche ». Mais il faut distinguer entre l'application (effective, dans la pratique: et cette application est forcément plus ou moins effective: il y a tous les degrés) et l'applicabilité: c'est à dire la qualification du droit en tant que droit. Il se peut qu'un droit applicable ne soit pas appliqué, soit par le terrorisme d'une minorité d'opposants par exemple, ou encore par la lâcheté, l'incompétence, la faiblesse d'une administration: mais ce droit était cependant applicable, c'est à dire ce qu'il représente comme valeur est bien explicitement ce que le groupe croit et la forme qu'il a donnée à ces valeurs est correcte (pour le moment tenons nous

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

à cette formule vague). Le problème est alors dans un certain état social donné, étant donné tel type d'homme, de culture, quelles sont les valeurs qui *peuvent* être proposées pour l'incarnation politico juridique. Ainsi le droit a, à ce niveau, comme fonction, une certaine explicitation, une formalisation des valeurs, souvent obscures et implicites dans le groupe. Le droit est obligé de dire clairement (encore faut-il qu'il soit en effet clair, et non ambigu) ce que l'on doit faire, donc de mettre au jour les valeurs crues ou latentes du groupe, de tenter une mise en forme qui fera que le groupe se reconnaît ou non, de tenter enfin une mise en application, au prix d'ailleurs d'une certaine contrainte, car, bien évidemment le groupe et ses membres ne sont jamais tout à fait à « la hauteur » des valeurs qu'ils se sont données. Il y a toujours une certaine distance entre la représentation idéale que le groupe se donne de lui-même au travers de ses valeurs et sa réalité. Dés lors, quand le droit formalise ces valeurs, il devient nécessairement contraignant. Certes il ne *pose* pas de valeurs il *assume* seulement celles du groupe, mais il tend à diminuer cette distance entre le groupe et sa définition par lui-même (car, bien entendu, le choix de certaines valeurs est pour tout groupe le moyen de se définir et de se donner une identité). Dès lors, les valeurs sont pour le droit un contenu, une mesure et un objectif. Il pose le contenu de certaines actions, de certaines relations, pour tout ce qui est considéré, à un moment comme soumis au droit, aussi bien individus que groupes et que l'Etat lui-même (il ne peut strictement pas y avoir des contenus de valeurs différentes pour les membres du groupe et pour l'Etat). Il demande donc une certaine conformité à ce « donné » qui est considéré comme investi de valeur. Mais ceci nous rappelle qu'il n'y a donc pas un contenu du droit en soi. Il ne sert à rien de dire que le droit *doit* exprimer, par exemple la justice. Ce qui importe c'est de se demander si le groupe reconnaît la justice comme sa valeur dominante, et ceci reconnu, de savoir ce que le groupe met sous ce mot de justice. Or, nous ne sommes là en présence ni d'évidences, ni de permanences. Le droit peut donc avoir des contenus très divers, et nous ne pouvons pas porter de jugement dans l'absolu, mais seulement au sujet de cette applicabilité hic et nunc de ce système juridique. De plus les valeurs fournissent une

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mesure dans le droit: elles représentent l'étalon qui permet d'évaluer l'action ou la situation, qui lui assigne une « qualification », une « note », une signification. Et ici nous sommes en présence de ce phénomène très remarquable selon lequel le droit assume les valeurs du groupe, mais en les formalisant, il est obligé de procéder à un tri, à une réduction: il ne peut *tout* prendre. Il y a une dimension des valeurs qui ne peut pas être formalisée, être assortie de sanctions: le droit ne rend pas compte de *toutes* les valeurs du groupe, ni du Tout de la Valeur. Il y a donc un excédent de valeur, et c'est cet excédent qui fournit la mesure. Ainsi dans un système juridique qui assume la valeur de justice, on est bien obligé de reconnaître un au delà de la justice juridique, il peut y avoir une justice métaphysique par exemple, mais celle-ci est trop éloignée pour servir de mesure: entre les deux, il y aura dès lors le domaine clair obscur de l'Equité. De même dans un système juridique qui assume la valeur de liberté par rapport à l'option du groupe, nous allons aussi nous trouver en présence d'un au delà de ce qui devient le libéralisme juridique ou politique, avec la confrontation d'une exigence radicale de liberté, comme celle de l'anarchisme qui devient la limite et la mesure du droit. Et finalement lorsque le droit assume les valeurs du groupe, il les propose comme objectif: la valeur n'est alors pas donnée comme un existant d'où il faut partir (une sorte de contenu abstrait, générique) ni comme un modèle préétabli mais bien comme une réalisation à accomplir. Ainsi le droit ne peut jamais précéder: « tel est le contenu de la justice, il faut y obéir ». Mais le processus réel est: « *Si* vous obéissez au droit, *alors* la justice, (ou l'ordre, ou la liberté) que votre groupe a choisie comme modéle déterminant, pourra se réaliser ». Ici encore, ramener le droit à une règle assortie de sanctions, c'est le condamner à la stérilité, à l'immobilité, et très rapidement à sa récusation par les hommes. Le droit se doit de maintenir cet objectif à réaliser, au prix d'une contrainte sur des individus tant qu'il paraît que c'est bien le modèle qui persiste, mais lorsque le groupe s'abandonne lui-même, se nie, il est évident que le droit ne peut subsister. Toutefois il présente encore une utilité fondamentale (à condition qu'il ait pleinement assumé son rôle!) du fait de sa résistance au changement: il faut que le groupe soit amené à choisir clairement quand

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il modifie les valeurs en fonction desquelles il vit. Et ce choix ne peut se faire que si ces valeurs sont assez protégées, défendues, formalisées qu'on ne les abandonne qu'après une sorte de combat. Le droit oblige le groupe à prendre conscience du sérieux, de la gravité d'une mutation des valeurs. Ce qui n'aurait pas lieu si celles-ci restaient purement idéologiques et informelles.

Ainsi le droit par le fait qu'il ne peut être dissocié des valeurs en fonction desquelles il est élaboré se distingue de toutes les méthodes et techniques qui en tant que telles n'ont rien à faire avec des valeurs. Il me paraît en effet essentiel de rappeler que, en fonction de cette unicité du phénomène juridique, il n'y a pas dissociation dans le droit entre des fins et des moyens. Le droit n'est pas un appareil tecnique qui permettrait d'atteindre un certain nombre de fins extérieures à lui-même. Il n'existe pas par exemple une Justice transcendante que le droit en tant que technique juridique viserait et permettrait d'atteindre. Le droit n'est jamais seulement une technique juridique. Ou plutôt c'est quand il se ramène à cela qu'il cesse d'être du droit. Mais lorsque je prononce cette formule, est-ce que je ne tombe pas sous le coup de la critique faite plus haut à l'encontre de ceux qui tranchent au nom d'une définition de ce qui est le droit et de ce qui ne mérite pas ce nom? En réalité, il n'en est rien, car ici ce n'est pas moi qui juge, c'est le corps social. Nous constatons qu'à certaines périodes de l'Histoire, il y a dans une société, une désaffection à l'égard du droit. Les hommes se désinteressent, se méfient, du droit en vigueur, ou encore n'ont plus (collectivement) qu'une volonté celle de fuir ce droit, de lui échapper. Or, ceci se produit dans deux cas: lorsque la société a modifié ses valeurs, et que le droit exprime toujours les anciennes, mais surtout lorsque le droit, par un perfectionnement technique constant finit par n'être plus qu'un ensemble de mécanismes complexes mais ayant tout à fait perdu le sens des valeurs, lorsque le droit produit un auto-engendrement sans référence aux valeurs sociales: il n'y a plus droit parceque le corps social ne donne plus son adhésion aux formes juridiques qu'il éprouve sans contenu. Dès lors, du fait de cette nécessité pour le droit d'assumer en lui-même les valeurs du corps social, il ne peut y avoir réduction à la technique juridique.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

III.

Mais si le droit apparaît comme spécifique par rapport à tout un ensemble d'activités, d'organisation, d'administration, par cette assomption des valeurs, il ne peut pas, cependant être ramené à cela. Ce ne sont pas les valeurs qui font le droit. Sans quoi on retomberait dans l'indistinction entre droit et morale. Ce n'est même pas la définition de « quelles valeurs » doivent être assumées par le droit qui est caractéristique. Car, nous le savons bien, on ne peut pas oublier l'aspect technique du droit. Le droit apparaît comme un ensemble de procédures destinées à réaliser les valeurs. Il est alors caractérisé par le choix et l'élaboration des voies et moyens pour amener les valeurs à un certain degré d'efficacité. Le droit est effectivement ce qui établit une relation entre les valeurs et, à la fois, la conduite des hommes, et le milieu dans lequel ces valeurs ont à se réaliser. Le droit est comme le pont, l'intermédiaire entre les deux, mais non pas en laissant l'homme ou le groupe effectuer les valeurs de façon chaque fois nouvelle, indépendante, « innocente ». Il pose des schémas de possibilité, il en exclut d'autres, il rend la valeur efficace, et éventuellement obligatoire, mais ce n'est ni l'obligation ni la sanction qui font véritablement le droit, c'est plutôt le cheminement que l'homme est tenu de suivre pour concrétiser les valeurs. Il est donc différent de la morale et de la sociologie. De la morale, en un mot, en ce qu'au fond, la morale pose des valeurs, indique un « devoir », et laisse ensuite l'homme « se débrouiller », c'est à dire agir comme il le peut. Et l'on sait bien que la casuistique a essayé justement de combler le vide entre le devoir et les situations concrètes, mais elle est justement très vite sortie du domaine de l'éthique pour entrer dans une sorte de juridisme. Or, le droit va beaucoup plus loin que la casuistique, en ce qu'il ne se borne pas à concrétiser, mais surtout dans les procédures (et il faut prendre ce mot au sens le plus large) il trace le chemin qu'il faut suivre, pour obtenir tel résultat. Il donne étape par étape, les processus, il est une sorte de « how to do », et en ce sens, il se rapproche des techniques.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il est également différent de la sociologie qui décrit des conduites et des milieux mais qui ne propose pas un mode d'insertion dans ces milieux. Le droit est là pour évaluer ce qui est réalisable dans un milieu et à un moment donné. Il ne formule jamais des valeurs absolues, parcequ'il est seulement important de mettre en jeu un certain nombre de possibles. C'est pourquoi il ne sert de rien, pour le droit, de lui proposer une justice parfaite et absolue, par exemple. Il ne peut pas se mesurer de cette façon. Il n'y a aucun idéal à atteindre. Il y a un actualisable. Le droit tend donc à fournir à l'homme des moyens pour mettre en jeu certaines forces ordonnées en fonction de certaines valeurs. Et ces moyens doivent être « communs », c'est à dire à la fois accessibles à tous et reconnus par tous. Il ne peut justement pas s'agir de moyens personnels. Les « voies et moyens » permettent alors d'évaluer des conduites et des situations de délimiter le champ d'action dans lequel il est possible de se situer, de définir les modes d'action que l'on peut employer, de prévoir ce que fera tel autre groupe ou tel partenaire, puisqu'il suivra la procédure qui a été fixée en commun et qui est connue de tous, enfin de savoir quels résultats on atteint exactement en utilisant tel moyen. Autrement dit, c'est la procédure qui me paraît le fait essentiel du droit. C'est elle qui définit la juridicité d'une situation. Ainsi, le droit est non pas un système de normes mais un système de mises en application de valeurs communes. Le droit assume les valeurs et ce sont elles qui définissent sa normativité, mais il se les assimile en leur donnant une forme qui permet d'en concevoir et d'en prévoir l'application.

Or, ces moyens ne sont pas, avons-nous dit, dissociés de la fin, car un aspect essentiel du droit est l'incorporation de la signification des valeurs dans les moyens eux mêmes. Nous disions plus haut que le droit n'était pas un ensemble de moyens destinés à atteindre des fins, mais ici nous faisons un pas de plus: les fins sont elles mêmes présentes dans le système procédural: les moyens du droit n'existent pas en tant que tels s'ils ne sont que des instruments techniques, ils supposent une cohésion parfaite à la valeur. Chaque moyen procédural est lui-même expression de « justice » (si telle est la valeur commune retenue) et chaque stade atteint par la procédure doit être qualifié par l'accession à un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aspect de la justice. Ce n'est pas pour rien que l'endroit où se déroule la procédure judiciaire est appelé « Palais de Justice », que l'on considère l'ensemble de la magistrature comme la « Justice », et qu'aux yeux de l'opinion, quand on parle de « Justice » on désigne les Tribunaux. Chaque moyen procédural doit être mesuré en fonction de la valeur. Il ne peut pas y avoir d'organe juridique qui agisse en tant que pouvoir « délié ». C'est une des plus grosses difficultés par exemple de la police. Si elle prétend à une pure efficacité, elle sort du domaine du droit. La police doit être régularisée, et soumise à un ensemble de valeurs admises par la conscience sociale et assumées par le droit, or, ceci ne peut se faire que si la police est strictement encadrée dans procédures exactes: c'est cela finalement, et non pas un devoir moral, une éthique professionnelle etc..., qui l'ordonne aux valeurs juridiques.

La procédure devient donc le caractère spécifiant du droit. Elle implique constamment, non pas la froide application des règles, mais la prise en compte des circonstances et l'obtention du résultat le plus adéquat à la situation. Elle comporte trois aspects: une mise en forme d'une évolution: celle-ci n'est pas laissée au hasard des circonstances, des intentions personnelles, des intérêts: chacun pour agir est tenu de passer par une certaine filière, de suivre un processus, d'adopter un encadrement et de régulariser les étapes de son action. Ainsi dans les procédures politiques, pour l'accession au pouvoir au travers d'élections. En second lieu la procédure assume la protection des individus. C'est par la rigoureuse organisation de procédures concernant les actions du pouvoir que l'on peut être certain à la fois d'une prévision au sujet de ce que le pouvoir fera et aussi d'un certain contrôle. Enfin les procédures établissent la coordination des divers droits et aussi des organismes juridiques ou d'autorité: elles constituent même le point de relation des organismes entre eux. Tout cela est d'évidence. Mais il faut insister sur le fait que la reconnaissance d'un droit (subjectif) n'a de signification que si l'on prévoit en même temps la procédure pour le mettre en oeuvre ou pour le protéger. Et de même il ne peut y avoir de structuration du droit (objectif) que sous l'aspect de la procédure: car sans elle, il n'y a aucune évolution possible dans l'histoire de ce droit. On sait la difficulté par exemple de la révision constitutionnelle:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

et cependant c'est cela qui peut donner une continuité à un ordre juridique.

Ainsi la procédure est le point de reconnaissance du droit. Mais elle est en même temps son point critique: il faut considérer ceci à deux points de vue: tout d'abord, on le sait bien, si la procédure ne remplit pas son rôle, tout le droit échoue. En effet, il faut toujours se rappeler que le droit n'a de lieu d'apparence que dans le moment où la procédure est mise en mouvement. Autrement dit, nous ne vivons notre vie sur le mode juridique que lorsqu'il y a lieu de procéder. Lorsque cela n'a pas lieu, c'est une situation non juridique. Chacun sait que, par exemple, dans un mariage, les époux « ont des droits », il peut y avoir un contrat de mariage pour régler le sort des biens, il y a des lois pour établir les rapports d'autorité etc... Mais normalement quand le mariage va bien, qu'il y a un plein accord humain, les époux ne pensent pas à ces droits, ils ne les repassent pas, ils ne les « fourbissent » pas, ils vivent sans invoquer tel pouvoir l'un en face de l'autre. C'est seulement à partir du moment où les époux commencent à ne plus s'entendre que l'on commence à penser aux droits que l'on peut avoir. Mais c'est aussi et exactement en même temps à ce moment que l'on est tenu de mettre des procédures en action. Autrement dit, ce n'est pas la norme qui fait le droit. Les époux vivent selon la norme, mais ils ne pensent pas à cette norme, ils ne l'invoquent pas. Et sitôt qu'ils sont dans la situation de l'invoquer, ce qu'ils rencontrent ce sont des procédures. On peut appliquer cet exemple simple à toutes les situations qui passent du stade de « non droit » (au sens de Carbonnier) au stade du droit. Bien plus, quand nous disions que si la procédure est inadéquate, le droit échoue, cela veut dire d'une part que ce système juridique ne rend pas compte des valeurs que la société a adoptées puisqu'elles ne sont pas alors assorties de voies et moyens leur permettant de se concrétiser. D'autre part que le droit cesse d'avoir l'aptitude d'évoluer. Lorsque les procédures sont inefficaces, le droit se fige.

Or, précisément, la procédure est, peut-on dire, le point le plus fragile du droit. Elle présente une double fragilité-réciproque. D'un côté, elle est ce qu'il y a de plus aléatoire, car enfin on ne sait pas exactement comment ordonner la mise en action des

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

valeurs. C'est ici que joue la plus grande part d'invention et de sérieux du juriste. Et finalement ce sera seulement au niveau expérimental qu'on saura clairement le résultat obtenu. Mais alors, et c'est ce qui menace le plus souvent, la procédure est le point par excellence où peut se produire une sclérose du système juridique. Lorsque l'on arrive à une mise au point qui paraît enfin satisfaisante, à une mise en ordre décisive, alors il y a tendance à l'arrêt. Et de même que la procédure devrait être le lieu de renouvellement du droit, (par exemple dans la période romaine du IIe et Ier siècle avant J.C.), de même elle devient le point de sclérose, lorsque l'on a poussé trop loin la technicité procédurale, lorsque l'on constitue des relations trop rigides (et nous savons à quel point cela peut être caractéristique de la procédure!) avec une spécification trop minutieuse des détails. Alors la procédure marque le moment de dégradation du droit.

Mais elle est encore le point critique dans une autre perspective. Nous avons jusqu'ici parlé des valeurs élaborées par la société, assumées par le droit. Mais il y a autant d'importance dans les valeurs qui sont rejetées, non assumées, non mises en forme dans un système juridique donné. Le système juridique implique un choix parmi les valeurs possibles. Il n'y a aucun automatisme par exemple à assumer les valeurs les plus spectaculaires, celles qui sont affirmées le plus hautement. Et de même que Foucault a pu montrer qu'une culture se caractérise autant par ce qu'elle rejette, ce qu'elle maintient à l'extérieur d'elle même que par les valeurs qu'elle incarne, de même on peut le dire pour le droit. Il est donc important de regarder quels sont les objectifs réels du droit, c'est cela qui va faire son histoire. C'est la réalisation des valeurs qui est à proprement parler la continuité du droit. Mais il y a une limite qui passe entre ceci et le reste du domaine social. Or, il ne faudrait pas croire, ce qui est souvent la tentation du juriste, qu'il y a des choses en soi juridiques. Que le droit est toujours et forcément tenu de régler telle ou telle situation en soi juridique. Il n'en est rien, si on veut bien considérer, ne seraient-ce que les coutumes médiévales, on s'aperçoit vite que certains domaines qui (du fait du droit romain ou des codifications du XIXe siècle), nous apparaissent comme « évidemment » juridiques, ne sont pas effleurés par ces coutumes, alors que d'autres

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

qui sont pour nous de la morale ou du folklore sont juridiquement considérés... Un droit se définit par ce qu'il récuse dans le milieu social: je ne veux pas dire, par ce qu'il condamne ou réprime mais bien par les valeurs qu'il rejette au niveau de la morale, des moeurs etc... en ne les assortissant pas de voies et moyens. Cette limite marque le partage d'un choix essentiel, c'est elle qui fait le visage de sa positivité. Interroger un droit sur ses expériences limites, c'est le questionner aux confins de sa réalité, de son historicité. Or, c'est précisément la procédure qui va tracer la délimitation, qui établit la limite: elle est donc par excellence l'expérience critique du droit. Car, il va de soi que l'un des éléments du corps social pourra transgresser cette limite et commencer à faire la critique du droit existant à partir des valeurs qui ont été rejetées, laissées démunies de moyens et d'action. Et finalement la procédure est bien le point décisif en ce qu'elle est le moment synthétique du droit. On peut en effet considérer que la démarche juridique est constamment analytique. Sauf, dans ce moment de mise en action des procédures. C'est à ce moment que se produit le mouvement de rassemblement des concepts et des moyens, des valeurs et des actions: c'est par conséquent le moment d'aboutissement, d'incitation, d'explicitation et de démonstration de toute la démarche antérieure. C'est à ce point synthétique que nous saurons si finalement ce qui a été fait jusqu'ici était du droit ou non, si nous avons procédé à une construction de données en combinant artificiellement des règles sans définition concrète, si nous avons seulement produit de l'idéologie ou si nous avons créé un système effectivement relatif aux valeurs, et de ce fait satisfaisant pour le corps social. Tant que ce « banc d'essai » n'a pas été passé, nous ne savons rien du droit. Et il faut donc être strictement vigilant au sujet des réactions de l'opinion publique par exemple en face des procédures: c'est ici que le corps social a véritablement contact avec le droit, c'est ici qu'il l'éprouve et qu'il le teste. S'il y a une réaction négative, cela veut dire que les voies et moyens ne correspondent pas aux valeurs théoriquement choisies et par conséquent que le droit n'est pas cohérent au groupe. Ainsi le droit est spécifique par rapport à toutes les autres entreprises humaines, en ce qu'il consiste à assumer un certain nombre des valeurs du groupe, en les formalisant (entre autres

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

au moyen de normes) et en les assortissant de moyens qui les rendent opératoires et efficaces dans le contrôle social.

IV.

Si le droit se présente ainsi, il est donc essentiellement un ensemble de médiations. Non pas au sens très simple que le droit cherche à obtenir la conciliation entre des intérêts opposés dans la société: assurément, il est cela aussi, et nous le reprendrons plus loin en terme de conflits et contradictions, mais tout d'abord il est médiation exactement au même sens que le langage est médiateur. Et peut-être faut-il rappeler l'intuition bien remarquable de Savigny à ce sujet. Il y a une correspondance entre le langage et le droit. De même que le langage comporte des significations qui existent en dehors de lui, et qui reposent sur un consensus non explicité, de même le droit et les valeurs qu'il assume. De même que le langage comporte une normativité qui semble un donné (la grammaire par exemple) et qui s'impose par une acculturation, de même le droit et ses normes. De même que le langage repose sur un code qui à la fois le structure et lui est préexistant, de même le droit et ses codes. De même que le langage est un « déjà là » que chaque individu trouve tout fait à la naissance mais qui ne prend de sens que lorsque l'individu s'en empare et transforme par son usage le langage en Parole, de même le droit et sa mise en oeuvre. Nous pourrions poursuivre et reprendre terme à terme la comparaison entre la structure du langage mise à jour depuis de Saussure, et celle du droit, et nous trouverions en effet une surprenante analogie. Mais que peut-on en tirer? l'idée que le droit est un langage? cela n'a rien d'original, et ne nous avancerait à rien dans la connaissance du droit. Toutefois il ne faut pas minimiser ce fait, à savoir que la rigueur et la précision, l'exactitude juridiques tiennent en effet au langage même du droit, et que apprendre du droit c'est d'abord apprendre un certain langage, et les combinaisons possibles de ce langage. Mais il y a bien plus, le langage est avant tout une médiation. Il est même le grand médiateur. Il n'est pas une structure structurante des phénomènes sociaux comme un certain structuralisme

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

voudrait l'affirmer. Il n'a lieu d'être que s'il est médiation. L'homme n'a « créé » le langage que « pour » communiquer, mais d'une façon unique et remarquable: par une médiatisation des relations. Ce n'est pas d'abord une transmission des informations: en réalité, cette transmission d'information, de même que cette structure ne se comprennent et ne se justifient que *si* et *parceque* le langage est médiation. C'est la médiatisation des relations qui provoque et détermine les informations qui seront transmises, de même que les structures qui seront établies. Il me semble que le langage est la médiation par excellence avec les deux sens: c'est à dire la possibilité de faire se rencontrer sur un terrain commun et compréhensible ce qui par ailleurs est hétérogene, de façon à ce que par ce moyen la confrontation soit effective et effectuée. Et d'autre part, l'écran protecteur qui empêche la rencontre immédiate mais parceque celle-ci risque d'être destructrice, ou encore le cheminement tracé de façon préfixe de façon à ce que ce soit dans ce chemin que la rencontre se produise, et non pas n'importe où. Ce qui donne l'ambiguité du langage: assurément provocateur de malentendus mais en même temps apte à limiter le nombre et la qualité de ces malentendus, qui hors du cheminement imposé, et dans une relation immédiate seraient infinis et fondamentaux. Là où nous trouvons une structure comparable à celle du langage nous pouvons dire qu'il y a un système de médiation. Or, tel est bien le cas pour le droit. Autrement dit, l'homme ne se suffit pas d'*un* système mediateur, il en organise autant que les différents aspects de sa personne l'exigent en fonction des relations. Il me semble que cette médiation spécifiquement juridique joue au niveau des composantes du corps social, au niveau de la relation entre le social et le Métasocial et finalement au niveau de la gestion des contradictions dans la société.

Quant au premier point, il est traditionnel d'enregistrer que le droit est fait non pas de décisions rationnelles et théoriques, mais qu'il résulte de l'histoire des peuples, qu'il est déterminé par le contexte géographique et économique, qu'il reflète des intérêts économiques et idéologiques, qu'il implique des « côte mal taillées » entre des groupes sociaux divers et des pouvoirs politiques opposés, qu'il exprime des aspects de la psychologie du peuple, qu'il incarne des valeurs morales et des doctrines in-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tellectuelles, qu'il subit l'influence de croyances religieuses, enfin qu'il définit des projets d'un groupe humain, et des prises de conscience. Tout cela se retrouve dans le droit. Mais celui-ci n'est ni une résultante ni un reflet de ces divers facteurs: il joue à leur égard un rôle original. Il est en lui-même une sorte de synthèse de ces ensembles, et entre eux, il est un médiateur. Se borner à constater que l'on retrouve dans le droit les « influences » de l'histoire ou de la morale est une banalité sans intérêt: car le problème est justement de savoir quelle est le fonction du droit à l'égard de tous ces facteurs, multiples et relativement indépendants les uns par rapport aux autres, ou qu'il est en tout cas impossible de ramener à une explication unique satisfaisante. Autrement dit, pourquoi le droit est-il en ce lieu, comme le noeud d'un ensemble de facteurs. Du fait de leur indépendance relative, ceux-ci risquent de jouer dans des sens incohérents et de provoquer une sorte d'impuissance sociale ou de désagrégation. La fameuse situation d'« anomie » doit être prise au sens exact et étymologique: le droit est le premier appareil social qui évite l'anomie. En ce qu'il permet et provoque la concertation des facteurs multiples jouant à l'intérieur d'un groupe mais risquant sans cesse de provoquer son éclatement. Le droit est bien le reflet de *chacun* de ces éléments, et en tant que reflet de *chacun*, il produit en lui-même cette confrontation d'un ensemble par ailleurs disparate. C'est à dire qu'il est en lui-même la possibilité que les facteurs hétérogenes puissent être mis en concordance les uns avec les autres. Sans cette médiation, dans laquelle les facteurs sociaux sont médiatisés de façon à ce qu'ils n'entrent pas en conflit immédiat les uns avec les autres, le groupe se trouverait devant le choix suivant, choix bien entendu non volontaire et conscient: ou bien l'éclatement, si on laisse à chaque facteur son autonomie et sa possibilité intrinsèque de croissance illimitée, ou bien la paralysie si les facteurs en cause se compensent sans pouvoir être formalisés par une instance qui les combine en les assortissant collectivement d'une possibilité d'expression. Car lorsque le droit effectue correctement cette médiation, il faut rappeler encore une fois le lien indissoluble entre les valeurs et les procédures, c'est à dire qu'il ne s'agit nullement à l'égard des facteurs, d'une synthèse philosophique, ou théologique, abs-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

traite et intellectuelle, il ne s'agit pas davantage d'une unité promise, ou à-venir mais bien d'un système d'interprétation, qui non seulement produit la médiatisation des facteurs sociaux, mais bien plus devient le point de départ d'une action sur l'un ou l'autre de ceux-ci, et modifie à son tour les éléments qui étaient à l'origine du droit pour que la médiation soit possible. Et, plus la médiatisation est rigoureuse, plus l'efficacité du système social dans son ensemble est grande.

Or, nous avons donné plus haut une énumération des facteurs qui jouent dans la genèse du juridique et à l'égard de qui il se comporte en médiateur. Mais il y a entre eux une division claire, que l'on pourrait appeler celle du social et du métasocial. Or, nous rencontrons ces deux domaines, souvent en état de conflit, et de contradiction, exactement assumés et confrontés dans le droit. Que le droit soit social, aucun juriste ou inventeur de droit n'a prétendu le contraire. Il y a des nuances, bien entendu, mais on a toujours vu que le droit était en relation directe avec l'économique ou la politique, ou encore qu'il était fait pour s'appliquer au social et le modeler, l'informer. Mais il ne peut s'arrêter là. Si le droit n'est que cela il n'est pas le droit. Le droit comporte en lui-même la relation au metasocial, que je pourrais analyser en trois termes: le plus connu, le plus simple, déjà analysé plus haut: le droit assigne une finalité de valeurs au corps social. Nous n'y reviendrons pas. Mais aussi le droit représente en lui-même un projet dépassant la société. Il n'est pas là seulement un modèle ou un idéal, il est à la fois plus étendu et plus précis. Il s'agit bien de la dimension du projet qui est inscrite dans le droit (et qui peut être défini par la philosophie, la morale ou la politique) car le droit n'est pas seulement conservateur, il est aussi projecteur, il est vecteur d'une intention explicite ou implicite de mutation de la société en cause.

Et finalement le droit comporte l'inscription en lui-même de la volonté de liberté de l'homme. Il n'est pas question de discuter ni de la liberté effective de l'homme ni de la possibilité de par le droit de réaliser ou de faciliter cette liberté, ni enfin de savoir si la volonté de la liberté de l'homme est illusoire ou décisoire. Il me suffit de constater que en faisant du droit l'homme ne se satisfait pas de la combinaison donnée des facteurs économiques,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sociologiques, historiques etc... il veut, il prétend les maîtriser, les juger, choisir parmi eux, les orienter etc... autrement dire se comporter comme libre envers eux, et s'affirmer comme sujet. Cela n'a rien à voir avec une idéologie libérale bourgeoise: sitôt que l'homme a fait du droit, il a manifesté sa prétention à s'imposer aux facteurs qui le déterminent, et sa volonté à déterminer, lui, par sa décision ces facteurs. On voit quel contenu il est possible de donner à ce Metasocial, puisque (bien qu'enraciné, certes, dans le social) à trois niveaux différents, il s'agit de projeter le social vers ce qu'il n'est pas, et en fonction d'une intention qu'il ne comporte pas. Or, il n'est pas simple d'assumer la relation entre les deux domaines. La faiblesse de la philosophie sera précisément d'attester fréquemment un métasocial mais en restant parfaitement sans prise sur le social, elle est toute d'un coté. Or, il n'y a d'intérêt que si un système met en relation effective les deux. Prétendant orienter le social en fonction du métasocial, mais en même temps poussant ce dernier à la critique du premier, c'est à dire ramenant selon l'impératif de Marx l'audelà à la critique de l'endeça. Or, on peut chercher parmi les activités de l'homme, il y en a peu qui réalisent cette promesse. On peut parler de la politique, mais elle n'existe pas comme système. La force et la spécificité du droit est alors justement ici d'être un système médiateur entre ces deux domaines. Il est à la fois l'exigence du projet placée dans le social, et le possible du social pesant sur l'intention de la liberté. Il concrétise et harmonise cet ensemble. Traduisant, comme médiateur l'intention dans le vocabulaire de l'institution, et le social dans la désignation de ce qui le dépasse. Il établit donc la jonction, en lui-même (et s'il ne l'effectue pas, il n'est pas le droit!) explicite et volontaire des deux dimensions. Il est même caractéristique par exemple que lorsque une religion prétend inspirer le social et le motiver dans son évolution, elle doive finir par adopter la forme juridique (ainsi pour le christianisme au moment de l'époque médiévale). Le droit permet donc, en tant que médiateur, à la sphère du social d'accéder au niveau du volontaire. Et à la sphère des projets de s'incorporer dans le social. Car, valeurs ou projets ou intentions sont peut-être issus du social, ils ne peuvent l'informer directement: il faut passer par l'appareil normatif et institutionnel grâce auquel la médiation

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

réciproque s'effectue. L'homme qui effectue le droit cesse d'être spontanément intégré dans une structure (dans une société dite primitive) ou dans un courant sociologique: le social est, en vue de l'action juridique, rendu clair, conscient, exprimé, donc possiblement modifié, manipulé. Le droit, en tant que médiateur entre le social et le métasocial assure à l'homme une prise sur le social.

Finalement le droit apparaît comme médiateur en tant qu'il est le moyen par excellence de gestion des contradictions dans un corps social, de réduction des conflits. Une société, nous le savons de mieux en mieux, non seulement comporte des contradictions, mais surtout *vit* de ces contradictions, ce sont elles qui la font évoluer, qui produisent ses caractéristiques. Mais les contradictions peuvent être éminemment dangereuses car il peut toujours y avoir menace d'éclatement du corps social. Il faut par conséquent qu'une société joue sa partie en ne mettant pas fin aux contradictions (elle devient à ce moment sclérosée, incapable d'évoluer, elle atteint son entropie), mais en procédant à la gestion de ses contradictions, c'est à dire en les maintenant dans les limites du supportable, et en les ramenant à produire les conséquences positives qu'elles comportent.

Or le droit apparaît comme étant par excellence dans une société l'instrument de gestion des contradictions. Il s'établit forcément (et c'est même au point de vue de l'histoire et de la sociologie du droit un phénomène qui n'est pas assez étudié) exactement à la limite précise des contradictions principales d'un corps social, et il est toujours d'autant plus élaboré, d'autant plus vigoureux qu'il est plus proche d'un point de rupture, d'une ligne de moindre résistance. Mais il se situe là non pas pour empêcher le conflit d'éclater ou pour le voiler: bien au contraire, il y est pour l'amener à un compromis vivable, pour tirer de la tension les résultats permettant au groupe de progresser. Nous assistons alors à ce fait bien connu que certaines parties du droit tombent en désuétude *parceque* les conflits qui ont été gérés sont maintenant achevés, clos, dépassés: le droit qui a servi à les gérer survit alors comme norme, forme, mais n'a plus aucune utilité (et ce qui paraît étrange, c'est généralement *cela* que l'on attaque quand on critique le droit). Mais il y a sans cesse création au point précis où les contradictions, économiques, sociales, sociologiques se ma-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nifestent. Cette fonction primordiale implique donc que le droit n'est pas un phénomène statique (il ne se borne pas à procéder à das arbitrages institués): il est nécessairement dynamique puisqu'il est suscité instantanément par l'apparition de nouveau conflits. Mais il est bien vrai qu'il tend à réduire ces conflits à des termes acceptables, c'est à dire qu'il est réducteur de crise (et non pas accentuateur). On a pu alors prétendre que dans ces conditions il était conservateur: il n'en est rien. Il ne s'agit pas de conserver l'état existant mais de le faire évoluer en fonction de ses contradictions internes ou externes ramenées à des formulations accessibles par chacun des adversaires, et introduites dans des processus de changements formalisés donc permettant — avons nous dit — la prévision. Si ce travail ne se fait pas, il n'y a que la voie révolutionnaire. Le droit peut alors être considéré comme anti révolutionnaire, non parcequ'il est répressif, mais parcequ'il exprime pleinement la gestion des contradictions et par conséquent exclut la célébration du conflit en soi et pour soi. Mais par ailleurs les conflits et contra dictions sont toujours incarnés dans, exprimés par des groupes sociaux divers. Le droit sera toujours le résultat de négociations entre ces groupes (même lorsqu'il paraît issu de la domination de l'un d'eux, et prendre un aspect autoritaire) et il devient nécessairement le moyen principal de médiation entre les groupes. L'institution est avant tout la médiation entre des pressions émanant de forces diversifiées, c'est grâce à lui que des intérêts divergents deviennent non pas convergents ou conciliables mais exprimables et défendables. Nous sommes donc très loin de l'idée simpliste du droit comme moyen de pression de la classe dominante. Si l'on veut bien considérer l'ensemble de l'expérience juridique on s'aperçoit qu'il n'est jamais cela, mais qu'il se réalise par une discrimination, parmi les structures sociales spontanées, parmi les relations humaines, parmi les intérêts contradictoires pour définir ceux qui doivent être spécifiés, rendus stables, formalisés et accessibles aux autres, et ceux qui doivent être laissés au jeu des contradictions libres, arbitraires, spontanées: (ceux qui ne sont pas en définitive dangereux pour la solidarité du corps social!). Et lorsque le choix est fait, alors le droit, fixant les réciprocités, donne aussi les moyens pour arriver à cette normalisation, et ce ne sont jamais

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

des conventions arbitraires et purement volontaires. Autrement dit, le droit correspond toujours à la mutation que les anciens Romains avaient formulé de la Vis cruenta en Vis dicta. Telle est la médiation centrale du droit.

Il nous semble, et nous n'avons, à la fin de cette analyse, pas besoin d'insister sur ce point, que, finalement aucune autre structure sociale, aucune autre invention humaine ne présente ces caractères et ne joue le rôle que nous avons essayé de déterminer comme étant véritablement ceux du droit. S'il en est ainsi, nous avons donc établi la spécificité rigoureuse du phénomène juridique et sa nécessité.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CESARE VASOLI

ENCICLOPEDISMO, PANSOFIA E RIFORMA 'METODICA' DEL DIRITTO NELLA «NOVA METHODUS» DI LEIBNIZ

I.

1. Su Leibniz giurista e teorico del diritto non mancano, certo, indagini di notevole rilevanza che hanno posto in luce, da tempo, il suo effettivo intervento nello svolgimento della discussione giuridica del suo tempo. Dai contributi dello Hartmann e dell'Alengry agli studî più recenti dello Heymann, del Cairus e del Fischer (1) esiste infatti una ricca bibliografia che, per citare soltanto alcuni esempi italiani, comprende anche i lavori sia pure variamente validi del Barillari, di Gioele Solari, del Leoni e dell'Aceti (2). Né v'è dubbio che, al di là delle singole indagini su questo

(1) Per non appesantire eccessivamente di note questo saggio indico qui, una volta per tutte, alcuni testi di fondamentale importanza per lo studio delle dottrine giuridiche di Leibniz: F. HECHT, *Leibniz als Jurist*, in «Preussische Jahrbuch», 43 (1879), pp. 1-25; G. HARTMANN, *Leibniz als Jurist und Rechtsphilosophe*, in *Festgabe Hr. Dr. Rudolph von Jhering zum Doctor jubiläum dargebracht...*, Tübingen, 1892, pp. 1-121; E. HEYMANN, *Leibniz' Plan einer juristischen Studien Reform vom Jahre 1667*, in «Sitzungberichte d. Preuss. Akad. d. Wiss. zu Berlin», 1931 (CI-CXV); H. CAIRUS, *Leibniz's theory of Law*, in «Harward Law Review», LX (1946), pp. 200-232; H. FISCHER, *Leibniz und die Idee eines universalen Rechts*, in «Philosophische Jahrbuch», LXV (1957), pp. 134-146.

(2) Cfr. M. BARILLARI, *La dottrina del diritto di Goffredo Guglielmo Leibniz*, Napoli, 1913; ID., *La filosofia di Leibniz e l'idea etica dello Stato*, Salerno, 1947; B. LEONI, *Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz*, in «Rivista di Filosofia», XXXVIII (1947), pp. 65-95; R. MICELI, *Le premesse storico-teologiche della filosofia del diritto in Leibniz*, in «Archivio di filosofia», XVI, 1 (1947), pp. 19-26; G. SOLARI, *Metafisica e diritto in Leibniz*, in «Rivista di Filosofia», XXXVIII (1947), pp. 35-64; tra gli scritti di G. ACETI dedicati alla filosofia di Leibniz con

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

o sull'aspetto particolare della dottrina giuridica di Leibniz, il Grua [3] abbia ormai sicuramente indicato le radici « giusnaturalistiche » di alcuni concetti chiave della metafisica e della teodicea leibniziana, chiarendo, insieme, il legame che corre tra il grande tema della « giurisprudenza universale » e i progetti riformatorî estesi a tutti i campi del sapere e dell'agire umano, alla conoscenza scientifica come ai principî etico-politici. A ciò si aggiunga che anche gli studi sulla logica di Leibniz [4] e, in modo particolare, sull'idea della « caratteristica universale », non solo hanno accentuato certi evidenti rapporti tra le dottrine esposte nella *Dissertatio de arte combinatoria* e le opere giuridiche quasi contemporanee, ma hanno anche riconosciuto l'incidenza di tecniche e procedimenti già sviluppati nelle « dialecticae legales ». Infine è noto che le ricerche più recenti sull'« ars memoriae » [5] o sul movimento enciclopedistico seicentesco hanno ugualmente riconosciuto, anche negli scritti giuridici giovanili di Leibniz, precisi e indiscutibili riferimenti alla tradizione esemplata nei nomi dello Alsted, del Commenio o del Bisterfield.

Simili indicazioni sarebbero già sufficienti a giustificare una nuova lettura della *Nova Methodus discendae docendaeque Juris-*

---

costante riferimento alla sua dimensione giuridica, indico particolarmente il saggio: *Sulla « Nova Methodus discendae docendaeque Jurisprudentiae »*, in « Jus. Rivista di scienze giuridiche », N.S., VIII (1957), pp. 1-41.

[3] Cfr. principalmente: G. GRUA, *La justice humaine selon Leibniz*, Paris, 1956 e ID., *Jurisprudence universelle et théodicée selon Leibniz*, Paris, 1952.

[4] Com'è noto la bibliografia sugli scritti logici di Leibniz e sulle sue dottrine logico-epistemologiche è vastissima. Mi limiterà anche qui a citare i testi maggiormente tenuti presenti: L. COUTURAT, *La logique de Leibniz d'après des documents inédits*, Paris, 1901; B. JASINOWSKI, *Die analytische Urteilslehre Leibnizens in ihrem Verhältnis zu seiner Metaphysik*, Wien, 1918; I. PAPE, *Leibniz. Zugang und Deutung aus dem Wahrheitsproblem*, Stuttgart, 1949; F. BARONE, *Logica formale e logica trascendentale*, L. I, c. I, *Leibniz e la logica formale*, Torino, 1957; G. MARTIN, *Leibniz, Logik und Metaphysik*, Köln, 1960; G. H. R. PARKINSON, *Logik and Reality in Leibniz's Metaphysics*, Oxford, 1965; H. POSER, *Zur Theorie der Modalbegriffe bei G. W. Leibniz* (« Studia Leibnitiana, Supplementa »), Wiesbaden, 1969. Ma si ricordi anche il celebre volume di B. RUSSELL, *A critical Exposition of the Philosophy of Leibniz*, London, 1900 (più volte ripubblicato).

[5] Cfr. particolarmente: P. ROSSI, *Clavis universalis. Arti mnemoniche e logica combinatoria da Lullo a Leibniz*, Milano-Napoli, 1960, pp. 235-258; F. A. YATES, *The Art of Memory*, London, 1966, 1969², pp. 355-356, 365-373.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prudentiae (6) condotta con l'intenzione specifica di analizzare le dottrine metodologiche che vi sono esposte e la via seguita da Leibniz per assicurare anche al diritto uno statuto epistemologico certo e indiscutibile come quello proprio delle scienze metamatiche. Leibniz, che si muove in una cultura dominata dalla rivoluzione scientifica e metodologica del suo secolo, è infatti profondamente consapevole che il rinnovamento delle scienze delle natura ha trasformato in modo irreversibile tutto il sistema tradizionale del sapere, sconvolgendone le antiche gerarchie, mutandone gli antichi rapporti e i più fermi criteri di giudizio. Sa pure che di fronte ai progressi della « philosophia naturalis », dinanzi all'eccezionale sviluppo della fisica o della chimica, le scienze dell'uomo, e, in particolare, il diritto, sono rimaste legate a procedimenti e a tecniche ormai sorpassate, chiuse negli stretti confini di un'immutabile « routine » accademica o nella sottomissione a modelli pedagogici non più funzionali. Appunto per questo, il suo interesse dominante mira a una riforma dei metodi d'insegnamento e di apprendimento che sia, al tempo stesso, una trasformazione strutturale dei vecchi « quadri » della scienza giuridica, ormai concepita nella sua caratteristica peculiare di disciplina storica legata alla conoscenza di tutte le forme passate e presenti della vita sociale. E poichè non pone in dubbio che a fondamento della storia umana, come di tutto l'ordine naturale, debbano esistere principî assoluti e immutabili, ugualmente rivelati dall'armonia cosmica e dalla trama provvidenziale delle istituzioni civili (7), ritiene che dalla evidente conoscenza di quei principî possa essere dedotta razionalmente una scienza del giusto e dell'ingiusto, non meno valida della nuova meccanica celeste o,

---

(6) *Nova Methodus discendae docendaeque Jurisprudentiae*, in G. W. LEIBNIZ, *Philosophische Schriften, herausgegeben von Preussischen Akademie der Wissenschaften*, I Bd., 1663-167, Darmstadt, 1930, pp. 257-364. Seguo il testo di questa edizione che riproduce la stampa di Francoforte del 1667 e reca in calce le revisioni D, E, F, la prima costituita da aggiunte manoscritte di Leibniz sulla stampa, la seconda da una « messa a pulito » della prima, mentre la terza reca qualche altro mutamento di non grande rilievo, Per la datazione delle revisioni che risalgono alla fine del secolo, cfr. G. GRUA, *G. W. Leibniz, Textes inedits*, Paris, 1948, II, p. 704.

(7) Cfr., a questo proposito GRUA, *Jurisprudence universelle...*, cit., pp. 155 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

meglio, del sistema esemplare degli assiomi euclidei. Certo, non sfugge a Leibniz il carattere così singolare della scienza giuridica che, se da un lato può individuare i fondamenti assoluti del diritto universale, dall'altro deve pure muoversi tra leggi, decisioni e giudizî che sono frutto di volontà positiva e restano affidati a documenti e tradizioni sempre nuovamente interpretabili. Non ignora neppure che l'opera del « giureconsulto » si svolge nel quotidiano confronto con una massa sempre crescente di norme e di interpretazioni che sono frutto di complessi processi storici e che rendono ogni giorno più difficile il suo orientamento nella « silva » controversa e confusa delle « auctoritates », degli « auctores » e delle « leges ». A differenza dello scienziato della natura o del matematico che ha sempre aperte dinanzi a sè le due vie regie della esperienza e della deduzione razionale, l'uomo di legge procede su di un terreno pericoloso e infido, disseminato di tranelli e d'inganni, irto di « antinomie », cosparso di argomentazioni e di conclusioni contraddittorie. Le norme, i documenti, le sistemazioni che secoli e secoli di storia hanno accumulato, nel mutare delle società e dei poteri; i criterî di giudizio e le regole logiche d'interpretazione elaborate da culture diverse e mutevoli costituiscono il panorama accidentato e confuso nel quale egli deve trovare il sicuro cammino che lo conduce alle fonti perenni del diritto. Ma proprio perchè il suo compito è così arduo, il giureconsulto deve costruirsi strumenti metodici rigorosi, studiarel a migliore « disposizione » della sua materia, le tecniche di studio e di memorizzazione più funzionali; come il teologo, anche egli legato a una « traditio scripturalis » e alle esigenze inflessibili dell'esatta esegesi, è costretto ad unire la dottrina filosofica alla conoscenza storica, la perizia filologico-linguistica all'uso di una logica sottile e raffinata. Leibniz (che, come altri pensatori contemporanei a lui particolarmente vicini, concepisce sempre l'assetto logico e pedagogico di ogni disciplina nel complesso di un ordine universale del sapere) non ha quindi alcun dubbio che lo studio del diritto sia e debba essere solo un aspetto, un « modus considerandi » della totalità dello scibile umano il cui fine è posto nell'instaurazione terrena di una regola di giustizia, superiore ad ogni vicenda temporale e ad ogni limitazione « positiva ». Ma ciò significa che l'apprendimento e la comunicazione della scienza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giurisprudenziale, oltre a non limitarsi alla banale precettistica dei « pragmatici », esige un continuo riferimento alle idee filosofico-metafisiche e a tutti i mezzi e strumenti che sono stati elaborati per rendere accessibili alla mente umana il sistema delle leggi universali e i nessi logici dei princìpi assoluti.

Ecco perchè il giovane giurista (che proprio in questi anni attende a delicati compiti giuridici e lavora con il Lasser al riordinamento del diritto civile dell'Elettorato di Magonza) propone in questo scritto un ordinamento sistematico e pedagogico del diritto costruito sul fondamento di metodi logici tratti dalle tradizioni più vive e attuali del suo tempo. E così lega, in modo significativo, il procedimento assiomatico-deduttivo degli *Elementa* euclidei con le « disposizioni » « tabulari » tipiche della dialettica ramista e il richiamo alla virtù dimostrativa del « sillogismo » aristotelico con la costruzione del sistema dei « loci communes » e l'insistente allusione alle tecniche combinatorie illustrate nella *Dissertatio*. Siffatti strumenti e « vie » logiche debbono tutte confluire ed accordarsi nell'elaborazione di una nuova metodologia del diritto che, mentre semplifica e abbrevia i « curricoli » giuridici del passato, mira a costruire la nuova figura del « giurista-politico », contrapposta, con meditata decisione, a quella del « politico machiavellico », ubbidiente alle regole della « ragion di Stato » e ignaro di valori e principî assiologici assoluti. A questo « nuovo » giurista Leibniz affida il compito di superare tutti i contrasti e i conflitti umani, con l'uso rigoroso di una logica che deve essere capace di sedare ogni disputa con l'evidenza dei suoi procedimenti, del tutto estensibili anche a quel mondo del probabile e del possibile che la logica classica affidava agli strumenti « meno forti » della dialettica e della retorica. Ma poichè è il depositario di una scienza la cui verità non ha nulla da invidiare alla evidenza degli assiomi geometrici, costui dovrà ricostruire, secondo ragione, una disciplina che, per troppo tempo è stata affidata a metodi incerti e dubbî e insidiata dai sostenitori del diritto « positivo » e « arbitrario ». Come gli scienziati della natura hanno saputo foggiarsi strumenti e « vie » indiscutibili che hanno portato alla rinascita dei loro studi, così anche l'uomo di legge saprà far propri quei principî e metodi essenziali che hanno

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

guidato, per quasi due secoli, il difficile cammino della nuova scienza.

In questo senso, la *Nova Methodus* vuole essere insieme una guida enciclopedica alla riforma generale delle conoscenze e degli studî giuridici, un piano di riordinamento di tutta la loro materia, uno strumento metodico universale la cui applicazione al diritto potrà rinsaldare la certezza dei principî. Concepito come una critica che coinvolge gran parte delle tradizioni passate e come una proposta per attribuire al diritto una sua precisa e rigorosa struttura conoscitiva, questo scritto giovanile di Leibniz non nasconde, insomma, la sua ambizione di svolgere, nel campo di una scienza così squisitamente umana, la stessa funzione che hanno svolto, in altri dominî, alcuni documenti paradigmatici del nuovo corso del sapere « moderno ».

2. Non a caso l'operetta si apre con i nomi dei grandi riformatori umanistici degli « studia », Lorenzo Valla e Pietro Ramo, vittima degli odî dei « paripatetici », e, insieme, con quelli dei fondatori della nuova scienza e della nuova filosofia, Galileo e Campanella, assaliti anch'essi dall'ostilità che sempre accoglie tutti coloro che « meliora moliuntur ». Ed è altrettanto significativo che, enumerando tutti gli autori che hanno recato nuove, benefiche riforme nei diversi campi del sapere, Leibniz citi i nomi di Nicodemus Frischlin e di Gaspare Scioppio, insieme a quelli di Cartesio e dello Harvey ([8]). A questi maggiori rappresentanti della libertà critica e del radicale rinnovamento delle conoscenze umane, il giovane giurista non intende certo paragonarsi, nè vuole avvicinare la sua modesta opera pedagogica alle loro insigni meditazioni. Ritiene tuttavia — e lo dichiara — che anche la sua *Methodus* risponda ad un'esigenza comune propria dei grandi ingegni del suo tempo e, cioè, alla ricerca di nuove vie per insegnare e per apprendere, secondo un generale processo di trasformazione delle antiche strutture dottrinali ormai in corso da oltre due secoli, con risultati straordinariamente fecondi. « Reperias enim hoc tempore — scrive — puellos plurimos, doctissimorum plerumque filios, ad miraculum usque in prima aetate eruditos, non tam

([8]) *Nova Methodus*, cit., pp. 264-265.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ingenii magnitudine, quam arte institutionis »; e aggiunge subito che contro questo mirabile e indiscutibile progresso (che coincide, del resto, con il generale avanzamento di tutte le arti e dottrine) valgono ben poco le obiezioni e i dubbi ancora sollevati da alcuni avversari. Costoro affermano che il numero dei dotti è già fin troppo eccessivo e che i nuovi metodi di « institutio », troppo rapidi e prematuri, portano ad esercitare i più delicati uffici della vita pubblica dei giovani ancora privi di esperienza, con tutte le pessime conseguenze che ne derivano « et quaecunque sunt mala Juvenum Senatorum ». Ma Leibniz è pronto a ribattere che la sua riforma degli studi giuridici non mira affatto a questo scopo, bensì soltanto a rendere più degni delle loro future funzioni quei discepoli che, del resto, debbono affrontare sempre un lungo periodo di apprendimento (« vita brevis, ars longa est ») (9). Il piano di studi che egli propone, sulla linea già indicata da illustri dotti come il Grozio, Cristoforus Colerus, il Voet, il Mayer, lo Havemann, il Vultejus e il Moreelse, non è infatti limitato soltanto all'insegnamento delle discipline giuridiche, perchè si estende a tutte le conoscenze e costituisce un compiuto sistema del sapere nel quale anche il diritto trova il suo esatto e naturale luogo. E il filosofo lettore dello Alsted, del Commenio e del P. Kircher, che ha già affidato alla *Dissertatio de arte combinatoria* (10) la sua essenziale aspirazione pansofica, chiarisce subito il fine della sua « methodus », quando sottolinea che essa intende definire lo statuto logico e pedagogico della « jurisprudentia » nel quadro compiuto di un'universale enciclopedia delle scienze, ordinate e disposte secondo i loro fini e le loro relazioni organiche. Sempre convinto, come lo sarà per tutta la sua vita, che sia possibile scoprire un metodo capace di offrire la chiave risolutiva della realtà universale, Leibniz persegue, insomma, anche in questo scritto, una scienza universale, un'« ars inveniendi » e una « methodus disponendi » che sia, insieme, didattica e « noologia », « ars characteristica » o simbolica e « grammatica filosofica ». Anche lo studio del diritto può e deve essere ordinato secondo quei procedimenti e schemi logici universali che, già nell'*Ars combinatoria*,

(9) *Ibid.*, p. 265.

(10) Cfr., a tale proposito Rossi, *op. cit.*, pp. 237 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costituivano, insieme, gli strumenti per decifrare l'« alfabeto del mondo » e le vie per ordinare, con perfetta misura deduttiva, la complessa e oscura « selva » dei pensieri e delle conoscenze umane. Non meraviglia che il giovane giurista intenda far precedere al suo piano di riordinamento degli studi e della sistematica giuridica, un più vasto, totale « teatro » del sapere, dove il « luogo » di ogni disciplina sia già fissato con una precisa funzione mnemonica, enciclopedica e razionale (11).

In questo atteggiamento (che rivela la profonda, costante incidenza della tradizione combinatoria lulliana e dei sogni pansofici così cari ai suoi « predecessori » di Herborn) (12) Leibniz non si allontana di molto dai progetti elaborati, per tutto il secolo, dagli enciclopedisti, dai teorici della lingua o dei « caratteri » universali, dai molti ricercatori di modelli e procedimenti metodici « unici » e « comuni ». Neppure il suo linguaggio è diverso da quello proprio di una lunga tradizione umanistica, quando egli afferma che la « studiorum ratio » è, in sostanza, un « modus perveniendi ad statum actionum perfectarum », ossia la capacità di fare acquistare al discepolo una « certa prontezza di agire permanente » e di sviluppare, al massimo grado, tutte le sue facoltà mnemoniche, inventive e giudicative (13). Proprio per questo, il principio essenziale dell'educazione è subito ricondotto entro l'idea più precisa e definita di « assuefazione »; anzi il processo di apprendimento è considerato come l'applicazione alla natura umana di fenomeni e di tecniche verificabili ad ogni grado della realtà, anche ai suoi livelli più elementari. Anche le cose inanimate — scrive Leibniz — possono essere « assuefatte »; e lo dimostrano i « chimici » quando rendono « volatilissimo » lo spirito divino e lo conferma Hobbes quando descrive il semplice procedimento per cui è possibile far acquisire a delle lamine metalliche un certo « habitum resiliendi ». Nello stesso modo, anche i bruti sono fa-

(11) *Nova Methodus*, Pars I. Generalis, ceterisque Facultatibus communis. De ratione Studiorum in universum, p. 266.

(12) Sullo Alsted e i suoi collaboratori di Herborn cfr. le notizie fornite da V. OBLET, in *D. Th. C.*, I, coll. 923-924; per le indicazioni delle sue fonti lulliste cfr. T. e J. CARRERAS Y ARTAU, *Historia de la filosofía española. Filosofía cristiana de los siglos XIII al XIV*, II, Madrid, 1943, pp. 239-249; ROSSI, *op. cit.*, p. 179-184.

(13) *Nova Methodus*, cit., p. 266.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cilmente ammaestrabili; sicchè il filosofo (che nelle sue aggiunte manoscritte prenderà, più tardi, spunto da questo argomento per polemizzare a fondo contro l'ipotesi cartesiana dell'« animale macchina ») non esita a citare le riflessioni del Rorario sull'anima degli animali e sulla loro capacità di usare almeno un « certo grado » di ragione ([14]). Del resto, anche l'uomo nella sua età infan-

([14]) *Ibid.*, pp. 267-268. Ma giova citare la nuova redazione del § 4, così com'è data dalla revisione E: « B r u t a valde docilia esse dubitare non potest, qui vel *H i e r o n y m i R o r a r i i* libellum, *quod bruta ratione utantur*, et qvidem meliùs homine (qvanqvam utrumqve dictu nimium sit), vel Elephanti canisqve panegyricos in *L i p s i i Epistolis* legit; minimè omnium autem, qvi cum animalium Magistris est conversatus, aut qvi spectavit admiranda qvae praestant. Magna tamen hoc loco cautione opus est, ne cum qvibusdam veteribus recentioribusqve in eam opinionem deveniamus, tanqvam animae hominis et bruti solo grado differant, nullumqve intercedat essentiale discrimen, qvae sententia pietati religioniqve periculosa est, et suspicionem injicere potest imperitis verioris philosophiae, hominis brutiqve ortum exitumqve eundem esse. Hoc ut melius exploderet *G o m e z P e r e i r a* Medicus Hispanus seculo abhinc et amplius, statuit bruta ne sensu qvidem praedita esse. Idem nostro aevo *C a r t e s i u s* tueri visus est, tanqvam animalia merae essent Machinae, nec aliter disciplinae capacia, qvàm qvomodo inanimata deceri posse ostendimus. At haec sententia non tantùm consensu generis humani, sed et ratione refellitur. Admissa autem in brutis anima sentiente, et mirificis in ea rationis simulacris, restat ingens difficultas eaqve duplex: una qvomodo ergo pereant animae brutorum, qvae incorporeae esse debent, qvia sensus in corpus non cadit; incorporea autem substantia perire neqvit, quia in partes dissolvi non potest; altera difficultas est cur ergo non et rationem brutis concedamus, cum et incorporeas haveant animas, et admirandos effectus edant. Dicendum ergo est nullam qvidem Animam aut Substantiam simplicem interire; aptiùs tamen animabus brutorum indestructibilitatem (ut vulgo Atomis) qvam immortalitatem tribui, qvia non manet illis sensus sui vel identitatis seu conscientia, qvae personalitatis conservationem facit; qvoniam bruta actu animi in se reflexo carent, atqve ideò etiam universalium penitus veritatum, seu necessariarum agnitione carent. Habent ergo bruta imperfectam qvandam seu physicam tantùm, non verò perfectam sive moralem simul immortalitatem qvae semper conjuncta est cum conscientia sui. Itaqve qvaestio qvantum constat à nobis primum plenè soluta est, genusqve humanum hac perplexitate liberatum ex qvo duplex discrimen ostendimus, unum inter indestructibilitatem et immortalitatem, alterum inter consecutiones empiricas et rationales, qvod nascitur ex differentia inter veritates qvae facti sunt et contingentes, easqve qvae rationibus aeternis ipsaqve necessitate nituntur. Nam (qvod discrimen prius attinet) o b i n d e s t r u c t i b i l i t a t e m etiam in brutis servatur anima, cum adhaerente semper aliqvo corpore organico, at hominis i m m o r t a l i t a s non tantùm Substantiam, sed et personam et sui conscientiam servat, et poenae

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tile non differisce molto dagli animali; ed è lecito usare anche nei suoi riguardi certe tecniche di addestramento, come l'uso delle « esche golose », spesso assai opportune per indurre gli infanti ad assumere le « assuefazioni » desiderate. Non vi è dunque una gran differenza tra queste « esche » e il « pabulum animi, id est honor », che viene offerto ai giovanetti con i premi accademici e con l'uso comune delle « laudes » e « promotiones » (15). Simili metodi hanno tutti in comune la sollecitazione di attitudini o di possibilità già latenti nell'animo. Eppure, l'acquisizione degli abiti intellettuali propri degli uomini viene raggiunta di solito, mediante le due vie della « infusio divina vel diabolica » o della « doctrina » che è la forma di « assuefactio » tipica degli esseri senzienti. Non v'è dubbio, infatti, che ogni forma o modo di as-

---

adeò praemiiqve capacem facit. Similiter Consecutiones Empiricae sunt bruto hominiqve communes, at Rationales soli animalium nobis cognitorum homini propriae. In brutis enim non Ratio est, si accuratè loqvare, sed Empeiria, id est facultas ex prioribus experimentis vel observationibus procedendi ad expectationem similis eventûs, in casu qvi prioribus similis apparet. Sed haec expectatio fallere potest, cum claudicat similitudo, Ratione vel causa non existente eadem, de qvo bruta ob facultatis altioris defectum, judicare non possunt. Hinc bruta solarum veritatum contingentium capacia sunt, qvae in facto, sensu, observatione, experimentoqve consistunt; veritates autem necessariae et aeternae, qvibus constant principia rationis et fundamenta scientiarum, homini sunt peculiares. Qvod discrimen *Lockius* et alii qvidam nostro tempore paulo crassiùs philosophantes, ob ignorationem verae Analyseos non satis sunt assecuti. Et solae veritates necessariae sunt certa universalitatis; qvae verò non ratione, sed sola inductione, id est observationibus constituuntur, etsi egregios in vita usus praebeant, et successum habeant; semper tamen et ubiqve valituras, nisi cognita ratione necessaria, pronuntiari non potest. Et talia sunt multa, qvae non aeternis rationibus, sed qvadam praesentis naturae consvetudine constant, ut qvod sol qvotidiè oritur atqve occidit; qvaedam etiam tantùm provisionaliter, ut sic dicam, valent, qvamdiu nihil aliud nobis offertur, ut qvòd aurum sit corporum gravissimum. Itaqve homines qvoqve in plurimis non nisi Empiricè procedunt sed aliorum animalium modum, ubi possent rationaliter, si causas tenerent. Unde maximi in vita errores per saepe nasci solent, eorum qui valde experti creduntur, easque fiducia rationes admittere volunt. Caeterum hominis Empeireia, Ratione adjuta immenso intervallo super brutorum Empeiriam excellit, et latissimè porrigitur, etsi in quibusdam particularibus bruta nonnulla partim organorum suorum structura, partim vivendi genere non vincant » (pp. 268-269).

(15) *Ibid.*, p. 270.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

suefazione dipende dalla quantità dell'azione che mira ad imprimerla; e che tale quantità può essere « estensiva » (e consistere quindi nell'« actionum multitudo »), oppure « intensiva » (e risolversi nell'« actionum magnitudo »). Ma ciò implica che ogni processo di assuefazione, sopratutto al livello della vita sensibile, deve affidarsi alla « ripetizione » dalla quale dipende il requisito essenziale di ogni abito: la « permanenza » ([16]).

3. Bastano queste indicazioni per osservare come Leibniz sia indotto dalla sua idea della « doctrina » come forma di « assuefazione » ad accentuare quell'interesse per i mezzi e procedimenti mnemonici che è, peraltro, una caratteristica costante della sua ricerca e si lega strettamente con i progetti enciclopedici, gli sviluppi delle tecniche combinatorie e l'insistente richiamo a certi procedimenti di origine retorica (le « tabulae », le « topicae » e gli « alberi ») sempre connessi con la tradizione mnemotecnica ([17]). Ed è certo molto significativo che, per esemplificare i fini e i successi della « repetitio », egli si serva degli espedienti usati per l'insegnamento linguistico da Wilhelm Schickard ed esposti nel suo *Horologium hebraeum* ([18]). Per il filosofo-giurista simili esperienze confermano che l'« assuefazione » può essere raggiunta, sia mediante un alto numero di azioni ripetute, sia per mezzo della loro intensità e forza, come rivela il facile apprendimento di quelle nozioni o idee che sono connesse con impressioni particolarmente vivide o incisive. Sicchè la giusta regola della « doctrina » dovrebbe saper sempre contemperare la ripetizione con la grandezza e la forza delle azioni, secondo modi già sperimentati dalla pratica delle arti ed anche dalle forme più semplici e volgari di operazioni meccaniche. Estendendoli, sia pure con tutti gli opportuni accorgimenti, al tipico processo di « assuefazione » in cui consiste la « doctrina » non si violerà la legge generale di natura, anzi, si pro-

([16]) *Ibid.*, p. 272.

([17]) Per l'origine retorica di tali procedimenti cfr. principalmente: W. J. ONG, *Ramus, Method, and the Decay of Dialogue*, Cambridge (Mass.), 1958, p. 199 sgg.; ROSSI, *op. cit.*, passim; VASOLI, *La dialettica e la retorica dell'Umanesimo. « Invenzione » e « Metodo » nella cultura del XV e XVI secolo*, Milano, 1968, spec., pp. 249-260, 376 sgg.

([18]) *Nova Methodus*, cit., p. 273.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cederà con il pieno rispetto dei caratteri comuni a tutti gli ordini e forme della realtà fisica, sensibile e razionale (19).

Insegnare — scrive appunto Leibniz — « est habitum efficere in sentiente, qua tale est, seu per sensum », è, cioè, un atto, una operazione del tutto paragonabile, rispetto alla anima, all'altra operazione che la medicina svolge nei confronti del corpo. E poichè è norma universalmente riconosciuta che il medico debba curare « tuto, cito, jucunde », sarà pure dovere del maestro insegnare « solide, cito, jucunde ». Insegnare in modo « solido » sarà, certo, in ogni caso, il compito primo e preliminare, giacchè proprio dalla « solidità » della dottrina dipende la stessa acquisizione dell'« abito » che può essere ottenuto solo per mezzo di nozioni vere e saldamente « impiantate » nella mente del discepolo (20). Non è, però, meno importante la rapidità efficace dell'insegnamento, ottenibile piuttosto con la « grandezza » che con la molteplice ripetizione delle varie « actiones »; mentre il proporre ai discepoli uno scopo lieto dell'apprendimento ed usare mezzi « giocondi », come il giuoco, rende più agevole e sicuro il compito del maestro. Leibniz, che ha ben presenti certi espedienti pedagogici comunemente usati nelle scuole dei suoi tempi (soprattutto gesuitiche) e teorizzati dal Comenio, accenna così all'efficace funzione educativa delle rappresentazioni teatrali, delle « chartulae lusoriae , geographicae, astronomicae, historicae, chiromanticae », dei « sales, epigrammata, picturae, carmina, memorialia », o, ancora, delle varie forme del « parlar figurato », come gli « emblemata » dell'Alciato, o le tecniche associative e figurative usate nella *Idea de un principe politico christiano* del Saavedra o nella *Theologia in schola cordis* dello Hatten (21). Non basta: proprio in questo

---

(19) *Ibid.*, pp. 274-275.

(20) *Ibid.*, p. 275.

(21) *Ibid.*, p. 276. Ma giova anche qui citare le significative aggiunte della revisione D: « *Murneaus* (ossia il francescano Thomas Murner, autore di una *Logica memorativa*, 1509) quidam Ordinis Minorum apud Cracovienses, eumque secutus est ex eodem ordine... (manca il nome) libello sub titulo *artis ratiocinandi lepidae* Parisiis edito; Logicam chartulis lusoriis, sed ut mihi visum est, parum aptè expressêre. Qvin pro jurisprudentia prodiit chartiludium qvoddam celeberrimo *Strikio* attributum. Qvò pertinet Ludus ad instar Schaccarii, in qvo illinc virtutes candido, hinc vitia nigro colore, vario vultu habituqve inter

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contesto egli lascia cadere un'illuminante allusione al giuoco « arcano », al « ludibrium », fitto di segreti ma trasparenti riferimenti

---

se pugnant, qvem ad instar Psychomachiae carmine *Prudentii* descriptae finxit autor *Romanisci Germanici*, sub titulo *Nuptiarum Chymicarum Fratris Christiani Rosencreuz* editi; qvem cum tota Fama Fraternitatis Rosecruceae (ut hoc obiter dicam) deberi ingenio *Ioachimi Iungii*, philosophi summi, tunc cum Marpurgi docere, obsecuti voluntati viri in Hassia magni, pseudochemicorum pertaesi, docuere me primum *Ericus Mauritius*, postea *Franciscus Mercurius Helmontius*. Ludum Schaciorum qvi diversus à ludo Latrunculorum veteribus usitato, in rem moralem verterunt plures, de qva re *Augusti Diacis* sapientissimi praeclarum opus videatur, qvo hoc ludi nobilissimi genus illustravit. Est alioqvi Ludorum utilitas magna, si ab abusu avelli posset: nam habemus in illis insigne exercitium artis cogitandi, atqve adeò memoriae, ingenii, judicii, imò et prudentiae moralis, affectuumqve regendorum; ut sicam esse qvi Ludos pro lapide lydio habeant animorum. Et dixit mihi juveni vir qvisam magnus sibi, duo magna nota esse examina hominum, qvae deinde qvaerenti explicuit: die *Spiel-Probe, und die Wein-Probe*, examen per Ludum, et esamen per Vinum. Sed et Picturarum egregius in primis est usus, ad discendum plurimum commendatus Cl. *Wagenseilio* in libello qvem *infundibuli Noribergensis* titulo edere constituerat, etsi postea hanc inscriptionem mutarit. Huc pertinent *Emblemata moralia Alciati* et aliorum multorum; *Saavedrae* item, etsi magis politica, et Theologica etiam nonnulla, velut in *Hatteni Schola cordis*. Extat *Menestrerii* ex Societate Iesu viri docti, qvaedam velut philosophia imaginum. Et *Piccinelli mundus symbolicus* hujus est est loci. Qvin nata est Ars nova Symbolorum: Italis *imprese* vocantur, Gallis *devises*, qvae constant figura et dicto simul. Figura debet admonere animum rei alicujus non nimis pervulgatae nec tamen tam ignotae ut ex aspectu agnosci neqveat, etsi dictum removeretur. Dictum vicissim per se stare valereqve debet; utrumqve volunt ab elegantia et ingenio commendabile. Qvodsi à rigore praeceptorum recedatur, symbolum in Emblema degenerare ajunt. Itali et Galli peculiares patria lingva de hoc argumento libellos scripsere, qvod in Gallia pene consecratum est, ex qvo Rex Societatem peculiarem fundavit, qvae vocatur Academia inscriptionum. Sed et elim *Sylvester de Petra Sancta* Iesuita doctus latinè de hoc argumento scripsit. Caeterum felicium Symbolorum non adeò magnus est numerus, et hinc inde collecta brevi libello comprehendi possent. Nonnulla in nummis habentur, etsi veteres in suis simplicitatem sectentur, qvam imitati sunt qvi Regis Gallia nun regnantis Numismata excogitarunt. Sunt et Figurae operosiores qvae velut continuata qvaedam Emblemata sunt, uti Allegoriam dicimus esse continuatam Metaphoram. Talis est *Tabula Cebetis* apud veretes, ut et nupera *Erhardi Weigelii Sphaera moralis*, vocabulis mathematicis ad Ethicam translatis. Huc pertinent Chartae Geographicae regionum imaginariarum, velati Fluminis affectuosi (*la carte du Tendre*) apud *Scuderiam* in *Clelia*, et *Germanica Slauravoniae tabula*. Ad-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

filosofici, religiosi e politici, che costituisce il singolare tessuto delle *Nuptiae chymicae* del favoloso Christian Rosenkreuz, il testo che è alle origini dell'inquietante vicenda rosacrociana (22).

Come si vede, « caratteri », « figure », « immagini » sono altrettanti mezzi che Leibniz, in pieno accordo con un'antica e recente letteratura mnemotecnica, emblematica ed esoterica, considera propizi ed essenziali per rafforzare le capacità immaginative, rendere rapido e stabile il processo di apprendimento e fissare le nozioni nella memoria. Non è diversa la funzione attribuita anche a tutte le altre forme di « lusus », a tutte le tecniche associative, a tutti gli espedienti linguistici che mentre pongono riparo alla naturale fragilità della memoria umana, permettono alla mente di costruire un saldo sistema di rapporti e di nessi. Ecco perchè l'« institutio » (che è la « causa habitus hominibus propri ») viene subito distinta nelle tre diverse funzioni della « mnemonica », « topica » e « analytica » corrispondenti, appunto, agli « abiti » tipici dell'uomo: la « memoria », l'« invenzione » e il « giudizio » (23). E Leibniz dichiara, riprendendo un motivo già indicato nella *Dissertatio*, che il nostro intelletto ci distingue da tutti gli altri esseri viventi proprio per la sua capacità di ricordare, elaborare e giudicare le varie « propositiones », ossia le strutture linguistiche ignote agli altri individui sensibili. Ma poichè la « topica » e l'« analitica » possono esser considerate come due parti strettamente unite e complementari di una unica attività e disciplina (la « logica ») la « didattica » deve essere anch'essa semplicemente articolata nelle due parti essenziali della « mnemonica » e della « logica », alle

---

datur *Moralis Dan. Bartoli Geographia*. Sed magis adhuc proderit verarum imaginum apparatus, qvalem immenso studio multis voluminibus collegerat *Marollius* Abbas, qvi postea in *Bibliothecam Regis Christianissimi* venit. Addatur elegantissimum de his *Magia Christianae* opusculum *Iohannis Valentini Andreae*. Sed et Sales, Apophtegmata, Fabulae, Epigrammata, Carmina deniqve Memorialia, doctrinam jucunditate qvadam condiunt » (*Ibid.*, p. 276). Su molti degli autori citati cfr. Rossi, *op. cit.*, ad ind.; Yates, *op. cit.*, ad ind.

(22) A proposito delle origini del mito dei Rosacroce, delle *Nuptiae alchemicae* e della parte svolta in questa vicenda da Johann Valentin Andreae, nonchè dei rapporti di Leibniz con la tradizione rosacrociana. cfr. principalmente: F. A. Yates, *The Rosicrucian Enlightenment*, London, 1972.

(23) *Nova Methodus*, cit., p. 277 (e cfr. *Ibid.*, anche la revisione D del § 22).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quali si aggiunge, inoltre, la « metodologia » (24). La « mnemonica » costituisce, anzi, la materia della « didattica », la cui forma è rappresentata dalla « metodologia »; mentre la « logica » è piuttosto quella disciplina che insegna ad applicare la forma alla materia e, insomma, a svolgere l'apprendimento delle nozioni secondo il loro ordine e connessione sistematici.

In tal modo, con insistenza e decisione, Leibniz torna ad accentuare la funzione preminente della memoria che, se si pone insieme all'« arte d'inventare » e a quella di « ragionare », ne costituisce, in ogni caso, il presupposto e il fondamento naturale (25). Difatti, come spiega il paragrafo seguente, la radice della memoria è una qualche cosa sensibile (« quae dicitur nota ») legata da una certa relazione con le cose che si intende ricordare, e, dunque, da un rapporto di « confronto » (somiglianza o dissomiglianza) o di « connessione » (tutto e parte, parte ed altra parte, causa ed effetto, segno e segnato). Per questo, e per rendere possibile o più facile il lavoro della memoria, gli uomini hanno inventato le parole che — lo ha dimostrato giustamente lo Hobbes — « non tantum sunt signa cogitationis meae presentis ad alios, sed et notae cogitationis meae preteritae ad me ipsum »; e, insieme alle parole, esistono pure altre « notae », altre forme sensibili di connessioni mnemoniche, come i « carmina », i « termini clappantes », le « allusiones » o le « notae visivae », tutti « auxilia » ed espedienti che connettono nozioni, parole e immagini in un nesso indissolubile (26).

Leibniz, come aveva già fatto nella *Dissertatio*, insiste su quel particolare filone culturale che unisce le tecniche mnemoniche e i procedimenti combinatori con la ricerca di una lingua e di una « simbologia » universali. Ed è un dato molto rivelatore delle sue fonti dottrinali il fatto che egli citi certi procedimenti già usati dallo Alsted nel *Thesaurus mnemonicus*, da Janus Caecilus Frey nella *Via ad divas scientias artesque* e da Johannes Justus Winckelmann nelle *Historiarum adumbrationes per picturas*, prima di richiamarsi ad un'opera così celebre e fortunata come

(24) *Ibid.*, pp. 277-278.
(25) *Ibid.*
(26) *Ibid.*, p. 278.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'*Oedipus aegypticus* del Kircher e di accedere all'idea che le scritture geroglifiche, usate un tempo dagli Egiziani e dagli « odierni Cinesi » siano appunto figure e « pitture » di carattere squisitamente mnemonico (27).

Legata a queste considerazioni è poi, naturalmente, anche la teoria leibniziana della « topica » o « arte inventiva » il cui fondamento è costituito dai « loci » o « relationes trascendentes », come il « tutto », la « causa », la « materia » e il « simile » (28). Anche questa sezione della logica che aveva avuto sviluppi così importanti nella tradizione dei « dialettici » umanisti, da Rodolfo Agricola a Pietro Ramo, è infatti considerata come lo strumento per trovare e stabilire tutti i possibili predicati di un dato soggetto e costruire così, con arte combinatoria, le varie proposizioni. Per raggiungere un tale fine possono anche giovare gli insegnamenti « non contemnenda » di Lullo e le tecniche indicate dal Bisterfield, nel *Phosphorus catholicus, seu ars meditandi epitome*; ma è comprensibile che Leibniz rinvii piuttosto alla sua *Dissertatio de arte combinatoria*, del resto, sempre presente sullo sfondo di questa sommaria enciclopedia pedagogico-giuridica (29).

Più tardi, nella revisione D, la trattazione della « topica » subirà mutamenti di grande rilievo e la dottrina dell'« ars inventiva » o « heuretica » sarà nettamente distinta in due diversi procedimenti o vie, l'una che precede « demonstrative », per mezzo di definizioni e di assiomi e l'altra « indicativa », « quae non tam eruit quam suggerit, quod fit combinando ». Allora in quelle aggiunte, scritte già a distanza di diversi anni, il filosofo indicherà come esempi dell'invenzione « dimostrativa » e del suo procedimento

---

(27) A proposito del P. Kircher e, in particolare delle sue tendenze pansofiche e delle sue interpretazioni dei « misteri » egiziani, cfr.: J. GUTMANN, *Athanasius Kircher und das Schöpfungs- und Entwicklungsproblem*, Fulda, 1938; G. E. Mc CRAKEN, *Athanasius Kircher's universal Poligraphy*, in « Isis », 1948, pp. 215-228; M. BATTLORI, *Vuit segles de cultura catalana a Europa*, Barcelona, 1959, c. 2 (per i rapporti con il lullismo); L. THORNDIKE, *A History of magic and experimental Science*, VII, London-New York, 1958, pp. 567 sgg.; ROSSI, *op. cit.*, pp. 195-196. Cfr. anche, per quanto concerne la concezione leibniziana del significato dei geroglifici, *Ibid.*, pp. 241-242. Ma su questo importante problema di storia della cultura cfr. P. ROSSI, *Le sterminate antichità. Studi vichiani*, Pisa, 1969.

(28) *Nova Methodus*, cit., p. 279.

(29) *Ibid.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

assiomatico, il Viotti e il Felden tra gli aristotelici, e, tra i matematici, Apollonio, Diofanto, Pappo, Marino; e, ancora, tra i « recentiores », il Cardano, il Viète, Cartesio e se stesso, come inventore del calcolo infinitesimale. E, in tal modo, distinguerà e, insieme, unirà sotto la stessa sezione o parte della logica due linee e due tradizioni che si erano svolte parallelamente, tra Cinquecento e Seicento, intrecciandosi e connettendosi tra loro, con singolari risultati, come nell'ultima redazione della *Dialectica* ramista [30]. Ma, nel testo del '67, la « topica » e l'« invenzione » restano ancora nettamente ancorate alla linea tradizionale dell'esperienza umanistica.

Con la stessa brevità con cui tratta l'« ars inventiva », Leibniz definisce poi l'« analitica » come l'« arte di giudicare » che si risolve in due regole essenziali: non ammettere mai alcuna « voce » che non sia stata prima spiegata e non accettare alcuna proposizione che non sia stata prima provata. Queste regole hanno infatti una validità assoluta, e, certo, molto più sicura di quella delle quattro regole cartesiane e, in specie, del criterio della « chiarezza » e della « distinzione » che si è rivelato così spesso fallace [31]. Come verrà poi chiarito nelle varie revisioni, la definizione e il sillogismo sono ancora e sempre le vie solide e maestre dell'analitica, almeno sinchè il ragionamento procede nell'ambito dell'« argomentazione certa », svolta con assoluto rigore apodittico [32].

---

[30] *Ibid.*, e si vedano anche in questo caso, le aggiunte recate nella revisione D del § 24: « variis, *Cornelius Gemma* in *Cyclognomicis*, *Pet. Gregorius Tolosanus* in *Syntaxi artis mirabilis*, *Ivo Capucinus* in *Digesto sapientiae*, qvo Lulliana pulchrè in praxin deduxit, qvaedam non male notavit *Ioh. Henr. Bisterfeldius* in *Compendio artis meditandi*. Sed pleraqve breviter in unum contulit *Vincentius Placcius* v. cl. tam qvae in Scholis freqventantur qvàm qvae ab aliis sunt suppeditata; nisi qvod Ivonem qvi amplissimus (trium in folio voluminum) adhibuisse non videtur. *Kircherus* in *Arte magna sciendi* (qvam vocat) longissimè infra nostram spem subsedit. Sed in his omnibus latet altius aliqvid, qvod simul analyticis et topicis inserviret, si elementa combinatoria satis constituta haberentur, Lulliana cum magis loqventiae qvàm sapientiae instrumenta esse solent ». Gli autori citati sono tutti rappresentanti della tradizione mnemotecnica e combinatoria cinquecentesca e seicentesca.

[31] *Ibid.*, pp. 279-280.

[32] *Ibid.*, pp. 279-280, revisione D del § 25: « (1.) Ut nulla notio derivativa admittatur, nisi explicata, (2). ut nulla propositio derivativa, nisi probata. Ex-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma lo stesso Leibniz non mancherà ancora di ricordare, toccando un tema che ha tanta parte nelle sue riflessioni logiche, che resta ancora da elaborare una « logica verisimilium », il cui criterio di probabilità non dipenda dall'« autorità » dei « molti » o dei « sapienti », ma dalla « stessa natura della cose »: una logica, appunto, che dovrebbe essere particolarmente coltivata dai giuristi, « qui de probationibus plenis aut minus plenis, praesumptionibus, conjecturis, indiciis, passim et multa egerunt » (33).

Comunque, « topica » e « analytica » non possono mai andar disgiunte dal terzo strumento o processo logico che consiste nel-

---

plicatio fit per definitionem, probatio per Syllogismum vi formae concludentem etsi non semper adhibeatur dispositio Scholastica, neqve omnia ad conseqventiam necessaria exprimantur taedii vitandi causa. Interim non exigua res est, hac ratione habere nos modum infallibiliter ratiocinandi, si laborem non defugiamus. Reguale autem Cartesianae minus sunt sufficientes. Certè illa prima: qvod clarè et distinctè percipio verum est, nec vera est (nisi certa ratione circumscribatur), neqve enim existentiam sed tantùm possibilitatem probat; nec valde utilis est, nisi c l a r i et d i s t i n c t i criteria habeantur qvae indicavimus aliqvando in *schediasmate de veritate et ideis*. Caeterum qvae notiones veritatesqve p r i m i t i v a e sint aut d e r i v a t i v a e et qvae interdum pro primitivis utiliter assumantur, exponere non hujus loci est. — E ancora: « Duplex autem L o g o c r i t i c a est, una qvae in Rationibus certis, altera qvae in probabilibus seu verisimilibus versatur. Et priorem qvidem tradit *A r i s t o t e l e s* in *Organo*, qvi an primus sit inventor formae Syllogisticae non dixerim. *A p u l e j u s* in *Apologia* ait *D e m o s t h e n e m* argumentationes ab *E u b u l i d e* dialectico didicisse, qvi fuit Aristoteli aequalis et adversarius, ex schola *E u c l i d i s* Megarensis. Sed qvantum aliunde intelligitur Dialectica Megarensium in arte interrogandi constabat, qvae magis ad inventionem qvàm ad judicium pertinet ».

(33) *Ibid.*, nella stessa revisione: « Sed L o g i c a V e r i s i m i l i u m est opus adhuc desideratum, ut saepe monui, ubi probalitas non tantùm petitur ab externis seu ab autoritate, vel plurium vel sapientum (qvo uno eam parum rectè definivit Aristoteles, qvem in ea re probabilistae morales sunt secuti), sed etiam et maximè qvidem ex ispa rei natura, qvia alia aliis facilius contingere possunt, eoqve sunt credibiliora. In parxi autem inspiciendum non tantùm qvid sit verisimilius, sed qvid tutiùs; qvanqvam in hoc, ut aestimetur qvàm tutum sit aliqvid, rursus consideretur verisimilitudo. Sic ergo capienda est oppositio inter verisimilius et tutius; ut verisimilitudo boni aut liciti major, superetur à minore verisimilitudine mali connexi, cum malum timendum est multis parasangis majus bono sperando. Logica autem Verisimilium à nullis magis qvàm jurisconsultis exculta est, qvi de probationibus plenis aut minus plenis, praesumtionibus, conjecturis, indiciis, passim et multis egerunt; etsi certis principiis nondum constitutis ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'« ars disponendi » o teoria del metodo. Leibniz (che sembra qui riprendere la tipica identificazione della « dispositio » con la « methodus », propria di tanti testi dialettici umanisti) (34) ritiene però che il metodo « naturale » possa essere risolto in un'unica regola, semplice e indiscutibile: « quicquid sine altero cognosci potest, non vero alterum sine ipso, illud alteri praeponi debet »; mentre crede che il metodo « occasionale » non abbia né possa avere alcuna norma precisa. È però un particolare abbastanza indicativo delle sue preferenze che egli citi, insieme a Johannes Neldelius ed Abraham Colovius, l'Aconcio del *De Methodo* e dell'*Epistola Stratagematis Satanae*, e che, più tardi, ricordi anche i ramisti e i « semiramisti » che « hic prosunt etsi alias exiguae sint utilitatis » (35).

4. Ai paragrafi dedicati allo studio delle « cause » segue, poi, nella *Methodus*, l'analisi dell'« oggetto dell'abito », ossia dell'azione di cui è possibile ottenere un'« abito ». Leibniz distingue subito tra gli « abiti » del corpo e quelli dell'anima; con il suo tipico procedimento dicotomico, divide ancora gli « habitus corporis » nelle due classi di quelli pertinenti ad azioni che producono delle « opera » e di quelli che concernono, invece, fatti meramente transitorî (36). Egli attribuisce perciò, al primo gruppo sia tutte le arti che operano « promuovendo la natura », mediante l'opportuna applicazione dei principî attivi e passivi (e si tratta dell'agricoltura, orticoltura, arte pastorizia, medicina, chimica e veterinaria), sia le altre che compiono da sole la propria opera, mediante la trasformazione o la separazione delle cose naturali o la loro riduzione ad una forma o figura desiderata. La pittura, la scultura, le arti fusorie del vetro e dei metalli, l'arte di fare il pane, l'arte tipografica, ecc., sono appunto gli esempi citati per delineare questa particolare classificazione delle arti che riecheggia gli schemi tradizionali dell'enciclopedismo seicentesco. Sull'altro lato della divisione dicotomica, Leibniz colloca, invece, le « artes facti transeuntis, seu opus non relinquentes », come l'arte di navi-

(34) *Ibid.*, p. 280.
(35) *Ibid.*
(36) *Ibid.*, pp. 282-282.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gare, guidare il carro, cavalcare, mescolare con abilità le carte, gettare i dadi, e ancora, l'arte di giuocare a palla e altre attività ludiche. Si tratta, insomma, di arti o esercizi che hanno in comune l'abilità di muovere certi oggetti; sicchè ad esse si possono affiancare, proponendo un'ulteriore distinzione, le arti che disciplinano invece il movimento del nostro corpo in una sua parte, quali ad esempio, l'arte di saltare, ballare, correre, l'arte dei funamboli e quella (se fosse possibile) di volare o di nuotare; o, ancora, l'arte di piangere volontariamente, parlare o cantare « artificiose », discernere i sapori dei vini e dei cibi, disporre le labbra in modo da farsi intendere senza parlare, ecc. Simili arti sono strettamente connesse agli abiti corporei e perciò vengono esercitate per mezzo di strumenti od organi del corpo ([37]). Tutte le altre, e, in particolare quelle che producono « opere », rispondono invece ad abiti proprî dell'anima umana ai quali il corpo deve naturalmente obbedire. Ora — scrive Leibniz — l'abito e l'azione peculiare dell'anima è costituito dalla « cognitio » che comprende in sè anche la volontà (« nam et velle nihil aliud est, quam cogitare rei bonitatem »); dunque, è proprio a questo abito che dovranno riferirsi quelle attività, arti e discipline umane nelle quali consiste il sistema universale del sapere ([38]).

Su questo punto l'analisi leibniziana prende però le mosse, nuovamente, da principî generali che concernono la struttura generale del discorso e la sua natura logica. L'autore della *Methodus* osserva che ogni « cogitatio » ha sempre per oggetto una « proposizione » e che proprio questo dato di fatto distingue il pensiero e l'immaginazione umana dalla capacità anche animale di apprendere i semplici « termini » Non basta: aggiunge subito che le propositioni si presentano sotto diversa forma, perchè possono essere: 1) « singolari » (come nell'esempio: « Alla Mecca un magnete attrae il loculo ferreo di Maometto »); 2) « universali contingenti » e derivate per induzione da proposizioni « singolari » (« il magnete attrae il ferro »); 3) « universali necessarie » e dimostrabili per mezzo dei loro stessi termini (« tutto ciò che si muove è mosso da qualcos'altro », oppure « se il magnete attrae il ferro,

([37]) *Ibid.*, pp. 282-283.
([38]) *Ibid.*, pp. 283-284.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è necessario che degli effluvî corporei passino dal magnete al ferro ») (39). Dalle proposizioni del primo tipo dipende auel modo di conoscenza che Leibniz chiama « historia » e che consiste nella registrazione di eventi e fatti particolari. Ma la « historia » è pure « la madre dell'osservazione », giacchè — lo ha dimostrato Francesco Bacone — proprio per la via dell'induzione è possibile passare della conoscenza « istorica » alla formulazione di certe regole generali di osservazione. Infine, lo stesso « oggetto » può dar luogo a considerazione « istorica », a osservazione oppure a teoremi di carattere scientifico, secondo la forma della proposizione con cui è espresso (40).

Come scrive Leibniz, prendendo partito in una disputa che aveva a lungo diviso i logici, il vero giusto criterio di distinzione delle proposizioni non dipende dalla « ratio copulae et signi », bensì piuttosto dalla « ratio terminorum » (41). E poichè i « termini » possono essere « semplici » (e, cioè, non spiegabili mediante « termini » più noti che cadano immediatamente sotto i sensi), oppure « composti » (e riducibili ai « termini semplici ») l'analisi dovrà iniziare dai « semplici », ossia dalle stesse « qualità sensibili » (42). Ciò lo porta però ad affrontare subito il concetto di « Ens » che, secondo la stringata definizione leibniziana, è predicato di tutto ciò che possiede delle qualità sensibili o di tutto ciò che è sensibile; giacché l'unica prova dell'esistenza di qualsiasi cosa è fornita, sempre e soltanto, dalla sensazione immediata, oppure dalla sensazione di ciò che non può esistere senza di essa. Tutte le qualità raccolte insieme costituiscono, pertanto, l'« essenza » di un oggetto, laddove la sensibilità costituisce, invece, l'« esistenza »; inoltre, la « cogitatio » di diversi enti considerati insieme dà luogo alle « relazioni » o « affectiones Entis » (43). Identico e diverso, simile, dissimile e contrario, genere, specie, universale e singolare sono, appunto, le relazioni scaturenti dalla « comparatio » che, a sua volta, dipende dalla « coimmaginabilità » o « coessenza »; il tutto e la parte, l'ordine, l'uno, il molteplice, il necessario, il con-

(39) *Ibid.*, p. 284.
(40) *Ibid.*, pp. 284-285.
(41) *Ibid.*, p. 285.
(42) *Ibid.*
(43) *Ibid.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tingente, il connesso e la causa sono, invece, proprie della « connexio », derivata dalla « consensibilità » o « coesistenza ». Da tali fondamenti — conclude Leibniz — « fluit Metaphysica universa » (44)

5. Simili citazioni sono già sufficienti a mostrare come il giovane giurista, fedele ai postulati della sua « ars combinatoria », miri, fin da adesso, a fissare i termini essenziali di una costruzione logica e dottrinale realizzabile mediante un sistema di proposizioni fondate sulla rigorosa coerenza dei « termini ». E, invero, egli sviluppa subito questa tecnica, quando tratta delle « qualità sensibili », sempre correlate al concetto di Ente. Alcune delle qualità sono infatti percepibili solo per mezzo della mente, altre attraverso la fantasia e gli organi corporei; ma l'intento metafisico che guida Leibniz nella ricerca dei « termini » o concetti chiave del suo universo logico-linguistico appare subito evidente, quando afferma che la mente può percepire da sola e direttamente solo due « qualità sensibili »: la « cogitatio » e la « causalitas » (45). Definendo la « cogitatio » come la « qualità sensibile dell'intelletto umano o di qualcosa in noi che avvertiamo pensare », egli vuol certo prendere le distanze delle tesi cartesiane e sottolineare il processo graduale che conduce dal percepire alla « cogitatio ». Ma è pure sua precisa ed esplicita convinzione che la « cogitatio » sia una qualità della quale non si può dare una spiegazione migliore di quella che possiamo escogitare per i concetti di « albedo » e di « extensio » (46). È vero che l'inerenza di quella qualità agli esseri puramente spirituali come Dio o gli angeli, è perfettamente dimostrabile e, quindi, indiscutibile; però non v'è dubbio che essa rientra pur sempre nell'ambito della « sensibilitas », anche se può essere colta e percepita soltanto dalla mente (47).

Che, poi, Leibniz avverta i limiti e la provvisorietà di questa soluzione mi sembra rivelato dalle profonde trasformazioni che opererà, nella revisione D, per giungere ad affermare che la mente percepisce due sole qualità sensibili: la « perceptitas » o

(44) *Ibid.*
(45) *Ibid.*, p. 286.
(46) *Ibid.*
(47) *Ibid.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« potentia percipiendi » e la « activitas » o « vis agendi ». E, nel nuovo contesto, il termine « cogitatio » indicherà soltanto quella particolare percezione che va congiunta alla riflessione su se stesso e il proprio atto operata da colui che percepisce ([48]). Resterà, tuttavia, ferma e immutata l'idea che la scienza cui spetta lo studio della « cogitatio » è la logica, la disciplina più nobile dopo la metafisica che deve fornire alle altre scienze anche gli strumenti per conoscere ed insegnare ed ha, per di più, il compito essenziale di tradurre « in praxin » i « theoremata » della metafisica, volgendoli allo studio delle varie, particolari verità scientifiche ([49]). D'altro canto, già nel paragrafo che segue immediatamente, Leibniz afferma che l'altra qualità sensibile percepita dalla mente, la « causalitas », può essere veramente percepita, solo quando una precisa dimostrazione permette di dedurre che un determinato effetto ha una qualche causa, sia pure « latente ». Tale qualità (escluse tutte le altre, come il moto, la figura, ecc.) è indiscutibilmente inerente sia alla causa prima del mondo, Dio, sia agli angeli, come cause di alcuni eventi mirabili; ond'è che, in questa sua particolare accezione, la causalità è oggetto della « doctrina Pneumatica quae agit de Entium incorporeorum actionibus ad extra » ([50]). A questa scienza spetta quindi il compito di dimostrare l'esistenza di Dio, degli angeli e della stessa nostra mente incorporea e, perciò, anche l'immortalità dell'anima. Nè Leibniz dubita che anche su questi supremi problemi si possa giungere, per via logica e « mirabili ratione », ad una certezza di tipo matematico che fornisca argomenti inoppugnabili al nostro desiderio di eternità ([51]).

Alle scienze matematiche propriamente dette il filosofo attribuisce, invece, lo studio delle qualità sensibili percepibili dagli organi corporei: il « numero » (la cui scienza specifica è l'aritmetica), l'« estensione » e i suoi modi (geometria) ([52]). Definisce poi con il termine « corpo » tutto ciò che possiede, oltre il « nu-

([48]) *Ibid.*, revisione D del § 34.
([49]) *Ibid.*
([50]) *Ibid.*, pp. 286-287.
([51]) *Ibid.*, p. 287.
([52]) *Ibid.*, pp. 287-288'

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mero » e l'« estensione » qualche altra qualità sensibile, mentre identifica il « vuoto » con la mancanza di tali qualità, prendendo così una decisa posizione nei confronti di un dibattito centrale della fisica seicentesca ([53]). Naturalmente non possiamo analizzare in questa sede il particolare significato dottrinale e storico di tali definizioni, nè tanto meno indicarne il preciso sfondo teorico o chiarire le ragioni dei profondi mutamenti recati nella revisione D ([54]). Simili problemi (che impegnerebbero allo studio della filosofia naturale del giovane Leibniz) esulano dai limiti di questo saggio e dai suoi ben definiti propositi. Bisognerà, nondimeno, ricordare che dalle nozioni di « corpo » e di « vuoto » trae origine la « fisica », alla quale spetta inoltre di spiegare quella qualità sensibile, il « moto » che è percepita dal senso più semplice, il tatto ([55]). Come scrive Leibniz, « in caeteris qualitatibus nihil aliud est quam subtilis motus, per quem, assumpta extensione, caeterae omnes explicari possunt »; e, perciò, la solidità, la fluidità, la « tenacità » e la « glabrietà » sono delle qualità speciali del tatto, la cui « historia » (come quella della luce, dei colori, dei suoni, odori e sapori) deve essere accuratamente « raccolta », affinchè « tanto facilius causa per materiam et motum reddi possit » ([56]).

A queste discipline che costituiscono la « philosophia abstracta de qualitatibus » deve poi seguire la « philosophia concreta de rebus in quas hae qualitates coierunt », una disciplina che muove dai presupposti già dimostrati nella « philosophia abstracta » e, senza procedere a proprie dimostrazioni, recensisce « historice » le varie qualità delle cose ([57]). Essa tratta, perciò, degli oggetti più diversi, da Dio stesso, gli angeli e la nostra mente, al fuoco, ai vapori, alle meteore, all'acqua e agli altri liquidi, per passare poi alla terra, alle varie specie di minerali, alle piante e, infine, agli animali, studiando però sempre la connessione dei vari « soggetti » con le diverse qualità. In questo senso si può considerarla

([53]) *Ibid.*, p. 287.
([54]) *Ibid.*, revisione D del § 36.
([55]) *Ibid.*
([56]) *Ibid.*, pp. 287-288.
([57]) *Ibid.*, p. 288.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un'« eidografia » generale, distinta, di volta in volta, nelle sue particolari specificazioni ([58]).

A conclusione del suo universale disegno delle dottrine e conoscenze umane, Leibniz pone ancora la « cosmographia », la scienza che espone la connessione dei vari oggetti così come sono « collocati » nel mondo e che comprende in sè la « historia moruum coelestium sphaerica et theorica », l'« astrognosia », le « observationes recentiorum », in breve, l'intera « historia mundi » dalla creazione ([59]). Anche la cronologia, la storia universale e quella dei varî paesi, delle nazioni, degli stati e dei diversi generi di vita possono così trovare il loro posto all'interno dell'enciclopedia universale, ormai costituita nelle sue linee generali e portanti. Delineando, poco oltre, un « cursus studiorum » (che procede dall'acquisione delle conoscenze linguistiche, per passare allo studio della storia universale, della storia sacra e della storia contemporanea, quindi, all'apprendimento delle matematiche, dell'ottica, della statica, dell'astronomia e, poi, alla conoscenza dei nomi delle erbe, piante, minerali, alberi, ecc. e, infine, ai rudimenti della medicina, dell'anatomia, della farmacopea e della chimica e delle stesse scienze giuridiche e teologiche) il giovane filosofo ribadisce, con indicazioni molte esplicite, il carattere pedagogico e la funzione propedeutica che questo sistema del sapere può svolgere allo scopo di costituire la solida base culturale per l'accesso alla conoscenza « superiore » delle tre grandi « facoltà » tradizionali: la medicina, la giurisprudenza e la teologia ([60]). Ma sembra abbastanza evidente che un simile « quadro » enciclopedico — lo dimostrano le aggiunte e integrazioni recate nelle revisione D — resta sempre all'interno di una tradizione filosofica che, se ha lontane origini classiche e medioevali, è però soprattutto « rinascimentale » e sempre connessa ai propositi pansofici ed alle tecniche memorative tipiche di una largo settore della cultura cinquecentesca e seicentesca. I nomi che Leibniz citerà, insieme a quelli degli enciclopedisti antichi e medioevali, mostrano che i suoi « modelli » appartengono a quella « linea » enciclopedica ben delineata dal *Pa-*

([58]) *Ibid.*
([59]) *Ibid.*, pp. 288-289.
([60]) *Ibid.*, pp. 289-290.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nepistemon del Poliziano, dalle opere di Raffaele Volterrano e di Giorgio Valla, dagli scritti del Melantone, di Pietro Ramo, del Vives, di Conrad Gessner, Johannes Jacobus Fries, dello Zwinger, e del Freigius ([61]). Ma, certo, l'esempio che egli proporrà, con significativa evidenza, sarà quello dello Alsted, criticato — è vero — per la sua manchevole trattazione delle dottrine matematiche e delle « facoltà » superiori, e, tuttavia, considerato come l'autore dei tentativi più validi di sistemazione « pansofica » ([62]). Così Leibniz, come aveva già fatto nella *Dissertatio de arte combinatoria*, riconoscerà il suo debito verso un tipo di cultura e una idea del sapere legata, per tanti sensi, alla « riforma » umanistica.

II.

1. La seconda parte della *Methodus*, che tratta in modo specifico della formazione del perfetto « giureconsulto » è lo sviluppo coerente di queste premesse e dell'intento di considerare tutto il complesso delle discipline giuridiche come parte integrante di un sistema universale che coincide, « in radice », con l'ordine stesso del cosmo. Le sottili e fini osservazioni del Grua ([63]) sullo stretto nesso, in Leibniz, tra il concetto di « teodicea » e quello di « giurisprudenza universale » trovano infatti una precisa conferma dall'analisi particolareggiata di queste pagine dove filosofia, teologia e diritto procedono sempre unite e il proposito di costruire un modello di sapere « giuresprudenziale » non è mai separabile dall'idea del suo fondamento cosmico, della rispondenza della legge umana con una suprema legislazione espressa in ogni forma e determinazione della realtà. Ma, appunto perchè, nella *Methodus*, la scienza del diritto è concepita come conoscenza di valore certo e assoluto, di grado non inferiore a quello delle matematiche e fondata, come esse, sull'oggettività necessaria di un ordine prestabilito, anche la sua struttura deve ripetere la disposizione organica e razionale che presiede all'armonia cosmica. Non stu-

([61]) *Ibid.*, cfr. revisione D del § 38, pp. 288-289.
([62]) *Ibid.*, revisione cit., p. 289.
([63]) Cfr. GRUA, *Jurisprudence universelle...*, pp. 19 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pisce che l'esposizione della « methodus jurisprudentiae » si presenti come una rigorosa progressione logica, fondata su « elementi » o « principî » generali dai quali discende, con un metodo euclideo, lo svolgimento dell'intera « materia ».

Leibniz inizia, così, definendo il termine « Jurisprudentia » come « scientia Juris, proposito aliquo casu seu facto » e precisando che, dapprima, delinierà « in Idea » l'immagine del « giureconsulto », per precisare, quindi, la via da seguire per tradurre in realtà questo « paradigma » eidetico (64). Ma, subito, avanza un argomento ricco di molte implicazioni filosofiche e storiche quando afferma che l'« eruditio » del giureconsulto dovrà essere del tutto similare a quella del teologo e distinguersi in quattro parti essenziali: la « didattica o positiva » (che contiene « ea quae in libris authenticis expresse extant et certi juris sunt »), la « storia » (che descrive le origini, gli autori, le mutazioni e abrogazioni delle leggi), la « esegetica » (che interpreta i « libri autentici ») e la « polemica o controversiaria » (che definisce, per mezzo di argomentazioni o di somiglianze i casi rimasti indecisi nelle leggi) (65). Di queste parti o sezioni quelle veramente proprie della giurisprudenza sono, sopratutto, la « didattica » e la « polemica », la prima di carattere « teorico » e la seconda di carattere « pratico ». Tuttavia Leibniz ribadisce la stretta interdipendenza tra le due discipline, quando scrive testualmente: « JCtus enim quâ talis satis habet, si sciat quid in proposito casu sit juris, quod potest etiam merè pragmaticus assequi, imò qui ne Latina quidem novit, sed difficulter, imò inutiliter; nam si quis negare audeat, non poterit ex historia Legibusque demonstrare; ideò Empirici magis nomen merebitur quàm ejus qui veram in Jure Philosophiam sit assecutus » (66).

Che poi la suddivisione delle varie parti della giurisprudenza, esemplata chiaramente dalla distinzione del « curriculum » teologico, sia del tutto valida è dimostrato dall'indiscutibile, anzi, « meravigliosa » somiglianza tra le due discipline. Entrambe, giurisprudenza e teologia, muovono infatti da un duplice principio, ossia la « ragione » (donde derivano rispettivamente la « teologia

(64) *Nova Methodus*, cit., p. 293.
(65) *Ibid.*, pp. 293-294.
(66) *Ibid.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

naturale » e la « giurisprudenza naturale » e la « scrittura » o « Libri autentici » che contengono le leggi positive divine e umane ([67]). Leibniz (che, come esempî di « teologia naturale » cita le opere di Ramón de Sibiuda e di Théophile Raynaud e, come autori della « giurisprudenza razionale », Grozio ed Hobbes) ([68]) respinge, invece, decisamente le pretese affinità che altri scrittori hanno indicato tra il diritto e le scienze matematiche o la medicina o la filosofia. Ippocrate, Galeno ed Aristotele, medici e filosofi tra i più insigni, sono stati spesso convinti di errore dai loro critici, nè alcuno crede che le dottrine di Euclide siano vere per il solo fatto che egli le enuncia, ma le accetta soltanto quando le prova; cosa questa che è, invece, assolutamente impossibile nelle leggi umane e divine « ubi pro ratione stat voluntas » ([69]).

È, dunque, del tutto comprensibile e naturale che la teologia e il diritto seguano metodi di studio e procedimenti sistematici paralleli, perchè — scrive il filosofo-giurista, enunciando un tema che resterà costante nel corso della sua meditazione — la teologia è una sorta di giurisprudenza assunta universalmente e che tratta del diritto e delle leggi dominanti della « Respublica » o, meglio, nel « Regnum Dei super homines » ([70]). In questo senso, la teologia morale corrisponde perfettamente al diritto privato, così come il resto delle discipline teologiche corrisponde al diritto pubblico; e Leibniz si richiama, ancora una volta, ad una pagina ben nota della *Dissertatio de arte combinatoria* ([71]), per illuminare la precisa e particolare corrispondenza tra gli oggetti delle due discipline e concludere che « brevitor tota fere Theologia magnam partem ex Jurisprudentia pendet » ([72]).

Con lucida consapevolezza del carattere « formale » assunto dalle controversie teologiche della Riforma, egli sottolinea l'argomentazione e l'apparato tipicamente giuridico di quelle dispute che, a ragione, si modellavano sulle corrispondenti discussioni

([67]) *Ibid.*, p. 294.
([68]) *Ibid.*
([69]) *Ibid.*
([70]) *Ibid.*
([71]) Cfr. *Dissertatio de arte combinatoria*, nello stesso volume dei *Philosophische Schriften*, cit., pp. 190-191.
([72]) *Nova Methodus*, cit., p. 295.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intorno a principî o a casi propri delle discipline giuridiche. Cita perciò Fausto Socino, giunto, non a caso, alle dispute teologiche da una preparazione squisitamente giuridica, le cui conclusioni, superiori a quelle di gran parte degli altri toelogi, furono confutate soltanto da un incomparabile giurista e teologo, Ugo Grozio; e, ancora, ricorda altri esempi e testi che confermano lo stretto nesso tra controversie teologiche e controversie giuridiche (73). Nondimeno, il suo interesse per il comune carattere « normativo » delle due discipline che si muovono entrambe nell'ambito di determinazioni scritte e documentate di volontà espresse per evidente certezza che esse traggono da questo assoluto fondamento, si sposta subito verso l'analisi della struttura logica propria della giurisprudenza. Trattando appunto della « jurisprudentia didactica », Leibniz afferma che essa deve essere costruita come un sistema di « elementi », imitando proprio gli *Elementa* euclidei che, dal tardo Cinquecento e poi per tutto il secolo, avevano costituito un punto di riferimento costante nelle discussioni metodologiche e un esempio insuperabile di procedimento assiomatico-deduttivo per ogni disciplina scientifica, filosofica ed anche teologica (74).

Non è certo qui possibile ricostruire, neppure per sommi capi, l'eccezionale fortuna del modello euclideo che — lo ricorda lo stesso Leibniz — aveva ispirato a Thomas Hobbes il titolo dei suoi *Elementa*, che il Felden e il Pufendorf avevano trasposto nell'ambito della letteratura giuridica e che, dal Borelli allo Spinoza, era stato legato ad alcune delle vicende centrali della scienza e della filosofia seicentesca (75). Occorrerà però osservare che Leibniz, piegando il metodo degli « elementi » alle esigenze del sistema giuridico e ai bisogni dell'insegnamento, punta, sopratutto,

---

(73) *Ibid.*

(74) *Ibid.*: « Elementorum nomine non ineptè appellabitur ad imitationem Elementorum Euclidis, quem in titulis suorum librorum *Th, Hobbes Elementis de Cive et Corpore*, ac *Joh. à Felde*, et *Sam. Pufendorf Elementis Jurisprudentiae* secuti sunt. Elementa duobus absolvuntur: Explicatione terminorum seu Definitionibus, quibus respondet titulus *de verb. sign.*, et propositionibus seu praeceptis, quò pertinet titulus *de reg. jur.* ».

(75) Cfr., a questo proposito, N. W. GILBERT, *Reinassance Concepts of Method*, New York, 1960, ad ind. ed anche sotto la voce « Elements ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sulla distinzione tra le « definitiones seu explicationes terminorum » (che costituiscono il « vocabularium ») e le « propositiones seu praecepta », corrispondenti, rispettivamente, al « titolo » *de verborum significatione* ed al « titolo » *de regulis juris* ([76]).

Le prime devono essere raccolte in un breve libro particolare che potrebbe chiamarsi « Partitiones Juris » e dovrebbe escludere, però, qualsiasi regola; il suo metodo non dovrebbe essere quello alfabetico, bensì « accurato e solido », secondo i principî già indicati che sono utilissimi per spiegare chiaramente l'intera materia e confermare stabilmente la memoria ([77]). E qui Leibniz, richiamandosi a procedimenti ed espedienti già largamente usati nella letteratura giuridica e logica del primo Seicento (basti pensare alle opere così fortunate di Giulio Pace ([78])) propone l'adozione di « tavole », in modo che dapprima, con una « tavola generale » si mostri nel complesso la totalità della materia, « come in una mappa geografica », per percorrere poi, di grado in grado, e sempre con l'ausilio delle « mappe », le sue singole « regioni » ([79]).

([76]) *Nova Methodus*, cit., p. 295.

([77]) *Ibid.*, pp. 295-296.

([78]) A proposito degli aspetti « metodici » dell'opera di Giulio Pace, mi permetto di rinviare a un mio saggio in corso di pubblicazione, nel volume: *Profezia e ragione. Studi sulla cultura dal Cinquecento e del Seicento.*

([79]) *Nova Methodus*, cit., pp. 295-296: « § 7. Definitiones seu explicationes terminorum judicorum peculiari libello tradendae sunt, nullis admixtis praeceptis seu regulis; hic possint appellari: Partitiones Juris. Methodus ejus non sit Alphabetica, sed accurata et solida. Mirum enim quàm in Methodo solida et naturali res rem explicet, et memoria juvetur. Quam in rem commodissimae sunt Tabellae, quarum ope licet uno obtutu primùm in generali tabula totam scientiae velut geographicam mappam, deinde verò speciatim singulas quasi provincias lustrae. Hae Veteribus incognitae, à *Petro Ramo* ejusque discipulis primùm celebratae sunt: Magnam quoque in illis diligentiam posuit *Theodorus Zwingerus* in Ethicis Politicisque, et in Jure *Joh. Th. Freigius*; hos innumerabilium aliorum caterva secuta estk sed vix assecuta quod optamus, Methodum inquam, naturalem. Nam ut rectè *Petro Ramo* Ramistisque objecit incomparabilis *Verulamius*, effecêre illi anxietate dichotomiarum, ut rem coangustarent magis quàm comprehenderent, quae intereà velut anguilla elabebatur, aut pro grano proprietatum inutiles divisionum paleas relinquabat ».

Giova, tuttavia, notare che un procedimento sostanzialmente dicotomico è spesso usato anche da Leibniz per tracciare le principali distinzioni metodiche della sua « materia ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Simili « tavole », ignote agli autori antichi, sono state particolarmente usate e sviluppate da Ramo e dai suoi discepoli: lo Zwinger le ha infatti adoprate, con grande diligenza, per illustrare le dottrine etico-politiche; Johannes Thomas Freigius le ha applicate al diritto; e, quindi, una « caterva » di altri autori li ha seguiti pedissequamente, senza riuscir mai a raggiungere il vero metodo naturale. Ma, per Leibniz, la causa degli scarsi risultati raggiunti per questa via non sembra tanto risiedere negli espedienti « tabulari », quanto piuttosto in un altro carattere tipico della logica ramista, già denunziato da Bacone: l'uso di dicotomie forzate e meccaniche che ha spesso costretto quegli autori a « rem coangustare potius quam comprehendere, quae interea velut anguilla elabebatur, aut pro grano proprietatum inutiles divisionum paleas relinquebat » ([80]).

2. Il procedimento di origine retorica che Leibniz prospetta, accettando tecniche ormai tradizionali, non deve quindi porre in giuoco la rigorosa affermazione della « methodus naturalis » e « non artificiosa » cui si ispira la sua « repastinatio » degli immani materiali del sapere giuridico. Prima di affrontare questo argomento (sul quale si sono spesso soffermati principalmente i giuristi e i filosofi che hanno studiato la *Methodus*), egli vuole però sottoporre ad una critica preventiva i procedimenti e i sistemi già proposti ed usati nel passato. Ricorda che già gli antichi giureconsulti intesero raccogliere e ordinare dei « Quaestionum et responsionum libri » di cui possiamo soltanto indovinare qualche traccia « ex Inscriptionibus Legum Justinianearum »; soprattutto, intende criticare Triboniano per aver seguito nelle *Institutiones* un metodo diverso da quello adoperato nel *Codex* e nel *Digestum*, con conseguenze negative per la coerenza interna della sistemazione giustinianea ([81]). Gli autori medioevali non tentarono affatto nuovi ordinamenti metodici, anzi « nunquam ipsi de Arte Juris vel per somnium cogitarunt, satis habentes, si Leges glossis, Judices

([80]) Per l'atteggiamento di Bacone nei confronti di Ramo cfr., in particolare quanto scrive P. Rossi, *Francesco Bacone, dalla magia alla scienza*, Bari, 1957, pp. 414-417. Ma cfr. anche pp. 284-385.

([81]) *Nova Methodus*, cit., pp. 296-297.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Consiliis obruerent », comportandosi come i teologi loro contemporanei, intenti a glossare i *Libri Sententiarum* e gli scritti di Tommaso, e i filosofi capaci solo di affidarsi alle *Summulae logicales* e ai testi aristotelici ([82]). Leibniz rafforza poi con un'altra, più recisa considerazione questo giudizio che riecheggia le classiche polemiche dei filologi e dei filosofi umanisti e le condanne dei teologi erasmiani e riformati: i giuristi medioevali considerano come articolo di fede che si dovesse seguire sempre la « methodus Legum... quasi eae et in Logicam exercerent imperium ». Perciò essi affermarono che non si poteva cercare un nuovo metodo, anzi considerarono pericoloso e dannoso qualsiasi tentativo di questo genere e dichiararono che un'altra sistemazione e un altro metodo avrebbero soltanto accresciuto le fatiche e le difficoltà degli « interpreti » ([83]).

Contro costoro e contro i sostenitori della assoluta intangibilità del « metodo » giustinianeo, Leibniz avanza precise contestazioni che investono tutta la struttura metotologica della disciplina giuridica. Egli nota, per prima cosa, che proprio seguendo la « methodus » giustinianea la fatica dello studioso è veramente raddoppiata, perchè costui è costretto a seguire una certa « via » nelle *Istitutiones* ed un'altra nel *Digestum* e nel *Codex*. Questa grave difformità metodologica è poi accresciuta dall'inutile disposizione seguita nelle *Istitutiones* dove la materia è distinta « per personas, res et actiones ». Secondo Leibniz, si tratta di un procedimento del tutto superfluo, poichè — scrive — « actiones... tam ex jure personarum, quàm rerum descendunt, et ipsae personae, v.g. servi et filii familias habentur pro rebus, datur enim non minus servi quàm equi vindicatio ». Ma non è tutto: questo metodo è tratto « non... ex Juris sed Facti visceribus », perchè « Personae... et Res sunt Facti, Potestas et Obligatio, etc. Juris termini »; e, invero, se avesse voluto esser coerente sino in fondo, Triboniano avrebbe potuto benissimo suddividere anche le persone e le cose, secondo le più diverse distinzioni fisiche ed etiche e, pertanto, distinguere le « personae », in « sordi, muti, ciechi, ermafroditi, perfetti, uomini, femmine, impuberi, minori, adulti, ricchi, poveri,

([82]) *Ibid.*, p. 297.
([83]) *Ibid.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nobili, magistrati, contadini, pellegrini, eretici, scismatici, ecc., e procedere in modo analogo anche con le « res » ([84]). Ora, un simile procedimento è del tutto irrazionale e simile, nella sua « vanità », a quello di un geodeta che suddividesse la sua disciplina non secondo la forma, ma secondo la materia, e trattasse separatamente della dimensione dei campi, dei pascoli, dei terreni arenosi, argillosi e sassosi. Allo stesso modo, una divisione della giurisprudenza tratta « a concreto » è soltanto causa di grande e pericolosa confusione. Al massimo può servire soltanto a coloro che compilano trattati o indici particolari e possono così raccogliere dai varî titoli i « diritti » delle donne, dei muti e dei sordi ([85]). Del resto, un simile metodo non serve affatto ai bisogni attuali dei giuristi e dei giureconsulti perchè in esso non trovano posto i diritti ecclesiastici feudali ed altre materie di grande importanza. Insomma: nella sistemazione giustinianea c'è spazio soltanto per

---

([84]) *Ibid.*, pp. 297-298.

([85]) *Ibid.*, pp. 298-299. Questo giudizio così duro e reciso sarà notevolmente attenuato nella revisione D del § 10, che, tuttavia, mantiene ben ferma la necessità di un rigoroso procedimento metodico per la conoscenza e il possesso della vera scienza: « § 10. Sed tenendum est recta Methodo rerum rationes, et documenta universalia apparere, et simul compendia non dispendiosa, et diffusam latissimè certitudinem obtineri. Ut adeò obicem Methodo ponere, sit veram rei scientiam nolle: qvi methodum negligit, discit iterum qvae nescit se jam didicisse, et qvae etiam ubi didicerit nescit, Memoria qvoqve multitudine praeceptorum obruitur, et qvae supervacuo labore vix animo impressa sunt, vel effluunt rursus, vel in usum promta non sunt, nisi ex fundamentis suis exurgant, qvod exponere Methodus ipsa est. Fatendum autem est Institutionum *Iustiniani* Methodum non parum accedere ad veram: Digestorum verò opus etsi materia pulcherrimum, forma nonnihil perturbatum esse et fortuito qvodam ordine constare, ut vel ex *Cujacii paratitlis*, et *Iac. Gothofredi* serie patet, summorum in antiqva Iurisprudentia virorum. Qvid enim magis incongruum qvàm occasione arrepta ab his, qvi arbitrium receperunt et sententiam dicere coguntur (qvod ad processum judiciarium pertinet), infercire titulum de nautis, cauponibus, stabulariis ut recepta restituant; ex homonymia recepti, *lib. Dig.* 4, qvanqvam *Iac. Gothofredus* aliam connexionis rationem qvaerat, qvemadmodum et de negotiis gestis libro tertio, et de pactis secundo planè praeter rem agi constat, dum occasione speciei totum genus alieno loco inferatur. Caeterum Methodus Iurisprudentiae non ex facto sed juris visceribus sumenda est; nec tam personae et res, qvàm jura personis rebusqve affixa tractantur. Nam si Methodum facti seqvimur, cur non proseqvimur, subdividimusqve personas et res ex Physicis, Ethicisqve ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il diritto antico che, spesso, sta alle esigenze del diritto contemporaneo « quantum sus ad Minervam » (86).

È chiaro che le critiche di Leibniz, non nuove anche se precisate con particolare coerenza logica, toccano un problema che aveva assillato ed assillava non solo molti giuristi contemporanei, costretti a misurarsi con situazioni e casi del tutto nuovi e irriducibili ai canoni giustinianei, ma era stato indicato, con particolare eloquenza, da oltre un secolo, in certe pagine magistrali di Jean Bodin (87): l'esigenza di un riordinamento generale del sapere giuridico e del sapere storico e della sua adeguazione metodica ai bisogni di una società già profondamente mutata. Il giurista teorico preoccupato di ricercare le ragioni prime e i fondamenti della sua « doctrina », e il pratico costretto a districarsi nella selva crescente delle norme e delle istituzioni si trovano, infatti, ad affrontare le insormontabili difficoltà derivate dalla lunga e sempre più complessa sovrapposizione di travizioni giuridiche tra loro assai lontane e diverse. Nel loro studiolo i volumi del *Corpus juris civilis* e del *Corpus juris canonici*, sovraccarichi delle glosse medioevali, costellate dalle interpretazioni degli interpreti più antichi e delle nuove esegesi umanistiche, si allineavano accanto alle raccolte dei diritti e consuetudini feudali, ai testi delle « leges barbarorum », delle costituzioni imperiali e regie, degli statuti ed editti comunali; e, ancora, le legislazioni particolari, i privilegi e le norme corporative, i documenti e le fonti di istituzioni politiche e giuridiche del tutto estranee alla tradizione dello « jus romanum » complicavano questo universo giuridico così confuso ed incerto. Nell'intrecciarsi di dottrine, interpretazioni e fonti normative il cammino dell'uomo di legge era davvero sempre più simile a un lungo e faticoso percorso attraverso il passato « civile » del genere umano, alla ricerca di un ordine e di una certezza difficilmente raggiungibili. Né certo la sua situazione era molto di-

(86) *Ibid.*, p. 299.

(87) Cfr. ad es. la « tavola » di tutti gli eventi determinanti del passato, delle istituzioni, dei governi, delle fedi, ecc. dei varî popoli proposta, appunto, da Jean Bodin nella *Methodus ad facilem historiarum cognitionem libri VI* (editi a Parigi nel 1566) che leggo però nell'ed. a cura di P. Mesnard, J. Bodin, *Oeuvres philosophiques*, I (« Corpus général des philosophes français », V, 3), Paris, 1951, coll. 116 *b*, 26-35.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

versa da quella che aveva indotto medici e « physici », matematici e filosofi della natura a proporre nuovi metodi del sapere e a gettare i fondamenti logici della nuova scienza. È naturale che un giovane giurista, così sensibile alla tradizione enciclopedica e affascinato dall'ideale di un ordine universale « pansofico » di tutte le conoscenze umane, potesse riprendere i propositi riformatori che, da oltre un secolo, erano avanzati da cultori del diritto e da teorici e studiosi delle discipline storiche, per attribuire anche alla dottrina giuridica la stessa validità epistemologica ormai assicurata alle scienze della natura, e sopratutto, a quelle matematiche.

3. Nell'elaborare le strutture logiche del suo metodo, Leibniz non è, dunque, tanto un « precursore della dogmatica giuridica moderna » ([88]), quanto piuttosto un pensatore ben radicato nella cultura del suo tempo dalla quale recepisce molte suggestioni, propositi e strumenti tecnici. La sua massima ambizione — non lo nasconde — è perciò la ricerca dei principi assoluti del diritto, che abbiano il valore di assiomi primi e dai quali sia possibile dedurre, con rigore logico, il sistema delle leggi e dimostrarne insieme l'indiscutibile razionalità. E poichè è convinto che esista un ordine naturale ed eterno del diritto (che non si stanca di difendere contro ogni ipotesi « positivistica » e, in particolare, contro le considerazioni hobbesiane), Leibniz ribadisce la stretta connessione tra filosofia, logica e scienza giuridica e dichiara che non è possibile un vero sapere giuridico se la disordinata pluralità delle leggi e delle istituzioni non è ricondotta a fondamenti unici e immutabili. Il procedimento didattico della « giurisprudenza » deve essere perciò perfettamente « ordinato » e « disposto », nel senso di costituire un « compendium discendorum » formato da alcune regole generali nelle quali siano implicite le molteplici « regole speciali » ([89]). Un simile procedimento (che permette di discendere dai generi alle specie e di esporre separatamente solo le poche cose che non risultino dalla sussunzione dei principi generali)

([88]) Cfr. ACETI, *op. cit.*, p. 15, che rileva giustamente la diversità della problematica giuridico-filosofica di Leibniz.

([89]) *Nova Methodus*, cit., p. 299.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gioverà moltissimo alla « memoria » che esige sempre una « naturalissima rerum ex se fluentium connexio ». Sarà però molto utile anche alla facoltà del « giudizio » perchè segnerà una via sicura per determinare, con ragioni universali, tutti i casi lasciati indecisi nel diritto (90). All'obiezione di chi teme che un nuovo metodo accrescerebbe le difficoltà e il lavoro del giurista, si deve quindi rispondere che la conoscenza della « methodus naturalis » non è per nulla faticosa e che anzi la semplice percezione di definizioni accurate permette l'acquisizione di un perfetto abito metodico. Del resto, il semplice fatto che tanti dotti, ricordati particolarmente da Leibniz, abbiano perseguito uno scopo simile è un segno dell'importanza e della necessità di questa impresa. Nè vale a smentirlo la circostanza che persino l'Althusius e il Vultejus siano falliti nei loro tentativi, giacchè essi hanno continuato a « mescolare » il « diritto » al « fatto ». Criticando, in modo specifico, la « methodus » proposta dall'Althusius nella *Dicaelogia*, Leibniz contesta la distinzione tra giurisprudenza « de facto » e giurisprudenza « de jure » che ritiene del tutto infondata e, addirittura, contradittoria. Questo errore in cui è caduto anche un giurista così illustre non invalida però, né smentisce l'esigenza di una nuova « methodus » razionale e coerente. Al contrario, ciò rende ancora più urgente la costruzione di un sistema organico del sapere giuridico, tratto dalle « definizioni » stesse delle cose, ossia dall'evidenza delle nozioni « centrali » che sorreggono l'intero edificio logico della giurisprudenza (91).

Tali concetti sono, per Leibniz, le nozioni di « Jurisprudentia », « Justum », « Injustum », « Politica », « Justicia » e « Injustitia », ecc., sottoposte subito a definizioni di schietto carattere filosofico, secondo i criterî della « philosophia practica » che è la scienza o dottrina « de Jucundo et Utili, et Justo seu eo quod communiter utile est » (92). Si tratta — come è noto — di nozioni intorno alle quali il filosofo tornerà spesso nelle sue opere giuridiche, come in quelle metafisiche, etiche e teologiche, con un costante e sintomatico lavoro di approfondimento. Ma già fin da adesso la defi-

(90) *Ibid.*
(91) *Ibid.*, pp. 299-300.
(92) *Ibid.*, pp. 300-301.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nizione di « Jurisprudentia » viene impostata con termini e concetti che pongono al centro il significato determinante dell'« azione »: « Jurisprudentia est scientia actionum quatenus justae et injustae dicuntur ». La struttura logica della definizione implica poi il chiarimento dei termini « justum » e « injustum » che Leibniz precisa così: « quicquid publicè utile vel demnosum est. Publicè id est, primum Mundo, seu Rectori ejus Deo, deinde Generi Humano, denique Reipublicae ». Ond'è che la giurisprudenza può essere giustamente distinta in « divina », « umana » e « civile », lasciando alla « Politica » la considerazione dell'utilità propria e privata (93).

Non v'è dubbio che, con simili definizioni, Leibniz miri a fissare il campo specifico della scienza giuridica e a individuarlo nell'« utilità » dell'azione, considerata però sempre in esclusivo riferimento con la volontà di Dio, del genere umano e della comunità politica. Vuole, tuttavia, anche affermare subito che la « moralitas, seu Justitia, vel Injustitia » dell'azione deriva dalla particolare « qualità » della « persona » agente in ordine all'azione, qualità che deriva, a sua volta, dalle azioni precedenti (94). Il filosofo la definisce « qualitas moralis », aggiungendo che, come la « qualitas realis » può essere, rispetto all'azione, una « potestas agendi » o una « necessitas agendi », così la « potentia moralis » si identifica con il « diritto » e la « necessitas moralis » con l'« obbligazione » (95). Quanto poi al soggetto della « qualità » morale, esso può essere « persona » o « cosa »; la prima è una « sostanza razionale », naturale o « civile », è, cioè, Dio, l'angelo, l'uomo o un « collegio » la cui volontà sia manifestata in modo certo, per mezzo di votazione o di estrazione a sorte e che pertanto possa « obbligare » e « obbligarsi » (96). Ma anche la cosa può essere soggetto di diritto e di obbligazione; anzi — scrive Leibniz — « in omni vero jure reali res est subiectum obligationis » (97).

---

(93) *Ibid.*, p. 301.
(94) *Ibid.*
(95) *Ibid.*
(96) *Ibid.*
(97) *Ibid.*, pp. 301-302.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Come si vede, il procedimento seguito in questa deduzione dei « summa Juris capita » è assai vicino alle tecniche combinatorie proposte nella *Dissertatio*, perchè consiste nell'assegnare al « diritto » ed all'« obbligazione » i propri particolari « soggetti », per passare quindi all'attribuzione degli « oggetti » e risolvere, con una serie di successive distinzioni, i varî modi per cui si generano le varie specie di « diritto » e di « obbligazione ». Sicchè Leibniz può scrivere che gli « oggetti » dell'« obbligazione » e del « diritto » sono il « corpus subjecti », la « res » e la « persona tertii », specificando che la « Jus in corpus meum tanquam subjecti » si chiama « libertas », che lo « Jus in rem » è detto « facultas » (e si distingue nelle diverse specie del « dominium directum in rei materiam », del « dominium utile seu Jus utendi fruendi in formam », dello « Jus servitutis in partes formae seu qualitates », dello « Jus retinendi, usucapiendi Conditionem » e degli altri « diritti reali ») e che lo « Jus in personam » è invece denominato « potestas » (e può essere diritto di vita o di morte, di castigare, di rimproverare, ecc.)([98]). Analogamente l'« obbligazione » è definita come il divieto d'impedire l'altrui « libertà, facoltà e potestà », mentre tale impedimento costituisce l'« injuria ». Ma anche l'« obbligazione » può essere positiva, nel senso che il soggetto è obbligato a fare o subire qualcosa per non impedire il legittimo esercizio di una potestà altrui nei suoi riguardi; e può essere, invece, piuttosto privativa, in quanto impone l'obbligo di non impedire la libertà altrui o di non impadronirsi di una cosa altrui ([99]).

Simili definizioni (che Leibniz rielaborò profondamente nelle revisioni, anche sotto l'influenza di critiche e discussioni contemporanee) non concludono però ancora la deduzione sistematica dei concetti « sommi ». Nei paragrafi successivi è infatti definita ed analizzata anche la causa della « qualità morale, che viene indicata nella « natura » e nell'« azione » ([100]). Ora, la « natura » è,

---

([98]) *Ibid.*, p. 302.

([99]) *Ibid.* Il testo è, anche in questo caso ampiamente rimaneggiato nella revisione D. Sul carattere di tale revisione e sul suo rapporto con la altre obiezioni del Pape e la risposta di Leibniz (GRUA, *Textes inédits*, cit., II, pp. 774-775) cfr. quanto scrive l'ACETI, *op. cit.*, p. 23, n. 39.

([100]) *Ibid.*, p. 303.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per Leibniz la causa della « libertà » e della « facoltà » e, quindi, anche dell'« obbligazione » corrispondente di non impedirne l'esercizio agli altri; mentre l'« azione » è la « causa potestatis in persona agentis » che comporta il diritto di fare o subire qualcosa in sé stessa o nelle cose proprie. Il filosofo la distingue nelle tre classi della « possessio », « injuria » e « conventio », specificando che la prima mi attribuisce il diritto reale sul mio corpo che possiedo prima di ogni altra cosa (e ne deriva quindi la « libertà »), poi il diritto reale sulle « res nullius » (donde deriva la « facultas ») e, pertanto, anche il diritto di rivendicare le cose proprie e l'obbligo per gli altri di non impedirmelo. Quanto alla « injuria », essa, nello stato di natura, attribuisce a chi è stato leso lo « jus libertatis, facultatis, potestatisque omnimodae », ossia il diritto di guerra contro l'offensore che ha infranto il vincolo sociale; ma, nello stato politico, « imò et aequitate duce ita restricta est haec licentia, ut aestimatione debeat esse contentus, reservata Reipublicae poena si damnum consulto datum est ». Infine la « conventio » contiene in sè tutte le « promesse » e « accettazioni » ([101]).

([101]) *Ibid.*, p. 303. E giova citare il testo: « § 17. Causa Qualitatis Moralis est Natura et Actio. Natura est causa Libertatis et Facultatis et correspondentis in alio obligationis de non impediendo. Actio est causa potestatis in persona agente, ad aliquid faciendum, vel in seipsa, aut rebus suis patiendum estque vel possessio vel injuria vel conventio. Possessio tribuit Jus Reale primum in corpus meum quia hoc ante omnia possideo, hinc Libertas, deinde in res alias, quae sunt nullius, hinc Facultas. Unde mihi jus oritur rem meam ubi invenio vindicandi: Et alteri obligatio, hoc non impediendi. Injuria in statu merè naturali dat laeso jus libertatis, facultatis potestatisque omnimodae, seu Jus belli in laedentem societatis ruptorem. Sed in rebuspublicis, imò et aequitate duce ita restricta est haec licentia, ut aestimatione debeat esse contentus, reservata Reipublicae poena si damnum consulto datum est. Injura igitur fons est delictorum et quasi delictorum. Conventio verò promissiones acceptationesque omnes in se continet, quò pertinet doctrina de Verborum Interpretatione, Conditionibus, etc. Quasi contractus verò ad Jus reale pertinent. Multa verò, quae ex his naturae fontibus non videntur descendere, sed ex Lege, illa omnia eo ipso ex eorum uno, nempe ex conventione descendunt, quia populus in Legislatorem compromisit ».

Ma per intendere il profondo processo di rielaborazione cui Leibniz sottopose il testo, anche adesso, dopo la discussione con il Pape (e cfr. ACETI, *op. cit.*, p. 24, n. 40) è opportuno citare anche la revisione: « et Actus vel Factum. Natura est causa Libertatis seu Potestatis in me ipsum, et respondentis in alio obliga-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Secondo Leibniz questi sono appunto i fondamenti assoluti del diritto; e se pure vi sono molte altre materie che sembrano indeducibili da essi, si tratta appunto di cose determinate « per con-

---

tionis de non impediendo. Actus qvi potestatem in personam aut Facultatem in rem aut saltem obligationem in alio seu jus agendi mihi producit, vel hoc praestat naturaliter vel legaliter. Naturaliter jus propriae autoritatis (id est Potestatem et facultatem) producit. Possessio seu redactio in potentiam sive facti potestatem, qvatenus aliud jus non obstat, ut si qvis rem producat, rem nullius occupet, rem alterius ab ipso acqvirat. Idem est si qvis personam suae potentiae subdat, unde servitus; hinc et patria potestas vim servitutis haberet stricto jure, nisi leges ex aeqvitate temperarent qvae hodie et servitutem pene sustulerunt. Hinc et possessio praesumtionem juris facit. Qvoniam autem is qvi captus est, si non dedat se, si vinculis repugnet, si ostendat persistere se in animo hostili, acqvisitus non censetur; hinc et Romani feram bestiam, donec manere assvescat, acqvisitam negarunt. Jus personale meum, seu obligationem tuam qvam actione perseqvi possum laesio facit, aut futura (unde damni infecti actio) aut praeterita, vel ad hoc subsistens, cujus aestimatio vel cessatio petitur. Laedimur autem vel exhibita molestia, qva tranqvillitas nostra turbatur, unde actio injuriarum, vel facto qvod facit ut minus habeamus, lucro cessante vel damno emergente, actioqve est contra eum qvi vel in malo animo sive dolo vel in culpa vel in casu est (fortuna infortunioqve) vel etiam in industria aut animo deniqve bono. Qvae cum et utrinqve intelligi possint omnia, hinc actiones impediuntur, modificantur ipso jure, contrariis exceptionibus eliduntur aut restringuntur. Conventio nuda si violetur actionem saltem continet tranqvillitatis laesae seu molestiae, nec nisi ex eo capite jure naturae actionem nuda verborum obligatio parit. Itaqve ut qvalecunqve pactum nudum servetur à lege est, qvae apud Romanos non nisi certis casibus actionem dabat ad rem promissam aut aeqvipollens. At contractus seu conventio cum causa ex causa ipsa id est lucro damnove aut spe metuve parit actionem, qvae cum voluntatis declaratione modificetur, hinc ex pacto nudo exceptio datur. Leges tamen interdum pacta nuda vestiunt et simplices conventiones vel ob freqventiam vel ob solennitatem elevant ad contractus potestatem. Hinc actiones personales vel obligationes vel ex contractu (id est conventione vestita) vel qvasi contractu seu casu simplicis facti; vel ex delicto seu dolo, vel qvasi delicto seu culpa; id est actiones sunt ex lege, casu, culpa, dolo. Unde et in rei vindicatione inest personalis actio in factum seu ex casu, in qvo es, dum rem meam tenes, ut mihi eam à te recipiendi facultatem praestes, si iniqvè retines, in culpa dolove es. Ex delicto interdum leges dant poenales actiones ultra laesionem patrimonialem, qvia injuriae seu laesae tranqvillitatis rationem habent qvod semper fieri par esset. Qvemadmodum et rationis foret actiones ex nudo pacto, cum qvis verbis captus est, nunqvam nimis fieri poenales, nec usqve ad hominum eversionem extendi, ne, cum actor causa caret, mereqve illa pactione lucratur, injuriae

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

venzioni » e che rientrano nell'ambito particolare della « legge ». Il procedimento rigorosamente deduttivo di questo metodo filosofico viene così a scontrarsi con la realtà effettuale di istituzioni e di norme dipendenti in modo assoluto dalla volontà del legislatore che ripropongono anche al giovane giurista uno dei problemi centrali della discussione filosofica, giuridica e politica del suo secolo, al cuore di un dibattito decisivo per la storia del giusnaturalismo e del « positivismo » giuridico. Ma chi conosce la posizione teorica di Leibniz, la sua ferma credenza nel fondamento « universale » del diritto e la salda fiducia nei poteri metodici di un rigoroso procedimento deduttivo, può già intravedere la soluzione che presenterà fin da questo suo scritto giovanile. Egli scrive, infatti, nel paragrafo 18, che alla « conventio », definita « fonte dei patti », spettano « tutte le obbligazioni dei giudizi pubblici, sia che essi tendano ad una pena temporale o ad una pena pecuniaria », giacchè sono fondate sulla promessa dei sudditi di osservare tutti i « decreta » dello Stato, siano essi leggi o sentenze. Non solo: rientrano in questo ambito anche le « Policey-Ordnungen » (« Ordinationes politicae ») con le quali sono regolamentate la « vita, conversatio, sumptus vestium, conviviorum omnes denique subditorum actiones », insieme a tutte quante le « materie criminali » al diritto pubblico e al diritto processuale civile e penale ([102]).

---

sibi decepto factae peonam ultra id, qvod reus non facere tantùm, sed et commodè facere possit, producat. Qvemadmodum et ipsas traditiones donatorias, qvae stricto jure dominium utiqve transferunt, moderari legibus aeqvum foret, cum bonus animus innoxiam aliis imprudentiam excuset, nimiaqve alioqvi peona erroris sit fortunis exui. Et qvanqvam rem furtivam Dominus rectè à qvolibet repetat, aeqvum tamen foret bonae fidei possessori vel servatis certis conditionibus omnimodam ut alicubi Iudaeis, vel ut *Grotius* alicubi factum observavit mediam indemnitatem praestari ». (*Ibid.*, pp. 303-304).

([102]) *Ibid.*, p. 304: « § 18. Quare et omens obligationes publicorum Judiciorum, sive ad poenam corporalem sive pecuniariam tendant, pertinent ad pactorum fontem; promisit enim quilibet subditus Reipublicae se decreta ejus vel universalia, ut Leges; vel singularia, ut sententias; rata habiturum. Decrevit autem Lex ut qui hoc faciat, illud persolvat. Ex ipso igitur Pacto promissae fidelitatis tenetur. Ita patet ad hunc locum reduci *die Policey-Ordnungen*, Ordinationes nempe Politicas, quibus vita, conversatio, sumtus vestium, conviviorum, omnes denique subditorum actiones formantur: Nec minus Crimi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È vero cne, poi, nella sua revisione D, Leibniz trasformerà notevolmente anche questo paragrafo, con conseguenze di grande rilievo, perchè il nuovo testo accentuerà in particolare il potere dello Stato nei riguardi dei sudditi, escluderà della deduzione il diritto pubblico e sembrerà ricondurre tutto il diritto processuale alla « potestatis fons » ([103]). Ed ha ragione l'Aceti ([104]) (ma simili osservazioni erano state avanzate in parte anche da altri studiosi) quando scorge in questi mutamenti non solo un'evidente trasformazione del quadro teorico generale, bensì anche il riflesso delle « cambiate circostanze della vita di Leibniz », dei suoi nuovi incarichi politici, delle sue funzioni ufficiali e, soprattutto, del nuovo corso generale della politica europea. Ma, se anche l'analisi comparata dei due testi, connessa agli ulteriori sviluppi delle idee politiche leibniziane, potrebbe prestarsi a molte e importanti riflessioni di ordine teorico e storico, sta di fatto che, al di là di qualsiasi incertezza o « debolezza » teorica, la « methodus » del '67 mantiene tutta la sua coerenza nel tentativo di esaurire nel suo sistema deduttivo tutti i fondamenti o concetti primi del diritto. Non è un caso che Leibniz, nel paragrafo immediatamente seguente, riepilogando appunto gli « universi Juris summa capita », stabi-

---

n a l i a , quae circa majora, pacem nempe publicam, securitatem civium honoremque DEI et amgistratus occupantur. Ex eodem Pactorum fonte est J u s p u b l i c u m , et ipse denique processus tam civilis quàm Criminalis. Cujus finis est executio, quae est realisatio qualitatum moralium, seu ut qui habet potestatem vel necessitatem moralem, habeat et naturalem ».

([103]) *Ibid.*, si notino i principali mutamenti della redazione D: *a*) al rigo 2, dopo « pecuniariam tendant », aggiunge « *naturali jure* », quindi sostituisce l'espressione « pertinent ad pactorum fontem » con l'altra « pertinent ad *potestatis* fontem » e aggiunge: « *subditi enim sunt in Reipublicae potestate* »; *b*) ai righi 3-4, sostituisce « rata habiturum » con « rata *habere debent* »; *c*) ai righi 4-5 cancella i due periodi compresi tra « Decrevit » e « tenetur »; *d*) ai righi 8-9 « Ex eodem pactorum fonte », cancella « *pactorum* » e poi, ancora, concella « *Jus publicum, et* »; *e*) aggiunge infine dopo « habeat et naturalem »: « Itaqve à jure personalissimo, seu p o t e s t a t e hominum in homines merito initium fit, qvae l i b e r t a t e m restringit, qvam cum Civitas in omnes ad ipsorum salutem habeat, ejus ope et obligationes seu personalia jura effectum obtinent, fitqve etiam ut faculatas nostra in res non impediatur. Sed et extra civitatem naturalis est inter homines societas, ut sibi mutuo adsint contra oppressionem et, j u s t o b e l l o sint auxiliatores, qvod executioni juris civilis respondet ».

([104]) Cfr. ACETI, *op. cit.*, pp. 25-26.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lisca anche i « modi acquirendi Juris » secondo uno schema che giova presentare nella sua successione analitica:

1) Natura = « Libertatis nempe et Facultatis in res nullius agendi ».
2) Successio = « non producit novum Jus, sed vetus transfert ».
3) Possessio = « ex quo Jus imposterum quoque possidendi tractandique oritur, quod est reale ».
4) Conventio = « velut traditio incorporalis, per signa rei aequipollentia, seu verba, quo pertinet quicquid ex Jure Civili seu Lege descendit, ut Criminalia et Processus ».
5) Injuria = « velut ruptio societatis humane in statu mere naturali omne Jus mutuo tollens, imò alteri in alterum resque ejus Jus absolutum tribuens, quod tamen in Republica legibus est restrictum » ([105]).

Naturalmente queste « causae juris » sono altrettante « causae amittendi Juris, seu acquirendae obligationis » per un altro soggetto, così come i « modi amittendae obbligationis » sono al tempo stesso anche « causae Juris recuperandi ». Tra queste ultime Leibniz ricorda la « morte senza eredi », la « solutio, quo reducitur compensatio » e la « conventio quo iterum reducitur Lex ». In tal modo, la deduzione dai « principi evidentissimi » giunge alle sue estreme conseguenze che implicano, a ben vedere, l'intera ristrutturazione logica di tutta la materia giuridica e, addirittura, se vi sarà una decisione dell'autorità pubblica, anche la stesura di un nuovo « Corpus Juris » che sia « disposto » o ordinato in modo davvero accurato e razionale. Ricordando che già Francesco Bacone nei *Sermones fideles* e nel *De augmentis scientiarum* ha avanzato, anche a questo proposito riflessioni e suggerimenti « preclari », Leibniz suggerisce al futuro legislatore di comporre il nuovo « corpo » « plene, breviter, ordinate », in modo da escludere definitivamente dal sistema delle norme giuridiche e dalla giurisprudenza ogni ripetizione, oscurità e contraddizione ([106]). Solo

([105]) *Nova Methodus*, cit., pp. 304-305.
([106]) *Ibid.*, pp. 306-307.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chi si atterrà alla « nuova methodus » e al suo rigore logico potrà finalmente porre un ordine esatto nella massa informe di una materia troppo controversa e confusa e chiudere, infine, la lunga stagione di una « navigazione » sempre incerta e pericolosa nel « pelago » burrascoso delle leggi e delle interpretazioni.

4. Stabilito in questa forma il quadro dei « summa capita », Leibniz può adesso passare alla seconda parte degli *Elementa*, le « definitiones » e i « praecepta ». Per quanto concerne le prime egli suggerisce che siano raccolte in un solo libro che sull'esempio di Johannes Otto Thabor (e del Bodin e del Vinnius) potrà essere intitolato *Partitiones juris* e conterrà soltanto la spiegazione dei termini più usati, le loro definizioni e divisioni proposte con il solito procedimento metodico, ma escludendo tutti quei problemi di carattere filologico, linguistico e storico che non sono essenziali per la chiara determinazione dei concetti. Riguardo ai « praecepta » ritiene, invece, che si debba distinguere nettamente la loro « materia » dalla loro « forma », in modo da ottenere una raccolta coerente e organica ([107]). In ragione della « forma », dovranno essere posti in questo testo solo quei precetti che sono dichiarati espressamente dalle leggi, appartengono al « diritto certo » e per nulla « controverso » e sono ancora in uso e non abrogati; mentre saranno esclusi tutti quelli che sono evidenti per diritto naturale o sul fondamento dei sani principi della ragione e che, pertanto, anche un « rusticus » potrebbe facilmente riconoscere, appena ne abbia noti i « termini » ([108]). Con questo criterio risultano escluse dalla raccolta leibniziana non solo l'intera « doctrina conventionum » che deriva direttamente dal diritto naturale, ma anche tutte le quistioni storiche e filosofiche che non riguardano lo scopo del « liber praeceptorum », limitato a raccogliere « ea... quae decidunt, quid proposito aliquo facto sit juris ». Si avrà così un « libellus » facile e breve, del tutto funzionale ai criteri didattici e sistematici che ispirano la riforma leibniziana ([109]). Ed anche l'attenta considerazione della « forma » dei precetti rafforzerà il

([107]) *Ibid.*, p. 307.
([108]) *Ibid.*, pp. 307-308.
([109]) *Ibid.*, p. 308.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

modello euclideo degli « elementa juris »; perchè la disposizione dei « titoli » dovrà essere uguale a quella delle « definizioni », ed, anzi, per mezzo di particolari accorgimenti tipografici, « definizioni » e « precetti » potranno addirittura essere stampati nello stesso testo ([110]). Esistono infatti — ricorda, prendendo così posizione sulla discussa quistione dei « brocardica » — dei precetti « generalissimi » che possono essere estratti anche da materie del tutto diverse e la cui importanza e utilità dipende proprio dalla mancanza di eccezioni. E poichè una regola che ammetta eccezioni perde subito il suo valore nè permette alla nostra mente di attribuire subito, con sicurezza, il predicato al soggetto, occorre tener fermo alla validità piena e assoluta di simili precetti ([111]).

Come afferma Leibniz, affrontando una quistione logica generale, l'adagio: « nullam regulam esse sine exceptione » è soltanto una forma del celebre « paradosso del mentitore » e una espressione del tutto simile all'altro paradosso scettico: « nihil scitur, ne hoc quidem, quod nihil scitur » ([112]). Perciò a chi si affida a queste formule si può sempre rispondere che se « nessuna regola è senza eccezioni », anche la norma espressa da queste parole è, a sua volta, suscettibile di eccezioni; il che distrugge la sua apparente validità e rivela come essa sia semplicemente « ignaviae, ignorantiaeque... latibulum » ([113]). A ciò si aggiunga che anche altre discipline, dalla grammatica alla filosofia, sogliono fare un uso ingiustificato di pretese regole universali alle quali poi si ammettono, però, troppe deroghe, con il risultato di rendere incerti i loro stessi fondamenti; ne risulterà evidente la necessità di procedere, non solo nell'ambito della giurisprudenza, ad una « reformatio brocardicum » che riduca i precetti ad una forma assoluta ed universale, stabilita con il massimo rigore ([114]). Come Leibniz mostrerà, in modo ancora più netto, nella revisione D, attaccando decisamente Felden e gli altri « aristotelici » sostenitori del carattere contingente delle « regulae juris », il diritto deve

---

([110]) *Ibid.*
([111]) *Ibid.*, p. 309.
([112]) *Ibid.*
([113]) *Ibid.*, p. 310.
([114]) *Ibid.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

essere fondato su precetti evidenti e indiscutibili, del tutto conformi al suo carattere di scienza esatta come la matematica e, comunque, assolutamente distinto dall'incerto fondamento delle « scientiae conjecturales » ([115]). È ben vero che nel diritto posi-

---

([115]) *Ibid.*, pp. 308-310. E mi si permette ancora la diretta citazione della revisione D.: « abstrahantur animo universalia à specialibus. Et sunt universalia haec diversae generalitatis, nam qvaedam remorissimis etiam materiis communia sunt, ex. gr. in eadem reipublica nemini jus suum auferri invito; seu omnem modum amittendi juris (salva re) voluntarium esse, cujus paucae sunt exceptiones, eaeqve tales ut sensu aliqvo videri possunt ne derogare qvidem generalitati, ferè qvemadmodum *Scioppius* Ellipsibus ascriptis Grammaticorum regulas revocare voluit ad universitatem. Nam cum jus amittitur per sententiam qvae transit in rem judicatam, dicendum est omnes velle censeri, ut vim habeant qvae autoritate summae potestatis legumqve praescripto fiunt. Ita ut qvod legitima autoritate sit, volenti factum videatur, qvemandodum dicimus rem judicatam pro veritate haberi: nam voluntas subditi in voluntate superioris contineri censetur. Et qvòd fera bestia amittitur Romanis, cum naturalem libertatem recepit, intelligi potest revera non tam reqvisitam, qvàm detentam videri. Et cum invito solvi possit, solutione autem jus ad rem amittatur; manifestum est ipsum rei jus compleri potius qvàm tolli, velut cum usufructus tolli dicitur consolidatione qvi perficitur magis. Sed non est opus his subtilitatibus, si regulae reddatur ratio, tum enim apparet qvousqve extendi debeat; et praestat ad captum incipientium regulae exceptiones subjici, cum dubitari potest an sub ea comprehendantur; donec res omnis in clara luce sit collocata. Sunt et regluae minoris generalitatis, ut qvod in Ultima Voluntate conditio impossibilis pro non adjecta habetur, qvod eadem in contractibus vitiat actum; aliaeqve id genus. Porro Regulae tales esse debent ut exceptiones earum sint numero definitae (exceptiones intelligo primitivas, qvae ex regularum ipsarum combinatione non sumuntur, alioqvi imperfectae sunt censendae); et, si exceptio rursus exceptionem habeat reguale respectu replicationis officium facturam, omnibus qvousqve habentur cum regula conjunctis, una confici putanda est completa regula, de qva demum locum habet, ut qvoties in uno vitiatur perdat officium. Itaqve qvod Cl. *Feldenus* et alii *Aristotelici* volunt juris regulas esse veritates contingentes ut plurimum; rem non satis perspexisse videntur. Fateor in Medicina aliisqve doctrinis conjecturalibus contentos nos esse debere aphorismis, qvi plerumqve sunt veri. Sed Iurisprudentia qva natura constat in scientiarum conjecturalium numero non est, nec in jure sed facto permissus est usus conjecturarum. Fateor tamen cum ipsa Legislatoris voluntas sit facti, fieri nimis freqventer ex imperfecto Legislatoris officii exercitio, ut de qvibusdam regulis regularumqve exceptionibus dubitetur, sed haec ad jus positivum controversum perrinent, Elementa sunt juris certi. Caeterum et jus naturae totum latissimum discrimen est inter nostras Regulas constitutivas juris, et Brocardica passim formata, sed vaga saepe nec satis de-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tivo a causa dell'imperfezione del legislatore, possono verificarsi situazioni e casi che fanno dubitare dell'esistenza di regole assolute e certe; ciò non significa che gli « elementa juris certa » non abbiano una validità piena ed universale, per nulla diversa da quella propria dei supremi principî matematici ([116]).

Alla trattazione dei « brocardica », Leibniz può così far seguire l'analisi dei « praecepta intermedia » che sono ristretti ad alcune materie particolari, ma non sono « specialissimi » come nel caso tipico della massima: « Cuicunque debetur reverentia, ille non est in jus vocandum » ([117]). Anche queste « regole » dovranno avere un carattere generale, anzi il più generale possibile; sicchè sarà opportuno costruirle in forma di proposizioni « reciproche », secondo quella norma aristotelica definita con la formula καθόλου πρῶτον, con la quale si indica « ut subjectum aequale sit praedicato, nec possit subjectum generalibus ad hoc praedicatum reperiri » ([118]). Con un diretto riferimento ai processi logici già analizzati nella *Dissertatio de arte combinatoria,* Leibniz propone alcuni esempî (uno dei quali particolarmente interessante perchè concerne la pratica della tortura) che dimostrano come si possa procedere alla costruzione di simili propositioni « universali reciproche ». Ed è naturale che egli riveli invece un interesse assai minore per i

---

terminata, de qvibus etiam cum proba sunt, rectè dicas, non es talibus regulis jus sumi, sed potius ex jure qvod est has regulas fieri, compendioqve magis discentium aut certaminibus disputantium qvàm actionibus atqve exceptionibus fundandis inservire. Et sanè potissimum in facti conjecturis usum habent. Qvos autem de regulis per exceptiones numero definitas iis subjectas perficiendis diximus, probè prae aliis vidit *Nic. Vigelius*, magnae vir diligentiae et judicii non spernendi. Sed rem in immensum multiplicavit, dum omnes regularum, exceptionum, replicationum, duplicationum etc. combinationes sibi exhibendas putavit, qvas ipsae suppeditant Romanae Leges, qvae cùm origine sua non eges sed plerumqve responsa vel rescripta fuerint sumta ex jure jam extante (etsi postea recepta in legum corpus), ad principia revocari debent ut rectè tradantur. Et sciendum est regulas diversas separatim constitutas, combinatasqve inter se pro factorum speciebus, exceptionum replicationum, etc. sibi invicem officium facere posse, idque ire in infinitum... ».

([116]) *Ibid.*, p. 310.

([117]) *Ibid.*, p. 311.

([118]) *Ibid.* Si può notare che anche Ramo attribuiva a questa legge un valore determinante per il « metodo » del sapere; e cfr. VASOLI, *La dialettica e la retorica...*, cit., p. 562.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

precetti « specialissimi », appartenenti, nella maggior parte dei casi, al diritto positivo, ossia quella parte della dottrina giuridica che è, certo, meno sucettibile di una rigorosa formalizzazione. Per il filosofo, questi precetti, esclusi quelli generali, sono, del resto, pochi e spesso un intero « titolo » può essere convenientemente risolto in una sola regola ([119]). Quanto poi ai « sottotitoli », le sue indicazioni sono ancor più essenziali e si compendiano in un elenco (« Forma seu definitio », « Subjectum », « Causa », « Effectus », « Contrarium seu destructivum ») comprensivo di tutte le possibili distinzioni e che deve essere osservato in qualsiasi titolo e materia, riservando una più ampia trattazione alla « dottrina topica » ([120]).

5. Con questa breve riforma metodica, Leibniz ritiene di aver compiutamente esaurito la sua nuova costruzione della « giurisprudenza didattica », che è poi quella parte elementare del sapere giuridico la cui conoscenza è necessaria ad ogni uomo dotto, sia egli giureconsulto, medico o teologo. Ma adesso occorre passare a quel gruppo di discipline specifiche proprie di un grado superiore e peculiare di conoscenza e, in quanto tali, strettamente pertinenti alla formazione del perfetto giureconsulto. Tra di esse la prima presa in considerazione è la « Jurisprudentia historica », subito distinta nelle due classi della « historia interna » ed « externa » ([121]). La distinzione è certo molto significativa perchè con essa si intende chiarire la differenza tra la storia del diritto vera e propria e quella conoscenza storica generale che — come sottolinea il futuro storiografo della Casa di Brunswick — è tuttavia indispensabile e necessaria per acquisire una compiuta dottrina giuridica. Ma prima di tracciare le linee essenziali della formazione storica generale, Leibniz vuole determinare il carattere peculiare della « Jurisprudentia historica interna », specificando che ad essa spetta di raccogliere ordinatamente gli « Jura » dei varî Stati e popoli, sull'esempio classico delle antiche raccolte di costituzioni elaborate da Aristotele e da Teofrasto. Del resto, anche la legi-

([119]) *Nova Methodus*, cit., pp. 311-312.
([120]) *Ibid.*, p. 312.
([121]) *Ibid.*, p. 313.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

slazione mosaica è già tutta riunita e proposta dalla Sacra Scrittura, così come le leggi degli Egizi, dei Persiani e degli Sciti restano affidate alle testimonianze di Erodoto, di Ctesia e di Diodoro Siculo; le leggi greche, già raccolte da Pausania, sono state poi nuovamente illustrate dal Meursius; e il diritto romano è tramandato dai « monumenta » di cui si dirà in seguito. Nè mancano le raccolte delle « leges barbarorum » e dei bullari pontifici, il « Gallicus Codex », i testi del « Landrecht », del « Weichbild » sassone, degli statuti polacchi, delle consuetudine italiche e del « Corpus juris prutenici » ([122]).

Leibniz, convinto che per il giureconsulto sia indispensabile la più compiuta conoscenza della storia del diritto, non si accontenta, tuttavia, di queste varie e particolari testimonianze; ed annunzia il suo ambizioso disegno (concepito sull'esempio dei molti « theatra mundi », costruiti da una vasta letteratura di carattere mnemotecnico e pansofico) di elaborare un « Theatrum legale » nel quale trovino il loro « luogo » esatto le « materia » giuridiche di tutti i tempi, di tutti i luoghi e di tutte le genti ([123]). Si tratta — è evidente — di un proposito non nuovo, anche per la cultura giuridica del suo tempo, e di cui è facile indicare certi vicini o più lontani precedenti non solo nel tentativo contemporaneo di Heinrich Gisebert, ma in certe tipiche pagine della *Methodus ad historiam* di Jean Bodin ([124]). Ma l'aspetto che maggiormente colpisce in questo progetto storico-enciclopedico-giuridico è l'idea della disposizione parallela delle varie leggi raccolte per materia, che dovrebbe subito fornire il quadro compiuto di tutte le affinità, diversità e contrasti tra le diverse legislazioni, secondo un tipico schema di riferimenti « locali » ([125]).

La storia « interna » del diritto non può però — s'è detto — essere separata dalla conoscenza della « historia externa », che è quanto dire dallo studio della storia romana, necessaria per com-

---

([122]) *Ibid.*, pp. 313-314.

([123]) Sul tema dei « teatri » nella cultura cui partecipa lo stesso Leibniz, cfr. ROSSI, *Clavis universalis*, cit., pp. 81-108; YATES, *The Art of Memory*, cit., pp. 135-162, 310-329, nonchè le suggestive prospettive tracciate dalla stessa A. in *Theatre of the World*, London, 1969.

([124]) *Nova Methodus*, p. 314 (e cfr. rev. D). Ma v. anche n. 87.

([125]) *Ibid.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prendere i fondamenti del diritto civile, della storia ecclesiastica, senza la quale non s'intenderebbe il diritto canonico, della « historia media », che rende possibile l'intellezione del diritto feudale e della storia dei tempi moderni (« nostrorum temporum ») che apre la via allo studio del diritto pubblico ([126]). Leibniz (che ha un senso quanto mai preciso ed acuto dei nessi tra storia e diritto e del carattere squisitamente storico delle istituzioni e delle discipline giuridiche) dedica perciò un notevole spazio alle varie suddivisioni particolari della « historia externa », a cominciare dalla distinzione della storia romana in « historia reipublicae liberae », in « historia augusta » e in « historia imperatorum graecorum ante Justinianum, et denique post Justinianum ». Nè trascura d'indicare le fonti più utili e generali e gli storiografi e critici sopratutto umanistici ([127]). Con lo stesso criterio, egli affronta pure il più complesso discorso intorno alla « historia ecclesiastica » che distingue in « totale » e « parziale » e, per quanto concerne la struttura della narrazione, in « compendiosa » o « fusa ». Come esempî di quest'ultimo genere di storia ecclesiastica, Leibniz cita, naturalmente, i Centuriatori di Magdeburgo, ma, insieme ad essi, anche gli *Annalia* del Baronio e dello Bzovius, ecc.; mentre ricorda, tra le storie ecclesiastiche condotte in modo « compendioso », gli scritti dello Hottinger, del Van Laet e dell'Osiander e l'*Epitome* dello Spondanus ([128]).

La conoscenza storica che il giurista deve possedere delle vicende e delle istituzioni ecclesiastiche non si esaurisce però in questi grandi e ristretti « quadri » generali, bensì deve estendersi alle storie particolari dei riti, dei martiri, dei Padri, dei dogmi, dei concilî, delle eresie, del « regime » della Chiesa, dei Pontefici e degli Ordini ecclesiastici. I testi degli scrittori medioevali, umanistici e moderni che Leibniz cita, con lo scrupolo di evitare ogni discriminazione confessionale ed anzi affiancando spesso scrittori cattolici, luterani e calvinisti, offrono una precisa testimonianza della vasta e vigorosa erudizione storica del giovane giurista, così informato delle principali correnti e tendenze teoriche di una no-

([126]) *Ibid.*, p. 315.
([127]) *Ibid.*, pp. 315-318.
([128]) *Ibid.*, p. 318.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tevole letteratura teologico-politica ([129]). Soprattutto trattando del « regime » ecclesiastico, i suoi riferimenti al De Dominis, al Bellarmino, al Barclay e a Giacomo I Stuart (che si uniscono alle indicazioni degli scrittori della raccolta del Goldast e, in particolare, di Marsilio da Padova e di Guglielmo d'Ockham) confermano la sua costante attenzione verso argomenti e problemi che avranno sempre una notevole parte nelle sue meditazioni sul destino della società cristiana ([130]). Poi, le fonti e i testi della storia medioevale e moderna che vanno dagli amplissimi « panorami » universali, come quelli dello Sleidanus, fino ai documenti delle più vicine controversie di diritto pubblico del mondo germanico permettono, ancora, di verificare non solo e non tanto la ricchezza dell'ideale « bibliotheca historica » del giovane Leibniz, quanto piuttosto la sua ferma preoccupazione di legare sempre la conoscenza del « diritto di fatto » e delle istituzioni giuridiche « positive » all'intelligenza degli eventi storici che le hanno originati e dei quali, se pur non si può avere una vera e propria « scientia », è però sempre possibile acquisire una razionale « peritia » ([131]). Non meraviglia che, anche in queste pagine, che hanno spesso il tono di un meditato sommario bibliografico, s'insinui già un grande tema, destinato ad ispirare tanti suoi progetti, tentativi, speranze e riflessioni religiose e politiche, sempre strettamente connesse con il sogno ecumenico del « cristianesimo universale » ([132]).

Leibniz allude, appunto, alla necessità che il giureconsulto e il politico contemporaneo conoscano perfettamente tutti i principî delle varie opinioni sopratutto religiose, in modo da poter giudicare, con mente chiara e imparziale, sui tanti casi in cui le controversie teologiche e le diverse opinioni ecclesiali si confondono con le dispute e i conflitti civili e politici ([133]). Ma vuole concludere i paragrafi dedicati alla « historia externa » con l'esplicito « desideratum » di una « historia Irenica a primis Schismatis initiis ad

---

([129]) *Ibid.*, pp. 318-320.

([130]) *Ibid.*, p. 320.

([131]) *Ibid.*, pp. 321-323.

([132]) Cfr. in particolare: G. PRETI, *Il cristianesimo universale di G. G. Leibniz*, Milano-Roma, 1953. Ma questo tema, anche nei suoi presupposti giuridici, è pure bene analizzato dalle opere citate del GRUA.

([133]) *Nova Methodus*, cit., p. 323.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nostra usque tempora » che illustri tutti i programmi e i tentativi di conciliazione compiuti per due secoli da protestanti e cattolici (134). Tra coloro che hanno perseguito questo nobile fine, Leibniz cita, per primi, Erasmo, Melantone, Bucer e Julius Pflug con tutti quelli che contribuirono alla elaborazione dell'« Interim »; non dimentica però i nomi di altri difensori della tolleranza e della pace religiosa, il Cassander, il Wicelius, il Mordrewzski, il cardinale Carlo di Lorena, l'Aconcio, il De Dominis, il Grozio e il Commenio (135). Certo, nella revisione D, operata in circostanze molto diverse ed alla luce di profonde e amare delusioni, il filosofo attenuerà la sua professione ecumenica ed irenistica, citerà anche i testi degli scrittori antirenisti e scriverà di non approvare una « nimia laxitas aut improba conclusio » (136). Eppure non recederà dall'esplicita dichiarazione che il giureconsulto ha il dovere di comprendere e d'interpretare le controversie religiose, senza mai « fulminare » contro qualsiasi diversità di dottrina o di rito.

6. La « giurisprudenza storica » è però, sopratutto, la via propedeutica che conduce alla « giurisprudenza esegetica », la quale è, anch'essa, in qualche misura, storica, giacchè spiega ciò che il legislatore ha effettivamente « voluto », ma, tuttavia, per la sua vastità e importanza, deve essere trattata separatamente. Per Leibniz, anch'essa è divisibile secondo il solito procedimento dicotomico che la distingue in « Jurisprudentia exegetica ex textu » e « Jurisprudentia exegetica ad textum »; e la differenza consiste nel fatto che la prima è tratta da *tutti* i resti del diritto e presentata con un ordine sistematico proprio, laddove l'altra « ad ipsos textus accomodatur, librisque immediate alligate est ». Perciò, nel primo caso, essa è pertinente della « philologia Juris », mentre, nel secondo, appartiene piuttosto alla tradizione dei « commentarii Juris » (137).

Sulla base di questa distinzione, l'autore della *Methodus* dedica alcuni paragrafi particolarmente importanti alla « materia »

(134) *Ibid.*
(135) *Ibid.*
(136) *Ibid.*
(137) *Ibid.*, pp. 323-234.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della « philologia Juris » che — scrive testualmente — « consistit in applicatione disciplinarum ad Jurisprudentiam et dividitur in Grammaticam, Didacticam, Thetoricam (quo pertinet et Poëtica), Historicam, Ethico-politicam, Logico-Metaphysicam, Physicam denique legalem » (138). Leibniz, che rinvia al suo *Specimen Quaestinum Philosophicarum ex jure collectarum* (139), ritiene che l'apporto di tutte queste discipline sia decisivo e richieda, addirittura, la elaborazione di uno speciale trattato di « Philologia ac Philosophia legalis » cui egli stesso si propone di por mano. Ma già nelle indicazioni dei paragrafi 43-45 emergono alcuni elementi di grande interesse che permettono di comprendere il suo modo di concepire il rapporto tra lo studio giuridico e la conoscenza delle varie discipline « umane » e « naturali ». Il primo elemento è dato dall'insistenza sulla opportunità di elaborare una « grammatica legale » connessa alle « concordantiae juridicae » e costituita, in particolare, dall'analisi linguistica esauriente delle singole « voces » (140). Di ognuna di esse deve essere infatti determinato: 1) il significato; 2) la derivazione; 3) gli « appositi » (specialmente nel caso in cui due sostantivi siano spesso connessi tra loro, come « vis » e « potestas ») 4) gli « epiteti » (quando alla « voce » sono congiunti degli aggettivi); 5) gli « opposti »; 6) la « costruzione » o « declinazione » (141). Tali concordanze permetteranno di costituire un compiuto « Index verborum », cui dovrà seguire un « Lexicon juridicum... quod refert ea quoque ad vocem, quae in libri Legum reperta ad eam pertinent, etsi non nominetur » (142). Ma un altro compito di quel « Lexicon » sarà la raccolta delle diverse omonimie che si riscontrano nei varî « luoghi » dei « Libri Legum », insieme allo studio del linguaggio dei singoli interpreti e del loro particolare uso dei vocaboli. Per Leibniz, una simile impresa può essere condotta a termine in breve e con notevole facilità, perchè si tratta, in sostanza, di ampliare e riordinare i vecchi lessici dell'Oldendorp, dello Schardius, del Kahl e dello Speidel, servendosi delle testimonianze di altri testi, raccolte e glossarî. Il che non

(138) *Ibid.*, p. 324.
(139) *Ibid.*
(140) *Ibid.*
(141) *Ibid.*
(142) *Ibid.*, pp. 324-325.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

toglie che si debba prestare molta attenzione allo studio dell'« ortografia legale », seguendo l'esempio delle celebri « Pandette fiorentine » (la cui « ratio scribendi » è « mire diligens, accurata et retinens antiquitatem »), delle analisi di Lorenzo Valla e di quelle del Budé, per evitare gli errori ormai consueti e le « derivationes ridiculae ».

Non meno utile, anzi necessaria, è l'applicazione dell'arte retorica allo studio ed alla pratica della giurisprudenza; ond'è veramente cosa strana che nessun giurista abbia mai provveduto a compilare una raccolta, sul tipo del *De tropis Scripturae* del Woldenberg, che raccolga tutte le « formulae inchoandi, finiendi, increpandi, refutandi, laudandi » tipiche dei testi giuresprudenziali ed elabori, così, uno « Stylus legum », affine allo « Stylus sacer » ([143]). L'interesse di Leibniz per il nesso retorica-diritto è però assai più profondo e motivato, giacchè è strettamente legato con l'idea di un ordinamento organico e di una disposizione funzionale delle materie giuridiche coincidente, per tanta parte, con il suo tentativo « metodologico ». Proprio trattando della « didactica juridica » (« in qua Methodus disponendi, docendi, discendi Juris explicatur »), Leibniz allude ai diversi espedienti mnemonici, alle tecniche retoriche e « topiche », alle « figure » ed alle « immagini » che sono state e possono essere usate nell'insegnamento giuridico per rafforzare e « confermare » la memoria ([144]). Simili espedienti non possono, tuttavia, sostituire mai il metodo naturale, « solido » e « accurato » che viene proposto in questa stessa opera e che ha, sopratutto, un fondamento logico chiaro e indiscutibile. Ed è naturale che Leibniz (dopo aver arricchito, nei paragrafi dedicati alla « historia legalis » ed alla « ethica et politica legalis », il catalogo dei testi che debbono costituire la biblioteca del suo « giureconsulto ideale ») indichi lo strumento più prezioso nella « logica legalis », disciplina inseparabile dalle dottrine proprie della « metaphysica legalis ».

Su questo punto il filosofo è molto esplicito quando riafferma che tali discipline forniscono al giurista un complesso di norme distinte e diverse da quelle interne alla dottrina giuridica e, non-

([143]) *Ibid.*, p. 326.
([144]) *Ibid.*, pp. 326-327.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dimeno, indispensabili per la sua reale comprensione. Gli esempî delle diverse logiche o « dialettiche » legali che cita, tutte di tradizione umanistico-ramista oppure umanistico-aristotelica (si tratta dei testi dello Hotman, del Freigius, dello Schickard e del Vigelius, ecc.), dimostrano come egli fondi queste sue convinzioni su di una larga conoscenza di questo genere letterario che aveva avuto tanta fortuna tra il maturo Cinquecento e il primo Seicento ([145]). Direi però che, su questa tradizione ormai assodata, Leibniz intenda innestare, sull'esempio di altri autori, come il Grégoire e il Pace ([146]), anche i procedimenti della logica combinatoria già illustrati nella *Dissertatio* (ossia le « rationes definiendi, dividendi, casus formandi per artem combinatoriam »), nonchè la particolare esigenza metodologica che deve trasformare la logica giuridica nella ricerca delle « petizioni di principio » presenti nelle stesse leggi e nel chiarimento delle « vie », buone o cattive, con cui le varie materie sono state raccolte e disposte nella tradizione testuale. Non è tutto: un altro compito della logica del diritto consiste nel procedere alla « concordia antinomiarum », in modo da eliminare le contraddizioni vere o apparenti che rendono spesso così ardua la decisione dell'uomo di legge ([147]).

Che tali antimonie esistano e siano presenti in molti luoghi del « corpus » giuridico è cosa indiscutibile, facilmente spiegabile per il fatto che nel *Digesto* sopravvivono molte vestigia di un diritto precedente; e, se anche non vi fossero le continue dispute dei giureconsulti, basterebbe, a confermarlo, l'evidente dissenso non solo delle leggi tra di loro ma dei loro stessi termini interni. Orbene: per Leibniz l'arte di risolvere le antimonie giuridiche consiste semplicemente in questo: « ut tuemur aliud subjectum vel praedicatum esse in hac aliud in illa Lege vel propositione,

---

([145]) *Ibid.*, p. 328. A proposito delle « dialecticae legales » e delle tendenze di riforma dell'assetto logico del diritto cfr.: V. PIANO MORTARI, *Dialettica e giurisprudenza. Studio sui trattati legali del sec. XVI*, in « Annali di storia del diritto », I (1957), pp. 293-401; A. MAZZACANE, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del sec. XVI*, Milano, 1971.

([146]) Sul Grégoire come logico e « combinatorio » e i suoi legami con la tradizione lulliana cfr. CARRERAS Y ARTAU, *op. cit.*, II, pp. 234 sgg.; ROSSI, *Clavis universalis*, cit., pp. 57-59.

([147]) *Nova Methodus*, cit., pp. 328-329.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vel utrumque esse idem » ([148]). Ed è chiaro che esistono tanti modi di risolvere le antimonie quanti sono quelli proposti da Aristotele per provare la diversità o l'identità logica. Il filosofo, che anche qui annunzia un suo futuro *Commentarius de arte solvendi antinomias*, si limita per il momento, a ricordare che alla raccolta delle antimonie si sono dedicati da gran tempo molti giuristi, che lo stesso Accursio ha proposto molte « conciliazioni » e che i « restauratori » umanistici della giurisprudenza, il Duareno, il Cujas e lo Hotman hanno risolto molti casi, seguiti poi dai raccoglitori di « conciliationes », tra i quali cita, in particolare, Giulio Pace e Niccolò de' Passeri ([149]). Si direbbe però, che alle più vaste raccolte del passato Leibniz preferisca un breve indice delle antinomie di uso pronto e facile limitato a presentare la soluzione principale e più solida, indicarne il primo autore e stabilire se l'antimonia sia o no solubile.

7. La « conciliatio antinomiarum », come parte integrante della « logica giuridica » conclude così la trattazione delle materie preliminari alla vera e propria « interpretatio legum », materia che offre l'oggetto ad una nuova sezione della *Methodus*. Applicando il suo consueto schema dicotomico, Leibniz suddivide però anche l'« interpretatio » nelle due distinte parti dell'« interpretatio simultanea » (« unius legis cum alia ») e della « interpretatio solitaria » (« cujuslibet (legis) pro se »), specificando che il primo caso si verifica quando « vel Series legum ostenditur vel Summa, vel Paratitla conficiuntur » ([150]). Per elaborare la « Series legum » occorre che sia già costituita la « Series titulorum » di cui si hanno già molti esempî, anche recenti, ma che si dovrebbe redigere in comode « tavole », seguendo, anche in questo, l'opportuno insegnamento dei teologi ([151]). Per quanto concerne la formazione della « Summa » (che può essere « universalis », ossia estesa a tutto il corpo del diritto, oppure « particularis » e, quindi, limitata alle

([148]) *Ibid.*, p. 329.
([149]) *Ibid.*
([150]) *Ibid.*
([151]) *Ibid.*, p. 330.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

varie parti, ai diversi libri o anche ai singoli « titoli ») si dovrà, invece, tener conto di un criterio o di funzionalità, evitando ogni inutile amplificazione di tipo retorico e i vari « garruli » proemi. Come esempio ancora valido di « summa titulorum » Leibniz cita le *Analyses* di Giulio Pace che ritiene ben disposte ed ordinate; ed è appunto una tecnica non molto diversa da quella del Pace che il filosofo segue nei paragrafi 56, 57, 58 per presentare tre « specimina » della « summa titulorum », tratti rispettivamente dal *Digestum*, dal *Codex* e dalle *Novellae* (152). Anche i « Paratitla » (« systema legum ad eandem materiam pertinentium ex variis titulis contractarum »), siano essi « universali » o « particolari », dovrebbero ispirarsi agli stessi canoni di chiarezza e di ordine che si riscontrano nei *Commentarii* del Donello o nella *Methodus juris* del Vigelius. Sopratutto, questa sezione dell'« interpretatio » richiede la massima cura della coerenza e della disposizione metodica (153).

Non diverso è il discorso tenuto da Leibniz a proposito dell'« interpretatio solitaria », ossia dei « commentarii », il cui numero è grandissimo, specialmente per quanto concerne le *Institutiones*. Tra i più noti ed autorevoli egli cita quelli dello Hotman, del Balduino, del Bachovius, del Vinnius e del Ludwellus; preferisce però aderire alle opinioni del Cujas per cui le *Institutiones* richiederebbero soltanto brevissime e semplici annotazioni e citare i testi del Crespin e del Pace che gli sembrano del tutto adeguati. Altro invece è il suo atteggiamento di fronte ai grandi commentatori del *Digestum* e del *Codex*, a cominciare dai glossatori « in quorum stercore multa latent aurea sagaci ingenio eruenda », per passar poi ai « restauratori » umanistici della scienza giuridica, il Budé, lo Zasius, il Duarenus e il Cujas, sino agli esempii celeberrimi del Brunnemann e di Denis Godefroy. E del commento del Godefroy Leibniz tesse le più alte lodi, considerandolo, in certo modo, un testo definitivo, che potrebbe essere integrato con opportuni, ma separati supplementi (155).

---

(152) *Ibid.*, pp. 330-333.
(153) *Ibid.*, p. 334.
(154) *Ibid.*
(155) *Ibid.*, p. 335.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Resta però ancora da trattare dell'interpretazione di un testo particolare, distinta, come sempre, nelle due classi dicotomiche dell'« interpretatio realis » e dell'« interpretatio textualis ». Alla prima Leibniz attribuisce il compito di isolare alcune proposizioni certe tratte dalle leggi e di discuterle, portando prove ed avanzando e risolvendo le diverse obiezioni. La prova — aggiunge — può essere ottenuta per mezzo di « argomenti » (« rationes »), e « autorità » che consistono nei « loca parallela » di altre leggi oppure nelle opinioni dei dotti o nelle « res judicatae » da quelle istituzioni che ne hanno il diritto legittimo e storico ([156]). Invece l'« interpretatio textualis » o « ad Legis verba » procede con un metodo del tutto differente, distinguendo la propria funzione nell'« interpretatio totalis » che è estesa a tutto il testo di una legge e nell'analisi « particolare » dei singoli « termini » di cui è composta. Perciò, nel primo caso, essa si proporrà di individuare le connessioni che esistono tra una singola legge e le altre, di studiare i rapporti interni tra la sua struttura totale e le singole parti che la compongono e di indagare intorno al suo autore, alla storia della sua formazione e applicazione, nonchè all'occasione in cui è stata emanata; mentre nella sua più stretta funzione filologico-linguistica, mirerà sopratutto alla « constitutio textus » ed alla sua puntuale esplicazione ([157]). Per la costituzione del testo valgono, naturalmente, i procedimenti filologici generali che Leibniz raccoglie sotto l'unico concetto di « ars critica »; ma per la sua spiegazione occorre, invece, anche la traduzione esatta e precisa delle leggi dal greco in latino, con la massima fedeltà linguistica. Comunque l'interpretazione delle leggi, sia essa condotta in latino oppure in un'altra lingua, può spiegare il « senso » (e, in tal caso, è una « paraphrasis »), oppure applica alle singole parole le tecniche delle varie « artes dicendi » ed è detta « analysis » ([158]). La sua funzione è squisitamente logico-linguistica e rappresenta la vera sostanza dell'arte ermeneutica, già illustrata da alcuni esempî di gran merito. Leibniz vuole appunto insistere su questo momento essenziale della disciplina giuridica, con un vasto « excur-

([156]) *Ibid.*, pp. 335-336.
([157]) *Ibid.*, pp. 336-337.
([158]) *Ibid.*, p. 337.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sus » che mette in chiara luce la complessa trama di influenze e tradizioni filosofiche (anche esoteriche) confluenti nella sua teoria dell'« emeneutica »: « Mihi breviter Hermeneuticae totius fons sic aperiri posse videtur. Paraphrasis, ut diximus, est ita ad orationem, uti definitio ad vocem. Ad faciendam igitur Paraphrasin seu ad interpretandum ponantur primum omnium vocum definitiones; cumque una vox possit esse homonyma, seu habere definitiones varias, tentetur cum quibus combinari possit, seu quot fieri possint combinationes definitionum in unam Paraphrasin utiles, seu quarum singulae possibiles sunt; inutiles rejiciantur. Ut verò ex hactenus retentis verae eligantur, fiat porro combinatio cum verbis antecedentibus et consequentibus, Locis Parallelis, Historia, loco, tempore, ratione, quia in dubio autor, nisi alia id probent, praesumitur non errâsse; et si autor est sacer, certum est eam interpretationem rejiciendam quae cum ratione et historia, seu cum veritate pugnat. Fiat item, et quamprimum quidem applicatio ad mentem autoris, affectus, ingenium, voluntatem, v.g. prudens non praesumitur ineptum aliquod et frustraneum, neque exitum habens in testamento constituisse. Unde semper actus interpretandus ut valeat potius, quàm infirmetur. Item interdum mens est autoris obscurè loqui, explicatè interdum. Obscurè v.g. dedita opera loquebantur Oracula, veteres Pythagorici, autores aenigmatum, Philosophi Chymici. Quoties hi explicandi sunt, fugiendus sensus obvius. Attendatur item ad accentum loquentis, manum scribentis. Quod si verò his complicationibus fiat, ut nulla denique paraphrasium tolerari possit; ibi necesse est transponi literas, et quaecunque sunt Artis S t e g a n o g r a p h i c a e vel Cryptographicae praecepta: Observari, an corruptus sit textus vel distinctio, an non voces trajiciendae, an non aliquae omissae vel superfluae, adhibendique alii Tropi seu immutationes probabiles et possibiles non jam Dictionis, sed Orationis. Quod si jam nulla Paraphrasis seu sensus est tolerabilis, Oratio dicitur obscura. Si verò multae simul, ambigua; plerumque tamen una aliqua ex combinationum cum circumstantiis capite est probabilior. Es quo patet breviter, fontem Hermeneuticum esse duplicem: (1.) combinationem variarum cujusque dictionis, phraseos, commatis, periodi; inter se et cum circumstantiis, ut appareat quae possibilis, et si plures possibiles, quae probabilior; (2.) si verò nulla tolerabilis

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

significatio illâ combinatione emergat, levem ac probabilem immutationem seu Tropum, Orationis interpretandae » ([159]),

Basta — credo — questa citazione per illustrare il particolare concetto leibniziano della « analysis », definita, appunto, « applicatio Regularum alicujus ex artibus dicendi ad Orationem praesentem », ossia una tecnica che applica al campo specifico del discorso giuridico le norme « filologiche » particolari della grammatica, retorica e della logica (e, quindi, anche dell'ortografia, prosodia, etimologia, sintassi, ecc.); ed anche per intendere perchè egli insista proprio sull'uso dell'analisi retorica e dell'analisi logica che servono sopratutto a fissare i varî « tropi », i modi dialettici e le stesse antimonie interne alla struttura tipica delle proposizioni giuridiche ([160]). Come leggiamo nel paragrafo 68, che chiude la sezione dedicata alla « Jurisprudentia exegetica », lo studio delle « artes dicendi » e la loro applicazione nell'« analysis » è necessaria, anzi indispensabile, per qualsiasi tipo di esegesi e costituisce l'effettiva premessa per l'acquisizione di una solida dottrina. I libri e i testi di diritto potranno infatti offrire un terreno particolarmente fecondo per la comprensione della grammatica, della logica e della retorica, così come i teologi possono apprendere queste arti dalla lettura della Bibbia nella versione umanistica del Castelione e i medici dalla meditazione degli scritti di Galeno, di Celso ed anche di alcuni « recentiores » che offrono un esempio di stile non disprezzabile ([161]). Ma, più ancora, interessa a Leibniz ribadire il legame sempre strettissimo tra i metodi esegetici e i procedimenti propri delle varie arti del discorso, intese, naturalmente con la mentalità filologica di un giovane studioso educato alla disciplina umanistica.

8. Emerso, finalmente, dal « pelago » della « giurisprudenza esegetica » il lettore della *Methodus* deve però ancora affrontare un altro periglioso e difficile « oceano », quello rappresentato dalla

([159]) *Ibid.*, pp. 338-339. E vale la pena di sottolineare gli espliciti riferimenti a due arti « occulte » così coltivati in molti ambienti culturali seicenteschi: la « steganografia » e la « criptografia », sempre connesse alla ricerca del linguaggio e della scrittura universale.

([160]) *Ibid.*, p. 339.

([161]) *Ibid.*, pp' 339-340.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« Jurisprudentia polemica... ita infinitum diffusa... ut exahuriri non possit, novi enim quotidie casus emergunt » ([162]). Proprio per questa ragione il futuro giurista dovrà limitarsi a ripercorrere le « regioni già conosciute », ossia a raccogliere e decidere i « casus jam ventilatos », servendosi della « bussola » incomparabile del diritto naturale per orientarsi nella terra incognita costituita dai casi nuovi ([163]). Principi fondamentali per ogni decisione sono, infatti, e debbono essere: 1) la ragione dedotta dal diritto di natura e 2) la « similitudo » derivata dal diritto certo. Sicchè il giurista dovrà sempre fondarsi sull'indiscussa validità dei principi assoluti e sull'evidenza e certezza di fatto (« ex historia ») donde dipende la « prova ».

« Probandum enim est, — scrive Leibniz — legem esse promulgatam, consuetudinem introductam; deinde probandum etiam est, qui legem tulit, ejus rei potestatem facto et pacto sibi acquisivisse. Unde patet legem ex conventione popoli valere. Cùmque certi Juris sit, in iis ubi pactum non intercessit, obtinere Jus merum; patet in iis casibus, de quibus lex se non declaravit, secundum Jus naturae esse judicandum. Quemadmodum in casu cessantium Statutorum judicatur secundum Jus commune » ([164]). Se i « decisionarii » osserveranno queste norme potranno districarsi dalle molte incertezze, meglio di quanto non possano fare accettando, come sogliono, il criterio di ricorrere alle « materie simili » già decise dal diritto civile. Il filosofo che affronta qui, di nuovo, il problema centrale del rapporto tra « Jus naturae » e « Jus civile », tra i principî del diritto universale e le concrete determinazioni normative del diritto positivo non ha infatti alcun dubbio che, in ogni caso, si debba sempre richiamarsi al « merum immutabileque Jus naturae », fondamento primo di ogni discrezione tra giusto e ingiusto. Ma ciò non toglie che, in certi casi ed occasioni, sia pure necessario ricorrere al confronto ed all'analogia di altre leggi civili simili, considerata sia « ex verbis », sia « ex mente Legislatoris », o, addirittura, a quella particolare scienza della politica, denominata « nomothetica » donde dipende sempre

([162]) *Ibid.*, pp. 340-341.
([163]) *Ibid.*, p. 341.
([164]) *Ibid.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la « ratio legis » (165). Un simile argomento implica evidentemente che « scientia juris naturalis » e la « nomothetica » siano i due occhi del giureconsulto chiamato a decidere. Resta però tra gli obblighi del « metodico » quello di stabilire con chiarezza quali siano questi « fondamenti » e come essi debbano essere considerati e definiti. Ecco perchè Leibniz dedica alla trattazione del diritto naturale una parte cospicua di questa sezione che è davvero un prezioso documento degli orientamenti teorici della sua giovinezza e degli autori e delle fonti dai quali li trae. Platone, Aristotele, Epicuro e Cicerone, poi, tra i più recenti, Grozio, Sforza Pallavicino, Hobbes, Felden e Scharrock sono i nomi citati per illustrare una dottrina posta al di là e al di sopra di ogni diversità di tempo, di tradizione filosofica o di fede religiosa. Anzi, Leibniz è assolutamente certo che con la propria teoria potrà conciliare le diversità ancora presenti in questi dotti giuristi dei tempi nouvi e fondare una concezione del diritto naturale ben distinta nei tre « gradus » dello « jus strictum », dell'« aequitas » e della « pietas » (166).

Lo « Jus strictum » o « merum » deriva infatti direttamente dalla definizione di questi termini e coincide, in sostanza, con il diritto di pace e di guerra; sicchè il suo unico fondamentale precetto si riassume nella formula: « nemine laedere, ne detur ei Jus belli » (167). L'« aequitas » o « aequalitas » è, invece, la « ratio vel proportio » tra due o più cose, consistente nell'« armonia » o « congruenza », insomma, in quella norma suprema che, per Leibniz, è a fondamento di tutto l'ordine naturale e morale. E, in questo senso, essa coincide perfettamente con i principî di Aristotele, di Grozio e di Felden. Perchè (come spiega il filosofo, in un passo di singolare importanza per intendere la sua concezione generale dello « Jus naturae », anche in rapporto con le teorie classiche dei grandi giusnaturalisti seicenteschi) proprio l'« aequitas... requirit ut in eum qui me laesit, non bellum internecinum instituam, sed ad restitutionem; arbitros admitti, quod tibi nolis, alteri non faciendum; item ut puniatur non tàm imprudentia, sed dolus et malitia; item ut infirmentur contractus subtiles, et

(165) *Ibid.*, p. 342.
(166) *Ibid.*, pp. 342-343.
(167) *Ibid.*, p. 343.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

circumventis subveniatur » ([168]). Anche la « dispositio ad pacem » teorizzata da Hobbes dipende dalla « aequitas » che conferma e consolida l'osservanza dello « jus strictum »; in breve, il suo precetto può essere racchiuso nella parola « suum cuique tribuere » ([169]). Infine, il terzo « grado » del diritto naturale è la « voluntas superioris » che Leibniz subito precisa, affermando che il « superior » può essere tale per natura (e, dunque, è Dio stesso, la cui volontà può esprimersi in forma naturale, e ne deriva la « pietas », oppure in forma di legge, e ne deriva lo « jus divinum »); ma può esserlo anche in ragione di un patto ed essere un potere umano cui spetta di fondare lo « Jus civile » ([170]). Pertanto la « pietas », intesa nel suo significato più vasto, costituisce il culmine del diritto naturale ed è il vero fondamento che attribuisce perfezione ed efficacia anche ai due « gradus » precedenti ([171]). Dio, che è onniscente, conferma con la sua autorità il « diritto stretto » e la « equità » e li rende esecutivi con la sua assoluta omnipotenza, in modo che l'« utilità » degli uomini e, addirittura, il « decor » e l'« harmonia » del cosmo coincidano perfettamente con la volontà divina. Precetto fondamentale di questo « gradus » supremo è, quindi, la massima « honeste vivere » che Dio, destinando i premi ai giusti e le punizioni agli ingiusti, trasforma in una legge di valore assoluto e universale. O come scrive appunto Leibniz: « Cùmque Jus strictum et aequitas careat vinculo Physico; Deus accedens efficit, ut quicquis publicè, id est generi humano et mundo utile est, idem fiat etiam utile singulis; atque ita omne honestum sit utile, et omne turpe damnosum » ([172]).

Si potrebbe insistere a lungo su questa frase che, mentre indica la radice prima del nucleo essenziale della metafisica e della teodicea leibniziana, induce inevitabilmente a riflettere sulla profonda convergenza di una simile dottrina con alcuni temi centrali della meditazione vichiana (e a riproporre anche il problema di una adeguata comprensione dei nessi storici e dottrinali tra i due filosofi). Ma per lo scopo che intende perseguire questo saggio

([168]) *Ibid.*, p. 344.
([169]) *Ibid.*
([170]) *Ibid.*
([171]) *Ibid.*
([172]) *Ibid.*, pp. 344-345.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

basterà sottolineare che, proprio da una tale conclusione, Leibniz trae un argomento di certezza dell'esistenza di un Ente sapientissimo e potentissimo che sia l'ultimo fondamento del diritto di natura; certezza che, del resto, egli ritiene dimostrabile con assoluto rigore matematico contro tutte le « nebulae » ateistiche che vorrebbero offuscare la verità.

9. L'altro occhio del giureconsulto è — come sappiamo — la « nomothesia » il cui primo, essenziale principio è costituito dalla « utilitas Reipublicae » e il cui rapporto nei riguardi dello Stato è identico a quello che corre tra la « pietas » e l'ordine universale del mondo. Leibniz non si sofferma però a lungo su questo tema, limitandosi ad indicare soltanto alcuni testi esemplari, e ad affermare che la « salus populi » deve essere la suprema legge dello Stato, che il bene del « regimen » consiste nello « Jus publicum » e il bene dei cittadini nell'εὐδαιμονίᾳ e nell'ἀυταρκείᾳ « seu bonis animi et fortunae » (173). Questa rapida trattazione (che contiene in nuce teorie ampiamente svolte e discusse dal filosofo nei suoi scritti etico-politici) non sottace che tutti gli ordinamenti politici debbono tendere sempre alla εὐδαιμονία, o « virtù » dei cittadini (e tra essi hanno, quindi importanza preminente quelli che concernono la loro educazione e « conversazione »), mentre le leggi riguardanti i commerci, le manifatture, il lusso, ecc. concernono la loro αυτάρκειαν e le leggi che formano il diritto privato e i « giudizi » le promuovono entrambe perchè mirano ad istituire quella perfetta equità dalla quale dipende non solo la virtù ma anche il benessere comune dello Stato (174). Per il resto, fissati questi canoni essenziali, la *Methodus* indica soltanto i criteri con i quali dovrebbero essere compilate le « Collectiones decisionum seu controversiarum », e sia quelle « brevi » (consistenti, essenzialmente nelle « rationes dubitandi et decidendi », ossia nei varî « loca » degli « elementa » o delle leggi favorevoli o contrarie a una tesi), sia quelle « diffusae et plenae » che raccolgono le decisioni di gran parte dei tribunali, rote, senati ed altri corpi giudicanti. L'utilità di queste « auctoritates » consiste, sopratutto, nel fatto che conse-

(173) *Ibid.*, p. 345.
(174) *Ibid.*, pp. 346-350.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gnano alla memoria i casi nuovi emergenti di volta in volta, arricchendo così costantemente l'« orbe giuridico »; onde sarebbe opportuno che questi « casi » venissero aggiunti ai vecchi, in modo distinto e separato, con un metodo razionale che li riducesse a proposizioni essenziali, accogliendo e fissando chiaramente solo gli argomenti fondamentali ([175]). Leibniz (che insiste a lungo nel menzionare e criticare gli esempî più diffusi e correnti di questo « genere » della letteratura giuridica) desidererebbe però che, per prima cosa, fossero elaborati dei repertorî veramente funzionali, migliori di quelli sinora tentati e che si ponesse mano alla raccolta di « loci communes » giuridici, sull'esempio di quelli già predisposti dal Keckermann ([176]). A questa opera così necessaria dovrebbe provvedere un'accademia di dotti, come quelle già esistenti in Italia o come il « Collège de l'Esprit », il « Collegium Londiniense Medicorum » e la « Royal Society » (istituzioni cui si aggiungerà, nella revisione D, anche l'« Académie Françoise »). Per condurla a termine, sarebbe opportuno suddividere con cura le materie tra i singoli accademici, in modo che a ognuno di essi non toccasse un particolare argomento, ma piuttosto l'analisi di un gruppo di autori e di testi raccolti organicamente; e così alcuni esaminassero gli autori più antichi ed altri i più recenti, alcuni i teorici ed altri i pratici, alcuni gli scrittori italiani ed altri i tedeschi, alcuni i « Consilia » ed altri le « Dicasteriorum Decisiones », ecc. ([177]).

Questa insistenza di Leibniz sulla necessità di introdurre anche nella elaborazione della materia giuridica gli stessi criteri di lavoro collettivo già in uso nelle accademie e istituzioni scientifiche è, certo, una nuova conferma di quella decisiva vocazione enciclopedica che informa tutta la *Methodus* e che, del resto, troverà la sua più classica espressione nell'Accademia delle Scienze di Berlino. Nè stupisce che proprio su questo argomento egli si soffermi, con particolare cura, per stabilire le modalità di elabo-

---

([175]) *Ibid.*, pp. 350-352.

([176]) *Ibid.*, pp. 352-353. Leibniz ritiene però che i *Loci* del Kerckemann siano « maxime in ordine ad Politicam ». Sul Keckermann, i suoi scritti « metodici », la sua familiarità con la tradizione di Ramo, ma anche con il « neoaristotelismo » di Zabarella, cfr. GILBERT, *op. cit.*, pp. 178-179; 214-220.

([177]) *Nova Methodus*, cit., pp. 353.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

razione dei nuovi « Loci communes ». Scrive, infatti, che la loro « materia » dovrebbe essere costituita dagli « autores et quae ex iis excerpuntur », a partire da coloro che citano ampiamente altre autorità, per passare poi agli autori di libri miscellanei, come il Cujas, il Saumaise, lo Hotman, ecc., e quindi ai trattatisti ed ai commentatori ([178]). Per il modo o « forma » da tenere per estrarre dai loro testi le varie « materie », Leibniz avanza le seguenti norme: 1) si leggano, per prima cosa, gli indici o i sommarî degli autori, avanti di esaminare i loro libri « cursorie »; 2) si annotino le varie pagine, dichiarando sempre la particolare edizione di cui ci si serve; 3) si usi la massima diligenza nell'assegnazione dei singoli «titoli »; 4) per evitare di assegnare sempre di nuovo i varî « titoli », si adoperi un dizionario giuridico e si scrivano in margine alle « voci » le annotazioni; 5) quando gli autori trattano di tutta la materia, si annotino i diversi « luoghi » riferendoli semplicemente alle « voci »; 6) si eviti di duplicare le annotazioni e si rinvii piuttosto da un « luogo » all'altro; 7) si usino dei simboli particolari (i « segni » A, N, D) per indicare se l'autore affermi, neghi o dubiti; e, ancora, altri segni per sapere subito se egli tratti la quistione in modo ampio, accurato, ecc. ([179]). Ma la cosa più importante, come spiega trattando dell'« uso, fine ed effetto » dei « loci communes », è che questo lavoro di raccolta si concluda con la formazione di una « collectio » ben ordinata e chiara sia nella distribuzione delle materie, sia nei riferimenti agli autori ([180]). Si potrà poi costruire un « syntagma juris universi » o « pandectae ex locis communibus », ordinate con lo stesso metodo degli « Elementa », « Institutiones » e del « Breviarium », e formato da proposizioni universali che concernano soltanto i casi dubbi e le controversie; e ad esse si aggiungeranno gli argomenti dimostrativi tratti dagli « Elementi » e la soluzione delle obiezioni veramente difficili ([181]).

([178]) *Ibid.*, p. 354.

([179]) *Ibid.* È interessante, in questo contesto, la citazione del lulliano Bernardo de Lavinheta che, nei suoi *Commentaria ad Artem magnam Lulli*, « terminos juridicos non inepte recenset ». A proposito del Lavinheta, cfr. Rossi, *Clavis universalis*, cit., pp. 74-78 che sottolinea l'incontro in questo autore tra la tecnica retorico-ciceroniana della « memoria » e la « combinatoria » lulliana.

([180]) *Nova Methodus*, cit., p. 355.

([181]) *Ibid.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Queste ed altre indicazioni simili (come il consiglio di non citare gli autori quando il caso sia già deciso nelle leggi), permetteranno di chiudere con queste « pandectae » l'intero corpo delle discipline giuridiche, compreso in pochi ed essenziali volumi, contro il costume tradizionale della giurisprudenza, disciplina nella quale — scrive Leibniz — « plus librorum, minus rerum est » che in qualsiasi altra (182). Se si eviteranno le infinite ripetizioni che complicano il sistema delle conoscenze giuridiche non sarà difficile compire quest'opera in breve e con facilità. Trenta dotti che collaborino insieme, con ordine e metodo, potranno compiere il loro lavoro nello spazio di tre anni, evitando che la giurisprudenza sia sempre più soffocata da un'inutile e immane massa di testi.

10. L'idea del « giurisperito perfetto » che Leibniz ha così tracciato, con il suo progetto di un integrale rinnovamento dei metodi e degli strumenti, non conclude però ancora questa sua giovanile meditazione sugli studi giuridici. Ché anzi gli resta ancora da indicare la via che deve percorrere chi vuole « apprendere »; insomma il « curriculum » del giovane che si prepara all'esercizio di questa disciplina. Anche in questo caso, il filosofo rivela il suo diretto legame con le classiche discussioni metodologiche del tardo Cinquecento e con la tradizione pedagogica enciclopedica ed umanistica che ispira anche il Commenio, quando passa dal concetto del « metodo », come ordine e disposizione delle dottrine, a quello del processo di apprendimento necessario per acquistare i « rudimenta » indispensabili al « bonus advocatus ». Egli ritiene che tale processo debba essere quanto più breve e facile sia possibile, in modo da risparmiare, con i nuovi metodi appropriati, il lungo tempo prima perduto in inutili complicazioni e da sovvenire ai processi di memorizzazione con gli espedienti e le tecniche mnemoniche di cui abbiamo già detto. Distingue, quindi, il corso degli studî in tre « curricoli », l'« elementare », l'« esegetico » e il « polemico », esattamente corrispondenti alle divisioni generali introdotte nella « repastinatio » della materia giuridica (183). Ma precisa subito, che le indicazioni della rispettiva

(182) *Ibid.*, p. 356.
(183) *Ibid.*, p. 357.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

durata valgono, in genere, solo per gli « ingegni medî », nè troppo rapidi, nè troppo tardi, e che, d'altro canto, non si dovrà dedicare allo studio del diritto più di sei ore giornaliere, suddivise in due ore di lavoro insieme con il maestro, in due ore di riflessione e in due ore di letture, sopratutto storiche. A questo proposito Leibniz è molto esplicito: lo studio del diritto deve procedere parallelamente alla conoscenza degli eventi e delle istituzioni storiche ed essere sempre corroborato dall'intelligenza del passato ([184]). Perciò, dopo aver richiesto all'apprendista giurista lo studio preliminare dei rudimenti della storia universale, vuole che, di pari passo allo svolgimento del « curricolo elementare », egli proceda anche allo studio della storia moderna e, in particolare, delle vicende religiose, dei dogmi, degli eventi dell'Impero e degli altri Stati. Più tardi, passando al « curricolo esegetico », dovrà invece apprendere, con diligenza, la storia romana; mentre lo svolgimento del « curricolo polemico » sarà accompagnato dalla conoscenza della storia « interna » del diritto, della storia del « regimen » ecclesiastico e della storia delle genti germaniche e della « media aetas » ([185]).

Per quanto poi concerne la struttura organica dei singoli « curricoli », le indicazioni di Leibniz sono semplici, chiare ed essenziali, del tutto coerenti con l'impostazione metodologica generale. Il « curricolo elementare » che comprende la « historia Juris rudis », i « termini usitatores » e i « praecepta elementaria », non dovrà impegnare più di quattro ore giornaliere in modo da lasciare del tempo libero per lo studio di altre discipline, e, pertanto, si limiterà a fornire una conoscenza generale elementare della storia del diritto, un buon apprendimento dei « termini » e, infine, l'esatta comprensione dei precetti elementari, disposti e ordinati secondo il metodo razionale già indicato ([186]). Per assolvere questo compito basteranno appena sei mesi; quindi avrà inizio il « curricolo esegetico » fondato sullo studio: 1) della « Series titulorum »; 2) delle « Institutiones Juris universi seu Compendium librorum authenticorum »; 3) delle « Antinomiae ». Come metodo d'inse-

([184]) *Ibid.*
([185]) *Ibid.*
([186]) *Ibid.*, pp. 357-358.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gnamento Leibniz propone la riduzione della « Series » a delle « tavole » chiare ed efficaci, mentre, per le « Institutiones » suggerisce come testo, in mancanza di una nuova elaborazione, la *Jurisprudentia romana* del Vultejus, e, per le « Antinomiae », un breve, essenziale « libellus » che le raccolga con il metodo già indicato (187). Anche questo « curricolo » potrà svolgersi nel breve giro di sei mesi; e sarà bene alternare lo studio con la frequenza dei tribunali e delle altre corti giudicanti e con la conoscenza degli « acta publica ». In tal modo il discepolo verrà posto in grado di affrontare il « curricolo polemico », durante il quale si avvicinerà al « breviarium controversiarum », « non quasi judex, sed hactenus ut cognitor tantum » (188).

In questa fase della preparazione giuridica, sarà opportuno sviluppare, insieme, la formazione teorica e quella pratica, avvezzare i discepoli alla discussione e a sostenere in contraddittorio, e in veri e proprî giudizî, le diverse tesi (189). Procedendo con ordine e razionalità, si potranno svolgere, senza inutili complicazioni, tutte le controversie comprese nel « Breviarium », senza superare il breve tempo di un anno. Così, nel rapido corso di un biennio, sarà esaurito compiutamente l'intero studio del diritto, in un modo assai più compiuto ed utile di quanto non si faccia nel « curricolo » tradizionale protratto inutilmente per cinque anni (190).

Leibniz (che cita, proprio in questo contesto la *Magia christiana* di Johannes Valentin Andreae, l'« inventore » del mito rosacrociano) (191) non ha alcun dubbio che uno dei compiti fondamentali della sua riforma sia quello di accelerare l'apprendimento, contraendolo in termini più brevi che lascino aperte maggiori possibilità per la formazione di una cultura enciclopedica e universale. Sopratutto, egli è certo che, dopo aver seguito la via « compendiosa » così tracciata, il discepolo sarà già in grado di muoversi da solo nel gran « pelago » delle controversie, di approfondire la conoscenza dei « Libri authentici », dei commentatori

(187) *Ibid.*, pp. 359-360.
(188) *Ibid.*, p. 360.
(189) *Ibid.*, pp. 360-361.
(190) *Ibid.*, p. 362.
(191) Cfr. n. 22.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

classici e degli interpreti moderni, e raggiungere la saggezza e dottrina necessarie ad ogni uomo di legge, al legislatore come al giudice ([192]). Costui (ed è questa la prima virtù che Leibniz richiede al suo giurista ideale) sarà infatti ormai capace di trarre dai principî immutabili del diritto naturale e dal criterio dell'utilità pubblica i fondamenti da cui sviluppare delle dimostrazioni solide e sicure, degne di una scienza certa e rigorosa come dev'essere il diritto; e saprà anche troncare, con questa « spada » razionale, le inutili « argutiae » dei « pragmatici », le « allegatiunculae » e i « contortos ex Doctorum autoritate impertinente, et applicatione Brocardicorum ineptâ nodos » ([193]). Sarà, dunque, un « verus Juris philosophus », un « Sacerdos Justitiae », ugualmente consapevole dei sommi, eterni principî che regolano l'armonia e l'ordine mondano e delle istituzioni storiche che guidano la vita delle società civili e delle comunità religiose. E a lui dovrà essere commesso il destino e il bene dello Stato, perchè il perfetto giurista non si lascerà mai dominare dalle « ineptae status ratiunculae » nè sviare dal timore di incerte e capziose « spine » giuridiche ([194]).

Che poi questo tipo di giureconsulto ideale incarni, per il giovane filosofo-giurista, il modello del vero uomo politico, sia, anzi, il suo idelae di guida razionale della vita civile, è cosa che non occorre neppure sottolineare, tanto risulta evidente da tutto il corso della *Methodus* e dagli sviluppi di una riflessione politica sempre fondata sui canoni assoluti del diritto universale. Ma è certo un tratto estremamente significativo che Leibniz affidi proprio al suo giurista « metodico » il compito di convincere di falsità e di errore le « Macchiavellistarum convicia », le menzogne dei sedicenti « politici » e statisti che sogliono irridire i principî dei giureconsulti, farsi beffe degli scrupoli dei « legulei » e contrapporre ai loro argomenti razionali la loro pretesa verità pragmatica ([195]). Contro costoro Leibniz, che scrive queste pagine, alla vigilia di uno dei periodi più aspri e drammatici della storia europea e in un'età così dominata dalle tecniche della « ragion di

([192]) *Nova Methodus* p. 362.
([193]) *Ibid.*
([194]) *Ibid.*
([195]) *Ibid.*, pp. 362-363.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stato », oppone, senza alcun dubbio, la convinzione ferma e indiscussa, nella validità divina di un diritto universale sovrastante a tutti gli eventi e le vicende naturali e storiche; un diritto che la ragione umana può perfettamente comprendere e svolgere in un perfetto sistema di dimostrazioni « more mathematico ». Come farà più tardi anche Giovanbattista Vico, il filosofo tedesco non rinuncia alla sua fede ragionata e argomentata che ripone in un fondamento assiologico assoluto la dimostrazione di un ordine provvidenziale. E non è certo per una tradizionale convenzione retorica che l'autore della *Methodus* chiude la sua opera con un'ultima apostrofe rivolta contro i « macchiavellistae » e un appello ai Principi perchè tornino a conformarsi alla ragione naturale e divina del diritto: « desinent... Principes gulonum quorundam Aulicorum consilia, aut verius jugum pati, quando egregius vir, autoritate et eloquentia munitus, Consiliis suis non aequitatem magis quam utilitatem (inseparabiles recte aestimanti socias) circumponet » ([196]).

([196]) *Ibid.*, p. 363.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

APPENDICE

Può essere interessante riprodurre il « Catalogus desideratorum » che Leibniz, sull'esempio del baconiano *De augmentis scientiarum*, pone al termine della *Nova Methodus* (pp. 363-364):

CATALOGUS DESIDERATORUM HIC ESTO:

Ad perficiendam Jurisprudentiam fiant

(1.) *Partitiones Juris* . . . . . §. 7.
(2.) *Sciagraphia Juris in artem redigendi* . . . . . §. 20.
(3.) *Novum Juris Corpus* . . . . . §. 21.
(4.) *Elementa Juris* . . . . . §. 23.
(5.) *Reformatio Brocardicorum* . . . . . §. 24.
(6.) *Compendium Menochii et Mascardi de Probationibus et Praesumtionibus* . . . . . §. 25
(7.) *Theatrum Legale* . . . . . §. 28.
(8.) *Historia Mutationum Juris* . . . . . §. 28.
(9.) *Historia Irenica* . . . . . §. 40.
(10.) *Philologia Juris* . . . . . §. 41.
(11.) *Philosophia Juris* . . . . . §. 42.
(12.) *Concordantiae Juridicae* . . . . . §. 43.
(13.) *Tropi, Formulae, Adagia Juris* . . . . . §. 45. 46.
(14.) *Arithmetica Juris* . . . . . §. 49.
(15.) *Antinomicus Minor* . . . . . §. 51.
(16.) *Institutiones Juris Universi* . . . . . §. 53.
(17.) *Institutiones Juris Caesarei* . . . . . §. 54.
(18.) *Institutiones Juris Saxonici* . . . . . §. 54.
(19.) *Summa Titulorum* . . . . . §. 55.
(20.) *Leges Numeratae* . . . . . §. 61.
(21.) *Versio Legum Germanica* . . . . . §. 64.
(22.) *Ars Hermeneutica* . . . . . §. 65.
(23.) *Juris Naturalis Elementa demonstrativè tradita* . . §. 71. *sqq.*
(24.) *Scientia Nomothetica* . . . . . §. 76. [77.]
(25.) *Breviarium Controversiarum Juridicarum* . . . . . §. 78.
(26.) *Tractatus Tractatuum reformatus* . . . . . §. 83.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(27.) *Bibliotheca Juris* . . . . . §. 84.
(28.) *Loca Classica seu Sedes Materiarum* . . . . . §. 84.
(29.) *Vitae Jurisconsultorum* . . . . . §. 84.
(30.) *Repertorium Juris* . . . . . §. 85.
(31.) *Pandectae Juris novi* . . . . . §. 90.

Plura nunc non succurrunt, et aliquid mihi servandum est; relevavi tamen plura quàm destinâram, nullus propè Paragraphus sine nova vel inventione, vel contemplatione abiit. Non gloriam, sed utilitatem quaesivi publicam, alioqui nomen praescripsissem. Si quid me effecisse videro, tentabo minuere propositum proximè Catalogum Desideratorum: Sin minus, ego me invidiae nota absolvi; contemtoribus satis supplicii ignorantia erit. Veniet fortasse aliud tempus dignius nostro, quo debellatis odiis, veritas triumphabit. Hoc mecum opta Lector, et vale!

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

JEAN MAILLET

CODIFICATIONS NAPOLÉONIENNES, DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE ET FORMATION DE LA SOCIÉTÉ FRANÇAISE CAPITALISTE

Nous voudrions, dans ce bref article, et compte tenu des perspectives scientifiques offertes par les *Quaderni fiorentini*, essayer de poser un problème d'ordre général relatif aux relations entre l'évolution du Droit français et celle de la société française au début du 19è siècle, même si nous ne pouvons apporter à ce problème une réponse quelque peu satisfaisante. Il nous semble en effet que, dans l'état actuel, l'une des voies par lesquelles la science historique dans ses différentes branches peut, comme les autres disciplines, progresser est celle de l'effort en matière de problématique: soulever des questions nouvelles ou reprendre en termes nouveaux des questions anciennes est, par nature même, une démarche féconde au moment où l'Histoire du Droit et l'Histoire de la pensée juridique ont, par des siècles de travail, abouti à une masse très considérable de connaissances et, dans une certaine mesure, épuisé les richesses des problématiques maintenant traditionnelles.

Ce problème est le suivant: si l'on considère que les codifications françaises du début du 19è siècle ont mis au point un système juridique à la fois complet, cohérent et durable qui, par son orientation fondamentale, par ses principes généraux, par l'organisation des institutions qu'il établit et par les règles de détail qu'il pose, représente le système juridique typique d'une société capitaliste, si d'autre part l'on considère qu'en France une société de nature capitaliste ne s'est réellement formée qu'au cours du 19è siècle, notamment aux points de vue économique et social, il apparaît que, dans ce pays particulier, l'évolution juri-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dique a été d'une remarquable précocité. Plus même: si, au lieu d'apprécier celle-ci en elle-même, on la qualifie par rapport à l'évolution des autres secteurs de la société, ne faut-il pas aller plus loin et parler d'une sorte « d'anticipation » de l'évolution juridique par rapport à l'évolution générale de la société française (1)?

Sans doute est-il normal que, lorsqu'une société subit une transformation profonde, tous les secteurs de la société n'évoluent pas au même rythme et que des décalages chronologiques parfois importants se créent entre eux: l'historiographie traditionnelle comme l'analyse marxiste se rejoignent pour constater le fait, même si elles ne l'interprétent pas de la même manière. En d'autres termes, l'anticipation de certains secteurs sur d'autres dans l'évolution apparaît comme une donnée historique constante; et, en ce sens, celle que nous venons de mentionner peut sembler naturelle, et donc facilement explicable par une analyse classique en termes de décalage et recherchant les raisons spécifiques de l'évolution particulièrement rapide du système juridique français.

Il faut cependant être attentif à deux données particulières qui, dans ce genre de problème, compliquent l'analyse.

1. Il convient en effet de ne pas confondre les deux notions de « décalage chronologique » et « d'anticipation », et de ne pas

(1) En fait, d'un point de vue fondamental, il faudrait parler d'une anticipation de l'évolution juridique sur le développement économique et sur les transformations sociales et économiques liées à celui-ci, plutôt que d'une anticipation sur la formation historique de la société capitaliste française. C'est bien en effet le développement lui-même qui entraîne l'exigence de modifications fondamentales dans les différents secteurs de la société, auxquelles la nature capitaliste de celle-ci donne seulement une forme et un contenu particuliers (de même que, dans le cas symétrique, la formation d'une société de type socialiste confère à ces modifications une forme et un contenu d'une autre nature). Mais précisément parce que le sens et l'orientation des transformations sociales, dans le cours du développement économique français, ont été déterminés par la nature capitaliste de celui-ci, et parce que plus généralement le développement et la voie (capitaliste ou socialiste) par lequel il se réalise sont indissociables, nous sommes amenés à mettre ici l'accent sur les relations entre évolution juridique et évolution de la société capitaliste française. Ainsi s'explique le titre donné à cet article.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

les considérer comme équivalentes: elles se différencient au contraire dès le départ. Le décalage, même si son analyse et notamment celle de ses causes et de sa signification posent le plus souvent des problèmes complexes, est en lui-même un fait simple, une donnée brute, qui postule seulement l'idée que toute évolution globale, c'est-à-dire portant sur un ensemble de phénomènes ou de secteurs de la société, comporte une série d'évolutions liées mais réalisées à rythme inégal. Au contraire, l'anticipation suppose implicitement, par sa nature même, que ces évolutions se font selon un certain ordre de succession à la fois chronologique et substantiel, que les décalages se produisent selon un type de séquence plus ou moins fixe: l'anticipation introduit précisément dans cet ordre ou dans cette séquence une perturbation consistant à intervertir partiellement l'ordre « logique » des évolutions, à modifier la séquence « normale » des décalages.

L'anticipation n'est donc pas une négation du décalage, dont elle est au contraire la confirmation et l'une des concrétisations possibles; elle est plutôt une forme « aberrante » de décalage, une négation de l'ordre des décalages considéré comme normal. Dans l'analyse historique, la notion d'anticipation suppose donc celle de décalage et, d'une certaine manière, la complète en la précisant, en lui donnant un contenu historique particulier. Dire que l'évolution du Droit a anticipé, en France au début du 19è siècle, sur celle des autres secteurs suppose donc qu'il y a eu là une évolution d'un type inhabituel, qui pose problème, et qui demande une analyse spécifique.

2. Précisément — et c'est la seconde donnée préliminaire que nous voulons évoquer — n'apparait-il pas que l'évolution juridique a historiquement suivi, plutôt que précédé, ou du moins accompagné l'évolution sinon de tous les autres secteurs de la société, du moins des données économiques, sociales, et sans doute aussi politiques? et ne peut-on en effet considérer comme logique qu'il en ait été ainsi historiquement, surtout lorsqu'il s'agit de codifications, c'est-à-dire de documents globaux qui supposent que le Droit est suffisamment adapté à l'évolution de la société et de ses besoins juridiques et a eu suffisamment le temps de réaliser son élaboration compléte sur le plan des principes, des con-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cepts et des règles de détail, pour que l'on puisse en faire une présentation d'ensemble?

Sur le plan historique, par exemple, l'évolution du Droit romain a constamment accompagné ou suivi l'évolution de la société, que ce soit de la cité ou de l'Empire, répondant aux transformations concomitantes ou préalables de la situation économique, sociale et politique, de l'état des moeurs, des idées et des comportements, et aux besoins nouveaux que ces transformations créaient en matière d'institutions juridiques et de règles de droit. Et l'on sait comment la loi, l'*interpretatio*, les sénatus-consultes, l'édit du préteur, la *jurisprudentia*, la coutume elle-même se sont relayés ou combinés pour réaliser l'évolution et l'adaptation continuelles du système juridique romain. Les codifications elles-mêmes venaient, aux différentes étapes de cette évolution, synthétiser et actualiser les transformations ainsi réalisées, qu'il s'agisse des XII Tables, de la codification de l'édit du préteur, ou des compilations du Bas-Empire. Dans l'Europe médiévale, la technique de formation coutumière du droit n'eut d'autre objet, pendant des siècles, que de créer ou d'adapter les régles juridiques aux besoins des populations et à l'évolution de leur situation, de même que, plus tard jusqu'au 18è ou au 19è siècle, les ordonnances royales, la jurisprudence des tribunaux, la doctrine elle-même participèrent à cette fonction. Bien d'autres exemples pourraient être cités, et l'on peut considérer comme confirmé par toute l'histoire du droit et l'histoire de la pensée juridique que les transformations des institutions et règles juridiques ont été généralement entraînées par des évolutions survenues préalablement dans d'autres domaines.

D'un point de vue logique, d'autre part, un tel fait semble également conforme à ce que l'on peut attendre, surtout dans le domaine du droit privé, car l'organisation des institutions politiques et le droit public ont sans doute évolué selon des mécanismes plus complexes. Comment les systèmes juridiques, qui n'ont pas un rôle théorique et abstrait mais doivent organiser la vie des collectivités et des individus de façon concrète et pratique en répondant aux nécessités et aux besoins des sociétés, pourraient-ils mettre dans une forme adéquate les principes et règles de droit, et créer ou transformer les institutions civiles, avant que ces né-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cessités et ces besoins ne s'expriment clairement, que les forces sociales concernées n'aient une vision nette du Droit dont elles ont besoin et ne puissent l'imposer, et que les organes chargés de la création et de l'évolution de ce Droit ne puissent enregistrer la pression de ceux-là et de celles-ci? Une telle anticipation ne serait concevable que dans le cas où la capacité sociale de prévision serait exceptionnelle et dans le cas où un pouvoir libre de toute contrainte se proposerait d'imposer, par une volonté toute puissante, des règles de droit privé anticipant sur le type de société qu'il voudrait ensuite créer. Mais l'on sait que, jusqu'au 20è siècle, les possibilités de prévision en matière d'évolution sociale sont constamment restées très faibles, et que d'autre part les forces les plus puissantes se sont plutôt efforcées d'établir d'abord leur contrôle politique, économique ou militaire sur la société que d'imposer immédiatement à celles-ci des règles de droit privé plus ou moins anticipatrices et donc, au moins temporairement, artificielles.

Peut-être même pourrait-on distinguer dans l'histoire, à cet égard, deux logiques d'évolution juridique: celle des sociétés qui se transformaient empiriquement, dont les sociétés européennes médiévales, et sans doute aussi les sociétés antiques, sont le type, où l'évolution générale était fortement influencée par des facteurs politiques, militaires et matériels, et où le Droit par conséquent évoluait lui-même empiriquement à la suite de la première; d'autre part, celle des sociétés, dont le type se rencontre surtout dans le monde actuel, qui fonctionnent sur la base d'un système socio-économique cohérent, et dans lesquelles donc le Droit est appelé à traduire en termes juridiques précis les besoins et les principes correspondant à la logique du système socio-économique. Dans l'un et l'autre cas, il apparaît bien que l'évolution du système juridique est appelée à se conformer à la logique même et au mode particulier de l'évolution générale de la société, et qu'elle peut donc au mieux l'accompagner (simultanéité d'évolution) et difficilement la précéder (anticipation).

La situation de la France au 19è siècle semble donc bien correspondre à un problème réel sur le plan du raisonnement historique et logique général. Mais il est évidemment nécessaire de le

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poser de façon plus précise si l'on veut à la fois l'analyser et tenter d'y fournir quelques éléments de réponse.

* * *

Pour cela, il convient d'examiner les deux caractéristiques dont la réunion constitue, avons-nous dit, le phénomène d'anticipation dans le cas de la société française du 19è siècle.

1. Que le droit établi par les codifications napoléoniennes corresponde au système juridique typique d'une société en développement par la voie capitaliste, de même que par ailleurs la Révolution française était une révolution « bourgeoise », est un fait largement admis aujourd'hui et dont les aspects essentiels peuvent être montrés facilement.

Il est apparent tout particulièrement dans le Code Civil, à la fois dans les principes fondamentaux de celui-ci (individualisme, libéralisme, rôle de la volonté) et dans l'organisation des institutions juridiques telles qu'il les conçoit et réglemente. Les biens sont mis au centre du système juridique (on sait que plus de 1700 articles du Code les concernent, contre un peu plus de 500 pour les personnes), et la notion de propriété conçue comme *dominium* est au coeur du régime des biens: appliquée aux instruments économiques essentiels, elle préparait la place au phénomène d'appropriation privée des moyens de production caractéristique de l'économie capitaliste; appliquée aux autres biens, elle fournissait la base d'une société individualiste et libérale, donc « bourgeoise » au sens général du terme. Le système des successions à cause de mort, de son côté, assurait la transmission de cette propriété selon des règles de type égalitaire et individualiste (régime du partage successoral), tout en maintenant un certain libéralisme au profit du propriétaire (liberté de disposer par testament). Le principe du contrat comme instrument essentiel des relations juridiques entre les individus, les principes du consensualisme et de l'autonomie de la volonté donnaient à la volonté individuelle un rôle central dans la vie non seulement juridique, mais aussi économique et sociale: la liberté de créer des entreprises, de les organiser, d'y fixer les conditions du travail, de déterminer la réparti-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tion du produit de leurs activités, d'investir, de les transmettre en résultait, de même qu'il faisait du contrat de travail, directement passé entre l'employeur et le travailleur, le moyen essentiel de fixation des salaires et d'organisation des relations du travail et, plus généralement, l'un des fondements du système des relations sociales et des hiérarchies sociales à partir d'une multitude de contrats individuels et du salariat, dont ceux-ci faisaient en définitive un instrument général d'organisation sociale. Enfin la conception de la famille, l'organisation des rapports entre membres de celle-ci, et la réglementation du mariage et du divorce mettaient en oeuvre un système fondé sur l'individualisme (relations intra-familiales conçues comme inter-individuelles), le contrat (mariage, divorce, régime des biens), le système successoral déjà évoqué, enfin un principe d'autorité (maritale et paternelle) correspondant à celui qui fonctionnait dans les rapports du travail et dans d'autres secteurs de la société.

Le fait apparaît cependant tout aussi bien dans les autres codifications sous des formes propres à chaque domaine du Droit, que ce soit dans le Code Pénal où les principes de l'individualisme juridique et du libéralisme (garanties contre l'arbitraire) comme le système de protection des biens et des personnes correspondaient typiquement aux normes de l'ordre socio-économique libéral et capitaliste; ou dans le Code d'Instruction Criminelle et dans le Code de procédure, où l'égalité entre les individus, la reconnaissance à ceux-ci de garanties précises, et l'organisation rationnelle des juridictions et des procédures empruntaient leur inspiration aux principes généraux de ce même ordre socio-économique; ou enfin dans le Code de Commerce, dont les régles de fond comme les prescriptions procédurales fournissaient des conditions juridiques appropriées à l'activité économique et à ceux qui en faisaient leur profession.

L'ensemble de ces Codes, mis en vigueur entre 1804 et 1811, construisit ainsi, dés les premières années du 19è siècle et dans tous ses domaines, un système juridique impressionnant par sa cohérence, par son adaptation aux besoins d'une société en développement économique par la voie libérale et capitaliste, et par sa conformité aux normes fondamentales de l'ordre social cor-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

respondant (2). Ce caractère est certes au moins aussi important que les qualités formelles d'exposition et le haut niveau d'élaboration technique sur lesquels on insiste généralement à propos des Codes napoléoniens, et auxquels on semble parfois réduire les caractéristiques fondamentales et la signification historique de ceux-ci.

L'adéquation de ces Codes aux besoins d'un tel type de société est d'ailleurs bien confirmée par le fait que le droit ainsi formé a pu subsister, dans son ensemble et dans son détail, pendant une longue période sans exiger beaucoup de modifications importantes ni même d'ajustements secondaires (sauf, bien entendu, en ce qui concerne le droit du travail dès la seconde moitié du 19è siècle, c'est-à-dire un domaine où les problèmes sociaux sont beaucoup plus concernés que ceux de droit privé proprement dit). Les lois ou décisions de jurisprudence réellement novatrices ont été rares jusqu'au milieu du 20è siècle, et il est significatif que, tant au début de ce siècle lors du Centenaire du Code Civil qu'aussitôt après la seconde guerre mondiale, les juristes comme les pouvoirs politiques et économiques aient considéré qu'il n'y avait pas lieu de modifier fondamentalement le Code Civil, En fait, ce n'est qu'après 1950 qu'ont commencé à intervenir des lois introduisant réellement des principes nouveaux; encore cette évolution fut-elle limitée plus spécialement à certains domaines, tels la procédure, l'organisation judiciaire et les rapports familiaux, ou à des secteurs correspondant à l'apparition d'activités nouvelles, tels le droit des transports ou celui de l'énergie.

2. Par contre, il est sans doute plus discutable de situer au 19è siècle seulement, comme nous l'avons fait, la formation en

---

(2) Sur cette vaste question, on pourra consulter en dernier lieu l'article publié dans le n° 1 des *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1972, par P. UNGARI, *Per la storia dell'idea di Codice*, pp. 207-227; l'ouvrage récent de G. TARELLO, *Le ideologie della Codificazione nel secolo XVIII. Corso di Filosofia di diritto*, I, Genova, 1971; les travaux de M. A. J. ARNAUD, et notamment son article paru aux Archives de Philosophie du Droit, 1971, *Le medium et le savant*. Signification politique de l'interprétation du droit, et bien entendu les travaux des juristes ou historiens marxistes,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

France d'une société bourgeoise et capitaliste, et donc de parler d'une anticipation de l'évolution juridique. Les discussions sur cette vaste question sont infiniment nombreuses, et sans les reprendre ni prétendre les clore, nous nous limiterons ici à rappeler les éléments de la situation intéressant plus directement notre problème, c'est-à-dire les aspects politiques, économiques et sociaux de la société française au moment des codifications.

a) On peut certes penser que, en liaison avec un développement économique déjà engagé, même de façon limitée, les éléments fondamentaux d'une société bourgeoise et capitaliste étaient déjà en place en France à la fin du 18è ou au début du 19è siècle, qu'il s'agisse de la notion de Constitution et donc de la limitation des pouvoirs, de la souveraineté nationale, d'une certaine séparation des pouvoirs, de l'existence d'assemblées parlementaires ou locales, du droit de suffrage qui, même limité, établit un certain individualisme dans l'exercice des droits politiques, ou d'autres aspects encore. On peut également souligner que les institutions administratives et judiciaires mises en place dans les premières années du 19è siècle, après les essais faits par la Révolution, ont été ensuite aussi durables que le droit des codifications, et donc correspondaient aussi bien que celui-ci, et par avance, aux besoins du développement économique et de la société bourgeoise future. On peut de même montrer que les institutions scolaires et universitaires établies au début du 19è siècle ont aussi, quoique de façon plus limitée dans le temps, correspondu aux exigences d'une telle société. On peut enfin marquer que des éléments importants de la bourgeoisie avaient déjà pénétré dans les institutions et les contrôlaient largement dès le début du siècle. A cet égard, il n'y aurait donc pas anticipation du droit privé sur l'évolution politique et institutionnelle.

Mais il est également certain que tous ces phénomènes ont été partiels et relativement dispersés. On peut aussi bien insister sur le caractère très incomplet de l'évolution des institutions politiques qui, jusqu'en 1830 au moins et réellement jusqu'en 1875, a plutôt correspondu à une situation transitionnelle entre l'Ancien Régime et une organisation politique construite selon les normes et les conceptions de la bourgeoisie française et en fonction des besoins du développement. Même si l'on prétend que cette situa-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tion transitionnelle correspondait bien aux impératifs du moment d'une économie capitaliste en formation et d'une bourgeoisie cherchant à contrôler la société, cela confirme simplement que l'on n'était pas encore parvenu au terme de l'évolution et à une situation achevée comme c'était le cas dans le domaine du droit privé: on ne saurait comparer la précision et le caractère définitif des solutions atteints dans celui-ci avec l'incertitude et le caractère changeant et relatif des principes et des modes d'organisation politique qui marquent cette période. La même remarque peut être étendue aux institutions scolaires et universitaires. Quant aux institutions administratives et judiciaires, si elles ont en effet été durables, on ne peut dire qu'elles correspondaient typiquement à un « modèle » capitaliste libéral: on sait que, dans l'ensemble, les autres sociétés occidentales ont adopté des types d'organisation très différents et, semble-t-il, plus conformes à la logique d'un tel modèle, et d'autre part que les différents régimes politiques du 19e siècle ont conservé ces institutions (que l'on s'attendait à voir remises en cause par la Monarchie lors de la Restauration en 1814 et 1815) simplement parce qu'elles paraissaient des instruments commodes pour le pouvoir politique, et non pas parce qu'elles constituaient une traduction adéquate des principes de la société capitaliste libérale. Quant au contrôle des institutions par la bourgeoisie, on sait qu'il ne s'étendit guère aux institutions politiques jusqu'en 1830, que pour le reste il demeura fort incomplet, et surtout qu'il était le fait non pas de la bourgeoisie industrielle et proprement capitaliste, mais plutôt de ces classes moyennes qui, destinées à s'incorporer profondément dans le système socio-économique au cours du 19e siècle, étaient au lendemain de la Révolution des catégories encore pré-industrielles et même pré-capitalistes, certainement peu caractéristiques de l'ordre économique et social du 19è et du 20è siècles.

On peut remarquer également que tous ces domaines relèvent finalement du droit public; dans la mesure où ils traduisent une certaine évolution vers des structures de développement capitaliste, le fait tendrait simplement à élargir la constatation faite à propos du droit privé: ce serait l'ensemble du droit, et non simplement ce dernier, qui serait caractérisé, en France à cette époque, par une forte tendance à la précocité et à l'anticipation.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

b) Mais surtout, l'essentiel de notre problème ne se situe pas dans le domaine des institutions: c'est dans les données économiques et sociales que nous pouvons déceler si, au début du 19è siècle, s'était déjà constitué en France un système global de type capitaliste, ce que l'on appelle précisément un ordre socio-économique.

A cet égard, les faits semblent plus nets. Que l'on retienne la définition marxiste du capitalisme ou l'analyse classique du système capitaliste, il faut bien admettre que celui-ci n'était que très incomplètement formé en France au début du 19è siècle, aussi bien dans le domaine de la production industrielle ou agricole qu'en ce qui concerne l'étendue et le rôle du marché et des entreprises, le fonctionnement des mécanismes capitalistes ou la place des entrepreneurs, ou encore, du point de vue marxiste, l'ampleur relative de la séparation entre travailleurs et instruments de travail, et de l'accumulation du capital. Les historiens de l'économie admettent d'ailleurs d'une manière générale que la révolution industrielle (si l'on peut appliquer un tel concept à la France) n'a eu lieu qu'après 1815 et que le décollage économique ne peut être situé avant 1830 ou même, pour certains, 1850-1860. Comment peut-on dire dans ces conditions, alors que développement économique et capitalisme sont indissociablement liés, que le second s'était déjà implanté dans la société au début du 19è siècle tandis que le premier ne devait commencer qu'après 1815?

De même en est-il pour la situation sociale, dans toute la mesure où les classes ou catégories sociales caractéristiques d'une structure capitaliste n'ont pu se constituer réellement avant que les activités économiques capitalistes n'aient elles-mêmes atteint un certain degré de développement. On sait d'ailleurs que, dans la France du 18è siècle et à la veille de la Révolution, si les structures sociales étaient en évolution assez rapide, elles n'avaient pas encore réalisé le passage du type ancien au futur type de société bourgeoise et au développement economique (3). Là aussi,

(3) Voir en dernier lieu l'*Histoire économique et sociale de la France*, II, *1660-1789*, dirigée par E. LABROUSSE, 1970. On pourra également consulter sur ces problèmes de nombreux ouvrages récents, notamment les volumes 33 et 34 ed

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ce n'est guère qu'après la Révolution et surtout aprés 1815 que l'évolution vers une situation réellement nouvelle s'accélérera et s'amplifiera.

Il nous semble donc que, en 1815 et bien au delà encore, on ne peut parler d'un « système » socio-économique complet, alors que l'on peut au contraire parler d'un « système » juridique complet, précis et cohérent dès le début du siècle. Dans ces conditions, le phénomène d'anticipation que nous avons évoqué ne pose-t-il pas un problème réel?

Cette caractéristique de la situation française apparait d'ailleurs encore plus nettement si l'on compare celle-ci et la situation d'autres pays qui s'engagèrent ensuite dans une évolution globale du même type. Il est vrai que le problème n'était plus le même pour ces autres pays, car ils connaissaient déjà, au moment de leur entrée dans le développement économique et de la formation d'une société capitaliste, l'évolution déjà réalisée en France et pouvaient s'en inspirer sans suivre nécessairement l'ordre chronologique des diverses évolutions sectorielles observé par celle-ci: le problème des décalages subsistait pour ces pays, puisque les transformations ne pouvaient de toute façon se réaliser au même rythme dans les différents secteurs de la société, mais le problème de l'anticipation se posait désormais en termes différents puisque l'on pouvait réaliser consciemment des anticipations délibérées d'évolution dans certains secteurs où les transformations pouvaient se faire plus rapidement. Tel est bien le cas de la modification du système juridique: s'il est vrai que l'on ne peut changer toujours aisément et rapidement certaines institutions civiles ou règles de droit qui touchent aux moeurs et aux mentalités traditionnelles, il est cependant possible de changer précocement certaines autres, tels le système de procédure, les règles pénales, le droit commercial et plus généralement économique, le régime des contrats, ainsi que, du moins dans une certaine mesure, celui des biens dans le domaine de la propriété et des successions,

---

la *Collection Nouvelle Clio* dûs respectivement à MM. R. MANDROU et P. JEANNIN, l'ouvrage de P. LÉON paru en 1970 dans la Collection U, *Economies et sociétés pré-industrielles*, II, *1650-1780*, les ouvrages de MM. FOHLEN, RIOUX, et R. MARX sur la révolution industrielle, ceux de M. P. BAIROCH, etc.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sans parler bien entendu de l'imitation possible des institutions politiques, administratives, judiciaires, scolaires ou sociales. On ne peut donc plus, dans de tels cas, parler d'anticipation dans le même sens que pour la France du début du 19e siècle, puisqu'il s'agissait pour celle-ci d'une anticipation « spontanée », c'est-à-dire réalisée par la logique propre du mouvement historique, et qu'il s'agit dans les autres cas d'une anticipation volontaire: celle-ci a donc une signifIcation historique particulière et peut être analysée de façon assez simple à partir de l'idée d'imitation ou « d'importation » d'évolutions étrangères.

Ce mode d'évolution se rencontre aujourd'hui fréquemment dans les Etats nouvellement indépendants créés dans les pays sous-développés, mais il apparut déjà au cours du 19è siècle dans de nombreux pays s'engageant dans le développement économique par la voie capitaliste: le type peut en être représenté par l'Italie dont le Code Civil de 1865 précéda les débuts de l'industrialisation, et par le Japon où la pénétration du droit français commença dès 1872 alors que le développement économique commençait à être seulement lancé de façon également volontariste, et que la formation d'une société de type capitaliste devait être nettement postérieure.

Il est encore plus caractéristique, dans ces conditions, que certains pays, pourtant proches de la France historiquement et géographiquement, n'aient réalisé aucune anticipation de ce genre et, au contraire, aient effectué la transformation globale de leur système juridique bien après leur entrée dans le développement économique et la mise en place des fondements socio-économiques d'une société capitaliste libérale. L'Allemagne et la Suisse peuvent être considérées comme typiques de cette situation.

Il apparaît bien ainsi que, pas plus dans l'époque contemporaine que dans les sociétés plus anciennes, l'anticipation de l'évolution juridique n'est une donnée historique générale, et que l'on ne peut se dispenser de l'analyser spécialement lorsqu'on l'observe. Il faut donc bien rechercher les facteurs qui ont pu, dans le cas de la France, amener à ce type particulier de décalage et à cette interversion de l'ordre logique des diverses mutations historiques.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

* * *

1. Face à ce problème, l'historien du droit et de la pensée juridique songera immédiatement à l'influence qu'ont pu avoir sur cette évolution les multiples courants qui avaient animé pendant les siècles précédents la philosophie du droit et la doctrine juridique (4). Celles-ci avaient incontestablement réalisé des progrès très remarquables et fort spectaculaires dans leur conception du Droit, dans leur analyse des rapports entre celui-ci et la société, et dans leur vision d'un certain nombre de concepts, d'institutions ou de règles juridiques, s'éloignant de plus en plus des conceptions et analyses médiévales pour dégager de plus en plus nettement, dans bien des domaines, celles qui devaient triompher dans les codifications modernes. Un vaste mouvement de pensée conduisait ainsi inévitablement, à plus ou moins long terme, vers une refonte complète du système juridique et de l'appréhension même des phénomènes juridiques. On est porté a en déduire que ce mouvement fut historiquement la véritable cause profonde de l'évolution décisive du droit que vit le 19è siècle européen, tandis que des facteurs particuliers à la France (rôle complémentaire de la philosophie des lumières, Révolution de 1789, action de Napoléon, etc...) pourraient expliquer, à un second niveau, qu'elle ait pris forme d'abord dans ce pays.

Trois de ces courants de pensée doivent être mentionnés spécialement ici. Tout d'abord, celui de la Seconde Scolastique, qui par sa conception globale de la nature et de la fonction du Droit et son orientation vers l'idée d'un ordre juridique naturel, a repensé certaines institutions ou règles juridiques fondamentales en des termes qui préfigurent nettement les conceptions qu'imposeront finalement les droits codifiés: ainsi en fut-il notamment

(4) C'est en effet le point de vue de nombreux spécialistes de l'histoire du droit et de la philosophie du droit; on trouvera le fait indiqué et une bibliographie à ce sujet dans l'ouvrage de M. A. J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, 1969, pp. 20-21 « ... des auteurs de plus en plus nombreux ont repris cette idée que les Codes actuels pourraient bien être, pour une grande part, des produits de la philosophie *moderne*, introduite dans le Droit par les tenants de l'Ecole du Droit moderne, au XVIIIe siècle ». M. Arnaud lui-même développe fortement cette idée, qui est à la base de tout son travail.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pour la famille et le mariage, et pour le droit des biens qui, avec elle, s'oriente déjà tout entier autour de la notion de *dominium* (5). L'école du jusnaturalisme rationaliste d'autre part, dans toute la mesure où il s'efforça de construire le Droit sur la base de principes et de règles fondés sur la Raison, où il reconnait aux individus des libertés et des droits subjectifs inhérents à leur nature, où il tend donc par essence même à l'unification du Droit et à la refonte complète de son contenu sur la base de l'individualisme juridique, du rôle de la volonté et d'un ordre juridique général fondé sur les relations inter-individuelles, et dans la mesure où historiquement il influença directement la doctrine française et ceux qui devaient donner au Code Civil de 1804 inspiration ou forme, comme l'a si bien montré A. J. Arnaud (6): ce sont là précisément des orientations fondamentales qui, amplifiées par la philosophie des lumières, devaient être reprises et traduites en termes juridiques précis par les codifications napoléoniennes. Enfin la doctrine juridique française des 17è et 18è siècles, représentée par de nombreux et puissants esprits dont plusieurs devaient avoir une influence directe sur la rédaction du Code Civil, qui s'appropria la méthode rationaliste axiomatique et s'en servit pour tenter des reconstructions originales du système juridique.

Voir cependant dans ces courants de pensée philosophico-juridique l'origine directe du Droit français codifié et la source de son contenu paraît bien ambitieux et soulève des questions difficiles.

---

(5) Ces points ont été trés récemment mis en relief au Colloque organisé à Florence en octobre 1972 sur le thème « *La Seconda Scolastica nella formazione del Diritto privato moderno* » (dont les travaux doivent être publiés prochainement), notamment dans les rapports de D. SCHWAB, « *Ehe und Familie nach den Lehren des Spätscholastik* », et de P. GROSSI « *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica* ». Ce dernier avait déjà attiré l'attention sur l'importance donnée à la notion de *dominium* dans la scolastique médiévale par les théories des écoles franciscaines à l'occasion de la controverse sur la pauvreté; v. son article « *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova* », dans le n° 1 des Quaderni fiorentini, pp. 287-355.

(6) *Les origines doctrinales du Code Civil français*, 1969, volume 9 de la Bibliothèque de Philosophie du Droit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

D'une part, si le lien entre les uns et l'autre est clair au niveau de la philosophie du Droit et de la conception générale de l'ordre juridique, il est moins net en ce qui concerne le contenu précis des institutions et règles juridiques, c'est-à-dire la traduction concrète en termes juridiques détaillés de cette approche d'ensemble. Il est significatif, à cet égard, que les grands auteurs français des 17è et 18è siècles, notamment Domat, Bourjon, Pothier, Merlin, bien que pénétrés de la conception jusnaturalistique rationaliste, aient présenté leurs commentaires du droit français, au niveau de son contenu particulier, en termes beaucoup plus traditionalistes que novateurs, et qu'ils ne semblent pas avoir fait passer à ce niveau l'inspiration philosophique qu'ils ressentaient si clairement au niveau de l'approche globale et des principes généraux du Droit. Il suffit de relire Domat sur les contrats ou Pothier sur le contenu de la notion de *dominium* pour constater combien leurs analyses sont embarrasséees, et comment, après avoir posé des principes novateurs, ils ont des difficultés à les appliquer aux problèmes juridiques précis et à en dégager des règles nouvelles, et comment ils s'en tiennent finalement à l'exposé ou au simple commentaire des solutions classiques.

En d'autres termes, la transmission des conceptions nouvelles s'est bien effectuée entre les scolastiques tardifs, les écoles du Droit naturel, les juristes français et les Codes napoléoniens, mais le passage de ce niveau philosophico-théorique au niveau de l'application pratique et de la création d'un corps d'institutions et de règles juridiques détaillées, tel qu'on le trouve dans les Codes, ne s'était pas encore effectué à la veille de la Révolution française (7). La question demeure donc de savoir comment ce passage

---

(7) La même remarque vaut sans doute en ce qui concerne l'influence des courants de pensée nés en Angleterre, notamment avec Hobbes et Locke, et transmis sur le continent. Il serait par contre fort intéressant de savoir dans quelle mesure exacte, au moment de la révolution industrielle anglaise du 18e siècle, les nouveaux principes généraux se sont concrétisés dans des solutions et règles juridiques nouvelles, et dans quelle mesure cette évolution a pu ensuite servir à accélérer celle du droit français à la fin du 18e et au début du 19e siècle. Le hiatus que l'on observe en France avant 1789 entre les nouvelles conceptions du Droit et le contenu concret de celui-ci se trouverait comblé s'il apparaissait qu'il y a eu évolution précise du droit privé anglais au 18e siècle et ensuite influence

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

s'est fait historiquement; dans ces conditions, quelle qu'ait été l'importance des nouveaux courants de pensée juridique et bien que les codes français en aient tiré les principes fondamentaux de l'ordre juridique qu'il mettait en forme, on ne peut dire que l'explication de l'anticipation de l'évolution juridique française sur celle des autres secteurs de la société française puisse être fournie de cette façon. Tout le problème de l'anticipation consiste en effet à expliquer le passage du niveau théorique au niveau pratique dans la construction du système juridique français, et une explication ne peut être trouvée dans les influences qui n'ont joué qu'à l'intérieur du niveau théorique.

D'autre part, la question fondamentale est de savoir si la solution de notre problème peut se trouver dans la sphère juridique elle-même (ce qui est le cas si l'on admet une explication par la relation directe: évolution de la pensée philosophico-juridique générale évolution du contenu du droit positif français), ou s'il ne faut pas la chercher plutôt dans la relation entre la sphère juridique et des secteurs extra-juridiques de la société. La question se pose, car on doit de toute façon se demander où les nouvelles conceptions du Droit ont elles-mêmes puisé leur origine: est-ce dans la pensée juridique elle-même ou dans les transformations survenues, préalablement ou simultanément, dans d'autres secteurs de la société?

Il semble assez difficile d'admettre que cette pensée juridique nouvelle s'est formée d'elle-même, de façon purement autonome: même si l'on admet l'idée d'une certaine indépendance de l'évolution intellectuelle, dont la période des 16-18è siècles en Europe occidentale donne en effet des exemples significatifs, peut-on aller jusqu'à rejeter l'idée, inverse mais à laquelle elle est dialectiquement liée, de la liaison entre l'évolution de la pensée et celle des autres secteurs de l'activité sociale? Dans ces conditions, il faut bien admettre que la formation de ce nouveau système de pensée juridique ne peut être comprise que si on la met en relation avec d'autres formes d'évolution, lesquelles dès lors ne pourront être

---

directe de celui-ci sur le droit français du début du 19e siècle. C'est là un type de question qui demeure à élucider, mais qui pourrait être fécond.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

écartées de l'explication de l'anticipation de l'évolution juridique française.

2. Un tel mode de raisonnement semble s'imposer d'autant plus que l'évolution a en fait gagné à peu prés tous les secteurs de la société en Europe occidentale durant les 16-18è siècles, de sorte que la caractéristique de cette période semble bien résider dans la combinaison d'une multiplicité d'évolutions liées entre elles et toutes interdépendantes les uns des autres, ce qui exclut que l'on puisse expliquer un phénomène de la fin de cette période en se référant exclusivement à l'une ou à l'autre de ces évolutions particulières.

L'évolution de la pensée économique fournit précisément une illustration directe de ce fait, dans la mesure où l'on rencontre dans ce domaine des conceptions très proches de celles qui prévalaient au même moment dans la pensée juridique. Si les théoriciens du mercantilisme se plaçaient sur un terrain assez sensiblement différent, par contre les Physiocrates français du 18è siècle ont mis à la base de leurs analyses économiques un certain nombre de conceptions générales identiques à celles des théoriciens du Droit naturel: le postulat d'un ordre naturel, l'idée qu'il faut laisser fonctionner librement les lois économiques qui en résultent, l'idéologie du libéralisme économique, l'idée des libertés individuelles appartenant à l'homme, la conception individualiste de la vie économique, le rôle central de la propriété comme fondement de tout l'ordre économique et social et, implicitement, le rôle du contrat et de la volonté individuelle dans la vie sociale. Ce sont d'ailleurs les mêmes principes que l'école libérale classique exposait également dès la seconde moitié du 18è siècle; et, s'il est vrai que cette école fut alors essentiellement anglaise (La *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations* d'Ad. Smith est de 1776) et qu'elle ne fut pas réellement représentée par des économistes français avant le 19è siècle, il est certain que, dans ce domaine, l'influence des idées anglaises a pu pénétrer rapidement en France et relayer celle de l'école physiocratique au moment où celle-ci ne se renouvelait plus.

De ce bref rappel du mouvement de la pensée économique, nous pouvons tirer deux conclusions pour notre problème.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

D'un côté, la pensée économique du 18è siècle peut être considérée, au même titre que la pensée juridique, comme l'une des sources directes du droit codifié français au niveau des principes généraux et peut-être de l'organisation précise de certaines institutions juridiques: l'idée de lois économiques naturelles allait dans le même sens que l'idée jusnaturaliste d'un ordre juridique naturel; l'importance décisive attribuée à la propriété comme institution civile et sociale rejoignait le rôle central reconnu au concept de *dominium* dans le droit des biens; la fonction du contrat et de la volonté individuelle se retrouvait dans les deux mouvements de pensée; enfin l'un et l'autre appuyaient leur conception de l'ordre social sur les deux fondements de l'individualisme et de la liberté, que l'un analysait plus particulièrement sous l'angle juridique et l'autre d'un point de vue économique. A cet égard, dans le domaine de l'évolution intellectuelle, l'évolution de la pensée économique et celle de la pensée juridique peuvent être retenues également comme des origines du futur droit codifié français, l'une et l'autre exerçant cependant leur influence essentiellement au niveau général de la conception de l'ordre juridique et de ses principes fondamentaux.

D'un autre côté, l'évolution parallèle de ces deux mouvements de pensée montre bien qu'existait dans la période des 16è-18è siècles, un phénomène général de tendance à la transformation non pas dans un domaine particulier, mais dans plusieurs ou peut-être dans tous. A moins de supposer que les nouvelles idées économiques ont dû leur origine à la nouvelle pensée juridique, il faut bien supposer que les premières et la seconde ont dû leur évolution à d'autres phénomènes extérieurs à elles, phénomènes dont l'on doit bien tenir compte pour expliquer l'évolution juridique française finale et l'anticipation qui la caractérise. Le fait est encore plus certain si l'on considère que, dans le même temps, la pensée politique et philosophique suivait une évolution semblable. Les auteurs politiques comme les philosophes du 18è siècle (8) mettent bien, en effet, au centre de leurs analyses les mêmes notions de liberté individuelle, de contrat, de limitation

(8) Pour leur rôle sur l'évolution juridique, v. G. FASSO, *Storia della filosofia del diritto*, II, *L'Età moderna*, 1968.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

des pouvoirs de l'Etat à l'égard des droits individuels, de propriété, de sécurité, d'individualisme; à ce titre, la pensée politique et philosophique a contribué aussi a l'évolution vers l'ordre juridique de droit privé, pénal, procédural et commercial finalement construit par les Codes napoléoniens, et elle témoigne de la multiplicité des évolutions concordantes dans la société française des 16è-18è siècles.

Si donc c'est non pas seulement la pensée juridique mais l'ensemble des formes de pensée, philosophique, politique, économique et juridique, qui est à prendre en considération pour l'analyse de notre problème, inversement l'on ne peut admettre que ce mouvement intellectuel soit le seul facteur à considérer. Si l'on pouvait, à la limite, admettre que la pensée juridique a pu réaliser une évolution autonome, il n'est pas possible que l'ensemble du système de pensée, qui ne peut s'isoler complètement et globalement de l'ordre social concret, ait évolué de façon entièrement autonome.

Il est donc nécessaire d'aller plus loin, et de rechercher dans d'autres domaines d'autres facteurs qui ont pu agir sur l'évolution juridique française au début du 19è siècle, soit directement, soit parce qu'ils ont agi sur les différentes formes de pensée.

* * *

Il semble que l'on doive accorder, parmi les autres facteurs possibles, une importance particulière à l'évolution économique, non point par principe méthodologique ou par postulat *a priori*, mais au moins pour deux raisons: parce que la pensée économique dont on vient de rappeler le rôle a sans aucun doute évolué elle-même en liaison directe avec la situation économique concrète, et parce que les grandes institutions du droit codifié, essentiellement la propriété, les successions et les contrats, touchent directement, par delà leurs aspects juridiques, à l'ordre économique et au système socio-économique, de sorte que les idées concernant ces institutions n'ont pu évoluer et le régime juridique de celles-ci n'a pu se fixer finalement sans qu'il ait y une liaison étroite entre cette évolution juridique et l'évolution économique et sociale correspondante.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si l'on admet une telle liaison, le problème devient celui de savoir en quoi et comment les transformations économiques des 16è-18è siècles ont pu influer directement sur l'évolution du droit et de la pensée juridique, et ce problème ne peut recevoir de solution facile, étant donné la complexité des transformations économiques survenues à cette époque et de leurs rapports avec l'évolution des autres secteurs de la société. Peut-être faut-il distinguer trois aspects dans le processus de relation entre évolution économique et évolution juridique du 16è siècle au début du 19e.

a) S'agissant de la Seconde Scolastique (9), il paraît peu douteux que ses théoriciens ont été, pour partie, influencés dans leurs analyses juridiques par les problèmes posés, à l'occasion de la colonisation en Amérique, par l'évolution économique consécutive en Europe et notamment en Espagne, par les questions concrètes à résoudre dans les colonies, et par les grandes controverses suscitées à ce sujet entre théologiens espagnols dans la première moitié du 16è siècle. Ces problèmes créèrent un choc dans certaines consciences et dans les esprits, et provoquèrent une réappréciation au moins partielle d'un certain nombre de raisonnements et de théories juridiques. Il faut certainement voir là l'une des origines de l'évolution de la pensée philosophico-juridique dans la Seconde Scolastique et, ultérieurement, de la formation de la théorie du droit naturel.

Il y aurait certainement intérêt à mieux connaître les répercussions dans ce domaine de la colonisation de l'époque: celle-ci n'a pas fait l'objet, en ce qui concerne son impact sur l'évolution juridique, d'études aussi précises et poussées qu'au point de vue de ses effets sur l'histoire économique européenne (10); mais l'on

---

(9) Ce problème a été étudié, au Colloque de Florence d'octobre 1972, dans le rapport de M. G. AMBROSETTI, *Diritto privato ed economia nella Seconda Scolastica.*

(10) Ces études ont été particulièrement fécondes du fait qu'elles ont porté sur les différentes séries d'effets économiques da la colonisation: conséquences de la hausse des prix européens, augmentation des profits, accumulation du capital, transformation des mentalités économiques, effets sur les techniques de transport et de production, création d'activités économiques nouvelles, extension du commerce, fourniture à l'Europe de matières premières et de produits nouveaux, politique économique, etc. Il serait souhaitable que des analyses di-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

peut penser que le rôle de la colonisation et des problèmes juridiques nés de celle-ci ou reposés en termes nouveaux par elle a été particulièrement important pour l'évolution de la pensée juridique européenne et des systèmes juridiques occidentaux, et que l'on aboutirait à des conclusions fort intéressantes si l'on approfondissait l'étude de cette question.

En ce sens, cet aspect particulier de l'évolution économique peut donc être considéré comme l'une des origines des futurs droits codifiés. Cependant, il ne peut s'agir que d'une origine lointaine et relativement indirecte, qui ne peut résoudre le problème particulier que nous avons posé: il y a trop de distance, chronologiquement et substantiellement parlant, entre cet impact de la colonisation sur la Seconde Scolastique et les codifications napoléoniennes pour que l'on puisse établir entre les deux un lien direct et expliquer par elle l'anticipation de l'évolution juridique française au 19è siècle. En outre, une nouvelle fois, il ne peut s'agir ici que d'une influence sur la conception générale et la philosophie du Droit et non sur l'aménagement précis et détaillé des institutions et règles juridiques qui caractérisera le Code Civil de 1804.

b) Peut-on, à l'autre extrêmité de la période, retrouver une action plus directe et précise du début d'industrialisation, limité mais réel, que l'on rencontre en France à partir de 1750-60 environ? Le problème peut se poser en ces termes car la société française du 19è siècle, dont les codifications napoléoniennes satisferont par avance les besoins juridiques, notamment dans le domaine des biens, se définit comme une société de capitalisme industriel et dont les exigences juridiques naissaient d'un développement économique fondé sur un processus d'industrialisation. N'est-il pas dès lors naturel de rechercher si de telles exigences ont pu naître et s'exprimer déjà dans la seconde moitié du 18è siècle, dans la mesure où le début de l'industrialisation et du passage au capitalisme industriel pouvait les faire apparaître dès

---

versifiées du même type puissent saisir les différentes catégories d'effets, directs ou indirects, que la colonisation a pu avoir sur l'évolution du Droit (sur la problématique juridique, la méthodologie, les concepts, les nouvelles institutions et règles de droit positif, les techniques juridiques, etc.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cette époque? Dans ce cas, le problème de l'anticipation de l'évolution juridique disparaîtrait, puisqu'en réalité les codifications napoléoniennes n'auraient fait que répondre *a posteriori* à des nécessités créées dans les décennies précédentes par l'évolution économique: l'ordre « logique » d'évolution serait ainsi rétabli.

Il semble cependant que ce facteur n'a pu, au mieux que, jouer un rôle complémentaire, pour plusieurs raisons. L'évolution industrielle était en effet restée limitée encore en 1789 et sous la Révolution; elle demeurait dispersée sur le territoire et entre divers secteurs économiques (notamment le textile, la houille, la sidérurgie et la métallurgie), représentant donc un phénomène très partiel dans chacun d'eux; il est donc douteux qu'elle ait pu faire apparaître de façon précise des besoins juridiques spécifiques et que les forces sociales correspondantes aient eu, dans le contexte politique particulier des premières années du 19è siècle, une puissance suffisante pour imposer un système juridique complet correspondant à leurs intérêts et à leurs conceptions. De plus, si une telle liaison s'était établie au 18è siècle entre l'évolution industrielle et l'évolution des besoins en droit positif, c'est plutôt en Angleterre, où les transformations économiques étaient beaucoup plus rapides et marquées, que cette liaison serait apparue; dans ce cas, l'anticipation de l'évolution juridique par rapport aux besoins du capitalisme industriel français cesserait d'être une anticipation par rapport au capitalisme industriel anglais en formation dans la seconde moitié du 18e siècle: on retrouve ainsi le problème, déjà évoqué ci-dessus, d'une éventuelle influence de l'évolution économique et juridique anglaise sur l'évolution juridique française. Dans cette hypothèse, le problème ne serait plus celui d'une anticipation, mais celui des conditions de la « réception » en France des conceptions juridiques et des règles de droit positif anglais.

D'autre part, et parce que l'évolution industrielle française était peu avancée à la fin du 18è siècle, les problèmes juridiques qui se posaient étaient ceux de l'économie rurale, comme le montre d'ailleurs le rôle prépondérant reconnu par les Physiocrates à l'agriculture et à la terre. C'est ainsi que, dans le domaine du droit des biens, le problème central était celui de la propriété foncière et de l'abolition du système foncier féodal, auquel la Révolution

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

s'attachera très rapidement et pendant des années: on voit mal, dans ces conditions, comment les besoins juridiques satisfaits par les Codes dans le domaine de la propriété auraient pu être ceux du capitalisme industriel. On peut enfin ajouter que les hommes qui travaillèrent à la mise au point du contenu du nouveau système juridique dans la phase finale, c'est-à-dire sous la Révolution et lors de la préparation des Codes, et la plupart des hommes qui contribuèrent à cette élaboration finale dans les Assemblées politiques ou les Cours judiciaires, n'apparaissent pas comme des représentants du capitalisme industriel.

c) Le troisième aspect de l'évolution économique des 16è-18è siècles peut au contraire nous apporter des conclusions plus positives: il s'agit de toutes les transformations progressives dont les plus importantes concernèrent l'extension des activités commerciales sous leurs différentes formes (échanges internationaux, commerce colonial, trafic intérieur de caractère interrégional ou local), et que l'on résume généralement dans le concept de « capitalisme commercial », première étape de l'évolution du capitalisme avant que celui-ci ne passe à la forme industrielle.

Ce capitalisme commercial a exprimé nettement et fortement des besoins juridiques précis, à la fois parce qu'il atteignit alors une grande ampleur et ne pouvait se satisfaire des conceptions et réglementations juridiques médiévales, parce qu'il étendit son évolution sur trois siècles, et parce qu'il s'accompagna de la formation de forces sociales puissantes, d'intérêts précis et d'une idéologie caractéristique. Tout le problème est donc de savoir si les besoins juridiques d'un tel capitalisme étaient les mêmes que ceux qu'exprimera au 19è siècle le capitalisme industriel français.

Il est bien certain que ces deux catégories de besoins juridiques différaient sensiblement entre elles, dans la mesure où capitalisme commercial et capitalisme industriel ne posaient pas les mêmes problèmes et ne mettaient pas en jeu les mêmes mécanismes économiques: le premier opère dans le domaine de la circulation des biens et le second dans le domaine de la production; dès lors le problème de la propriété des moyens de production se pose dans l'un et non dans l'autre, le mécanisme de l'accumulation du capital et du financement n'est pas le même dans

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

les deux cas, la question du pouvoir d'organiser la production existe dans l'un et pas dans l'autre, etc...

Inversement, il apparaît cependant que les mécanismes et les impératifs de ces deux formes de capitalisme coïncident pour une part importante: dans les deux, la relation du travail repose sur le salariat et le contrat de travail; dans les deux, la sécurité et la défense de la propriété, et notamment du capital, sont des exigences primordiales: de même, la transmission successorale de ce bien que constitue l'entreprise mettait en jeu dans le capitalisme commercial des intérêts importants et posait des problèmes juridiques que les différents systèmes juridiques traditionnels résolvaient mal.

Sourtout, le capitalisme commercial faisait peser sur le Droit des exigences générales qui seront celles du capitalisme industriel à trois points de vue au moins: il orientait vers une conception individualiste de la vie juridique et une réglementation de la vie socio-juridique fondée sur les rapports inter-individuels, et donc sur la reconnaissance de droits subjectifs à l'individu; il postulait le principe de liberté comme base d'organisation des relations juridiques et de fonctionnement des institutions civiles; il impliquait que le contrat, expression de la volonté individuelle, joue un rôle central dans les mécanismes de la vie juridique.

Par là, il exprimait, en matière de conception générale du Droit et de réglementations juridiques particulières, les besoins mêmes qui rencontreront leur satisfaction dans les droits codifiés et qui seront aussi ceux du développement économique, du capitalisme industriel et de la société française correspondante au 19è siècle. Il était donc porteur potentiel du système juridique et de l'idéologie que les Codes napoléoniens mettront en forme définitive, et il fournissait par avance les éléments qui permettront, après une gestation normale, la naissance du nouveau Droit et « l'anticipation » de l'évolution juridique, qui n'apparait plus ainsi que comme une « quasi-anticipation ».

En ce sens, on peut penser que l'évolution économique représentée par le capitalisme commercial a eu, du 16è au 18è siècle, une double influence sur l'évolution juridique: directe par les besoins qu'elle faisait peser sur celle-ci et par son exigence de solutions et de conceptions juridiques nouvelles, indirecte par

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'action qu'elle exerçait sur la pensée et la théorie juridiques dont l'évolution a été pour partie une réponse à cette sollicitation.

Cependant, cette constatation, pour importante qu'elle soit, laisse subsister toute une partie de notre problème: comment a été réalisé le passage, à un moment donné de l'évolution, des conceptions et principes généraux nouveaux aux règles détaillées de droit positif qui concrétisaient ceux-là de façon précise, le passage du niveau de la théorie juridique à celui des solutions pratiques? Il semble que, sur ce point, l'action du capitalisme commercial soit restée limitée, car elle s'est exercée essentiellement au niveau de la conception générale et des principes juridiques. S'il est vrai en effet que certains problèmes concrets ont bien dû être résolus à l'aide de règles ou d'institutions juridiques nouvelles (que l'on songe, par exemple, à plusieurs ordonnances de Colbert), ce fut dans des cas spécifiques et relativement peu nombreux: dans l'ensemble, l'action du capitalisme commercial et ses besoins ont pu se manifester pendant trois siècles sans aboutir, à aucun moment de cette évolution, à la refonte complète du système juridique et à une modification générale du contenu du droit; et lorsque celles-ci s'opéreront au moyen des codifications, ce ne sera pas le résultat d'une évolution commerciale particulière dans les décennies précédentes, mais au contraire de la tendance au dépassement du capitalisme commercial par le passage progressif de celui-ci à l'industrialisation, au développement économique et au capitalisme industriel.

Cette partie de notre problème ne peut donc être analysée sans faire appel à un facteur explicatif supplémentaire.

2. Celui-ci réside dans la nouvelle phase d'évolution que représente l'action de la Révolution française, laquelle réalisera l'étape finale de tout ce processus évolutif, celle dans laquelle se fera enfin la junction entre le niveau théorique et le niveau pratique.

Si les penseurs et théoriciens et les organes créateurs de Droit avaient pu rester pendant trois siècles au niveau des grands principes juridiques, et s'ils n'avaient pu, y compris les derniers jurisconsultes de l'Ancien Régime, formuler de nouvelles règles précises de droit positif à partir de ces principes, la Révolution ne

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pouvait de toute façon s'en tenir à une attitude semblable: elle eut à régler les problèmes concrètement et à définir les solutions pratiques correspondant à la fois aux conceptions théoriques nouvelles et aux besoins précis de la société à ce moment-là, et elle ne pouvait se dispenser de le faire.

Effectivement, elle sut s'acquitter de cette tâche et, par là, fit accomplir à l'évolution le pas décisif, qui rendait possible à brève échéance la refonte générale du Droit et la mise au point d'un système juridique précis, complet, et cohérent que devaient réaliser les Codes napoléoniens. Elle le fit de deux façons.

D'une part, elle opéra un certain nombre de réformes particulières, touchant de nombreux domaines, qui remplissent la législation révolutionnaire, et dont l'ensemble constitue l'oeuvre civile de la Révolution. Ainsi furent touchés le droit des biens à travers le bouleversement du système de propriété ([11]), le droit des successions ([12]), le régime de l'état civil, du mariage et du divorce ([13]), celui de l'adoption ([14]), de la puissance paternelle ([15]),

([11]) Il s'agit de tous les textes législatifs qui, après la nuit du 4 août 1789 et à la suite du premier décret des 4-11 août 1789, réalisèrent l'abolition de la féodalité et la nationalisation des biens ecclésiastiques puis des biens des émigrés et suspects, organisèrent la vente des biens nationaux, partagèrent les biens communaux, transformèrent la plupart des baux fonciers antérieurs et le système des rentes foncières. Cette législation, très fournie, couvrit toutes les années 1789-1793 sans interruption, puis continua de manière plus sporadique de 1794 à 1804. Les débats sur un certain nombre de décrets dans les Assemblées révolutionnaires amenèrent en outre divers orateurs à développer des analyses théoriques, sur le concept même de propriété, qui devaient ensuite alimenter directement l'élaboration du Code Civil.

([12]) Les mesures prises dans ce domaine furent très nombreuses, depuis les décrets du 15 mars 1790, du 6 août 1790 et du 8 avril 1791 qui portaient sur des aspects particuliers du droit des successions, de même d'ailleurs que certaines mesures prises par la Convention (décrets du 14 novembre 1792, du 5 janvier 1793, et du 11 mars 1793), jusqu'aux grandes lois du 5 brumaire an II (27 octobre 1793) et du 17 nivôse an II (7 janvier 1794), et aux mesures de réaction prises en l'an III et l'an IV et à la loi du 4 germinal an VIII.

([13]) Les réformes essentielles furent réalisées dans ces trois domaines par les décrets du 20 septembre 1792 qui organisèrent l'état civil, laïcisèrent et réglementèrent le mariage, et établirent le divorce.

([14]) Décrets du 16 frimaire an III et du 3 ventôse an III.

([15]) Il s'agit ici des diverses lois qui limitèrent les droits du père, d'abord dans leur durée (établissement de la majorité civile à 21 ans par le décret du 20

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

du statut des enfants naturels ([16]), enfin celui des hypothèques ([17]), pour ce qui concerne le domaine du droit civil.

Parallèlement les conceptions nouvelles nées de la philosophie des lumières étaient mises en œuvre dans le domaine du droit pénal ([18]), et un nouveau système d'administration de la justice (organisation judiciaire et procédure) était progressivement mis en place ([19]).

Dans tous ces domaines, qui correspondent presque totalement à l'ensemble du Droit, et dont les Codes napoléoniens couvriront la totalité, la Révolution a poussé très loin la préparation du nouveau système juridique, même si les solutions précises retenues par elle ne furent pas toujours celles que ces Codes adopteront finalement (ainsi en matière d'hypothèques, de successions à cause de mort, etc...): en fait, c'est la quasi-totalité des grandes branches du Droit que la Révolution mit en forme précise, en traduisant en règles et solutions détaillées les conceptions, les principes et l'idéologie venus de l'évolution économico-sociale, intellectuelle et philosophique des siècle précédents, sauf le domaine des contrats et obligations ([20]), celui des rapports entre

---

septembre 1792), dans leur étendue (restrictions à liberté de disposer par testament et établissement de l'égalité entre héritiers, éducation obligatoire, abolition des lettres de cachets), et dans leur exercice (limitation du droit de correction par la création du tribunal de famille par le décret des 16-24 août 1790).

([16]) Loi du 12 brumaire an II, sur les droits successoraux des enfants naturels.

([17]) Il s'agit essentiellement de deux grandes lois: le Code hypothécaire du 9 messidor an III (27 juin 1795) qui créa un système tout nouveau et fort original, et le décret du 11 brumaire an VII (1er novembre 1798) qui abolit la plupart des principes fondamentaux du texte précédent.

([18]) Code pénal et Code de lois sur la procédure criminelle du 21 septembre 1791, Code des délits et des peines de la Convention (préparé par Merlin) et qui restera en vigueur jusqu'au Code pénal et au Code d'Instruction criminelle de Napoléon.

([19]) La Révolution prit dans ce domaine de nombreux textes, dont les plus importants furent les décrets des 16-24 août 1790 (tribunaux familiaux, juges de paix, tribunaux de district), des 27 novembre - 1er décembre 1790 (tribunal de cassation), des 16-22 juillet 1791 (tribunaux criminels), des 19 juillet - 29 septembre 1791 (procédure pénale), sans compter bien entendu les tribunaux proprement révolutionnaires. L'organisation définitive fut rélisée en l'an VIII et en l'an X (lois du 18 mars 1800 et du 7 février 1801).

([20]) En matière de contrats, et en dehors des différents types de baux qui

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

époux, et celui du droit commercial, qui ne furent pratiquement pas touchés.

D'autre part, la Révolution avança la solution d'autres problèmes juridiques, là où elle n'aboutit pas à des réformes effectives, par les projets qu'elle prépara mais qui ne purent aboutir. Certains de ces projets concernaient des questions particulières (21); les autres concernèrent l'ensemble du droit civil: ce sont les projets de Code Civil (trois établis par Cambacérès, un par Jacqueminot) qui, s'ils ne furent jamais votés, avaient cependant amené leurs auteurs à mettre en forme la réforme complète du contenu du droit et la définition, par delà les grands principes généraux, de règles et de solutions précises sur chaque point particulier du droit civil dans sa totalité.

Aussi lorsque les auteurs des Codes entreprirent leur travail définitif, le processus d'élaboration, le passage du niveau de la théorie et de la philosophie du droit au niveau de son contenu détaillé étaient-ils déjà fortement engagés et l'oeuvre presque réalisée.

La Révolution a donc joué, dans l'évolution juridique qui couvre l'ensemble de la période du 16è aux codifications du début du 19è siècle, un rôle à la fois décisif et spécifique, d'une part parce qu'elle a accéléré et, littéralement, précipité une évolution qui tendait à piétiner dans la mesure où la pensée du 18è siècle ne faisait que préciser et formuler avec plus de force les concep-

---

furent touchés par la réforme du système foncier, la Révolution réalisa cependant l'oeuvre fondamentale par l'établissement de la liberté économique (notamment la célèbre loi Le Chapelier de 1791): poser ce principe à titre général signifiat pratiquement que le contrat et la volonté individuelle devenaient les fondements des relations juridiques non personnelles, et préparait directement le passage à un système juridique nouveau en matière de contrats et obligations.

(21) Ainsi le projet du Comité de législation de la Convention sur la réforme des régimes matrimoniaux, qui passa d'ailleurs dans le premier projet du Code Civil de Cambacérès. Il ne faut pas oublier également que des réformes réalisées dans certains domaines eurent des effets indirects sur d'autres domaines qui eurent ainsi moins besoin d'être touchés par la législation: ainsi les rapports personnels entre les époux furent modifiés, en fait sinon en droit, dans le sens d'une émancipation de la femme et d'une plus grande égalité entre époux par l'établissement du divorce, en même temps d'ailleurs que par l'évolution des idées et des moeurs.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tions, les principes et l'idéologie dégagées par le 16è et le 17è siècles; d'autre part parce qu'elle fait passer à une autre étape de l'évolution, dans la mesure où elle dépasse enfin le niveau de l'élaboration théorique pour réaliser l'élaboration concrète d'un nouveau système juridique. Elle fut ainsi la traductrice des grandes conceptions formées dans les siècles précédents, la réalisatrice d'une refonte générale du Droit dans sa forme et dans son fond, enfin l'accoucheuse du système juridique destiné à prendre forme dans les Codes napoléoniens et à régir ensuite durablement le société française aux 19è et 20è siècles ([22]).

Il ne faut pas oublier que la Révolution participa aussi d'une autre façon à l'évolution juridique décisive: car, si elle put jouer les rôles que nous venons de rappeler, ce n'est pas seulement parce qu'elle sut exprimer de façon précise et concrète les conséquences juridiques des grandes principes dégagés par les mouvements de pensée antérieurs; c'est aussi parce qu'elle abolissait par ailleurs la société d'Ancien Régime et, par là, les obstacles au triomphe effectif du nouveau système juridique, et parce qu'elle libérait ainsi les forces politiques, sociales et idéologiques jusque là contenues par la société traditionnelle, et réalisait le changement dans les rapports de forces indispensable pour que l'oeuvre juridique nouvelle puisse naître.

* * *

Les diverses analyses présentées ici conduisent ainsi à une hypothèse générale concernant les mécanismes et facteurs qui ont

---

([22]) Il convient cependant de signaler que le droit de l'Ancien Régime, dans ses dernières décennies, avait commencé l'oeuvre concrète de réforme juridique: ainsi avec les édits qui, à partir de 1767, autorisaient la clôture des terres et, à partir de 1769, le partage de certains biens communaux, avec l'important édit de 1744 sur l'exploitation du sous-sol, l'édit de juin 1771 sur les hypothèques, et bien d'autres mesures particulières, sans oublier les mesures de politique économique (suppression des douanes intérieures, tentatives d'abolition du système corporatif, liberté commerciale) qui orientèrent vers la définition pratique de nouvelles règles juridiques en matière de contrats. Mais ces réformes restèrent limitées et peu efficaces en fait; elles traçaient cependant la voie du passage de l'évolution au niveau théorique à une évolution au niveau juridique pratique; elles montrent ainsi que les besoins de réforme juridique concrète se faisaient plus pressants dans les derniers temps de l'Ancien Régime.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

entraîné l'évolution juridique pendant toute cette période, et une explication possible du phénomène d'anticipation que nous avons défini au début de cet article. Même si cette hypothèse demeure discutable et incomplète, elle aura peut-être l'intérêt de souligner la complexité de ces mécanismes, le caractère progressif de l'évolution, et la multiplicité des facteurs qui ont agi sur cette évolution et des relations entre eux.

Elle conduit à dégager au moins trois séries de facteurs: le mouvement général de la pensée (juridique, économique, politique, philosophique), l'évolution économique (à laquelle il faudrait évidemment joindre l'évolution sociale, ainsi que celle des mentalités et comportements), les changements apportés par la Révolution; et, entre eux, des relations variées tout au long de la période du 16è siècle à la fin du 18è, que l'on peut analyser sous trois angles différents mais complémentaires.

On peut tout d'abord dégager une liaison générale entre les différents types de facteurs intéressant directement le problème qui nous occupe, en ce qui concerne la France spécialement. Cette liaison unit, dès le 16è siècle, le fait colonial nouveau, l'évolution économique et sociale de l'Europe occidentale qui lui est en partie liée, et l'évolution de la pensée philosophico-juridique de la nouvelle Scolastique qui, tout en puisant ses origines à diverses sources, a certainement reçu une impulsion des deux faits précédents, Elle unit ensuite, au siècle suivant et au début du 18è, l'évolution économique et sociale qui se prolonge et s'amplifie, et que l'on peut synthétiser non seulement par le concept de capitalisme commercial mais aussi par l'idée de processus préparatoire au futur développement économique, et d'autre part la nouvelle étape franchie dans l'évolution de la pensée juridique, avec l'Ecole du Droit Naturel et son influence sur certains juristes français. Elle unit, à partir des années 1750 environ, le capitalisme commercial à son apogée et cet aspect nouveau de l'évolution économique que représentent les premiers pas vers l'industrialisation, une première entrée dans le processus de développement et le début du passage au capitalisme industriel, avec l'épanouissement de la pensée sous ses différentes formes, l'éventuelle influence de l'évolution juridique anglaise liée à la révolution industrielle enfin la Révolution française et son oeuvre juridique. On constate

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ainsi, ce qui ne saurait surprendre, que, dans cette dernière étape qui aboutit directement aux codifications françaises, les relations entre facteurs se font plus nombreuses et plus complexes, marquant ainsi une accélération, une maturation et une diversification du mouvement historique dans les différents secteurs intéressés.

On peut ensuite définir cette liaison par les étapes qu'elle a successivement traversées. Si l'on peut, d'après ce qui vient d'être dit, distinguer quatre phases (celles du 16è siècle, du 17è et de la première moitié du 18è, de 1750 environ à 1789, de la Révolution, qui correspondent à quatre séries de relations entre facteurs), on peut aussi plus significativement distinguer dans l'ensemble de l'évolution seulement deux grandes étapes. D'une part, celle qui conduit jusqu'à la veille de la Révolution se caractérise par un fait central, si l'on considère l'impact de ces différents facteurs sur l'évolution juridique: si fort que soit cet impact, il se produit seulement sur le plan de la pensée philosophico-juridique, de la conception du Droit et des grands principes généraux, ou pour reprendre le terme que nous avons déjà utilisé, au niveau théorique; mais il ne touche pas ou très peu au niveau pratique en France: ni les transformations économiques et sociales, ni l'évolution de la pensée juridique n'aboutissent, dans le droit privé français, à des modifications importantes du droit positif. D'autre part, l'étape de la Révolution réalise, en un court délai de quelques années, une extraordinaire accélération de l'évolution et une réorientation de son contenu dans le sens d'une concrétisation poussée, au niveau du droit positif, des tendances théoriques antérieures. Ce phénomène demanderait évidemment une analyse plus précise de la liaison entre facteurs qui provoqua cette accélération du mouvement: s'agit-il seulement de l'aboutissement précipité d'une évolution lentement arrivée à maturation, comme la naissance suit une longue gestation? Ou faut-il penser que de nouveaux facteurs apparus récemment (début du mouvement d'industrialisation, globalisation du mouvement de pensée à partir de 1750, influence juridique anglaise, etc...) ont exercé une influence nouvelle et décisive? Doit-on au contraire admettre simplement que l'arrivée au stade de la révolution, dûe à un ensemble très vaste de causes et de facteurs divers, a conduit à un bou-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

leversement du système juridique parce que celui-ci fut entraîné par un mouvement d'ensemble qui le dépassait largement et atteignait tous les secteurs de la société? Le problème reste à étudier, mais sa solution nous aiderait certainement à comprendre le rôle des différents facteurs dans cette phase finale, la nature particulière des liaisons entre eux, et donc la logique propre de l'évolution juridique à ce moment décisif.

Enfin, l'on peut essayer de dégager le sens général de la relation qui, sur l'ensemble de cette longue évolution, unit les transformations des deux grands types de facteurs en cause: l'évolution économique et sociale, l'évolution du Droit (qu'il s'agisse de son évolution au niveau théorique ou au niveau pratique). A cet égard l'on peut dire que, de façon relativement continue, la première a eu pour rôle d'exprimer des besoins nouveaux et de faire pression sur le Droit pour qu'il s'adapte en conséquence, et que la fonction de la seconde a consisté précisément à répondre, selon l'état de son avancement propre, à cette pression et à cette sollicitation.

C'est sans doute sur ce terrain que se trouve l'explication des deux grandes étapes ou formes traversées par l'évolution juridique: les transformations économiques et sociales, essentiellement commerciales et qui se produisaient dans le cadre général des structures anciennes sans les faire éclater, n'exprima longtemps, aux 16è et 17è siècles et dans les débuts du 18è, qu'une demande générale à laquelle le système juridique put se borner à donner une réponse elle-même générale en dégageant une nouvelle vision du Droit et de son rôle dans la société, de nouveaux concepts et une nouvelle idéologie juridique. Vers le milieu du 18e siècle, une évolution plus puissante et profonde de l'économie, de la société et du mouvement général de la pensée exerça au contraire une pression beaucoup plus précise et tendit à exprimer un besoin de transformation juridique plus complète, auquel la Révolution apporta une première réponse, assez complète mais encore confuse et contradictoire, mais que les Codifications purent satisfaire de façon plus cohérente et précise, donc durable. On se trouve ainsi en présence d'une évolution typiquement dialectique, puisque mouvement économique et social et mouvement des systèmes de pensée se relayèrent et se combinèrent finalement pour aboutir

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

à provoquer la transformation effective du système juridique dans son ensemble au niveau à la fois pratique et théorique.

Ces constatations nous permettent de revenir au problème de l'anticipation que nous avons posé au début de cet article: elle nous apparaît à la fois comme une vraie et comme une fausse anticipation. Vraie au sens objectif du terme, car le développement économique et la société ne prirent en France leur forme historique achevée qu'au cours du 19è siècle, si l'on considère les phénomènes de fond caractéristiques (mécanismes économiques, structures sociales, etc...), c'est-à-dire bien après les codifications napoléoniennes. Fausse historiquement, car toute l'évolution antérieure de l'économie et de la société (capitalisme commercial, processus préparatoire au développement économique, mentalités, groupes et intérêts sociaux, etc...) et de la pensée (sous ses formes variées) avaient en réalité permis de définir de façon relativement claire le type de système de Droit, de principes et d'idéologie juridiques, de contenu de droit positif dont la société française avait besoin à la fin du 18è et au début du 19è siècles, à la place du système ancien que cette évolution même avait irréversiblement dépassé; et parce que les besoins ainsi exprimés par le capitalisme commercial, le processus préparatoire au développement et le mouvement de pensée « moderne » correspondaient par avance, eux-mêmes, à ceux du capitalisme industriel, du développement économique et de l'idéologie libérale. Si ces derniers ont ainsi pu être satisfaits par avance par la Révolution et les Codes napoléoniens, c'est parce que ces besoins avaient été mis en forme et exprimés par avance préalablement: l'anticipation concerne en réalité la formulation des besoins plutôt que leur satisfaction, et le problème se déplace alors sur un autre terrain: celui de la signification historique de toute l'évolution économique et sociale des 16è-18è siècles, et des relations entre celle-ci et les phénomènes beaucoup plus profonds mais de même sens auxquels elle aboutit dans la seconde moitié du 18è et au 19è siècle.

L'évolution du 19e siècle après les codifications prolonge ainsi le processus de type dialectique engagé depuis le 16è siècle, dans la mesure où, dans un premier temps, les sollicitations venues de l'évolution économique et sociale ont reçu au début du 19è siècle une réponse précise et complète, que le mouvement de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pensée antérieur puis la Révolution avaient permis de formuler progressivement, et où, dans un second temps, cette réponse et le système juridique dans lequel elle se traduisit devaient faciliter au 19è siècle l'entrée définitive dans le développement et le passage effectif au capitalisme industriel.

En réalité, l'anticipation n'apparaît à l'observateur que s'il considère seulement l'évolution depuis la fin du 18è siècle, comme nous l'avons fait au début de cet article; mais elle s'estompe dans la mesure où il envisage globalement la totalité de l'évolution, c'est-à-dire depuis le 16è siècle. Ainsi se confirme la conclusion vers laquelle tendent de plus en plus les historiens de l'économie et de la société françaises, pour qui le passage de l'économie traditionnelle au développement économique et de la société d'Ancien Régime à la société capitaliste du 19è siècle ont été des phénomènes progressifs, étendus sur une longue période, et réalisés à travers le jeu combiné de facteurs très variés agissant en interrelations complexes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ANDRÉ-JEAN ARNAUD

LA PAIX BOURGEOISE

« La paix: deux héros du même camp se regardent de travers ».

PRÉVERT, « Intermède », dans *Spectacle*, p. 275.

Tient-on pour l'existence d'une *histoire de la pensée juridique moderne*, qu'un problème de méthodologie se pose aussitôt: savoir si l'ensemble des discours des philosophes et juristes ayant introduit à (ou étant distinctifs de) l'époque dite ' moderne ' peut être considéré comme formant un système - partant formalisable, au moins partiellement, et susceptible d'un traitement à l'aide de méthodes appropriées, comme celles qui découlent de l'analyse structurale (1).

Or l'époque ' moderne ' présente, en Occident, un certain nombre de caractères spécifiques, que s'entendent à reconnaître les chercheurs. En particulier, la pensée nouvelle est née d'une réflexion sur un problème de paix, et, assimilée par les juristes, a conduit à l'établissement d'une civilisation de type bourgeois.

S'agissant tout d'abord de la ' paix ', il convient de noter que ce terme peut s'entendre de diverses manières. Et si, dans un sens premier, la paix est bien constituée par des « rapports réguliers, calmes, sans violence, d'un Etat, d'une nation, avec un autre Etat, une autre nation », le même mot, pris en tant qu'interjection,

---

(1) Qu'on ne cherche pas, dans les lignes qui suivent, une création originale *au fond*: ce que nous voudrions démontrer, c'est, *dans un but méthodologique*, qu'il est possible de regrouper, sous un vocable unique, celui de ' paix bourgeoise ', les argumentations de plus en plus nombreuses par lesquelles les historiens juristes ont démonté le mécanisme de formation, à partir notamment du XVIe siècle, d'un Droit destiné à soutenir les prétentions bourgeoises.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

peut également servir à imposer le silence (2). C'est que la paix, loin d'impliquer un état de passivité, suppose au contraire une adhésion active à une convention de « non-agressivité » (plutôt que de non-agression) qui, à défaut d'être le fait d'une volonté, peut être plus ou moins imposée. Dans ce sens, la paix apparaît comme un *type d'organisation sociale, d'ordre juridique* (3), mis en place sous l'égide d'un médiateur qui cache souvent, derrière la main tendue, le masque de la domination. *Mutatis mutandis*, la ' pax romana ' ou la ' pax Ecclesiae ' recouvrirent en leur temps, au-delà de quelques institutions juridiques précises auxquelles seuls les critiques historiens attribuèrent par la suite le nom abstrait de *pax*, un ordre socio-juridique spécifique. Une première question se pose alors: en ce qui concerne les fondements institutionnels de l'époque ' moderne ', peut-on, en ce sens, parler de « paix »?

Ensuite, et dans l'affirmative, une autre question vient à l'esprit, celle de la spécificité de la relation existante entre cette idée de paix et le développement de l'ordre bourgeois (4). En d'autres termes, peut-on parler de ' paix bourgeoise ' pour qualifier la pensée juridique moderne? C'est sous la forme de ces deux interrogations que se pose le problème méthodologique que nous évoquions en commençant.

Or une telle paix ne peut exister qu'à deux conditions (qui doivent, elles-mêmes, *in casu* correspondre à des aspirations bourgeoises):

1°) que soit élaborée (par la bourgeoisie) une croyance autour de laquelle puissent se rallier les adversaires en puissance, sans qu'aucun n'ait conscience de renier ses propres valeurs ni sacrifier ses intérêts; ce premier temps de l'étude permettra de situer du même coup le *terminus a quo* de cette paix bourgeoise (I);

2°) l'organisation, par l'un des partenaires (la bourgeoisie), de sa domination, sous couvert du maintien de la paix (II);

---

(2) LITTRÉ, *Dictionnaire de la Langue française*, V° ' paix ', respectivement 1° et 11°.

(3) Cf. notre *Essai d'analyse structurale du Code civil français, La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris (L.G.D.J.), 1973.

(4) Cf. CH. MORAZÉ, *Les bourgeois conquérants*, Paris (A. Colin), 1957.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Alors, peut-être, et comme en guise de conclusion, serons-nous en mesure, dans un troisième temps, de repérer l'époque où s'achéve (ou s'amorce l'achèvement de) la paix bourgoise (III).

I. *La constitution du mythe de la paix bourgeoise.*

Rallier les adversaires à un point de vue unique est devenu plus que jamais nécessaire avec la disparition de l'unité de l'Occident médiéval qui s'était réalisée autour du chrisme. La fin de la *pax Ecclesiae* coïncide avec la reconstruction du pouvoir royal en France. Si l'Eglise est toujours présente dans la politique, dans la vie sociale, c'est non plus au titre de centre de gravitation de l'univers civilisé, mais comme bannière partisane. Morelly notera, en 1755: « Le Christianisme victorieux fit tomber les idoles; mais il défendit mieux ses mystères que sa morale... Le monde se crut Chrétien parce qu'il n'adorait plus le marbre ni le bronze, et parce qu'il observait toutes les cérémonies de ce nouveau culte... On vit le Pontife orgueilleux transformer les remontrances de la correction fraternelle, en une insolente domination, masquée des apparences d'un zèle apostolique » (5). En même temps que certains États se soustraient à l'obédience papale, on note, dans un État catholique comme l'est restée la France, une volonté d'arracher le pouvoir à l'influence romaine. Même la lutte contre les protestants, même les tardifs procès de sorcellerie (6) deviennent le théâtre où s'affrontent les tenants de deux âges, de deux ordres sociaux, témoignant d'un changement dans les structures mentales. « Cette tragédie du Dieu caché, décrite par Lucien Goldmann, est génératrice d'une angoisse infinie. Et l'on peut se demander si le cartésianisme n'est pas seulement l'organisation rationnelle des activités de l'esprit, c'est aussi le regard mathématique jeté sur le devenir; c'est la rupture du contrat antique passé avec les dieux; l'affirmation de la primauté de l'homme et des oeuvres des hommes,

---

(5) MORELLY, *Code de la Nature*, éd. G. Chinard, Paris (Clavreuil), 1950, pp. 215-217. L'éditeur note (p. 215, n. a) que « pour cette partie, on pourrait renvoyer aux déistes anglais et aux philosophes français de Voltaire à d'Holbach ».

(6) Cf. MANDROU, *Magistrats et sorciers en France au XVIIe siècle*, Plon, 1968.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

par conséquent la possibilité d'une révolution matérielle, politique, sociale, qui bouleverse les relations traditionnelles des groupes humains. En un certain sens, avec l'expulsion de Satan, commence l'expansion du capitalisme, le progrès technique, la valorisation de l'argent, la mutation du désir humain, désormais fixé non sur l'accord avec le monde, mais sur le bonheur en cette terre » (7).

Il faut donc imaginer un nouveau foyer d'intérêt susceptible d'emporter l'adhésion de tous dans une paix harmonieuse. Philosophes et juristes — tous successeurs des théologiens — vont alors créer de toutes pièces un mythe, une représentation collective génératrice d'action immédiate, selon l'expression de Sorel (8): ils conteront une nouvelle histoire de l'homme relativement à l'organisation sociale (celle que souhaitent les bourgeois) (I.1); puis ils relieront cette histoire au règne du Droit (qui deviendra le Droit bourgeois) (I.2).

I.1. Après le Dieu fait homme, l'Homme-dieu. C'est au tour de l'individu d'être exalté dans sa *liberté*, dans sa *volonté* absolues, propres à faciliter la célébration d'une *toute-puissance* et d'une *égalité* qui seraient contradictoires si la première n'était limitée au profit de la seconde par la libre volonté individuelle. Mais l'historien, critique à l'égard du passé, peut aujourd'hui poser la question de savoir quelle était la part de vérité dans ces affirmations dont la suite des temps semble avoir souvent démenti la réalité.

Or, si l'on admet que le mythe est un type particulier de récit rapportant une histoire sans auteur précis, mais colportée par des récitants et vécue par eux comme réalité, non comme conte, et que ce récit contient un message dont la transmission est vitale pour l'organisation sociale au sein de laquelle il est vécu, la paix bourgeoise peut être considérée comme reposant sur un mythe. Certes, l'une des caractéristiques du récit mythologique consiste à utiliser la forme symbolique: face à face du héros et de monstres ou puissances démoniaques, en présence, le plus souvent, de divinités représentant les qualités idéalisées de l'être humain. Or nous

---

(7) Claude METTRA, *Les enfants de la nuit,* dans *La Quinzaine Littéraire,* nº 146 (août 1972), p. 4.

(8) G. SOREL, *Réflexions sur la violence,* Paris (Rivière), 1972.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avons affaire, en ce qui nous concerne, à un style de relation si affiné que l'allégorie y transparaît mal. Pas de symbolique: plus de voiles; rien, déclare-t-on, n'est plus lucide que le conscient. La libération proposée par les constructeurs de la paix bourgeoise se prétend vécue, non rêvée. En réalité, à y regarder de plus près, le critique se rend compte que le conscient ne saurait tout expliquer. Le récit qui nous est conté a son héros, l'Homme; ses démons, la violence, l'erreur, le dol, l'injustice sous toutes ses formes (car les nantis craignent toujours la réaction de ceux qui n'ont rien, partant rien à perdre); il a aussi ses divinités, Dieu, la Raison, la Nature, l'Etre-Suprême, la Volonté, la Justice, le Droit...

Conçu le mythe comme « l'expression des convictions du groupe exprimées en termes de mouvement », une « organisation d'images capables d'évoquer instinctivement tous les sentiments qui correspondent aux diverses manifestations » des préoccupations de l'homme vivant en société (9), nous pouvons donc admettre que la paix bourgeoise repose sur un mythe. Mettons-nous alors à l'écoute de quelques-uns des narrateurs dont les historiens juristes font aujourd'hui grand cas dans l'histoire de la formation de l'individualisme, du subjectivisme, du rationalisme, du volontarisme, de l'empirisme sensualiste, de la pensée axiomatique, tous concepts caractéristiques de la pensée juridique « moderne » (10).

Voici quelques versions (non exhaustives et très abrégées) de ce mythe:

Version 1. Selon Duns Scot. Dieu est totalement libre de créer s'il le veut, et ce qu'il veut. Sa volonté n'est pas liée par Son entendement. Nulle règle n'est Droit qu'autant qu'elle est acceptée par la Volonté divine. Or l'intention première du Créateur est la création d'individus.

---

(9) *Ibid.*

(10) Cf. par ex. en dernière analyse, M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1969; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. 2: *l'età moderna*, 1968; G. TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova, 1972; A. DUFOUR, *Le mariage dans l'École allemande du Droit naturel moderne...*, Paris, L.G.D.J., 1972, I^re^ partie: « Sources et formation de l'École... », pp. 13-214. Nous nous fierons à la lecture de ces travaux pour proposer une version du mythe par chacun des grands philosophes, notre propos étant, pour l'instant de démontrer la possibilité d'un tel établissement, non pas d'entreprendre l'analyse détaillée de ces récits, analyse qui supposerait une lecture à même les sources.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La société n'a d'unité que celle d'un agrégat. Seule la famille constitue une société naturelle. Pour le reste, les individus sont isolés et autonomes, et ne peuvent constituer une société véritable que par un libre consentement.

Version 2. Selon Guillaume d'Occam. Dieu, réalité supranaturelle, insusceptible par là même d'être appréhendé par l'expérience directe, est exilé du domaine de l'enquête philosophique: il est pur objet de foi. L'individu seul est doué d'existence réelle. Il est l'unique centre d'intérêt. Tout ordre juridique procède de la volonté individuelle, et toute activité doit tendre vers l'individu.

Version 3. Selon G. Vasquez. Face à l'ordre objectif des vérités rationnelles immuables enracinées en Dieu, la volonté de l'homme, créatrice de rationalité, a une part dans la construction de l'univers social et historique. La raison permet de connaître trois ordres de prescriptions: 1° faire le bien, éviter le mal, 2° faire ce qui est juste, 3° procédant de la raison déductive, des principes naturels comme l'interdiction de l'adultère, du vol, du meurtre, de l'usure, du mensonge, de la luxure.

Version 4. Selon Grotius. Dieu a donné à tous les hommes les lumières de la raison. Or l'homme a une inclination naturelle à vouloir vivre paisiblement et dans une communauté de vie aussi bien réglée que ses lumières le lui suggèrent. Le fondement et la raison d'être de toute communauté de vie se situe dans le seul ordre de la nature et indépendamment de tout *corpus mysticum* (11). L'ordre social apparaît comme l'articulation d'une série de communautés, depuis la plus naturelle, la communauté familiale, jusqu'à la plus vaste, la communauté politique, qui prend corps dans l'Etat.

Version 5. Selon Pufendorf. L'être humain se différencie de tous les êtres naturels mûs par leur seul instinct, non seulement par ses facultés de connaître et de vouloir, mais par sa capacité d'inventer ou d'appliquer les *moyens* destinés à subvenir ou à diriger ces facultés: les *idées*, qui servent à fixer l'entendement, et les *êtres moraux*, qui tiennent lieu de règles aux actes de la volonté. L'autorité ne peut être naturelle (ne peut provenir d'une supériorité physique ou intellectuelle), mais a pour source la convention ou le libre consentement des êtres humains originairement libres.

Version 6. Selon Thomasius. Toute connaissance ne peut venir que des sens par l'observation et l'expérience. La raison, en tant que telle,

---

(11) M. Dufour note à ce propos que, ainsi « Grotius est en mesure de donner à la communauté humaine une assise plus solide que la Chrétienté défaillante » (*op. cit.*, p. 97).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ne peut donc se tromper. Or le but de la vie est le bonheur, qui n'est autre chose que la paix de l'âme et la santé du corps. Pour cette raison, les actions humaines sont distinguées en honnêtes, bienséantes et justes. Le *juste* assure la paix extérieure, l'*honnête* donne la paix intérieure, le *bienséant* garantit la première sans donner la seconde.

Version 7. Selon Chr. Wolff. Le principe de solidarité de toutes choses entraîne l'unité indissociable du Droit, de la Morale et de la Politique, enracinés tous trois dans la Métaphysique, mais découvrables par les lumières de la Raison, seul fondement valable d'un traitement scientifique de la matière. L'homme est soucieux de perfectibilité individuelle, c'est-à-dire d'une « harmonie des propriétés essentielles avec les fins définies par la sagesse divine », ou encore « harmonie de l'état présent de l'âme et du corps avec leurs états passés et futurs en pleine conformité avec l'essence et la nature de l'homme » ([12]). L'imitation des perfections divines dicte la ligne de conduite sociale de l'individu, qui se découvre deux sortes de devoirs: envers lui-même et envers les autres. Ces dernières obligations ne peuvent naître que d'un contrat. Toute règle génératrice d'obligation est posée par la volonté des individus formant le corps social. Quant aux devoirs envers lui-même, l'homme n'a qu'à conformer ses actions à la Raison pour vivre conformément à la Loi naturelle.

Voilà donc une nouvelle histoire de l'homme, contée à l'époque « moderne », et qui débouche sur deux tendances majeures que l'on retrouve au fondement de la philosophie sur laquelle ont été bâties nos institutions: le rationalisme systématique et l'empirisme sensualiste.

I.2. Or, il se trouve que cette histoire est intimement liée au règne du « Droit », c'est-à-dire à l'idéologie bourgeoise. Toutes les versions du mythe se rejoignent sur ce point. Il fallait, en effet, que ce conte de l'homme dans ses relations avec la société pût être vécu comme réalité, et cela ne pouvait être que par rapport à une entité omniprésente, sûre, et de fréquentation quotidienne: ce sera le *Droit*. En effet, le Droit présente ce caractère particulier de faire accepter par les individus des règles dont ils ressentaient l'existence comme une contrainte insupportable aussi longtemps qu'elles étaient assimilées au triomphe d'une Eglise. Le tour de passe-passe consista à remplacer une théologie par une autre en

([12]) Cité par DUFOUR, *op. cit.*, pp. 188-189.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

laissant croire qu'avec un changement de dénomination, c'était un progrès réel qui s'accomplissait.

Mais il ne suffit pas de parler de Droit pour s'affranchir de Dieu. Même le développement de l'esprit laïc ne rendit pas brutalement caducs les concepts antérieurement élaborés. Simplement le pouvoir change de mains. On parle toujours, chez Duns Scot, par exemple, de loi naturelle. Mais elle est constituée dorénavant par l'ensemble des impératifs que la raison propose à notre liberté. C'est une nouvelle doctrine du Droit naturel qui s'élabore (13). Occam, pour sa part, détruit le dernier fondement d'un Droit naturel social, identifie le Droit divin positif au Droit naturel, et, posant l'indépendance du Droit naturel à l'égard de Dieu même, établit en quelque sorte une première forme de positivisme juridique (14). Pour l'Ecole de Salamanque, qui voit dans la loi le triomphe du primat de la raison sur la volonté, la loi humaine apparaît comme une création spécifique nouvelle et non dérivée de la loi naturelle (15). Pufendorf se révèle comme le théoricien d'une science du Droit naturel qui se fonde sur la seule raison humaine (16), et Thomasius comme le grand formulateur de la distinction des domaines de la Morale et du Droit (17), tandis que Wolff, invoquant l'unité du Droit, de la morale et de la politique, fonde les obligations élémentaires et les droits fondamentaux sur l'essence et la nature même de l'homme (18).

En somme, les différentes versions du mythe dont nous avons ébauché une transcription, tendent toutes vers un même but: persuader que l'homme a été reconnu comme étant le centre de gravitation de l'univers; que le Droit est fait *par* lui et *pour* lui; que son expérience, sa raison, sa volonté sont toutes-puissantes; mieux encore, qu'il n'a rien à craindre de tels « bouleversements » puisque le Droit, comme la théologie, possède déjà ses rites, ses symboles, sa langue, ses prêtres. Nous sommes donc en présence d'une double duperie (peut-être inconsciente — probablement in-

(13) Cf. par ex. DUFOUR, *op. cit.*, pp. 24 et 30.
(14) *Ibid.*, pp. 40, 42, 49 et 43 respectivement.
(15) *Ibid.*, p. 54.
(16) *Ibid.*, p. 124.
(17) *Ibid.*, pp. 150, 151, 162.
(18) *Ibid.*, pp. 171, 192.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

consciente — mais correspondant à une démarche intellectuelle dont les conséquences étaient visiblement en rapport avec les souhaits de la bourgeoisie). D'une part on exalte l'individualisme en comblant les instincts subjectivistes de l'homme, en l'assurant de son droit absolu à la liberté, à l'égalité, à la propriété. Mais cette démarche idéaliste est purement cérébrale. D'autre part, on rassure l'être social en rattachant la loi positive à une loi naturelle, en lui présentant un cadre de référence solide susceptible de lier le présent et l'avenir au passé: le DROIT.

La croyance en une paix fondée sur des bases apparemment aussi solides ne pouvait manquer de s'établir. L'uniformité de la nature humaine, l'appel à la raison ou à l'expérience (non seulement spécifiques de l'homme, mais encore égaux chez tous les hommes), l'assurance que rien ne serait imposé à l'individu qui ne fût par lui consenti, toutes ces garanties ne pouvaient apparaître que comme assurant une libération des êtres susceptible d'aplanir tous les différends. Mais ces constructions n'étaient qu' élucubrations d'intellectuels. Pendant que Scot, Grotius ou Thomasius réfléchissaient dans la solitude de leur cabinet, les villes renaissaient, les foires et les marchés connaissaient une prospérité favorable au développement des affaires, une bourgeoisie se formait, à laquelle ne manquait pas même cette conscience collective qui permet de parler de « classe » [19]. Voilà quelle était la réalité. Il est vrai que le Droit était fait pour l'homme; mais ceux qui l'affirmaient raisonnaient en fonction de leur milieu: bourgeois. La liberté, l'égalité, la propriété étaient proclamées droits indissociables et fondamentaux, les deux premiers n'étant réalisables qu'autant que le troisième était réalisé. Faute de bien-objet de propriété, liberté et égalité étaient réduits à l'état de droits potentiels. Il est vrai que le Droit était fait par l'homme; mais ceux qui étaient en mesure d'édicter les règles appartenaient à un milieu: bourgeois. L'organisation de la famille allait reposer sur l'assurance que chacun, père, épouse et mère, fils, filles, tiendrait un rôle précis conçu en fonction de la cellule familiale bourgeoise. La propriété serait réglée dans une perspective bien définie: en tant que bien de famille. Les obligations, quant à elles, ne seraient

[19] MARX, *Misère de la philosophie*, Paris (Éd. Soc.), 1968, pp. 177-179.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le fait que de gens sûrs, l'homme, le mari ou le père, multiples fonctions dévolues à un seul et même individu, ce qui assure au maximum la protection du bien de famille. Et pour comble de sécurité, suprême supercherie: la transformation en notions respectables d' ' ordre public ' et de ' bonnes moeurs ', de la surveillance de toutes les activités individuelles.

La nouvelle *paix* instaurée à l'époque « moderne » repose donc sur un mythe qui fait de l'homme à la fois le créateur et le bénéficiaire du Droit, d'un Droit susceptible d'être découvert par chaque individu en lui-même, exaltant sa toute-puissance potentielle, partant libérateur. Mais il s'agit en réalité d'une *paix bourgeoise*, reposant sur un idéalisme juridique. La bourgeoisie n'allait pas tarder à utiliser les constructions des théoriciens pour stabiliser le nouvel ordre social en organisant cette *pax* à son profit.

II. *L'organisation de la paix bourgeoise.*

Le propre du mythe étant d'être considéré par le corps social non comme un conte, mais comme l'expression de la réalité, les organisateurs de la paix bourgeoise devaient montrer que le type d'ordre social qui en découlait correspondait à la vie quotidienne. Et comme la démonstration s'avérait délicate du fait que la construction, fondée sur les aspirations de quelques-uns, était nécessairement idéaliste, on trouva — toujours dans la ligne de l'idéalisme — deux tactiques susceptibles de sauver la face: instaurer un culte de la légalité (II.1) et prôner l'autonomie du Droit (II.2).

II.1. « Légalité », écrivait Voltaire, « n'a jamais signifié justice, équité, magnanimité... (mais) authenticité d'une loi revêtue des formes ordinaires » ([20]). Or, précisément, ce n'était pas tant de justice que d'efficacité qu'il s'agissait. Mieux: la légalité est un concept infiniment précieux pour qui veut conforter un ordre existant, en ce qu'il « forme en quelque sorte la structure juridique de la société et en même temps... est créat(eur) d'obligations puisque

([20]) VOLTAIRE, *Comm. Corn. Rem. Nicomède*, I, 5, cité dans LITTRÉ, *op. cit.*, *v°* « Légalité ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la légalité d'un comportement ou d'une situation révèle leur soumission aux sujétions incluses dans la règle » (21). Mais le souci de légalité mène bientôt au légalisme, culte du Droit qui suppose à la fois l'existence d'une loi *posée*, qui soit *simple*, claire et précise, et la supériorité du *formel* sur la substance de la règle. C'est pourquoi l'époque « moderne » est précisément celle de la « codification ». On ne reviendra pas sur ce point aujourd'hui bien établi par ceux qui se préoccupent d'histoire de la pensée juridique. Et il est bien vrai que la codification, par la simplicité qu'elle introduit dans les règles de la vie sociale, en les rattachant toutes à quelques principes initiaux, autant que par le systématisme qu'elle suppose, assure la sauvegarde de la paix bourgeoise, ce nouvel ordre qui s'installe lentement.

Dès lors, la paix bourgeoise ne va pouvoir assez paradoxalement s'instaurer dans le légalisme qu'au prix d'une série de contradictions dont les principales sont les suivantes:

1°) née d'un jusnaturalisme modernisé, la paix bourgeoise ne sera assise qu'avec le triomphe, au XIXe siècle, du positivisme juridique;

2°) la paix ne sera maintenue que dans le *respect* des règles posées, ce qui nécessite le respect de l'ordre établi;

3°) fondée sur le légalisme, la paix bourgeoise ne survivra que par un phénomène de délégalisation progressive.

II.1.1. Nous avons vu que la paix bourgeoise s'est constituée sur la base d'un mythe faisant de l'individu le créateur et le destinataire d'un Droit qu'il découvre par lui-même et en lui-même. Ces règles sont simples, et l'on pouvait imaginer qu'elles fussent gravées dans le coeur et la raison de chacun — ce qui évitait de les transcrire, laissait une plus grande latitude au juge, écartait les hypothèses de silence ou d'obscurité des textes. Sous l'influence des idéologues de la Révolution, on requit ainsi de Cambacérès qu'il présentât un projet de Code civil (ce fut son deuxième) sous la forme d'un catéchisme comportant un nombre très restreint d'articles (297, contre 713 pour le premier projet, et 1004 pour le troi-

(21) G. BURDEAU, *v°* « Légalité », dans *Encyclop. Universalis*, t. 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sième — le Code Napoléon en contient 2281) ([22]). L'auteur y déclarait notamment que le Code civil établit l'ordre moral et que chacun doit graver les lois dans son coeur « avec le burin de la liberté », la sanction étant assurée par « la raison et garantie par la liberté puisque » les lois ne sont que le code de la nature » ([23]). Ces tables de la loi furent repoussées comme trop lapidaires ([24]). La simplification prit un autre tour dès la présentation du troisième projet ([25]). Bien que le Code soit toujours considéré comme devant être un ensemble de lois simples dont la rédaction en facilite l'intelligence, on considère qu'il ne peut plus s'agir d'un recueil de préceptes. « Le législateur doit poser de principes féconds qui puissent d'avance résoudre beaucoup de doutes, et saisir des développements qui laissent subsister peu de questions » ([26]). Dès lors, un tournant est pris. On s'achemine — et ce sera chose faite dans le Projet de l'an VIII qui, après discussions et modifications, devint le Code Napoléon ([27]) — vers une distinction très nette entre la morale et le Droit, vers une séparation ouvertement proclamée du Droit naturel et du Droit positif, vers l'adoption de principes tels que la fixation de la règle, la nécessité de sa promulgation, la distinction de la loi et du règlement, la soumission du juge aux textes posés, l'interdiction pour lui de les interpréter. En un mot, on entre dans l'ère du positivisme. Tandis que la paix bourgeoise était née de la doctrine juridique, elle s'affirme dans le légalisme, c'est-à-dire dans l'étouffement de la doctrine.

([22]) FENET, *Rec. complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, t. I, pp. 100 et s. Arrêté au Comité de Législation le 8 fructidor an II (25.8.1794) et signé Cambacérès, Merlin (de Douai), Berlier, Treilhard, Bezard, Pons (de Verdun), Bar, Oudot et Hentz. Le rapport à la Convention fut présenté par Cambacérès dans la séance du 23 fructidor (9 sept.).

([23]) *Ibid.*, pp. 99, 108, 109.

([24]) *Ibid.*, p. liv.

([25]) Projet arrêté à la section civile de la commission de classification des lois du Conseil des Cinq-Cents, le 16 prairial an IV (4.6.1796). Ce projet n'est plus signé que de Cambacérès, Guillemot, Oudot, Dutot, Berlier et d'un nouveau collaborateur: Parisot. On notera la disparition de Merlin et Treilhard. Le discours préliminaire fut prononcé par Cambacérès. Cf. FENET, *loc. cit.*, pp. 140 et s.

([26]) *Eod. loc.*, p. 141.

([27]) Cf. notre *Régle du Jeu...*, *op. cit.*, p. 44.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Les mentalités elles-mêmes se transforment. Le XIXe siècle, temps de la petite propriété, verra s'accroître partout le « souci de respecter minutieusement la loi » ([28]). Alors commence le règne du légalisme, celui de l'*exégèse*, au niveau de l'interprétation strictement juridique, celui — au niveau des comportements sociaux — de l'avidité à se réfugier dans la querelle des points de Droit, besoin de savoir qui a tort et qui a raison, de distribuer bons points et mauvaises notes. Relisons Balzac; regardons autour de nous: « La justice », déclarait récemment l'Avocat Général à la Cour de Sûreté de l'Etat, « ne peut se préoccuper du droit à venir, mais doit s'en tenir à la loi » ([29]).

II.1.2. Mais contre qui ferait mine d'échapper à cette autocontrainte, le corps social entend organiser la défense de sa paix: en ce sens, la paix engendre l'ordre. Et la sauvegarde de la paix bourgeoise sera assurée par la mise en place d'un ordre bourgeois. Ainsi la notion d'ordre public sera-t-elle tout entière centrée autour du problème de la protection des biens, et de celle des personnes, dans la mesure où ce sont elles qui les transmettent, et qu'elles acceptent de remplir ce rôle, de « jouer le jeu » ([30]). A cet égard, ce qu'écrivait J. Fourastié, que « l'humanité traditionnelle n'a subsisté que par le privilège de la propriété et dans la fraction privilégiée de ses membres », s'applique parfaitement à la paix bourgeoise ([31]). Cette dernière mène droit au délire de l'appropriation et à la discrimination des personnes en exaltant une élite, formée de ceux qui ' réussissent ' et des intellectuels qui légalisent leur réussite (un peu comme dans la Chicago des années 20, où chaque *boss* avait son *lawyer*).

Cet ordre risque d'être mis en cause. Deux solutions seront alors adoptées par les tenants de la paix bourgeoise. Le première consiste dans une information mensongère assurée par le monopole des moyens d'information et par la mise en place d'une propagande. Pour l'émetteur, « le but de la propagande n'est point par exemple de doser le bon droit des diverses parties, mais de souligner

([28]) Dictionnaire LAROUSSE, *v°* « Légalisme ».

([29]) C.-R. de J. M. THÉOLLEYRE dans *Le Monde* du 28.2.68.

([30]) Point développé dans notre *Régle du Jeu...*

([31]) J. FOURASTIÉ, *Essais de morale prospective*, Paris (Gonthier), 1967.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

exclusivement celui du parti que l'on représente. Elle n'a pas non plus à rechercher objectivement la vérité, si celle-ci est favorable aux autres, et à l'exposer aux masses sous couleur d'une équité doctrinale, mais à poursuivre uniquement celle qui lui est favorable à elle » (32). Mais si l'on considère le récepteur, par contre, information et propagande se distinguent par le degré de conscience politique des masses concernées. C'est l'absence d'esprit critique qui permet à l'émetteur du message de transformer une information en outil de propagande. Voilà pourquoi Lénine insistait sur la nécessaire « union du Travail et du Savoir » pour la victoire des forces populaires, insusceptibles, dans cette hypothèse, d'être abusées (33).

Il se peut, alors, que l'information mensongère n'atteigne pas son but. Il peut y avoir révolte, violence. Mais la peur qu'éprouve la masse de la population devant les actes de violence constitue, comme l'écrit M. Duverger, « le moyen essentiel des oligarchies économiques pour conserver le soutien des citoyens » (34). Dans les cas extrêmes, se fait sentir un besoin de purification: « Nos rues sont en effervescence. Des étudiants fomentent des troubles dans les universités. La république est menacée du dedans et du dehors. Nous avons besoin de loi et d'ordre » (35). Dans ce cas, les tenants de la paix bourgeoise doivent recourir au « maintien de l'ordre ». Ils disposent à cet effet de deux rouages essentiels: la justice — « Est-il rien de plus odieux que ces appareils dits de conservation sociale » (36) — et les « forces de l'ordre », qui se présentent elles-mêmes comme les défenseurs apolitiques et intransigeants de l'ordre légal établi, protecteurs des biens et des personnes (37). Dans ces quelques mots se trouvent regroupés tous les

---

(32) A. HITLER, *Mein Kampf*, éd. fr. abrégée, par C. L. VIGNON, Paris, 1962, p. 35.

(33) LÉNINE, *A quoi pensent nos ministres*, dans *Oeuvres complètes*, Paris (Éd. Soc.), t. 2, p. 88.

(34) M. DUVERGER, *L'ultragauche et la gauche*, dans *Le Monde*, du 7.3.72, p. 9.

(35) HITLER, Discours de 1932. Cf. G. W. PRANGE, ed., *Hitler's Words*, Washington, 1944.

(36) A. BRETON, *Nadja* (Livre de Poche, nº 1233), p. 161. On doit cependant rendre hommage, en France, aux courageuses interventions du Syndicat de la Magistrature.

(37) Cf. *Le Nouvel Observateur*, 19.10.70, p. 23, qui rapporte les termes d'une lettre reçue par les jurés de la Cour d'Assises du Rhône qui avaient relaxé deux

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

principes idéalistes sur lesquels repose l'organisation de la paix bourgeoise — et ses contradictions — le légalisme, fondé sur le positivisme, l'ordre, et plus précisément l'ordre bourgeois, et l'apolitisme, forme particulière de l'autonomie du Droit.

II.1.3. L'« Ordre Légal Etabli » devient le nouvel objet de culte. Le légalisme présente cet aspect alléchant de favoriser la paresse en évitant d'affronter la réalité de face. On s'en tient au texte. Or, le texte n'est pas le reflet exact de la réalité. On peut même dire que le seul fait de l'écriture entraîne déjà une certaine trahison de la plume par rapport à ce que l'auteur veut exprimer. Bien mieux, on sait que la codification correspond au triomphe du systématisme; et le propre d'un système est d'être cohérent, ce qui entraîne la prééminence de la forme sur le fond (éventuellement même aux dépens du fond). Ainsi les bénéficiaires véritables de la paix bourgeoise risquent-ils de voir la législation qu'ils ont désirée, établie, porter atteinte, dans certains cas, à leurs intérêts dominateurs. Il faudra, dans cette hypothèse, qu'ils recourent soit à une fiction, soit au phénomène de délégalisation. Il y aura fiction lorsqu'un fait sera volontairement dénaturé, pour le rendre susceptible d'entrer dans un cadre légal assurant le respect des intérêts de la classe dominante, ou bien lorsqu'un concept juridique sera créé pour rendre compte d'une réalité insusceptible de découler des principes initiaux de la législation; il y aura délégalisation lorsque, dès le stade de l'élaboration de la loi, le pouvoir politique transfèrera l'exercice du pouvoir normatif du Parlement au Gouvernement (38).

---

jeunes gens prévenus d'avoir provoqué la mort d'un commissaire de police en mai 1968: « Scandalisés, écoeurés, découragés, déçus, amers, par votre passivité, votre complicité en faveur des émeutiers, un groupe, important, de policiers... se posent la question si, à l'avenir, ils doivent encore payer de leur personne pour s'opposer à la violence de ceux que vous protégez... puisque vous êtes de leur côté contre l'ordre public, contre la protection des biens et des personnes... Vous nous avez rejetés, nous Vous rejetons à notre tour, Nous, les défenseurs apolitiques et intransigeants de l'Ordre Légal Établi... ».

(38) Cf. M. et R. WEYL, *La part du droit dans la réalité et dans l'action*, Paris (Éd. Soc.), 1968, p. 174.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

II.2. Ce culte de la légalité ne peut s'avérer durable que si la magnification du Droit est assurée par l'autonomisation du domaine juridique. Michel Foucault a montré comment, au début du XIXe siècle, se constituent une philologie, une biologie, une économie politique ([39]). La paix bourgeoise se caractérise par l'autonomisation progressive de toutes les branches du savoir. Lorsqu'elle apparaît, c'est l'époque où la langue française écrite se fixe, prête à tomber dans l'académisme; c'est l'époque où une nouvelle harmonie fige la musique dans un style que nous appellons « classique » précisément par référence à son milieu d'émergence (l'époque du « classicisme », qui a vu naître la paix bourgeoise) et de prédilection (la classe bourgeoise, celle qui regroupe les gens qui vivent « normalement »).

Il se passe le même phénomène dans le Droit. M. Dufour notait qu'avec Grotius, se constituait une science juridique systématique ([40]), et que l'esprit de système de Pufendorf préparait le systématisme juridique des codes modernes ([41]). Peu à peu, le Droit acquit son autonomie par rapport d'abord à la réalité socio-économique ([42]), puis à toute référence politique ([43]): cette dépolitisation de la fonction du juriste en fait un surhomme soi-disant à l'abri de toute influence, *d'où qu'elle vienne.* Mais en devenant ainsi un savant enfermé dans sa tour d'ivoire et méditant sur l'équité dans la règle de Droit, ou bien un dispensateur anonyme de la justice, le juriste se met en réalité au service de la puissance légiférante. Il devient un serviteur zélé (puisqu'il ne *pense* plus), un rouage précieux de la paix bourgeoise qui, possédant désormais son mythe, son organisation, une méthodologie propre ([44]) et un éventail de sanctions efficaces, peut désormais fonctionner sans risque grave.

([39]) M. FOUCAULT, *Les mots et les choses,* Paris, 1966, pp. 229 et s.

([40]) DUFOUR, *op. cit.,* p. 96.

([41]) *Ibid.,* p. 108.

([42]) Cf. notre *Règle du jeu..., op. cit.,* p. 150.

([43]) Cf. dans A.P.D., 1972, p. 168. Ne voulant pas abuser de l'hospitalité des *Quaderni...,* nous nous permettons de renvoyer purement et simplement à la démonstration que nous avons faite dans cet article, ainsi que dans l'ouvrage précédemment cité.

([44]) Cf. encore DUFOUR, *op. cit.,* p. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

III. *Vers la fin de la paix bourgeoise.*

Pour déterminer l'époque à laquelle pourrait finir l'ère de la paix bourgeoise, il convient d'examiner à partir de quel moment les éléments organiques et fonctionnels de cet ordre social paraissent être respectivement battus en brèche. Or, dès le mileu du XIXe siècle, on repère des dates-clés à cet égard. Si le XIXe siècle, en effet, fut le temps de l'individualisme, il est notable que, rapidement, le mythe de l'homme-Dieu cessa rapidement de passer pour un mot d'ordre « mobilisateur ». Sur un point précis, combien fondamental, l'un des collaborateurs au *Livre du Centenaire du Code civil* relevait de tels « symptômes de l'affaiblissement de la propriété individuelle » qu'il estimait nécessaire une refonte de la législation (45). Il n'était pas le premier. Mais, depuis lors, les auteurs n'ont cessé de remettre en cause l'individualisme juridique, non seulement en France (46) mais encore à l'étranger (47). D'ailleurs, la fin du XIXe siècle et le début du XXe coincident avec un renouveau étonnant de la doctrine juridique, par l'intermédiaire notamment des apports sociologiques.

Mais à quand faut-il remonter pour rencontrer cette crise de la foi dans l'ordre bourgeois présenté comme « paix »? Le grand historien de la pensée juridique qu'était Bonnecase, situait vers les années 1880 la grande réaction de l'École scientifique contre l'Exégèse (48). Mais il y avait eu, quelques années plus tôt, une

---

(45) E. PILON, *Réforme du Code civil...*, dans *Le Code civil. Livre du Centenaire*, Paris, 1904, t. II, p. 945.

(46) Citons par exemple E. CAYRET, *Le procès de l'individualisme juridique*, Paris, 1932; WALINE, *L'individualisme et le Droit*, Paris, 1945; G. RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris, 1949; ID., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., Paris, 1949; ID., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1951; R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit privé d'aujourd'hui*, Paris, 1959; les divers travaux de M. VILLEY, etc. Et, pour la période antérieure, le renouveau opéré dans la pensée juridique par les travaux de E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912; G. MORIN, *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraienté*, Paris, 1927; COUMAROS, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, Bordeaux, 1932.

(47) P. ex. G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, Turin, 1959.

(48) BONNECASE, *La science du Droit privé en France au début du XIXe siècle*, 2e éd., Paris, 1914, pp. 348-349.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

réaction bien vive qui, si elle fut de courte durée, n'en constitue pas moins, pour l'historien, un révélateur de premier ordre: je parle de ces quelques semaines où fut tentée, à Paris, la révolution de la Commune, sous la responsabilité d'un Comité dont Thiers lui-même disait que les membres « ne représent(ai)ent que les doctrines communistes » ([49]).

L'année 1871 constitue une date importante dans l'histoire de la paix bourgeoise. Jusque là, en effet, la bourgeoisie n'a pas été réellement inquiétée dans sa progression triomphante. De 1789 à 1840, les révolutions ont été « bourgeoises » ([50]). Il y a bien eu les années chaudes de 1848-52, mais elles ne représentent rien de comparable avec la période de la Commune où, pour la première fois, des opposant à la paix bourgeoise — qui ne sont ni une poignée, ni des intellectuels — disposent d'un certain laps de temps pour mettre en œuvre une organisation sociale d'un type nouveau. De plus, la tentative de la Commune fait ressortir au premier plan un personnage qui, depuis longtemps, incarnait les intérêts matériels, politiques et moraux de la bourgeoisie. Adversaire de Charles X en 1830, il le fut de Louis-Philippe en 1848 lorsque celui-ci compromit les aspirations bourgeoises. Il facilita l'élection de Louis-Napoléon en 1849 pour défendre l'ordre social existant, quitte à le critiquer avec virulence par la suite, au moment de l'Union Libérale. Le 17 février 1871, une résolution de l'Assemblée Nationale le consacra Chef du Pouvoir exécutif: il s'agit d'Adolphe Thiers.

Thiers va se présenter comme le champion de la « paix » en face d'une Commune où règnent le désordre et l'anarchie, d'une Commune responsable de la guerre civile. Car la « paix bourgeoise » ne veut pas connaître cette soi-disant « lutte des classes » qui, cependant, a été le fondement de cette révolte contre l'ordre bourgeois. La Commune est donc la matérialisation d'une épreuve de force entre les défenseurs de la « paix bourgeoise » et ceux d'une paix reposant sur deux sortes de praxis, la lutte pour la production et la lutte des classes, données sociales, économiques, politiques et morales susceptibles de compromettre irrémédiablement

---

([49]) *La Commune de 1871. Journal Officiel,* Paris, Éd. de Delphes, s.d., p. 11. Nous citerons dorénavant *J. O. Comm.*

([50]) Ch. Morazé, *Les bourgeois conquérants,* op. cit., pp. 83 et s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la paix bourgeoise par la mise en cause aussi bien de ses éléments constitutifs (III.1) que de son organisation (III.2): ils excitent, dira-t-on des Communards, « au sein des masses populaires les plus détestables passions, prêchant les doctrines les plus subversives, attaquant audacieusement les bases de l'ordre moral, aussi bien que les fondements éternels de l'ordre social » (51).

III.1. Les éléments constitutifs de la paix bourgeoise (mythe de l'individualisme absolu (III.1.1) et relation spécifique de ce mythe au règne du Droit (III.1.2)) sont gravement menacés par la Commune.

III.1.1. Le mythe de l'individu absolument libre, égal et propriétaire, finit par apparaître à beaucoup comme relevant d'un idéalisme faux et conventionnel (52). On parle du prolétariat comme de la forme que revêt le servage au XIXe siècle (53). On oppose nettement deux programmes: celui des Versaillais (représentant la paix bourgeoise) — « c'est l'esclavage à perpétuité; c'est l'avilissement de tout ce qui est peuple; c'est l'étouffement de l'intelligence et de la justice... » — et celui de la Commune — c'est la revendication des droits de l'homme; c'est le peuple maître de ses destinées; c'est la justice et le droit de vivre en travaillant... c'est l'égalité d'après la naissance et la mort » (54) — La lutte engagée est celle « de l'avenir contre le passé, de la liberté contre le despotisme, de l'égalité contre le monopole, de la fraternité contre la servitude, de la solidarité des peuples contre l'égoïsme des oppresseurs » (55).

N'y a-t-il pas là de simples réminiscences de 1789? Malgré l'apparente similitude des termes, la différence est sensible. En 1789, ce ne sont pas les individus, mais les bourgeois, qui sont

---

(51) Cité dans *Procès des Communards*, présentés par P. ROUGERIE, Paris (Julliard), 1964, p. 29.

(52) Gustave COURBET, dans *J. O. Comm.*, p. 278.

(53) Adresse de la Société démocratique de Florence aux citoyens de la commune de Paris, dans *J. O. Comm.*, p. 227.

(54) *J. O. Comm.*, op. cit., p. 230.

(55) *Id.*, p. 255.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

libérés. « La bourgeoisie... qui a accompli son émancipation il y a plus de trois quarts de siècle, qui a précédé (les travailleurs) dans la voie de la révolution, ne comprend-elle pas aujourd'hui que le tour de l'émancipation du prolétariat est arrivé? » ([56]). D'ailleurs, ce n'est plus l'individu qui est au centre du débat. « Ce qui est frappant », dit un orateur au Club de la Porte Saint-Martin ([57]), c'est le profond isolement où nous vivons, car c'est à peine si l'on se connaît de porte en porte... Chacun chez soi, chacun pour soi, telle paraît être la triste loi... Et d'où cela provient-il? ... de longue date et surtout ces derniers temps, un très habile et très savant despotisme a brisé les liens qui peuvent réunir tous les citoyens et les rapprocher les uns des autres... Je vois dans (la) solidarité... tous les éléments de la plus large, de la plus libérale, de la plus grandiose administration municipale que Paris ait jamais connue ». La Commune, l'organisation communale généralisée apparaît donc comme un moyen de renouer avec la 'communauté' qui, depuis le mythe de l'époque moderne, a cédé le pas à l'individualisme desséchant... et profitable à la bourgeoisie, qui isole ainsi les faibles, retardant leur prise de conscience de prolétariat ([58]).

Par conséquent, la lutte de la Commune de 1871 est une lutte antiautoritaire et en faveur de la solidarité. « Le principe d'autorité est désormais impuissant pour rétablir l'ordre dans la rue... et cette impuissance est sa négation » ([59]). « L'insolidarité des intérêts a créé la ruine générale... c'est à la liberté, à l'égalité, à la solidarité qu'il faut demander d'assurer l'ordre sur de nouvelles bases » ([60]). « L'indépendance de la Commune est le gage d'un contrat dont les clauses librement débattues, feront cesser l'antagonisme des classes et assureront l'égalité sociale » ([61]). La foi dans le mythe qui était au fondement de la paix bourgeoise est donc considérablement ébranlée dans le Paris de la Commune. Qu'en est-il de la relation de ce mythe au règne du Droit?

([56]) *Id.*, p. 17 (21 mars 1871).
([57]) 20 octobre 1870, *id.*, p. 161.
([58]) *J. O. Comm.*, pp. 158-159.
([59]) *Ibid.*, p. 26 (23 mars 1871).
([60]) *Eod. loc.*
([61]) *Eod. loc.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

III.1.2. Sur ce point, il est particulièrement difficile de comparer le langage des gens de la Commune à celui des tenants de la paix bourgeoise. Pour ces derniers, en effet, qui ont fondé leur ordre social sur l'idéalisme, il est possible de parler du Droit comme d'une notion supérieure à laquelle tout est soumis. Lorsque, au contraire, on rencontre chez les premiers le mot « Droit », il s'agit plutôt d'un terme équivalent à *justice*, comme dans l'expression « être dans son bon droit ». Cela est facile à comprendre: le souci de la Commune, en effet, n'est pas, historiquement, de refaire une législation privée ou publique susceptible de servir de fondement ou de sûreté à un nouvel ordre social. Alors que, dans le système de la paix bourgeoise, le Droit privé — qui règle les relations interindiviuelles (l'individu est aplha et oméga du Droit) — constitue le pilier central de l'ordre juridique, pour les Parisiens du printemps 1871, au contraire, on ne traite de matières relevant de ce que les bourgeois entendent par « Droit privé », que rarement et dans des cas précis. C'est d'abord la décision de suspension de la vente des objets engagés au mont-de-piété; c'est ensuite la décision de prorogation des échéances des effets de commerce; c'est aussi le fameux décret en faveur des locataires (62). C'est encore l'abolition de la distinction, fondamentalement bourgeoise, de la paternité légitime ou non (63). La plupart de ces mesures répondent à des textes antérieurs jugés trop peu favorables au peuple, tombé dans une misère extrême. Le décret du 3 janvier 1871, en effet, n'accordait aux locataires habitant dans le département de la Seine, qu'un délai de trois mois pour s'acquitter de leur loyer. Or ce délai venait à expiration le 1er avril, et 28 mars, le gouvernement siégeant à Versailles avait présenté un projet (qui devait aboutir à la loi du 21 avril) très strict pour les locataires (64). Quant

---

(62) *J. O. Comm.*, pp. 7, 15, 117, 119. Cf. le détail des mesures prises par la Commune dans MARX, *La guerre civile en France*, Éd. Soc., pp. 199 et s.

(63) Cf. *J. O. Comm.*, p. 128: les enfants « reconnus ou non » des citoyens morts pour la défense des droits du peuple, recevront jusqu'à l'âge de dix-huit ans une pension annuelle de 365 Fr. Ne peut-on voir également dans cette disposition un abaissement de l'âge de la majorité légale?

(64) Sirey 1871, *Lois annotées*, pp. 1 et 38 et s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aux effets de commerce, le décret du 8 janvier et la loi du 24 mars étaient très restrictifs (65).

La Commune se préoccupa plutôt des aspirations de la masse que des intérêts de quelques particuliers, propriétaires ou commerçants enrichis. Les tailleurs de pierre organisent une caisse de solidarité pour les accidents du travail (66); on jette les bases d'une Assistance publique reposant sur la seule idée de solidarité (67); on crée une véritable armée du peuple, sans généraux ni galons (68); une justice populaire, c'est-à-dire proche du peuple (69); on réorganise l'instruction publique (laïque et entièrement gratuite, droit absolu pour tous) (70) et les arts (71). Mais, surtout, on se préoccupe de préparer un régime qui remplace « la République centraliste, bourgeoise, fondée sur l'antagonisme du citoyen et de l'Etat, du capital et du travail, de la classe moyenne et de la plèbe... utopie... qui pendant longtemps a tué, en France, l'idée même de république » (72).

Les Versaillais ne s'y sont pas trompés. Pour eux, toutes ces mesures constituent avant toute chose une atteinte à la sacrosainte propriété privée. Alors que l'« insurrection » ne sera « mâtée » officiellement que le 7 juin, dès le 12 mai une loi déclare inaliénables les propriétés publiques ou privées saisies ou soustraites à Paris depuis le 18 mars (début de la Commune) (73). L'affrontement des adversaires sur ce point particulier de la *propriété* constitue l'élément le plus évocateur, peut-être, de la panique des tenants de la paix bourgeoise. « La loi dont le Gouvernement a pris l'initiative », déclarait le rapporteur de cette loi, « dans le but de défendre la propriété publique et la propriété privée contre l'agression aussi odieuse que brutale dont Paris est le théatre et la principale vic-

---

(65) *Ibid.*, pp. 19 et 27.
(66) *J. O. Comm.*, p. 24.
(67) *Id.*, pp. 127 et s.
(68) *Id.*, pp. 14-15, 52, 70, 74.
(69) *Id.*, pp. 120 et 124.
(70) *Id.*, pp. 78 et s.; p. 86.
(71) *Id.*, pp. 90-97.
(72) *Id.*, p. 52.
(73) Sirey, *loc. cit.*, p. 47. Thiers connaît la décision de saisie de ses biens par la Commune (*J. O. Comm.*, p. 62).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

time, répond à l'un des plus pressants besoins, non pas seulement de l'ordre matériel, mais de l'ordre moral » ([74]). Et, lors du procès des communards, on stigmatisera ceux qui se sont insurgés « contre la religion, contre la bourgeoisie, contre l'industrie, contre la famille, contre le travail, contre tout ce qui fait la dignité, la sécurité et la vie d'un peuple. Ce n'est ni à un despotisme, ni à une aristocratie qu'elle déclare la guerre, mais à la civilisation, à la société et à la patrie. Elle n'a pour dogme qu'un athéisme grossier, pour doctrine qu'un matérialisme abject, pour programme que le lazzaronisme armé, l'expropriation de toutes les classes par une seule, l'égalité des parts dans la mangeoire humaine, la curée de la fortune publique et privée jetée en proie aux appétits et aux convoitises du prolétariat » ([75]).

Par conséquent, le temps de la Commune marque, avec le rejet de l'idéalisme comme fondement d'un système social, celui du règne du Droit.

III.2. Autant que les constituantes de la paix bourgeoise, les grands principes de son organisation, légalisme (III.2.1), autonomie du juridique (III.2.2), sont démystifiés à l'occasion de la révolte de la Commune.

III.2.1. La lutte pour la légalité constitua l'un des plus vifs débats entre Parisiens et Versaillais. On sait d'où naquit l'équivoque de la Commune « légale ». L'armistice du 28 janvier 1871 portait, dans son article 2, qu'il avait « pour but de permettre au Gouvernement de la Défense nationale de convoquer une Assemblée librement élue qui se prononcera(it) sur la question de savoir si... la paix doit (devait) être faite ». Le délégué au *Journal Officiel* de la Commune en conclut: « l'Assemblée, siégeant d'abord à Bordeaux et actuellement à Versailles, a été nommée dans des circonstances particulières et chargée d'une mission déterminée à l'avance, d'une sorte de mandat impératif restreint... Elle n'a reçu qu'un mandat limité et ne peut sans violer la souveraineté du peuple,

([74]) *Eod. loc.*, n. 2, Rapport. I. *Pensée de la loi.*

([75]) *Procès des Communards*, présentés par J. ROUGERIE (coll. 'Archives' Julliard), Paris, 1964, p. 56.

([76]) *J. O. Comm.*, p. 32. Cf. aussi pp. 45 et 49.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

s'octroyer le droit d'élaborer des lois organiques. C'est à Paris qu'incombe le devoir de faire respecter la souveraineté du peuple et d'exiger qu'il ne soit point porté atteinte à ses droits » (76). La responsabilité de la guerre civile incombe donc « aux hommes du gouvernement de Versailles » (77). Mais l'ordre bourgeois ne l'entend pas ainsi. « Considérant que le Gouvernement de la Défense nationale, en assumant la mission de protéger le pays contre l'invasion étrangère en l'absence des pouvoirs publics, était virtuellement dans la nécessité de pourvoir au gouvernement, à l'administration de la chose publique », déclare la Cour de Cassation le 8 juin (78): ce qui signifie que les mesures législatives prises par le Gouvernement de la Défense Nationale ont *force légale* tant qu'elles n'ont pas été rapportées par l'Assemblée nationale. Et le commentateur de l'arrêt précise: « la légalité des actes législatifs émanant du gouvernement de la défense nationale est incontestable. Elle ressort, au surplus, de l'adoption par l'Assemblée nationale, dans sa séance du 23 juin 1871, d'une résolution ayant pour objet de rechercher les décrets de ce Gouvernement ayant un caractère législatif qu'il serait urgent de respecter ou de modifier » (79).

De plus, dans une résolution du 16 juin, l'Assemblée Nationale institue une commission pour rechercher les causes de l'*insurrection* du 18 mars. Car la Commune, face à la paix bourgeoise, n'est qu'un soulèvement de brigands. Thiers lui-même se déclare le « défenseur de la paix publique, chargé du maintien de l'ordre dans ce pays, non-seulement de (l') ordre matériel... mais de l'ordre dans les esprits » (80), et s'écriait, le 22 mai: « l'ordre, la justice, la civilisation ont enfin remporté la victoire... le sol est jonché de leurs cadavres » (81). La Commune n'aura été, au même titre que les semaines de guerre de 1870, qu'un interlude entraînant la suspension des prescriptions et péremptions en matière de Droit privé (82).

Mais, pour déclarer brigandage des actes politiques, les hommes de la paix bourgeoise durent recourir à ce procédé de déléga-

(77) *Id.*, p. 62.
(78) Cass. Crim., 8 juin 1871. S. 1871 - I - 109.
(79) *Eod. loc.*, n. 1.
(80) 2 juin 1871, dans SIREY, 1871, *Lois Annotées*, p. 55, note.
(81) *J. O. Comm.*, p. 273.
(82) L. 26 avril 1871, SIREY 1871, *L. Ann.*, p. 51, art. 1 et 2 et n. 6, Rapport.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lisation, dont nous disions plus haut qu'il était une conséquence paradoxale du principe de légalisme destiné a soutenir le système de la paix bourgeoise. Ce procédé avait déjà été utilisé auparavant, par exemple à la suite des « troubles » de 1852 (83). Les ' paisibles ' bourgeois de 1871 le reprennent à leur compte. « Pas un des malfaiteurs dans la main desquels s'est trouvé Paris pendant deux mois ne sera considéré comme un homme politique » pouvait-on lire dans *Le Moniteur universel* (84). C'est que lorsque le respect de la légalité porte atteinte à la domination de la classe au pouvoir, c'est un procédé auquel les gouvernants recourent volontiers. Visages d'assassins, d'incendiaires et de prostituées: tels nous apparaissent celles et ceux qui, en quelques semaines, avaient renversé l'idole juridique, interdit le travail de nuit, organisé la solidarité dans tous les domaines, rejeté, en un mot, l'ordre de la « paix bourgeoise » (85).

III.2.2. Est-il besoin d'insister sur le fait que la mystification qu'était la proclamation de l'autonomie de l'univers juridique ne résista pas à ces journées de révolte? Tout acte est soigneusement replacé dans sa dimension politique. Tandis que le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, déclarait, dans une circulaire du 23 avril 1871, « la magistrature permanente se trouvera ainsi placée en dehors des luttes politiques et rendue à l'observation impartiale des intérêts de toute nature qui s'agitent autout d'elle, à la recherche indépendante et consciencieuse du droit de chacun, garantie à la fois de tout entraînement de parti et de tout soupçon de partialité » (86), on note, dans le Paris de la Commune, que les magistrats ont fui à Versailles (87).

---

(83) Cf. *J. O. Comm.*, pp. 28 et s.

(84) *Procés des Communards*, op. cit., p. 25.

(85) *Ibid.*, p. 114, et *J. O. Comm.*, p. 110. Cf. J. OZOUF, C.-R. de J. P. AZEMA et M. WINOCK, *La Troisième République* (Calmann-Lévy), dans *Annales E. S. C.*, nº 5-1971, p. 1086: « ' le grand exemple ' donné en 1871, c'est que la République est le plus sûr garant de l'ordre et de la stabilité. Il faut donc conserver ce miraculeux régime ».

(86) SIREY 1871, *L. Ann.*, p. 37.

(87) *J. O. Comm.*, p. 120. La Ch. crim. de la C. Cass. et la C. d'Appel de Paris sont autorisées à siéger provisoirement à Versailles: arrêtés des 25-26 avril 1871, SIREY, *op. cit.*, pp. 44-45.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Les magistrats, faits pour juger les cas individuels, comme disaient les rédacteurs du Code civil, ces magistrats, les voici à l'abri de l'« insurrection », à l'abri de la *réalité*: dans cette splendide contradiction éclate la supercherie de l'autonomie du Juridique. Et Marx de noter que, en effet, « les juges du *Tribunal civil de la Seine*, toujours prêts, comme les autres magistrats, à fonctionner sous n'importe quel gouvernement de classe, ayant pris la fuite, la Commune a désigné un avocat pour faire le travail le plus pressant jusqu'à la réorganisation des Tribunaux sur la base du suffrage universel » (88). Marx fait certainement allusion à cette suite de décrets par lesquels la Commune de Paris décrète la nomination d'un Procureur et de quatre Substituts du Procureur de la Commune, et qu'il sera procédé à l'organisation d'une Chambre du Tribunal civil statuant sur les affaires urgentes; que la procédure *ordinaire* est abolie, et tout litige instruit comme en matière sommaire par un délégué municipal; qu'à défaut d'avoués, les huissiers occuperont pour les parties désormais habilitées à se défendre elles-mêmes; que le serment politique et professionnel est aboli; que les arrêts et jugements seront rendus au nom du peuple; que les magistrats seront élus; que les huissiers, notaires, commissaires-priseurs et greffiers des tribunaux seront considérés comme « fonctionnaires » (89). Il faut ajouter que la justice criminelle, elle aussi, est réorganisée, ainsi que l'administration pénitentiaire et les établissements publics et privés d'aliénés, qui sont placés sous le contrôle étroit de la justice (90).

Mais la justice bourgeoise reprendra bientôt son cours dans la capitale, mettant fin à cette extravagante prétention à démystifier ce rouage essentiel de la contrainte dans le système de la paix bourgeoise: « les audiences du tribunal de commerce ont été reprises le vendredi 2 juin. Celles de la Cour d'appel, lundi 5. Celles du tribunal civil, mardi 6. MM. les juges de paix sont à leurs sièges. Le cours de la justice est donc rétabli dans le département de la Seine » (91). Quant à la Cour de cassation, elle trouva bientôt, pour

(88) MARX, *La guerre civile en France*, op. cit., p. 201.
(89) *J. O. Comm.*, pp. 120-124.
(90) *Ibid.*, pp. 122-125.
(91) *J. O. du 7 juin*, p. 1250 dans SIREY, *op. cit.*, p. 51, n° 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

siéger, des locaux tout neufs (92). Il est assez éloquent de noter que, dans le même temps où ces faits venaient démentir l'existence d'une véritable autonomie du juridique (qui englobe le principe de séparation du pouvoir judiciaire des deux autres pouvoirs), c'est au nom de ce principe qu'une loi venait annuler, comme contraires à l'inamovibilité de la magistrature, deux décrets antérieurs qui avaient prononcé la déchéance de magistrats qui s'étaient *politiquement* compromis dans les événements de 1852 (93). Dans ces conditions, on se demande pourquoi les magistrats ne demeurèrent pas juges au-dessus de tout soupçon et de toute intrigue, dans le Paris en révolte contre un ordre — celui de la paix bourgeoise — auquel ils n'auraient été en rien liés!

* * *

La « paix bourgeoise » paraît bien qualifier un système socio-juridique qui commence avec les temps modernes et se prolonge jusqu'à nous. On peut y déceler des points de rupture déterminant des sous-systèmes: l'époque de formation (XVIIe-XVIIIe siècles), celle d'organisation (de la fin du XVIIIe à la fin du XIXe s.), celle des transformations, à partir de la fin du XIXe siècle.

Mais, au fondement du système, point de changement: « Un capitalisme chasse l'autre », titre M. Morazé dans la conclusion à son grand livre sur le XIXe siècle (94). Il a raison; 1871 n'a été qu'une poussée de fièvre, bientôt maîtrisée, de la paix bourgeoise. La Commune a été une révolution populaire, mais une révolution ratée; une parenthèse, glorieuse, exemplaire, utile, généreuse, héroïque, mais rien qu'une parenthèse. Et cependant, lorsque Marx écrivait, de la Commune, « quelle qu'en soit l'issue, nous avons obtenu un nouveau point de départ d'une importance historique universelle » (95), il n'avait pas tort. La foi en la paix bourgeoise a été ébranlée au printemps 1871. L'Europe se trouve désormais

---

(92) Au Palais-Royal: arrêté du 5 août 1871, dans SIREY 1871, *op. cit.*, p. 102.

(93) Décrets des 28 janvier et 3 février 1871, dans SIREY 1871, *op. cit.*, pp. 21-22; annulation des précédents par la L. 25 mars 1871, *eod. loc.*, p. 28.

(94) *Les bourgeois conquérants, op. cit.*, pp. 408 et s.

(95) *Lettres à Kugelman,* 17 avril 1871.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

divisée nettement en deux Internationales: celle qui soutient le peuple de Paris ([96]) et celle qui sauva les bourgeois réfugiés à Versailles ([97]). La paix bourgeoise d'après 1871 ne sera plus celle d'avant, plus jamais aussi calme; mais en tout cas bien vaccinée contre pareille mésaventure (!). Certes, faute de changer les prémisses philosophiques de l'organisation sociale, elle se prolongera jusqu'à nous; mais, les événements aidant, elle a changé peu à peu de visage. Elle l'a fait à tâtons, se maintenant tant bien que mal grâce à la grande diversion bourgeoise que fut la guerre de 1914-18; grâce à la dispersion des forces opposantes de l'Entre-deux-guerres ([98]); grâce aux divers facteurs politiques et économiques qui ont substituée progressivement à la *paix bourgeoise* authentique la *pax americana*.

Et cependant, la ' pax americana ' se trouve, elle aussi, en crise. Tout d'abord, « avec les révolutions sociales, avec la nouvelle idéologie, adieu aux formes de domination bourgeoise, aux institutions, aux mécanismes démagogiques, aux instruments d'exploitation! Mais les peuples doivent attendre de pouvoir le faire... Le prolétariat n'aspire pas à devenir une classe dominante... Il aspire à créer une communauté humaine juste, sans exploiteurs ni exploités. Mais il n'idéalise pas l'homme comme le faisaient les utopistes... Et puisque aucun ordre n'est éternel, la révolution (communiste) a instauré une philosophie qui aspire à créer une véritable égalité entre les hommes » ([99]). Certes, en tant qu'acceptation d'un partage d'influences dans le monde, la coexistence pacifique a donné un regain de vitalité à la ' pax americana '. En ce sens,

---

([96]) *J. O. Comm.*, pp. 227 et s.

([97]) Voir p. ex. les déclarations de Thiers dans SIREY 1871, *op. cit.*, p. 55, note.

([98]) Dans son *Journal de Californie* (Le Seuil 1970), Edgar Morin note que « au cours des années 30-40 se présentait une situation polarisée selon trois termes: fascisme, communisme, démocratie. Chacun de ces termes repoussait les deux autres, mais appelait aussi l'alliance d'un autre contre le troisième... Jamais la politique ne fera quelque progrès tant qu'elle n'aura pas échappé à la pensée alternative... et au binarisme manichéen » (pp. 60-61).

([99]) Fidel CASTRO, « Entretien avec les étudiants de l'Université technique de Santiago-du-Chili », 21 novembre 1971, dans *Granma* (résumé français), 12 décembre 1971, p. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la coexistence pacifique apparaît même comme une variante de la ' paix bourgeoise ' (100).

Par ailleurs, la ' pax americana ' est menacée profondément par un changement des structures mentales. A cet égard, le phénomène (néo-)communautaire, même si, contrairement à l'avis de certains, il ne change pas immédiatement la face du monde, constitue, dans l'histoire de la pensée juridique, et du point de vue de l'origine sociale, l'un des événements les plus importants depuis la récupération, par le rationalisme ' moderne ', pour les besoins de la bourgeoisie précapitaliste, du jusnaturalisme, et sa transformation, par la bourgeoisie conquérante, en système positiviste, fondé sur le légalisme et l'autonomie d'un Droit déifié.

C'est Edgar Morin qui rapporte cette légende, que « les dauphins avaient développé une prodigieuse civilisation au fond des océans, puis ils se sont rendu compte un jour que tout cela était totalement vain. Alors ils ont tout abandonné et sont allés s'amuser dans les mers; ce sont, en somme, des hippies qui ont réussi » (101). De nouvelles structures sociales apparaissent, fondées sur des données radicalement neuves, données très diverses, d'ailleurs, et qui engendrent des types de communautés dont certaines, effectuant un repli sur soi, ne peuvent apporter de solution qu'individuelle, mais dont d'autres, par l'intégration d'un socialisme authentique vécu, préfigurent certainement une organisation sociale future possible. C'est là le point d'opposition fondamental avec celles des expériences communistes qui, misant tout sur la transformation des structures économiques, dont elles escomptaient un changement consécutif dans les mentalités, se sont trouvées devant un échec qui, pour être partiel, n'en est pas moins essentiel. C'est aujour-

---

(100) Lorsque les U.S.A. proposent à l'O.N.U. l'adoption d'une loi sur la répression du « terrorisme international » (projet du 24 sept. 1972; voir *Le Monde* à cette date), que font-ils d'autre que s'efforcer de garantir l'ordre social, économique et politique dont ils se sont faits les champions, en qualifiant d'acte de terrorisme tout fait violent ne relevant pas de la paix légale. Car, pour ce qui est des violences qui leur sont imputables, elles relèvent du légalisme: toute paix a ses croisades. Nous, Français, ne faisions pas la guerre en Algérie: nous accomplissions une mission de pacification contre des bandits pilleurs de banques. Ce que firent les Anglais en Inde, ce que font les Américains chez eux et au Vietnam.

(101) *Journal de Californie*, op. cit., p. 132.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d'hui que la ' paix bourgeoise ' s'effondre. Comme au vieux chêne, son âge avancé lui assure encore une certaine stabilité pendant un temps qu'il est difficile de prévoir. Mais un fait est certain, « le monde est à refaire: tous les spécialistes de son reconditionnement ne l'empêcheront pas. De ceux-là, que je ne veux pas comprendre, mieux vaut n'être pas compris » ([102]).

([102]) R. VANEIGEM, *Traité du savoir-vivre à l'usage des jeunes générations*, Paris (Gallimard), 1968, p. 7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La dimensione giuridica

(lungo l'itinerario della moderna giuspubblicistica)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MASSIMO SEVERO GIANNINI

PROFILI STORICI DELLA SCIENZA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

Nota redazionale

Anticipativo di esigenze e consapevolezze culturali che la scienza giuridica, soprattutto giuspubblicistica, avrebbe intensamente avvertito negli anni '70, questo saggio di Massimo Severo Giannini merita di essere riproposto oggi e in questa sede: oggi che, in Italia, particolarmente dopo recenti indagini, il dibattito è vivo; in questa sede, giacché il saggio gianniniano assume quale filo conduttore e portante del proprio discorso l'intima convinzione della storicità della scientia juris.

Pubblicato nel 1940 e collocato nella sede, illustre ma appartata, degli Annali d'un Ateneo, ha avuto sempre dovizia di citazioni da parte dei giuristi; riproporlo, con una postilla 1973, significa tentar di ricomporre un itinerario, che ha oggi il suo sbocco ma le cui trame si svolgono e si intrecciano negli anni lunghi che ci precedono; di questo itinerario i 'Profili' di Giannini restano un punto fermo.

Siamo grati all'Autore per il consenso alla ristampa e, in modo speciale, per l'arricchimento di una 'postilla 1973', che contribuisce non poco a esaltare, sotto il profilo storico, certi dati.

Siamo grati alla Società Sassarese per le Scienze giuridiche per la liberale autorizzazione a ripubblicare il saggio, originariamente stampato in 'Studi sassaresi', XVIII (1940).

P. G.

1. Chi scriverà la storia critica della scienza giuridica, troverà che verso il principio temporale di questo secolo, cominciò a parlarsi di una crisi del diritto. Ancora non si è d'accordo sul più preciso significato dell'espressione, né tantomeno sull'esattezza dell'idea in essa racchiusa: sotto un dato aspetto, non è un paradosso dire che se il diritto continuamente segue il trasformarsi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della vita associata, esso deve sempre dirsi in crisi. È tuttavia innegabile il fatto che mentre talune scienze giuridiche hanno subito negli ultimi anni delle fortissime trasformazioni, per altre si nota un certo ristagno, che è tanto più sensibile in quelle fra esse nelle quali l'oggetto studiato, cioè quello che si denomina « ramo » del diritto, ha subito invece, per suo conto, trasformazioni molto notevoli: tra queste ultime scienze giuridiche è la scienza del diritto amministrativo.

Per le stesse ragioni d'incertezza, non sembra opportuno parlare di crisi delle scienze giuridiche, piuttosto che di crisi del diritto, come alcuni ritengono. Di conseguenza, evitando di parlare, ai fini che qui interessano in particolare, di crisi della scienza del diritto amministrativo, non ci si può nascondere tuttavia che le accuse rivolte a tale scienza sono state spesso molto forti; anzi taluni, sopratutto in un paese ora vicino, ne hanno predicato perfino un rinnovamento radicale. Effettivamente in tutti i paesi l'azione amministrativa dello Stato è cresciuta di dimensioni, nel senso dell'estensione e della profondità, con movimento che tende a perdurare senza che se ne possa neanche prevedere il termine; e, ciò che più importa, esso ha assunto forme nuove, che infirmano principi, i quali sembravano finora fondamentali. Nel nostro Stato l'assunzione a interessi giuridici degli interessi di categoria, intermedi tra quello privato e quello generale, e per l'innanzi giuridicamente inqualificati, ha fatto sorgere un nuovo ramo del diritto (e una nuova disciplina giuridica), il diritto corporativo, che dall'opinione dominante è considerato come un ramo del diritto amministrativo. Magari quest'opinione sarà discutibile, ma comunque è sintomatica.

Ma nel giudicare intorno al valore attuale della scienza del diritto amministrativo, e intorno alle cause dell'insufficienza di essa nel padroneggiare i nuovi aspetti della vita associata, io credo che si debba andare molto cauti. Fatta prescissione da qualsiasi fenomenologia della scienza giuridica in genere, prima di parlare di rinnovamento, di revisione, di punti morti, è da prospettare l'ipotesi che non si tratti che di una semplice crisi di crescenza: dovrebbe essere infatti di comune conoscenza che questa scienza è una scienza recente. Essa ha avuto i suoi periodi di « elaborazione segreta » e di « divulgazione » nei primi decenni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del secolo scorso (1); e chi rifletta che vi sono altre scienze giuridiche più che millenarie, converrà che con cinque quarti di secolo, una scienza giuridica è ancor giovane. Non ignoro che alcuni affermarono già alla fine del secolo scorso che essa stesse per terminare la sua evoluzione (2); ma questo giudizio appare oggi, più che superficiale, superato dallo stesso corso storico: sarebbe superfluo qui addurre le molte ragioni esistenti, e basterà ricordare che proprio allora per tutte le scienze giuridiche del diritto pubblico era iniziata una fase di profonda revisione, ancor oggi non esaurita.

E allora, per poter avvalorare l'ipotesi, ritengo che il miglior criterio da seguire sia quello di portare l'esame sull'evoluzione storica della nostra scienza: ciò è in fondo un portato della natura stessa di queste specie di giudizi intorno al valore di una scienza in una determinata circostanza di tempo.

Senonché sorge qui una difficoltà pregiudiziale, di altro genere. È noto che vi sono anche altre scienze giuridiche di formazione recente, e anche recenziore rispetto a quella del diritto amministrativo, come p. e. quelle del diritto costituzionale e del diritto processuale civile. Però quando si discorre della giovinezza della scienza del diritto amministrativo, più o meno coscientemente si presuppone un altro fatto, di tale scienza particolare, che è l'asserito recente costituirsi dell'oggetto da essa studiato, ossia il recente costituirsi del diritto amministrativo come ramo del diritto. Questa difficoltà pregiudiziale sarà superata nei limiti più stretti possibili, e in un secondo tempo si delineeranno i profili storico-critici della scienza del diritto amministrativo.

2. Gli ordinamenti giuridici di vaste dimensioni, come quelli statali della Chiesa Romana internazionale, contenendo molta quantità di materia giuridica, potrebbero idealmente dividersi in una serie indefinita di settori, corrispondentemente alle varie materie. Quando alcuno di questi settori comprenda gran numero di istituti, di norme giuridiche e di altri elementi dell'ordinamento,

---

(1) Sono espressioni dell'HAURIOU, *Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif*, Paris², 1893, p. 33.

(2) V. p. e. lo stesso HAURIOU, *op. cit.*, p. 32.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esso costituisce ciò che si denomina un « ramo » del diritto; riconoscere il quale è tanto più agevole, quanto più i vari elementi dell'ordinamento si ordinano in un insieme organicamente membrato (3).

Si può ritenere che i rami del diritto esistono non già solo logicamente, bensì anche realmente, costituendo essi settori di natura meramente strutturale, degli ordinamenti giuridici; non è quindi da approvare l'opinione secondo cui solo per comodità di dottrina o di studio si procederebbe alla separazione dei singoli rami del diritto; l'obiezione che tale separazione infirma l'unità dell'ordinamento giuridico è meramente discorsiva, perché anche il raggruppare i fenomeni della natura in fenomeni riflettenti i minerali, le formazioni della crosta terrestre, i vegetali, ecc., non infirma l'unità della natura. Si può peraltro osservare che la « realtà » di un ramo del diritto è qualche cosa di differente dalla « realtà » di un'assemblea legislativa, di un tribunale, di un contratto, e così via. Ciò in fondo sembra esatto; ma questo punto involge delicatissime questioni, e richiede tuttora di essere approfondito con accuratezza, cosa che qui non può farsi; sia dunque sufficiente l'assunzione pura e semplice dell'idea ora esposta. Costituisce poi un problema a parte l'individuazione e la delimitazione della materia che dà luogo ai singoli rami, come provano le recenti discussioni sul diritto agrario e sui cc. dd. diritto della navigazione, diritto dei traffici, e così via.

Senonché non sempre per un ramo del diritto è sorta e può sorgere un'apposita disciplina, una « scienza del diritto ». Talvolta ciò avviene per ragioni d'imperfezione dottrinale, o in quanto l'elaborazione scientifica non riesce a porre in luce i profili giuridici di istituti della vita associata, com'è il caso della scienza del diritto costituzionale o del diritto tributario; oppure in quanto la forza di qualche tradizione, per lungo tempo pesando, impedisce di riconoscere autonomia a date materie giuridiche, assorbendone lo studio relativo in altre discipline, com'è il caso del

---

(3) L'enunciato dovrebbe essere differente per chi non aderisca alle teorie dell'ordinamento. Non so però quale potrebbe essere, a meno che non ci si accontenti di qualcosa di più empirico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto processuale civile. Normalmente una scienza giuridica sorge con il formarsi di nuovi rami del diritto.

A sua volta un ramo del diritto sorge in primo luogo perché vengono in luce nuove manifestazioni giuridiche della vita associata: così il formarsi di una comunità delle Nazioni, fece nascere o rinascere il diritto internazionale; la navigazione aerea il diritto aeronautico. Talvolta la scienza del diritto precede perfino il conchiudersi di un ramo del diritto, e basti ricordare i notevoli tentativi per fondare un diritto della radioelettricità.

In secondo luogo un ramo del diritto sorge semplicemente per accrescimento della regolamentazione giuridica di una manifestazione della vita associata, com'è il caso del diritto d'autore, del diritto industriale, ecc. Da un punto di vista esterno, fra questo caso e il precedente la differenza è solo di quantità: sorgendo, dall'estendersi dell'attività umana, nuove esigenze di regolamentazione giuridica, questa, attuata, porta qualche cosa di nuovo nel campo del diritto, sia che rifletta campi in istato arretrato, sia che rifletta campi di nuova scoperta. Tanto che talora la separazione tra i due casi ideali è minima: così il diritto commerciale sorse nel periodo intermedio con il fiorire di istituti tipici determinati da nuovo regime dei commerci, insieme sviluppando la disciplina di alcuni istituti già esistenti.

Con ciò non si esclude che i rami del diritto possano essere raggruppati e possano essere configurati talora come diramazioni di rami maggiori, né che esistano scienze giuridiche le quali non corrispondono a rami del diritto, ma hanno scopi sopratutto scientifici o pratici: esse potranno avere un'autonomia sempre relativa e limitata. Come si distinguano in pratica i diversi possibili modi di essere dei rami del diritto e delle scienze giuridiche, è cosa che dà luogo a molte discussioni, tuttora fervidissime, e che esula da questi cenni sommari.

3. Ammettiamo ora, secondo l'opinione comune, che la scienza del diritto amministrativo sorse al principio del secolo scorso. Sorse essa in quanto solo allora si formò un ramo del diritto che potè essere denominato diritto amministrativo, e in tal caso come e perché ciò avvenne? Oppure questo ramo già esi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

steva, e la scienza non potè sorgere prima per imperfezione dottrinale, ossia perché nessun cervello l'aveva pensata?

La dottrina recente è quasi unanime nel primo senso: si rileva che mentre in ogni epoca sono esistiti necessariamente una attività amministrativa e organismi amministrativi, un vero e proprio diritto amministrativo sarebbe sorto solo dopo la rivoluzione francese, cioè con l'instaurarsi degli Stati moderni.

Diversa era però l'opinione della dottrina meno recente: gli scrittori del secolo scorso ritenevano che un diritto amministrativo esistesse fin dai Romani, anzi fin da quando esisté lo Stato, mentre solo la scienza relativa sarebbe sorta al principio di quel secolo. Ancora il nostro Meucci, che fu all'avanguardia della generazione degli amministrativisti dell'Italia restituita, in una bella pagina esponeva come la « riflessione filosofica » relativa alla nostra scienza non era stata fino ad allora « adulta abbastanza » (4). Tale pensiero si trova specialmente nella dottrina francese, la quale, con quella sua forma, talora tanto curiosa, di sciovinismo giuridico, nelle sue prime opere pose in risalto come la Francia avesse preceduto tutte le nazioni civili nella istituzione di organismi amministrativi accentrati — si rifletta che allora ciò poteva essere

(4) MEUCCI, *Instituzioni di diritto amministrativo*, Torino[3], 1892, p. 10 « La scienza del diritto amministrativo comincia solo allora che gli istituti stessi sono animati da principi dedotti dalla natura stessa dell'uomo e della società; e ciò avviene quando nello spirito di un popolo nasce e vige l'opera della riflessione filosofica e questa si applica a' rapporti della vita sociale. Allora appunto sorge un vero diritto pubblico, fondato principalmente sul concetto dello Stato e de' suoi naturali rapporti co' cittadini. Ma perchè poi lo studio del diritto pubblico si volga separatamente all'amministrazione, è necessario che si formi innanzi agli occhi del giureconsulto un modello reale di Stato nel quale la distinzione di poteri, di ordini, di uffici da un lato, e di libertà costituzionali dall'altro facciano nascere quistioni, indagini e rapporti che richiamino, per la loro importanza, l'attenzione sua.

Ora siccome nella società romana codesta riflessione filosofica non fu adulta abbastanza in nessuna epoca sua, né mai si potè formare l'adeguata idea dello Stato, né della persona individua, né de' razionali loro rapporti e distinzioni, vero e compiuto diritto scientifico dell'amministrazione non si potè avere, anzi neppure in generale alcun proprio diritto pubblico ». E prosegue mostrando come sempre per mancanza di siffatta « riflessione filosofica », neppure nelle epoche successive potè sorgere uno studio « sistematico e separato » del diritto amministrativo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

valutato come altissimo merito, in quanto significava lotta al feudo, sistema tipicamente disgregatore — e, che se non proprio ai Romani, o forse perché persosi in cammino, il diritto amministrativo risaliva almeno al 25 maggio 1413, quando Carlo VI riordinò tutta l'organizzazione interna, dalla Camera dei conti alle foreste, dalla milizia ai prevosti baglivi e siniscalchi. Che specialmente l'antico Consiglio di Stato (conseil du Roi), con la sua giurisprudenza aveva anticipato la futura giurisprudenza amministrativa che avrebbe formato la gloria del Consiglio di Stato degli imperi e repubbliche che nel secolo scorso ivi si susseguirono. E che infine, quando Macarel nel 1818 pubblicava gli « Eléments de jurisprudence administrative », la « science du contentieux administratif » che egli voleva rivelare — poi ne fu considerato il fondatore — era, sì, una cosa nuova, ma in ciò l'autore si riallacciava a una tradizione di studiosi del pubblico potere, che contava autori un tempo celebri, come Loyseau, Delamare, Bacquet, Domat, e che discendeva nientedimeno dal Bodin (5).

Insomma né gli ordinamenti della Rivoluzione francese, né l'opera dei tre patriarchi del diritto amministrativo francese, Macarel, De Gérando, Cormenin, parve, almeno ai contemporanei, segnasse una così netta cesura tra i due periodi, come comporterebbe l'opinione oggi sostenuta.

Tralasciando per ora la scienza, per quanto riguarda gli istituti si deve convenire con tale antica opinione almeno in questo, e cioè che dal punto di vista della quantità, cioè del numero, della vastità e intensità di azione delle istituzioni amministrative, chi osservi il divenire degli Stati dallo schiudersi dell'età moderna, cioè dai trattati di Westfalia, a oggi, rileva un'espansione via via crescente, fino alle odierne organizzazioni che ci paiono gigantesche, e che sono forse destinate ad essere superate. Ora lo stabilirsi degli istituti dello Stato liberale segnò senza dubbio una

(5) Su questi insistono molto tutti i giuristi francesi, specie gli storici. In particolare sull'antico Conseil du Roi (o Conseil d'Etat) e sulla giurisprudenza di esso, v. AUCOC, *Le Conseil d'Etat avant et depuis 1779*, Paris, 1886; LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, Paris², 1896, I, pp. 139 ss. Occorre notare che sul Conseil du Roi erano apparsi anche numerosi studi di autori contemporanei, e vi erano state raccolte private di arrêts e di giurisprudenza; ampie notizie su tutto questo dà l'AUCOC, *op. cit.*, pp. 9 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

data da cui tale espansione si accelerò con ritmo più rapido, ma non tale da scindere — s'intende sempre per quanto concerne la quantità — i due periodi che essa separa. Per limitarsi all'Italia, basti ricordare le complesse istituzioni della repubblica veneta e del viceregno lombardo, alcune delle quali furono meritamente famose.

Ove pertanto voglia sostenersi che tali due periodi vanno invece scissi, ci si deve fondare su ragioni più profonde, di natura e di qualità. Già il nostro Garelli diceva nel 1872: « I governi liberi sono ancora recenti, e il diritto amministrativo non poteva spiegarsi nel suo razionale concetto, finché dall'ordine naturale della libertà non sorgessero le giuste nozioni del cittadino e dello Stato » (6). Proprio la rivoluzione francese avrebbe segnato l'instaurazione di siffatto ordine naturale, permettendo il sorgere delle connesse nozioni. L'opinione fu traslata in termini giuridici dalla dottrina amministrativistica classica, soprattutto nei paesi germanici: O. Mayer in primo luogo, e poi, l'Anschütz, il Fleiner, lo Jellinek W., e altri minori, con sviluppi parzialmente diversi, ritennero che il diritto amministrativo allora potè sorgere quando si instaurarono lo Stato di diritto (o costituzionale) e la divisione dei poteri. Contemporaneamente da noi, con l'Orlando, questa opinione divenne quasi di comune dominio.

È tuttavia assai dubbio operare con concetti tanto incerti quanto quelli di divisione nei poteri, e, più ancora, di Stato di diritto.

È noto che intorno alla nozione di Stato di diritto la dottrina ferve da quasi un secolo. S'intende che per coloro i quali negano si tratti di una nozione giuridica o giuridicamente utile (Raggi, Caristia, Kelsen, Höhn, ecc.), il problema qui discusso neanche sorge. L'opinione dominante, quella secondo cui lo Stato di diritto sarebbe caratterizzato dal fatto che i rapporti tra Stato e sudditi sono giuridicamente disciplinati, oltre a essere imprecisa, è per i nostri scopi praticamente inutile: anche nello Stato di polizia tali rapporti sono giuridicamente disciplinati, nel senso che ai pubblici poteri spettano delle potestà, e i soggetti sono in uno stato permanente e istituzionale di soggezione (qui non inte-

(6) GARELLI, *Il diritto amministrativo italiano*, Torino 4, 1872, intr. 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ressa esaminare più in particolare come ciò avveniva: vi furono forse Stati in cui, entro i limiti di un gruppo costituito di materie, si ebbe un unico generale rapporto, di potestà da un lato, di soggezione dall'altro). Lo Stato detto « di diritto » altro non sarebbe allora, correggendo la tesi, che quello Stato in cui ai rapporti potestà-soggezione sono sostituiti rapporti diritto-dovere o dovere-diritto; ciò che però non elimina l'esistenza dei rapporti potestà-soggezione, ma solo la riduce. Comunque non si comprende come ciò determini il sorgere di un diritto amministrativo, dato che i diritti e doveri dell'amministrazione corrispondenti ai doveri e diritti degli amministrati, potrebbero essere quelli sorgenti da atti dell'autonomia privata, mediante i quali l'autorità potrebbe agire: non è infatti in nessun modo contenuta nella formula « Stato di diritto » l'esigenza che tali diritti e doveri siano di specie e figura a sè stante, tali cioè da farli ricomprendere in un particolare ramo del diritto, che sarebbe, nel caso, il diritto amministrativo.

Infine, data la possibilità del perdurare di rapporti potestà-soggezione anche nello Stato di diritto, una volta che la caratteristica di questo Stato si faccia risiedere nell'esistenza di rapporti diritto-dovere, si deve ammettere che con ciò si pone una differenza solo di quantità dallo Stato non di diritto, potendo i rapporti potestà-soggezione assumere un'ampiezza notevole, talvolta fino prevalente, rispetto ai rapporti diritto-dovere. In questo caso ov'è il punto di separazione tra le due specie di Stato, e con quale unità di misura si computa la quantità dei tipi di rapporti esistenti in un ordinamento positivo? Né si vede perché lo Stato di polizia non sarebbe Stato di diritto, una volta che anche in esso esistevano rapporti di diritto-dovere. Questo poi significherebbe che potrebbe esservi un diritto amministrativo per metà o per un terzo, o per un quinto, e così via. Da tuttociò risulta l'inanità della formula intesa in questo senso.

Ove per Stato di diritto s'intenda quello in cui l'attività amministrativa dev'essere conforme alla legge, ossia quello in cui l'amministrazione non può fare più o diversamente di quanto prescrivano le leggi (Gesetzmässigkeit der Verwaltung), si osserverà che non è detto che le leggi debbano per forza « prescrivere ». Possono anche semplicemente permettere di agire in una sfera di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

autonomia, p. e. negoziale privata, gli atti della quale possono essere innominati. Né con ciò viene meno la tutela degli interessi privati e tutti quei benefici e pregi che si assicurano riconnessi da quest'opinione allo Stato di diritto, come insegna il caso della Gran Bretagna, la cui amministrazione, com'è noto, agiva e in parte ancora agisce secondo norme di diritto comune o di diritto privato speciale. In questo, e nel caso precedente, si è creduto che eliminando o riducendo il potere discrezionale, talora amplissimo, connesso all'esercizio delle potestà statali, mediante, atti da cui si fanno sorgere diritti e doveri, o con altri accorgimenti, e quindi eliminando e riducendo la nuda soggezione dell'amministrato si entrasse nella giuridicità, che prima sarebbe mancata; una retta impostazione della materia mostra come in tal modo si cade in un errore prospettico.

Ma, si può dire, nello Stato non di diritto, l'amministrazione, imponendo obblighi non regolati dalla legge, viene a sostituirsi al legislatore, almeno nei casi concreti. Ciò che è vero, e ancor più lo è ove si pensi che in alcuni Stati l'amministrazione poteva perfino procedere sospendendo la legge. Senonché tuttociò sembra possa esprimersi più semplicemente ricorrendo alla divisione dei poteri, nel senso che poi si dirà. Ad ogni modo non potrebbe ravvisarsi in questi particolari meramente negativi la sostanza dello Stato di diritto.

Se mai tali particolari potrebbero essere considerati come un aspetto negativo della caratteristica di quella specie di Stato in cui la potestà governativa è ripartita fra più organi costituzionali (mediante norme le quali possono essere fatte osservare in vario modo), sì che l'azione di ogni organo è circoscritta. Questa specie di Stato è denominata Stato costituzionale, benché in fondo lo Stato costituzionale vero e proprio non ne sia che un tipo. Qui gli organi esecutivi, sia quelli costituzionali che quelli dipendenti, non possono dipartirsi dalle funzioni e dalle materie loro assegnate dalla legge. E infatti alcuni autori più recenti hanno precisato, nella formula Stato di diritto, quella di Stato costituzionale, per fondarvi l'esistenza del diritto amministrativo (7). In

(7) JELLINEK W., *Verwaltungsrecht*, Berlin[3], 1931, p. 88; ma sopratutto FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht*, Tübingen[8], 1928, p. 35.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fondo però questa verrebbe a fondarsi non sull'essere lo Stato uno Stato costituzionale, ma sul principio della divisione dei poteri, onde se ne dirà fra poco.

Infine vi è tutto un gruppo di opinioni relative alla sostanza dello Stato di diritto le quali hanno scarso interesse per chi voglia rendersi conto dell'affermazione che lo Stato di diritto comporta l'esistenza di un diritto amministrativo, in quanto esse assumono, a caratterizzare la sostanza stessa dello Stato di diritto, proprio un fattore di diritto amministrativo: così per il Bernatzik lo Stato di diritto è quello in cui l'atto dell'esecutivo ha forza di diritto (o meglio ha una materielle Rechtskraft); per O. Mayer solo lo Stato di diritto può avere una Ordnung dell'attività amministrativa; per il D'Alessio e per molti altri, se pure con sviluppi diversi, è tale lo Stato ov'esiste un sistema di giustizia amministrativa; per altri tale specie di Stato ha parecchi segni riconoscitivi di simile genere (8).

A parte la discutibilità di tutte queste opinioni, per quanto riguarda il punto che c'interessa, basti rilevare che in esse resta sottintesa, come presupposto fondamentale, quest'idea: che lo Stato di diritto è quello in cui vi è un diritto amministrativo. Se l'idea sia giusta o falsa, non spetta a noi decidere, dato che non c'interessa stabilire l'eventuale concetto di Stato di diritto. Col nostro interrogativo si chiedeva perché lo Stato di diritto comporti l'esistenza di un diritto amministrativo. Fra le innumerevoli teorie sull'argomento, ne abbiamo trovate e analizzate al-

---

(8) V. rispettivamente BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien, 1886, p. 129; MAYER O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, München Leipzig ³, 1924, I, p. 58: « Der Rechtsstaat ist der Staat des wohlgeordneten Verwaltungsrechts » (su cui v. però le osservazioni fondamentali del MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien Berlin, 1927, p. 75); D'ALESSIO, *Dalla dichiarazione dei diritti dell'uomo al moderno Stato di diritto*, Roma, 1915, p. 129 (quest'ultima opinione risale al GNEIST, *Der Rechtsstaat*, Berlin, 1872, p. 162 ss., che divenne poi, nella success. ediz. (1879) « *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland* ») e trova larghi consensi: FLEINER, *op. cit.*, pp. 40 e 16; THOMA, *Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft*, *J. ö R.*, 1910 (IV), p. 196; HERRNRITT, *Oestereichische Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1925, p. 139; per l'ultima opinione, v. SCHMITT, *Verfassungslehre*, München Leipzig, 1928, p. 125 ss., e infine lo stesso D'ALESSIO, *Lo Stato fascista come Stato di diritto*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Padova, 1940, I, p. 493 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cune che affrontavano tale punto, ma esse sono risultate inesatte o insufficienti; poi ne abbiamo trovate altre, che, identificando senz'altro i due termini dell'interrogativo, lo superano, ma non lo spiegano, perché non mostrando l'intima connessione che corre tra i due termini stessi, possono valere, sempre che l'idea di fondo sia giusta, al massimo come constatazione del loro coesistere (9).

A mia conoscenza una sola delle tesi proposte sembra superi il problema mediante un'ingegnosa sistemazione concettuale, ed è quella del Merkl. Ma per altre ragioni, giova rimandarne l'esame più in là, e qui cercare brevemente se sia l'instaurarsi del principio della divisione dei poteri ad aver determinato il sorgere del diritto amministrativo.

Anche intorno a questo principio vi è una controversia secolare; ai fini che qui interessano, osservo che la formula « divisione dei poteri » nella sua nuda locuzione, è certamente infelice, perché esprime quelche cosa di statico e di negativo: uno star diviso. Se l'ordinamento di uno Stato non si ispirasse ad altro che a questa formula, disgraziato tale Stato, che non potrebbe in nessun modo funzionare. Invero anche concettualmente la formula è nuda e povera, e se talora le si attribuì un valore positivo e costruttivo, ciò è dovuto al fatto che al di là di essa vi era una relazione positiva, un principio attivo: non espresso nella formula, esso è stato in concreto via via diverso negli ultimi due secoli. Per cui, applicandosi la formula a modi di essere giuridicamente differenti, ne è risultato sempre, per successive fratture, un detrimento del significato che essa assumeva via via che variava il principio attivo retrostante, ciò che sempre

---

(9) Il BODDA che nell'opera *Lo Stato di diritto*, Milano, 1935, ha prodotto la più elaborata fra le recenti ricerche sul concetto di Stato di diritto, non contempla il problema nel testo enunciato. Ma pare che la sua tesi possa ascriversi nell'ultimo gruppo, poiché, ove si ponga, com'egli fa, quale caratteristica dello Stato di diritto l'esistenza dei diritti pubblici soggettivi, si viene a presupporre l'esistenza del diritto amministrativo. Ove ciò fosse esatto, sarebbe indicata anche una traccia, in quanto che per realizzare tali diritti, lo Stato dovrebbe assumere appunto le specie dello Stato di diritto, attuando un diritto amministrativo. Il fatto è che i diritti pubblici (soggettivi) sembrano un posterius rispetto all'instaurazione dello Stato moderno, e che inoltre ricorrendo a tale concetto, si finisce a Cariddi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è andato a scapito della chiarezza della formula stessa ([10]). Tutta questa materia sarebbe molto interessante, ma è fuori del nostro tema: in rapporto agli ordinamenti dello Stato liberale, instaurati nel continente sugli archetipi virtuali portati dalla rivoluzione francese, la formula ha avuto un duplice valore: uno storico e uno positivo. Storicamente essa esprimeva la cessazione dell'intervento dei poteri giurisdizionali nella funzione legislativa (registrazione, interpretazione autoritativa, ecc.), e nell'esecutiva (esecuzione forzosa di ordini, riconoscimento della forza esecutiva di atti dell'amministrazione), e, sopratutto, dei poteri amministrativi nella funzione legislativa, intervento che nel precedente Stato di polizia si attuava mediante atti di autorità amministrative, di contenuto indipendente dalle leggi o anche ad esse contrario: cosa di particolare valore ove si trattasse di leggi attributive di diritti ai privati ([11]). Per il diritto positivo instaurato significava molte cose, ma, per quanto qui ci interessa, esprimeva l'introduzione del principio di legalità nell'esercizio dell'azione amministrativa: secondo tale principio l'azione amministrativa può estrinsecarsi solo con quei poteri esplicitamente attribuiti dalla legge oppure compresi implicitamente in una sfera di autonomia riconosciuta dalla legge, salvi i diritti e i poteri attribuiti, esplicitamente o implicitamente, agli amministrati, i quali, per loro parte, possono far valere diversi rimedi contro l'amministrazione.

La sfera di autonomia riconosciuta all'amministrazione, di cui ora si è detto, può essere quella detta « autonomia privata » dai soggetti che tipicamente ne sono investiti; oppure una sfera analoga, nel senso che essa comprende atti concettualmente e funzionalmente identici a quelli dell'autonomia privata, ma strut-

---

([10]) Quanto si dice nel testo emerge in modo luminoso da uno dei recenti scritti di L. Rossi, *Analisi della divisione dei poteri*, *R. d. p.*, 1939, I, ora rist. in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1939, p. 45 ss., in cui, partendosi dalla formula nel suo immediato significato derivante dalla connessione delle parole, si mostra come il principio relativo sia realizzato più o meno in ordine a vari termini concreti. Senonché a me par dubbio che tale principio abbia significato o significhi solo quello che valgono le parole con cui è espresso (v. anche Schmitt C., *Verfassungslehre*, p. 182 ss.).

([11]) Mayer O., *Theorie des französischen Verwaltungsrecht*, Strassburg, 1886, p. 87 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

turalmente un po' differenti (p. e. per il rilievo dei motivi); oppure può essere una sfera che comprende atti tipici propri, ma di struttura e natura tipicamente privata; oppure può presentare caratteri misti. Esula peraltro dai nostri compiti illustrare questo principio, bastando solo mostrare che esso non implica affatto l'altro principio che l'attività amministrativa sia, quanto al modo, un'attuazione di legge, ossia, possa estrinsecarsi solo o sopratutto con atti amministrativi, nominati o innominati. Quest'ultimo principio, con varia accezione, domina oggi nelle legislazioni europee continentali: in esse le leggi prevedono e disciplinano minutamente gli atti dell'amministrazione, determinandone gli elementi, e alcuni di tali atti, per loro speciali caratteristiche, costituiscono una categoria tipica di atti giuridici, che è appunto quella degli atti amministrativi ([12]).

Perciò il principio della divisione dei poteri, di per sè stesso, non conduce direttamente all'esistenza di un diritto amministrativo; ricorrendo ad alcuno dei principi attivi che dietro di esso stanno, potrebbesi, pare, giungere a sostenere anche questa tesi; ma in ultima analisi ciò deriverebbe non dal principio della divisione, ma dal principio attivo retrostante; tuttavia non conosciamo alcuna seria dottrina ove ciò si dimostri. Anche il fatto che la divisione dei poteri importi la molto impropriamente detta difesa giurisdizionale contro le lesioni dei diritti e interessi degli amministrati, compiute dall'amministrazione, non è tale da alterare quanto si è detto; se infatti l'attività amministrativa si esplichi con atti propri del diritto privato, o con atti strutturalmente analoghi, tale difesa sarebbe identica a quella che esisterebbe nel caso che la lesione — sempre per rimanere in quest'ordine di concetti — provenga da un altro soggetto diverso dallo Stato o dall'organo di esso. Il principio della divisione ha perciò una forza molto minore di quanto appare; peraltro l'essere il potere esecutivo separato dagli altri, o meglio il fatto che la funzione esecutiva sia attribuita, istituzionalmente e in via principale, a un gruppo determinato di organi, costituisce uno dei presupposti

([12]) Al secondo principio avevo accennato un po' più ampiamente nella mia, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, sp. 264.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fondamentali per l'esistenza di un diritto della amministrazione il quale abbia propria fisionomia e individualità. Presupposto necessario, ma sempre *presupposto*, ossia non *causa determinante*.

Concludendo, i dati della dottrina comune, che il diritto amministrativo sorga per via dell'instaurazione dello Stato di diritto e della divisione dei poteri, appaiono poco concludenti: il primo non spiega; il secondo si riduce a un mero presupposto, a una condizione che rende possibile, ma non fa necessariamente sorgere il diritto amministrativo: infatti se l'amministrazione non fosse distinta dagli altri poteri dello Stato, non potrebbe esistere un diritto di lei proprio; non è detto peraltro che, una volta tale distinzione attuata, necessariamente sorga un diritto amministrativo: esso può anche non sorgere, e l'amministrazione restar regolata da altro diritto, privato o pubblico.

Percependo questo punto, se pur non esprimendolo, due autori italiani, in tempi recenti, hanno battuto una via più aderente alla realtà storica, e hanno indicato la ragione del sorgere del diritto amministrativo nel materiale costituirsi di una disciplina, propria particolare e pubblicistica, dei rapporti amministrativi. Osserva il Romano che possono esistere Stati i quali non hanno diritto amministrativo, pur avendo organismi amministrativi molto sviluppati, in quanto questi sottostanno alle norme del diritto comune, e non alle norme di un ramo del diritto pubblico che rifletta l'amministrazione in modo specifico. Tipico fra gli Stati senza diritto amministrativo ma con amministrazioni molto sviluppate, sarebbe l'Inghilterra [13]. Lo Zanobini, con maggior complessità, pone due condizioni per l'esistenza di un diritto amministrativo [14]: che l'attività amministrativa sia regolata da « norme giuridiche esteriormente obbligatorie », e che tali norme abbiano particolare individualità, ossia non siano norme del diritto comune. La prima esigenza — norme esteriormente obbligatorie sta a significare norme giuridiche c. d. in senso stretto, ossia disposizioni non interne, in luogo delle disposizioni interne che si avevano in forme di Stato precedenti — si sostanzia nella divi-

---

[13] ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova[3], 1937, p. 9.

[14] ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, I[2], 1938, p. 18 ss. Si veda anche la nota 29, per alcuni spunti che si trovano nella dottrina francese.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sione dei poteri; e se non formalmente, nella sostanza ci pare che l'affermazione concordi con quanto si diceva poco fà, che la divisione dei poteri costituisce un mero presupposto per l'esistenza del diritto amministrativo. Questo in realtà sorge solo ove si avveri la seconda esigenza.

I criteri proposti da questi due autori sembrerebbero oltre tutto di semplice applicazione, perché esaminando i modi di essere storici dei singoli ordinamenti positivi, non dovrebbe riuscir difficile attraverso mere constatazioni riconoscere quei periodi in cui la materia concernente le pubbliche amministrazioni è disciplinata da norme di propria individualità, periodi in cui appunto si formerebbe un diritto amministrativo.

4. Se tuttavia si proceda a indagare intorno all'evoluzione dei modi di essere della attività amministrativa, si trova che la cosa non è tanto semplice, onde l'assunto degli autori ora detti non sempre risulta applicabile.

E qui sarò breve, anche per l'oscurità dell'argomento. Tralasciamo pure l'antichità, perché sull'ordinamento e il funzionamento delle amministrazioni romane non vi sono fino a oggi che dispute di storici, e quasi nessuna ricostruzione dogmatica. Fissiamo, come si opina oggi, l'inizio del medioevo ai Carolingi. Gli autori germanici, quasi concordemente sulle orme del Mayer O., dividono lo sviluppo storico di quanto concerne gli organismi dell'amministrazione — non si può infatti ancora dire del diritto amministrativo — in tre periodi ([15]). Il primo sarebbe quel periodo che da ultimo è stato denominato dello Stato giurisdizionale, e da prima si diceva dei « diritti signoriali territoriali »; il secondo sarebbe il periodo dello Stato di polizia; il terzo il periodo moderno, detto, come si è prima ricordato, dello Stato di diritto. La classificazione è valida più che altro per la Germania; per l'Italia dovrebbe essere più complessa, non solo perché il primo di questi periodi sembra vada scisso in più fasi, ma sopra-

([15]) In generale v. MAYER O., *Deut. Verwaltungsrecht*, p. 27; FLEINER, *op. cit.*, p. 29; JELLINEK, *op. cit.*, p. 86); HERRNRITT, *Grundlehre des Verwaltungsrechtes*, Tübingen, 1921, p. 38 ss., ove ampie indicazioni.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tutto perché ogni lembo del nostro territorio ebbe differenti sviluppi, fra i quali non è possibile determinare, come invece per la Germania, neanche a grandi linee, una contemporaneità cronologica. Tuttavia tale classificazione generale è, nella sua semplicità, molto adatta ai nostri fini ([16]).

Nel periodo dello Stato giurisdizionale, le potestà pubbliche erano ripartite tra molteplici autorità territoriali, variamente collegate tra loro, a ognuna delle quali era attribuito un certo numero di diritti signoriali, connessi direttamente alla funzione; di modo che questa poteva attuarsi solo con l'esercizio di uno di essi. La distribuzione dei diritti signoriali non era uniforme, ma variava secondo l'importanza dell'autorità; inoltre i vari diritti erano ordinati quasi gerarchicamente, e raggruppati in una catalogazione, col tempo divenuta molto minuta. Di fronte ai diritti dell'autorità stavano i diritti degli amministrati, dei quali la più importante categoria era costituita da quei diritti che non potevano in alcun modo venir meno, e che dicevansi « jura quaesita »; le liti tra le autorità e gli amministrati in relazione ai vari diritti e doveri erano decise dalle autorità giudiziarie ordinarie o anche con competenza speciale; nel S. R. I. fu istituito nel 1495 un tribunale supremo per tutte queste controversie, che fu il Reichskammergericht.

In questo periodo la materia amministrativa è configurata sugli schemi del diritto privato; tuttavia l'intrinseca posizione del diritto privato era, in questi ordinamenti, profondamente diversa da quella che è negli ordinamenti attuali, nel senso che non esisteva la distinzione tra diritto pubblico e privato, e la stessa costituzione dello Stato era disciplinata dalle regole di questo diritto unico, di struttura privatistica.

Scomparsa la distinzione fondamentale tra i rami del diritto, essa doveva riapparire nel ramo unico, in corrispondenza delle materie che vi rientravano. E di fatti vediamo lo jus feudorum, lo jus fisci, lo jus municipale, e perfino, più tardi, uno jus pu-

---

([16]) Vi è inoltre anche il fatto che gli storici e gli amministrativisti tedeschi hanno studiato anche dogmaticamente le istituzioni di questi periodi, mentre gli storici del diritto italiani hanno in genere scarsamente studiato questa materia, oppure ottengono risultati per noi di scarso interesse.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blicum (concetto differentissimo da quello degli ordinamenti odierni).

In questo periodo dunque l'assunto del Romano e dello Zanobini, non tanto è di difficile applicazione, quanto addirittura superato, perché tutta la materia riflettente lo Stato, e quindi non solo quella amministrativa, è retta da norme di stampo privatistico; perché anzi lo stesso ordinamento configura la sfera che lo concerne come una sfera conformata strutturalmente come quella dell'autonomia privata; perché neanche esiste, nel frazionamento della potestà statale in potestà territoriali subordinate rilevanti fra loro, una amministrazione pubblica come organizzazione propria, pur esistendo organismi con funzioni amministrative.

Nello Stato di polizia, a differenza da quello del periodo precedente, esiste un'organizzazione amministrativa centrale, talora anche molto forte, come nel Regno di Francia: anzi in alcuni di tali Stati vi è la tendenza a un accentramento sempre maggiore. Appoggiata a saldi fondamenti filosofici e politici, la costituzione loro riposa sul postulato che essendo funzione precipua del principe la cura del bene comune, egli deve necessariamente avere i più ampi poteri: da ciò deriva il principio generale di diritto, fondamentale in questa forma di Stato, che la somma potestà del sovrano può far venir meno, cioè sospendere far perdere o estinguere qualsiasi diritto dei sudditi, o far cessare qualsiasi attività che essi svolgano, anche se giuridicamente non qualificata ([17]). Dalla denominazione di jus politiae, attribuita alla somma potestà relativa, che esisteva in forma limitata anche nello Stato

---

([17]) Peraltro la sfera lasciata ai privati poteva essere anche praticamente molto ampia. È noto p. e. che Federico II di Prussia lasciò quasi completa libertà di stampa, di associazione, ecc. Giuridicamente però non esistevano dei corrispondenti diritti dei cittadini, come invece accadrà nello Stato liberale (da ultimo v. in proposito, LUCATELLO, *Profilo giuridico dello Stato totalitario*, estr. dagli *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Padova, 1939). Un'opera d'insieme, di carattere giuridico, sullo Stato di polizia, non esiste neanche nella letteratura germanica. Vi sono varie « storie » dell'amministrazione nei singoli Stati: v. p. e. TEZNER, in *Grünhuts Zs.*, voll. 24°, 25°, 29° (1897, 1898, 1902); WOLZENDORFF, *Aufklärung und Polizeistaat, Zs. Staats Wiss.*, 1916 (72°), p. 493 ss. Utili riferimenti allo stato di polizia e a quello giurisdizionale trovansi nelle varie opere sul Reichskammergericht, specie in quella più nota dello SMEND.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giurisdizionale, trasse il nome di Stato di polizia. Gli istituti amministrativi, posti alle dipendenze dirette del principe, svolgevano attività regolata da ordini di servizio e anche da norme, le quali però erano norme direttive, nella maggior parte dei casi di carattere interno, non vincolanti per chi le emanava, e talora derogabili anche dalle autorità subordinate. La loro osservanza non poteva esser richiesta dagli amministrati, e della loro violazione nessun tribunale era competente a decidere.

Si comprende come ciò dava luogo ad un diritto che più non poteva dirsi di stampo privatistico; ma d'altra parte l'azione dello Stato non sempre poteva o era opportuno che si esplicasse in questa forma. Da ciò uno sdoppiamento di essa in azione disciplinata dal diritto pubblico e in azione disciplinata dal diritto privato; quest'ultima faceva capo alla persona giuridica privata del Fisco, la quale, come pare, era essa stessa suddita di fronte alla persona giuridica pubblica o al sovrano. Vi erano poi materie disciplinate da norme speciali, come, per lo più, le acque, le foreste, la moneta, la navigazione, ecc., per le quali esistevano numerose giurisdizioni speciali. Si aggiunga infine che nel seno dello Stato era attribuita potestà normativa subordinata ai signori territoriali e ai municipi, ed anche qui quasi sempre esistevano giurisdizioni speciali.

Il quadro giuridico dell'attività amministrativa nello Stato di polizia, contrariamente a quello che si crede, è dunque piuttosto complesso. Per una parte tale attività è certo disciplinata da norme di diritto privato, ciò che culmina nell'amministrazione fiscale. Ma anche qui vi sono materie, come quelle concernenti i tributi, i demani (nel senso lato allora in uso), ecc., rette da gruppi omogenei di norme speciali di diritto sostanziale e processuale, onde nulla impedisce di ritenere che in questi casi si dovesse parlare di vero e proprio ramo (o di più rami) del diritto, di stampo privatistico e di carattere speciale. A maggior ragione un ramo del diritto (o più rami) doveva concernere alcune materie che, senza rientrare nella « polizia », non erano però disciplinate privatisticamente. Si discusse anche se esistesse un particolare ramo del diritto concernente la polizia, come fra poco si vedrà meglio [18].

[18] V. avanti, testo e nt. p. 211 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sicuramente esso esistette per il diritto municipale. Per il resto, le materie rientravano nel diritto pubblico, tuttora indifferenziato.

Si rileverà allora come in questo periodo manca un diritto che rifletta l'amministrazione in modo specifico: le norme giuridiche che gli organismi amministrativi contemplano, sono o norme di diritto privato o norme di diritto pubblico, le quali tuttavia ancora non possono raggrupparsi in un ramo minore di esso, che possa dirsi diritto amministrativo, bensì talora costituiscono altri rami, diversi dal diritto amministrativo, riflettenti determinate materie, le quali oggi noi facciamo rientrare nel diritto amministrativo, ma che allora non potevano costituire un'unità, mancando appunto il concetto e l'istituto giuridico della pubblica amministrazione, a causa della non separazione di essa dagli altri poteri statali. L'assunto di cui prima resta ancora qui superato dal fatto dell'esistenza di rami del diritto riflettenti materie amministrative, ma diversi dal diritto amministrativo, dal diritto privato e comune, e distinti dallo stesso diritto pubblico dello Stato.

Dai risultati dell'analisi di questi due periodi, risulta confermato che il fatto della divisione dei poteri, inteso semplicemente come concreta separazione tra i singoli poteri dello Stato, è un presupposto perché esista un diritto amministrativo.

L'analisi del terzo periodo porta a risultati anche molto notevoli: tracciare le linee generali degli ordinamenti statali di questo tempo, è superfluo, essendo essi universalmente noti. Considerati sotto l'aspetto del diritto che disciplina l'attività amministrativa, si rivelano due cose: 1°) che la distinzione dell'amministrazione dagli altri poteri, talora non si esprime nell'ordine costituzionale, né formale, né materiale, benché nella struttura delle organizzazioni statali vi siano organismi amministrativi con caratteri e fisionomie completamenti propri, e organicamente connessi: negli ordinamenti statali in cui ciò avviene può esistere quindi un diritto amministrativo, anche se gli ordinamenti stessi non hanno ancora la forma dello Stato costituzionale (o moderno, come allora si diceva); 2°) che anche esistendo la separazione dell'amministrazione dagli altri poteri, non sempre esiste un diritto dell'amministrazione: è quest'ultimo, come si è visto, il rilievo chiaramente messo in evidenza dallo Zanobini e dal Romano. Giova ora esaminare ambedue i punti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Come ben osservano alcuni storici del diritto, fin dalla metà del sec. XVII, in molti Stati, specie italiani e germanici, era avvenuto che le forme, di per sè molto dure, dello Stato di polizia, si erano attenuate, l'amministrazione paternalista cedendo ad amministrazioni più vincolate, le attività di polizia assumendo forme più blande. Dopo la rivoluzione francese, sempre soprattutto nei medesimi Stati, con l'avvento delle restaurazioni, avvenne qualche cosa di più, nel senso che le istituzioni francesi, respinte nel diritto costituzionale, furono spesso accolte nelle strutture dell'amministrazione.

Si consideri a questo proposito la situazione degli Stati italiani anteriori all'unificazione: i figurini francesi sono ripresi nella struttura generale dell'amministrazione in modo più o meno pieno: quasi dovunque si ebbe un'amministrazione centrale, ripartita in più ministeri, e organizzazioni locali, del tipo della provincia. Intorno all'amministrazione centrale gravitavano poi altri organi, come sarebbero oggi la Corte dei conti, il Consiglio di Stato (come organo consultivo), ecc. Un certo sviluppo prese anche quella che si diceva fino a poco fà attività sociale dell'amministrazione, in cui noi vantavamo in genere ricche tradizioni, e talora dei primati. In sostanza peraltro alcuni Stati tornarono alla forma generica dello Stato di polizia, come il Regno Lombardo-Veneto, il ducato di Modena, il Piemonte fino a Carlo Alberto. seppure in pratica con modi più mitigati [19]. Altrove s'instaurò abbastanza presto un sistema molto vicino a quello degli antichi Stati giurisdizionali, come nel Granducato di Toscana e nello Stato pontificio [20]. In ambedue questi casi non esisteva ancora un diritto amministrativo in senso proprio, essendosi tornati, nei riguardi del diritto riflettente le amministrazioni, a quella situazione complessa propria degli Stati di polizia e giurisdizionali.

Invece in altri Stati queste formule viete, che si facevano sussistere solo con mezzi di artificio, vengono superate. Sotto la spinta di nuovi ideali sociali, ciò che non si può concedere nella costituzione, si cede in parte nell'amministrazione, per cui si

---

[19] Su di essi v. SCHUPFER, *I precedenti storici del diritto amministrativo vigente in Italia*, in *Trattato Orlando*, I, pp. 1194 ss., 1242 ss., 1091 ss.

[20] SCHUPFER, *op. cit.*, pp. 1165 ss., 1256 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

forma una legislazione amministrativa abbondante, di carattere nettamente pubblicistico, e, cosa più importante ai nostri fini, organica. Si costituisce o comincia a costituirsi allora un diritto che riflette l'amministrazione in modo specifico: si dirà in fondo che tale diritto è acefalo, mancando nei vari ordinamenti un'esatta delimitazione, de jure condito, dei limiti del potere esecutivo. E ciò è cosa esattissima, e appunto questa situazione di mero fatto in cui trovasi il diritto amministrativo è un riflesso immediato del versare tali ordinamenti in una fase intermedia, che è insieme di transizione e di transazione.

In certi Stati la risultanza di transitorietà si manifestava in una oscillazione della conformazione degli istituti e in una giustapposizione di istituti ispirati a principi di differente natura: così in Toscana, dopo il 1854 (posteriormente all'abolizione della costituzione), e specie nel ducato parmense, ove, dopo continui rapidi alti e bassi, al momento dell'annessione esistevano organismi assai perfezionati, come un Consiglio di Stato dotato di larga indipendenza e autorità, vicino a istituzioni pietose, come le amministrazioni locali [21].

In altri Stati si manifestava sopratutto la risultanza transazionale. Nel Regno delle due Sicilie, il tanto discusso Ferdinando I, benché aborrisse da ogni idea di Stato costituzionale, come più volte mostrò in infauste circostanze, riformò l'amministrazione fin dai primi anni della restaurazione, secondo criteri e principi moderni. Taluni istituti e leggi napoletane furono pregevolissimi e se essi furono presto dimenticati, si dovè a cause di altr'ordine. E fu sopratutto nel Regno meridionale che, in questo primo periodo, si trovò realizzata la separazione fattizia dell'amministrazione dagli altri poteri: basterebbe a provarlo il sistema ivi vigente del contenzioso amministrativo, secondo cui le controversie amministrative erano attribuite a un insieme di tribunali amministrativi, indipendenti dal Governo e dotati di grande autorità. La legislazione amministrativa era abbondante, contemplava molte materie, e applicava in gran parte, e per prassi, il principio della legalità. Questo ordinamento era in pieno *fieri* alla morte di Ferdinando I, ma poi, per la retrività dei successori

[21] SCHUPFER, *op. cit.*, p. 1224 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e per altre più profonde ragioni, si arrestò in questo stadio intermedio se non arretrò [22].

Cronologicamente l'opposto avvenne nel Regno Sardo: salito al trono Carlo Alberto, si iniziò una revisione del sistema amministrativo secondo criteri talora molto audaci. Dal 1830, molto prima dello Statuto, cominciò pertanto un lavoro che, progredendo, permise all'Italia unificata di avere immediatamente un sistema amministrativo di complesso disegno. Analogamente a quanto avvenne nelle Due Sicilie, il diritto amministrativo sardo esistette prima della costituzione, anch'esso informato a una attuazione fattizia e incompleta della separazione dei poteri; solo che il primo si arrestò a metà strada, il secondo ricevette definitiva sanzione nello Statuto albertino [23].

Passiamo ora a esaminare il secondo punto relativo all'inesistenza di un diritto amministrativo in ordinamenti statali in cui l'amministrazione costituisce tuttavia un potere distinto.

Si diceva che il rilievo era già stato fatto dal Romano e dallo Zanobini, relativamente ai paesi anglosassoni. Senonché questi paesi, sotto certi aspetti, non possono porsi sullo stesso piano dei paesi c.d. continentali, perché è vero che ancor oggi in essi non esiste un diritto amministrativo, ma peraltro i rapporti tra Stato e privati sono ivi disciplinati o da norme speciali, che costituiscono jus singulare di fronte al common law, oppure dal common law direttamente: ora è noto che il common law non è il diritto privato; la nozione ne è molto controversa, comunque esso non rientra in nessun modo nel nostro ordine concettuale dei rami del diritto. Data l'esistenza di questo diritto unico, che non è né pubblico né privato né altro, tutta la questione meriterebbe separato esame, specie perché oggi, sopratutto negli Stati Uniti, va delineandosi un movimento per dare consistenza al diritto amministrativo, sia pure inteso in modo particolare, e i primi a venire in luce sono gli istituti del diritto processuale particolari della materia amministrativa [24].

---

[22] SCHUPFER, *op. cit.*, p. 1129 ss.

[23] SCHUPFER, *op. cit.*, p. 1091 ss.

[24] Oltre alle note più recenti opere del KOELLREUTTER, e del GARNER (in *Mélanges Hauriou*), v. ancor più di recente, MORSTEIN MARX, *Verwaltungsrecht in England, VA*, 1931 (36°), p. 393 ss.; KARADGE ISKROW, *La letteratura inglese*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Perciò il rilievo dei due insigni maestri, sarebbe appropriato al massimo al caso di un ordinamento statale in cui si dia una reale distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, e in cui insieme l'amministrazione, pur constituendo un potere distinto, cada interamente sotto l'impero del diritto privato. Ma questo caso non si è storicamente mai verificato, né pare verificabile. Insieme al caso del tutto tipico degli ordinamenti anglosassoni, si dà il caso degli ordinamenti germanici in un certo momento del secolo scorso, di cui dirò più oltre, che è tipico sotto un altro aspetto.

Si rilevi poi che ai paesi angloassoni vengono contrapposti comunemente i paesi che hanno un'amministrazione regolata al modo francese. Essi però non presentano tutti gli stessi caratteri. In Francia la rivoluzione instaurò organismi amministrativi vasti e complessi, regolò secondo criteri generali la posizione degli organi, degli impiegati, dei mezzi d'azione amministrativa; istituì il Consiglio di Stato e magistrature amministrative inferiori per quasi ogni controversia riflettente l'amministrazione. Non solo dunque si formò presto un diritto amministrativo, ma questo prese dimensioni così ampie e caratteri così ben determinati che, specie nei successivi regimi, la stessa struttura dello Stato assunse un profilo caratteristico, reso da alcuni giuristi francesi nel concetto di Stato *à régime administratif*. Su di esso tornerò più oltre. In altri Stati invece, come in Italia fin dal momento dell'unificazione, esistè un diritto che disciplinava l'amministrazione in modo specifico, ma non così spiccato come in Francia.

Più interessante, ai fini dell'argomento qui discusso, è però il caso degli Stati germanici nello scorso secolo, come si diceva. Anche qui accadde che gli istituti della rivoluzione francese, respinti nella costituzione, s'introdussero, come negli Stati italiani, nell'amministrazione; in genere avvenne che si affidarono le liti relative all'amministrazione ai tribunali ordinari, tanto che alcuni parlarono di un « moderno Stato giurisdizionale ». In diritto sostanziale ciò significava che restava in piedi tutta l'azione

---

e americana del diritto amministrativo nel dopo guerra, R. d. p., 1931, I, p. 127 ss.; è il fascicolo 4°, 1938 (47°) del *Yale law journal*, interamente dedicato ai problemi e ai concetti del diritto amministrativo, in ispecie degli Stati Uniti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

amministrativa facente capo alla persona privata dello Stato, al fisco, e che quindi, in linea di massima, tale azione restava disciplinata dal diritto comune e da rami minori e speciali di esso, per quanto concerneva date materie. Estendendosi la disciplina giuridica dei rapporti fra lo Stato e i privati, si formarono delle regole, le quali più che altro interessavano il diritto processuale, costituendo una sorta di diritto processuale amministrativo. E in diritto sostanziale, ove la disciplina relativa fosse, in tutto o in parte, pubblicistica, essa si faceva rientrare non nel diritto amministrativo, ma nel diritto dello Stato: così ad esempio rientrava in questo tutto il diritto militare, mentre solo in parte vi rientravano p. e. il diritto del pubblico impiego (Beamtenrecht), delle espropriazioni (Enteignungsrecht), e altri, i quali davano luogo ai c. d. « rapporti misti » [25].

Questi Stati quindi, sotto certi aspetti, si trovano, in un primo tempo, in una situazione vicina a quella in cui erano gli Stati italiani, con la differenza che invece del costituirsi di un diritto unico, riflettente l'amministrazione in modo specifico, le materie amministrative risultarono disciplinate in parte dal diritto privato, in parte dal diritto pubblico generale; ciò proseguì in certo modo la situazione propria degli Stati di polizia. E i diritti pubblico e privato riflettenti l'azione amministrativa, se per un lato si accostarono, con il formarsi di rapporti misti, dall'altro rinforzarono ciascuno la propria posizione, rimanendo eliminati tutti quei rami del diritto di natura incerta e intermedia, che esistevano nel periodo dello Stato di polizia.

Ma in seguito il diritto pubblico dell'amministrazione assorbì sempre più gli istituti del diritto privato dell'amministrazione, e ne

---

[25] Il FLEINER, nell'opuscolo *Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Instituten durch das öffentliche Recht*, Tübingen, 1906, documenta in modo chiarissimo l'involuzione di questi istituti, rientranti inizialmente nel diritto privato, e sottoposti quindi alla cognizione dei tribunali ordinari, successivamente trasformati in istituti di diritto pubblico. Praticamente la questione fu sopratutto di diritto processuale: i tribunali ordinari ricorsero a espedienti ingegnosi per estendere la propria competenza a tutte le liti fra amministrati e amministrazioni, in cui fossero in discussione pretese patrimoniali dei primi. Donde una specie di ravvivamento della dottrina del fisco. Mentre da ultimo la questione perse importanza, essendo stati istituiti i tribunali amministrativi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conobbe di nuovi, fra cui i tribunali amministrativi; infine gli Stati divennero costituzionali e si formò il Reich. Tuttavia il diritto amministrativo ancora non esisteva, per il fatto che gli istituti amministrativi risultavano ispirati a principi differenti, non solo per la molteplicità degli Stati membri del Reich, ma per i contrasti tra essi e il Reich e i contrasti ideologici nel seno del Reich medesimo. Se anche l'amministrazione era regolata nella maggior parte della sua azione da norme proprie di natura pubblicistica, che la concernevano in modo specifico, tali norme pure non costituivano un ramo del diritto, ma rientravano indifferenziate nel diritto pubblico, o meglio nel diritto dello Stato. Il diritto amministrativo, come ramo definito del diritto pubblico, sorse in un secondo momento, quando fu possibile costruire, sulle varie norme, un sistema; ma sorse dopo dispute dottrinali, preceduto dapprima da una scienza meramente pratica, che formava un ramo minore, di autonomia meramente scientifico-pratica, del diritto dello Stato ([26]).

5. Dall'analisi dell'ultimo periodo storico dell'evoluzione degli istituti giuridici dell'amministrazione, si possono trarre rilievi decisivi ai fini che qui interessano, di sapere quando sorge, in un dato ordinamento, il diritto amministrativo come ramo del diritto.

Resta confermato che un presupposto perché ciò avvenga, è che la amministrazione sia separata dagli altri poteri statali, ossia che esista un'amministrazione in senso giuridico ([27]). Ciò può av-

---

([26]) Nota però il FLEINER, *Institutionen*, p. 41 s., che l'importanza del diritto privato nell'azione amministrativa fu sempre notevole: neanche il secondo Reich conobbe i contrats administratifs del diritto francese, che sono istituti interamente pubblicistici. Solo nel dopoguerra 1918 scemò il campo dominato dal diritto privato, specie con l'accrescersi della disciplina amministrativa dei rapporti economici, che pure diede luogo al tanto discusso Wirtschaftsrecht, o diritto economico.

([27]) Ai fini che interessano l'argomentazione del testo non è necessario approfondire la nozione di amministrazione in senso giuridico, la quale dà luogo a problemi estremamente delicati. Infatti taluni opinano che, se pure l'amministrazione, nel senso tecnico di attività diretta a curare interessi pubblici, appare come « il cominciamento di ogni attività statale », il concetto giuridico di amministrazione, in senso oggettivo e soggettivo, non è, di per sè, implicito in quello di Stato o in quello di diritto pubblico o di diritto in genere (MERKL, *op. cit.*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

venire, come si trae dal caso degli Stati italiani anteriori all'unificazione, anche senza che il principio della divisione dei poteri abbia avuto un attuazione costituzionale diretta.

Oltre a tale presupposto, sono necessarie due condizioni: la prima è che la materia amministrativa sia disciplinata da norme proprie, di natura pubblicistica, che la concernano in modo specifico ([28]); la seconda è che tali norme costituiscano un insieme organico, ossia che, data un'amministrazione in senso soggettivo,

---

pp. 60-64). Altri invece opina che sempre esista un'amministrazione in senso giuridico, nel senso, che anche ove essa non esiste come « potere », esiste come « funzione ». Il punto principale è allora quello di sapere se le funzioni statali debbano avere un'esistenza logica o anche reale. Nel primo caso sarebbe da seguire in sostanza la seconda opinione; nell'altro caso potrebbe anche formularsi una terza opinione, secondo cui accanto a ordinamenti nei quali l'amministrazione è configurabile come « potere », esisterebbero ordinamenti nei quali l'amministrazione è configurabile solo come « funzione », e altri ordinamenti nei quali essa non assume alcuna fisionomia giuridicamente rilevabile.

([28]) Anche in ciò l'assunto del Romano e dello Zanobini resta confermato.

Si può ricordare poi che la dottrina francese, quasi concordemente, afferma che un'altra condizione per l'esistenza del diritto amministrativo è costituita dall'esistenza di « leggi amministrative ». Non esiste però una categoria formale di leggi amministrative, per cui si possono dire tali quelle leggi che regolano materia amministrativa, cioè che hanno per contenuto la disciplina di materie amministrative. Pertanto questa condizione si riduce alla condizione detta nel testo, in quanto le norme proprie che concernono in modo specifico la pubblica amministrazione, sono appunto le leggi che, per antonomasia, si possono dire amministrative. Peraltro tale termine è, come si vede, anche locuzionalmente impreciso, perché possono esservi leggi amministrative senza esservi un diritto amministrativo, come avviene allorché manchi la seconda condizione che si dice nel testo, o, ancor più, allorché si tratti di leggi di stampo privatistico, come poteva avvenire nello Stato di polizia. Ma sopratutto tale termine è da respingere, ove dietro di esso voglia vedersi un concetto di legge che non sia meramente sostanziale, o vogliasene fare un prius rispetto allo stesso diritto amministrativo, come fa la dottrina francese.

Talora però la dottrina francese nel concetto di legge amministrativa ha voluto esprimere qualche cosa di più, quasi tentando di accogliervi le due condizioni che si pongono in luce nel testo: ciò essa fa collegando la nozione di legge amministrativa a quella di régime administratif, di cui si dirà oltre nel testo.

Quando invece la scienza del diritto amministrativo era semplicemente una scienza a fini scientifico-pratici, cui non corrispondeva un particolare ramo del diritto, effettivamente essa non poteva muovere che da una nozione, appunto sostanziale e isolata per gli stessi fini pratici, di legge amministrativa, analoga-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le varie norme che ne concernono i soggetti, gli atti, i mezzi di azione, siano collegate da nessi comuni, ispirati a unità e generalità di criteri e di principi. Ciò risulta principalmente dal caso degli Stati germanici, nella loro evoluzione dello scorso secolo.

Mancando la prima condizione, non esisterà un diritto amministrativo, e la materia amministrativa sarà regolata dal diritto privato, o dal diritto pubblico, o da rami minori di uno di essi o di ambedue, oppure da un diritto comune. S'intende che mancando la prima, non può darsi in nessun modo la seconda condizione. Mancando poi la seconda condizione, può avvenire che manchi anche la prima, e allora la situazione è regolata dalla mancanza di questa; oppure può avvenire che la prima esista: in questo caso la materia amministrativa sarà regolata dal diritto dello Stato in genere, nel quale il diritto amministrativo rimarrà indistinto, o, al massimo, sarà un ramo di autonomia pratico-scientifica, non reale; anzi talora potranno esistere non un solo ramo, ma parecchi rami minori, di fisionomia relativamente finita. Si avverta poi che ambedue queste condizioni dànno luogo, al margine, a giudizi di quantità, e appunto al margine è possibile che esistano ordinamenti i quali si trovano in situazioni intermedie: la loro esistenza, con i criteri proposti, resta in tal modo più fondatamente spiegata.

L'esigenza che le norme riflettenti l'amministrazione costituiscano un insieme organico, corrisponde direttamente all'esigenza del sistema, propria della correlativa scienza del diritto, esigenza che per una scienza, appunto in quanto scienza, è essenziale ([29]). A questo punto sorgono importanti problemi intorno all'intima correlazione tra diritto amministrativo e scienza del diritto amministrativo, che non è qui il luogo di affrontare.

L'esigenza dell'organicità d'insieme del diritto amministrativo, in quanto esso è ramo del diritto, è stata posta in luce in

---

mente a quanto si vede che avviene oggi per le leggi agrarie, aeronautiche, ecc., su cui si fonda la c.d. autonomia legislativa delle rispettive scienze del diritto agrario, aeronautico, ecc.

([29]) Su questo punto si potranno vedere le acutissime pagine del CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1937, p. 67 ss., e del LOPEZ DE OÑATE, *Studi filosofici sulla scienza del diritto*, in *Annali della R. Univ. di Macerata*, 1939 (XII-XIII).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

modo indiretto da una parte della dottrina francese, mediante il concetto di regime amministrativo. Concetto invero non molto chiaro neanche nei suoi teorici maggiori, e di contenuto piuttosto complesso ([30]). Riducendone l'imprecisa nozione dei francesi nei

---

([30]) Il concetto di régime administratif, com'è noto, è stato svolto sopratutto dall'HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris[12], 1933, p. 1 ss., il quale descrive lo Stato a régime administratif come quello Stato in cui le funzioni amministrative sono centralizzate al massimo e attribuite a un solo potere, l'esecutivo. Da ciò deriverebbero molte conseguenze: gli « agents administratifs » sono controllati non dai tribunali e con norme del diritto comune, ma dai superiori gerarchici e con norme di un diritto particolare; l'atto amministrativo è esecutorio; i cittadini non possono, invocando gli organi giurisdizionali, far ingiungere alle amministrazioni di fornire i loro servizi: vi è una garanzia amministrativa dei funzionari; vi sono leggi amministrative; infine, oltre l'autorità della legge applicata dai giudici, pesa sui cittadini l'autorità della legge applicata dall'amministrazione, e l'azione di quest'ultima.

La precisazione del testo si é resa necessaria perché talora del concetto di régime administratif si è appropriata la dottrina di altri paesi, travisandolo per non aver considerato se per caso il proprio diritto positivo fosse differente. Si comprende d'altro lato, secondo quanto si diceva prima in testo, come la dottrina francese, eccessivamente ponendo in risalto la particolarità del régime administratif, sia giunta ad affermare che la vera essenza della costituzione francese si tragga dal diritto amministrativo: ciò trapela perfino dai titoli delle opere, p. e. del Laferrière, dell'Hauriou (nelle prime ed. del *Précis*), che suonano: « droit public et administratif »; ove droit public vale come diritto dei principi generali del diritto pubblico, ossia, se così si potesse dire, come parte generale del diritto costituzionale. Giova notare che l'Hauriou (e la sua scuola), che è stato il massimo teorico del régime administratif, è giunto a formulare tale concetto, a quanto mi risulta, solo nell'8ª ed. del Précis (1914), nella quale anzi giunse all'estremo, dicendo che in tanto esiste diritto amministrativo, in quanto vi sia un régime administratif, posizione che egli stesso attenuò nelle successive edizioni. Nelle quali invece il concetto di régime administratif si è andato sempre più avvicinando a quello di istituzione, per cui si tende a definire lo Stato a régime administratif come lo Stato in cui l'amministrazione è un'istituzione: si veda HAURIOU, nella prefaz. della II ed. del *Précis* (1927), e poi nella 12ª cit.; RENARD, *Il concetto istituzionale del regime amministrativo francese*, *R. d. p.*, 1931, I, p. 418; DENDIAS, *La théorie institutionnelle et le régime administratif*, Atene, 1939, estr. dall'*Echatontaeteris* dell'Univ. di Atene, p. 18 ss. Peraltro l'idea resta sempre molto vaga, data l'imprecisione di questo concetto nella dottrina francese e derivata: dire che l'amministrazione è un organismo, è cosa di troppi significati; aggiungere che è un organismo persona, è un indovinello.

I francesi sono fieri lo stesso del loro sistema amministrativo, che conferirebbe al paese una sorta di primato nella perfezione delle organizzazioni ammi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

termini della scienza giuridica italiana, sembra debbasi distinguere in esso un aspetto strutturale e uno concettuale: probabilmente esso ha anche altri valori, che però non riguardano i nostri scopi. Sotto il primo riguardo Stato a régime administratif sembra possa dirsi quello in cui gli affari dell'amministrazione spettano solamente e assolutamente all'amministrazione stessa, di modo che anche le liti ad essi relative sono sottratte al potere giurisdizionale (in senso soggettivo) e attribuite a magistrature costituite nel seno dell'amministrazione medesima. Sotto il secondo riguardo il concetto di régime administratif esprime appunto il fatto che il diritto amministrativo stesso esiste in quanto costituisca un insieme organico, un sistema. Mentre perciò, sotto il primo riguardo. il régime administratif è una caratteristica dell'ordinamento positivo francese, sotto l'altro riguardo esso è proprio di qualsiasi ordinamento in cui veramente esista un diritto amministrativo, cioè un ramo del diritto di tal sorta; onde da questo punto di vista, può in certo modo giustificarsi il giudizio di alcuni giuristi francesi, che può esistere un diritto amministrativo effettivo, ove esista anzitutto un régime administratif.

6. Prima di chiudere questa prima parte del nostro dire, secondo quanto indietro si è accennato, occorre ricordare la sistemazione data dal Merkl a tutta questa materia, sistemazione la quale costituisce il più notevole tentativo di raggruppare e classificare le forme storiche di amministrazione sotto una smagliante veste di universalità di spazio e di tempo, anche se, in sostanza, poco persuade.

Osserva quest'autore che non sempre fu possibile un'amministrazione come potere a sè stante dello Stato: vi furono Stati

---

nistrative. Lo strano è che mentre essi lo vantano come massimo ideale dello Stato che dicevasi moderno, in Germania alcuni reputava che l'ideale dello Stato di diritto comporterebbe il sistema opposto, quello giurisdizionale (il MERKL, *op. cit.*, p. 67, pare però che dica provenire ciò da un'equivoca equiparazione tra rimedio giuridico e rimedio giurisdizionale); mentre altri, riprendendo l'idea del Laferrière, ebbe a dire che l'amministrazione germanica era ancora a un grado inferiore di sviluppo: fra coloro che fecero tale rilievo, il più noto è il BUEHLER, *Die subjektive öffentliche Rechte*, Tübingen, 1911, sp. p. 71 ss.; v. però contra sp. JELLINEK W., in *A. ö R.*, 1914 (32°), p. 585.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(e vi sono ancora) in cui alle tre funzioni non corrisposero poteri distinti. D'altro canto però, quegli Stati che delimitano organizzatoriamente le tre funzioni, costituendole a poteri, configurano molto diversamente le relazioni fondamentali tra essi, in quanto ciascuna funzione si può esprimere in forme giuridiche, ed avere un contenuto concreto, che variano caso per caso, nel tempo e nello spazio ([31]). Tuttavia, ogni volta che gli ordinamenti statali accolgono la divisione concreta delle funzioni, un diritto amministrativo necessariamente esiste, anche se, in forme estreme, esso si sia potuto ridurre a una sola norma, quella che attribuisce agli organi supremi ogni potere ([32]). Si osservi che già però questo punto è discutibile, perché ciò potrà dirsi per il diritto costituzionale, ma non per l'amministrativo: il primo costituisce il diritto fondamentale di ogni ordinamento statale, e non può non esistere, perché lo Stato stesso, in quanto è, è regolato dal diritto ([33]); il secondo invece, in quanto diritto dell'amministrazione pubblica, esiste in quanto, nel sistema dell'ordinamento statale, questa sia retta da un corpo di leggi proprio e organico. L'unica o le poche norme che in certi Stati hanno disciplinato tutta la funzione dell'amministrazione, sono norme di diritto costituzionale, e non di diritto amministrativo.

Comunque, su tale fondamento, il Merkl raggruppa le forme di amministrazione in base a due criteri: quello dei rapporti intercorrenti tra amministrazione e giurisdizione, e quello dei rapporti intercorrenti tra amministrazione e legislazione. Giusta il primo criterio si hanno due forme, lo Stato giurisdizionale e lo Stato amministrativo (Justizstaat, Verwaltungsstaat), le quali sopratutto variano nello spazio. Lo Stato giurisdizionale è caratterizzato da una prevalenza degli organi del potere giurisdizionale rispetto a quelli amministrativi; lo Stato amministrativo è caratterizzato da un'equiparazione dei due poteri e da una preferenza del potere amministrativo nelle ripartizioni delle materie tra esso

---

([31]) MERKL, *op. cit.*, p. 64 ss.

([32]) MERKL, *op. cit.*, p. 72. Onde la frase « Stato senza diritto amministrativo », usata di solito per lo Stato di polizia, secondo l'A., non ha valore scientifico (*op. cit.*, p. 68).

([33]) ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova [4], 1935, p. 10.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e il potere giurisdizionale: sintomi di tale equiparazione sono p. e. che la via giudiziaria è equiparata alla via amministrativa contenziosa, che l'amministrazione provvede all'esecuzione dei propri atti, che non ammette intromissioni dei giudici, che è controllata da altri organi amministrativi e non da organi giurisdizionali, ecc. (34).

Giusta il secondo criterio si hanno altre due forme: lo Stato di polizia e lo Stato di diritto, le quali variano sopratutto nel tempo (35). Nello Stato di polizia l'amministrazione è retta da una sola norma — quella detta prima — o da norme puramente interne; in ogni caso perciò il diritto amministrativo non costituisce, oppure costituisce solo in parte, un diritto che ha efficacia in tutta la sfera dello Stato, in quanto che l'osservanza delle sue norme non può essere opposta in giudizio da privati contro le amministrazioni, né queste ultime sono tenute a osservarlo rigidamente: da ciò una fondamentale differenza rispetto al diritto proprio della giurisdizione. Nello Stato di diritto invece esiste un ordinamento giuridico dell'amministrazione qualificato dal fatto che l'amministrazione stessa è legata da norme esterne nel contenuto della sua azione, le quali la vincolano, così come altre

---

(34) MERKL, *op. cit.*, p. 65 ss. Sarebbe invece assurdo uno Stato in cui la giurisdizione (funzione), è sottoposta all'amministrazione (funzione), o in cui questa domini la legislazione (funzione).

(35) MERKL, *op. cit.*, p. 68 ss. Secondo il Merkl non devono confondersi lo Stato di polizia e lo Stato di diritto come Stati caratterizzati da un certo tipo di amministrazione, con lo Stato di polizia e lo Stato di diritto come forme storiche di Stati. Queste ultime si sono avute in Europa continentale rispettivamente nei secc. XVIII e XIX. Ma lo Stato di polizia (o Stato assoluto), finché fu uno Stato di salute pubblica (Wohlfahrtsstaat), fu Stato di polizia anche rispetto alla forma di amministrazione, mentre poi, sempre sotto questo riguardo, divenne talora Stato di diritto. Viceversa vi sono Stati di polizia, come forma di amministrazione, anche in Stati di diversa figura quanto alla forma di Stato, come p. e. nelle forme democratiche di Danton e Robespierre, o in quelle oligarchiche di Lenin, Kun, Eisner. Il termine poi « Stato di diritto », riferito alle forme di Stato, o sta a designare lo Stato per antonomasia, ovvero quella forma di Stato che è lo Stato costituzionale; mentre lo Stato di diritto come forma di amministrazione può esistere a sua volta sia in uno Stato assoluto che in uno Stato costituzionale. Si noti però che non rimane molto chiaro in che modo lo Stato di diritto « come forma di Stato » si distingua dallo Stato di diritto « come forma di amministrazione ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

norme vincolano la giurisdizione. Fra tutti i vari casi la differenza è sopratutto quantitativa.

Qui possiamo tralasciare il fatto che la catalogazione di queste forme poggia su una concezione particolare, molto opinabile, delle funzioni statali; che nel primo criterio la classificazione è sbilenca, perché mentre nello Stato giurisdizionale i giudici controllano l'amministrazione, in quello amministrativo l'amministrazione non ha alcun potere sui giudici; che nel secondo criterio vi sono punti oscurissimi, p. e. relativamente allo Stato di diritto e al diritto che vincola la giurisdizione, o Justizrecht, come lo chiama l'autore. Si osservi solo che, secondo il primo criterio, verrebbero avvicinati, come Stati giurisdizionali, il Sacro Romano Impero, la Gran Bretagna, il Belgio, la Prussia prenazista (mentre la Francia e l'ex Austria sarebbero Stati amministrativi, e l'Italia sarebbe in una posizione misteriosa); onde già per questo il discrimine appare poco convincente nella sua astrattezza. Ma sopratutto, col secondo criterio, la Gran Bretagna sarebbe in una forma molto vicina allo Stato di polizia, non esistendo ivi la « parificazione » delle norme esterne che vincolano il contenuto dell'azione amministrativa a quelle che vincolano il contenuto dell'azione della giurisdizione. Infine sfuggono a questa classificazione tutte quelle forme che non si presentano in termini così decisi, come appunto quelle dei paesi anglosassoni, dei paesi germanici nel periodo in cui il diritto dell'amministrazione era un diritto privato e pubblico speciale, e così via; prescindendo dal fatto che, nella logica del sistema, dovrebbero probabilmente essere individuate molte altre forme, a rimanere coerenti. Nell'insieme quindi la sistemazione, se pur intimamente ben costrutta, resta inaderente alla realtà più complessa, e quindi inutile. Del resto si tratta anche di una classificazione non precettiva, ma meramente catalogatoria.

7. Non è ora difficile comprendere come la scienza del diritto amministrativo poteva sorgere solo nel secolo passato ([36]).

([36]) Parlando di scienza del diritto amministrativo, altro non si fa che seguire la comune terminologia, prescindendo dalle recenti e recentissime discussioni intorno all'esattezza del concetto di scienza, applicato alle discipline giuridiche.

In fondo, rispetto a fini meno elevati, scienza sta ad esprimere che in una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anteriormente potevano esistere solo altre scienze giuridiche, in corrispondenza ai differenti rami del diritto allora esistenti. Esistettero così, dando luogo a scienze relative, un diritto pubblico generale, un diritto municipale, ecc., e si sarebbero potuti anche individuare, se la speculazione scientifica non fosse stata effettivamente « non adulta », un diritto tributario, un diritto militare, un diritto minerario, ecc., come rami del diritto pubblico o del diritto privato o misti. È noto però che l'elaborazione in genere di tutto il diritto pubblico era scientificamente improntata a criteri lontanissimi da quelli odierni, in quanto era politico-filosofica più che giuridica.

Si incontra però in questo periodo una scienza particolare che aveva per oggetto l'esercizio della potestà statuale nella sfera interna, cioè a dire i poteri c. d. di polizia: si trattava della così chiamata « scienza della polizia », che da alcuni fu concepita come un ramo o come una parte della scienza camerale. Essa fiorì sopratutto nei paesi germanici del S. R. Impero, perché ivi la speculazione filosofico giuridica sullo Stato di polizia aveva avuto i suoi più notevoli rappresentanti in Wolff e Justi ([37]), e il diritto pubblico contava il più grosso gruppo di studiosi.

La scienza della polizia fu una di quelle scienze del sec. XVIII, che nel successivo furono smembrate fra diverse discipline giuridiche, politiche, sociologiche, tecniche, nonché fra alcune semplici arti ([38]). A un certo punto, verso la fine del secolo, parve

---

certa disciplina, esiste un complesso di nozioni collegate fra loro e derivate da principi generali; i giuristi però, forse senza neanche rendersene conto, chiamano scienze anche certe discipline che sono in realtà meri « conglomerati di cognizioni scientifiche ».

Che la scienza del diritto amministrativo non rientri in quest'ultimo gruppo, mi pare sia oggi cosa indiscutibile, mentre invece una volta fu sostenuta l'opinione contraria: v. fra gli altri, PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Messina, 1931, I, p. 37; in parte MAYER O., *Deut. Verwaltungsrecht*, I, p. 19 ss. (un po' diversamente nelle prime ediz.); contra JELLINEK W., *Verwaltungsrecht*, p. 42; SPIEGEL. *Die Verwaltungsrechtswissenschaft*, Leipzig, 1909, in genere.

([37]) WOLFF, *Jus naturae*, 1740-48; JUSTI, *Grundsätze der Policeywissenschaft*, Göttingen, 1756. È però da ricordare anche il francese DE LA MARE, *Traité de la police, ecc.*, Paris, 1722-28, 4 vol., e, molto più tardi, l'italiano FIANI, *Della, polizia considerata come mezzo di preventiva difesa*, Firenze, 1853-56, 2 voll.

([38]) Il LANDSBERG (in STINTZING LANDSBERG, *Geschichte der deut. Rechtswissenschaft*, München Leipzig, 3° Abt., 1° Hb., testo (1898), p. 243) dice che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dovesse sorgere un vero e proprio diritto della polizia: alcuni giuspubblicisti vi accennarono (39), altri ne elaborarono ma-

essa fu iniziata dall'HEUMANN, *Initia juris politiae Germaniae*, 1757. Fra i successivi si ricordano: SONNENFELS, *Grundsätze der Policey, Handlung und Finanz*, Wien, [1] 1765, [7] 1804 (revisioni di quest'opera, a cura di vari autori, sono state stampate più volte, con titoli un po' differenti); HOHENTHAL, *Liber de politia*, Leipzig, 1776; FISCHER FR. CHR. JONATH., *Lehrbegriff sämmtlicher Kammer und Policeyrecht Deutschlands und Preussens*, Frankfurt a. O., 1785, 3 voll.; l'ultimo maggiore autore di questa scienza è il v. MOHL, *Die Polizeiwissenschaft nach der Grundsätzen des Rechtsstaates*, Tübingen, 1832, [3] 1866, 3 voll., in cui si può vedere anche una notevolissima bibliografia sull'argomento (v. peraltro su quest'autore la nt. 72). In seguito, specie ad opera del BLUNTSCHLI, lo stesso termine di « polizia » fu assunto nella sua accezione moderna, di azione di coazione verso persone e cose (v. anche RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Trattato Orlando*, IV, I, p. 262 ss.).

Sulla scienza della polizia manca ancor oggi un'opera d'insieme, ed il giudizio intorno al valore di essa è tuttora incerto (v. fra tutti gli apprezzamenti del Merkl, *op. cit.*, p. 87). Secondo alcuni autori, accanto a questa scienza sarebbe esistita, a sè stante e talora anzi più importante, una scienza, o anche un'« arte delle leggi amministrative » (Verwaltungsgesetzkunde), che avrebbe avuto anche altri nomi, e che avrebbe dovuto soddisfare scopi secondari, burocratici, in quanto serviva più che altro alla preparazione dei burocrati. In fondo però essa si può considerare come un diverso atteggiamento o un diverso indirizzo della medesima scienza della polizia.

Tale scienza d'altronde fu un portato diretto dalla mentalità tipica della fine del '700; accanto agli scrittori di scienza della polizia, camerale, delle leggi amministrative, ecc., vi furono, molto più importanti nella storia del pensiero, coloro che scrissero di scienza della legislazione (Filangieri, Spedalieri, Genovesi Bentham, Schmidt, sotto certi aspetti lo stesso Rousseau). In tutte queste scienze, su una larga e complessa base di diritto naturale, di psicologia, di economia (di recente scoperte in Francia e in Inghilterra), oggetto di studio era la ricerca degli ottimi principi che dovessero presiedere l'organizzazione giuridica della vita associata, principi di valore e portata universale, o almeno ritenuta tale secondo i postulati di una filosofia che era insieme razionalista ed empirista.

(39) HAEBERLIN C. F., *Hahdbuch des teutschen Staatsrecht*, Berlin, 1794, II, p. 560: « Es ist Pflicht der höchsten Gewalt im Staate, für die Sicherheit der einzelnen Bürgern auf alle Art und Weise zu sorgen. Hieraus folgt... dass sie überhaupt darauf denken muss, solche Einrichtungen zu machen und solche Verfügungen zu treffen, wodurch Sicherheit erhalten und alles dasjenige möglichst abgewendet wird, was dem Staat sovohl im Ganzen, als den einzelnen Bürgern nachtheilig, werden könnte. In so fern hiebey blos aus die innere Sicherheit Rücksicht genommen wird, ist dies Recht unter dem Namen Policeyrecht begriffen. Man versteht also hierunter denjenigen Zweig der bürgerlichen Regierung, vermöge dessen der höchsten Gewalt die Befugnis zusteht, alle Einri-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nuali ([40]). Tuttavia non si trattava ancora di un indirizzo decisamente giuridico: malgrado i titoli, le varie opere erano in sostanza opera di scienza della polizia.

Chi apra la « Scienza della polizia » del von Mohl ([41]), che è il più sistematico di tutta questa schiera di studiosi, troverà che per ogni argomento si prende in considerazione anzitutto il fondamento filosofico, se è possibile; quindi si espongono gli aspetti sociali nel loro complesso e confuso intrico, con quell'habitus tipicamente sincretistico proprio delle scienze sociali di allora. Talvolta poi si fanno anche dei rilievi storici e comparatistici; l'aspetto giuridico resta quindi soffocato da tutte queste altre cose, dalle quali, in fondo, neanche si pensa di separarlo. La scienza della polizia fu insegnata talora insieme al diritto pubblico o alla scienza camerale, talora come disciplina autonoma, con nomi varii. Più spesso non fu insegnata affatto. Accadde anche che fosse unita alla scienza c. d. dell'economia pubblica, sotto il nome

---

chtungen zu machen und Verordungen zu erlassen, wodurch künftige für das gemeine Wesen im Innern zu befürchtende Uebel abgewendet werden ». Egli proseguiva poi mostrando in che senso tale diritto dovesse riguardare il bene comune rispetto alle industrie, all'alimentazione, ai mestieri, ai danni presenti e futuri.

([40]) Sopratutto v. GÜST. HEINR. v. BERG., *Handbuch des teutschen Policeyrechts*, 7 vol., Hannover, 1799², p. 1802.

([41]) Diceva il v. MOHL, non essere possibile considerare il solo lato giuridico degli istituti (Anstalten) della polizia, perché essi altrimenti sarebbero rimasti incomprensibili, così ascissi dal resto della « scienza della polizia ». E notava che il « diritto » della polizia del BERG, in fondo altro non era che un termine, dato che tale autore faceva in realtà della scienza della polizia.

La Polizeiwissenschaft del v. MOHL, è divisa in tre parti: la prima dedicata ai principi materiali della sc. della polizia, ove si descrivono, con ordine sistematico, le varie attività e istituzioni statali e cioè la cura della personalità fisica dei cittadini, che considera la demografia, la sanità, l'assistenza e beneficienza (Theurungs e Armenpolizei), ecc.; la cura della personalità morale (Bildungspolizei) che considera l'istruzione, la polizia dei costumi, i culti religiosi, le arti; la cura dei beni dei cittadini, nell'acquisto e nella conservazione di essi; la cura dei mestieri, che considera l'economia agraria, montana, il commercio, le industrie. La seconda parte è dedicata ai fondamenti formali, e considera l'organizzazione e i procedimenti amministrativi. La terza è dedicata a un ramo importante e formalmente autonomo della sc. della polizia, quella che si diceva « giustizia preventiva » o « polizia giuridica », che corrisponderebbe approssimativamente a quella che fino a poco tempo fà era chiamata attività giuridica dell'amministrazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di « scienza dell'amministrazione pubblica », come p. e. si ebbe nella stessa Francia rivoluzionaria, dal 1802 al 1804 ([42]).

La scienza del diritto amministrativo potè sorgere dunque solo quando gli ordinamenti positivi ebbero un diritto amministrativo; tuttavia essa si sviluppò in modi differenti nei vari paesi continentali ([43]).

Sorse, prima che altrove, proprio in Italia, ad opera del Romagnosi. Nel fervore di studi e di opere che caratterizzò la Repubblica cisalpina, poi Regno Italico, e che la Francia cercò quasi sempre di soffocare, il Romagnosi fu a lato dell'operoso ministro della giustizia, conte Luosi, il quale dall'Università di Pavia lo trasferì a Milano, a una cattedra di « alta legislazione in rapporto alla pubblica amministrazione », per lui istituita ap-

---

([42]) Per lo più era insegnata la scienza camerale. Lo SPIEGEL ricorda però che a Praga, verso il 1776, si sarebbe tenuto un insegnamento ufficiale, ma extrauniversitario, di « scienza burocratica » (kreisamtliche Wissenschaft) (*op. cit.*, p. 15 nt. 30), a cura di tale von Mayern, il quale avrebbe scritto un libro in forma di catechismo, seguendo, come criterio di esposizione, quello delle divisioni dei ruoli degli impiegati che vigeva in Austria nel 1751 (contributionale, publica, militare, diaetale, commerciale, camerale, judiciale vel quasi).

In Francia nel 1802 fu istituita la cattedra di « economia e amministrazione pubblica », che si ebbe anche a Torino, essendo il Piemonte annesso alla Francia (v. più ampiamente nt. 81 successiva). Si tratta di una disciplina di carattere ancora incerto. Comunque, nel 1804, la disciplina cambiò nome, orientandosi verso un contenuto maggiormente giuridico, come si dirà nel testo (all'inizio del § s.). La scienza del diritto amministrativo doveva sorgere solo più tardi, col Romagnosi e col Macarel.

In Germania, fin verso la metà del secolo scorso, pare si seguitasse a insegnare la scienza camerale, o anche la scienza della polizia, talora con nomi diversi. Lo SPIEGEL (*op. cit.*, p. 27 nt. 47), cita un'opera del G. JELLINEK da cui risulterebbe che ad Aidelberga nel 1° terzo di secolo fosse insegnata una materia di tal fatta, da parte di un professore di geologia e mineralogia.

([43]) Una storia della sc. del diritto amministrativo non è ancora stata scritta. Per il primo periodo v. VON MOHL, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, Erlangen, III, 1856, pp. 193-293, che arriva fino al 1855, seguendo sopratutto la letteratura francese. Altre opere contengono capitoli storici non molto estesi: i più ampi in: HAURIOU, *Précis de droit administratif* del 1893, p. 31 ss.; MALLEIN, *Considérations sur l'enseignement du droit administratif*, Paris, 1857, p. 55 ss.; DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, Firenze, 1877, I, p. 77 ss.; TELESIO, Appendice al capo IV dei *Principi di diritto amministrativo*, del *Manna*, Napoli, 1879, I, p. 68 ss.; MEUCCI, *Instituzioni*, p. 10 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

positamente (44). Caduto il Regno Italico, la cattedra parve all'Austria un focolaio di liberalismo; e pare che per mostrare il carattere puramente scientifico del proprio magistero, il Romagnosi abbia redatto in pochissimo tempo, nel 1814, i suoi « Principi fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni ». Sembra anche che egli volutamente abbia usato un linguaggio astruso, quasi esoterico, per non farsi capire dalla censura (45). Certo è che, a parte questa ragione, l'opera era effettivamente difficile: vi si arrivavano a isolare certi concetti che poi parvero conquiste della scienza germanica, come quelli di cosa pubblica, di competenza funzionale, di decisione amministrativa; argomenti che per tanto tempo in seguito dovevano essere contesi tra varie discipline giuridiche, si trovano qui chiaramente ricompresi nel diritto amministrativo (polizia), e in altri punti, come p. e. quelli che riguardano la competenza in generale, l'amministrazione tutoria ed economica, la forma nel diritto amministrativo, l'opera può offrire ancor oggi spunto di nuove ricerche: lo sforzo di dare forma scientifica al materiale che offriva la legislazione grezza, fu così poderoso, che bisognava attendere la fine del secolo per trovare qualche cosa di simile.

Solo che allora gli autori avranno dietro di loro tutta un'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, e, per la tradizione ormai stabilita, avranno quello che in arte si direbbe un « mestiere », per cui le loro opere non potranno non avere una maggior tecnica e un possesso sicuro dei dati di diritto positivo. Lo sforzo di sintesi del Romagnosi, cui mancava ogni precedente, ebbe diverso carattere, e dovè tendere più ad elaborare speculativamente criteri generali, che a sistematizzare principi e concetti generali

---

(44) È noto quale contributo diede Romagnosi alla preparazione dei codici penale e di procedura penale del Regno italico, che Napoleone poi fermò, nonché alla preparazione di altre leggi. Intorno a questo contributo e agli scritti cui diede luogo, v. RAVA L., *La scienza dell'amministrazione nelle sue origini italiane e nel suo recente sviluppo*, Bologna, 1898, p. 18 ss. (il quale considera però il R. come fondatore della scienza dell'amministrazione, non del diritto amministrativo, opinione che in quel periodo fu sostenuta anche da altri).

(45) BELLONI G. A., *Romagnosi, Come intenderlo?*, Roma, 1934, citato dal DEL VECCHIO, *G. D. Romagnosi nel primo centenario della sua morte*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1936 (XVI), p. 17.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

già individuati ([46]). Invero per valutarlo pienamente e trarne gli elementi vitali, sarebbe necessario un lungo lavoro, se non altro che per coordinare i « Principi » con le altre opere giuridiche e filosofiche ([47]). Questo lavoro, che sarebbe fondamentale, ancora manca.

Già queste ragioni spiegherebbero come la portata delle teorie romagnosiane non sia mai stata afferrata del tutto né dai contemporanei né dai posteri. A ciò contribuì anche il violento interrompimento dell'attività del pensatore, che non gli permise di avere un seguito, una scuola, cioè un mezzo atto a chiarire, a limare, a divulgare un corpo di dottrine, creandogli attorno quell'alone che è necessario perché esso venga appreso e apprezzato, specie da parte di chi non ha letto le opere in cui esso si esprime, e riceva un posto nella storia del pensiero. Solo qualche idea giuridica del Romagnosi ebbe una certa diffusione presso i contemporanei e i prossimi nel tempo, ma si trattò sempre di idee riflettenti il diritto costituzionale o il penale, non l'amministrativo.

Fu l'Austria che nel 1817 abolì la cattedra di Milano. Un anno dopo Macarel pubblicava quel lavoro che lo spirito di corpo dei giuristi francesi e dei loro ormatori, cioè in pratica di quasi

---

([46]) Il Romagnosi conosceva profondamente la dottrina del diritto pubblico italiana, francese, e specie germanica, come risulta dal noto « Ragguagli degli studi di diritto germanico » (nel Tomo III delle *Opere* curate dal De Giorgi (Milano, 1842), e da alcune lettere (per cui v. TOMMASINI, *La nozione del diritto amministrativo nell'opera di G. D. Romagnosi*, Parma, 1892, p. 13).

([47]) Specie con le « *Lezioni* », pubblicate dal De Giorgi molto dopo, nel vol. VII delle *Opere*. Possono servire anche la « *Introduzione al diritto pubblico universale* », pubblicata nel 1805, quando il R. a Parma insegnava diritto pubblico, e la « *Scienza delle Costituzioni* », opera postuma; la prima peraltro, specie nella seconda ed. (1825), è tendenzialmente filosofica, e la seconda si ritiene manomessa.

Fra i più notevoli abbozzi di interpretazioni dei « *Principi* » del Romagnosi, si veda quello del DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di dr. amministr.*, I, p. 80 ss.; numerosi altri autori del secolo scorso credettero ispirarsi a dottrine romagnosiane, non sempre esattamente intendendolo. L'opera del CAGLI V., *G. D. Romagnosi, La vita, i tempi, le opere*, Roma, 1935, p. 223 ss., contiene un capitolo dedicato al diritto amministrativo del R., meramente informativo e non sempre esatto. Restano tuttora interessanti le opere del TOMMASINI (*Nozione del diritto amministrativo*, cit., *Il concetto della giustizia amministrativa in G. D. Romagnosi*, Parma, discorso inaugurale, 1901) che sono tuttavia oneste e intelligenti precisazioni critiche di alcuni fraintendimenti di dottrine del pensatore.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tutti i giuristi fino a poco tempo fa, salutavano come prima pietra del diritto amministrativo. Due anni dopo si istituiva a Parigi la cattedra di diritto pubblico e amministrativo per il De Gérando (1819). Così la scienza del diritto amministrativo, come avvenne del resto per altre scienze morali, nata in Italia, fu stroncata da stranieri, e a un certo punto la dovemmo reimportare.

8. Subito in Francia il diritto amministrativo salì a grande splendore: fin dall'alba dei tempi moderni in questa nazione il potere pubblico si era andato sempre più rafforzando, e formatasi una forte compagine nazionale, si era sempre più accentrato. Vi era un organo centrale, che fra le altre ebbe anche funzioni amministrative contenziose, il Conseil du Roi, del quale esisteva, se pure non ben conosciuta, una giurisprudenza che oggi i francesi dicono pregevole ([48]). La rivoluzione trovò dunque in questa materia un cammino molto più facile che altrove. Dopo alcune vicende, la legge 22 ventoso XII (13 marzo 1804), nel riordinare le facoltà giuridiche, istituì un insegnamento di « diritto pubblico e diritto civile nei suoi rapporti con l'amministrazione pubblica ». La locuzione che si usò è sufficiente a indicare in che cosa consistesse questa disciplina. All'insegnamento fu chiamato a Parigi il Portiez de l'Oise; però esso languì e poi scomparve ([49]). Ma nel 1810 già Merlin inseriva la voce « atto amministrativo » nel suo noto repertorio, e scrittori oggi dimenticati scrivevano opere di « legislazione amministrativa » e « principi dell'amministrazione » ([50]).

La scienza sorse, come si è detto, dall'opera del Macarel « *Les éléments de jurisprudence administrative* », la quale raccoglieva secondo materie le decisioni del nuovo Consiglio di Stato, mostrando come nella giurisprudenza di esso si potessero isolare già dei solidi principi scientifici. Tuttavia non sorse la scienza

---

([48]) V. nt. 5.

([49]) Sugli inizi della scienza francese del diritto amministrativo v. BOULATIGNIER, *De l'origine, des progrés et de l'enseignement du droit administratif en France, Rév. étrang. et franç. de législ. jurispr. écon. pol.*, 1839, p. 80 ss.; MALLEIN, *op. cit.*, pp. 34 ss., 55 ss.

([50]) Alcuni di essi sono ricordati dal MALLEIN, *op. loc. cit.*; HAURIOU, *Précis de droit administratif* del 1893, p. 35 ss.; v. MOHL, *Geschichte*, III, p. 193; DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di dr. amministr.*, I, p. 78 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della giurisprudenza amministrativa, ma quella del diritto amministrativo, per opera del De Gérando, il cui primo corso a Parigi ci è conservato nel periodico Thémis (51). Il De Gérando, temperamento fortemente dogmatico, si fondò principalmente sulla legge, e divise il suo corso in tre parti: stabilimenti pubblici, patrimonio pubblico, ordine pubblico. Per ogni parte pose in luce principi generali e particolari, e diede degli aggruppamenti sistematici che ancor oggi meravigliano per la loro chiarezza, alcuni dei quali potrebbero anche ora essere ripensati. Il terzo autore, il Cormenin fu piuttosto un analitico, come il Macarel: egli lasciò una scintillante opera, ove le materie, in ordine alfabetico, erano trattate in teoremi e corollari (52).

Sopravvenne la reazione, furono abolite le cattedre (1823, v. in Thémis 1823, 42), si ebbe un periodo d'arresto. Ma nel 1828 Parigi riebbe la sua cattedra, nel 1837 essa fu istituita in tutte le università del reame. Da allora iniziò il periodo più fervido della scienza francese del diritto amministrativo, sia per il numero e il valore degli scrittori, sia perché, superata la prima fase, l'indirizzo delle opere da analitico divenne sempre più sistematico. Gli stessi tre iniziatori scrissero dei corsi e dei trattati (53); il De Gérando lasciò un'opera immensa nei suoi cinque volumi degli *Institutes du droit administratif français*, condotti per minute regole e applicazioni, fondate tutte sul diritto positivo (54). Lo sforzo

(51) Questo periodico ebbe grande importanza per la scienza francese, e fu uno dei mezzi migliori con cui essa si diffuse in Europa; in particolare esso servì alla scienza del diritto amministrativo, raccogliendo nelle sue file tutta la schiera che vi attendeva. Nel 1° vol. (1819), p. 66, è contenuto il *Discours d'ouverture du cours de droit public et administratif*, e anche il *Plan général du cours* (150). Altre lezioni sono conservate nello stesso periodico, anni success. voll. 2° e 4°.

(52) *Questions de droit administratif*, Paris, [1] 1822, [3] 1825.

(53) MACAREL, *Cours d'administration et de droit administratif*, Paris, [1] 1844, [3] 1857, voll. 4; CORMENIN, *Traité de droit administratif*, Paris, [5] 1840, 2 voll;. DE GÉRANDO, *Institutes du droit administratif français*, Paris, [1] 1830, 5 voll.

(54) P. e al tomo 5 (3ª ed. 1846, p. 3), la regola 1923, a proposito dei marchés de travaux publics, suona: « Quant aux conditions même des marchés et aux stipulations qui doivent lier les entrepreneurs et l'Etat, elles sont exclusivement du ressort du cahier des charges ». Ad essa seguono undici applicazioni, tratte da leggi e ordinanze, alcune delle quali subnumerate a lor volta, una p. e. fino al 12°. Tutta l'opera è divisa in libri, titoli, capitoli, divisioni, suddivisioni, sezioni, articoli, regole. Le applicazioni di ogni regola, che talvolta durano pagine e pa-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di sintesi che caratterizza questo periodo, tende a cercare i problemi e i punti centrali del diritto amministrativo, mentre scarsissimo conto tiene delle scienze del diritto privato e del diritto internazionale. Era un'epoca in cui ancora non chiari erano i limiti tra scienze giuridiche e scienze non giuridiche: il lato più appariscente del nuovo ramo del diritto era il rivestirsi di forme giuridiche di certi aspetti della vita associata. E oggi possiamo osservare un fatto unico nella storia delle discipline giuridiche: che quasi ogni autore determina un proprio criterio, assumendolo come fulcro e chiave per edificare tutto il sistema giuridico del diritto dell'amministrazione, onde si ha tutta una serie di dottrine, si direbbe, monocordi: il Bouchené Lefer e il Macarel assunsero il criterio del modo di organizzazione dei servizi pubblici ([55]); il Serrigny e altri quello della specie dell'azione amministrativa: azione consiglio giudizio; il Fr. Laferrière quello delle qualità intrinseche dei servizi amministrativi, p. e. la loro estensione territoriale e il loro fine ([56]); il Foucard quello del modo onde l'attività amministrativa restringe la libertà privata ([57]); altri, tra i minori (Boulatignier, Trolley), seguiva al massimo criteri eclettici, mentre un gruppo di autori cominciava già a individuare i problemi fondamentali della giustizia amministrativa([58]). Opere quasi tutte da porre sullo stesso piano, perché se alcuno fu

---

gine, sono talora riunite in paragrafi e numeri. Mi pare che come opera individuale sia tuttora la più grandiosa che si trovi nella scienza del diritto amministrativo. Peccato che oggi è completamente inservibile.

([55]) MACAREL, nel *Cours d'administration et de droit public.*, cit.; BOUCHENÉ LEFER, *Droit public et administratif français, ecc.*, Paris, 1830. Sui criteri seguiti dagli autori di questo periodo, il giudizio di quelli successivi fu eccessivamente severo: v. p. e. quanto dicono il BATBIE e il DE GIOANNIS GIANQUINTO.

([56]) SERRIGNY, *Traité de droit public*, Paris, 1845; FR. LAFERRIÈRE, *Cours de droit public et de droit administratif*, Paris, 1839. Quest'ultimo ebbe 5 ediz. fino al 1860. L'A. modificò spesso le proprie idee: nelle prime ed., parlava dei servizi quanto al loro fine di conservazione oppure di sviluppo della società; nella 3ª (1850), quanto alla loro estensione territoriale.

([57]) FOUCARD, *Eléments de droit public et administratif*, Paris, 1834, [4] 1855-75, 4 voll.

([58]) CHAUVEAU, *Principes de competence et de juridiction administrative*, Paris, 1841; SERRIGNY, *op. cit.*, e *Traité de l'organisation de la competence et de la procedure en matière contentieuse administrative*, Paris, 1842; VIVIEN, *Etudes administratives*, Paris, 1845.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

miglior sistematico, altri fu più organico, altri più acuto, altri più sostanzioso. Fu dunque un periodo caratterizzato da un pullulare rigoglioso e spontaneo di tentativi diretti alla sistemazione dei nuovi fenomeni giuridici, condotti con completa indipendenza dalle altre scienze giuridiche, per cui non si potettero avere quelle direttrici generali di ricerca che tanto giovano agli studi, non si potè avere né un'unità di metodo, né una visione veramente critica dei problemi nuovi. Tuttavia fu merito di questi autori aver tentato tanti cammini diversi, cosa che permise rapidamente agli autori venturi di ogni paese, di avere una vasta esperienza scientifica, la quale doveva giovare più di ogni possibile ben congegnato sistema.

La rivoluzione del 1848 e gli avvenimenti successivi mutarono la legislazione, dapprima in senso più liberale, poi reazionario (1852), poi di nuovo liberale moderato (1860); nel diritto amministrativo di conseguenza si ebbe un breve periodo d'arresto; nel frattempo il Consiglio di Stato veniva elaborando tutta la giurisprudenza del contenzioso di excès de pouvoir, lavoro sottile e geniale, com'è ben noto.

Nel frattempo la pandettistica germanica aveva avuto un certo influsso sui romanisti francesi, e quindi, da essi, sui civilisti, seppure in forma molto attenuata. Di secondo grado, attraverso le opere di studiosi di queste altre scienze, essa influì anche sulla scienza del diritto amministrativo. E difatti il Batbie, nella *Introduction générale au droit public et administratif* (del 1861) ([59]), propose un criterio, che fu, in sostanza, seguito almeno fino ad Hauriou: l'introduzione della partizione civilistica in persone, cose e obbligazioni, trasformata e adattata in quella di persone, cose e modi d'acquisto di diritto amministrativo; a ciò si contrapponeva la giurisdizione amministrativa, corrispondente allo « esercizio e difesa dei diritti » di allora. Ma, più che il criterio sistematico, giovò il trasporto, seppure un po' timido, dei concetti elaborati dal diritto privato: l'amministrazione (Stato o ente minore) fu riconosciuta come soggetto giuridico, che può essere ti-

([59]) BATBIE, *Introduction générale au droit public et administratif*, Paris, 1861. Il DE GIOANNIS GIANQUINTO crede che la fonte del nuovo metodo del Batbie sia l'Ortolan; ma invero essa era ormai comune in molti romanisti e civilisti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tolare di diritti, esercitarli in vario modo, « difenderli »: di qui lunghi esami dei diritti politici, dei c. d. diritti dei pubblici servizi, e l'introduzione o migliore applicazione dei concetti di fonte del diritto, di atto amministrativo, di vizi dell'atto, di tutela amministrativa, di contratto e quasi contratto amministrativo, di dominio pubblico e privato dello Stato, ecc. Appartennero a questo gruppo alcune opere che ebbero grande importanza anche per i nostri giuristi (60).

In fondo solo a questo momento si può dire che sorge in Francia un diritto amministrativo di carattere moderno; ma si vedrà che contemporaneamente esso sorgeva anche in Italia e in Germania. Tuttavia in Francia vi era qualche altra cosa che in questi paesi mancava: un'organizzazione amministrativa ormai matura e ricca di esperienza: ciò permise ai nuovi giuristi di compiere l'opera per cui la dottrina francese ha conquistato i suoi titoli migliori, e cioè lo studio sistematico della giustizia amministrativa: chi l'iniziò fu l'Aucoc, il quale, nella sua opera fondamentale, accanto allo studio dell'organizzazione, condotto col criterio della specie degli interessi amministrati, rivelò in forma chiara e con nuovi sviluppi la giurisprudenza dell'excès de pouvoir. Sopravvenne poi la riforma del Consiglio di Stato del 1872, e seguì l'opera, che è ancor oggi uno dei pilastri del diritto amministrativo, del Laferrière E., il *Traité de la juridiction administrative* (61).

Ormai, specie per l'opera dei minori (Trolley, Cabantous, Dufour, Pradier-Fodéré, i vari Dareste, Jacquelin, Colin, ecc.), il diritto amministrativo era stato largamente esplorato: l'avvicinamento al diritto privato (e processuale civile) aveva dato pregevoli frutti, ma anche una strana idea: cioè che il diritto amministrativo fosse un diritto eccezionale rispetto al diritto comune, alla stregua del diritto commerciale. Questo concetto di diritto

---

(60) Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, 1868, 7 voll. (2 1885, voll. 8); Ducrocq, *Cours de droit administratif*, Paris, 1866, 6 1881.

(61) Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, 1869, 3 1885 (i volumi successivi al 1° sono dedicati ai lavori pubblici, data la natura del corso tenuto dall'A.); Laferrière E., *Traité de la juridiction administrative*, Paris, 1 1887.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

eccezionale era del tutto particolare, e chi lo prese in quel senso rigoroso che gli attribuiamo noi in Italia, fraintese quello che in realtà volevano dire gli autori francesi. Essi avevano trovato semplicemente che v'era una parte generale del diritto; ma avendola identificata con la parte generale del diritto civile, dovettero imaginare che il loro diritto fosse una deviazione da questo. L'Hauriou concludeva nel 1893 con questi curiosi pensieri: noi abbiamo lavorato tanto, e siamo finiti col tornare indietro, perché dobbiamo riconoscere che il nostro diritto è vicinissimo al diritto privato; così nel medioevo si formò a un certo punto il diritto commerciale: siccome esistevano, come oggi per quello amministrativo, dei tribunali propri della materia commerciale, esso parve qualche cosa di nuovissimo; ma il tempo ha mostrato che esso era solo un ramo del diritto privato (62).

Ove tale concetto s'intendesse secondo i notri criteri, esso sarebbe contraddittorio con l'idea che lo stesso Hauriou doveva riprendere qualche anno dopo, del régime administratif, che egli fondava sopratutto sull'ampiezza e autorevolezza della funzione del Consiglio di Stato.

Dopo il Laferrière, nella scienza francese del diritto amministrativo si produsse un fatto molto interessante, poiché per un aspetto si ebbe un allargamento di orizzonti, per un altro una contrazione. Col sorgere del secolo vennero infatti elaborandosi alcune dottrine generali, le più importanti delle quali, nel nostro campo, furono quelle dette « realiste », rappresentate dalle opere del Duguit, dell'Hauriou e dei loro seguaci (63). Esse ebbero l'ef-

---

(62) HAURIOU, *Précis de droit administratif* del 1893, p. 55 ss. Successivamente pare che egli abbia abbandonato questa opinione, che, oltre a essere fondata su un concetto non rigoroso del diritto eccezionale, e sull'equivoco detto nel testo, é criticabile nel seno stesso della sua logica, da tanti altri punti di vista. Essa era però comune negli scrittori francese non ultimissimi.

(63) Gli studi maggiori su queste dottrine sono tuttora quelli del FORTI, *Il realismo nel diritto pubblico*, e *Le dottrine realiste di Hauriou*, che ora trovansi negli *Studi giuridici* (Roma, 1937, I, pp. 23 e 147). Nel primo di questi studi, egli acutamente rilevava, fin dal 1902, l'illogicità fondamentale del metodo di queste dottrine, le quali pongono assertoriamente i fatti che costituiscono oggetto di studio delle scienze morali, come « dato » di ricerca e insieme come « cosa » materialmente esistente (p. 65 ss.). Successivamente la dottrina si è occupata moltissime volte di questi autori.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fetto benefico di rompere il cerchio di rigido e incompleto nazionalismo, che fino ad allora aveva cinto la scienza francese. Ad essa poi, col loro tentativo di ridurre ad unità di sistema tutto il diritto, diedero per la prima volta il gusto delle teorie giuridiche generali, gusto che oggi sta a poco a poco superando l'abitudinario tradizionalismo scientifico ivi endemico, e va guadagnando notevoli adepti. Tuttavia queste teorie generali ebbero carattere differente da quelle che contemporaneamente fiorivano in Italia, appunto, è da credere, per il tradizionalismo scientifico stesso, che nei riguardi della scienza del diritto amministrativo era particolarmente forte per evidenti ragioni nazionali. È vero che in Francia la scienza del diritto pubblico, in ispecie quella del diritto amministrativo, era stata molto meno esegetica delle scienze giuridiche privatistiche, ma pur con tale sua maggior costruttività, stabilizzatosi, per così dire, il corpo delle dottrine fondamentali, in pratica essa aveva sortito effetto quasi simile, in quanto proprio contemporaneamente alla ventata di teorie generali, si andava chiudendo in un proprio ordine ideologico, con una ingombrante serie di miti intoccabili, di formule ripetute acriticamente, di convenzionalismi e di preconcetti nell'apprezzamento del valore di certi avvenimenti storici e di certe espressioni dottrinali straniere. L'opera di O. Mayer, tradotta in francese, ebbe scarsa risonanza; le teorie generali, da parte loro, non avevano esteso il loro sforzo al di là di certi sommi concetti, per cui sono venuti a mancare o sono rimasti allo stato grezzo quasi tutti quei concetti intermedi e minori, che hanno tanta importanza in ogni scienza giuridica.

Qualche affinamento di questi concetti minori, e qualche acuta impostazione di problemi particolari, si ebbe sopratutto nella diuturna opera di annotatore dell'Hauriou, cui la scienza francese deve anche una delle sue teorie più fortunate, quella dell'istituzione. Continuamente superandosi e rifacendo le proprie dottrine, l'Hauriou fu certo una delle più notevoli figure fra i recenti giuristi europei (64). Qualche cosa può trovarsi anche in uno

(64) Nelle varie edizioni dei suoi *Précis* e *Principes*, egli ha di continuo rielaborato la materia. Riguardano il diritto amministrativo: il *Précis de droit administratif et de droit public* (la 12ª ed. è del 1933), che da qualche tempo è diviso

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scrittore di grande attività, lo Jèze, che con i criteri del Duguit, ha, nel proprio sistema, assegnato un posto eminente al concetto di servizio pubblico ([65]).

Ma, se pure è dato trovare colpi d'ala e sottili rilievi dogmatici e pratici, in genere le varie opere poggiano su basi incerte, si aggirano fra concetti imprecisi, gravitano in teorie empiriche e parziali. L'assenza di metodo critico si fa ora sentire. Anche nelle opere migliori, l'utilità pratica e scientifica è diminuita per lo scarso raffinamento concettuale: in un libro sulla nozione di pubblica utilità, invano cerchereste di sapere se essa è circostanza costitutiva o modificativa, se è motivo o presupposto, se è parte del giudizio di merito o di legittimità; in un libro sul problema della voie de fait, uno dei miti del diritto francese, s'ignora il concetto di legittimazione, che probabilmente avrebbe risolto tutto l'intrico con grande semplicità; e potrei seguitare con gli esempi.

La scienza francese ha avuto un periodo di depressione subito dopo la guerra del 1914; da essa si sta risollevando negli ultimi anni, in cui si sono moltiplicati gli studi monografici di parte generale. Ma ci si sta accorgendo che è necessario riprendere i contatti con le altre scienze giuridiche e con le dottrine di

---

in: organizzazione della pubblica amministrazione, esercizio dei diritti dell'amministrazione (contenzioso), diritti delle amministrazioni; il *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris [4], 1938; le note, ora raccolte nei 3 voll. de *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris, 1929.

([65]) JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, vol. I (tecnica giuridica), [1] 1904, [3] 1925; vol. II (servizio pubbl., e statuto degli agents publics) [3] 1930; vol. III (funzionamento dei servizi pubbl. ecc.) [3] 1926; vol. IV (Contratti della p. a.) [3] 1934. Inoltre vi sono numerosissimi Corsi di diritto amministrativo, tenuti in vari anni.

Lo Jèze, essendo temperamento insieme fortemente dialettico e fortemente acritico, non è ancora riuscito a chiarire in termini giuridicamente soddisfacenti il concetto di servizio pubblico, che secondo lui forma la chiave di tutta la scienza del diritto amministrativo; se ne veda un'esposizione concettosa in *Le service public*, *Revista de drept public*, 1926, contro cui però, dal suo punto di vista, anch'esso per noi giuristi italiani un po' incomprensibile, si veda l'HAURIOU, nelle prime pagine della 11ª e 12ª ed. del *Précis de droit administratif*.

Da ricordare è anche il BARTHÉLÉMY (*Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, [1] 1900, [12] 1930), che divide semplicemente il sistema del dr. ammin. in tre parti: organizzazione, azione amministrativa, giustizia amministrativa.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

altri paesi: e così certi autori recenti cominciano a ospitare i concetti e i problemi elaborati dalla scienza germanica, italiana e anglosassone, e dalla scienza del diritto internazionale e processuale: basti ricordare qui il Bonnard, il Welter, il Waline ([66]).

9. Nei paesi germanici la scienza del diritto amministrativo ebbe tuttaltro sviluppo. Si è visto come le innovazioni posteriori al periodo napoleonico si riflettano sopratutto nella miglior disciplina di alcune attività amministrative e in una organizzazione del processo amministrativo dinanzi ai tribunali ordinari, o ordinari con competenza speciale, o speciali. La scienza giuridica germanica vantava una tradizione di notevoli scrittori ([67]), anche se in sostanza non strettamente giuristi; il secolo si chiudeva con una controversia tra il Gönner e il von Berg ([68]). Il primo, riprendendo l'antica idea dello Stato giurisdizionale e applicandola alla legislazione illuministica del periodo iniziatosi coi principi della fine del secolo XVIII, negava l'esistenza di un diritto della polizia, essendo le « Polizeisachen », in quanto tali, sottratte a disciplina giuridica, specie contenziosa, in antitesi alle Justizsachen, cioè a quelle materie per cui lo Stato poteva essere chiamato in giudizio. Il secondo, riannodandosi alla scienza camerale, affermava invece l'esistenza di un diritto della polizia, come diritto tipico di quel periodo storico. E ancora in pieno ottocento altri autori parlavano di diritto della polizia ([69]).

([66]) I recenti scritti di diritto amministrativo del BONNARD, *Précis de droit administratif*, Paris, 1935; ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Paris, 1937; WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris, 1936, benché in parte ancor stereotipi, hanno notevolissimi spunti. Ma sono soprattutto le opere monografiche attraverso cui si tentano le nuove vie.

([67]) V. in STINTZING LANDSBERG, *Geschichte*, I Abt., testo, p. 478 ss.; 2° Abt., pp. 32 ss., 189 ss.; 3° Abt., 1° Hb., pp. 112 ss., 315 ss.

([68]) GOENNER, *Teutsches Staatsrecht*, Landshut, 1804, I, p. 500; BERG, *Policeyrecht*, cit., sp. I vol. Il Gönner ebbe molta importanza per gli studi amministrativistici dell'epoca, per l'opera *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, Erlangen [2] 1804, in cui vi era una chiara distinzione tra Justizsachen e Polizeisachen (II vol., pp. 1-99).

([69]) P. e. il v. SALZA LICHTENAU, nel 1842; si ricorda qui l'opera del v. MOHL, già detta, sulla scienza della polizia (v. nt. 38 e 41). V. anche F. F. MAYER, *Grundsätze des Verwaltungs-Rechts*, Tübingen, 1862, p. 108 e nt. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il secolo nuovo esordisce con un unico problema: la materia amministrativa da portare dinanzi ai tribunali, e quindi i rapporti tra giustizia e amministrazione: il diritto delle pubbliche amministrazioni è sopratutto un diritto processuale amministrativo ([70]); per il resto è diritto dello Stato ([71]), o diritto privato. Il termine però di diritto amministrativo era già comparso: nel 1829 il v. Mohl proponeva la distinzione tra diritto costituzionale e diritto amministrativo, ma egli era anche studioso del diritto francese, e di li l'aveva tratta, senza neanche esserne molto convinto ([72]). Gli studiosi dei vari Stati non vi fecero gran caso: effettivamente un diritto amministrativo non esisteva in nessuno degli Stati stessi, eccetto forse in Baviera, per lo meno a stare a un'opera del Pozl, appunto al diritto amministrativo bavarese dedicata ([73]).

Procedendo la legislazione in generale verso una maggior pubblicizzazione della disciplina giuridica delle cose amministrative, benché sempre dominasse, specie nelle opere monografiche, il sistema del diritto del fisco, come diritto privato eccezionale, si

---

([70]) La letteratura di questo periodo è molto vasta: fra gli altri (che ho potuto trovare), PFIZER, *Ueber die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Ziviljustiz*, Stuttgart, 1828; WEILER, *Ueber Verwaltung und Justiz*, Mannheim, 1836; PFEIFFER, *Die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramts*, Göttingen, 1851; MITTERMAIER, *Beiträge zur Lehre von den Gegenständen des bürgerlichen Prozesses*, *A. z. Pr.*, 1821 (4°), p. 305 ss.; v. anche stesso period., voll. 12°, 21°, ecc. Si confronti il modo onde la questione sarà trattata dal MAYER O., *Justiz und Verwaltung*, Rekt. Rede, Strassburg, 1902. Questo autore inoltre ricorda che nel 1840 un giurista Miruss ancora parlava di diritti signoriali territoriali (*Deut. Verwaltungsrecht*, I, p. 54, nt. 1).

([71]) Si tratta di opere descrittive, di cui la più nota è quella dello ZACHARIAE HEINR. ALB., *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, Göttingen[1], 1841-45. Più volte si trovano citate alcune altre opere, come p. e. quelle del BEHR, del ROENNE (*Die preussische Verwaltung*, Berlin, [1] 1865), ecc.

([72]) VON MOHL, *Das Staatsrecht des Königsreichs Würtembergs*, Tübingen, 1829. V. però gli apprezzamenti dello SPIEGEL, *op. cit.*, p. 25, nt. 45. Si noti che il VON MOHL nella *Polizeiwissenschaft*, più volte ricordata, sembrava implicitamente aver respinto il concetto di diritto amministrativo, già da lui accolto nello *Staatsrecht*; per cui la Polizeiwiss. fu molto discussa, da alcuni essendo stata accusata di retrogradismo, da altri invece considerata come il preludio alla Verwaltungslehre (v. STINTZING LANDSBERG, *Geschichte*, 3° Abt., II Hb., testo, p. 507 ss.).

([73]) V. POZL, *Lehrbuch des bayrischen Verwaltungs-rechts*, München, 1856.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

veniva riconoscendo accanto ad esso un diritto pubblico dell'amministrazione, non nel senso di diritto amministrativo, ma proprio di « diritto dell'amministrazione ». Questa fase è rappresentata principalmente dal wurtermberghese F. Felice Mayer (74). Egli, dopo una prima opera in cui concepiva il diritto dell'amministrazione come limitazione alla sfera privata, nei successivi *Grundsätze des Verwaltungs-Rechts* (1862), lasciò un lavoro sorprendente, che, sebbene oggi quasi inservibile per il cambiamento del diritto positivo e per averne la elaborazione dogmatica riviste tutte le posizioni teoriche, ebbe allora il pregio di introdurre, in un campo ove dominava la descrizione pratica dei fenomeni, il gruppo di quei concetti medi e minori che la pandettistica e i civilisti andavano rigorosamente determinando. Fra le sue fonti, però, oltre la pandettistica, sono anche gli autori francesi. Egli intuì in più che era possibile formulare i sommi principi di questo « diritto dell'amministrazione », però non fu ancora in grado di riunirli in una parte generale, onde, nella sua opera, noi li troviamo divisi fra un'introduzione e un capitolo finale.

Il « diritto dell'amministrazione » non costituiva pertanto un ramo del diritto: era solamente una disciplina, istituita a fini scientifico-pratici, la quale studiava quegli istituti del diritto pubblico che riflettevano l'amministrazione, tenendo conto anche degli altri istituti, di egual materia, contenuti nel diritto privato.

Tutti questi istituti, non essendo collegati da elementi sistematici di natura giuridica, erano però collegati dall'unità della materia, che era appunto la materia amministrativa. Questo sembrò a un certo punto un elemento sufficiente per un'elaborazione scientifica, e sorse così la scienza dell'amministrazione (75): essa era, almeno nei suoi primi autori, una « disciplina variopinta », un misto di politica, economia, diritto, sociologia. Esce dai limiti

---

(74) F. F. MAYER, *Grundzüge des Verwaltungs-Rechts und Rechtsverfahrens*, Tübingen, 1857; *Grundsätze des Verwaltungs-Recths*, Tübingen, 1862. Più volte ricordato, non sempre bene, è il libro del ROESLER, *Lehrbuch des Verwaltung-Rechts*, Erlangen, 1872-73.

(75) Essa si ritiene concordemente fondata dal VON STEIN, *Die Verwaltungslehre*, Stuttgart, 1866-68, 7 voll., con succ. ed. Si ritiene anche che essa ha tratto i suoi precedenti dalla scienza camerale e della polizia; a me pare che un'altra fonte sia costituita dalla scienza francese del diritto amministrativo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che mi sono posti occuparmi di tale disciplina, anche sotto l'aspetto, tanto discusso, dei rapporti tra essa e il diritto amministrativo; essa ebbe tutta una storia, tanto che a un dato momento parve dovesse assidersi ai primi ranghi tra le discipline che studiavano i fatti della vita associata. Comunque essa ebbe un'influenza grandissima sui giuspubblicisti, richiamando la loro attenzione sul tema dell'amministrazione, e quando più tardi sarà sorto infine un diritto amministrativo come distinto ramo del diritto, essa fu usata come argomento polemico sia da coloro che negavano sia da coloro che difendevano l'esistenza o l'autonomia del diritto amministrativo o della scienza relativa.

Si è già visto nella prima parte di questo scritto come nei paesi germanici il diritto pubblico assorbì a un certo punto la maggior parte degli istituti dell'amministrazione, senza che peraltro si costituisse ancora un diritto amministrativo. Fu perciò il diritto pubblico interno, o diritto dello Stato (Staatsrecht), che per primo doveva dar luogo a una propria scienza definita: la Staatsrechtswissenschaft fu cominciata a porre su nuove basi dai noti lavori del Rönne e del Gerber, ma spiccò il volo dopo che nel 1871 si fondò l'Impero: in meno di dieci anni apparvero le opere fondamentali del Rönne, von Thudicum, Zorn, Schulze, G. Meyer, e del Laband.

Perché sorgesse una scienza del diritto amministrativo occorreva che il diritto amministrativo stesso si formasse come ramo del diritto nell'ordinamento dell'Impero e dei vari Stati membri, ciò che non avvenne certo di colpo. E anche qui, come in Francia, e come ora in U. S. A., il campo da cui mosse la ricerca scientifica fu quello della giustizia amministrativa. Ma, altro caso che conferma il valore dei tradizionalismi nelle discipline morali, la scienza del diritto amministrativo, anche dopo sorto un diritto amministrativo, durò molta fatica a emanciparsi da quella dello Staatsrecht.

I vari momenti di formazione del diritto amministrativo e della scienza relativa non possono, naturalmente, essere fissati in modo certo: prendendo in considerazione la sola scienza, si vede che in un primo momento essa fu considerata come un mero conglomerato di norme di diritto dello Stato, civile, processuale e penale, istituito per esigenze pratiche (Laband); più tardi, e fu

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la tendenza dominante, fu considerata come un ramo secondario del diritto dello Stato, così, ad esempio, come sarebbe il diritto tributario di fronte al diritto finanziario, o il diritto dell'ordinamento giudiziario nel diritto processuale; anzi secondo taluni avrebbe avuto importanza ancor minore, di mera diramazione fatta come per il precedente « diritto dell'amministrazione », a scopi scientifici e pratici, non corrispondente neppure a un ramo minore del diritto, a sè stante. Anche in seguito, quando la scienza del diritto amministrativo ebbe un relativo sviluppo, non fu mai chiara la relazione tra essa e la scienza dello Staatsrecht, anche se la tendenza fu verso una sempre maggiore ripartizione di competenze ([76]).

([76]) Quanto riflette la discriminazione del diritto amministrativo dal diritto costituzionale, e, per la Germania, dallo Staatsrecht, rientra in un'altra questione estranea al tema qui trattato, che è quella della posizione sistematica dei rami del diritto. Ad ogni modo la questione particolare dei rapporti Staatsrecht-Verwaltungsrecht è molto più complessa di quanto sia apparsa agli scrittori italiani. Non essendo oggetto del mio esame, mi limito a rilevare che, se non avversione, certo vi fu una continua rivendicazione di campi da parte degli scrittori di Staatsrecht verso quelli di diritto amministrativo (noti sono p. e. i casi dell'organizzazione amministrativa, del Beamtenrecht, del diritto militare), e chi apra il LABAND, che pure fu scrittore il quale seguiva con grande accuratezza gli sviluppi della scienza e non professava disdegno per i maestri del diritto amministrativo, fino all'ultima edizione (1911), troverà che il 3° e 4° volume e buona parte del 2° del suo *Staatsrecht des deutschen Reiches* contengono materia di diritto amministrativo.

Ora fino a un certo periodo, l'avversione al diritto amministrativo fu effettivamente fondata, perché, come si dice nel testo, nell'ordinamento positivo non esisteva un diritto amministrativo come ramo del diritto; esisteva solo un diritto pubblico generale, in cui le norme di diritto dell'amministrazione erano una parte minore, non organica. Riprendendo, a titolo occasionale, una celebre figurazione del Romano, mentre attualmente il diritto costituzionale può concepirsi come un tronco, da cui si dipartono i vari rami, uno dei quali è il diritto amministrativo, in questo primo periodo il ramo del diritto amministrativo non v'era ma v'erano tanti rametti minori, aderenti senz'altro al tronco, il quale, con diversa dimensione (da quello attuale) costituiva il diritto dello Stato. In seguito invece la concezione dello Staatsrecht come diritto predominante divenne veramente una tendenza dottrinale, che a un certo punto sembrò dovesse divenire una tradizione scientifica nazionale.

Ciò produsse, negli studiosi del diritto amministrativo, una notevole incertezza sulle funzioni e sull'ambito della scienza che essi studiavano, incertezza che si può trovare riflessa p. e. nella determinazione della nozione di scienza del di-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Qualunque sia stato il più profondo valore del suo processo genetico, sta di fatto che dal 1870, trascorso poco più di un decennio, che si potrebbe dire d'incubazione, e che fu contradistinto da numerose opere monografiche — basti ricordare i volumi del Gneist sul diritto amministrativo inglese — il diritto amministrativo si staccò dallo Staatsrecht: nel 1883 appariva il manuale di G. Meyer, nel 1884 quello del Löning, nel 1887 quello del Sarwey (77). Opere molto diverse fra loro, ma egualmente pre-

---

ritto amministrativo (v. nota 36), o nella questione dei criteri tecnici di partizione di essa (v. SPIEGEL, *op. cit.*, p. 52 ss.), o in quella del c.d. metodo; incertezza che per un altro lato portò anche un certo vantaggio, perché favorì le opere di sintesi di tutto il diritto pubblico (di cui v. anche oltre nel testo e nelle note), e incoraggiò delle correnti di studi che facevano capo a loro stesse, su argomenti singoli del diritto pubblico interno, che poi risultarono appartenere al diritto amministrativo (basti ricordare lo Steuerrecht).

L'opera, più volte ricordata, dello SPIEGEL (*Die Verwaltungsrechtswissenschaft*), ebbe lo scopo precipuo di mostrare l'autonomia, e il carattere strettamente scientifico della scienza del diritto amministrativo di fronte a quella dello Staatsrecht (v. sp. p. 40 ss.) e quindi anche di illustrare la sistematica dei rami del diritto, per quanto riguarda il diritto amministrativo.

Si può infine ricordare che, negli ultimi tempi, lo Staatsrecht si è andato sempre più riducendo al solo diritto costituzionale, tanto che talora si è preferito direttamente questo termine.

Anche in Francia ci fu da principio nella scienza una tendenza ostile al termine e al concetto (ma forse più al termine) di diritto amministrativo. Il BOUCHENÉ LEFER, *Droit public et administratif français*, Avertissement, VI, esponeva le ragioni per cui doveva parlarsi piuttosto di un « diritto pubblico e amministrativo » (ma v. contra già il MACRÌ, *Corso di diritto amministrativo*, Messina, 1878, p. 22 ss.). Si vedano, per lo svolgersi di questo punto di vista, anche alcune prefazioni dello HAURIOU, alle varie edizioni del « *Précis de droit administratif et de droit public* ». Invece in Italia la discussione fu molto più pacata, e aderente alla realtà (v. CODACCI PISANELLI A., *Come il diritto amministrativo si distingue dal costituzionale e che sia la scienza dell'amministrazione*, Prelezione Pavia, *Filangieri*, 1877 (XII), 1; ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Trattato Orlando*, I, p. 59 ss.; PRESUTTI, *Istituzioni*, I, p. 50 ss. ntt.).

(77) G. MEYER, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Leipzig, 1882; si veda peraltro come il M. avesse un particolare concetto del diritto amministrativo, in: *Essenza e compiti della scienza dell'amministrazione*, in *Biblioteca dell'economista, Manuale di economia politica* di SCHOENBERG, serie III, vol. XV (1892), p. 28; LOENING, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1884; SARWEY, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg, i. B. 1887 (nel *Handbuch des öff. R.* del *Marquardsen*); *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, Tübingen, 1880.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gevoli: il Meyer G. per primo costruiva una parte generale (fonti, soggetti [organi], atti, azioni [giustizia amministrativa, esecuzione amministrativa]), non molto lontana per struttura da quelle di oggi, tanto che da alcuni fu detto il primo vero scrittore moderno di diritto amministrativo. Gli altri due, specie sotto l'influsso del Laband, curarono di perfezionare l'applicazione dei concetti giuridici, onde poter giungere ai principi maggiori, e infatti essi riuscirono a porne in luce diversi. Il Löning, nei tre libri dell'opera, trattava dell'organizzazione, dell'attività amministrativa e della giustizia amministrativa. La parte più estesa era la seconda, mentre quella che è oggi la parte generale era contenuta in una Introduzione di sole 59 pagine su ottocento complessive dell'opera: egli mirò sopratutto a dare alla materia una forma sistematica molto precisa, e si deve riconoscere che certe sue impostazioni sono ancor oggi di grande interesse. Il Sarwey invece indagò sui problemi della giustizia amministrativa in due fondamentali opere monografiche, mentre nell'opera intitolata « Parte generale del diritto amministrativo » si soffermò sui concetti fondamentali di amministrazione, di esecuzione, di sfera giuridica dei singoli, preparando la pedana da cui G. Jellinek, O. Mayer e altri, dovevano procedere per elaborare alcune loro notissime monografie.

Altri minori si ebbero contemporaneamente a questi tre (Meyer, Stengel, Wolzendorff). Dopo questo periodo gli studi di diritto amministrativo si moltiplicarono in maniera prodigiosa: nei vari Stati vi fu tutto un fiorire di opere che talora ebbero interesse scientifico generale ([78]).

D'altra parte però un'opera di sintesi, per riuscire veramente efficace doveva non solo sistemare tutto questo insieme di concetti giuridici che veniva elaborando la dottrina, non solo risalire dalla confusa legislazione ai principi generali e approntarli per i fini scientifici e pratici cui essi servono, ma dominare l'intima sostanza degli istituti con una coscienza più chiara, presup-

([78]) P. e. ROSIN, *Polizeiverordnungsrecht in Preussen*, Berlin, 1882, e le opere del SEYDEL sul diritto bavarese, dell'AFFOLTER su quello del Baden, dello ZORN su quello prussiano, del TEZNER su quello austriaco. Anche alcuni noti periodici germanici erano propri di singoli Stati membri del Reich. Si può ricordare l'importante opera dell'ULBRICH, *Grundzüge des österreichischen Verwaltungsrechts*, Prag, 1884.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

posta rispetto al pensiero giuridico, del loro valore concreto. In altre parole occorreva una larga esperienza scientifico-concreta degli istituti giuridici amministrativi, e quindi occorreva conoscere sia la loro intima rispondenza a curare i pubblici interessi o a contemperare questi con gl'interessi privati, sia i loro difetti, che in gran parte trovano una estrinsecazione nel grande campo delle liti amministrative, con le loro varie forme e coi loro relativi pregi e difetti. L'ordinamento francese, come si è visto, per un'ormai lunga evoluzione degli istituti amministrativi, via via affinata dall'apporto della dottrina, dall'intelligenza del legislatore e soprattutto dalla pratica giurisprudenziale, offriva un terreno d'indagine di primo ordine. E fu Otto Mayer, che applicando l'elaborata dogmatica germanica a questo terreno compì un'opera di portata tale che da essa gli autori germanici datano un nuovo periodo per la loro scienza del diritto amministrativo ([79]).

Il Mayer si svincolò quasi completamente dalla partizione precedentemente in uso: p. e. non si soffermò affatto sull'attività amministrativa in generale, suddividendola in parti secondo criteri meramente contenutistici: né assegnò quel così vasto rilievo al contenzioso amministrativo, che è effettivamente parte minima, nel complesso della vita delle pubbliche amministrazioni. Egli raggruppava la materia intorno ad alcuni concetti generali, sulla base del diritto positivo cercava di individuarne i principi relativi, e poi svolgeva le applicazioni di questi: p. e. individuato il principio della signoria della legge (legalità dell'azione amministrativa), e rilevatone il particolare contenuto nelle amministrazioni di tipo moderno, egli ne svolgeva le conseguenze rispetto alle fonti, agli atti amministrativi, ai diritti pubblici, ecc. Ma pur sforzandosi di dare ai principi generali e particolari un contenuto il più possibile amministrativistico, nella elaborazione dei dati minori non esitava a ricorrere a concetti che sembravano esclusivi del diritto privato: così nei diritti reali pubblici applicava in blocco i concetti di proprietà, di uso, di servitù, ecc.

([79]) La letteratura su O. Mayer e la sua opera è notevole: v. per tutti KAUFMANN, in *VA.*, 1925 (30°). p. 477. Le opere maggiori di O. Mayer sono la *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, già ricordata, e il *Deutsches Verwaltungsrecht*, anche ricordato, la cui 1ª ed. è del 1886, la 2ª del 1914-17, la 3ª del 1924.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Le opere di O. Mayer segnarono, se non l'inizio, il preludio al grande periodo della scienza germanica del diritto amministrativo. Basti qui ricordare i nomi dei maggiori: i tedeschi G. Jellinek, Bernatzik, Kormann, Laun, W. Jellinek; gli austriaci Ulbrich, Herrnritt, Merkl; gli svizzeri Fleiner e Burckhardt.

Ma prima di mostrare i presupposti ideologici, e il valore costruttivo dei criteri e dei metodi della scienza germanica classica del diritto amministrativo, volgiamo lo sguardo alla corrispondente scienza italiana, il cui svolgimento è contemporaneo e in certo senso parallelo a quello della scienza germanica, e che si trova oggi in una posizione, per certi lati più avanzata, ma per certi altri non molto dissimile da quella in cui è la scienza di lingua germanica.

10. L'evoluzione della scienza italiana del diritto amministrativo fu bene illustrata da uno dei nostri maggiori autori, onde non mi giova ripeterla ([80]). Prima dell'unificazione, essa non si ebbe naturalmente che negli Stati in cui fu possibile un diritto amministrativo; negli altri vi furono scrittori che si occuparono di cose amministrative, talora anche bene, come in Toscana; ma si trattava di descrizioni dei non grandi organismi amministrativi esistenti, ovvero di studi de jure condendo. Solo nel Napoletano e nel Regno Sardo sorse quindi una scienza del diritto amministrativo; più scarsa nel secondo (Lione, Boccardo) ([81]), florida nel primo, ove nel 1840 era rappresentata dalla robusta opera del

---

([80]) BORSI, *Il primo secolo della letteratura giuridica amministrativa italiana*, *Studi Senesi*, 1914 (30°); da ultimo v. anche BOZZI, *Il contributo italiano agli studi nel campo del diritto amministrativo negli ultimi cento anni*, estr. da *Un secolo di progresso scientifico italiano*, 1839-1939, edito dalla SIPS, Roma, XVII E. F. Buoni spunti storici si trovano anche nelle opere dello scorso secolo del DE GIOANNIS GIANQUINTO, MANNA TELESIO e RAVA, citt.; v. anche CESARINI SFORZA, *Gli studi di diritto pubblico in Italia negli ultimi anni*, *Crit. fascista*, 1938, p. 609.

([81]) Nel Piemonte aggregato alla Francia, l'Università di Torino fu designata come una delle sedi in cui impartire i nuovi insegnamenti, cui fu chiamato il CRIDIS. Si veda BRONDI, *Gl'inizi dell'insegnamento del diritto amministrativo in Piemonte* (in *Studi in onore di G. Pepere*, Napoli, 1901, ora in *Scritti minori*, Torino, 1934, p. 51 ss.), il quale ne ha ritrovato un breve trattato autografo. Il Brondi ipotizza anche che il Macarel sia stato scolaro del Cridis: la coincidenza di date è certo sicura.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Giovanni Manna, la quale per alcuni concetti anticipava anche sulla dottrina francese, e la superò se non altro nella chiarezza della costruzione e nella precisione concettuale terminologica e d'informazione. Essa si fondava sulla distinzione tra concentramento delle forze sociali e diffusione delle forze sociali già accentrate, cui corrispondevano l'organizzazione e azione di quella che egli diceva amministrazione di Stato ordinaria, e l'organizzazione e azione di quella che egli diceva amministrazione civile ordinaria: alcuni autori hanno creduto di individuare in questi concetti quelli posteriori di amministrazione giuridica e di amministrazione sociale, che sono invece diversi e più tenui ([82]).

L'Italia unificata vide sorgere una grande schiera di studiosi della scienza amministrativa; dalle opere del Garelli, del Boccardo, dello Scolari, del Persico, del Macrì, del Mantellini ([83]),

---

([82]) MANNA, *Il diritto amministrativo del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, in tre volumi; il primo contiene le *Partizioni teoretiche del diritto amministrativo* (1840, tip. all'insegna di Dante); il secondo il *Saggio storico sull'amministrazione del Regno delle Due Sicilie* (1842, Tip. di Porcelli); il terzo, rimasto incompleto, contiene la *Sposizione delle leggi positive*: essendo stato venduto in fogli, esso è oggi rarissimo. Il primo volume fu ristampato nel 1860, e poi di nuovo nel 1876-78, a cura del TELESIO, che lo annotò e scisse in due, col titolo *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene.

Il Nobile, editore della seconda edizione delle *Partizioni teoretiche* (1860), avvertiva nella prefazione di ripubblicare il « primo dei tre volumi componenti il Corso di diritto amministrativo pubblicati negli anni 1839-1842 ». Effettivamente pare che egli alluda a opera diversa per la data e per il titolo. Tuttavia già il BORSI, avvertiva (*op. cit.*, p. 14 estr.) di non averla trovata, e neanche a me risulta esistente, benché abbia condotto ricerche proprie in loco. Per cui devo ritenere che si tratti di un'erronea citazione dell'editore; ciò che è convalidato anche dal fatto che l'edizione del '60 è indicata sul frontespizio come seconda, e che la prima è sicuramente del 1840, onde non può esservene stata una del 1839; e inoltre dal fatto che la dedica dell'A. a G. D'Andrea, che precede l'edizione del 1840 delle « Partizioni teoretiche » presenta l'opera come cosa assolutamente nuova.

([83]) GARELLI, *Il diritto amministrativo italiano*, Torino, [1] 1860, [4] 1872, [7] 1885; SCOLARI, *Diritto amministrativo*, Pisa, 1866; BOCCARDO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 1863; più originali sono il PERSICO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Napoli, 1866-74, voll. 2; il MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1880-82; il MACRÌ, *Corso di diritto amministrativo*, cit. Sui primi autori ebbero un certo influsso anche le opere del CARMIGNANI, che trattò largamente del c.d. magistero preventivo nelle sue opere penalistiche.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a quelle del De Gioannis Gianquinto e del Meucci si ebbe un continuo perfezionamento. Si ama spesso insistere sul forte influsso esercitato dai francesi su queste prime opere; a me pare che esso si è avuto più che altro nel campo della giustizia amministrativa, e quindi specie intorno al 1877: in questo campo effettivamente la dottrina francese poteva insegnare molto. Ma per quanto riguarda le dottrine generali i nostri autori conquistarono d'un colpo solo la posizione che la scienza francese aveva raggiunto in mezzo secolo. Nel 1864, cioè tre anni dopo il Batbie, ma, pare, indipendentemente da questi e con maggior penetrazione, il sardo De Gioannis Gianquinto, in una prolusione a Pavia ([84]), enunciava l'idea che, se volevasi trattare sistematicamente il diritto amministrativo, era necessario ricorrere al disegno del diritto romano: personae, res, actiones, tenendo conto insieme dei caratteri propri del diritto amministrativo: p. e. la persona nel diritto privato potrebbe considerarsi un « fine », ma in quello amministrativo era certo solo un « mezzo » della azione amministrativa, la quale invece costituirebbe il vero fine. Nello svolgimento delle varie parti, i diversi autori seppero d'altronde elaborare con maggior acume i singoli istituti, senza soffermarsi su quei principi, generici e nullamente giuridici, che attrassero le simpatie di taluni autori francesi, e senza d'altro lato tenersi a procedimenti troppo esegetici ([85]). La questione del criterio di studio, ossia di quello che allora, come oggi, si diceva metodo, era fortemente sentita dai nostri migliori giuspubblicisti, probabilmente perché all'incirca nel loro tempo, essi avevano avuto in Rosmini e Mamiani due pensatori che avevano fortemente

([84]) Senza dubbio il DE GIOANNIS GIANQUINTO è uno dei maggiori fra i nostri autori di quel periodo, in nulla inferiore agli autori francesi contemporanei. Oltre al *Corso*, più volte citato, la Proluzione al corso di diritto amministrativo, nell'Università di Pavia, è anche un'opera di carattere generale, poiché egli ne sviluppò le affermazioni in un corpo di note di oltre 300 pagine, che pubblicò insieme ad essa, col titolo « *Nuovo Dritto amministrativo d'Italia, informato al carattere nazionale e necessità di emanciparne la posizione teorica dalle influenze prevalenti de' metodi stranieri* », Pavia, 1864. Si veda a p. 62 e 380 di quest'ultima opera, e a p. 100 ss., sp. 103, del *Corso*, la fortissima critica agli auotri francesi.

([85]) Lo stesso DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Nuovo dritto amministrativo*, p. 67, e spesso in seguito, insistette nel mettere in guardia dallo sviluppare eccessivamente gli elementi che egli diceva filosofico, storico ed esegetico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

agitato il problema dinanzi alle loro menti; ed essi avevano potuto riceverlo, perché la scienza del diritto non era ancora isolata dalle altre scienze giuridiche, com'è oggi.

L'aspetto giuridico della materia amministrativa riuscì, in conclusione, delineato in modo relativamente rigoroso, come non si ebbe in Francia almeno sino al secondo Laferrière e in Germania fino a F. F. Mayer ([86]), e ciò con tutto che i nostri autori

([86]) Il De Gioannis Gianquinto dedicava tutta l'opera *Nuovo dritto amministrativo*, a mostrare la necessità di imprimere carattere nazionale alle « istituzioni amministrative e al diritto che le governa ». Fu lui a impostare la questione metodologica per « affrancare » la ragione amministrativa « dalla tirannide dei metodi stranieri », che trovava erronei (ivi, 52, nt. 75, p. 355): mentre i francesi non avevano chiari i limiti tra diritto amministrativo, diritto costituzionale, economia politica e scienza dell'amministrazione (p. 54), egli, dopo aver esposto il proprio programma, illustrando le materie e i raggruppamenti che facevano capo ai tre concetti personae-res-actiones, ne spiegava con grande concisione il meccanismo: « Questo è il quadro sinottico descrittivo della divisione delle materie tutte del diritto amministrativo. Siffatta divisione è modellata sulle regole capitali della metodologia dell'*ordine distributivo*. Essa infatti partisce la materia prima nei suoi membri generali: appresso suddivide ciascun membro ne' suoi subalterni, e questi ancora fino ad arrivare ad una moderata semplicità, senza eccesso di analisi, collocando ciascuno sotto il proprio genere. Essa inoltre osserva la legge delle *affinità logiche*, ne' passaggi e ne' procedimenti da uno ad altro membro, sia nel passaggio da uno ad altro membro nella primitiva divisione, sia in quello delle specie e sotto-specie parziali nelle divisioni subalterne. Il passaggio da uno ad altro dei tre primi membri — Azione del potere esecutivo — Servizio degl'interessi generali nella società — Azione ne' rapporti con gl'interessi e co' diritti degli interessati —, è legato in virtù dell'affinità logica da un *principio attivo*, il suo *obbietto* o *materia*, e la *forma* di agire. Il passaggio poi nella suddivisione del primo membro — amministrazione generale o locale — organismo, azione, competenza — azione sussidiata dal consiglio nella duplice sfera del *consultivo* o *deliberativo* —, è determinato dalla logica affinità che unisce la *azione* di un principio nella sua *costituzione organica*, nelle sue *forze* o *virtù efficienti*, e nella sua *estensione estrinseca* o nello *spazio*. Il nesso, che collega le parti molteplici, nelle quali abbiamo ripartito il secondo membro generale — pubblici sostentamenti — industria agricola, manifattrice, commerciale, estrattiva — istruzione, educazione — sicurezza interna, esterna, nelle persone, nei beni — demanio, imposte, privativa, debito pubblico, ecc. —, deriva essenzialmente dalla condizione ontologica ch'esiste fra la *relazione* ed il *termine di essa*, fra il *bisogno* ed il *soddisfacimento*, fra il *fine* ed il *mezzo*. Infine la continuità di procedimento fra le parti della suddivisione dell'ultimo membro è determinata dalla *ragion specifica*, che assume il *principio agente* dalla diversa *natura* della *causa* determinatrice dell'azione, subordinata alle regole, che le imprimono la *forma*, ne fis-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fossero in una infelice posizione di partenza; in primo luogo infatti, più che dei sistematici, dovettero essere dei politici: era necessario infatti dare all'Italia unita degli istituti consoni al suo spirito e alle sue tradizioni: troppo spesso si erano copiate leggi alla Francia, al Belgio, alla Germania. E se pure talora questi nostri antichi non riuscirono in tale compito non io sento l'animo di troppo incolparli, poi che ancor oggi ignoriamo il passato dei nostri istituti amministrativi più celebrati (87). In secondo luogo la nostra scienza giuridica, per complesse ragioni, era quasi una ombra, mentre altrove era da gran tempo in nuovo fervore; infine le nostre organizzazioni amministrative erano troppo nuove per avere regolarità di funzionamento, troppo giovani per essere esperte, onde mancava quel materiale di prassi che aveva permesso ad altri tante notevoli indagini scientifiche.

Comunque, anche se vediamo alcuni autori, specie i primi cronologicamente (prescindendo da coloro che scrissero di giustizia amministrativa), riprendere gli schemi e le partizioni degli

---

sano i *limiti*, ne prevengono o riparano alle *collisioni* con altri principi agenti. E tale infatti è l'affinità logica fra la *pura azione*, la *giurisdizione graziosa* e *contenziosa*, fra la *competenza*, la *procedura* e i *conflitti*. Infine noi facemmo un'esatta applicazione della Metodologia alla nostra trattazione in rapporto alla forma logica, ossia all'ordine *dimostrativo* del *metodo spositivo* ... » (p. 365 ss.; i corsivi sono dell'A.).

In fondo dobbiamo riconoscere che questa metodologia aveva almeno un fondamento filosofico. Oggi, per lo iato fra diritto e filosofia che si produsse, e in parte ancora perdura, si fa un gran discutere di metodo, senza sapere spesso quel che si vuol intendere con tal concetto.

Comunque, per quanto qui interessa, questo è un semplice saggio di quanto fosse forte l'ossatura della prima scienza del diritto amministrativo italiana, nei confronti di quella francese, la quale tanto in alto estimavano altri più vicini nostri maggiori.

(87) Lo stesso DE GIOANNIS GIANQUINTO, in una bella prolusione pisana del 1876 « *La missione civile e riformatrice della scienza del diritto pubblico amministrativo* » (Lucca), incitava a studiare « la ragion amministrativa », non per perfezionare tale scienza, ma soprattutto per migliorare l'organizzazione delle attività statali, ai fini dell'equità, e del benessere del Paese. Tuttavia questo autore fu rimproverato di non aver saputo realizzare il suo programma, neppure sotto il riguardo della indipendenza scientifica, per aver sempre dimenticato le nostre tradizioni di amministrazione, e per aver quasi sempre predicato un'*instauratio ab imis*: si veda il pregevole discorso dello SCALVANTI, *Legislazione e scienza amministrativa in Italia*, Perugia, 1894 (discorso inaug.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

autori francesi, alla fine le loro opere riescono molto più profonde dal punto di vista dogmatico: basti qui ricordare l'opera del Persico, che riecheggiava in sostanza il Macarel, ma che nella trattazione dei mezzi dell'azione amministrativa distingueva già proprietà pubblica, tutela pubblica, amministrazione sociale (vol. II), raggruppando nel secondo concetto i servizi statali diretti a conservare e difendere l'ordine e l'esistenza dello Stato o delle sue parti; nozione che neppur oggi è chiara nella dottrina francese. Si chiudeva questo periodo con due pregevoli opere: il *Corso di diritto amministrativo* del Macrì, che era una compiuta parte generale (già del 1878) seppure tuttora astratta e costruita con nozioni oggi dissuete, e le *Instituzioni di diritto amministrativo* del Meucci ([88]), in cui le singole teorie della scienza del diritto amministrativo erano già delineate e sviluppate, come certo in letterature straniere di quell'epoca ancor non lo erano ([89]); così quelle dell'atto amministrativo, delle forme del diritto amministrativo, del rapporto di pubblico impiego e della proprietà pubblica. Ma quest'opera, che oggi a noi appare disorganica, come tutte quelle di questo periodo, rivelava che la nostra scienza era giunta a un punto morto, perché con i criteri che essa usava non si poteva realmente andare più oltre di dove essa era giunta, per cui era necessario un colpo di spugna, che ne permettesse un rinnovamento dal profondo, cioè dal nudo e grezzo materiale delle leggi.

Di questo rinnovamento fu artefice l'Orlando; dal 1885 al 1889, in diverse riprese, e poi anche in seguito, egli indicò nuovi criteri, che venne applicando nelle varie sue opere ([90]). Egli pose

---

([88]) MACRÌ, *Corso di diritto amministrativo*, Messina, 1878; MEUCCI, *Instituzioni di diritto amministrativo*, Torino, [1] 1879, [3] 1892, [5] 1905.

([89]) Lo stesso MEUCCI avvertiva ciò, dicendo che se le opere della scienza italiana « nell'abbondanza e nella classificazione della parte legislativa non adeguano le ordinate e laboriose compilazioni francesi, le vincono però nella parte critica e nella scientifica » (*Instituzioni* [5], p. 17).

([90]) I nuovi criteri ebbero le prime affermazioni nelle prolusioni, non pubblicate, di Modena (1885) e di Messina (1886), che ebbero per titolo rispettivamente: *Ordine giuridico e ordine politico*, e *Sulla necessità di una ricostruzione giuridica del diritto costituzionale*. Seguirono poi gli *Studi giuridici sul Governo parlamentare*, *AG.*, 1886 (36°), § 2, p. 527 ss., e *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, *AG.*, 1889 (41°), ristampato nel 1925, nelle *Pubblicazioni della fac. di giurispr. della R. Univers. di Modena*. Si vedano poi la *In-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fermo il fondamento che, al modo stesso del diritto privato, il diritto pubblico dovesse concepirsi come un « sistema di principi giuridici sistematicamente coordinati »; in quanto « principi giuridici », dovesse trattarsi di principi differenti e distinti dai principi politici e dai principi filosofici. Restava a vedere come potessero essi essere raggiunti e come dovessero usarsi: la questione non era una questione di metodologia pura, trascendente in certo modo la scienza del diritto, ma una questione, egli diceva, di tecnica giuridica: occorre usare criteri tecnici sottili e maneggevoli. Ma quali, come individuarli, come impiegarli, come giudicarne l'esattezza? Egli indicò molto semplicemente quei criteri che la scienza del diritto romano si era costruiti in due millenni.

Oggi che le discussioni sul metodo sono divenute tanto profonde e involute, più d'uno potrebbe rilevare che quel programma non era un piano di ricostruzione, né un enunciato di principi ricostruttivi; era una semplice indicazione del cammino, e, come tale, molte questioni passava sotto silenzio, altre trattava o impostava in termini approssimativi. Ma quel che essa non ebbe in precisione, guadagnò, si direbbe, nel senso del volume: evitando di teorizzare — cosa possibile in tanti modi — sui criteri tecnici, egli preferì indicarli, e ognuno ne usò direttamente e usò quelli che credette facendosi guidare dal proprio senso giuridico, senza impostare previe questioni sul carattere dell'uno o dell'altro criterio o del metodo in generale. Ciò fu un gran bene, e lo stesso autore giustamente se ne compiacque e riconobbe l'accortezza e il senso concreto di coloro che lo seguirono ([91]).

---

troduzione al diritto amministrativo, in *Trattato Orlando*, I, già ricordata, p. 86 ss.; i *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, [5] 1925, Introd. e §§ 34-42, p. 40 ss.; i *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, [3] 1908, p. 11 ss. Altri successivi lavori riguardano meno l'argomento di cui qui si parla; v. tuttavia la *Prefazione* alla traduz. it. del *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* di G. Jellinek (1912).

Alcuni degli scritti ora citati, sono stati di recente ristampati nel volume *Diritto pubblico generale, Scritti vari coordinati in sistema*, Milano, 1940.

Le idee enunciate dall'Orlando suscitarono espliciti consensi e adesioni: si veda, fra tutti, lo scritto dello SCALVANTI, *Indirizzo del diritto amministrativo italiano*, *R. d. p.* (Bologna), 1892 (2°), p. 595 ss.

([91]) V. la efficace « *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885* », *pubblicata* a seguito della ristampa dei *Criteri tecnici*, detta nella nota precedente, sp. a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La nostra scienza del diritto amministrativo cominciò dunque a battere le sue vie con grande ardimento. E verso la fine del secolo essa ebbe il coraggio di mettere in cantiere un'opera di proporzioni maestose, ancor oggi inimitata: il *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto dall'Orlando, che cominciò a uscire nel 1897. Alcune delle opere ivi contenute richiesero ai loro autori anni di fatiche, ma con esse si posero delle pietre fondamentali non solo per la scienza del diritto italiano, ma per quella di ogni paese.

Il trattato consta, com'è noto, di una raccolta di monografie. Del resto il quindicennio 1885-1900 fu caratterizzato appunto da una grandissima produzione monografica. In essa restano tuttora importanti, anche oggi, le opere del Ranelletti sulle concessioni e autorizzazioni e sulle espropriazioni, del Cammeo sulle fonti, del Ranelletti e del Cammeo sul demanio, del Brondi sull'atto complesso, del Longo e del Brondi sulla gestione di negozi, del Codacci Pisanelli e del Romano sui regolamenti, del Longo e del Romano sui diritti pubblici suggettivi, del Romano sul potere disciplinare, del Pacinotti sul pubblico impiego, ecc. ecc. Particolarmente ampia fu la produzione nel campo della giustizia amministrativa, in cui si giunse alla determinazione del concetto di interesse protetto, specie ad opera del Ranelletti. Ma non è nei miei compiti fare la cronologia della scienza italiana del diritto amministrativo.

Il secolo nuovo prosegue in sostanza nella via aperta, e mentre seguitano numerosissime le monografie — mi limito a ricordare quelle del Forti sulle concessioni e sui controlli; del Raggi, del Vitta, del Borsi, del Trentin e del de Valles sugli atti amministrativi; del Donati sugli atti complessi; del Romano, del Borsi e del Raggi sul Comune; del Romano sui conflitti e sulle giurisdizioni speciali; del Ranelletti sulla polizia; del Presutti, del Cammeo, del Vacchelli, dell'Orlando, del Salemi, del Salandra e del D'Alessio sulla giustizia amministrativa; del Brondi e del

---

p. 20. Da ultimo l'ORLANDO è tornato ancora sulla questione, cercando di definire con più precisione questo « metodo » (definizione che però mi lascia dubbioso) in *Ancora del metodo giuridico con particolare riguardo all'opera di S. Romano*, estr. dagli *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Padova, 1939, I, p. 1 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Longo sulla beneficienza; dello Jemolo sull'amministrazione ecclesiastica; dello Zanobini sull'esercizio privato delle pubbliche funzioni — s'inizia anche l'opera di sintesi. Erano già apparsi i *Principi* dell'Orlando. Appaiono in questo periodo, che può farsi arrivare fino al 1922, le *Istituzioni* del Presutti, i lavori d'insieme del Brunialti, del Salandra e del Ferraris, ma sopratutto i *Principi* del Romano e del Ranelletti e il *Corso* del Cammeo.

11. Quando l'Orlando proponeva il suo programma metodologico, in Germania il diritto dello Stato era sorto da circa un decennio, il diritto amministrativo stava sorgendo con il G. Meyer, mentre solo dopo dieci anni sarebbe apparsa l'opera di O. Mayer. Onde se la Germania precedette di qualche tempo l'Italia nell'opera di dare veste scientifica al diritto costituzionale, o meglio al diritto dello Stato, l'esigenza di dare veste scientifica al diritto amministrativo si manifestò contemporaneamente nei due paesi.

Ora in Germania la scienza del diritto dello Stato si era rinnovata prendendo a modello la scienza elaborata dalla pandettistica; lo stesso avvenne per la scienza del diritto amministrativo: notano i giuristi germanici che il pregio del Gerber, del Rönne, del Laband, dello Zorn, del Mayer O., ecc., fu appunto quello di aver costruito per il diritto pubblico un sistema di concetti giuridici di contenuto sicuro e preciso, alla stregua del sistema di concetti della scienza del diritto privato, usando i paradigmi e i mezzi propri di quest'ultima. La scienza del diritto privato a sua volta era in fondo un aspetto della pandettistica.

Dalla Germania la tecnica e i criteri della pandettistica erano passati in Italia, portati dai romanisti dopo il Serafini. Quindi allorché l'Orlando consigliava di impadronirsi della tecnica elaborata dalla scienza del diritto romano, praticamente ciò significava riprendere la tecnica della pandettistica, ossia la tecnica di una scienza giuridica la quale studiava un diritto che era insieme un diritto storico e un diritto sotto più aspetti vigente, ma vigente per un solo ramo, il più ampio e maestoso, e cioè quello del diritto privato. Il fatto che si trattasse di un diritto privato ebbe enorme importanza, e fra poco lo vedremo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tuttavia in Italia, nel 1885, questa tecnica era ancora in assorbimento presso gli stessi romanisti e privatisti (92). In Germania era ormai diffusa in tutte le scienze giuridiche; la scienza germanica del diritto amministrativo si trovò quindi in una posizione iniziale di gran lunga più favorevole nei confronti della corrispondente scienza italiana, onde al principio progredì con ritmo più celere, e alle sue opere noi ci volgemmo, agli inizi, come a esempio, anzi talora come a modello.

Su questo punto verte però una delle più notevoli incomprensioni, sia da parte di coloro che criticano d'insufficienza la odierna scienza italiana del diritto amministrativo, sia da parte di alcuni stranieri, i quali naturalmente di tale accusa hanno fatto tesoro: si dice che la scienza italiana del diritto amministrativo ha ricalcato le orme della scienza germanica, più o meno pedissequamente. Chi tuttavia non si arresti a una prima impressione, ma indaghi con maggior oggettività critica, si può accorgere che in realtà la scienza italiana e quella germanica hanno avuto un ceppo comune, che è appunto la pandettistica. E se inizialmente noi ci volgemmo alla scienza germanica della medesima specie, ciò fu un portato necessario della situazione ora detta, che si era costituita. D'altronde gli autori tedeschi furono oggetto di studio, non d'imitazione, come si potrebbe mostrare, se un'esemplificazione mediante un'analisi di specie, di opere e di dottrine amministrativistiche, non ci portasse troppo lungi; e ben presto noi potemmo costruire la nostra scienza in completa autonomia di pensiero da ogni dottrina straniera, poiché ci trovammo in possesso di strumenti molto più perfetti. Se infatti la pandettistica germanica ci diede il gusto della sistematica e c'insegnò alcuni criteri più evoluti d'indagine (che tuttavia non costituivano ancora l'estremo raffinamento), d'altra parte è inutile voler negare ogni influsso alla scienza francese, come molti fanno: l'aderenza ai fattori non giuridici della vita associata e l'osservazione costante della pra-

---

(92) Vedi ROCCO ALFR., *La scienza del diritto privato in Italia nell'ultimo cinquantennio*, già in *R. dr. comm.*, 1911, ora in *Studi di diritto commerciale e altri scritti giuridici*, Roma, 1933, II, p. 3 ss.; e da ultimo, FERRARA FR., *Un secolo di vita del diritto civile*, *R. dr. comm.*, 1939, I, p. 433, e in « *Un secolo di progresso scientifico italiano* », cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tica giurisprudenziale, che sono proprie oggi della scienza giuridica nostra, formano ancor oggi i caratteri salienti della scienza francese. Ma sopratutto noi riannodammo la nostra tradizione, che possedeva uno spiccato senso di misura e di equilibrio e una sensibile coscienza del valore reale del diritto positivo (93).

Per poter giungere al problema critico che ha mosso queste pagine, si tratta di vedere ora con più precisione quale fu il rapporto tra la pandettistica e la scienza del diritto amministrativo. Si è detto che esso si sostanzia in un influsso della prima sulla seconda; a me pare che tale influsso si espresse in due termini, che sono la dogmatica e la tecnica, e la problematica. Li esaminerò ora partitamente.

Non è semplice anche la sola descrizione di quello che s'intende per tecnica e per dogmatica. La pandettistica aveva trovato, nel comune dominio dei giuristi, alcune nozioni da lungo tempo usate, come quelle di soggetto giuridico, di capacità, di rappresentanza, di diritto reale, di obbligazione, di prestazione, e così via. Sottoponendo a meticolosa analisi le fonti, essa le aveva rivedute, cercando di scomporle negli elementi costitutivi di rilievo giuridico, e poi di darne definizioni sempre più precise. In queste operazioni erano applicati in pieno i procedimenti della logica aristotelica, donde il nome di metodo logico giuridico, che alcuni diedero a questa tecnica. Risalendo, per astrazione, a raggruppamenti via via più generali, erano state individuate nelle fonti altre nozioni, p. e., fondamentali, quelle di diritto soggettivo, di

---

(93) Anche l'influsso delle opere straniere di diritto romano, civile e processuale, che era stato spesso non indifferente sulla nostra scienza, cessò quando esse potettero essere felicemente sostituite da opere di autori italiani, eccezion fatta per alcune, le quali per lungo tempo conservarono notevole importanza, come p. e. quelle del Gierke.

Inoltre l'assorbimento della scienza straniera fu facilitato, talora anche eccessivamente, dalle traduzioni di molte opere, contenute specie nella *Biblioteca degli economisti* del Boccardo, e nella *Biblioteca di scienze politiche e amministrative* del Brunialti.

In seguito avvenne invece che opere italiane di altre scienze giuridiche ebbero per la scienza del diritto amministrativo importanza di centri di riferimento e di problematica, come p. e. soprattutto le *Note* al Windscheid, del Fadda e Bensa, e i *Commentari*, del Mortara.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

negozio giuridico, con numerose nozioni minori connesse. Altre nozioni invece erano state trovate deduttivamente, e se ne cercavano riprove concrete nel diritto positivo, p. e. quelle di fatto giuridico, di situazione giuridica, ecc. Tutte queste nozioni, rigorosamente determinate, erano collegate fra loro da nessi logici e sistematici, di natura diversissima.

Avvenne dunque che questo corpo di nozioni, con tutti i nessi che le collegavano, venne trasportato dal diritto romano e privato alle nuove materie giuridiche. Peraltro l'edificazione di esse non fu dovuta tanto a tale trasporto, il quale, come tale, è un fatto di rilievo puramente storico che interessa in via principale l'origine delle discipline giuridiche pubblicistiche. Fu dovuta invece al trasporto di mezzi tecnici per la ricerca e per l'impiego di tutte quelle nozioni, che appunto la pandettistica aveva trovato e perfezionato in misura notevolissima (si avverta che qui si parla di mezzi tecnici, e quindi di tecnica di una scienza, che è la scienza giuridica, e non di quella tecnica giuridica che alcuni autori giustappongono alla scienza giuridica stessa). Applicando tali mezzi alle proprie fonti positive, le discipline del diritto pubblico determinarono altre nozioni, di egual carattere, loro proprie, o perfezionarono quelle che avevano trovato nelle scienze del diritto privato, e istituirono tra queste nozioni un insieme di nessi, alla stregua di quelli che si osservavano nelle scienze del diritto privato [94].

Le scienze del diritto pubblico si formarono così una loro dogmatica: la scienza italiana del diritto amministrativo in particolare e anche quella germanica, ebbero l'accortezza di tenersi, in un primo momento permanentemente in contatto con altre scienze

---

[94] La recezione in Germania della dogmatica pandettistica nel diritto pubblico, in ispecie nello Staatsrecht, che si ebbe nella seconda metà del secolo scorso, fu in certo modo un fatto nuovo nella storia della scienza del diritto; seppure, sotto altri aspetti, esso ebbe risultati identici a quelli di altri diversi fatti che si erano avuti nei secoli precedenti. Anche nel sec. XVIII le teorie del diritto pubblico erano in gran parte appoggiate su quelle del diritto privato: ma in questo caso si trattava o di un relitto di situazioni dei secoli molto precedenti, allorché non esisteva che un diritto unico di stampo privatistico, oppure di un fatto proprio di singoli ordinamenti statali allora vigenti, cioè l'avere essi ancora struttura di diritto privato, nel loro diritto costituzionale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridiche, e con scienze giuridiche di altri paesi. L'affermazione di alcuni scrittori tedeschi attuali, rincarata rispetto a una vecchia osservazione del Binding, del Hänel, e di altri, che questa scienza (insieme a quella del diritto costituzionale) non avrebbe mai saputo farsi una propria dogmatica, appoggiandosi sempre a quella del diritto privato, è certamente partigiana e infondata e si basa su un diverso fatto, di cui diremo poi (p. 250 ss.).

Si noti ancora che l'unità fondamentale della tecnica, non impedisce né ha mai impedito che in una scienza giuridica possano formarsi diversi indirizzi, e perfino diverse correnti contrastanti: basti ricordare in Germania, e in altra materia, le tre correnti contemporanee di Jhering, Windscheid, Gierke. Nella scienza del diritto amministrativo, forse per la sua giovane età, non si ebbero correnti, ma piuttosto tendenze, a contorni sfumati e indecisi, nel senso che, seppure separate, esse rimasero contigue, anzi per più aspetti si compenetrarono.

Nella scienza italiana se ne possono individuare diverse: una tendenza propugnata dal Vacchelli, che si autodefiniva psicologica, partiva dal fondamento che il diritto pubblico, come tale, è un diritto sociale: in ogni entità soggettiva che in esso interviene, essa vedeva perciò una parte o membro di associazioni politico-giuridiche, e in ogni processo di volontà dei loro atti giuridici, essa voleva veder applicate le leggi della psicologia sociale ([95]). Questa tendenza, che aveva precedenti quasi simili in Germania, ove da ultimo è ricomparsa, si presterebbe a molte considerazioni; ma in fondo essa è rimasta sempre piuttosto evanescente, e nello stesso suo propugnatore pare siasi sempre più attenuata.

([95]) VACCHELLI, *Le basi psicologiche del diritto pubblico*, Milano, 1895. « Gli individui e le associazioni chiamate in diverso modo al compimento delle funzioni dello Stato, vi concorrono come membri, come organi dell'associazione politica, non come soggetti, né come persone dotate di diritti propri » (23). La vita delle amministrazioni si svolgerebbe secondo una serie di processi che sono insieme giuridici e psicologici: p. e. l'amministrazione autonoma sarebbe quella in cui un soggetto della volontà amministrativa, che si trova in certe condizioni, pone la sua volontà in modo diretto, cioè non accessoriamente o complementarmente a volontà altrui; il controllo amministrativo sarebbe una sorta di rimedio agli *automatismi* e ai *riflessi condizionati* della vita amministrativa, e così via.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La tendenza più comune era quella che, se il termine non fosse arrischiato, potrebbesi dire prevalentemente contenutistica: in essa si studiavano le materie amministrative secondo il loro intrinseco e naturale contenuto: quindi p. e. si riteneva necessario dare una dottrina giuridica della sanità pubblica, prescindendo dal fatto che in questa materia si trovano, accanto a prestazioni delle pubbliche amministrazioni, limitazioni alla proprietà privata, all'esercizio dei diritti fondamentali, nonché prestazioni all'amministrazione. La tendenza fu rappresentata sopratutto dal Ranelletti e dal Presutti; essa fu quella che contribuì in maggior copia al progresso scientifico della nostra scienza, perché, applicandosi direttamente al diritto positivo, ridusse nei freni della costruzione giuridica certi gineprai di norme complessi e intricati. Si osservò che individuare e illustrare gli istituti giuridici della beneficienza, della polizia, dell'agricoltura, ecc., giovava più che dividere tali materie distribuendole in varie teorie (96), e nessuno potrebbe in fondo affermare che questa tendenza sia fondamentalmente erronea.

Vi erano poi la tendenza che direbbesi pandettistica, propria del Cammeo e un po' del Pacinotti e di altri: essa trasportava direttamente nel diritto amministrativo tutta la dogmatica che avevano elaborato i pandettisti per il diritto romano e civile (97); e infine la tendenza che potrebbesi dire dogmatica, del Romano, che ripartiva la materia amministrativa in teorie generali, in cui si raggruppavano istituti retti da comuni principi, poco importando in qual ramo dell'attività amministrativa questi principi praticamente si attuassero (98).

Come si vede, fra queste varie tendenze vi erano differenze piuttosto notevoli; ma chi voglia spiegarsene le più profonde ra-

---

(96) V. le recens. del RANELLETTI (in *R. i. s. g.*, 1902 (34°), p. 100) e del PRESUTTI (in *Arch. del dr. pubbl.* (Roma), 1902 (1°), sp. p. 314), ai *Principi* del Romano. L'indirizzo si espresse sopratutto nei *Principi* del Ranelletti e nelle *Istituzioni* del Presutti.

(97) CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, 3 voll., lit. rist. 1927.

(98) ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, [3] 1912, p. 33; v. poi anche BRUNIALTI, *Il diritto amministrativo italiano e comparato nella scienza e nelle istituzioni*, Torino, 1912-14, in *Bibl. sc. pol. Brunialti*, Ser. II, voll. IV e V.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gioni e apprezzare il valore di ciascuna di esse, deve risalire a quel massimo problema della scienza giuridica, che è il problema del metodo. Esso è fuori dell'argomento qui trattato, anzi preferisco non accennarvi neanche per connessione. Per un altro lato tali differenze sono in certo modo rischiarate da quel secondo termine che la scienza del diritto amministrativo trasse dalla pandettistica, e che devo ora considerare, la problematica.

12. Ciò che si può denominare problematica di una scienza giuridica, forse costituisce una parte del problema del metodo, forse invece costituisce una questione a sè stante: ciò deriva dall'incertezza dell'ambito del problema del metodo. Qualunque sia la soluzione esatta, io parlerò qui della problematica in modo indipendente, prescindendo da ogni più profondo significato di essa, e basandomi sull'osservazione diretta dei processi d'indagine giuridica.

Chi consideri dunque i processi dell'indagine giuridica, senza molta difficoltà può osservare che i procedimenti i quali introducono allo studio giuridico e permettono a questo di progredire, non sono i procedimenti che di recente sono stati detti di rilevazione dei dati, e nemmeno quei procedimenti logici che portano alla determinazione o rideterminazione di nozioni giuridiche e alla definizione di esse, bensì procedimenti di diversa natura, i quali sono diretti alla impostazione critica di tutti quegli altri procedimenti detti prima, ossia i procedimenti che pongono e impostano i problemi giuridici [99]. Qui, come dicevo, non importa sapere come si giunga a questi procedimenti, a che e con che essi si connettano: ciò forma una grave questione, d'indole, a me pare, sopratutto logica, cui noi giuristi potremmo al massimo portare dati di materiale positivo.

---

[99] Con ciò non si vuol dire che la formulazione dei problemi costituisce il procedimento tecnico della scienza giuridica, e che l'individuazione dei concetti giuridici ne sia la meta. Quest'ultima è un semplice mezzo, a qualche cosa di più, che il CARNELUTTI p. e. (*Metodologia del diritto*, Padova, 1939, p. 109 ss.) ritiene sia l'applicazione degli istituti giuridici alla pratica mediante la formazione delle regole; altri invece ritiene sia la pura costruzione del sistema, che determinerebbe al massimo grado il sapere scientifico in senso proprio, e così via.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questi procedimenti precedono, seguono, si compenetrano, con i primi, e i singoli problemi variano di ampiezza e importanza: vi sono problemi di mera esegesi e problemi costruttivi, che sono senza confronto più importanti. Questi poi, anche per una stessa materia, possono assumere varia ampiezza: ad esempio si può porre il problema del sequestro convenzionale nel quadro dei negozi privati, del sequestro giudiziale nel processo cautelare o civile di esecuzione, o penale, oppure nel processo in genere, oppure nell'attività di polizia, o in tutta l'attività amministrativa; infine si possono porre i problemi generali del sequestro autoritativo, o del sequestro puramente e semplicemente, come istituto giuridico generale. Insomma vi sono alcuni problemi che possono porsi o limitatamente per alcune discipline giuridiche, o prevalentemente per una di esse, o per gruppi di discipline, oppure nella teoria generale del diritto.

Inoltre alcuni problemi derivano immediatamente dalle norme; altri invece si pongono solo dopo successivi gradi di astrazione. Così dai problemi della cambiale si è risaliti a quelli dei titoli di credito in genere, e a quello della circolazione giuridica; dai vizi del contratto ai vizi del negozio, agli elementi del negozio, all'atto giuridico, agli atti di secondo grado, e così via; di tale natura era, fino a prima del nuovo L. I del c. c., il problema della persona giuridica; ancora lo è quello del negozio d'accertamento, delegatorio, fiduciario, ecc.

Per ogni scienza giuridica esistono problemi esegetici e problemi costruttivi, problemi che derivano immediatamente dalle norme, e problemi che derivano da gradi successivi di astrazione. Ma siccome ogni scienza giuridica muove, e deve muovere, dai dati del diritto positivo, questo costituisce la prima scaturigine di tutti i problemi. Per tale ragione sopratutto varia l'ampiezza dei problemi stessi; alcuni di essi in nessun modo infatti potrebbero porsi al di là di una determinata scienza, seppure potrebbesi osservare che anch'essi sono sempre condizionati dall'alto, dai sommi principi propri dei vari ordinamenti positivi: cosa che però qui, ai fini dell'argomentazione, non interessa. Come pure non interessa quanto riflette i problemi di teoria generale, essendo sufficiente constatare che alcuni problemi nascono e si pongono pre-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cipuamente in una determinata scienza giuridica, e solo per successive astrazioni si portano in teoria generale.

Chiamando « problematica » l'ordine dei problemi relativi a una determinata materia (che a sua volta può essere un dato istituto, una parte o un'intera scienza, o anche più), per conchiudere questi cenni rapidissimi intorno all'argomento, che riconosco del tutto sproporzionati e inefficaci, è sicuramente da ritenere che le varie problematiche non sono, per loro natura, rigide, bensì variabili e flessibili, come e secondo quali principi sarebbe molto interessante da stabilire. Sicuramente però esse sono influenzate dal variare dei criteri politici che intervengono negli ordinamenti giuridici, e dagli indirizzi che assume, per una serie complessa di fattori, la corrente scientifica. Per cui si vedono certe problematiche occupare un intero periodo storico, e poi scomparire di colpo; e altre cristallizzarsi finché non si esauriscono gl'influssi di dati autori o di date scuole.

La scienza del diritto amministrativo, come dicevo dianzi, derivò in gran parte la propria problematica dalla pandettistica: ma mentre il trasporto della tecnica e della dogmatica di quest'ultima le arrecò un bene immensurabile, non si potrebbe dir lo stesso per il trasporto della problematica.

Si comprende che per mostrare praticamente come e dove ciò avvenne, sarebbe necessario scorrere quasi tutte le dottrine del diritto amministrativo; il che non è certo fattibile. In materie generali come queste vi è peraltro sempre il pericolo di caricare troppo le tinte, producendo idee sbagliate che a gran fatica possono essere mutate: mi riferisco ancora a quelle affermazioni, già ricordate, fatte in Italia e in Germania, secondo cui la scienza del diritto amministrativo sarebbe di stampo privatistico; affermazioni completamente inesatte per quanto riflettono la dogmatica e la tecnica, come si è visto; parzialmente vere solo per quanto riflette la problematica, nei limiti che ora si vedranno.

E anzitutto si deve subito precisare che, sotto il profilo della problematica, la scienza italiana si trova in una posizione notevolmente diversa da quella germanica, onde è necessario esaminarle separatamente.

In Germania la problematica della scienza amministrativistica è costituita da tre gruppi, individuabili per grandi linee. Vi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è anzitutto una problematica derivata da quella dello Staatsrecht: è noto che l'angolo visuale degli autori di quest'ultima scienza era quello dell'autorità dello Stato, tanto che essi avevano sottoposto a fortissima critica la concezione dei diritti primari dell'individuo, che pure era un portato immediato dello Stato liberale ([100]). Questo angolo visuale passò anche nella scienza del diritto amministrativo, inavvertito dagli stessi autori per lungo tempo, e solo più tardi riscontrato da altri, specie nel giurista in cui esso era più evidente, Ottone Mayer: e allora se ne additeranno le conseguenze nella mancata elaborazione di alcuni punti del diritto amministrativo. Ma è altresì riconosciuto che la problematica e la stessa dogmatica della scienza del diritto statale, avendo a che fare con alcuni problemi di ordine immediato di rilevantissimo valore, lasciò in ombra una quantità di altri problemi, che solo attualmente la scienza italiana del diritto costituzionale comincia ad affrontare.

In secondo luogo vi è la problematica che deriva immediatamente dalle leggi amministrative: problematica che rimase però in tono minore, talora fu perfino meramente esegetica. La ragione di ciò fu semplice: essa restò in parte sopraffatta dalla problematica del terzo gruppo, che era quella prevalente, di origine pandettistica. Chi apra i maggiori e i minori trattati di diritto amministrativo, trova concetti come questi: capacità di diritto pubblico, persona giuridica pubblica, corporazioni pubbliche, rappresentanza di diritto pubblico, negozio amministrativo, contratto amministrativo, proprietà pubblica, servitù pubbliche, pubbliche imprese, oneri pubblici, risarcimenti di diritto pubblico, responsabilità amministrativa, ecc. Gli altri pochi concetti, esclusivi o preponderanti del diritto pubblico, non sorgono in realtà dal diritto amministrativo, ma provengono dal diritto dello Stato, e ad

---

([100]) È noto che per queste ragioni si obiettò loro di aver costruito un sistema non aderente al diritto positivo, quasi de jure condendo. Il che spiega anche come in Italia, dopo che l'ordinamento fascista ebbe attuato veramente il principio della piena autorità dello Stato, alcune teorie germaniche ancora trovarono tanto successo (p. e. quelle del G. Jellinek); v. su ciò le osservazioni del D'ALESSIO, *Aspetti attuali del diritto pubblico italiano*, in *St. n. sc. giur. soc.*, Pavia, 1927, (IX), passim, sp. p. 32 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esso in fondo appartengono. Con ciò non voglio dire che tutti i concetti originari della pandettistica, ora esemplificati, in quanto trasportati nella nostra scienza, riescano inesatti; ma possiamo fin d'ora chiederci: esauriscono essi tutta la nostra problematica?

Tralasciando i primi autori, che hanno valore più che altro di iniziatori nella prima grande sintesi della scienza amministrativistica germanica, che è quella di Ottone Mayer, si scorge agevolmente il concorrere di questi gruppi di problematiche, con le relazioni dette, e quindi col prevalere di quella del gruppo pandettistico. Ora la sintesi del Mayer, rispetto alla scienza germanica, fu così ardua e poderosa che la dottrina successiva dovette impiegare gran tempo per ripensarla, e poter giungere, con opera di approfondimento e di politura, agli ultimi spazi che essa conteneva. Per cui tale dottrina, pur sottoponendo a rigorosi riesami le idee e i concetti del Mayer, ne restò praticamente dominata nel suo fondo; cosa che invece in Italia, almeno per la nostra disciplina, non si è finora verificata per alcun autore.

Questo non significa che tutta la successiva scienza germanica non si sia mossa dalle direttrici del Mayer: si ebbero anche in essa delle tendenze più o meno pronunciate, come in Italia. Vi fu così, alla stregua di quanto avvenne da noi, un indirizzo che si avvicinò alla problematica pandettistica in maniera immediata. Esso trasse origine dal fatto che le nuove indagini giuridiche rivelavano una sostanziale unità del diritto; onde, avendo nel frattempo i privatisti portato a grande profondità l'indagine su alcuni sommi problemi, come quelli riflettenti il negozio giuridico, i diritti soggettivi, ecc., si rese possibile, data l'impostazione iniziale della scienza del diritto amministrativo, un accostamento fra diritto privato e diritto amministrativo; accostamento che, impostato più correttamente di quanto non avesse fatto la scienza francese, ebbe i suoi maggiori artefici nel Kormann e nel W. Jellinek, i quali elaborarono una teoria generale dell'atto dello Stato, condotta sul calco della teoria del negozio privato ([101]), così come fece un po'

([101]) Il solo titolo dell'opera del KORMANN, *Das rechtsgeschäftliche Staatsakt*, (Berlin, 1910), è abbastanza eloquente. Del resto nell'anno successivo, quest'autore tentava, negli *Hirts Annalen*, di costruire un'intera parte generale del diritto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da noi il Cammeo, nel Corso e in molte note a sentenza. Invece in altri indirizzi si attenuò il valore della problematica dello Staatsrecht, e si elevò quello della problematica di derivazione diretta dalle fonti del diritto amministrativo, come avvenne p. e. nel Fleiner, che, in quanto svizzero, subì anche l'influsso della dottrina francese e italiana.

Si avverta che O. Mayer partiva da alcuni presupposti metodologici (specie nei riflessi dei rapporti tra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione e diritto dello Stato), che invece mancarono nella dottrina posteriore. Tuttavia questa, con lui, lasciò in ombra p. e. tutta la problematica degli obblighi amministrativi (la quale in Mayer era stata sommersa dalla problematica dello Staatsrecht); per quella dei soggetti giuridici, non seppe scostarsi dalle figure persona fisica - persona giuridica, mai pensando che nel diritto amministrativo potrebbe esservi qualche concetto diverso e proprio; non seppe collegare la teoria degli atti a quella delle fonti; non pensò che gli atti amministrativi potessero avere una struttura fondamentalmente diversa da quella degli atti privati, e si potrebbe così seguitare. Insomma la chiarezza dell'ordine concettuale elaborato dalla pandettistica, abbarbagliò gli autori del diritto amministrativo, onde essi, rispetto al loro diritto, salvo che in alcuni punti e con alcune eccezioni, seppero elaborare ben poco al di là della problematica derivata immediatamente dalle norme: man mano che si sale verso problemi più generali, la problematica di ordine puramente amministrativistico si fa via via più rarefatta, e mentre la scienza del diritto privato ha prodotto ed elaborato in modo compiuto, originalmente e per pura astrazione, una teoria come quella del negozio privato, nessun problema originale di tale importanza ha prodotto ed elaborato fino a oggi in nessun paese la scienza del diritto amministrativo.

In conclusione, l'analisi della problematica della scienza germanica del diritto amministrativo, porta a rilevare che essa non fu già erronea o difettosa in eccesso, bensì fu incompleta: nel diritto amministrativo non esiste solo la persona giuridica pub-

---

pubblico, appoggiandosi al diritto privato. Più indipendente dal diritto privato fu invece lo JELLINEK W. (*Das fehlerhafte Staatsakt*, Tübingen, 1914).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blica, la proprietà pubblica, la servitù pubblica, e così via, ma qualche cosa di più, di esso propria ed esclusiva ([102]). E questo è stato uno dei fattori non ultimi della reazione ora ivi in atto.

([102]) Lo stesso MAYER O., peraltro ebbe coscienza della finitezza della propria opera: e solo nella 3ª ed. del *Deut. Verwaltungsrecht*, che in parecchi punti aveva innovato su quelle precedenti, si arrischiava ad augurarsi che potesse il lettore: « den Eindruck gewinnen, dass unser deutsches Verwaltungsrecht doch schon eine Wissenschaft geworden ist, an der man Freude haben kann » (Prefaz.).

Occorre notare che affermando l'insufficienza e la dannosità relativa della problematica pandettistica nella scienza del diritto amministrativo, dico cosa ben diversa sia da coloro che affermano che la dogmatica di tale scienza è di origine pandettistica — cosa inesatta, come si è detto prima nel testo — sia da coloro che affermano essere il metodo di studio della scienza del diritto privato insufficiente a quello della scienza del diritto amministrativo, cosa invece molto dubbia, ove metodo s'intenda in senso esatto; sia infine da coloro che affermano doversi diffidare dall'usare in questa scienza la tecnica privatistica, cosa in parte non ben comprensibile, per l'ambiguità del concetto di tecnica, e per l'unità della tecnica giuridica. Al lume di quanto si è detto nel testo riescono più chiare alcune fra le affermazioni di tal sorta, fatte da diversi autori, le quali in realtà significano semplicemente che la problematica della scienza giuridica amministrativistica dev'essere differente da quella della scienza del diritto privato. Ciò si dica per l'ORLANDO nella *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885*, per quanto riguarda l'invito a guardarsi dall'introdurre la tecnica privatistica nel diritto pubblico, ove tecnica vale problematica, o, casomai, metodo; si dica ancora per lo SPIEGEL, che dedica tutta l'ultima parte della sua *Verwaltungsrechtswissenschaft* (sp. p. 162 ss.), a mostrare come la scienza del diritto amministrativo debba costruirsi in piena indipendenza da quella del diritto privato: egli crede perfino che tra i due rami del diritto, privato e amministrativo, vi sia un dualismo, corrispondente all'antitesi tra fenomeno individualistico e fenomeno collettivistico (idea ripresa con successo anche da alcuni autori germanici nazisti, per rovesciare le dottrine tradizionali, senza riflettere che un contrasto potrà esservi tra i fenomeni della vita associata, non tra le discipline che li studiano). La stessa cosa può dirsi poi per tutte quelle altre affermazioni che criticano la sistematica della scienza del diritto amministrativo, perché ha ripreso alcuni criteri della scienza del diritto privato: la sistematica è una conseguenza della problematica.

D'altra parte non si deve eccedere nella critica di questi punti, nel senso di respingere categoricamente l'applicazione nella scienza del diritto amministrativo della problematica e dell'ordine concettuale del diritto privato, come di recente hanno affermato ancora altri autori germanici. Ciò sarà possibile entro certi limiti, specie sotto i riguardi della teoria generale. Nel testo non ho creduto opportuno neanche sfiorare questo punto, per varie ragioni. Una prima è che ho evitato finché era possibile, di entrare nella questione degli elementi particolari delle discipline giuspubblicistiche, che è una parte di altra maggior questione. Una se-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La scienza italiana del diritto amministrativo ebbe invece uno sviluppo in parte diverso, come si diceva. La minore importanza acquisita dalla pandettistica, la mancanza di uno Staatsrecht e il nostro senso del diritto positivo, ne permisero un'elaborazione più diretta sulle fonti. Tuttavia, data l'iniziale aderenza ai modelli germanici, se un influsso di altre problematiche vi è stato, esso fu sopratutto della problematica della scienza germanica del diritto amministrativo; quindi noi ricevemmo la problematica pandettistica, si potrebbe dire, di secondo grado.

E al lume di quanto finora si è detto sulla problematica, emerge ora il differente valore delle varie tendenze della nostra scienza del diritto amministrativo, dianzi ricordate. La tendenza pandettistica per antonomasia, sgorgata dalla stessa esigenza da cui sgorgò la corrispondente tendenza germanica, non poteva in fondo essere che una tendenza verso la teoria generale: per saggiarne la validità era necessario un largo riscontro e una larga base di diritto positivo, cosa che ancor non era possibile, e che anzi, quando s'iniziò, portò a risultati non favorevoli. Per cui essa giunse ad alcuni eccessi ed ebbe scarsa risonanza pratica.

Prescindendo dalla tendenza psicologica, che ebbe più che altro valore metodologico, la tendenza più importante per l'elaborazione di una problematica del diritto amministrativo fu senza dubbio quella del Romano. I *Principi di diritto amministrativo* di quest'autore, scritti appena agli inizi del secolo, formarono il più notevole tentativo della nostra scienza a costruirsi una problematica propria. Essi, come tali, non ebbero molto seguito, per-

---

conda è che per discutere di tale argomento sarebbe necessario chiarire pregiudizialmente la distinzione, e, cosa ben più importante, la relazione tra diritto pubblico e diritto privato, e inoltre la relazione tra le rispettive parti generali e quella tra queste e la teoria generale del diritto. Una terza ragione è che per mostrare in pratica questi inesatti trasporti, sarebbe necessario mostrare l'esatta impostazione e risoluzione dei punti incriminati, in base a elementi non privatistici, cosa impossibile in poche pagine, per ragioni facilmente intellegibili. È però innegabile che il trasporto dell'ordine concettuale del diritto privato nelle scienze giuspubblicistiche, ha spesso portato a uno snaturamento dell'ordine stesso e del fenomeno giuridico cui esso applicavasi. Ciò era notato in Germania già dallo ZORN, *Zum staatsrechtlichen Literatur*, *Grünhuts Zs.*, 1883 (X), p. 723, e poi da altri, fra cui sopratutto lo STOERK, *Zur Methodik des öffentlichen Rechts*, estr. dal *Grünhuts Zs.*, 1885 (XII), sp. p. 54 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ché sopravanzarono lo stato in cui era allora la dottrina: occorreva un'esperienza scientifica e un vasto reiterato esame del diritto positivo; questo poteva farsi solo per mezzo della tendenza contenutistica, che infatti fu la prevalente.

Data però la compenetrazione costante fra le varie tendenze, la nostra dottrina operò con maggiore agilità delle corrispondenti dottrine straniere; la problematica delle scienze germanica e francese, e, in secondo luogo, quella della pandettistica, dello Staatsrecht, e poi anche del diritto processuale civile, furono trasportate al diritto amministrativo solo dopo che furono vagliate e adattate, qual più qual meno.

Ma anche qui si è risentito, e ancor si risente in misura notevole, l'influsso delle prime impostazioni: quasi insensibilmente la dottrina è stata portata a riprendere l'atto amministrativo sul negozio privato, il soggetto amministrativo sul soggetto privato, la responsabilità amministrativa sulla responsabilità privata, e così via. Permangono quindi tuttora inesplorate delle vastissime zone, nelle quali nessuna problematica di altre scienze giuridiche trova minima applicazione; per esse sarebbe necessaria una problematica originale della nostra stessa scienza. In conclusione allora, nella scienza italiana del diritto amministrativo, la problematica, pur scendendo a notevole profondità nei confronti delle corrispondenti scienze di altri paesi, è rimasta incompleta, anzi, si può dire, largamente incompleta ([103]).

13. Il profilo sotto cui il diritto amministrativo è stato prevalentemente studiato, è quello della posizione dei pubblici poteri, e del modo onde la loro attività assume giuridico rilievo nei confronti degli amministrati. Così, fra le fonti, si sono studiate prevalentemente quelle che estendono la loro efficacia sull'amministrazione e sugli amministrati insieme; fra gli atti amministra-

---

([103]) L'insufficienza dell'attuale problematica della scienza del diritto amministrativo, rilevata quasi sempre per vie indirette, o in termini non esatti (v. nt. 102), era da ultimo esplicitamente e direttamente posta in luce dal VACCHELLI, e dimostrata con una bella riprova pratica, in « *Per un nuovo indirizzo nella scienza del diritto pubblico* », in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1938, I ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tivi si sono studiati solo gli atti esternamente rilevanti; nelle forme dell'agire giuridico, ci si è contentati di individuare le potestà e i diritti pubblici; e la posizione degli amministrati si è ridotta alle figure della soggezione, o, al massimo, delle non meglio spiegate prestazioni: si trattava insomma di tutte quelle cose più importanti ai fini pratici immediatissimi delle liti amministrative.

Ove peraltro si sia d'accordo sul punto che la problematica della nostra scienza dev'essere ampiamente completata, data la natura di simile esigenza, si comprende come non sia possibile procedere a ulteriori spiegazioni. Dirò qui perciò semplicemente quella che è una mia impressione, frutto di un esame d'insieme della nostra scienza del diritto amministrativo.

Mi pare che vi siano due ordini di materie la cui problematica è scarsissima, per non dir quasi nulla: quello che concerne il funzionamento dei poteri nei loro rapporti interni, e quello che concerne l'attività e la posizione degli amministrati di fronte alle pubbliche amministrazioni. Il primo ordine di problemi solo negli ultimi anni ha attirato l'attenzione degli studiosi per un suo aspetto, che è in fondo un aspetto marginale: quello del merito amministrativo. Ma noi troviamo una quantità di norme le quali prescrivono che certi organi o enti devono compiere certi atti o spiegare certe attività nei confronti di altri organi o enti; fra essi esistono quindi dei rapporti giuridici, i quali sono spesso lasciati dalle leggi molto elastici; ciò che fa ad essi riconoscere per lo meno una speciale natura. Le situazioni giuridiche in cui si trovano questi soggetti, i quali per altri aspetti non sono soggetti in senso stretto, in conseguenza delle loro attività, si discostano in modo strano non solo da quelle che oggi autorevoli autori chiamano « situazioni giuridiche » previste da quelle norme che regolano il funzionamento dei pubblici poteri direttamente verso gli amministrati, ma anche dalle situazioni fin qui studiate dalla dottrina in genere. Il lato più interessante delle norme di quest'ordine, è che esse tutelano interessi mediante figure giuridiche che ancora devono essere individuate. Mi pare allora che sorga qui uno dei massimi problemi del diritto amministrativo, di esso proprio ed esclusivo, che è il problema degli interessi amministrativi. La nostra scienza già conosce alcuni di tali interessi, nel campo della c. d. giustizia amministrativa. Ma questi non sono che una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

categoria molto limitata fra gli altri interessi amministrativi, e probabilmente di natura del tutto speciale.

Un'indagine su tali questioni credo che potrebbe sconvolgere profondamente tutto il diritto amministrativo con risultati sorprendenti, dalla teoria delle norme fino alla teoria del rapporto di pubblico impiego, da quella dei processi amministrativi, a quella dell'atto amministrativo; teorie le quali sono state costruite con riguardo quasi esclusivo a quell'altro gruppo di norme fin'ora studiate e quindi, in realtà, possono dirsi sfasate. Nessuno vorrà negare, ad esempio, solo che vi rifletta un poco, che noi abbiamo costruito una teoria dell'atto amministrativo la quale è applicabile si e no a un terzo degli atti amministrativi che il nostro ordinamento conosce.

L'altro ordine di problemi ha un interesse concreto notevole. Nel campo del diritto privato si trova tutta una estesissima parte, anzi la più raffinata ed elegante, che concerne le obbligazioni. Nulla di questo nel diritto amministrativo; una ragione giustificativa c'è, ed è, come si dice di solito, che i pubblici poteri impongono, non stringono già obbligazioni. Ma con ciò la questione non è che spostata, perché si tratta di vedere che siano gli obblighi che essi impongono: anzitutto la loro natura, e poi i principi generali che ne regolano il sorgere, le modificazioni soggettive ed oggettive, l'estinguersi. Ma correlativamente agli obblighi dei privati si hanno quelli dell'amministrazione; e all'infuori degli obblighi, si hanno una quantità di provvedimenti di genere amministrativo o quasi privato, o norme amministrative, che, incidendo nella sfera privata, determinano particolari effetti. Ora l'indagine su questi argomenti non è mancata completamente, ma è stata saltuaria, episodica, e limitata alla problematica minore, quella cioè che risulta direttamente dai testi delle norme. Per assurgere a una problematica maggiore in quest'ordine di problemi è quindi sufficiente spostarsi da un atteggiamento che contempli prevalentemente l'amministrazione, a un atteggiamento che contempli prevalentemente l'amministrato. Con ciò non voglio certo affermare che questo secondo atteggiamento sia più importante nel sistema generale del diritto amministrativo; semplicemente non occorre lasciarlo troppo in ombra. E neppure si deve credere che fra le due indagini vi sia un intervallo: esse si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

compenetrano, perché studiandosi un « obbligo », dato che esso nella quasi totalità dei casi (come pare), presuppone due soggetti, si dovrà anche per forza di cose, e ove si voglia ben fare, non trascurare lo studio di quanto si riferisce a uno dei soggetti stessi ([104]).

Nella nostra letteratura giuridica alcune somme linee dell'indagine su questo secondo ordine di problemi sono state già tracciate nei *Principi* del Romano: delle nove teorie giuridiche in cui quest'autore divideva la materia del diritto amministrativo, almeno quattro rifletterebbero in gran parte la problematica di tale ordine. Anche per questo dicevo poc'anzi come la problematica dell'indirizzo del Romano fosse in posizione di superiorità rispetto a quella di altri indirizzi. Con ciò non affermo già che ci si debba riportare al Romano, e riprendere le teorie che allora egli espose nei Principi: in fondo, per quanto geniale, quest'opera costituì un primo tentativo, anch'esso problematicamente incompleto. Ciò che si deve riprendere è la sostanza costruttiva di quell'indirizzo con quella maggior coscienza critica che può dare, oggi, una vasta conoscenza del tanto più progredito campo delle scienze giuridiche italiane. Su queste linea, già negli ultimi tempi sono apparsi dei contributi molto notevoli.

14. Sul fondamento di quanto si è ora visto, non appare affatto esagerato affermare che la scienza italiana del diritto amministrativo ha oggi un primato su quelle che già le furono maestre ([105]). Infatti, dopo un momento di arresto, che coincise naturalmente col periodo dei profondi mutamenti legislativi ope-

([104]) La posizione del privato in quanto soggetto che interviene nell'espletamento delle attività amministrative, assumendo emergente rilievo nei rami particolari del diritto amministrativo, è stata posta necessariamente in maggior risalto da quelle discipline giuridiche che si sono dipartite dal diritto amministrativo stesso, come ad esempio il diritto tributario. Intorno agli obblighi del contribuente vi è oggi una notevole letteratura: v. p. e. GIANNINI A. D., *Il rapporto giuridico d'imposta*, Milano, 1937, sp. p. 72 ss.

([105]) A titolo di cronaca si può ricordare che appena tre quarti di secolo fa' il buon DE GIOANNIS GIANQUINTO (*Nuovo dritto amministrativo*, p. 70), ricordava con sdegno, a nostro incitamento, certe constatazioni spiacevoli che il CORMENIN aveva scritto nei nostri riguardi, nell'introduzione del suo *Droit administratif*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rati dal fascismo, essa ha ripreso il suo cammino con più agilità e con strumenti sempre più fini. Ogni giorno assistiamo all'esplorazione di nuovi campi, e, cosa ben più importante, alla scoperta di nuovi problemi; e vediamo che mentre alcuni autori scavano materiale sopratutto nel campo della giurisprudenza amministrativa, altri muovono più dall'esegesi dei testi, altri preferiscono spaziare senz'altro nella dogmatica; per cui la varietà delle attitudini e dei criteri rende la nostra scienza ricca e viva. Fare nomi è superfluo, perché o essi si conoscono ed è inutile ricordarli, o non si conoscono ed è insufficiente enumerarli.

Ho già detto indietro dello stato della scienza francese; quella germanica ha visto, nello scorso decennio, la novità di un'applicazione ex professo dell'indirizzo della scuola di Vienna, specie nelle opere del Merkl. Essa non ha però affatto arricchito o comunque spostato lo stato della problematica che ivi esisteva, anzi, in ultima analisi, i frutti che essa ha dati possono considerarsi la parte generalissima di una parte della parte generale del diritto amministrativo ([106]). In seguito, dopo il 1933, la scienza germanica del diritto amministrativo è entrata in un periodo di travaglio, sui frutti del quale per ora io mi dichiaro seguace di Pirrone, pronunziando la epoché.

Nei confronti però delle altre scienze giuridiche italiane non può dirsi che la scienza del diritto amministrativo sia fra quelle che « certant de principatu ». Ciò si spiega anche risalendo alle origini, alla derivazione dal comune ceppo pandettistico: finché le scienze giuridiche si ricondussero, per l'ordine concettuale o per la problematica o per il metodo, sotto le ali latissime della pandettistica, la scienza del diritto amministrativo potè sfruttare egregiamente il vantaggio che le derivava dal suo oggetto di studio: il diritto amministrativo. Questo ramo del diritto infatti presenta tale ricchezza di istituti e contiene tale quantità di materia, che bastava approfondire di poco per individuare bellissimi concetti; e una volta trasportati, con successivi stadi, questi concetti su un piano più generale, in uno stadio ulteriore facilmente essi potettero passare nella teoria generale del diritto, specie allorché le barriere fra le diverse discipline giuridiche, sotto la spinta scientifica,

([106]) V. del resto MERKL, *op. cit.*, p. 94 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sempre più venivano assottigliandosi. Così accadde, ad esempio, che le dottrine dei soggetti, delle fonti del diritto, dei poteri e dei doveri giuridici, e altre, le quali erano una volta trattate dagli studiosi del diritto privato, trovarono le loro migliori elaborazioni nelle opere, monografiche o generali, del diritto pubblico, anzi da esso passarono, talora anche non felicemente, in altre discipline giuridiche.

Nel frattempo nuove indagini e nuove problematiche venivano però superando a poco a poco quel compiuto corpo di dogmatica che aveva lasciato la pandettistica. E due scienze giuridiche precedettero, e ancor precedono, in questo lavoro: la scienza del diritto processuale civile, e quella del diritto civile, le quali negli ultimi anni hanno proceduto a splendide indagini.

La scienza italiana del diritto amministrativo, non essendo riuscita a liberarsi in modo così deciso della problematica pandettistica, e a superarla in nuove esclusive problematiche, si è quindi trovata scientificamente su un piano un po' arretrato. Questa constatazione introduce direttamente al problema critico della nostra scienza, alla precisazione del quale il presente scritto si dirige. Dall'analisi del modo ond'è sorta la scienza del diritto amministrativo, del modo onde si è sviluppata, degli influssi che ha subito, considerando il cammino percorso e il modo onde si è proceduto nei confronti di altre scienze straniere e italiane, può ritenersi che la sua insufficienza di fronte ai nuovi fenomeni i quali si presentano nel diritto che essa studia, non trae ragion d'essere da un'intrinseca insufficienza dei metodi e della tecnica della scienza stessa, né da fondamentali errori d'impostazione o di costruzione delle sue nozioni, ma semplicemente da un'insufficienza di problematica. Per cui si tratta semplicemente di una passeggera crisi di crescenza, non di un punto morto o di un'esigenza di radicale riforma.

Mi pare perciò che ove s'imposti una nuova problematica, rivedendo quella esistente, o, anche più semplicemente, si completi quella esistente, specie mediante indagini relative ai due ordini di problemi che prima indicavo, si potrà riconoscere in maniera migliore di quanto non sia ora possibile, quella differenza tra lo Stato prefascista e quello attuale, che è così sentita nel corpo del sistema politico. La formula che rende giuridicamente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il discrimine e le fondamentali caratteristiche dello Stato carabiniere rispetto allo Stato regolatore dei fenomeni sociali ed economici, non può essere che incompleta, in quanto elaborata con quella sola problematica cui finora la dottrina pubblicistica ha atteso, la quale è insufficiente. E qui, chi volesse ancora approfondire sulla fenomenologia delle scienze giuridiche, potrebbe fare interessanti osservazioni circa le relazioni tra le somme teorie del diritto pubblico e il diritto amministrativo, le quali però esulano dai miei scopi.

Peraltro, nel ricercare una problematica specifica del diritto amministrativo, non dobbiamo dimenticare che altre scienze giuridiche, essendosi appunto rinnovate nella loro problematica, hanno evitato le critiche e le constatazioni d'insufficienza. Per cui, se da un lato credo nostro compito procedere alla ricerca di problematiche originali della scienza del diritto amministrativo, dall'altro mi sembra che non debba esitarsi a rendere più stretti i legami fra questa scienza e le altre scienze giuridiche, s'intende non per trapiantare ancora una volta nel diritto amministrativo problematiche altrui, e cioè quelle del diritto processuale civile o del diritto civile, ma per due ragioni, l'una tecnica, l'altra scientifica. Infatti è tecnicamente molto utile servirsi di quei concetti e di quelle nozioni più raffinate che in altre discipline giuridiche si vengono elaborando: e se in alcuni recenti scritti monografici nella giustizia amministrativa si fosse tenuto maggior conto di certe nozioni da poco rielaborate nel diritto processuale, forse in questa tanto tormentata materia vi sarebbe qualche incertezza, sia pur piccola, in meno.

La seconda ragione comprende in sè due argomenti minori: anzitutto, al punto in cui sono oggi le scienze giuridiche, nessun giurista può misconoscere la teoria generale del diritto, e questa teoria sorge sopratutto dal coordinarsi dei risultati di scienze giuridiche diverse. Anche se, con le proprie ricerche, non si miri a sfociare nella teoria generale stessa, ma vogliasi rimanere nell'ambito di una particolare scienza, la teoria generale, e quindi anche le altre scienze giuridiche che ad essa sono mezzo, dev'essere conosciuta, per poter ben costruire la stessa scienza particolare; invece la scienza italiana del diritto amministrativo si compiace talora di isolarsi: basti vedere i tre lavori nello scorso anno ap-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parsi sul tema venerando dell'annullamento degli atti amministrativi.

L'altro argomento è che, oggi, il diritto amministrativo è il ramo del diritto più ricco d'istituti, di ogni varietà e natura, e talora straordinariamente complessi: p. e. alcuni recenti istituti, accanto a caratteristiche di diritto pubblico e sostanziale, presentano strutture privatistiche o processualistiche. Più che mai necessario allora conservare i contatti con le altre scienze giuridiche.

POSTILLA 1973

1. Oggettivamente, si può chiedere, 35 anni costituiscono un lasso di tempo che permetta un bilancio di una vicenda di storia del pensiero giuridico? Talora sì, talora no; nella specie forse più no che sì, anche se potrebbe pensare il contrario chi si fermi a considerare che nel frattempo vi è stata una guerra mondiale la quale ha spazzato via tanta mole di vecchie concezioni.

A Paolo Grossi, che mi chiedeva di ritornare sui profili storici della scienza del diritto amministrativo, feci presente questo dubbio, e feci insieme presente come un bilancio, non limitato cronisticamente come quello che fatalmente l'autore del 1973 poteva fare rispetto all'autore del 1939, fosse stato fatto già da un uomo di scienza della generazione sorta dopo la guerra, in modo che non solo a me pareva molto valido, voglio dire da Sabino Cassese, in « Cultura e politica del diritto amministrativo » (Bologna, Il Mulino, 1971). Per cui quel che io potessi — e qui possa — dire, sarebbe stata una rilettura in parte esplicativa, in parte critica, che uno studioso adulto potesse fare di una propria opera giovanile. Tuttavia l'insistenza di Grossi e di altri, tra cui lo stesso Cassese, è insistenza di persone d'ingegno che chiedono ad uno studioso più anziano di dire qualcosa; per cui questo studioso fra il dubbio che sempre ha di sè stesso e il dubbio sulla validità della richiesta che gli viene da giovani studiosi che molto stima, se è coerente con il proprio dubbio, finisce col ritenere meno dubbioso il secondo dubbio rispetto al primo.

Ed eccone qui il risultato [1],

---

[1] Per non essermi gradito il parlare autobiografico, in questa postilla parlerò in terza persona di me come autore del 1939: non perché pensi a Giulio Cesare, ma solo perché, una volta licenziato un mio prodotto, è cosa che da me si distacca, rispetto alla quale mi dò piena libertà di critica. Concentro dunque qui qualche elementare dato personale.

Lo studio fu composto nel 1939, ma su materiale che avevo raccolto in anni precedenti, lavorando sul tema dell'interpretazione. Quando lo scrissi avevo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2. È forse opportuno iniziare con le lacune che presenta lo studio che si postilla.

Alcuni si sono chiesti come mai esso non abbia dato peso alla letteratura angloamericana, di cui l'autore aveva invece tenuto conto in altri suoi scritti quasi contemporanei, sull'interpretazione e sulla discrezionalità.

Si potrebbe rispondere che questa lacuna è apparente, non reale. Proprio l'aver conoscenza del pensiero giuridico inglese e americano, aveva rafforzato, nell'autore, il convincimento che esso avesse avuto assai scarsa influenza sullo sviluppo della scienza del diritto amministrativo europeo continentale. Questo non perché — come si diceva e ancor si dice — non esistesse un diritto amministrativo in questi Paesi, e quindi non potesse esistere una correlativa scienza: in sede storica quest'osservazione sarebbe inesatta, perché proprio in quegli anni la scienza del diritto amministrativo andava prendendo nuovo rigoglio, tanto in Inghilterra che negli Stati Uniti e in altri Paesi di cultura inglese, sia pur come scienza di un oggetto sociale — l'amministrazione pubblica — e non come scienza di un ramo del diritto, che effettivamente mancava. La ragione potrebbe essere diversa, e meno semplice: che i giuristi e i politologi dell'Europa continentale avevano concentrato la loro attenzione più sull'esperienza costituzionale di questi Paesi che sull'esperienza amministrativa, ritenuta anzi di poco interesse; che oltretutto la stessa esperienza costituzionale era stata appresa non per i suoi effettivi ordini concettuali, bensì così come arrivava filtrata attraverso la mente di scrittori francesi e tedeschi, i quali avevano avuto quasi un ruolo storico di mediatori di ordini concettuali; in particolare i tedeschi, i quali, partendo dalla concezione di una validità teorica universale degli elaborati della propria scienza, si sentivano in condizione di ridurre ad essi ogni esperienza giuridica che incontrassero, traslitterando le storicità di queste esperienze in differenze specifiche di generi universali. Che queste fossero forzature, lo cominciò a dire più tardi Gneist, ma dalla dottrina ufficiale germanica egli era visto come un outsider (non così dalla nostra, che non sempre ebbe precisa cognizione delle correnti in cui la scienza tedesca pur si articolava).

Oggi l'influsso dello storicismo ha mutato le concezioni della scienza giuridica dello scorso secolo; la letteratura angloamericana è molto più nota, e la si intende per quello che è, come espressione di un'esperienza giuridica diversa, ma non perciò di minor dignità scientifica, quasi anzi esotica. Per quel che attiene alla scienza del diritto amministra-

---

24 anni, e difatti in parecchi punti affiora dell'acerbo. Ne esposi la trama a Santi Romano, che ritenevo, e ritengo, studioso dotato di singolare capacità di interpretazione storiografica — come mostravano le sue prolusioni —; la giudicò molto ambiziosa, ma quando gli presentai il lavoro ne fu molto lieto, e mi raccomandò di non tralasciare le mie attenzioni storiografiche.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tivo non ha ancor oggi, per noi, un suo peso, come invece ha nelle altre scienze della pubblica amministrazione.

3. Vi sono invece due lacune reali; l'una è quella che attiene ai commentatori di diritto pubblico interno delle costituzioni e delle leggi fondamentali tedesche e austriache degli anni '20; l'altra è quella che attiene agli innovatori giuridico politici del nazionalsocialismo tedesco. Ambedue le lacune sono, in certo senso, volontarie, e ciò merita una spiegazione, se non altro perché la spiegazione stessa è di storia del pensiero giuridico.

Occorre dire che all'autore il pensiero giuridico della giuspubblicistica tedesca weimariana sembrava molto interessante nelle opere dei « minori », forse più che in quelle dei padri della costituzione, o dei loro congiunti, come Preuss o Stier Somlo; e così per gli austriaci, rispetto agli scritti costituzionalistici di personaggi come Kelsen o Merkl, gli sembrava che non minor interesse presentassero Tezner o Adamovich, se non altro per la nozionalizzazione del procedimento amministrativo. In particolare per i tedeschi, riteneva che si dovesse attribuire valore all'indirizzo, che gli sembrava di scorgere chiaro in una produzione non sempre pregevole, di portare sotto i principi della costituzione l'intera normazione dell'ordinamento statale, anche quella apparentemente più lontana, come poteva sembrare la normazione privatistica, sì da costituire una salda sistematica positiva.

L'autore però sapeva che su questi « minori » il pensiero dei maestri italiani era alquanto severo. Lo aveva più volte colpito la fulminante sicurezza di giudizi di Santi Romano, circa alcune opere che all'autore erano sembrate non indegne, per cui dubitava dell'esattezza delle opinioni che si era fatto. Pensò che fosse utile, come allora si usava, sentire in proposito Romano, Ranelletti e Zanobini. Romano dopo avergli premesso che era inutile occuparsi di gente come Thoma, Giese, Anschütz, e simili, tuttavia lo ascoltò, parve anche in parte persuaso, ma concluse consigliando di occuparsi solo dei maggiori. Ranelletti rispose invece che la costituzione di Weimar era uno zibaldone, ed era stata una delle cause della rovina della Germania, onde era inutile occuparsi di giuristi che in fondo non erano molto lontani da curatori di fallimenti; più nitido Zanobini, il quale ritenne del tutto infondata l'opinione che l'autore gli andava esponendo; a lui quei giuristi erano parsi dei commentatori di poco rilievo, e anzi spesso confusionari; comunque poco avevano inciso nella scienza del diritto amministrativo.

Fu così che l'opinione dei maestri indusse l'autore a tralasciare questo gruppo di giuristi. Solo più tardi, negli intervalli che gli lasciarono i richiami alle armi, potè comprendere che invece almeno in parte aveva visto giusto.

Quanto agli innovatori del nazionalsocialismo, trattavasi di situazione del tutto diversa. Romano, ed es., aveva molto rispetto per C.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Schmitt, ma nessuno per gli altri; solo che lo riteneva un politologo e non un giurista, onde lo metteva fuori gioco applicando la distinzione tradizionale del « metodo giuspubblicistico ». A parte queste considerazioni, sta di fatto che nella scienza del diritto amministrativo il gruppo degli innovatori del nuovo regime tedesco non fece in tempo ad entrare: i giovani giuristi che allora si affacciavano, oggi anziani e famosi, conservavano Otto Mayer come mostro sacro, e ancor oggi lo conservano.

4. Vi sono altre lacune, nello studio del 1939? Rileggendolo, l'autore direbbe di no; però è anche vero che non gli si può attribuire competenza ad un giudizio di verificazione se non nei limiti della ricostruzione che ha delineato del limitato evento di storia del pensiero scientifico che egli presentava agli studiosi. Cassese, ad es., accetta in buona parte la delineazione suggerita, ma la integra con altre interpretazioni; Ruffilli (recensendo Cassese, in questa Riv., I, 1972, p. 386) propone un'ulteriore interpretazione, se non altro della figura di Orlando; sempre su Orlando, Galatello Adamo aveva aperto un'altra intelligente prospettiva (Rassegna dir. pub., 1964, p. 885). Su questi dibattiti si faranno poi alcune precisazioni.

È opportuno infatti prima di tutto avvertire come lo studio del 1939 si compone di due parti, la prima contingente, di carattere critico, la seconda non contingente, di carattere ricostruttivo e problematico.

Sulla prima oggi devono esser dati dei chiarimenti: lo mostra il fatto che i più giovani studiosi i quali si sono occupati della materia non ne hanno avuto chiara prospettiva, e quindi non ne hanno potuto scorgere i collegamenti con la seconda. Non per non esser stati testimoni di quei tempi, quanto perché la storiografia sul fascismo non ha ancora portato approfondita attenzione sull'ultimo periodo del fascismo medesimo, quello cioè che si apre per effetto della grande crisi mondiale del 1929-30, e che portò, secondo quanto opina l'autore, all'adozione della linea dello Stato dirigista in parallelo alla linea dello Stato corporativo. L'adozione della linea parallela fu allora giustificata coll'affermare che la necessariamente più lenta costruzione dello Stato corporativo non poteva pregiudicare l'esigenza che nel frattempo lo Stato italiano aveva di difendersi contro l'attacco delle « plutocrazie occidentali », e che comunque alla fine tutto sarebbe stato versato nei contenitori dello Stato corporativo.

Lo Stato corporativo aveva visto nel 1930 l'istituzione del Consiglio nazionale delle corporazioni, nel 1934 l'istituzione delle 22 corporazioni, nel 1934 il riordinamento dei consigli provinciali dell'economia corporativa, nel 1936 il riordinamento del Ministero delle corporazioni (e mentre lo studio si stava concludendo, si costituiva — 1939 — la Camera dei fasci e delle corporazioni); nella realtà effettuale, molto più potente era lo Stato dirigista, che aveva rivisto la normativa sugli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

enti di bonifica e sugli enti associativi nell'agricoltura, introdotto l'ordinamento bancario (1936), stabilizzato l'IRI (1937), introdotto l'autorizzazione ai nuovi impianti industriali, ma soprattutto, con la guerra etiopica e le sanzioni internazionali che ne erano seguite, si era impadronito totalmente del commercio con l'estero e della disciplina valutaria, attribuendo al nuovo Ministero degli scambi e delle valute poteri, praticamente illimitati, di disciplina normativa mediante semplici decreti ministeriali; collegandosi direttamente o indirettamente a questi poteri, anche i Ministeri delle corporazioni e dell'agricoltura, per i settori della produzione industriale e agricola e del commercio interno, avevano trovato molto utile lo strumento del regolamento ministeriale, che difatti venne ad avere impensata diffusione. Responsabilizzata, la burocrazia si era formata quadri dirigenziali rispettabili, quali forse l'Italia non aveva mai avuto.

Tutti questi accadimenti avevano, letteralmente, atterrito il mondo dei giuristi. L'autore non ha mai più visto qualcosa di simile, neppure nei momenti dei vari crolli di Stato a cui ha avuto la sorte di assistere o di partecipare, poiché in questi al timore della fine si accompagnava sempre la speranza di una rinascita. Invece allora i giuristi delle generazioni meno recenti, della scuola e della magistratura, avevano il senso che l'ordine antico si stesse sfasciando, avviandosi su strade precarie, su esperimenti rischiosi, avventati e contradittori.

Questo spiega perché in quel giro di tempo si ebbe da noi una ripresa del formalismo giuridico: gli allora giovani avvertivano, i più per intuito pochi per raziocinio, che il formalismo era un'evasione da un impegno, anche perché Gentile e la Scuola di Vienna avevano loro insegnato l'onnipotenza di costrutti che aveva la logica, onde diffidavamo. L'altra reazione fu la corsa all'indietro: sempre, in simili vicende, si vanno a cercare in valori del passato cementi per costruire dighe al presente. Fu così che alla prorompente potenza dei direttori generali si opposero, come dighe, lo Stato di diritto e la divisione dei poteri.

Non vorremo riprendere il dibattito sul se le idee possano fermare le pressioni degli interessi, ma solo ci sia dato rilevare che questo ritorno ad antichi pilastri, sia pur rifondati, avrebbe potuto avere successo solo se la magistratura fosse stata pronta a riconoscerne l'attitudine a svolgere il ruolo di punti di appoggio. Il che non fu, la magistratura ordinaria perché rimase coerente alla sua logica che si portava dall'Unità, e dette sempre ragione all'amministrazione; quella amministrativa perché nessuno si attentava ad adirla, minacciato com'era di sanzioni di fatto dagli uffici delle amministrazioni qualora avesse osato ricorrere; sicché il Consiglio di Stato in s.g. non ebbe neppur bisogno di lavarsi le mani; per effetto di scoperte preclusioni ricattatorie, poté salvare l'anima.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La giovane generazione giuridica di allora riteneva invece la corsa all'indietro inutile e perfino ridicola; riteneva un fatto necessario la disciplina pubblica dell'economia, e pur convenendo che la normativa era caotica, riteneva che la vicenda fosse irreversibile. Questa è la ragione per cui nello scritto del 1939 l'autore si pose in polemica contro i riverniciatori dello Stato di diritto, della divisione dei poteri, e contro l'opinione che la scienza del diritto pubblico, amministrativo in particolare, fosse in crisi (2). Occorreva dissacrare certi miti, e l'autore tentò di farlo.

5. Oggi sarebbe forse inutile riscrivere la prima parte dei « Profili storici »; anche se i riverniciatori esistono tuttavia sarebbe inutile lo stesso, perché la polemica non è più attuale. Lo era allora, quando il riverniciare era da intendere o come una manifestazione conservatrice, o come un'illusione teoreticistica. Oggi forse i miti da dissacrare sarebbero altri.

Il problema del che fare però esisteva, ed esisteva proprio come problema di indirizzo della scienza. In un complesso ricco come quello italiano, era ovvio che gli atteggiamenti fossero diversi. Vi fu quello che riteneva transeunti, di politica economica, i fatti ai quali il decennio assisteva, onde non meritassero troppa attenzione da parte dei giuristi: capofila ne fu Santi Romano, e lo si può capire. Vi fu l'atteggiamento che riteneva i fatti comunque interessanti, per inquadrare i quali fossero peraltro sufficienti le nozioni già note e acquisite: il giurista più rappresentativo ne fu G. Zanobini, che dette ripetute dimostrazioni della capacità di espansione del sistema. Però vi era l'indirizzo che reclamava una revisione delle nozioni base: revisione delle categorie, come si diceva con ridondante locuzione; ovviamente in quest'indirizzo si inserivano tutti i parolai, che esistono sempre in ogni tempo e in ogni luogo; ma vi era anche un filone di pensiero scientifico, che era portato da quella che fu poi chiamata la Scuola siciliana di diritto privato, e dai processualcivilisti, in testa ai quali stavano Carnelutti, Calamandrei, Cristofolini e Redenti. Si andava così delineando una ripresa dell'eterna contesa sul metodo della scienza giuridica, e si ebbe anzi qualche scritto; ma per fortuna, poi, la contesa rientrò, e il tema lo ripresero dopo la guerra i filosofi del diritto, dietro sollecitazione però di una problematica del tutto diversa e più valida.

Nella seconda parte dei « Profili storici » l'autore volle quindi prendere posizione su un problema che impegnava tutti; ma non ardì giun-

---

(2) È forse da ricordare, a proposito della divisione dei poteri, l'episodio della nomina del Ministro guardasigilli a presidente della Camera dei fasci e delle corporazioni, che lasciò tutti sconcertati; ma ciò che colpì i giovani di allora è che, malgrado tutto, ancora si seguitasse a patrocinare la divisione dei poteri secondo nuovi adattamenti (come p. es. fece Luigi Rossi, che certamente non era un allineato al regime).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gere sino alla questione del metodo, che gli sembrava, e tuttora gli sembra, epistemologica, D'altra parte però sentiva che non si poteva, specie in quel momento, circoscrivere il ruolo del giurista alla manovalanza giuridica, o disperderlo in un piacevole mondo di collezionista di nozioni giuridiche rare da appuntare, come farfalle o coleotteri, in belle teche. Ce ne erano e ce ne sono già troppi di giuristi acchiappafarfalle. Stare lontani da questi non significava, ad opinione dell'autore, dover salire necessariamente al cielo di Jhering. D'altronde giuristi come S. Messina e F. Vassalli, che erano stati suoi maestri, gli avevano mostrato come fosse possibile prendere posizione con umiltà scientifica, senza sentirsi destinatari di arche di marmo.

La posizione che assunse l'autore, o meglio che propose di assumere, fu quella di uno che credeva nel futuro. Quindi occuparsi dei fatti apparentemente transeunti, e con ciò non condividere l'atteggiamento di chi considerasse i giuristi depositari di un Verbo da trasmettere ai posteri, anche perché ad una generazione venuta dallo storicismo era difficile intendere perché proprio i giuristi dovessero essere depositari e in che cosa si sostanziasse il Verbo.

Ma come occuparsene? Erano veramente necessarie le « nuove categorie »? Su questo punto l'autore si allineava alla posizione di Messina: rileggere le nozioni che ci aveva lasciato la Pandettistica, verificandole sia sulla normazione positiva che sulla realtà; solo se necessario crearne nuove, per rendere, in modi tecnici validi, quella normazione e quel mondo.

Tuttociò presupponeva un retroterra ampio, in cui avessero ricevuto assetto alcune delle questioni di base che dibattono i giuristi; tuttavia all'autore, che fra i giuristi sopratutto pregiava i cultori del diritto privato e del diritto processuale civile, e indiscutibilmente ne subiva il fascino, parve valido, in buona parte, il retroterra da cui queste scienze muovevano. Quindi la storicità dei concetti giuridici fosse indiscutibile, ma parimenti lo fosse la lunghissima vigenza temporale dei medesimi. Una ricerca che aveva fatto sui concetti giuridici del prima e del dopo delle rivoluzioni inglese, francese e russa, gli aveva avvalorato questa convinzione. Quanto al periodo di cui era spettatore, ancora glie la avvaloravano sia il constatare come troppo spesso le proposte, p. es., di Carnelutti, divenissero acqua illustre seminata agli ovili, sia la sottile critica demistificante che assorbiva da amici filosofi del diritto, come Lopez de Oñate e Pekelis.

6. Era però nel contempo facile rilevare quanto le scienze del diritto pubblico fossero lontane dalla finezza di quelle del diritto privato e processuale civile. Di qui l'ovvio interrogativo che si poneva: perché? La risposta che dava la dottrina dei maestri era, se così può dirsi, antropomorfica: perché era nata più tardi. Risposta che non finiva di lasciar stupito l'autore, in quanto era facile rilevare che, in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Germania almeno, ciò era vero sino ad un certo punto, mentre per l'Italia l'influenza della dottrina tedesca si era avuta, nella scienza del diritto privato, solo due decenni prima rispetto a quella del diritto pubblico, ossia trattavasi di periodo temporale di rilievo non decisivo.

Tale considerazione fece concepire all'autore una diversa spiegazione, ossia che si fosse in presenza di un attardamento problematico. Era facile constatare, da un lato, come la stessa dottrina tedesca, a cui facevano continuo riferimento i maestri italiani, fosse in realtà rimasta invischiata nella problematica di stampo privatistico originata dalla pandettistica, e da questa portasse, in quella parte della dottrina italiana che era stata alla sua scuola, un'impronta di un tipo quantomeno molto determinato. Da un altro lato si poteva parimenti constatare come la dottrina italiana non avesse avuto la capacità di andare avanti rispetto a quella tedesca, e quindi si fosse limitata a riprendere, in modo poco penetrante, problematiche pandettistiche, ed in un secondo tempo privatistiche, adattandole scolasticamente alla normazione di diritto pubblico.

Si pose quindi all'autore l'esigenza di fare il punto circa la situazione storica della scienza del diritto pubblico, sia pur nella apparentemente più stretta rima della scienza del diritto amministrativo, che però era, tra le scienze giuspubblicistiche, la più evoluta. I « Profili storici » nacquero così come ricerca sollecitata da un interrogativo che interessava il futuro.

La ricerca confermò l'ipotesi. Il suo punto d'arrivo fu la constatazione dell'incompletezza delle problematiche della scienza del diritto amministrativo, e la proposta che occorresse mettersi alla scoperta di nuove problematiche (§ 12 e ss.).

Già allora fu chiesto all'autore perché avesse attinto alla fonte delle nuove scuole di logica la nozione di problematica, e la avesse inserita, quasi di prepotenza — gli si disse — nelle scienze giuridiche. Essendo poi il problema del metodo una specie di chiodo fisso, gli si chiese se con questo passaggio non insinuasse un'istanza di revisione degli elaborati di metodologia giuridica, quali almeno allora circolavano. Allora l'autore non sapeva rispondere agli interrogativi, avendo troppo rispetto per la filosofia da temere come avventurosa ogni escursione nelle terre che le pertenessero. Oggi pensa che un sodisfacente avvio alla risposta è stato dato da Bobbio, Scarpelli, e altri più giovani filosofi del diritto.

7. Scoprire nuove problematiche era possibile in quanto ci si impegnasse in precise analisi giuridiche del mondo reale delle amministrazioni pubbliche; in questo senso nello studio si indicava in V. E. Orlando il capofila che aveva mostrato come il possesso sicuro di un complesso di nozioni teoriche potesse servire in quanto non lo si appli-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

casse ad un oggetto consistente in altre nozioni teoriche, ma direttamente al mondo reale. Era quel che Capograssi avrebbe poi indicato come il tenere i due capi della corda: conoscenza e approfondimento della teoria e della dogmatica, finalizzazione di tale conoscenza all'indagine dell'esperienza giuridica. Era, in fondo, l'avvertimento, ricorrente nella storia del pensiero delle nostre discipline, di guardarsi dal teoreticismo: oggi la fase che si attraversa ne dequota il valore, anche se non va rallentata la vigilanza; allora invece aveva un preciso e consistente significato, sia di fronte all'evasione nella dogmatica, sia di fronte agli innovatori nostrani, che erano solo dei confusionari di provincia; erano, come si diceva dianzi, due dei modi di reagire alla realtà in trasformazione.

Vi era però un'altra corda a due capi: si diceva che la scienza del diritto amministrativo, pubblico in genere, inserita nelle scienze giuridiche dovesse trovarsi proprie problematiche e non prendere riporti acritici da altre scienze; ma insieme si diceva che dovesse pure strettamente collegarsi ad altre scienze più evolute e non chiudersi in sé stessa.

Più di un cacciatore di farfalle giuridiche aveva ritenuto che ciò fosse contraddittorio, e ancor lo ritiene. È invece che sono proprio due vie parallele, e ciò ancor forse merita una spiegazione.

La teoria generale e la dogmatica positiva si erano certamente formate, sino ad allora, con gli apporti delle scienze del diritto privato e processuale civile; la scienza del diritto pubblico, pur con gli enormi risultati raggiunti, era rimasta tuttavia discosta, e storicamente ciò si spiegava, considerando che aveva avuto dinanzi un enorme terreno incolto, laddove le altre due discipline avevano secolari culture di impianto. Per un effetto di induzione circolare, non poteva non accadere che la scienza del diritto pubblico, dovendo ricorrere alla teoria generale, trovasse in questa ciò che vi era, ossia dei costrutt di origine della scienza giusprivatistica. Di qui la deformazione che questi costrutti, applicati all'oggetto della scienza giuspubblicistica, venivano a dare all'oggetto stesso. La deformazione dell'oggetto, per conseguenza ulteriore, deformava la realtà giuridica positiva; donde le reazioni anarchiche della prassi applicativa, le quali potevano giungere talora a risultati quasi anomici (la storia della prassi degli organi finanziari e degli organi di polizia, ne sono da noi esempi chiari).

Qui dunque l'origine dell'avvertimento di usare con cautela strumentari, che apparendo di teoria generale, erano invece solo di genesi privatistica. Per fare un esempio, la teoria dell'atto amministrativo, quale elaborato da Kormann in Germania, da Trentin in Italia, trovava i giudici amministrativi e le amministrazioni su nette posizioni di ripulsa, perché deformanti l'oggetto. Ciò che si raccomandava era quindi una scelta oculata delle nozioni di teoria generale, che potessero ser-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vire ad elaborare gli oggetti delle scienze giuspubblicistiche in costrutti adeguati, distinti da quelli di altri rami della normazione positiva.

Nel contempo però si avvertiva che era rischioso porsi su di una via, che in nome dell'autonomia della scienza portasse alla chiusura della scienza. Vi era, a quel tempo, un esempio che colpiva tutti, di vicenda occorsa in altra scienza giuridica: quella del diritto penale, diventata una specie di Cina imperiale, chiusa nelle sue muraglie e con i porti sbarrati. La scienza del diritto pubblico non era in questa situazione, però una tendenza quantomeno all'indigenismo esisteva. Il senso della tesi era che dalle altre più evolute discipline giuridiche essa dovesse prendere quanto necessario ai fini di una revisione e di una integrazione della teoria generale; era, in altre parole, la riaffermazione dell'unità delle scienze giuridiche nella teoria generale. Non era quindi né un discorso nuovo né un discorso volto ad altre discipline; questa volta si rivolgeva ai cultori della scienza del diritto pubblico.

8. Così chiarito il nesso tra le due parti dello studio, ed i loro significati genetici, detto che la prima parte ha valore storico, occorrerebbe passare ad una rivisitazione quanto meno della seconda. È però da constatare che le due principali linee ricostruttive della vicenda storica ivi esposte sono state accettate degli studi successivi: quella dell'importanza europea del Polizeirecht e della cameralistica come una delle matrici del diritto amministrativo e della scienza relativa, e quella dell'origine dalla matrice pandettistica delle elaborazioni di questa scienza, che le hanno dato la consapevolezza scientifica.

Ulteriori ricerche, anche tedesche, hanno singolarmente arricchito le prospettive allora delineate; per cui, oggi, lo studio andrebbe totalmente riscritto, poiché in più luoghi presenta enunciazioni troppo elementari. Per quanto riguarda l'Italia, mi riferisco ai contributi del gruppo di giovani studiosi che fanno capo all'ISAP e alla FISA. Inoltre nello studio hanno poco spazio i profili attinenti al collegamento tra *movimenti sociali, ideologie politiche* e *teorie giuridiche*, tema che doveva solo dopo la guerra balzare in primo piano, peraltro al punto da divenire quasi obliterante di altri aspetti: va soggiunto che, ad opinione dell'autore, queste ricerche non sono sodisfacenti, in quanto impostate su problematiche o elementarmente perentorie o dispersivamente storiografiche.

Sono poi apparsi studi sulla personalità scientifica e le opere di parecchi giuristi italiani; insieme a quelli apparsi in altre letterature, oggi si possiedono molte illuminazioni episodiche su frammenti che occorrerebbe comporre, con l'avvertenza che altro può essere la sintesi ricostruttiva su una scuola o su una corrente, altro quella su singole personalità di studiosi.

9. Sotto questo aspetto l'autore dovrebbe esser contento: se due sue ipotesi camminano, vuol dire che non erano inutili. Tuttavia quel

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che più interessava all'autore erano le nuove problematiche: la riflessione sul passato gli serviva a capire il presente e ad indicare una via per il futuro. È forse questo l'aspetto che più interessa i giovani studiosi che lo hanno stimolato? In fondo sarebbe legittimo, e non da rammaricarsene.

Su questo aspetto le conclusioni dell'autore di oggi non sono affatto positive. Il suggerimento che aveva fatto non osava dirigersi agli studiosi della sua generazione e di quelle che lo precedevano. Tra i primi ve ne è stato uno, Pietro Gasparri, che prese decisamente la via delle nuove categorie, con studi di enorme interesse, che però hanno avuto la sorte di tutto l'indirizzo delle nuove categorie; comunque alcuni di questi studiosi seguitano la propria vocazione in modo ammirevole. Si dirigeva ai più giovani. Ma quanti, fra i più giovani, si sono posti veramente alla ricerca di nuove problematiche?

In tutte le discipline giuspubblicistiche messe insieme non si arriva a quindici nomi, alcuni — è vero — di risonanza internazionale. Un altro gruppetto di giovani si sta preparando. In tutto assai poco. Il sistema reale dei concorsi universitari ha in fatti favorito il gioco delle scuole provinciali più attardate, che, con alleanze fra loro, hanno portato in cattedra degli altri attardati, nel migliore dei casi degli scolastici acritici. Si potrebbe osservare che la scienza non cammina per plotoni, e che questa vicenda si è avverata anche in passato (ma in modo meno intenso). Tuttavia, per il teorema di Pirro, la scienza del diritto amministrativo, nel suo complesso, non ha progredito secondo un ritmo sodisfacente, e in buona parte dei suoi cultori si attarda su posizioni ripetitive, di scuola. La scienza del diritto costituzionale è in situazione ancor più lamentevole; sola eccezione è la scienza del diritto tributario, ma perché ha ricevuto validi cultori da altre discipline.

Eppure le condizioni della materia di studio sarebbero quanto mai favorevoli. Con la fine del conflitto mondiale, le normazioni positive sono in movimento ovunque. Ovunque i confini tra diritto pubblico e diritto privato stanno divenendo mobili; ovunque l'attività costituzionale e amministrativa si stanno procedimentalizzando; ovunque le programmazioni e i provvedimenti amministrativi generali introducono nuove tecniche e nuovi rapporti.

Rispetto a queste vicende, tutte le scienze giuridiche sono sfasate contrariamente a quanto ci si poteva attendere, vi è una netta ripresa dell'indigenismo, per cui i privatisti ignorano i pubblicisti e viceversa; le poche eccezioni sono quelle dei pubblicisti che si sono posti sulla via delle nuove problematiche. Anche la scienza del diritto privato, pur avendo portato rigorosamente avanti la rilettura della sua dogmatica, non dà più contributi alla teoria generale, e l'eccezione di alcuni più anziani maestri ne costituisce conferma. Si è semmai invertita la tendenza, nel senso che il contributo pubblicistico alla teoria generale sia pur limitato, prevale rispetto a quello di altre discipline.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Le ragioni della contraddittoria situazione a cui oggi si assiste sono varie e opinabili. Senonché, a questo punto, cessa quanto è implicato dalla rilettura dei « Profili storici », che ci eravamo assegnati. L'autore doveva solo dar conto del perché riteneva e ritiene insodisfacente l'avanzamento della scienza del diritto amministrativo, in relazione precipuamente alla scoperta e all'individuazione delle nuove problematiche. Oltre tale limite, si deborda nell'area che attiene alla condizione generale della scienza del diritto nella società in trasformazione del tempo di oggi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

FRANCESCO DE SANCTIS

LORENZ VON STEIN
UN ' REALIST IM IDEALISTISCHEN MANTEL '?

La pubblicazione dell'interessante volume Lorenz von STEIN, *Gesellschaft - Staat - Recht*, Propyläen, Frankfurt a.M. - Berlin - Wien, 1972, antologia di scritti steiniani raccolti ed introdotti da E. FORSTHOFF con contributi di R. HUBER, E. W. BÖCKENFÖRDE e D. BLASIUS, mi dà l'occasione di anticipare quì alcune considerazioni su questo autore (Stein) — che svolgerò più estesamente in altra sede — stimolate dagli interessanti, anche se non nuovi (1), contributi che compaiono accanto a questa raccolta di scritti e che rappresentano un po' il quadro istituzionale di lettura di Lorenz von Stein.

I. L'attività di Lorenz von Stein (n. 1815, m. 1890) copre un arco di anni che va dal 1839 al 1890 presentando una notevole vastità di interessi culturali e scientifici che vanno dalla teoria del diritto alle singole scienze giuridiche, dalla storia del socialismo e comunismo alla scienza sociale, dalla storiografia costitu-

---

(1) Prescindendo dalla *Einführung* scritta da Forsthoff per l'occasione, gli altri contributi sono tutti già apparsi in luoghi diversi. *Lorenz von Stein und die Grundlegung der Idee des Sozialstaats*, fa parte di Ernst Rudolf HUBER, *Nationalstaat und Verfassungsstaat. Studien zur Geschichte der modernen Staatsidee*, Stuttgart, 1965, pp. 127-143; Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Lorenz von Stein als theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat*, era comparso nel volume collettaneo in onore di Otto BRUNNER, *Alteuropa und die moderne Gesellschaft*, Göttingen, 1963, pp. 248-277; Dirk BLASIUS, *Lorenz von Steins Lehre vom Königtum der sozialen Reform und ihre verfassungspolitischen Grundlagen*, è apparso in « Der Staat », 10. Bd., Heft 1, 1971, pp. 33-51.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zionalistica alla scienza delle finanze, all'economia politica, alla teoria dell'amministrazione (2).

Certamente però si può affermare che la base su cui si ergerà l'imponente opera di Stein si andò formando e consolidando proprio sul finire di quegli anni fervidi della storia politica, giuridica, sociale e culturale in genere della Germania che sogliono essere indicati col nome di *Vormärz* (1815-1848) e di cui lo stesso Stein, in parte, condivise le speranze emancipatrici, anche se contraddittorie della borghesia tedesca.

In questi anni (specialmente dal suo primo soggiorno parigino, 1842) il lavoro teorico di Lorenz von Stein fu dominato da un vivo interesse per i problemi sociali, e soltanto di riflesso giuridici (3), sorti all'interno della società europea (e specificamente francese) da quando questa si caratterizza sempre più come società industriale. Da tale interesse, realizzatosi in studi de (e contatti diretti con) la dinamica società parigina (e francese in generale) degli anni '40, sorse in lui la convinzione che il bisogno dell'epoca fosse la comprensione scientifica di questo nuovo organismo, la *industrielle Gesellschaft*, attraverso una dottrina storico-sistematica, che fosse però capace anche di individuare le leggi generali operanti alla base della *menschliche Gesellschaft* in quanto tale — intesa come organismo antitetico e *toto coelo* diverso dallo Stato — seguendone lo sviluppo storico e sistematico fino alla sua configurazione moderna e nello stesso tempo minacciosa; moderna in quanto nata con la *Industrie*, minacciosa in quanto se lasciata a se stessa (alla lotta delle forze in essa operanti, le classi), capace di porre in pericolo l'esistenza stessa dello Stato, vale a dire di quello Stato, che sorto dalla grande Rivoluzione, data l'epoca dell'istituzionalizzazione della ' Libertà '.

---

(2) Per un panorama abbastanza completo anche se critico proprio nei confronti della vastità (realizzata a spese della penetrazione teorica) degli interessi scientifici di Stein, v. la Commemorazione che ne fece Carl MENGER, *Lorenz von Stein † 23. Sept. 1890*, nei « Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik », 3. Folge, Bd. 1, 1891, pp. 193-205.

(3) I primi scritti di Stein, fino alla *Doktordissertation* compresa (*Die Geschichte des dänischen Civilprocesses und das heutigen Verfahren. Als Beitrag zu einer vergleichenden Rechtswissenschaft*, Kiel, 1841), sono tutti di argomento più strettamente giuridico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La conclusione di questa ricerca quasi decennale è la *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage* le cui tappe salienti sono le due edizioni (42 e 48) dell'opera sul socialismo e sul comunismo francesi (4). La *Geschichte* può a buon diritto essere considerata, più che lo stesso *System der Staatswissenschaft* del 1852, il momento centrale, e per molti versi più interessante e complesso, dello sviluppo teorico di Stein; in essa infatti, al di là di una certa paradigmaticità, egli realmente tenta di afferrare l'esserci storico della società a lui contemporanea in un sistema teorico capace di costituire il ' filo d'Arianna ' nel « Labyrinth der Bewegung » (Stein) caratterizzante la società industriale e la sua specifica *soziale Frage*, la quale ultima gli appare « von der allerhöchsten Wichtigkeit, sie ist keine theoretische mehr, sie ist eine praktische geworden » (5).

Di fronte alla ' praticità della questione ', che sempre più si caratterizza in senso rivoluzionario, l'unica prassi a cui Stein riconosce la capacità di risolvere la ' questione ' stessa è la prassi statale.

E dunque la nuova scienza deve inserirsi all'interno di tale questione come momento determinante tale prassi: la *Wissenschaft der Gesellschaft* deve divenire lo strumento del potere capace di indicargli la soluzione della *soziale Frage* che, per Stein, coincide con la fissazione dei compiti dello Stato nei confronti del proletariato (« il compito e la forza del potere statale nei confronti della classe non possidente, che lavora soltanto, è la peculiare questione sociale del nostro presente » (6)), vale a dire di quella fetta di società che oggettivamente appare rivoluzionaria ed eversiva nei confronti dell'ordine sociale costituitosi a partire dalla Rivoluzione dell'89 — del proletariato in quanto classe coscientemente in lotta con quella dei capitalisti e che da un momento all'altro

---

(4) Lorenz von STEIN, *Der Socialismus und Communismus des heutigen Frankreich. Ein Beitrag zur Zeitgeschichte*, Leipzig, 1842, fu riedito in forma molto rimaneggiata, ed ampliato in due volumi, presso lo stesso editore (Otto Wigand) nel 1848.

(5) Lorenz von STEIN, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, ristampa anastatica dell'edizione curata da G. Salomon nel 1921 (3 volumi), Darmstadt, 1959, I, p. 5.

(6) *Ibid.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

può tramutare la fisiologica *soziale Bewegung* in patologica *soziale Revolution.*

La scienza della società ha dunque il compito di indicare al potere statale la radice e la pericolosità di fenomeni quali *soziale Bewegung, soziale Frage, Klassenkampf,* e, nello stesso tempo, la possibilità di dominarli e contenerli entro limiti sopportabili per la conservazione di un ordine sociale che non rinunci a ciò che il ' progresso civile ' è giunto a livello economico e politico.

Da questa prospettiva realmente la *Geschichte* appare il momento decisivo e centrale di tutta l'opera di Stein, momento che gli permette, attraverso una gradevole conciliazione tra *Stimmung* sistematica (quasi ossessiva nel *System der Staatswissenschaft* (7)) ed analisi storiografa di arrivare ad una precisa formulazione della funzione operativa e strumentale di un certo tipo di scienza sociale. Infatti in quest'opera Stein chiarisce a se stesso (nelle linee generali che resteranno poi pressoché invariate) la natura della società, delle sue forze e delle sue contraddizioni, e contemporaneamente i mezzi con cui queste possano essere dominate e canalizzate verso la realizzazione armonica della umana *Bestimmung,* che gli appare scissa tra una destinazione meramente sociale ed un'altra, di ordine superiore ed etico (in senso hegeliano), da realizzarsi a livello statale.

Non a caso la soluzione della *soziale Frage* si fonda per Stein sulla chiarificazione del rapporto solo in astratto meramente antitetico società-Stato, ma soprattutto informativo della prima sul secondo nella fase storica in cui la *Gesellschaft* domina lo Stato col suo principio negativo (l'interesse particolare); cosicché da una chiara formulazione diagnostica della patologia del tessuto sociale (prevalere di un determinato interesse di classe) si possa operare una altrettanto precisa indicazione dell'unica terapia pensabile che, per quanto possibile (senza annullare l'autonomia delle due sfere di vita, quella statuale e quella sociale), inverta tale rapporto informativo attraverso l'attività dello Stato tesa a far valere nell'ambito dal sociale il principio che sta alla base dell'idea di Stato (l'elevazione ed il benessere di tutti). Tale attività si chiarirà

(7) Opera in due volumi (I, 1852; II, 1856) rimasta però incompiuta rispetto al disegno originario di Stein.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sempre meglio in Stein come '*tätige Verwaltung*' la cui base doveva essere la sua *Lehre der sozialen Reform*, parte finale e *telos* della *Wissenschaft der Gesellschaft* ([8]).

A guardar bene le cose, dunque, determinante ai fini della nascita di questa scienza sociale è l'evidenziarsi storico del proletariato come classe rivoluzionaria (« l'esserci del proletariato ci costringe ad innalzare a scienza della società le disparate e spesso ripetute trattazioni della società umana » ([9])) con il suo corredo di 'teorie' ([10]), *in primis* il socialismo ed il comunismo.

Per concludere la *Wissenschaft der Gesellschaft* viene intenzionalmente orientata verso un ben determinato tipo di prassi (la prassi giuridico-politica della *Verwaltung*) — la monumentale *Verwaltungslehre*, in cui tale intenzione è realizzata in sommo grado, ha il merito di aver colto l'ineliminabilità del momento politico-sociale a livello della *Staatsverwaltung* — essenzialmente tesa ad impedire la 'rivoluzione sociale'; rispetto a tale prassi la scienza della società deve operare come orientamento e sostegno, venendosi così a trovare direttamente impegnata nella questione sociale del presente ma protesa verso il futuro sviluppo della vita degli Stati europei.

II. A mio avviso soltanto tenendo presente questo significato che la scienza sociale aveva per Stein da un lato, e dall'altro la centralità della stessa in tutta la sua opera che si può dare un giudizio su questa nel suo complesso, cosicché ogni tema particolare trattato da Stein possa, rispetto a tale centro, avere la sua collocazione ideologica.

Di un discorso del genere si sente un po' la mancanza nella letteratura su Stein, dove invece trovano largo spazio i solenni elogi del suo 'realismo' che, anche se incontestabile, presenta

---

([8]) La partizione di questa scienza è formulata chiaramente nella *Geschichte*, I, p. 138: 1) dottrina del concetto e dell'ordine della società; 2) storia della società; 3) esposizione dei fondamenti in base ai quali l'ordine sociale domina la costituzione e l'amministrazione dello Stato; 4) la dottrina della riforma sociale.

([9]) *Sozialismus und Communismus*[1], cit., p. 13.

([10]) *Theorie* è per Stein una conoscenza più che falsa tendenziosa, per molti versi simile all'ideologia in senso marxiano. Sul punto v. spec. *Geschichte der sozialen Bewegung*, cit., I, pp. 141-149.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

specifiche valenze ideologiche che non possono essere espunte da un giudizio che, appunto, voglia essere complessivo.

Da tale difetto, in realtà non si salvano i saggi che accompagnano in questo libro la scelta, peraltro estremamente felice, di tre scritti di Lorenz von Stein. Questi ultimi infatti presentano uno spaccato del pensiero di Stein colto in momenti essenziali del suo sviluppo teorico.

Il primo riproduce la grossa *Einleitung* alla *Geschichte der sozialen Bewegung* (senza la conclusione, apparsa forse inattuale per gli accenti nazionalistici con cui Stein privilegia la ' scienza ' tedesca rispetto alle ' teorie ' francesi) vista dai più, e non a torto, come il nucleo teoretico della teoria sociale di Stein e come il primo abbozzo, nella storia del pensiero tedesco, di una scienza sociale in senso moderno.

Il secondo riproduce il testo integrale della *Zur preussischen Verfassungsfrage* (del 1852), brillante libello giuridico-politico sulla questione costituzionale prussiana in cui il più volte lodato realismo di Stein trova grande spazio, soprattutto per ciò che concerne il rapporto costituzione-amministrazione (a cui corrisponde la coppia omologa volontà-attività statuale) in rapporto ai problemi allora scottanti della *Regierung*, della *Volkvertretung* e dei limiti del potere regio.

Il terzo, infine, riproduce, anche integralmente, il testo di *Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands* (del 1866), opera che meritava di essere ripubblicata in quanto esempio ancor oggi notevole di sociologia del diritto (in base ad un metodo di tipo storico) in cui dietro l'esigenza per alcuni versi passatista di restaurare una *Staatswissenschaft* totalizzante, di cui tutte le scienze della comunità umana facessero parte, vi è potentemente espressa l'esigenza ben più attuale di fare della scienza del diritto (o almeno di affiancarle) una scienza che tenga conto e principalmente delle forze sociali, dei contrasti di classe e degli interessi economici che sono, per Stein, la base reale del diritto, che il vuoto formalismo accademico cerca di occultare dimenticando che « il diritto è nell'essere e divenire la manifestazione delle forze della vita », la quale ultima, per Stein, nella sua accezione più generale è lotta, ed in quanto vita sociale è lotta di interessi, di singoli o di gruppi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ernst Forsthoff, nella sua lucidissima introduzione al volume, pone in rilievo l'importanza che, all'interno di una ricostruzione sistematica del « frühen deutschen Kostitutionalismus » portata avanti negli ultimi decenni in Germania, occupa l'opera di Stein per la sua penetrazione di quelli che furono i massimi problemi politici del tempo, vale a dire l'unificazione della Germania, il passaggio ad un moderno regime costituzionale, l'ascesa della società industriale.

Per Forsthoff due sono gli elementi che pongono Stein in una posizione di particolare rilevanza rispetto ai suoi contemporanei: *a*) l'estremo realismo che lo portò a vedere nell'amministrazione dello Stato quella forza attiva capace, sia pur nell'osservanza della costituzione, di far fronte al dinamismo della società industriale, per cui i compiti più urgenti dello Stato moderno avrebbero trovato la loro naturale collocazione a livello di una *tätige Verwaltung* (p. 10); *b*) la base filosofica unitaria (secondo F. di matrice hegeliana) che egli pose a fondamento di una *Spezialwissenschaft* (p. 10-11).

Il contributo decisivo di Stein all'interno del contesto di quel primo costituzionalismo tedesco, resta per F. la precorritrice concezione di una *Verwaltung* (sganciata dal formalismo e dall'astrattezza della *Verfassung*) profondamente impegnata a livello sociale, connotante la sfiducia di Stein nei confronti dell'utopia del *Vulgärliberalismus*, la quale presumeva che una società, di per sé potesse essere armonica, e che tanto più lo sarebbe stato quanto meno lo Stato fosse intervenuto a livello socio-economico.

« Dopo che la scienza giuridico-amministrativa ebbe ridotto l'amministrazione ed una funzione statale orientata da norme, essa venne totalmente scissa da quei fondamentali rapporti politici dai quali la maestria di Lorenz von Stein aveva sviluppato la sua imponente concezione dell'amministrazione » (p. 17). Questa in realtà fu la causa della dimenticanza in cui Stein cadde quasi immediatamente dopo la sua morte ed in cui rimase fin dopo la I Guerra mondiale; da questo momento in poi, a causa delle vicende socio-politiche tedesche, il pensiero di Stein fu ripreso e discusso all'interno delle dottrine giuspubblicistiche da autori quali Salomon, Smend, Schmitt. L'importanza di Stein continua ad avere riconoscimenti, secondo F., anche dopo la II Guerra mon-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diale e non soltanto da un punto di vista meramente storiografico, bensì soprattutto perché la sua critica al *Vulgärliberalismus* con la relativa teorizzazione di un intervento continuo dello Stato a livello del tessuto sociale volto ad assicurare una reale libertà al cittadino, ha sempre il merito di impostare in maniera attuale il problema del rapporto, ancora irrisolto, società-Stato.

Il contributo di Huber (*Lorenz von Stein und die Grundlegung der Idee des Sozialstaats*, pp. 495-512) è totalmente incentrato sulla *Geschichte* e su quel rapporto società-Stato, in essa stabilito, che, per le soluzioni a cui Stein arriva, lo fa il fondatore della idea di Stato sociale. E, a mio avviso giustamente, Huber aggiunge che « La dottrina della monarchia sociale è il nucleo della teoria sociale di Stein. Essa determina il carattere conservativo del socialismo steiniano » (p. 505), dove per Huber il ' conservativo ', lungi dall'identificarsi con reazionario, significa soltanto la convinzione che il rinnovamento sociale possa coesistere ed intrecciarsi (H. usa il verbo *anknüpfen*) con le istituzioni ancora valide del regime monarchico, conservandole (ibid.).

Tutti quelli che sono i principi a cui lo Stato sociale si ispira sarebbero dunque in abbozzo nella dottrina di Lorenz von Stein: la supremazia del lavoro sul capitale, l'importanza dell'amministrazione investita del compito perennemente trasformativo di quelle istituzioni sociali che naturalmente tendono ad irrigidirsi in forme oppressive per coloro i quali sono economicamente più deboli, il pluralismo e l'integrazione sociale che sono a fondamento della *Klassenlehre* di Stein (l'obiettivo polemico di Stein e di Huber è la *Theorie des Klassenkampfs*, che vuole tale lotta ineliminabile all'interno di una società classista), l'essere lo Stato non soltanto uno Stato del benessere con caratteristiche assistenziali, ma soprattutto un mezzo di elevazione morale e culturale dei singoli volto ad impedirne la massificazione tipica della moderna *Massengesellschaft*.

Anche Böckenförde (*Lorenz von Stein als theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat*, pp. 513-547) vede l'importanza di Stein nella precisa ed anticipatrice formulazione del concetto di Stato sociale. Ma, a differenza degli altri due saggi, centrati l'uno principalmente sul concetto di *Verwaltung* e l'altro su quello di *Sozialstaat*, questo di B. è teso ad una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

considerazione più articolata del pensiero di Stein nella *Geschichte der sozialen Bewegung*; quattro sono infatti i punti rispetto a cui B. esamina l'opera del nostro, l'anticipazione teorica dello Stato sociale, il valore della prognosi storico-politica, l'importanza di Stein per una moderna teoria della storiografia, il suo essere il fondatore della scienza sociale in Germania.

Per quanto concerne il primo punto, la precisa formulazione dei principi ispiratori dello Stato sociale B. li ricava dalla *Geschichte*, III, pp. 218-219, questi sarebbero: *a*) la legittimazione dello Stato moderno più che al livello di costituzione a quello di una « tätige, sozialgewärende Verwaltung »; *b*) la « inhaltliche Bestimmung » dell'elemento politico attraverso quello sociale; *c*) il promovimento del benessere di tutti attraverso una più equa partecipazione al prodotto sociale, come mezzo di una reale *Freiheitssicherung*; *d*) progressivo superamento delle strutture politiche tradizionali e la loro mediatizzazione a favore del sociale (pp. 513-514).

Inoltre tra le molte prognosi di rilievo che il XIX sec. ci presenta (B. nomina Tocqueville e Donoso Cortes) quella di Lorenz von Stein ha la caratteristica di essere « eine *systematische*, aus Gründen entwickelte Prognose » in quanto « risultato della comprensione teorica del movimento storico di Stato e società, che si è realizzato in Francia dal 1789 al 1848 e che è divenuto paradigmatico nel suo nucleo strutturale per l'Europa moderna in generale » (515). La *Geschichte* sarebbe l'ultimo grande tentativo, nel XIX sec., di afferrare « in der Nachfolge Hegels die Gesammtwircklichkeit des geschichtlichen Geschehens als Einheit » (ib.), ma la caratteristica specifica di Stein sarebbe quella di riuscire a non contrapporre ' ideale ' e ' materiale ' « ma ancorata l'idea nell'accadere storico quale forza agente di questo, di comprendere quest'ultimo accadere come determinato e formato attraverso l'impulso dell'idea nell'uomo che agisce, inoltrandosi così verso il centro del movimento storico » (ib.).

Con ciò Stein non solo supererebbe il maestro, ma opererebbe una vera e propria rivoluzione teorica a livello della storiografia tradizionale interessata solo alla descrizione della storia e non alla comprensione dell'elemento motore della stessa. Questa impostazione metodologica avrebbe portato Stein a trascurare gli elementi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in voga nella storiografia a lui contemporanea (nazione, popolo, individualità storica, lotta tra monarchia e sovranità popolare) per andare a cercare l'elemento determinante tutto il movimento storico nella *Gesellschaft*, nella sua *Ordnung* e nelle sue forze in contraddizione.

Dopo il lungo oblio in cui la sua opera è caduta, la riscoperta di Stein è avvenuta, dice B., anche per il fatto che egli sia stato compreso quale « Wegbereiter und Gründer der Soziologie », quale « Theoretiker des Gesellschaftsbegriffs, mit dem die Sozialtheorie in Deutschland begonnen habe » (518).

Quindi B., attraverso un'analisi precisa e sintetica della *Geschichte*, verifica questi punti nell'opera di Stein concludendo che egli, per mezzo di un'acuta analisi storica e sistematica della *soziale Bewegung*, supera totalmente il liberalismo a lui contemporaneo (533) e che il suo rifarsi alla monarchia in quanto ' monarchia sociale ' non è affatto un astratto postulato teorico bensì la precisa indicazione dell'unica *chance* che la monarchia ha, se vuole sopravvivere (536). Anche la sua sfiducia nella repubblica avrebbe un fondamento reale, consistente nel pericolo latente di una guerra civile tra quelle classi (siano esse dominanti o dominate) che vogliono impadronirsi della *Verwaltung* come mezzo reale di dominio attraverso il mascheramento di una lotta politica tesa ad una modifica della *Verfassung* in senso repubblicano. E questa analisi avrebbe il grande merito di superare i limiti dei contrasti socio-politici del '48 francese riproponendo la sua validità anche a livello della crisi costituzionale che travagliò gli Stati europei nel primo Dopoguerra.

Strettamente legata all'interpretazione qui presentata è anche quella di D. Blasius (*Lorenz von Steins Lehre vom Königtum der sozialen Reform und ihre verfassungspolitischen Grundlagen*, p. 549-570), l'unico, tra gli studiosi presenti nel volume, che sia uno ' specialista ' di Stein dedicandosi da anni allo studio dell'opera del nostro a cui ha contribuito con parecchi scritti (11).

(11) Qui ricordiamo oltre la Dissertazione di dottorato (Dirk BLASIUS, *Lorenz von Stein. Grundlagen und Struktur seiner politischen Ideenwelt*, Köln, 1970) anche alcuni altri scritti di Blasius su Stein: *Gesellschaftsgeschichte und Gesellschaftswissenschaft bei Lorenz von Stein*, in « Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie », 1971, pp. 261-285; *Lorenz von Stein und Prussen*, in « Historische Zeitschrift », April

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il fine di Blasius è quello di dimostrare, ancora una volta, il realismo di Stein anche lì dove potrebbe essere messo legittimamente in dubbio vale a dire a livello della dottrina del *Königtum der sozialen Reform*, in cui la monarchia è vista come l'unico regime politico in grado di assicurare ai popoli germanici l'attuazione di una riforma sociale al di sopra di ogni interesse particolare.

Per far ciò Blasius comincia col rintracciare la matrice di questa concezione nell'influsso che su Stein esercitò, anche se principalmente nei primi scritti, Karl Friedrich Eichhorn (rappresentante della ' scuola storica '), influsso che maturando si fece poi parte dello stesso pensiero di Stein dilatandosi al di là dei limiti propri di una pura e semplice concezione storica del diritto in senso classico; così che la storia del diritto, oltre ad essere la chiave per la comprensione del diritto del presente, diventa con Stein, un mezzo di comprensione per la storia in generale e per il presente storico nella sua complessità.

Questa prospettiva permette a Blasius di affermare che è all'interno di tale visione che il *Königtum* si legittima, nel pensiero di Stein, come istituzione caratteristica dei popoli di origine germanica; esso si configurerebbe come quell'istituzione capace di accompagnare la vita di tali popoli attraverso tutti i cambiamenti che essa possa subire e che già ha subito nella storia, cosicché, dice Blasius, la monarchia appare a Stein come l'unico regime che si è legittimato a sopravvivere per la sua capacità di superare il conflitto di forze esterne ed interne allo Stato stesso (556). Anzi proprio l'osservazione dei contrasti e delle forze esistenti nella società del tempo porterebbe Stein a privilegiare la monarchia come potere capace di dominare i contrasti armonizzando le forze in lizza a livello sociale (giustamente Blasius nota che indicazioni in tal senso Stein può averle ricevute anche da Saint-Simon).

Detto ciò, sembra a Blasius falsa la tesi di Angermann ([12]) secondo cui la dottrina steiniana del *Königtum der sozialen Reform*

1971, pp. 339-362; *Lorenz von Stein*, in *Deutsche Historiker*, hrsg. von H.-U. Wehler, Göttingen (non posso dare l'indicazione dell'anno, poiché ho soltanto l'estratto anticipato, speditomi gentilmente da Blasius, dove non compare data), pp. 25-38.

([12]) Erich ANGERMANN, *Zwei Typen des Ausgleichs gesellschaftlicher interessen durch die Staatsgewalt. Ein Vergleich der Lehren Lorenz Steins und Robert Mohls*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sia « eine realitätsferne Theorie » (557), in quanto proprio il tipo di realtà sociale spingeva Stein a cercare, anche se sulla scia di Hegel, una posizione della monarchia tale che la ponesse fuori da quei contrasti irrisolvibili dal loro interno, almeno pacificamente. Da questa angolazione il pensiero di Stein potrebbe realmente avere più che un punto di contatto con quello di Beniamjn Constant (come vorrebbe Lothar Gall in *Benjamin Constant. Seine politische Ideenwelt und der deutsche Vormärz*), ma in tale accostamento bisogna assolutamente, secondo Blasius, tener conto della differenza che sussiste tra il « pouvoir neutrale » di Constant e il « Königtum der sozialen Reform » steiniano — la cesura tra i due consisterebbe nel fatto che Constant concepisce il potere neutrale dei re come un potere non dotato di alcuna posizione preminente nella struttura costituzionale dello Stato, mentre per Stein il potere del sovrano deve avere un'autorità particolare che lo pone al di sopra degli altri poteri, solo così la sua neutralità può essere decisiva per la composizione dei contrasti sociali. Ma ciò non deve portare a credere che Stein rimaneggi l'assolutismo, tutt'altro, la sua convinzione è, dice Blasius, che proprio il regno di Carlo X con la sua fine nella rivoluzione di luglio ha dato una « prova decisiva » (Stein) dell'impossibilità di una monarchia assoluta nella *staatsbürgerliche Epoche* (563).

« Il pensiero conduttore di Stein è per assicurare una partecipazione allo Stato adeguata al tipo di società portato avanti dalla borghesia senza che però l'indipendenza e l'obbiettività dello Stato, proprio nei confronti dei gruppi sociali e delle lotte degli interessi sociali, venisse toccata » (565). Questa la funzione del *Königtum*, armonizzatore del principio democratico e di quello monarchico (ib.). Ma anche qui, per Blasius, bisogna distinguere; infatti non è che Stein tenga in gran conto quello che divenne il *Leitmotiv* della pubblicistica tedesca del XIX sec., secondo cui la costituzione repubblicana del 1850 riusciva bene a conciliare il principio monarchico con una concezione liberale dei rapporti sociali, poiché

---

compreso (pp. 173-205) nell'interessantissimo volume collettaneo curato da W. Conze, *Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz 1815-1848*, Stuttgart, 1962. Il saggio di Angermann è per molti versi centrato, tranne, a mio avviso, per il peso eccessivo che A. dà all'hegelismo di Stein.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per Stein la monarchia costituzionale è qualcosa di più, e precisamente è « la costituzione naturale degli Stati germanici nell'epoca della società industriale » (Stein).

Quindi, per Blasius, « Lorenz von Stein è realmente l'unico tra i teorici costituzionalisti del XIX sec. che ha portato avanti conseguentemente il tentativo di dare una giustificazione sociologica della monarchia costituzionale » orientando totalmente le sue « Verfassungsvorstellungen an dem bestehenden gesellschaftlichen Antagonismus » (567). La verifica di ciò Blasius la trova nel parallelo tra Stein e Stahl, il quale ultimo per combattere il costituzionalismo (il liberalismo) di tipo occidentale, contrapponendogli l'autorità etica e religiosa della monarchia, perderebbe completamente di vista le vicende sociali del suo tempo, per cui la sua dottrina avrebbe soltanto un fondamento metafisico, ma certamente non storico-sociologico come quello di Stein (567-568).

La parte conclusiva del saggio di Blasius è certamente la più debole; dopo aver ripreso il motivo già di Böckenförde sulla sfiducia di Stein in una costituzione repubblicana (fonte di guerra civile), rimprovera la monarchia tedesca di non aver ascoltato la lezione di Stein, di non essersi fatta realmente una ' monarchia della riforma sociale ' capace di porre in essere una concreta integrazione sociale: « Soltanto qualora il tipo di costituzione della monarchia costituzionale tedesca avesse avuto a contenuto un programma sociale nel senso di Stein e soltanto se la monarchia prussiana si fosse trovata veramente preparata ad essere un ' *soziales Königtum* ', sarebbe forse stato possibile un passaggio senza fratture dalla monarchia alla sovranità popolare. E in realtà questa *chance* storica fu sprecata » (569-570). Ecco dunque come la stessa realtà poté essere meno ' realista ' di Stein.

III. Mi sembra dunque che, prescindendo dalla preparazione con cui ciascuno di questi autori, in rapporto al suo specifico *Fachgebiet*, imposta il lavoro su Lorenz von Stein, sia rimasto in ombra in questi saggi un esame più approfondito di questa ' dottrina ' e della ' realtà ' che tale teoria prende a modello. Questa è la prospettiva che accomuna questi saggi e che può non essere condivisa nella misura in cui a priori, restando a livello per così dire epifenomenico (e dunque dando per ' necessaria ' quella certa

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

realtà di cui Stein sarebbe il realista), si vieta una comprensione più profonda del senso ultimo della teoria steiniana; senso indubbiamente ambiguo e destinato a restar tale nella misura in cui il tipo di realismo in cui Stein rientra può essere (e si è dimostrato) quanto mai duttile ad adattarsi ad una serie di ideologie e di esperienze politiche invero disparate (che vanno dal generico riformismo più o meno conservatore ad esperienze apertamente reazionarie — basti, per non arrivare a tempi più recenti, l'accoglimento di tale teoria all'interno dello *Staatssozialismus* bismarkiano). Cosicché sorge il dubbio che questa duttilità può anche essere stata causata proprio dalla mancanza di un ripensamento globale e critico del rapporto società-Stato che invece risulta codificato all'interno dell'orizzonte ideologico e topico del pensiero borghese e della sua ' realtà '. Non a caso le esperienze politiche che hanno riconosciuto in Stein il loro padre spirituale (v. da ultima il *sozialer Rechtsstaat*) apertamente rifiutano una progettazione di modelli sociali alternativi rispetto a quelli paradigmatici della società borghese, mantenuti essenzialmente integri anche nella sua ultima edizione di ' società industriale '.

Concordo dunque pienamente con Manfred Hahn quando così definisce la scienza della società di Lorenz von Stein: « La scienza della società è fin dall'inizio una scienza contro il superamento rivoluzionario della situazione di fatto, della società borghese. Essa sin dall'inizio vuol garantire e fissare tale situazione di fatto minacciata, cioè si fa avanti come *Stabilisationswissenschaft*... Essa vuole apparire come una scienza di cui non si possa fare a meno, senza il cui aiuto non si è in grado di impedire un pericoloso rafforzamento della classe operaia in Germania. Essa si raccomanda... come *Wissenschaft der Prophylaxe* » [13]. Non concordo invece con l'apprezzamento positivo che lo stesso Hahn poi ha del realismo steiniano [14] base di tale scienza, in quanto la realtà di fronte a cui tale realismo si misura è quella realtà di fronte alla quale la scienza (lungi dal porre hegelianamente ' la differenza ') si pone in situazione critica solo quel tanto che le faciliti

---

[13] MANFRED HAHN, *Bürgerlicher Optimismus im Niedergang. Studien zu Lorenz Stein und Hegel*, München, 1969, pp. 126-127.

[14] *Op. ult. cit.*, p. 128 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(nella fattispecie attraverso una ' più giusta ' distribuzione del prodotto sociale) l'autodifesa e l'autoconservazione difronte ad altre ' realtà ' possibili — così questa scienza si fa scienza d'avallo di specifici rapporti sociali e di protezione di determinati interessi particolari, ossia ideologia nel senso più classico della parola: e certamente questo tipo di ideologia ha sempre avuto il merito di essere profondamente ' realista '.

Il motivo conduttore di tutta la teoria sociale di Lorenz von Stein (che con accordo complesso recupera, e in parte, ristruttura un po' tutti i *topoi* del pensiero borghese) in linea con la concezione organicistica della società è che quest'ultima non è una giustapposizione casuale di individui bensì, appunto, un *organismo* che si struttura su una *Ordnung* il cui statuto è l'*interesse* ([15]). Dove l'*Organismus* è per Stein ciò che riposa « sul principio della subordinazione (*Unterordnung*) » ([16]) in quanto un tutto vivente e dinamico di parti gerarchizzate in vista della funzione caratterizzante il tutto stesso (che per ciò che concerne la società è la realizzazione dell'umana *Bestimmung*, per vie diverse da quella possibile a livello statale). L'*Ordnung* che è alla base di ogni organismo è la legge dello sviluppo, la sua forma, che resta identica in tutte le fasi della crescita dell'organismo stesso e della sua vita in generale; cioè l'*Ordnung* dell'organismo è proprio l'*Unterordnung*; « ordine in genere è quel determinato rapporto interno ad una pluralità di individui, in cui ogni singolo si trova assegnato la sua posizione e la sua attività nel tutto, in maniera tale che egli, come singolo, non ha più alcunché da determinare su cosa nel tutto voglia essere o fare. (Capov.) Esiste perciò un ordine tanto nelle cose naturali quanto in quelle umane » ([17]). E dato che la società è un organismo essa deve necessariamente basarsi sulla *Unterordnung* e questa « *soziale Ordnung* è un bisogno assoluto della comunità umana » ([18]).

([15]) Paul VOGEL (nell'ormai classico *Hegels Gesellschaftsbegriff und seine geschichtliche Fortbildung durch Lorenz Stein, Marx, Engels und Lassalle*, in « Kant-Studien », Berlin, 1925, p. 127), qui vede una certa differenza tra Hegel e Stein, in quanto per Hegel a livello sociale fondamentale è il concetto di *Bedürfniss*, non quello di *Interesse*.

([16]) *Geschichte der sozialen Bewegung*, cit., I, p. 289.

([17]) *System der Staatswissenschaft*, cit., II, pp. 207-208.

([18]) *Geschichte der sozialen Bewegung*, cit., I, p. 447.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il procedimento è inverso a quello usato da Hobbes; questi vedeva nella società naturale il disvalore dato proprio dall'uguaglianza di tutti che non poteva che convertirsi in totale mancanza di libertà concreta, per cui la società civile (= lo Stato), ponendo fine a tale uguaglianza (= *bellum omnium contra omnes*) e dando ad ognuno il suo posto gerarchicamente ordinato, assicurava anche quella concreta libertà civile tutelando contemporaneamente ad ognuno il bene maggiore, ossia la vita. Per Stein invece la natura è proprio l'esempio (l'organismo naturale) di come tutto deve essere gerarchizzato; per cui ' naturale ' è che nella società ci sia disuguaglianza e il disvalore è l'*artificialità* (l'utopia) delle ' teorie ' che invece vorrebbero, allontanandosi dalla natura, creare la cd. uguaglianza che anche a livello sociale come già a livello naturale è principio vuoto di senso.

Il procedimento è inverso, dicevo, il punto d'arrivo è però identico e lo Stato di Stein, anche se in un contesto estremamente mutato (la ' società civile ' si è affrancata dallo Stato, istituzionalizzando il suo *bellum*), ha anch'esso la funzione di mantenere la disuguaglianza, fonte dell'armonia, impedendo col velluto della riforma quella rivoluzione che Hobbes voleva stroncare col ferro dell'assolutismo.

In ultima analisi l'esemplare mondo della natura che Stein ci presenta come dominato dall'ineguaglianza « dall'ordine dei pianeti giù fino all'infusorio » ([19]) non è altro che l'estensione, che aveva ancora successo al suo tempo, delle leggi della società borghese al cd. ' mondo naturale ' (e viceversa), onde poter poi affermare che la società, in astratto, è l'immagine di quello e al pari di tale mondo immodificabile nel suo principio. Questo, nella fattispecie, è l'interesse di conseguire il massimo per sé anche a spese degli altri; è cioè proprio il dominio dell'uomo sull'uomo che con tale teoria non solo si avvalla e si ratifica, ma a cui si tende anche a dare una fondazione metafisica ([20]).

E sui fondamenti gnoseologici di quella che vorrei chiamare la ' metafisica sociale ' di Stein vorrei anche chiudere il mio discorso.

([19]) *Op. ult. cit.*, I, p. 133.

([20]) Questo è a mio avviso il senso di quella « Naturtheorie von Gesellschaft und Staat » che tanto piace a BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. 543 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Cominciamo col dire che la *Spezialwissenschaft* (a cui secondo Forsthoff (p. 10-11), si sarebbe dato un fondamento 'filosofico' ed hegeliano) nel momento in cui viene definita come *Staatswissenschaft* nel modo in cui Stein la definisce nel *System der Staatswissenschaft* ([21]) — il cui approdo, come ultima parte, doveva essere e, anche se il *System* rimase incompiuto, fu la *Verwaltungslehre*, pubblicata in otto volumi dal '65 al '68 come opera autonoma — è una scienza che di *spezial* ha molto poco, anzi la cui *Allgemeinheit* è tale da far sì che quelle componenti metafisiche, mantenute sullo sfondo nelle opere sul movimento sociale in Francia (per le quali, quindi, si giustificherebbe il giudizio marxiano secondo cui Stein sarebbe un 'realista avvolto in un mantello idealistico' ([22])) al livello di una più meditata chiarificazione metodologica vengono prepotentemente a galla.

Sin dalle prime pagine del *System* si precisa infatti che il fine della *Staatswissenschaft*, in linea con la peculiarità nazionale della scienza tedesca è « di portare la massa dei fatti ad unità nella diversità » sia nel tempo che nello spazio. Anzi interpretando la (e ponendosi nella scia della) *Stimmung* scientifica del popolo tedesco (quella *Gründlichkeit* su cui invece ironizzerà Engels) Stein afferma: « Noi iniziamo col trattare i rapporti come le scienze come membra di un tutto; abbiamo la capacità di assegnare ad ogni scoperta, ad ogni conoscenza il suo valore soltanto nella misura in cui ci porti più vicino a questa unità; noi sentiamo che in qualsivoglia forma di vita si realizza un grande disegno (*Denken*)

([21]) Questa nella sua tripartizione più generale (a) dottrina dei beni materiali, (b) dottrina dei beni spirituali, (c) dottrina dello Stato (v. *System der Staatswissenschaft*, II, pp. 2-3), ha per oggetto « das Leben der Menschheit in seiner Bethätigung » (*System der Staatswissenschaft*, I, p. 1) vale a dire « die Gesammtheit des wirklichen, in der näturlichen Welt sich bethätigenden Lebens als einen auf dem Wesen des Persönlichen ruhenden, selbständigen und lebendigen Organismus erkennt » (ivi, p. 2-3).

([22]) L'espressione è attribuita a Marx (senza citazione della fonte) da Gottfried SALOMON, nella sua *Vorwort* alla *Geschichte*, cit., I, p. XLII. Salomon dice: « Marx hat über Stein bemerkt, er sei ein Realist, der im weiten idealistischen Mantel einherschreite », dove l'apprezzamento positivo è tutto nel cogliere il nocciolo, per così dire, realistico buttando a mare il goffo paludamento idealistico. Invero, e nella *Sacra famiglia* e, sopratutto, nell'*Ideologia tedesca*, il « bravo Stein, dottore in Giurisprudenza », è trattato, sia da Marx che da Engels, con notevole rispetto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del Creatore, e una volta spinti innanzi su questa via non avremo riposo fino a che, per quanto le nostre forze ce lo permettano, non avremo colto questo disegno nella sua forma semplice ma ad un tempo onnipossente » ([23]). E qui mi sembra che, attraverso tale dichiarazione, Stein accetti, e senza il beneficio dell'inventario, l'eredità più caduca dell'idealismo metafisico e al tempo stesso teologico, ma certo non hegeliano (per cui si giustificherebbe anche l'altro giudizio marxiano secondo cui « Stein, in rigide tricotomie e con alcune copertine di categorie hegeliane, mette insieme all'impazzata le cose più triviali » ([24])), rinunciando a quel tanto di originalità, che pur c'era, almeno per l'ambiente culturale tedesco, nelle sue posizioni per così dire giovanili.

Dunque, anche se la filosofia non è molto apprezzata da Stein, la scienza che dovrebbe sostituirla, almeno in via di principio, ne conserva tutte le caratteristiche (soltanto liberandosi dalle quali le scienze dell'800 hanno fatto la loro storia) tesa com'è a cogliere l'« armonia » e la « necessità » del tutto, eliminando ogni elemento che in tale armonia o necessità non rientri, poiché elementi del genere (che Stein definisce « casuali » e « portentosi ») sono soltanto « divinità imperanti nella fanciullezza delle scienze » ([25]).

Questo mio discorso su Stein, intenzionalmente tenuto a livello generale è voluto servire a due cose, *a*) mettere, per quanto possibile, la ' coda del diavolo ' in una tranquilla ed edificante discussione in famiglia; *b*) servire come punto di riferimento alternativo per la lettura dell'interessantissimo e denso volume che ne è l'oggetto.

Comunque il mio discorso non è, chiaramente, un discorso ' contro ' Stein, sulla cui sterilità è inutile soffermarsi, ma contro un determinato tipo di recupero del suo pensiero che, cogliendone i fiori, nasconde e quindi protegge l'*humus* che ha permesso a tali fiori non solo di germogliare, ma anche di mantenersi freschi, e fino ai nostri giorni.

([23]) *System der Staatswissenschaft*, cit., I, pp. VII-VIII. Il preludio a questa *hosanna* alla scienza tedesca ed alla sua ' religiosità ' è, però, già nella *Geschichte*, cit., I, pp. 7 e 139-149.

([24]) Lettera di Marx ad Engels dell'8 gennaio 1868, in *Carteggio Marx-Engels*, trad. it., Roma, V vol., 1951, p. 130.

([25]) *System der Staatswissenschaft*, cit., I, p. VIII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARIO NIGRO

IL « SEGRETO » DI GERBER

1. A poco più di un secolo da quando Carl Friedrich von Gerber scrisse le sue maggiori opere pubblicistiche, oggi ristampate in italiano (*Ueber öffentliche Rechte*, 1852; *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, 1865 [1]), cosa è rimasto di questo giurista, per che cosa egli si ripropone ancora alla nostra attenzione, alla attenzione di un'epoca tanto diversa da quella in cui si ambientò la sua vita fisica e scientifica? Per le sue teorie giuridiche particolari, a cominciare da quella celeberrima intorno ai diritti soggettivi pubblici? per l'impulso dato allo studio sistematico e alla purificazione scientifica del diritto pubblico? per essere stato, in generale, uno dei padri più reputati del formalismo giuridico? per il modo esemplare in cui nella sua opera si manifesta il collegamento fra questo formalismo ed una ideologia politica conservatrice? per avere egli, proprio o soprattutto in forza di tale collegamento, aperto « la strada alla moderna statolatria giuridica, sequestrata per sua essenza alla storia e cioè alla vita » [2], o per che altro?

A voler rispondere appieno a queste domande ci sarebbe da fare (o da rifare) la storia della scienza del diritto pubblico tedesco e non solo di questa. Si pensi, per esempio, ad Orlando (o, per lo meno, all'Orlando del periodo a cavallo dei due secoli, passato dalle indagini costituzionalistiche particolari alle rifles-

---

[1] C. F. GERBER, *Diritto pubblico*, a cura P. L. Lucchini, Milano, 1972. Il titolo del secondo dei due scritti, indicato nel testo, è quello con il quale esso comparve nella prima edizione; solo con la terza edizione (1880), infatti, lo scritto assunse il titolo con il quale è ora noto, *Grundzuge des deutschen Staatsrechts*.

[2] P. L. LUCCHINI, *Presentazione* in C. F. GERBER, *op. cit.*, XIV.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sioni metodologiche e teoretiche della prolusione palermitana e degli scritti nel Trattato di diritto amministrativo), al quale, al di là di ogni problema circa i limiti dell'influenza esplicita e consapevole (3), su di lui, della scuola pubblicistica tedesca ed in particolare di Gerber, sarebbero giustificatamente riferibili alcuni degli interrogativi posti or ora (se non tutti).

Ma si può approfittare dell'occasione della ricomparsa di Gerber in italiano per riflettere ancora una volta su questo scrittore, allo scopo anche di cercare di comprendere le ragioni (almeno qualcuna delle ragioni) della vitalità di lui, per cercare di comprendere cioè perchè l'opera di questo giurista, cui arrise in vita una notevole fortuna scientifica, desti ancora tanto interesse a così grande distanza di tempo, dal momento che, in patria e fuori, la considerazione del suo pensiero è ormai un passaggio obbligato di ogni ricerca sulla metodologia del diritto pubblico, sulle sue teorie generali, sulla posizione e funzione di questa scienza nello sviluppo dello stato moderno e delle sue ideologie (basta tenere presenti, fra i più recenti, gli scritti e i giudizi di Böckenförde, von Oertzen, Wilhelm, Wieacker, e, un po' meno freschi, quelli di Zorn, C. Schmitt, Kaufmann etc. (4).

L'occasione è tanto più tentante in quanto, se è pur vero che la nostra epoca, come ho già rilevato sopra, è profondamente diversa da quella in cui il giurista tedesco produsse il suo sforzo scientifico, in un tratto tuttavia le due epoche si mostrano simili. Nel primo capitolo dello scritto sui diritti pubblici, Gerber definì il proprio tempo come un'epoca in cui tutte le relazioni pubbliche son poste in continua agitazione, e tutto quel che esiste è ognora minacciato di rivolgimento (pag. 15). Non v'è chi non veda come la descrizione si attagli perfettamente anche alla nostra epoca, nella quale l'instabilità e la mutevolezza delle forme organizzative sociali non sono minori di quelle registrate da Gerber. Si vuol

---

(3) Sul quale problema, G. CAPOGRASSI, *Il problema di V. E. Orlando*, in *Opere*, V, Milano, 1959, p. 374 sgg.; F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello stato*, Napoli, 1963, p. 133 sgg.

(4) È curioso rilevare come invece Gerber sia totalmente dimenticato da K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1969². È vero che Larenz dichiara di voler tenere presenti solo gli scrittori di diritto privato, ma, a parte ogni altra considerazione, Gerber è anche tale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dire con ciò che sforzarsi di capire « il segreto » di Gerber e del suo successo significhi cercare di provvedersi di una ricetta per fare felicemente della scienza giuridica, e cioè per disegnare le linee di un ordine giuridico, in ogni epoca agitata? Ciò sarebbe troppo. Ma indubbiamente in uomini di un'età inquieta non può non destare curiosità (maggior curiosità) il modo in cui si è posto di fronte alla propria età altrettanto inquieta — si è misurato con essa — un loro simile esercitante la loro stessa professione (5).

2. La lettura più diffusa di Gerber, delle opere pubblicistiche di Gerber, è condotta in chiave ideologico-politica: è un tipo di lettura proposto da C. Schmitt (6) e adottato recentemente con ampiezza di riferimenti dottrinali e storici da W. Wilhelm (7). Gerber viene collocato nella storia delle istituzioni costituzionali tedesche, che è in pari tempo considerata come la forma emblematica della storia dello sviluppo delle istituzioni borghesi dell'ottocento, e al suo pensiero viene assegnata una funzione « legittimista », la funzione di giustificare e di coprire l'assetto raggiunto dalla società politica tedesca dopo che la borghesia aveva fallito i suoi tentativi di impadronirsi dello stato e, rassegnandosi a convivere con la monarchia in posizione subalterna, si era volta a costruire, appunto sotto la protezione della monarchia, un ordine economico liberale. Il neutralismo giuridico — apolitico, afilosofico, astorico — e le figure giuridiche puramente concettuali che di esso sono espressione, hanno la funzione di annullare ogni possibilità residua di conflitti politici di principio fra lo stato militare monarchico-burocratico e lo stato costituzionale borghese, legittimando *in particolare* la supremazia della monarchia conservatrice sulle forze politiche borghesi e *in generale* quella dello stato sull'individuo, e garantendo la permanenza di questa struttura attraverso la esclusione di ogni critica politica.

---

(5) Lo stesso rilievo fa M. G. Losano, nella *Introduzione* a R. von Jhering, *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, a proposito della rinascita degli studi su Jhering (e in particolare sul secondo Jhering).

(6) C. Schmitt, *Hugo Preuss*, 1930, p. 6 sgg.

(7) W. Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1958, p. 88 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questa funzione, in verità, è assegnata a tutta la scuola del « Gerber Labandschen juristische Positivismus », (e alla intera corrente formalista) ma al pensiero di Gerber più che a quello degli altri, un po' per la sua responsabilità di fondatore della scuola, come lo si considera, e ancor più perchè dalle pagine (specialmente quelle iniziali e finali) dei *Diritti pubblici* si desumerebbe una piena consapevolezza della funzione legittimista e antiliberale del metodo giuridico, che manca in altri scrittori dello stesso orientamento. Si è arrivati a dire, distinguendo Gerber da Jhering, che mentre per il secondo la scelta formalistica era il prodotto di una « inclinazione quietistica », per il primo era il frutto del « desiderio di giustificazione e conservazione di preesistenti stati politici » (8). Forse Gerber non merita questa preferenza oltre che per le ragioni più sostanziali che saranno dette appresso, perchè mai (a quanto mi risulta) si dedicò ad esaltazioni politiche (quali qualle di Jhering) (9) e se pure tentò di giustificare giuridicamente il ritiro unilaterale da parte dei principi tedeschi delle costituzioni del 1848, non si laureò quale vero e proprio giurista della corona (come invece accade a Laband); ma il problema vero non è questo, il problema vero è se tale tipo di lettura sia appagante, appagante per ciò che riguarda i reali intenti e contenuti del pensiero di Gerber, appagante per quanto riguarda i nessi di esso con lo sviluppo delle istituzioni e della cultura borghese dell'ottocento.

A mio giudizio, per saggiare l'esattezza di questa interpretazione delle dottrine del giurista tedesco, occorre cominciare con il distinguere il profilo politico e il profilo ideologico della posizione di Gerber, che, nella interpretazione stessa, appaiono intrecciati e confusi. Il primo profilo attiene alle convinzioni politiche di Gerber, il secondo alla riflessione obiettiva (appunto, ideologica) del suo pensiero. Ciò che distingue i due profili — si tratta di distinzione e non di separazione, perchè, com'è ovvio, politica e ideologia, nel senso ora detto, non sono totalmente separabili — non è tanto, o non è solo, l'elemento della consapevolezza che

(8) W. WILHELM, *op. cit.*, p. 123 sgg.

(9) Per combattere il sospetto di simpatie totalitarie di Jhering, M. G. LOSANO, *op. cit.*, XLVI, fa anzi riferimento all'amicizia di lui con Gerber.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

accompagna (fino ad un certo punto) la prima posizione, ma non (o non completamente) la seconda, quanto il riferimento delle convinzioni politiche ad una situazione politica concreta e determinata a fronte del valore astratto e generale (o, quanto meno, più astratto e generale) dell'ideologia. Nel particolare caso, il primo profilo ci dà il modo di vedere di Gerber nella situazione politica tedesca, il secondo il punto di trapasso della metodologia e della dommatica gerberiana da « idea » a « ideologia » e quindi la funzione di esse nel moto generale di sviluppo delle istituzioni culturali e politiche dello stato borghese. Che il primo discorso si limiti necessariamente a Gerber ed il secondo debba coinvolgere tutta la scuola formalistica del diritto pubblico (sempre ovviamente nei ristretti limiti di questo scritto) è una naturale conseguenza della distinzione dei due punti di vista ed una conferma della opportunità di essa. A non operare la distinzione, infatti, mentre si rischia di non dare al discorso sull'ideologia quel carattere astratto che gli è naturale, si commette d'altra parte l'errore di attribuire a Gerber responsabilità non sue: sotto quest'ultimo punto di vista non si può, ad esempio, valutando il concetto di legge proprio della scuola formalistica tedesca di diritto pubblico e i presupposti e le implicazioni politiche di tale concetto, rendere partecipe Gerber di questi intenti politici, dimenticando che Gerber ebbe dello strumento legislativo un ben diverso concetto ([10]).

Ora, se si accetta la distinzione e si considerano, per prime, le posizioni politiche esplicite e consapevoli ([11]) di Gerber (allargandole com'è naturale, a comprendervi il sostrato culturale in cui si radicano), si deve constatare come non sia del tutto esatta la qualificazione prevalente di Gerber come un conservatore e un legittimista e cioè come uno scrittore animato dalla intenzione (esclusiva) di giustificare e conservare preesistenti stati politici. Certo Gerber non era un rivoluzionario, ma non era nemmeno un puro conservatore e tanto meno un reazionario, era un moderato, un riformista prudente, che si collocava in una posizione intermedia fra il legittimismo monarchico e la spinta progressiva

([10]) E. W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin, 1958, p. 206 sgg. e p. 210 sgg.

([11]) La ragione di questa precisazione risulterà chiara appresso (par. n. 4 e 5).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle nuove idee costituzionali e sul piano pratico immediato aspirava a saldare gli istituti della tradizione politica tedesca con quelli usciti dalla pressione rivoluzionaria della borghesia.

Gerber — come già Savigny — non ha simpatia per « quella impazienza febbrile che proprio, ora per questa generazione, vuole che siano risolti tutti i grandi problemi della storia » (*Sui diritti pubblici*, p. 12), ma nemmeno ha nostalgia del vecchio Reich, di « tutti quei polverosi ripiani, frontoni e guglie da cui balzava fuori il bizzarro stile architettonico del Sacro Romano Impero » (p. 11), considerando questo « definitivamente morto, incapace di riprender vita » e morto non solo per debolezza e vecchiaia bensì anche per effetto di una « forza positiva » e cioè delle idee rivoluzionarie portate dalle guerre francesi. Gerber avrebbe preferito un progresso lento e costante, ma (rileva) « come prima non ci si era preoccupati di mantenere gli elementi della compagine statale del Reich entro le linee di uno sviluppo più saggio e conforme ai tempi, ora ci si è dovuti *necessariamente* abbandonare, dove più dove meno, all'alterna corrente di idee ambigue e al gioco di audaci esperimenti organizzativi » (*ivi*, p. 12). Se egli non condivide o non ama « le idee ambigue » e gli « audaci esperimenti organizzativi » dei liberali tedeschi, accetta però, come si vede, il fatto e il concetto di « rottura » della continuità dello sviluppo costituzionale tedesco e adotta la tesi, non certo regressiva, che « tra l'attuale diritto pubblico e quello del secolo scorso non vi sia intimo legame » (*ivi*, p. 12), con la conseguenza che « in questo secolo... tutti i concetti giuridici pubblicistici sono venuti a cambiare e ad essere posti in una diversa successione logica » (*Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, p. 102, nt. 15).

Che il concetto di rottura della tradizione storica si accompagni in Gerber, oltre che alla contrastante idea del divenire organico del diritto (dovremo ritornare su questo punto), al tentativo di salvare e di giustificare, quando più (nei *Diritti pubblici*) quando meno (nei *Lineamenti*), istituti del passato ordine costituzionale, non solo non toglie importanza all'affermazione generale, ma conforta l'opinione della medianità della sua posizione, l'esattezza della collocazione di lui in una zona di moderatismo politico. Questa disposizione di Gerber ad accettare (o, se si vuole anche, a subire) gli eventi di trasformazione radicale dell'assetto costi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuzionale tedesco come *necessità* determinate dalla colpevole inerzia dei secoli precedenti (quei secoli in cui, come egli dice, « ci si affidava con animo rassegnato alla forza imperscrutabile del destino, si consideravano gli avvenimenti storici, che sembravano plasmati innanzi tutto dalla volontà dei principi, come disposizioni di un superiore disegno cui il singolo e il popolo dovessero sottomettersi fiduciosamente »: *Sui diritti pubblici*, p. 11), si riscontra, esemplarmente, a proposito delle c.d. « costituzioni cartacee ». In virtù soprattutto delle idee espresse in un brano dei *Lineamenti* (p. 104, nt. 18), Gerber è ritenuto un nemico delle costituzioni formali, e, in genere, della codificazione ([12]); ma nel brano, in verità, si esprime ancora una volta il concetto che meglio sarebbe stato che la costituzione anzichè esser data con una carta costituzionale onnicomprensiva, si fosse « sviluppata ancora una volta e organicamente dalla vita del popolo », ma poichè in Germania si doveva passare « da un vecchio ad un nuovo assetto politico... non s'ebbe tempo di aspettare quella crescita organica e si doveva agire nella speranza che ciò che era stato fatto coscientemente e razionalmente sarebbe stato compreso da uno spirito nazionale e civile e in esso portato a vita concreta ».

Il modello di sviluppo politico cui Gerber guarda con simpatia ([13]) è il modello inglese, un modello il quale, alla pari del diritto dell'antica Roma, è « un tutto organico », « una opera compiuta e radicata nella storia del popolo inglese », e si raccomanda per la stabilità di fondo delle istituzioni e la contemporanea possibilità di uno « sviluppo tranquillo » di esse in relazione « sempre e soltanto ad esigenze immediate e concrete », oltre che per il modo elastico e progressivo con cui, in dipendenza dell'emersione di nuovi interessi e della lotta di questi per affermarsi, annette nuove forze politiche all'ordine pluralistico preesistente senza alterare le caratteristiche essenziali di esso (*Sui diritti pubblici*, p. 23 e segg., p. 85). Questo riferimento certo non elimina, ma

---

([12]) W. WILHELM, *op. cit.*, p. 137; F. TESSITORE, *op. cit.*, p. 142 nt. 69.

([13]) È noto come la simpatia per l'empirismo inglese fosse già negli iniziatori della scuola storica tedesca: R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1963², p. 205. Anche in ciò Gerber era vicino a Savigny più di quanto comunemente si ritenga (*infra*, n. 5).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attenua molto l'intonazione conservatrice dell'aspra critica, contenuta nei *Diritti pubblici*, del modello francese di sviluppo politico, modello nel quale l'azione politica è concepita come attuazione rigidamente consequenziaria, portata avanti dalla maggioranza, delle idee « semplici » e razionali, dei principi generali ed astratti che presiedono all'organizzazione dello Stato (di qualunque stato), attuazione che per Gerber si risolve nell'impianto di un « sistema di irrequietezza e di mediocrità ». La polemica contro gli astrattismi della filosofia politica francese è dura, ed è indubbiamente un elemento qualificatore del pensiero di Gerber (quanto meno del primo Gerber) — anche se forse eccessiva è la tesi che lo scritto sui diritti pubblici sia proprio nato come reazione alle teoriche del diritto naturale e con il partito preso di combatterle (14) — ma si fraintenderebbe tale pensiero se si dimenticasse che la polemica è sviluppata non già sulla base di preferenze assolutistiche e di istinti di reazione politica, ma della preoccupazione di assicurare alle istituzioni tedesche uno sviluppo tranquillo e costante. Se Gerber condannava il razionalismo « semplificatore » del modello di sviluppo politico francese, condannava parimenti ogni nostalgia di ritorno alla forma di stato, altrettanto « semplicissima », dell'assolutismo (*Sui diritti pubblici*, p. 85).

L'opera pubblicistica di Gerber è governata tutta da questa idea fondamentale: sfuggire sia alle nostalgie reazionarie sia alle spinte di sovversione radicale e continua e, più in generale, operare la conciliazione della necessaria autorità e della libertà desiderabile. Questo obiettivo è perseguito da Gerber, sia pure in forme e con risultati diversi, tanto nei *Diritti pubblici* che nei *Lineamenti*. Anche il problema dei c.d. diritti pubblici rientra in questa tematica conciliativa; direi anzi che proprio la scelta di questo problema, come punto di approccio al confuso e intricato mondo del diritto pubblico tedesco da parte del civilista Gerber e come criterio di riordinamento di questo mondo, svela una precisa volontà di mediazione. Forse conviene anche notare subito che l'intento mediatore di Gerber non è sorretto da un pensiero illuministico, né è colorato da un fiducioso ottimismo: è invece

(14) Questa idea è prospettata da SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in *Trattato*, Orlando, I, Milano, 1900, p. 114.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la drammatica consapevolezza di vivere in una « epoca di transizione » (*Lineamenti*, p. 103), l'accettazione della necessità di risolvere il più duraturamente possibile i contrasti fra un vecchio ordine duro a morire ed uno nuovo impaziente e sfrenato oltre misura.

La differenza fra le due maggiori opere pubblicistiche di Gerber — che viene in genere esattamente sottolineata, ma che forse meno esattamente viene di solito fatta consistere [15] esclusivamente nel fatto, collegabile al corso degli eventi costituzionali e più precisamente al consolidamento delle istituzioni monarchiche e all'allentamento della pressione libertaria, che nei *Diritti pubblici* lo scrittore era e si dimostrava scettico circa la possibilità di dare vita ad una dottrina comune del diritto pubblico tedesco e si preoccupava soprattutto di polemizzare contro le idee eversive di ispirazione francese allora calde e minacciose, mentre nei *Lineamenti* aveva la consapevolezza di poter offrire al lettore « qualcosa di compiuto e di bell'e pronto » che null'altro era se non il sistema concettuale di copertura dello stato monarchico e autoritario — consiste a mio giudizio proprio nella diversità di soluzione mediatrice che le due opere offrono. E non è detto che, preoccupazioni politiche immediate a parte, nel passaggio dai *Diritti pubblici* ai *Lineamenti*, si colga una intensificazione del conservatorismo di Gerber (o una sua purificazione o una sua traduzione in consapevolezza sistematica); probabilmente, come si vedrà, il processo è del tutto inverso.

3. Nei *Diritti pubblici* Gerber adotta un punto di vista francamente corporativo (con riferimento a questo scritto, non è del tutto sbagliato definire lo stato di Gerber come « lo stato dei ceti »): è nella formula corporativa che egli trova la possibilità di conciliazione delle istituzioni monarchiche e di quelle rappresentative. Occorre dire che proprio in questa formula e nelle sue possibilità mediatrici viene da lui ravvisato uno dei più felici prodotti dell'esperienza costituzionale inglese: « La situazione costituzionale complessiva (in Inghilterra) poggia (così almeno era ancora in questo secolo), per la maggior parte, su singoli diritti e doveri

---

[15] W. WILHELM, *op. cit.*, p. 129 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che si riconnettono a quei nuclei originari, corporativi, locali e familiari che da secoli sono considerati i soggetti della vita pubblica; il diritto pubblico poggia assai meno su norme-principio obiettive che sull'opportuno esercizio di diritti individuali, i quali quanto a chiarezza, precisione, e possibilità di farsi valere in giudizio, non sono da meno dei diritti privati » (*Diritti pubblici*, p. 23).

La trama letteraria e logica attraverso la quale lo scrittore esprime le sue idee è fine e robusta insieme. Egli (che più tardi tanta importanza annetterà alla riduzione dello stato ad unità mediante lo strumento della personalità giuridica) comincia con il rinunciare ad una costruzione giuridica unitaria dello stato rigettando nel campo della politica e dell'etica, al quale appartengono il concetto di organismo e concetti analoghi, i tentativi di unificare gli elementi che compongono lo stato e assegna alla scienza giuridica il compito di svolgere « un'indagine sul particolare », di elaborare « una definizione giuridica dei singoli organi e dei principi fondamentali del loro movimento » (*Diritti pubblici*, p. 23). Il baricentro della vita giuridica dello stato e della riflessione su di essa sta nei soggetti (organi) che sono membri dello stato, ai quali vengono collegate le funzioni del potere statale; il sistema giuridico è anzitutto « la rappresentazione dei diritti (*implicite* anche dei doveri) dei membri dello Stato in una successione a gradi che si sviluppi secondo la peculiare natura dei loro poteri e secondo i limiti entro cui questi sono circoscritti (diritti del monarca, diritti dei pubblici funzionari, diritti dei sudditi) ». Nei diritti pubblici, che sono i diritti dei vari soggetti di cui si compone lo stato, si risolve quindi interamente il diritto pubblico, il diritto dello stato, ma cosa vi è (o è preferibile che vi sia) dietro questi diritti pubblici? vi sono delle posizioni di diritto privato, le quali costituiscono il titolo ultimo delle legittimazioni pubblicistiche. Questa è una delle forme nelle quali si manifesta, per lo scrittore, « il sostegno del diritto privato al diritto pubblico » (*Diritti pubblici*, p. 34): « giacchè si danno diverse maniere, di far svolgere le funzioni necessarie al completamento della vita collettiva, e una di queste maniere è quella di attribuirle, con una certa durata... a determinati individui come un proprio diritto ». È questa, per Gerber, la migliore maniera

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di far svolgere tali funzioni (*ivi*, p. 35). L'ancoramento a solidi presupposti di diritto privato frena la naturale mobilità delle vicende pubblicistiche. Il diritto (soggettivo) pubblico che, concepito come un diritto privato, può esser determinato in tutti i lati secondo il suo valore durevole, diventa « un bene sicuro » dell'individuo a cui spetta (*ivi*, p. 78) e acquisisce addirittura possibilità di piena protezione giudiziaria (*ivi*, p. 81) [16].

Il limite di coerenza scientifica e di vitalità politica di questa concezione sta in ciò che l'aspetto ottativo e l'aspetto descrittivo di essa non coincidono, non possono coincidere, esattamente. Per quanto Gerber, sfruttando nel modo più ampio le possibilità di pluralismo politico offerte dallo *stato dei ceti*, porti molto in là la frontiera della vita pubblica comprendendovi i corpi autonomi (specialmente del ceto professionale e industriale) e addirittura le famiglie (*Sui diritti pubblici*, p. 68), non tutto lo stato del suo tempo si lascia ridurre ad uno schema corporativo a riferimento privatistico. Resta al di fuori la rappresentanza politica su base elettiva e resta al di fuori, ahimè, la stessa posizione del cittadino. Il tentativo di mediazione condotto da Gerber in questo scritto — se pur riesce a bilanciare il potere del Monarca con quello del Parlamento e quello del Monarca e del Parlamento insieme, con quelli dei corpi autonomi — fallisce laddove, constatando la impossibilità della riduzione, egli deve arrivare a sostenere che « mentre il diritto monarchico sussiste come un diritto individuale pienamente formato, i rappresentanti del popolo appaiono come figure politiche passeggere basate solamente sull'efficacia di una norma giuridica e non su diritti » (*Sui diritti pubblici*, p. 78) e che i c.d. diritti del cittadino non hanno un valore e un contenuto positivo: « essi sono soltanto negazioni, restringendo il potere statale nei limiti delle sue facoltà e vanno considerati solo come i limiti dei diritti del monarca dal punto di vista dei sudditi » (*ivi*, p. 67).

---

[16] In questo ancoramento al diritto privato di istituti pubblicistici, il pensiero di Gerber sembra singolarmente vicino a quello dei modernissimi scrittori che pongono nel diritto privato il fondamento di un effettivo pluralismo politico e sociale: viene alla mente il nome di P. Rescigno, *Persona e comunità*, Bologna, 1966², *passim*, ma particolarmente p. 3 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Bisogna però dire che se la posizione di Gerber a proposito della rappresentanza elettiva, francamente svalutatoria, è sostanzialmente conservatrice, e l'adozione del punto di vista corporativo ha il pratico effetto di mettere in valore la posizione del Monarca di fronte a tale rappresentanza, uno stesso significato non riveste la concezione di lui a proposito dei diritti del cittadino. Il carattere negativo di questi diritti ha riferimento al loro valore politico, non al loro valore umano. Gerber non riesce a trovar posto a questi diritti nella sfera politica ed a collegarvi positivi comportamenti degli organi pubblici, ma non ne nega la funzione di elemento della personalità, di limite etico dell'azione dello stato: « il significato generale di quei diritti... può trovarsi... nel fatto che lo Stato nel suo dominio e assoggettamento dell'individuo si mantiene entro i suoi limiti naturali, lasciando libera, fuori della sua cerchia ed influenza, quella parte della persona umana la quale non può assoggettarsi all'azione coercitiva della volontà generale secondo le idee della vita popolare germanica » (*Sui diritti pubblici*, p. 67). Si trova qui qualcosa di molto simile alla tesi di Montesquieu della libertà politica come pura « libertà di fare ciò che le leggi permettono », ma si affaccia anche una idea, sulla organizzazione complessiva dello Stato, sui suoi limiti, sui suoi rapporti con la società, che vedremo precisata e sviluppata nei *Lineamenti*. È da questo punto di massima depauperazione « giuridica », ma anche di valorizzazione « umana » della categoria che comincia il suo faticoso cammino, nella dottrina germanica, la teoria dei diritti pubblici del cittadino.

4. Nei *Lineamenti* il registro è completamente cambiato. Gerber volta le spalle allo stato dei ceti, alla concezione policentrica e corporativa che aveva esposto nei *Diritti pubblici* e pone a fondamento del diritto pubblico lo stato come entità unitaria in cui il popolo trova la disciplina giuridica della sua vita collettiva. Gerber non dirà più, come nei *Diritti pubblici*, che « *per il diritto* non c'è nessun bisogno *di determinare la natura giuridica dello stato nel suo complesso*, anche se gli fosse davvero possibile creare una figura appropriata con i mezzi a sua disposizione » (p. 22): rovesciando completamente la sua posizione, dirà invece che « *dal punto di vista giuridico*, nello stato si coglie innanzi tutto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il fatto che in esso il popolo assurge *nel suo insieme* (questi corsivi sono miei) alla coscienza e alla capacità di volere richieste dal diritto; in altre parole, che in esso il popolo consegue la personalità giuridica » (*Lineamenti*, p. 95). Non negherà più così la possibilità di unificare soggettivamente lo stato nè si proporrà più la sola indagine sul particolare, la definizione giuridica dei singoli organi e dei principi fondamentali del loro movimento: tutto all'opposto, dirà che « nella personalità dello Stato si trova il punto di partenza e il nucleo di tutto il diritto pubblico; dal riferimento ad essa dipendono, al tempo stesso, la possibilità e il criterio informatore di un sistema scientifico, di un sistema cioè ispirato ad una idea unitaria » (*ivi*, p. 97). Passando dai *Diritti pubblici* ai *Lineamenti*, il problema di Gerber diventa quello di fissare il rapporto fra lo Stato e il popolo, di analizzare gli elementi soggettivi che costituiscono lo stato non già come entità a sé stanti, ma come ambiti di potere strettamente interdipendenti, i quali si appoggiano tutti alla personalità dello stato come al loro tronco fondamentale (*ivi*, p. 199).

La profonda novità, rispetto alla precedente, di questa concezione di Gerber e i caratteri principali di essa si colgono in maniera esemplare a proposito della definizione che egli dà del diritto del monarca nei *Diritti pubblici* e nei *Lineamenti*. Nei primi, aveva praticamente fatto coincidere Stato e monarca, traendo dal presupposto del rifiuto di riconoscere allo stato la personalità giuridica la conseguenza che « tutte le forze che nascono dalla vita dell'organismo statale, nella misura in cui possono assumere la natura di diritto, devono necessariamente essere riferite alla persona del reggente. Soltanto in virtù di questo riferimento alla personalità del popolo rappresentata nel Re, il potere statale acquista carattere giuridico; senza di esso sarebbe un'astrazione priva di qualsiasi forma concreta, tangibile » (p. 47). Il discorso è diverso nei *Lineamenti* (p. 109). « Il fatto che il diritto del Monarca occupa di regola tutti i rami del potere statale » e che « il Monarca riassume in sé formalmente la volontà dello stato » « non porta in alcun modo a supporre che lo stato stesso esista soltanto nel Monarca. Esso esiste assai più di per sé e non come fenomeno puramente concettuale, ma come una entità che poggia su di una base naturale, cioè sul popolo; non gli viene fittiziamente attri-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

buita la volontà altrui, ma ha una sua volontà nello spirito morale del suo popolo, determinato a vivere nello stato. Questa volontà esiste in sé e per sé, è una realtà e perciò è suscettibile di una trattazione scientifica. Essa non è neppure una sostanza meramente spirituale che influisca in modo determinante sulle decisioni del Monarca, ma è tutta la costituzione dello stato con tutte le sue istituzioni che è congegnata in modo da assicurarle la possibilità di esprimersi in tutte le direzioni. Ora fra queste istituzioni ve n'è una che ha innanzitutto il compito di darle espressione pratica: il diritto del Monarca, nella cui persona lo stato medesimo viene pensato come agente » ([17]) (questo brano è molto importante anche sotto un altro profilo ed avremo occasione di ricordarlo ancora).

L'interesse della definizione dello stato come « la forma giuridica della vita collettiva di un popolo », come il modo attraverso cui « il popolo ottiene l'organizzazione che consente di valorizzare tutte le sue forze etiche per il bene comune » (p. 95) assurgendo così, nel suo insieme, alla coscienza e alla capacità di volere richieste dal diritto, sta in ciò che non solo ogni possibile nostalgia legittimista, ogni residua fedeltà ad un corporativismo di derivazione feudale vengono private di base, ma prende consistenza una concezione dello stato che è, nel fondo, liberale e lo è anzi in una forma che sembra addirittura anticipare, come è stato rilevato ([18]), il dinamismo integratore del moderno stato democratico e sociale. Come vedremo più in là, è anche a questo proposito che si coglie, con riferimento all'esatta determinazione del concetto di personalità dello stato che egli ebbe, il rapporto fra Gerber privatista e Gerber pubblicista e, insieme e coerentemente, la posizione di lui nel seno della scuola formalistica di diritto pubblico.

([17]) Questa chiarezza di idee sul piano generale non impedisce, in verità, al pensiero di Gerber di oscillare contraddittoriamente a proposito del problema concreto della natura dei due organi centrali dello stato, monarca e *Stände*, e del significato giuridico della loro collaborazione (*Lineamenti*, p. 149 sgg. e 161 sgg.).

([18]) P. V. OERTZEN, *Die Bedeutung C. F. von Gerbers für die deutsche Staatsrechtslehre*, in *Staatsverfassung und Kirchenordnung*, hrsg. von K. HESSE, S. REICKE, V. SCHEUNER, Tübingen, 1962, p. 198.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nel pensiero di Gerber, quale risulta dai *Lineamenti*, compaiono, e compaiono in forma tipica, tutte le idee che caratterizzano e individuano la concezione liberale dello stato e dei suoi rapporti con il cittadino, così come sono stati da me messi in rilievo altrove (19). Si ritrova anzitutto la distinzione fra stato e società e la considerazione del rapporto fra queste due entità come attinente all'assetto istituzionale della comunità. C'è al riguardo, un brano molto significativo nel quale lo scrittore esamina i limiti del potere dello stato; « ora, però, c'è una serie d'interessi nella vita sociale, rispetto ai quali è di particolare importanza la fissazione dei limiti al potere dello stato. Si tratta, in questo caso, di manifestazioni e condizioni di vita, nelle quali un intervento preventivo e coattivo del potere statale è avvertito come un'ingiustizia alla dignità etica di una Nazione e come un ostacolo al suo libero sviluppo. Si tratta, insieme, di interessi che, prima dovevano languire sotto il peso straordinario di restrizioni statali, sicchè la loro liberazione da queste è considerata oggi come un dato altamente espressivo della recente evoluzione dello stato. Da ciò dipende se in molti stati i principi giuridici che hanno affrancato la vita della Nazione, fissando *questi limiti del potere dello stato* (il corsivo è di G.) sono considerati parti costitutive della stessa legge fondamentale e inseriti fra le norme fondamentali del diritto pubblico... » (p. 120). Il territorio del sociale, che Gerber definisce « il campo dell'autogoverno dei suoi interessi » da parte del popolo (p. 119 e nt. 21), comprende interessi di vario ordine di cui alcuni danno vita alle libertà politiche: ma la trama *essenziale* e *propria* del sociale è costituita dai rapporti di diritto privato, che Gerber chiama « diritti quesiti » (p. 123) e di cui nucleo principale è l'ambito della c.d. « libertà della proprietà ». Questi rapporti sono, per lui, « al di fuori del vincolo statale di associazione e attengono alla personalità individuale, non-statale del singolo; su codesti rapporti il potere dello stato come tale non influisce immediatamente; in questo campo ad esso non spetta un potere

(19) Mi si consenta di rinviare al mio scritto su *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1970, p. 729 sgg. Fondamentale per questa concezione, ora J. HABERMAS, *Strukturwandel der Oeffentlichkeit*, Neuwied, 1969⁴, trad. it., Bari, 1971 (nelle note seguenti, questo libro verrà citato nella traduzione).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

generale d'intervenire autoritariamente e di imporre al singolo un comportamento moralmente valido e conveniente, ma ciò che dallo stato si attende e si accetta, è un minimo d'intervento, cioè è il porre e l'attuare il diritto oggettivo » (p. 188).

Della concezione liberale tipica, sulla base della distinzione fra stato e società, si ritrova ancora la affermazione della nota duplice funzione dello stato: la funzione di « supremo tutore dell'ordinamento giuridico », il quale « unifica in sé e di fronte a sé il valore di quei diritti il cui riconoscimento pretende da tutti gli altri » (p. 124), che sono appunto i diritti quesiti (fuori di cifra, la funzione di garante dell'ordine sociale esistente e del suo libero sviluppo); la funzione di interprete e realizzatore dell'interesse collettivo, lo strumento attraverso il quale « un popolo ricerca, trovandoli, i mezzi più essenziali alla difesa e all'incremento dei suoi interessi » (p. 95). Di questa duplicità di funzione (e, quindi di valore, di « contenuto ») dello stato, in cui consiste tutta la dialettica ed anche il dramma della concezione liberale — la quale, nata come ha messo in rilievo Herbemas, come critica delle istituzioni esistenti e come proposta di dissoluzione della sovranità in generale nell'ordinamento intrinseco della società, si è sviluppata come teoria di una nuova sovranità e come coerente figurazione e classificazione dei *pouvoirs* statali ([20]) — Gerber dimostra piena consapevolezza laddove a più riprese e sotto vari profili distingue, con una nettezza e una originalità di impostazione che stupisce non siano state finora rilevate, fra il mondo dei rapporti dello stato con l'esterno da sé — il mondo appunto del sociale, dei diritti quesiti, dei rapporti di diritto privato, in una parola il mondo della « libertà » — e il mondo dei « rapporti che hanno la loro sede all'interno dell'ordinamento statale stesso, rapporti che non attengono alla persona isolata, ma riguardano il singolo come membro della complessiva collettività statale e sono sottoposti alla signoria di ordinamenti generali » (p. 189), cioè il mondo del diritto pubblico, dei fini collettivi, in una parola il mondo della « autorità ». È a questo punto, anzi, che si colloca la tematica gerberiana per eccellenza — la tematica dei diritti pubblici soggettivi — nella sua versione definitiva.

([20]) J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 99 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Con l'esterno da sè, lo stato prende contatto solo attraverso la giurisdizione: contatto cauto e limitato, perchè — quanto alle leggi « sulla giurisdizione », specie quelle di diritto privato — esse « restano su di un terreno politicamente neutrale » (p. 159, nt. 2) e quindi, per trattarsi di disciplina « soltanto appena lambita dal flusso dei grandi interessi quotidiani » (p. 159), è destinata a durare a lungo a differenza della legislazione di diritto pubblico, e — quanto alla vera e propria attività giurisdizionale — essa consiste semplicemente « nel mantenere lo stato del diritto » e muove da un'autorità che fa parte a sé nello stato (per Gerber « il principio della supremazia assoluta della legge nella giurisdizione fa sì che l'attività dello stato rivolta a decisioni giurisdizionali sia separata da tutte le altre funzioni sovrane e posta come una sfera isolata in cui domini, semplicemente, secondo le regole tecniche del pensiero giuridico, un'autorità che non sia influenzata da altri pubblici interessi »: p. 117 nt. 18). La prima affermazione, una robusta eco della tesi, fondamentale nella cultura liberale ortodossa, che *veritas non auctoritas facit legem* ([21]): la seconda, consona anche essa a questo pensiero, nella considerazione della funzione giurisdizionale come neutrale e non concretante un *pouvoir* in senso proprio ([22]).

Del tutto distinto e diverso è il mondo dei rapporti interni allo stato, che è il mondo dell'azione concreta di esso, il mondo, come s'è detto, dell'autorità. Qui il potere dello stato trova la sua piena possibilità di esplicazione. « Il potere dello Stato è bensì, dinamicamente, il più alto potere della società, ma giuridicamente esso rimane all'interno della sfera delle determinazioni del suo scopo e solo all'interno della sua sfera di esistenza giuridica il potere dello Stato trova la sua più alta forza » (p. 118 nt. 18). All'interno di questa sfera di esistenza giuridica, si attua un radicale capovolgimento del modo di immedesimazione dell'interesse individuale con l'interesse sociale (collettivo) — immedesimazione in cui consiste un altro motivo della concezione liberale ([23]) condiviso anch'esso da Gerber — quale si realizza nell'ambito del « so-

([21]) J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 102.
([22]) J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 103.
([23]) NIGRO, *op. cit.*, p. 734.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciale ». In questo ambito è l'interesse individuale che si pone come interesse sociale; nell'ambito dello « statale » è lo interesse collettivo che si pone come interesse individuale. Ciò significa che l'interesse individuale è parte dell'interesse collettivo così come è posto e interpretato dallo stato e il soggetto singolo non *vale* come individuo, ma come membro della collettività popolare. Qui trovano la loro radice e il loro significato i diritti soggettivi pubblici che non sono, come i diritti soggettivi privati, posizioni giuridiche originariamente proprie della persona ma esclusive soggettivazioni del diritto pubblico oggettivo e come tali riposano su di una base obiettiva, la volontà generale espressa nella legge (versione obiettiva del principio di legalità) e attuata (soprattutto) dall'amministrazione (mentre nel mondo dei rapporti esterni lo stato si presenta prevalentemente come « giurisdizione », all'interno della sua sfera di esistenza si presenta prevalentemente come « amministrazione »).

Si ritrova così in Gerber tutto l'apparato concettuale proprio della scuola liberale — anzi, è stato proprio Gerber a dare la prima conchiusa e consapevole formulazione giuridica di questo pensiero politico ([24]) — e vi si ritrova anche, se pur espressa senza particolare impegno ed anche senza molta chiarezza, l'idea accessoria di una « giustizia amministrativa » come una istituzione che offra il beneficio di una istanza giurisdizionale anche ai rapporti litigiosi intorno a quei diritti i quali non possono trovare protezione avanti i tribunali (ma la giurisdizione consiste in un'attività svolta dalla stessa amministrazione, sia pure « in via regolare e imparziale »: *Lineamenti*, p. 191) ([25]).

([24]) H. H. RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen, 1965, p. 107 sgg.; W. HENKE, *Das subjektive öffentliche Recht*, Tübingen, 1968, p. 27 sgg.

([25]) È quindi inesatta l'affermazione di HENKE (*op. cit.*, p. 32) che Gerber non si sia posta la questione della protezione giudiziale dei diritti soggettivi pubblici. Vero è solo che Gerber non portò a tale profilo l'interesse di Gneist e di Sarwey, i quali, peraltro, su questo particolare problema, si mossero lungo le linee concettuali generali indicata da Gerber circa i diritti soggettivi pubblici. Cosicchè, i tre scrittori, come HENKE riconosce, risultano congiunti da ciò che in essi la legge come (unica) fonte dell'ordine giuridico domina sovrana e i diritti dei singoli e la protezione di tali diritti sono soltanto aggiuntive, individualizzate garanzie della legalità.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quanto al problema se questi diritti pubblici siano concepiti da Gerber come veri e propri diritti soggettivi e quindi se egli porti o no la responsabilità di aver aperto la strada alla successiva dottrina negatrice dell'esistenza di diritti soggettivi contro lo Stato e la pubblica amministrazione, esso è stato discusso e risolto da Santi Romano ([26]) in modo completamente appagante. Per questo scrittore non v'ha dubbio, nonostante « le numerose oscurità e imperfezioni » delle formule usate da Gerber, che questi non solo riconosce i diritti pubblici individuali, ma li qualifica chiaramente per subiettivi. Il Romano non si è lasciato ingannare, come invece è capitato ad altri, dalla espressione *Reflexrechte* ed ha colto bene il fatto che questa espressione (che, del resto, Gerber esplicitamente dichiara — *Lineamenti*, p. 203 — di avere usato « in senso figurato, per identificare, i diritti nel loro momento genetico ») risponde alla teorica generale di Gerber intorno allo Stato: i diritti dei cittadini sono veri e propri diritti soggettivi, ma non naturali e originari, sibbene riflessi, derivanti cioè dal diritto di sovranità dello stato e imputati alla persona come membro della collettività. « Il potere dello stato — rileva Gerber a un certo punto (*ivi*, p. 99) — non è alterato, nella sua essenziale qualità di persona giuridica, dalla presenza di questi diritti pubblici individuali, ma si tratta soltanto, *di una forma particolare in cui esso concretamente si realizza* »: questo, e non altro, è il senso della *natura riflessa* dei diritti soggettivi pubblici ([27]).

Alle considerazioni di Romano è da aggiungere che la qualità di diritti soggettivi in senso proprio dei diritti soggettivi pubblici discende dallo stesso assetto che Gerber dà al diritto pubblico come sistema di relazioni giuridiche, che ha come centro e punto

([26]) *Op. loc. cit.* Identicamente, F. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino, 1940, p. 74.

([27]) Le più recenti indagini sui diritti soggettivi pubblici (cfr. gli AA. citati alla nota 24) hanno messo in rilievo non solo le caratteristiche particolari di tali diritti, nella dottrina tedesca dell'ottocento, così come sintetizzate nel testo, ma anche la connessione fra questa concezione e la teoria di Jhering del diritto soggettivo come interesse protetto e quindi come una pura *Funktion des Gesetzes*: W. HENKE, *op. cit.*, p. 28 e NIGRO, *op. cit.*, p. 734 nt. 29. Questo è un profilo di cooperazione — oltre i tanti noti e studiati — fra Jhering e Gerber, di solito non considerato, nonostante sia uno dei più illuminanti circa il valore teorico e ideologico della dottrina dei diritti soggettivi pubblici.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di partenza la personalità dello stato, ma collega tutti i soggetti che operano nello stato in quanto appunto « persone ». Il concetto-cardine del sistema scientifico di Gerber, che gli deriva dal diritto privato (precisamente da Puchta) ([28]) e applica prima allo stato poi agli altri soggetti (vedremo poi le alterazioni che il concetto subisce in questo trapianto), è il concetto di « persona », come polo di partenza delle relazioni giuridiche che si intrecciano nello stato, o, per essere più esatti, di cui consiste lo stato. « Il compito essenziale cui deve soddisfare la scienza del diritto pubblico è... quello di determinare le relazioni giuridiche in cui le singole forze che agiscono nello stato stanno l'una rispetto all'altra. A questo compito si può assolvere soltanto individuando esattamente il contenuto di tutte le singole sfere di potere date dalla costituzione e le loro reciproche relazioni » (*ivi*, p. 199). Il rapporto fra stato e cittadini è una di queste relazioni giuridiche, in cui « per le *persone* che sono oggetto del potere dello stato, al tempo stesso nascono *corrispettivi diritti* sul *soggetto* del potere dominante » (*ivi*, p. 130).

5. Ma si può forse dire qualche cosa di più. Si può dire che, liberale nella sua sostanza, la concezione di Gerber sembra inclinare, anzi, verso tentazioni democratiche e, addirittura, anticipare moderne raffigurazioni dello stato come strumento di integrazione sociale. Lo stato di Gerber è, dichiaratamente, stato di popolo (*Volksstaat*). « Il popolo è la fondamentale base naturale dello stato e della sua personalità » (*ivi*, p. 200). È nello stato, come sappiamo già, che il popolo ricerca trovandoli i mezzi necessari alla difesa e all'incremento dei suoi interessi collettivi ed ottiene l'organizzazione che consente di valorizzare tutte le sue forze etiche per il bene comune. Lo stato è « il custode e rivela-

([28]) Sul punto cfr. R. ORESTANO, *op. cit.*, p. 225, per il quale in Puchta culmina il processo di soggettivazione del sistema giuridico che, nell'ambito di una generale tradizione filosofica e culturale soggettivizzante, mirava a riportare all'individuo tutta la costruzione del diritto e a farne il centro del mondo giuridico. Si veda anche H. COING, *La giurisprudenza sociologica e la situazione del diritto privato in Germania*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, p. 178, e in genere, sull'individualismo come elemento caratteristico del pensiero borghese europeo, L. GOLDMANN, *L'illuminismo e la società moderna*, Torino, 1967, p. 31 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tore di tutte le forze del popolo che sono tese al compimento etico della vita collettiva » (*ivi*, p. 95). Dunque, lo stato di Gerber nasce dal popolo ed ha lo scopo di realizzarne e compierne la vita: « il popolo è la base naturale dello stato... è ciò per cui, per tutelarne e svilupparne gli interessi, lo stato esiste » (*ivi*, p. 129). Certo, Gerber non chiarisce che cosa egli intenda per popolo (o meglio considera il popolo soltanto sotto il profilo giuridico, come il complesso dei cittadini) né definisce i rapporti giuridici fra popolo e stato, pur se in generale considera *tutti* questi rapporti e cioè tutti i possibili rapporti fra popolo e stato come dotati di rilevanza giuridica (*ivi*, p. 129), se non per l'aspetto in cui « il popolo, nei suoi singoli membri, è oggetto della signoria dello stato » (ma poi, come sappiamo, da tale soggezione rampollano « corrispettivi diritti sul soggetto del potere dominante »). Le idee essenziali di Gerber sul punto sono però, potenzialmente, quelle proprie della concezione democratica dello stato o di una varietà non secondaria di tale concezione — come caratterizzata dal porre a fondamento dello stato « il popolo non quale somma dei singoli, quale volontà di tutti ma quale ideale totalità, quale volontà generale » e dal ricercare « non la garanzia del diritto del singolo, ma la concordanza della volontà dello stato con la volontà del popolo » ([29]) — e, d'altronde, i segni di consapevolezza delle possibili implicazioni concrete di tali idee neppure sono del tutto assenti dal pensiero di Gerber. « L'intera legislazione di un popolo — egli per esempio scrive — è il riflesso pratico della sua rappresentazione attuale dello scopo dello stato e della posizione del suo potere rispetto alla vita individuale, sociale, economica dei cittadini, della famiglia, dei comuni, della chiesa e delle sfere della cultura spirituale. Questa funzione spetterà alla legislazione in tanto maggiore misura, quanto più secondo la costituzione del singolo stato, al popolo stesso spetterà di intervenirvi » (*ivi*, p. 119 nt. 22).

Più consapevole, forse, la concezione della funzione integratrice dello stato, la quale, da una parte, collega Gerber a v. Stein, dall'altra sembra precorrere, nell'ambito della dottrina tedesca, le posizioni di Haller, Smend, E. R. Huber, v. K. Preuss ([30]). Questa

([29]) W. HENKE, *op. cit.*, p. 42.

([30]) P. von OERTZEN, *op. cit.*, p. 198.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

consapevolezza si esprime in Gerber già nelle affermazioni generali che abbiamo riferite: lo stato come organizzazione che consente di valorizzare tutte le forze etiche del popolo per il bene comune, come entità idonea a realizzare i compiti posti alla collettività in essa organizzata etc. Ma più significativamente si esprime nell'esame di problemi particolari e avanti tutti di quelli attinenti alle « forme in cui si manifesta la volontà dello stato », secondo la terminologia gerberiana: esame nel quale Gerber dimostra di essere ben cosciente delle trasformazioni che sta subendo la struttura dello stato liberale (anche se occorrerebbe analizzare le varie edizioni dei *Lineamenti* — 1865, 1869, 1880 — per stabilire in quale momento il giurista tedesco abbia acquisito tale consapevolezza). Egli comincia con l'affermare la storicità e la mutevolezza del confine tra la sfera della libertà sociale e quella dell'autorità statale: « il modo in cui il popolo considera il suo rapporto con lo stato, come in particolare esso determina il campo dell'autogoverno dei suoi interessi e come impedisce un eccessivo intervento dello stato solo in minima parte riposa su motivi razionali » (*ivi*, p. 119 nt. 21). E registra il modificarsi di tale rapporto, nella organizzazione costituzionale che egli esamina, sotto due profili: nel mutamento della relazione quantitativa fra le varie funzioni dello stato, che vede attenuarsi l'importanza della giurisdizione (l'attività mediante la quale, si ricordi, lo stato mantiene i suoi rapporti con il « sociale ») e diventare assorbente l'intervento dell'amministrazione, attività attraverso cui lo stato persegue « i grandi e generali compiti di elevazione e di sviluppo della vita della Nazione » (*ivi*, p. 188 nt. 72); laddove, occupandosi della legislazione, registra la progressiva insufficienza « dell'opinione, un tempo generalmente accolta in Germania, che l'attività legislativa dello stato avrebbe dei presupposti materiali propri, particolari, cioè avrebbe il fine di stabilire norme astratte e, di regola di una certa durata e generalità, dunque proposizioni giuridiche » (*ivi*, p. 159 nt. 3) ([31]), insufficienza derivante (non soltanto, ma anche) da ciò che « l'interesse pubblico richiede che i fini più importanti che l'amministrazione deve perseguire, siano

([31]) Per E. W. Böckenförde, *op. cit.*, p. 207, questa nota è stata inserita solo nelle ulteriori edizioni dei *Lineamenti*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

previsti nella forma della legge e che essi, in corrispondenza con il progressivo sviluppo dei rapporti sociali ed economici, siano rivisti legislativamente » (*ivi*, p. 158).

Gerber, in verità, non solo non esplora a fondo le modificazioni della struttura costituzionale dello stato che l'ampliamento dei compiti di esso comporta, ma, a parte gli accenni ora visti, se ne vieta coscientemente la possibilità con l'escludere dal diritto pubblico — come determinazione giuridica fondamentale del potere dello stato, delle sue funzioni e delle sue forme — il diritto amministrativo e cioè l'insieme delle regole che ne disciplinano l'azione concreta (*ivi*, p. 92 e 210), ma è indubbio che sul piano politico l'avvio del vasto fenomeno dell'attività integratrice dello stato moderno è dallo studioso tedesco colto con attenzione e giudicato in sostanza favorevolmente.

6. Nell'esame della concezione politica di Gerber fin qui condotta dovrebbero essere emersi, se non m'inganno, anche i limiti del formalismo giuridico di lui: la sua visione dello stato come stato di popolo, come forma giuridica della vita collettiva di un popolo colloca Gerber a mezza strada fra la più vecchia dottrina costituzionale tedesca (von Stein, Gneist, von Mohl etc.), per la quale lo stato è « un ordine razionale-etico », e la dottrina di Laband che riduce lo stato ad un puro fenomeno giuridico, praticamente consistente nel sistema delle norme giuridiche e degli istituti che lo disciplinano ([32]). Ma l'argomento merita qualche altra considerazione.

Nella più diffusa interpretazione di Gerber e del c.d. « Gerber-Labandschen juristische Positivismus », Gerber è considerato insieme con Jhering e anzi con titoli di priorità su Jhering ([33]), come

([32]) P. von OERTZEN, *op. cit.*, p. 194 sgg.

([33]) Il problema delle reciproche influenze, nell'ambito della cooperazione Jhering-Gerber, è tuttora insoluto. Per W. WILHELM, *op. cit.*, p. 111 (e *passim*), il metodo in discorso fu proposto per primo da Gerber nei suoi scritti di diritto privato (*Das wissenschaftliche Prinzip des gemeines deutschen Privatrechts*, 1846 e *System des deutschen Privatrechts*, 1848), rielaborato ampiamente e giustificato teoricamente da Jhering, e finalmente presentato come « gemeinschaftliches Glaubensbekenntnis » di Gerber e Jhering negli scritti sugli *Jahrbücher für die Dogmatik*, particolarmente del 1857. Diversamente, M. G. LOSANO (*op. cit.*, XXIX) sembra attribuire a Jhering la prima paternità dei temi costruzionistici.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

uno dei padri del formalismo, da lui teorizzato avanti tutto nei suoi scritti di diritto privato.

Proprio in Gerber (come nel primo Jhering) si sarebbe verificato l'inizio del processo di degenerazione formalistica della scuola storica e cioè l'inizio del distacco della scienza giuridica da un sistema organico del diritto, formato secondo l'immediata visione della sua storicità ed effettività di vita, e soprattutto dalla « scienza giuridica organica » (34) di Savigny, ed il primo volgersi di essa scienza verso una giurisprudenza (la *höhere Jurisprudenz*) che aveva per principio conduttore una costruzione ed analisi del suo oggetto puramente « interne » e concettuali. Passando dagli studi di diritto privato a quelli di diritto pubblico, Gerber vi avrebbe portato la stessa metodologia da lui auspicata (e adoperata) per il diritto privato (35). Egli avrebbe mirato alla costruzione di una pura dommatica del diritto pubblico, un insieme scientifico dotato di interna unità e di vita autonoma, dal quale rimanevano escluse la storia, la filosofia e avanti tutto la considerazione politica della vita dello stato. *Diritti pubblici* e *Lineamenti* sono considerati opera di *höhere Jurisprudenz*, consistente delle note fasi di « lavorazione » del « prodotto » giuridico: costruzione delle norme in istituti e concetti elementari, analisi della natura giuridica degli istituti e degli « ambiti di volontà », collegamento logico dei concetti in un sistema artificiale, fonte generale e suprema di conoscenza giuridica (36). Se questa è la concezione del diritto che Gerber ha coerentemente sviluppa nelle sue opere, tutti i pubblicisti di scuola positivistica e formalistica, tedeschi (e non solo tedeschi), e in primo luogo Laband, non avrebbe fatto (e non farebbero) che ripetere e mettere in pratica gli insegnamenti di lui (37). Gerber sarebbe, dunque, sia come privatista che come pubblicista, non soltanto un coerente formalista, ma il formalista per eccellenza, colui nel quale

(34) W. WILHELM, *op. cit.*, p. 121.

(35) W. WILHELM, *op. cit.*, p. 133 sgg.

(36) W. WILHELM, *op. cit.*, p. 149.

(37) Cfr. — oltre W. WILHELM — E. KAUFMANN, *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, in *Wörterbuch des Deutschen Staats - und Verwaltungsrechts*, hrg. v. K. von STENGEL u. M. FLEISCHMANN, III, p. 809 sgg., e la letteratura ricordata in P. von OERTZEN, *op. cit.*, p. 184.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

meglio si riassume ed esprime il verbo formalista. Non mi pare che questa interpretazione sia totalmente esatta.

Non vorrei farmi accusare di andare *ultra crepidam* parlando di Gerber privatista, per quanto convinto che nemmeno ad esso sia possibile attribuire una visione del diritto come pura costruzione concettuale astratta da ogni punto di riferimento sociale o storico. Basterebbe considerare che, nella polemica con i germanisti, egli non tanto condannava, com'è noto, il ricorso alla storia come momento iniziale ed essenziale dell'indagine giuridica, quanto il modo di fare la storia, proprio di essi, che la riduceva ad una ricognizione dei singoli fatti e istituti nel loro meccanico e materiale svolgimento dal passato al presente ([38]), e che comunque egli credé con Eichorn alla esistenza di una coscienza giuridica nazionale generale, come forza originaria ponente il diritto e come garanzia, nonostante lo smembramento politico, della materiale unità della cultura giuridica tedesca nel suo processo di sviluppo (il che mi par sia forse qualche cosa di più sostanzioso e storicamente determinato dello « spirito » del diritto romano o del diritto tedesco). E d'altra parte, non è senza significato che nel contrapporre il diritto privato romano al diritto privato germanico e nell'affermare il superamento del secondo attraverso i concetti e gli istituti del primo, Gerber colse (in modo esplicito) il collegamento del diritto privato germanico alle condizioni economiche della società medioevale e (in modo implicito e conseguentemente) le possibilità offerte dal diritto romano e dai suoi istituti ad una società che poneva a suo centro l'individuo singolo e le sue aspirazioni di dominio individuale sulle cose ([39]). Certo, egli sembrò considerare il superamento che s'è detto come definitivo scioglimento del diritto da ogni tipo di rapporti sostanziali, più che come mutamento dell'ordine sostanziale di riferimento, ma nemmeno vi ha dubbio che, a parte l'aspetto ideologico dell'affermazione, egli collegò la sua concezione del diritto privato ai

([38]) Come riconosce lo stesso WILHELM, *op. cit.*, p. 108.

([39]) Non si tratta qui di prender posizione nella disputa circa lo spirito individualista o no del diritto romano (su cui, cfr. R. ORESTANO, *op. cit.*, p. 224, con letteratura), ma solo di rilevare che Gerber credé in questo spirito e di sottolineare anche sotto tale profilo « il soggettivismo » già rilevato sopra (par. n. 4 testo e nota 28) della posizione di questo scrittore.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

valori di fondo del nuovo ordine sostanziale: l'uomo singolo come fine a se stesso ed ogni rapporto giuridico come un mezzo rispetto alla esistenza o alle particolari qualità di esso uomo ([40]).

Ma, in qualunque modo stiano le cose per le ricerche di diritto privato di Gerber, dall'attenta lettura dei suoi scritti pubblicisti credo si possano trarre due conclusioni: che, passando dal diritto privato al diritto pubblico, Gerber non si è limitato ad applicare al secondo i metodi e i concetti elaborati per il primo o in occasione dello studio del primo; che Gerber, pubblicista, non è, integralmente e soltanto, un formalista, e nemmeno un positivista e un normativista puro (le tre qualificazioni, com'è ovvio, attengono a tre aspetti diversi della riflessione giuridica — la prima al *metodo* della riflessione, la seconda all'*oggetto*, la terza alle premesse *teoriche* o, per usare l'ordine concettuale di C. Schmitt, al *tipo di pensiero giuridico* adottato — anche se nella valutazione di giuristi come Gerber e gli altri della scuola formalista di diritto pubblico tedesco esse vengono considerate strettamente connesse e anzi sono usate l'una per l'altra).

Le affermazioni esplicite di Gerber sembrano invero contraddire, nel loro rigore e nella loro univocità, a queste conclusioni. Si pensi al celebre brano dei *Diritti pubblici*: « innanzitutto è l'elemento puramente formale, *la costruzione giuridica* (i corsivi sono miei), ciò che il diritto pubblico trae dal diritto privato. Tutta quella somma di concetti giuridici formali che nel diritto privato vengono analizzati nella loro semplicità e purezza elementare, occorrono anche al diritto pubblico ed esattamente nella stessa maniera; e anche là dove tali concetti, per il diverso contenuto materiale del diritto pubblico hanno un altro senso o una forma più complessa, questa commistione acquista validità se si seguono gli stessi principi fondamentali d'interpretazione esatta che sono stati elaborati per il diritto privato » (p. 34). O alla prefazione alla prima edizione dei *Lineamenti* in cui esprime il suo proposito di costruire « *un sistema scientifico* nel quale le singole figure appaiono come lo svolgimento di una idea unitaria fondamentale » (p. 91). O al brano degli stessi *Lineamenti* già ricordato sopra, in cui si fa consistere il compito della scienza del diritto pub-

([40]) GERBER, *Sui diritti pubblici*, p. 30.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blico nel determinare le relazioni giuridiche fra le singole forze che agiscono nello stato e si afferma che con quanta maggiore precisione, *con i suoi strumenti dialettici*, la scienza giuridica è capace di determinare queste relazioni e di definire le singole potestà di volere entro cui queste relazioni si intrecciano, « tanto più sicuramente essa accresce la bellezza della sua costruzione » (p. 199).

Ma al di là di queste affermazioni esplicite, sta l'effettiva sostanza del pensiero di Gerber ([41]).

Il luogo di emersione della differenza, anzi della frattura, fra il pensiero privatistico e quello pubblicistico di Gerber è dato dal concetto di personalità dello stato. Per il giurista tedesco, nella personalità dello stato si trovano, come sappiamo, il punto di partenza e il nucleo essenziale di tutto il diritto pubblico: il distacco dal pensiero privatistico avviene in questo fondamentale punto. Contrastando il tentativo di Bähr di costruire lo stato ricavandolo dal « diritto delle corporazioni » e di porlo al termine di una serie di fenomeni che hanno la loro sede essenzialmente nel diritto privato, Gerber esclude assolutamente che possa considerarsi la personalità giuridica dello stato come un concetto secondario e che si possa attribuire ad esso un posto tra le persone giuridiche di diritto privato (*Lineamenti*, p. 95 nt. 2). Esclude che la personalità dello Stato sia un mero strumento tecnico di unificazione concettuale degli elementi dello stato e di creazione di una figura giuridica cui conferire la capacità di volere.

Per Gerber, il concetto di personalità giuridica dello Stato è « un concetto originario » (*ivi*) e se è attraverso di essa che il popolo assurge, nel suo insieme, alla coscienza e alla capacità di volere richieste dal diritto, non si tratta che di un processo di ordinamento e di esplicitazione di un fenomeno naturale, quale è l'esistenza della volontà naturale del popolo: « Allo stato non viene fittiziamente attribuita la volontà altrui, ma esso ha una sua volontà nello spirito morale del suo popolo, determinato a vivere nello stato: questa volontà esiste in sé e per sé, è una

---

([41]) In verità, vi sono anche affermazioni esplicite di Gerber in cui è posta con nettezza la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato e scienze relative: *Sui diritti pubblici*, p. 30; *Lineamenti*, p. 97 nt. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

realtà ed è perciò suscettibile di una trattazione scientifica » (*Lineamenti*, p. 109 nt. 1). La personalità giuridica è quindi il modo stesso di essere dello stato, il modo in cui si esprime e si realizza la volontà naturale dello stato.

Ma con ciò non è solo messa in rilievo la diversità che esiste, nonostante le dichiarazioni di principio, fra lo stesso approccio di Gerber alla realtà giuridica pubblicistica e i metodi di analisi della realtà giuridica privatistica: ma abbiamo preso in mano il capo di una catena di concetti che rivelano appieno i limiti del formalismo gerberiano. La personalità giuridica, così concepita, non è solo un fenomeno soggettivo, o, per meglio dire, l'aspetto soggettivo del fenomeno stato, ma originalmente e suggestivamente indica e riassume una condizione oggettiva e cioè l'ordine organizzativo dello stato, la stessa costituzione materiale dello stato: è in questa visione che si intendono concetti altrimenti difficilissimi e oscuri quali « l'originarietà » della personalità giuridica dello stato e la trasformazione della volontà naturale dello stato in capacità giuridica di volere. La volontà dello stato, per Gerber, infatti « è tutta la costituzione dello stato, con tutte le sue istituzioni, che è congegnata in modo da assicurarle la possibilità di esprimersi in tutte le direzioni » (*ivi*, p. 109 nt. 1): « il potere dello stato (che per Gerber emerge attraverso la personalità) è la volontà generale del popolo come un tutto etico teso al raggiungimento degli scopi dello stato, con i mezzi e nelle forme stabilite dallo stato » (*ivi*, p. 110 nt. 2). Solo considerando la personalità giuridica come lo stesso assetto costituzionale, effettivo e generale dello stato trova spiegazione la frase di Gerber già riportata: « il potere dello Stato non è alterato, *nella sua essenziale qualità di persona giuridica*, dalla presenza dei diritti pubblici individuali, ma si tratta soltanto *di una forma particolare in cui esso concretamente si realizza* » (*ivi*, p. 99). Il puro normativismo e il puro formalismo sono già fortemente compromessi, ma la direzione in cui si muove il pensiero di Gerber lo porta ancora più in là.

Risulta da quanto è stato detto — e comunque Gerber lo enuncia esplicitamente più volte (*ivi*, p. 97 nt. 5, p. 111 nt. 3, p. 118) — che la volontà dello stato non è, come quella del soggetto privato, volontà assoluta, volontà rimessa all'arbitrio, ma

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è una capacità di volere che si può svolgere solo in forme determinate e per servire gli scopi dello stato. La personalità dello stato è potere limitato, è limitazione del potere dello stato: « ogni estensione del potere dello stato al di là del suo scopo... e al di là dell'ambito ad esso spettante è un abuso del potere stesso » (*ivi*, p. 118 nt. 18). Ma, limitato da chi? Chi fissa le forme *in cui*, e soprattutto i fini *per cui*, lo stato deve operare? Chi determina la costituzione dello stato? La risposta è implicita nella considerazione dello stato come prodotto della potenza etica di un popolo, come entità attraverso cui il popolo, unità etica totale, viene riconosciuta e vale giuridicamente come tale. Se lo stato è un ordine secondario e strumentale rispetto ai valori etici di una comunità popolare, esso incontra i suoi limiti in questi valori. Il *Volkstaat* trova del tutto naturalmente il suo alimento e la sua definizione nel *Volksgeist*. Ma è interessante notare come per Gerber questo rapporto non è un riferimento globale ed emblematico di sapore tutto sommato letterario (come nella originaria versione romantica del *Volkgeist*) né un dato reperibile astrattamente e meccanicamente una volta per tutte, ma un processo spirituale e creativo, storicamente e socialmente circostanziato.

È il popolo, come coscienza sociale, che « definisce » l'ambito del potere dello stato in relazione al campo dell'autogoverno dei suoi interessi (si ricorderà quanto si è detto sopra a proposito dei due ambiti che si fronteggiano: lo « statale » e il « sociale » o « non-statale »). Questa definizione « solo in minima parte riposa su motivi razionali » (*ivi*, p. 119): per la massima parte è il prodotto storico del carattere morale di un popolo; dell'idea che esso si fa dei propri interessi e dei propri fini, della sua capacità di civile indipendenza. La coscienza sociale, a questo riguardo, viene via via trovando la sua espressione pratica più imponente nella stessa legislazione: « gran parte delle leggi dello stato, quale che possa essere comunque il loro oggetto, possono riguardarsi da questo punto di vista: che in esse è al tempo stesso stabilita la misura dell'intervento del potere statale » (*ivi*, p. 119); « l'intera legislazione di un popolo è il riflesso pratico della sua rappresentazione attuale dello scopo dello stato e della posizione del suo potere rispetto alla vita individuale, sociale, economica dei cittadini, della famiglia, dei Comuni, della Chiesa, e delle sfere della cultura

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spirituale » (*ivi*, nt. 22). Ma la coscienza sociale non esaurisce la sua spinta in tali forme. Essa opera anche attraverso « le generali convinzioni giuridiche » diffuse nel popolo e assicura la protezione delle istituzioni pubbliche attraverso « l'attaccamento ad esse... la fede nel loro valore e nella loro utilità per la soddisfazione degli interessi politici del popolo... il loro esercizio continuo... » (*Diritti pubblici*, p. 80).

Tutta la costituzione dello stato viene così risolta nel processo di concretamento degli scopi dello stato e di determinazione dei modi per soddisfarli; processo che la coscienza sociale del popolo — come carattere, cultura, idealità di questo — alimenta quotidianamente. La componente sociale e storica del diritto, rifiutata in sede di riflessione giuridica particolare, si ritrova presente in un momento più generale ed elevato di tale riflessione. È vero che Gerber sembra rimpicciolire le sue vedute prospettandole principalmente sotto l'angolo di visuale, tradizionale e fallace, dei limiti del potere dello stato. Ma questa problematica, per la maniera come Gerber ne discute, è negata all'atto stesso che è posta, ed egli quindi non ha bisogno di difendere, come G. Jellinek è costretto a fare, il principio dell'autolimitazione dello stato contro gli argomenti da « manovali giuridici » che pedestremente la critica gli oppone, né di rifugiarsi — per giustificare il medesimo (e la dottrina della personalità dello Stato che ne è il presupposto) — nell'angolo delle « realtà razionalmente incomprensibili » come fa Orlando ([42]): per Gerber, palesemente, la personalità dello stato è la struttura concreta dello stato ed i limiti di esso sono inerenti al modo di essere, anzi di *esistere*, di tale struttura.

Che Gerber si sia limitato a queste affermazioni generali senza farne applicazione a particolari problemi della vita giuridica, non può meravigliare, né venire addotto come ulteriore prova del suo coerente formalismo. Anzi. Egli credeva, come s'è detto, nell'unità spirituale e culturale della nazione tedesca ed assegnava alla scienza giuridica lo studio della possibilità di fondazione scientifica di un diritto comune nella Germania smembrata. Per

---

([42]) G. JELLINEK - V. E. ORLANDO, *La dottrina generale dello Stato*, Milano, I, 1921, p. 697.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il diritto privato, tale fondazione fu da lui ritenuta possibile. Diversa situazione per il diritto pubblico, la cui fondazione era intralciata dalla « incompleta coincidenza fra il popolo tedesco e la sua organizzazione statale » (*Lineamenti*, p. 103 nt. 17). La scienza del diritto pubblico si doveva quindi limitare a dar vita ad una « introduzione a tutti i diritti pubblici tedeschi », ad una trattazione diretta a « porre in risalto il contenuto etico-storico dei singoli istituti e dei principi giuridici che ricorrono in ogni diritto pubblico particolare », rinunciando ad ogni pretesa « di giungere a proposizioni imperative immediatamente vincolanti » (*ivi*, p. 102 e 103). È chiaro che, assegnandosi tale compito, la trattazione giuridica gerberiana si tagliava l'accesso alla considerazione degli istituti dei singoli diritti pubblici e del loro *particolare* contenuto etico-storico, e tanto più facilmente egli poteva accogliere l'idea della « rottura » della tradizione storica relativamente ai tali concreti particolari istituti (vedi sopra, par. 2). Ma attraverso il processo d'astrazione che domina gli scritti pubblicisti gerberiani quello che la scienza giuridica perde in strumentalità pratica immediata acquista in funzione essenziale e generale. La scienza giuridica tedesca di diritto pubblico, come Gerber la vede, non solo non rinuncia, per il fatto della generalità delle sue impostazioni, a darsi come oggetto « degno di scienza autonoma » i tratti fondamentali dello stato tedesco in quanto « prodotto della potenza etica del popolo tedesco » (*ivi*, p. 102), ma sostanzialmente si assegna la funzione di contribuire, proprio per tale generalità, alla formazione e alla ricognizione dell'unità spirituale tedesca, dello « spirito collettivo tedesco ». La scienza giuridica, come Gerber la vede e la pratica, è sì « un sistema astratto di proposizioni scientifiche senza valore pratico-imperativo » ([43]), ma non è un sistema privo di valore politico e sociale. Prodotto della cultura politica tedesca, essa si pone come strumento al servizio e per il progresso di questa cultura.

Ma c'è dell'altro. Gerber aveva accettato, come si è già detto sopra, l'idea della *discontinuità* dello sviluppo del diritto pubblico tedesco, della soluzione di continuità fra il vecchio e il nuovo diritto, così mettendo sostanzialmente in crisi lo stesso concetto

([43]) W. WILHELM, *op. cit.*, p. 131.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di spirito collettivo nel quale egli credeva e che aveva a suo indefettibili presupposto l'idea del divenire organico del diritto. La contraddizione è grave (anche se non è del solo Gerber), ma sembra che Gerber assegni proprio alla scienza giuridica il compito di sanarla. Proprio come scienza astratta e generale, la scienza giuridica adempie la funzione di distinguere il mutevole dal permanente, il generale dal particolare, di ritrovare il continuo nelle apparenti rotture della storia, di ristabilire la continuità della medesima. Anche sotto questo profilo, il collegamento fra diritto e storia è riconosciuto ed è riconosciuto proprio nella funzione della scienza giuridica. In definitiva, la scienza di Gerber non è una « scienza senza storia ».

Arrivati a questo punto, si può ben dire che Gerber propone una forma di conciliazione fra « ragione » e « storia », la quale ha come essenziale strumento di attuazione la scienza giuridica rinnovata nei suoi metodi e nei suoi compiti. Il discorso — sia per quanto attiene alle due fasi, quella storica e quella dommatica, della conoscenza giuridica, sia soprattutto per la funzione ora indicata della scienza giuridica — è, come si vede, quello stesso di Savigny ([44]). Se ne dovrebbe concludere che non è esatto considerare il pensiero di Gerber come uno dei punti e dei momenti di distacco della scienza giuridica dell'originaria ed equilibrata (e, se si vuole, anche contraddittoria ([45])) impostazione storicistica

---

([44]) Si può obiettare che il discorso, in questi termini, è comune a tutta la scuola storica nella sua degenerazione concettualistica, se è vero, come in larga parte è vero, che in essa, a cominciare da Puchta, si verifica proprio quel processo « inevitabile per il positivismo scientifico » di passaggio « dal romantico spirito del popolo alla signorìa del giurista » (F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967², p. 137). Ma la questione evidentemente è della misura e dei fini di queta signorìa del giurista. In Gerber, il costante riferimento ai valori concreti e storici di una collettività appare costituire un solido limite per la libertà creativa della dommatica: sotto questo profilo, Gerber si rivela vicino a Savigny molto più di altri formalisti.

([45]) La contraddizione in cui cadono Savigny e la « scuola storica » sul punto è generalmente rilevata: si veda, per acute osservazioni in proposito, E. PARESCE, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. del dir.*, vol. XIII, 1964 il quale suggerisce, per la miglior comprensione del nesso fra « storia » e « ragione » in questa scuola, una approfondita analisi, tuttora mancante, dei rapporti fra la scuola storica e la filosofia hegeliana.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di Savigny (46): per questo lato ancora la corrente interpretatione di Gerber non appare giustificata.

7. Dalle idee politiche, alla cultura giuridico-politica, alla metodologia di Gerber. E l'ideologia? La considerazione del valore ideologico del pensiero gerberiano coinvolge necessariamente la considerazione dell'intera scuola, tedesca e no, positivista e formalista del diritto pubblico, perchè è alla metodologia formalista in genere ed alle fondamentali costruzioni di questa scuola intera che si attribuisce, prima e insieme che al pensiero di Gerber, in particolare la funzione di esser servita (e di servire ancora) alla legittimazione e alla conservazione dell'ordine politico borghese. Questo discorso non può ovviamente venir condotto qui: ma qualche osservazione in proposito deve pur esser fatta per completare anche da questo lato la conoscenza di Gerber.

Che la metodologia formalista e la concezione positivista del diritto siano strumenti concettuali praticamente proficui (e quindi « ideologie ») per la conservazione e lo sviluppo della società borghese e non teorie atemporali e neutrali, è cosa della quale non è certamente possibile dubitare, ma forse non è stato esaurientemente considerato *in che senso* lo siano ed *entro che limiti* lo siano.

Tutta la cultura filosofica e scientifica dell'ottocento — o almeno una larghissima parte di essa — è in relazione, talvolta immediata, con lo sviluppo della società borghese e in particolare con le esigenze del capitalismo industriale. Questa società ha bisogno di un certo tipo di diritto e la scienza giuridica, che è figlia di quella cultura, collabora a formarlo e a somministrarlo. Nessuno meglio di M. Weber e di Wieacker ha messo in rilievo questo profilo, il primo con la nota tesi che il capitalismo industriale deve poter contare sulla continuità, sicurezza ed oggettività del funzionamento dell'ordinamento giuridico, sul carattere razionale e in linea di principio calcolabile dell'accertamento del diritto e dell'attività dell'amministrazione (47), ed il secondo chiarendo come,

(46) W. WILHELM, *op. cit.*, p. 117 sgg.

(47) M. WEBER, *Economia e società*, trad. it., Milano, 1968, II, p. 186 sgg. Che lo stesso capitalismo industriale generi esigenze di rapida trasformazione della vita economica e sociale le quali mettono in crisi gli ordinamenti statici di tipo ottocentesco, come ha ricordato recentemente G. FASSÒ, *Il giudice e l'ade-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con il collocare la vita dei traffici sotto l'impero di stabili e chiari principi giuridici, sperimentati e approvati dall'opinione pubblica, la società borghese intendesse espellere dall'area neutrale delle cure giuridiche gli interessi contraddittori, egoistici di natura politica, sociale ed economica di una libera società, il cui *Funktionprinzip* era la lotta regolata, la concorrenza ([48]).

Questo vale per tutto il diritto. Ma per il diritto pubblico, il compito della scienza giuridica acquista un carattere particolare; esso si specifica come compito di assicurare equilibrio e certezza alle relazioni fra stato ed individuo, fra l'effettività del dominio (essenziale alla sicurezza dei traffici) e l'autonomia dello individuo (che è principio-chiave della società borghese).

Queste relazioni si erano, nei secoli precedenti di inziale affermarsi del capitalismo e di creazione dei presupposti politici di un tale affermarsi, presentate come posizioni di antagonismo fra il momento della sovranità, emerso ad un certo punto dello sviluppo dello stato assoluto, e la libertà naturale che le correnti giusnaturalistiche avevano contrapposto al principio di sovranità. Il problema dell'ottocento è di superare l'antagonismo e di conciliare sovranità e libertà. Il compito ricade in massima parte sulle spalle della scienza giuridica, che lo risolve (o crede di risolverlo) attraverso un processo di « obiettivazione » dell'ordine giuridico, considerato come un ordine « neutrale » e « razionale », il quale diviene il campo entro cui si impiantano con chiarezza e stabilità relazioni (formali) fra soggetti e, anzitutto, fra lo stato, considerato anche come un soggetto fra i soggetti, e gli individui: a tale compito, come sappiamo, si applica pure Gerber. Alla base di questa soluzione, o tentativo di soluzione, sta la concezione della « neutralità » del potere rispetto alla società, o che è lo stesso, della società rispetto al potere (insomma, della neutralizzazione dell'un ordine rispetto all'altro), e della coincidenza dell'interesse collettivo e dell'interesse individuale, coincidenza mantenuta attraverso quel complicato gioco che sappiamo, per cui, nella sfera della società (dove opera e dev'essere lasciato

---

guamento del diritto alla realtà storico-sociale, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 900 non toglie nulla all'esattezza generale della diagnosi weberiana.

([48]) F. WIEACKER, *op. cit.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

liberamente operare il mercato) è l'interesse individuale che si pone come interesse collettivo, mentre nella sfera dello stato (e cioè dove si assicura la persistenza delle condizioni basilari di vita della società) accade esattamente il rovescio.

A quali presupposti, del resto notissimi, fosse in particolare legata questa concezione, non è il caso di approfondire ([49]). Né è il caso di approfondire le ragioni e le forme della sua crisi: anche queste si sa bene quali siano.

Qui preme solo di sottolineare due cose.

La prima è la funzione centrale che la scienza giuridica ha assolto nell'edificazione dello stato borghese (di diritto). Per la struttura stessa della società e per il modo come si poneva la relazione fra stato e società, il giurista è venuto ad assumere una posizione fondamentale nella cultura propria di quella società: anche il giurista privatista ovviamente, ma forse soprattutto il pubblicista. A questo era demandato niente di meno che di « mediare » stato e società, interesse collettivo e interesse individuale, condizione oggettiva della società e principio soggettivo badando di non sacrificare né le ragioni del dominio né quelle della autonomia individuale. Il valore ideologico di questa opera appare in tutta la sua evidenza, ma appare anche come questo valore non sia proprio e particolare della scienza giuridica, ma ad essa provenga derivatamente dalla concezione politica che ne è il presupposto. È la concezione politica dello stato borghese dell'ottocento a porsi, anzitutto e soprattutto, come ideologia: la scienza giuridica, che lavora sulla base di questa concezione e dell'assetto politico alla quale essa corrisponde, ne segue sotto tale profilo le sorti. Ideologia, è anzitutto, la affermazione della neutralità del potere rispetto alla società (o viceversa): la neutralità e razionalità dell'ordine giuridico e della scienza giuridica lo sono (lo sono necessariamente) in via di conseguenza. Insomma, i giuristi non hanno in materia responsabilità proprie: essi non potevano fornire altro diritto che quello che la società loro chiedeva.

La seconda cosa da osservare, la più importante per i nostri fini, è che la scienza giuridica pubblicistica di scuola positiva e

([49]) Per tali presupposti e per una complessiva chiara visione dei connotati della società liberale dell'800, cfr. ancora J. HABERMAS, *passim.*, ma part. 93 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

formalista ha, nel corso del suo lavoro, liberato e rivelato valori che non sono soltanto schermi ideologici, ma effettivi e consapevoli contributi alla vita della società ([50]). La scienza giuridica non ha avuto soltanto una posizione strumentale e asservita all'ideologia dominante, ma ha reagito in un certo senso su di questa palesando una sua funzione autonoma e permanente.

Anzitutto, se la neutralità e razionalità di questa scienza giuridica è ideologia, non è soltanto questa. È (anche) la consapevolezza dei caratteri che la scienza giuridica deve assumere (o, se si vuol limitare, che la scienza giuridica europea sente di dover assumere ([51])) per esser tale: distacco dalla condizione sociale, riduzione del molteplice della storia all'unità della ragione, restituzione alla realtà di schemi ordinativi come prodotti « puliti » di essa scienza. Questo metodo, nel suo nucleo essenziale, è valido per qualunque ordine giuridico, per qualunque tipo di società.

Ma c'è dell'altro. Il lavoro del pubblicista formalista si sviluppa intorno alla trama dei rapporti fra stato e società. Per servire la politica del suo tempo egli dissecca questi rapporti e li astrattizza: riduce in tal modo « a pure sagome » le corpose entità che ne sono i poli ([52]). Ma, così facendo, le protegge dalla contaminazione del contingente e conferisce loro un valore universale e permanente. Prendiamo il concetto di persona, basilare nella dommatica pubblicista dell'ottocento, ed in quella di Gerber in particolare. « Maschera » di una identità fra uomo, *bourgeois* e *citoyen*, il cui contenuto ideologico è indubitabile ([53]), non è meno

---

([50]) Con riferimento alla corrente denuncia del carattere mistificatorio della depoliticizzazione e tecnicizzazione del diritto e della cultura giuridica dell'ottocento, U. SCARPELLI, *Il diritto nella società industriale: una strategia d'accostamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1972, p. 682 osserva: « All'operazione demistificatoria può essere data una risposta: la critica della mistificazione non è ancora la critica politica degli atteggiamenti fondamentalmente liberali sottostanti alla mistificazione ».

([51]) E. ALLORIO, *Caratteri della scienza giuridica europea*, in *Jus*, 1952, p. 433 sgg

([52]) W. WILHELM, *op. cit.*, p. 119.

([53]) J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 72 sgg. e F. NEUMANN, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna, 1973 (trad. it.), p. 293, del quale vale la pena di riportare l'interessante osservazione: « Il concetto di persona giuridica è senz'altro una maschera sociale. Ma questa maschera nasconde soltanto, non elimina chi la porta, e una presenza può ancora intuirsi dietro la maschera ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il segno di un valore permanente che il diritto — muovendosi nell'ambito della complessa tradizione filosofica e culturale soggettivizzante dei secoli precedenti — contribuisce a fissare e a riconoscere. In questo significato, esso è pronto a servire le esigenze di una società pluralistica e a diventarne anzi elemento-cardine.

Non meno significativa, se pur più limitata, la vicenda del concetto di stato come persona giuridica il quale ha, fino ad un certo punto ed entro certi termini, resistito all'aumento dei compiti di esso nel corso della sua trasformazione (o, più precisamente, evoluzione) da stato di diritto liberale in stato di intergazione sociale. C'è chi ha potuto, con riferimento anzi proprio al contributo di Gerber, in proposito parlare, come s'è detto, di moderna statolatria giuridica, sequestrata per sua essenza alla storia e cioè alla vita. Il massiccio intervento dello stato nella vita sociale è una realtà della quale i giuristi sono, occorre appena dirlo, incolpevoli. Essa è il prodotto di una delle contraddizioni più gravi della società borghese, la quale, rivelatasi come società anarchica e antagonista, proprio in misura della sua naturale tendenza alla disorganizzazione ha sollecitato l'integrazione da parte del potere politico (54). Ma va posto a merito dei giuristi che i concetti elaborati in relazione allo stato di diritto liberale siano stati idonei ad accompagnare elasticamente e, se si vuole, a « coprire » la trasformazione di esso garantendone così, il più possibile, il corso pacifico e una (relativa) innocuità per gli individui (55). Anche sotto questo profilo il contributo del giurista è andato oltre il rafforzamento dell'ideologia.

8. Forse si può dire allora che in quella scuola l'ideologia ad un certo punto si dissolve nel magistero professionale, anzi nella vocazione professionale e il giurista acquista coscienza di questa vocazione ed, in nome di essa e dell'autonomia che garantisce, da giurista di *una* società si propone ed opera come giurista

(54) J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 171 sgg.

(55) Non a caso, l'abbandono del concetto di persona dello stato coincide, come anche F. NEUMANN, *op. cit.*, p. 294 ha da ultimo notato, con il passaggio alla fase dello stato autoritario.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di *ogni* società da venire. Forse si può dire che di questo connubio fra la deformante complicità ideologica e la sincera aspirazione alla neutralità tecnica, fra l'impegno partigiano dell'ideologo e la indifferente (ma sicuramente non priva di un proprio valore etico) disponibilità del tecnico di professione, Gerber è uno degli interpreti più significativi riassumendo in sé in modo esemplare i caratteri e gli aspetti più significativi delle due condizioni. Forse è proprio questo « il segreto » di Gerber: nell'aver interpretato nel modo più lucido le certezze e le incertezze di una simile posizione, le possibilità e i limiti che ad essa ineriscono: nell'avere sentito il duplice valore della sua opera ed avere fatto coincidere le essenziali capacità unificatrici e mediatrici della giurisprudenza con la esigenza di dar soluzione, in piena coerenza ideologica, ai gravi conflitti di interesse e di idealità che laceravano la sua epoca; nell'essersi misurato orgogliosamente e caparbiamente, da buon professionista conscio del suo compito e senza impressionarsi troppo delle contraddizioni, amputazioni, complicazioni argomentative che questo comportava, con una realtà il cui duro nocciolo sembrava resistere ad ogni possibilità di conformazione scientifica.

La lettura di Gerber in questa chiave consente di dare un più attendibile senso alla sua opera (restituendo ad essa un valore pedagogico ed esemplare che le viene il più spesso negato) e soprattutto ai brani che, in questa sua opera, sono stati considerati più infetti di veleno ideologico.

È del tutto spiegabile e conseguente che il giurista Gerber abbia difeso l'autonomia della scienza giuridica da chi raccomandava « un prologo nel cielo della filosofia cui dovrebbe seguire con tanta più decisa positività il diritto pubblico di questa terra » e abbia insieme affermato nettamente che « un'esposizione di leggi accompagnate da introduzioni storiche non è ancora un'elaborazione giuridica » (*Lineamenti*, p. 209); o che abbia analizzato con cura le differenze (ma anche i rapporti) fra la concezione organica e quella giuridica dello stato e cioè fra lo studio dello stato come organismo e lo studio dello stato come soggetto o in genere come fenomeno giuridico, e abbia messo in luce la distanza fra politica e scienza giuridica. Ma è anche spiegabile e conseguente che egli abbia assegnato alla scienza giuridica il compito di fissare i principi generali e formali che reggono le relazioni giuridiche in cui

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le singole forze che agiscono nello stato stanno l'una rispetto all'altra, sottolineando, come si è già ricordato, che « con quanta maggiore precisione, con i suoi strumenti dialettici, la scienza giuridica è capace di determinare queste singole potestà di volere secondo il loro contenuto, le loro relazioni e i loro limiti, tanto più sicuramente essa accresce la bellezza della sua costruzione ed offre i mezzi per la sua riedificazione quando siano intervenuti perturbamenti » (*ivi*, p. 199). Gerber rivela qui — come quando afferma che « la possibilità di costruire giuridicamente una situazione costituzionale rappresenta un'importante garanzia della sua persistenza: ancor più essa è segno di intima bontà e capacità di durata » (*Sui diritti pubblici*, p. 26) — la sua inclinazione per la conservazione politica o denuncia, comunque, il valore ideologico della sua metodologia? ([56]). Può darsi. Ma non si può negare che in questi brani Gerber descriva anche la funzione essenziale della scienza giuridica e fissi il compito ineliminabile di essa nella elaborazione di schemi razionali (o ragionevoli ([57])) che diano ordine e stabilità agli istituti della convivenza sociale. La possibilità di elaborazione giuridica di una situazione è indice della permanenza di essa, ma la elaborazione giuridica contribuisce a tale permanenza: il giurista registra ciò che è stabile (e solo ciò che è stabile) e, con il registrarlo, ne accentua la stabilità e la normatività. Il valore conservatore della giurisprudenza segna insieme il compito, il dramma, i limiti dell'opera del giurista, che non può rinunciare alla ricerca del « duraturo » e del « normativo », per quanto breve sia la durata e lieve la normatività (altrimenti si trasforma in uno storico e. addirittura, in un cronista), ma è consapevole della difficoltà di questa ricerca e ne avverte i limiti di fronte ad una realtà che rinnovandosi e frantumandosi continuamente gli ripropone nuove esperienze, lo impegna ad accertarne la durata e a stabilirne i nessi, lo sfida a racchiuderle nei suoi schemi. Nessuno ha sentito più di Gerber e reso meglio di lui « i momenti » di questa vicenda che non è eccessivo definire drammatica: la coscienza dell'asprezza del compito, la suggestione

([56]) Così W. WILHELM, *op. cit.*, p. 155.

([57]) Sulla giurisprudenza come « logica del ragionevole », di recente, le fini pagine di L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 554 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degli sperati risultati ma anche la tentazione dell'abbandono, la vittoriosa resistenza a tale tentazione (« Soprattutto un'epoca in cui una organizzazione scaccia l'altra, un'epoca in cui tutte le relazioni pubbliche sono poste in continua agitazione, e tutto quel che esiste è ognora minacciato da rivolgimento, quest'epoca, comunque non è propizia alla scienza giuridica; è un'epoca della politica » (*Sui diritti pubblici*, p. 15). È la resa? Tutt'altro. Alla pagina successiva, Gerber riprende « Se dopo tutto quel che s'è detto sin qui, può ammettersi che il diritto pubblico di questi secoli è diventato un diritto completamente nuovo, importa ora esaminare... »).

Per tutto ciò, certo, Gerber è « attuale », se il giurista — questo ostinato e sgradevole personaggio ([58]), tuttora attivo nonostante « la società che cambia » — non può non riconoscersi, ancora oggi, in alcuni (almeno in alcuni) dei tratti della figura che Gerber ha per implicito, attraverso la sua opera, delineato. Ma Gerber può riuscire « attuale » sotto un diverso e più particolare profilo.

La frantumazione del sistema normativo e la sua incessante, sempre più accelerata, modificazione rendono ogni giorno più difficile quella soddisfazione delle esigenze di unità e di certezza senza la quale un ordine giuridico neppure è concepibile e comunque non è idoneo a realizzare gli scopi pratici per cui esiste. Detronizzata la legge, nell'ottocento centro di razionalizzazione e di unificazione dell'ordine giuridico, si ricerca qualcosa che possa assumerne in qualche modo la funzione. Si è pensato al diritto naturale, alla costituzione (materiale o formale), al giudice, ad una legislazione di principio, a ciascuna di queste cose da sola o variamente commista con le altre. Sono tutte proposte interessanti e da vagliare. Per sua parte, Gerber ci suggerisce di non dimenticare la giurisprudenza teorica, la funzione unificatrice e razionalizzatrice di questa giurisprudenza. È anche singolare che, ai suoi tempi, Gerber valorizzò tale funzione nel campo del diritto pubblico, soprattutto in rapporto a fenomeni che non sono molto dissimili da quelli che oggi abbiamo sottocchio: gli ordinamenti

([58]) Il tema del giurista personaggio molesto, specialmente nell'attuale società, è stato ripreso recentissimamente da H. SCHNEIDER, *Der gefährdete Jurist*, in *Festschrift für Ernst Forsthoff*, München, 1972, p. 346 sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

normativi locali e le complesse e minute regolamentazioni dell'attività amministrativa. Il suo « diritto pubblico » era generale sia nei confronti dei diritti municipali, sia in quelli degli ordinamenti amministrativi concreti ([59]). La necessità, anche oggi, di reagire alla municipalizzazione del diritto e alla sua degradazione ad ordine di regolamenti amministrativi, e di stabilire un meccanismo di compenso a tali devastanti fenomeni, ripropone la funzione di un « diritto pubblico generale »? Anche questo, probabilmente, è un tema da meditare.

([59]) Si è già rilevato (par. n. 5) come Gerber sostenesse la esclusione dal diritto pubblico (generale) del diritto amministrativo, come insieme delle discipline concrete e sostanziali dell'azione amministrativa.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARIO GALIZIA

IL « POSITIVISME JURIDIQUE » DI RAYMOND CARRÉ DE MALBERG

1. La suggestione delle riflessioni di Carré de Malberg è stata avvertita dalla dottrina costituzionale italiana con speciale vivezza, soprattutto in materia di fonti del diritto: nella stessa più recente letteratura in questo campo troviamo ripetuti richiami alle sue pagine. Anche se, in connessione all'angolazione specifica dell'indagine, i riferimenti sono in prevalenza settoriali, legati al singolo punto esaminato senza un'adeguata inquadratura entro le linee di fondo dell'intera sua elaborazione, appaiono sempre tuttavia non di maniera bensì originati da un sentito interesse.

Un'influenza dovuta alla ricchezza degli spunti che emergono dal pensiero di Carré de Malberg ma altresì al suo metodo, a quel suo particolare « positivisme juridique » che si avvicina molto alle tecniche di ricerca proprie del costituzionalismo italiano dell'ultimo periodo e che si riallaccia alla tradizione stessa della scuola italiana di diritto pubblico.

Quella polemica per l'autonomia e il rigore tecnico dell'indagine giuspubblicistica che in Italia si fonda peculiarmente sugli interventi di Vittorio Emanuele Orlando, si sviluppa invero in Francia soprattutto ad opera di Carrè de Malberg. E comune a entrambi è pure la volontà di fare leva sull'ordinamento positivo dello Stato,

---

(*) Non avendo potuto prendere parte agli Scritti per *Carlo Furno*, dedico questo saggio alla Sua memoria. L'Università fiorentina, nella sua recente commemorazione, ha ricordato l'acutezza e l'originalità dei Suoi studi di diritto processuale civile. A me piace soprattutto richiamare alla mente il Suo rigoroso e tenace impegno civile, la Sua battaglia antifascista durante la Resistenza, la Sua lotta per la Repubblica e la Costituente, condotta giorno per giorno, sull'esempio di Calamandrei, con un'oratoria appassionata e con un argomentare oltremodo lucido e stringente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

studiato con il proposito di facilitare in pratica un rendimento più organico delle norme dello stesso, alla stregua della *ratio* fondamentale che lo sorregge (1). Un proposito comune che assume tuttavia profili diversi, dato che, laddove Orlando mira a dare concretezza giuridica allo stato nazionale italiano, che da pochi anni ha realizzato la sua unità politica (2), Carré de Malberg intende tradurre in una più compiuta costruzione giuridica le istituzioni che traggono le loro basi nella lunga evoluzione nazionale francese, rifacendosi attraverso un'analisi critica alle idee ispiratrici della grande rivoluzione: ma una simile diversità non toglie certe evidenti affinità di fondo. Un altro aspetto che avvicina la vicenda di Carré de Malberg a quella di Orlando (3) è poi la sua influenza determinante per la diffusione della lezione giuspubblicistica tedesca nella cultura costituzionalistica nazionale (4).

---

(1) Cfr. in proposito CRISAFULLI, *Significato dell'opera giuridica di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Annali triestini*, 1953, vol. XXIII, sez. I, serie 4ª, p. 21 s.; CASSESE S., *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, p. 24 s.

(2) Come osserva il CRISAFULLI, *op. cit.*, p. 25 « già la stessa fondazione del cosiddetto *metodo giuridico* nella scienza italiana del diritto pubblico esprime indubbiamente il momento del consolidamento dell'unità statale raggiunta; e lo stesso Orlando ne ha chiara coscienza, come basterebbe a dimostrarlo quanto scriveva nella prolusione del 1899: « Ardua è l'impresa, ma come nobile e adeguato il compenso. A noi, cui la meravigliosa storia del Risorgimento conferì la esistenza di uno Stato nazionale e libero, se non fu dato in sorte di potere a quella storia cooperare, è però assegnato un altro compito delicatissimo e solenne che richiede tutto il fervore della nostra attività e la ispirazione di motivi ancora più ideali che non quelli meramente scientifici. Il sangue dei martiri e il consiglio degli statisti ci diede lo Stato italiano, la scuola giuridica deve essa ora dare la scienza del diritto pubblico italiano » (la Prolusione di Orlando del 1899 è ripubblicata nel volume *Diritto pubblico generale*, Milano, 1940, p. 21).

(3) Vedi, oltre i rilievi da me svolti in *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Arch. Giur.*, 1963, p. 87, le osservazioni del CROSA, *Orlando maestro e scienziato: i suoi contributi al diritto costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, p. 23 s., (il quale, nel porre in evidenza i particolari legami tra Orlando e « la scuola germanica », sottolinea anche lo sforzo di Orlando di dare propri caratteri distintivi alla scuola italiana) e, specialmente, la circostanziata analisi del TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, Napoli, 1963, p. 133 ss.

(4) Rileva il CAPITANT (*L'oeuvre juridique de Raymond Carré de Malberg*, in *Archives de Philosophie du droit*, 1937, p. 86): « Son livre, par les citations et les discussions presque constantes qu'il comporte des juristes d'outre-Rhin, révèle le contact étroit qu'il maintenait avec eux. Pour la plus grande part du public

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Naturalmente, pure in questo caso, la considerazione degli aspetti simili che contrassegnano il contributo di entrambi al riguardo deve accompagnarsi alla valutazione degli elementi di differenza. Innanzitutto il diverso momento storico (5), giacché la *Contribution à la théorie générale de l'État* fu scritta alla vigilia della prima guerra mondiale, dopo che intensi rivolgimenti si erano verificati nella vita sociale e la stessa dottrina tedesca aveva allora assunto, rispetto alla letteratura dell'ultimo ventennio dell'Ottocento, a cui si rapportavano gli interventi di rinnovamento di Orlando, caratteri meno rigidi e chiusi (6). Inoltre, mentre Orlando fa appello ai suggerimenti degli autori tedeschi, per porre le fondamenta di una nuova scienza del diritto pubblico, nel presupposto che in Italia manchi nel settore una qualsiasi scuola giuspubblicistica (7), intendendo così non solo accantonare i giuspubblicisti precedenti, ma disconoscere anche un effettivo aggancio scientifico con i pensatori politici che avevano affrontato temi costituzionalistici (8), Carré de Malberg vuole innestare la sua opera ricostruttrice nella

---

juridique français, il est l'interprète par excellence de la doctrine allemande, qui ne lui est et ne lui restera bien souvent connue qu'à travers ses analyses et ses critiques ... Qu'il eût beaucoup àppris des Allemands, qu'il eût une grande estime pour leur science et leur méthode, il le proclamait hautement ». In proposito v. anche BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, 1967, p. 265, e la notazione del Giraud: « Carré de Malberg connaissait à fond les oeuvres des grands juristes allemands de la fin du XIXe siècle et du commencement du XXe; il nous a beaucoup aidé à les connaître et à mieux les comprendre grâce à ses analyses pénétrants et lucides. De cela nous devons lui être très reconnaissants ».

(5) Cfr., a questo riguardo, il quadro d'insieme dato dal REDSLOB, *Raymond Carré de Malberg, la personnalité*, in *Relation des Journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg 1861-1935*, vol. XV, degli *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences politiques et economiques de Strasbourg* (volume che d'ora in poi citeremo come *Journées Carré de Malberg*), Paris, 1966, p. 17.

(6) Cfr. WILHELM, *Zur Juristischen Methodenlehre in 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1958, p. 140 ss.; BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzebende Gewalt*, Berlin, 1958, p. 251 ss.; BADURA, *Die Methoden der neueren allgemeinen staatslehre*, Erlangen, 1959, p. 205 ss.

(7) Cfr. ORLANDO, *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885*, in *Diritto pubblico generale*, cit., p. 23 ss. « Si dovette andare a scuola; né altra scuola di diritto avevano fuor che quella del diritto privato ».

(8) Per il danno che da questa impostazione derivò agli studi italiani di diritto pubblico, cfr. CASSESE, *Cultura e politica*, cit., p. 28 ss. V. anche GHISALBERTI C., *Stato e Costituzione nel Risorgimento*, Milano, 1972, p. 74 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tradizione del pensiero politico francese e insinuarla, al di là degli spunti critici che appoggiano le sue riflessioni, in una linea di studi che proprio in quel periodo era stata ravvivata dagli apporti fondamentali, oltre che di Esmein, un « maître » particolarmente caro a Carré de Malberg (9), di Duguit, Hauriou, Jèze, Michoud, nel quadro dell'evolversi in Francia tra il 1880 e il 1914 dell'*École scientifique de Droit* (10).

---

(9) Il CAPITANT, *L'oeuvre juridique*, cit., p. 85, sottolinea la particolarità dei rapporti tra Carré de Malberg e Esmein: « quand parut, quelques années plus tard, le grand traité d'Esmein, Carré de Malberg admira cette vaste fresque du droit constitutionnel moderne... Il lui rendit hommage, et je l'ai entendu témoigner, en invoquant sa propre expérience, quel faisceau de lumière avait jeté ce livre... Certes, Carré de Malberg tira grand profit de cette oeuvre de l'historien doctrinaire qu'il cita longuement et fréquemment dans ses propres ouvrages et en qui il reconnaissait un des ses maîtres ». (Il Capitant nota altresì come, non ostante questa stretta relazione, l'opera di Carré si caratterizzi per la sua autonomia: « Carré de Malberg a commencé ses recherches seul. L'oeuvre qu'il devait lentement poursuivre et achever est le fruit de sa propre pensée, de sa propre méthode. Dans l'histoire de la pensée juridique, elle ne procède pas de celle d'Esmein; elle mérite, malgré le décalage des dates, d'être placée sur le même plan »).

Come ha rilevato il Weiss, ricordando Esmein il 10 febbraio 1917, all'*Académie des Sciences morales et politiques*, ciò che Esmein chiedeva alla storia, anche nel valorizzarne l'apporto fondamentale nello studio del diritto costituzionale, era « de révéler les raisons profondes, le sens véritable et l'esprit des règles juridiques qui président à notre existence quotidienne et à nos rapports sociaux, de le mettre en mesure de prevoir et, au besoin, de préparer leur évolution ».

È da notare che anche Hauriou ebbe a rilevare l'importanza dell'insegnamento di Esmein, definendolo « notre maître à tous ». Il BONNECASE, *La pensée juridique française de 1814 à l'heure présente*, Bordeaux, 1933, I, p. 465, ritiene che non sia excessif de considérer Esmein comme le guide de la génération des théoriciens du Droit Public, dite génération de 1880 », mettendo in risalto l'assenza in lui « de toute conception pas trop dogmatique. Servi par l'histoire, Esmein n'a jamais avancé de proposition issue de ses seules idées personnelles. Il a toujours visé à s'appuyer sur la verité expérimentale et la réalité sociale ».

Il GIRAUD, *La responsabilité des facultés de droit dans le déclin de la démocratie française*, in *Rev. dr. publ.*, 1961, p. 271, pur constatando l'importanza del metodo storico dell'Esmein, sorretto da « une foi profonde dans les principes de la Révolution française et les institutions libres », ne vede il grave limite nel « déterminisme historique » che lo ispira e che fissando « impérieusement l'évolution des sociétés » lo conduce verso prospettive astratte e rigide.

(10) Per un esame d'insieme di questo periodo v. BONNECASE, *La pensée juridique française*, cit., I, p. 459.

È da tenere presente come il concorso per l'*agrégation* del 1882 (a quell'epoca

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nella recezione degli insegnamenti di una scuola straniera in un altro Paese si manifesta in ogni settore di ricerca la tendenza ad un entusiasmo mitologicizzante, legato a complessi motivi psicologici e culturali e anche al desiderio di dare maggiore forza al discorso, che sulla base della recezione stessa viene ad articolarsi, con l'insistere più sugli aspetti positivi, smorzando, nell'insieme della prospettiva, i punti critici. E anche in Carré de Malberg è avvertibile un simile sentimento nel modo con cui si avvicina a

---

l'*agrégation* era unica per tutte le materie) vide tra i partecipanti Hauriou, Duguit, Michoud, Berthélemy. Di qui la fama che circondò tale concorso, chiamato poi il *grand concours* (cfr., SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, 1966, p. 68).

Il LABORDE-LACOSTE, *La vie et la personnalité de Léon Duguit*, in *Revue juridique et économique du Sud-Ouest*, Série juridique, 1959, p. 97, nel richiamare « le grand concours de 1882 », nota che sia Hauriou, sia Duguit, erano laureati a Bordeaux. Henri Berthélemy, nel discorso pronunciato per la inaugurazione del monumento a Hauriou nella Facoltà di Diritto di Tolosa, il 22 aprile 1931, fa cenno anch'egli al *grand concours*: « Nous étions, en 1881, il y a donc cinquante ans de cela, quatre jeunes hommes, sensiblement du même âge, ayant les mêmes goûts, animés de la même ambition, Michoud, Hauriou, Duguit, et moi-même... Lorsque nous nous préparions ensemble, guidés par le même Maître, qui fut d'abord Accarias, puis nôtre regretté Charles Lefebvre, à subir les épreuves de l'agrégation des Facultés de Droit, *antiquo more*, le Droit romain et le Droit civil, qui ont, en définitive, les plus solides assises de tout le Droit, accaparaient nôtre attention ». Sul « grand concours » che fa risalire al 1883 (probabilmente perchè la lista dei vincitori, come precisa il Laborde-Lacoste, fu resa nota il 24 dicembre 1882) cfr. anche MESTRE, *Maurice Hauriou*, in *Annuaire de l'institut International de droit public*, Paris, 1929, p. 270, il quale osserva come il concorso fu « grand » sia « par le nombre insolite des élus » — furono venti — sia « par la qualité des maîtres qu'il donna aux Facultés ».

L'OURLIAC, *Hauriou et l'Histoire du Droit*, in *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence, extrait* dagli *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse*, Paris, 1969, p. 79, ricorda che nel *grand concours* Hauriou fu classificato al primo posto, Duguit al sesto, Michoud al quindicesimo (mentre il Berthélemy e il Saleilles non furono « reçus qu'en 1884 »).

In ordine alla grande affiuenza di giovani di valore in questo periodo verso gli studi di diritto pubblico, il BONNECASE, *op. cit.*, I, p. 425, constata che « cela s'explique de la manière suivante. Dans le Droit Public, tout était à faire, selon l'expression courante, et dès lors une plus grande liberté d'action ».

Sempre il BONNECASE, *op. cit.*, II, p. 114, rileva che Carré de Malberg, se, per la data di pubblicazione della sua *Contribution à la théorie génèrale de l'État*, sembra collocarsi in una generazione successiva, appartiene invece, tenendo presente la sua formazione, « à la génération de juristes de 1880 ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

certe costruzioni della giuspubblicistica tedesca e specialmente agli insegnamenti di Jellinek: ma il suo atteggiamento posto a confronto con quello di Orlando appare più equilibrato e temperato da un maggior senso critico. Indubbiamente, il volersi continuare a ispirare, pur nell'ammirazione per le elaborazioni tedesche, alla tradizione politica e giuridica francese, con la consapevolezza della sua essenziale rilevanza, evita a Carré de Malberg di essere turbato da complessi di inferiorità ([11]); in ciò egli è aiutato anche dalla sua particolare condizione di alsaziano, che lo spinge a sentire un pò anche sua la medesima dottrina tedesca. Un aspetto infatti che va

---

([11]) A parte le critiche che lo stesso Carré de Malberg avanza nelle sue opere nei confronti delle dottrine tedesche, pur studiate con così approfondita attenzione (sintomatica la critica su cui fa leva la medesima prefazione alla *Contribution à la théorie génèrale de l'État*: « quant à la *Herrshaft* elle-même, le tort de la doctrine allemande n'est point d'avoir présenté cette puissance comme le criterium juridique de l'État, ou comme son attribut pratiquement indispensable: mais il est, en réalité, dans l'abus que les Allemands on fait de leur théorie de puissance »), indicativi sono i richiami dei suoi più diretti discepoli: Capitant, Burdeau, Waline.

Così Capitant (*L'oeuvre juridique*, cit., p. 86), nel contestare la tesi rivolta a inquadrarlo come un mero ripetitore delle « théories étatiques allemandes », afferma che il crederlo « serait méconnaître et son inspiration — essentiellement française, si l'esprit français est fait de mesure et de clarté — et l'objet de son oeuvre, qui est moins de construire une théorie de l'État en général qu'une théorie de l'État français ». E il BURDEAU, *Raymond Carré de Malberg. Son oeuvre, sa doctrine*, in *Rev. dr. publ.*, 1933, p. 354 sottolinea, con analisi puntuale, l'autonomia ben caratterizzata del pensiero di Carré de Malberg, pur nell'abitudine argomentativa di cercare nei « travaux des juristes allemands... les démonstrations susceptibles d'étayer ses propres observations ». « Rappellez-vous cette théorie de la *Herrschaft* — ricorda il Burdeau in un altro suo intervento (*Discussion* nelle *Journées Carré de Malberg*, cit. p. 44) —, eh bien nous voyons Carré de Malberg, positiviste, l'enseigner; mais c'etait un enseignement tremblant, où trasparaissaient les dangers d'utilisation politique d'une telle théorie. Il n'avait pas besoin de nous montrer expressément le parti que les juristes de Guillaume II devaient en tirer. Il avait une manière de juger sans phrases, de condamner sans déclamation théâtrale ». Il Waline, a sua volta, testimonia come egli fosse « très blessé » dalle critiche che gli rimproveravano una « complaisance à l'égard d'abord des doctrines régaliennes » d'ispirazione germanica. In proposito, bisogna invero rilevare anche il coraggio dimostrato da Carré de Malberg nel dare tanto risalto alle dottrine tedesche, in un momento politico improntato in Francia da così acceso antigermanesimo, lui che era stato quasi esule in Francia finché l'Alsazia era rimasta annessa alla Germania, lui che aveva duramente sofferto per la morte del figlio caduto in combattimento per la Francia durante la prima guerra mondiale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sottolineato è il significato che in ordine agli sviluppi del pensiero di Carré de Malberg sembra debba attribuirsi alla nascita in Alsazia e al suo insegnamento nelle Università di Nancy e di Strasburgo ([12]).

2. Dopo l'annessione dell'Alsazia alla Germania, Nancy e la sua università, che erano ormai poste « à la frontière de la patrie » ([13]), accolsero numerosi alsaziani, che in buona parte furono

([12]) Raymond Carré de Malberg nato il 1 novembre 1861 a Strasburgo, dove morì il 23 marzo 1935, riuscì primo al *concours d'agrégation des facultés de droit* del 1890. Come Hauriou e Duguit anch'egli inizia gli studi come romanista: la sua prima opera del 1888, edita a Parigi dal Rousseau, è l'*Histoire de l'exception en droit romain et dans l'ancienne procedure française*. E, prima d'insegnare diritto amministrativo a Nancy e diritto costituzionale a Strasburgo, egli copre una cattedra di diritto romano nell'Università di Caen. In questo periodo inoltre, come ci testimonia René Capitant (*L'oeuvre juridique*, cit., p. 84), « il commença d'enseigner le droit civil et les recueils de jurisprudence témoignent qu'il pratiqua avec une grande perfection cet art d'annoter les arrêts qui a connu un si bel essort et tant contribué aux progrès de la doctrine et de la jurisprudence depuis la fin du XIXe siècle », espressione « d'une époque où le domaine juridique n'etait pas encore divisé comme aujourd'hui en quatre compartiments étanches ».

Sulla sua *agrégation* un vivace resoconto ne ha dato Marcel Prélot: « Le jeune Carré de Malberg est un romaniste particulièrement brillant. Il appartient à cette époque où, à l'agrègation, il n'y a pas de specialisation. Indistinctement les professeurs sont formés pour enseigner le droit civil; et par accident, lorsque l'un d'entre eux a brillé sur le contrat de travail, on en fait un professeur d'économie politique. Carré de Malberg avait été particulièrement remarquè dans une épreuve qui n'existe plus, l'argumentation en droit romain. Il avait comme adversaire Auguste Deschamps, qui fut mon professeur d'histoire des doctrines économiques, et à qui je garde un souvenir fidèle, parce qu'il m'a attaché à cette discipline qu'est l'histoire des idées. L'argumentation Deschamps contre Carré de Malberg est restée justement célèbre » (*Allocution*, come Presidente della terza seduta delle *Journées* Carré de Malberg, del 6 maggio 1961, in *Journées Carré de Malberg*, cit., p. 121).

([13]) Cfr. PFISTER, *L'enseignement du droit romain à l'ancienne Faculté de droit de Strasbourg*, in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, 1933, p. 431. René Capitant ci ricorda come Raymond Carré de Malberg rimase legato a Nancy da « profondes amitiés ». Indubbiamente, la permanenza a Nancy ebbe a favorire i suoi rapporti con François Gény, per cui dimostrò sempre una sentita devozione, una « admiration respecteuse », come sottolinea egli stesso nelle *Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique* (p. 196), ed il cui influsso, pur nella differenza delle rispettive posizioni metodologiche, emerge in molti punti della sua opera. Sui caratteri dell'insegnamento di Gény a Nancy in quegli anni v. KAYSER, *François Gény, le Professeur et l'Homme*, in *Le Centenaire du Doyen François Gény*, Recueil des Conferences, Paris, 1963, p. 5 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spinti, pur nella nostalgia della terra natale, ad « allier — nel loro insegnamento — à la profondeur germanique, la clarté et l'elegance françaises », continuando quella tradizione già propria dell'Accademia e dell'Università di Strasburgo di assumersi « un rôle d'intermédiaire entre la France et l'Allemagne », di porsi « comme un terrain de trasfusion réciproque pour les idées allemandes et les idées françaises ». Carré de Malberg d'altronde anche nel periodo del suo insegnamento a Nancy mantiene i contatti con l'Alsazia, da cui la sua famiglia ha dovuto allontanarsi a seguito dell'opzione fatta (14). Resta a Nancy, mentre avrebbe potuto passare all'università di Parigi, per « être près de l'Alsace » (15). Se vi fosse, egli usava ripetere « une Université dans le hameau d'Avricourt, j'irais enseigner là-bas ». Durante le vacanze soggiorna nella sua casa di campagna a Wolxheim, al di là del Reno, dove scrive buona parte della *Contribution à la théorie générale de l'État* e dove il manoscritto, già sostanzialmente finito nel 1914, resta abbandonato, dopo che Carré de Malberg ha dovuto precipitosamente rientrare nei confini francesi, colto in Alsazia dallo scoppio della prima guerra mondiale (16).

(14) Sull'esodo dall'Alsazia, dopo la sconfitta del 1871, di notevole parte dell'« élite de l'Alsace », v. DREYFUS, *La vie politique en Alsace 1919-1936*, Paris, 1969, p. 132 ss. L'opzione era consentita dall'art. 2 del Trattato di Francoforte. Il piccolo Raymond, il cui padre, ufficiale degli « chasseurs à pied », era caduto in quei giorni « à la tête de son battaillon devant Metz », lascia l'Alsazia con i nonni. « Son grand-père — come ricorda Redsbob — était un Alsacien de vieille souche; sa grande-mère était italienne; il lui devait, aimait-il à dire, une bonne santé et une gaieté pleine d'humour ».

(15) Cfr. REDSLOB, *Raymond Carré de Malberg*, cit., p. 15. Il suo attaccamento all'Alsazia è dimostrato anche dalla pubblicazione nel 1914 di un'opera su « *Les conditions juridiques de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire allemand* ».

(16) Come testimonia Robert Redslob: « L'Alsace exerçait sur lui un attrait irrésistible. Il prit coutume, plus tard, de passer ses vacances dans sa gentilhommière de Wolxheim, ... Il séjournait dans cet ermitage avec ses enfants, ses proches et de nombreux amis qui s'étaient groupès là, sur les bords du vénérable canal de Vauban. Il se sentait si heureux, au milieu de ces villages de grand style et de ces populations autochtones, pleines de caractère... C'est là, dans sa retraite calme et inspirée, qu'il a écrit son oeuvre monumentale sur la Théorie de l'État. Ce précieux document est resté sur la table lorsqu'en 1914, à la veille de la guerre, le savant dut abandonner précipitamment sa Thébaïde. Mais des mains pieuses ont conservé ce trésor pendant la tourmente et l'ont rendu indemne à l'auteur et à la Science » (*op. cit.*, p. 17). La vicenda del manoscritto della *Contribution*, abbandonato in Alsazia durante la guerra, è ricordata anche dal Capitant (*L'oeuvre juridique*, cit.,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ed è perciò che l'opera appare solo nel 1920 ([17]), con l'aggiunta dell'*Avant-propos* scritto a Wolxheim nell'ottobre 1919. Ritornata Strasburgo alla Francia, Carré de Malberg non può perciò non accogliere l'invito a trasferirsi in quella università ([18]), che anche nel periodo tedesco, ha mantenuta la sua posizione di centro di studi altamente qualificato: basti ricordare per il diritto pubblico l'insegnamento di Paul Laband.

---

p. 82): « le manuscrit, achevé, dont l'impression même était commencée, se trouvait, au mois de juillet 1914, comme habituellement à cette époque de l'ànnée, à Wolxheim. Prévenant de peu la fermeture de la frontière, Carrè de Malberg fut obligé de l'y abandonner. Ainsi en fut retardée la publication jusqu'au jour de justice et de joie où l'Alsace redevint française. Ainsi le compagnon de Nancy ne retrouva-t-il le chef-d'oeuvre patiemment façonné que sur la route de Strasbourg ». Sulla redazione della *Contribution* a Nancy e nel « petit village alsacien de Wolxheim » si tengano presenti anche le indicazioni di Burdeau e quelle di Hauriou, il quale sottolinea come la *Contribution* sia stata « concepita e scritta prima del 1914 » pure se « apparsa nel 1920 » (v. HAURIOU, *Le Pouvoir, l'Ordre, la Liberté et les erreurs des systèmes objectivistes*, in *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1928, p. 201).

([17]) Il primo volume fu pubblicato nel 1920, il secondo, probabilmente per ragioni editoriali, nel 1922; ambedue con l'indicazione di « professeur à l'Université de Strasbourg » il solo « titre » al quale « il eût ardemment aspiré ». Una réimpression, par procédé photomécanique, è stata curata nel 1962 dal Centre National de la Recherche Scientifique di Parigi.

Prima della *Contribution*, Carré de Malberg aveva pubblicato (oltre gli studi già ricordati *Histoire de l'Exception* del 1888 e *Les conditions juridiques de l'Alsace-Lorraine* del 1914) un saggio, apparso nel 1915, *Du Fondement du Droit à la Répartition intégrale pour les victimes des dommages de guerre*.

([18]) Cfr. ANGELLOZ, *Allocution*, in *Journées Carré de Malberg*, cit., p. 12 (« Lorsque, en 1919, l'Université de Strasbourg ouvrit ses portes, le Gouvernement français envoya ici les meilleurs de ses professeurs. Et un élan extraordinaire amena ceux qui occupaient déjà des chaires renommées, même à l'Université parisienne, à prendre le chemin de l'Est comme celui d'un pèlerinage ») e altresì BURDEAU, *Raymond Carré de Malberg*, cit., p. 354, il quale ricorda come « en janvier 1919 le gouvernment le chargea, en même temps que M.M. Gaudemet, Debray et Fernand Faure, d'une *mission d'enseignement* à l'Université de Strasbourg » e come « depuis la création de la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université de Strasbourg », Carré de Malberg rimase a Strasburgo a « enseigner le droit public français » fino all'« heure de la retraite ».

Il REDSLOB, *op. cit.*, p. 18 pone in luce il suo « travail enthonsiaste » nello sviluppare « la Faculté française renaissante » e sottolinea che « ses cours trouvaient une audience ardente et admirative. Car il développait ses idées non seulement avec un alliage remarquable de clarté et de profondeur, mais il enseignait avec une suprême élégance, je dirai même avec une majesté insigne ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nonostante la tensione degli anni dell'occupazione tedesca, in cui la si era voluta caratterizzare come università « imperiale » rivolta ad un compito specifico di « germanizzazione » intellettuale, l'Università di Strasburgo riprende ora la sua linea originaria di università culturalmente aperta. D'altronde, un orientamento di mediazione e contatto fra la cultura giuridica francese e tedesca è reso necessario dal permanere in vigore per diversi anni in Alsazia e in Lorena di molte leggi tedesche (19), e dal fatto che molti magistrati alsaziani e lorenesi avevano fatto « leurs études juridiques en Allemagne », erano « nourris de la legislation moderne allemande » e avevano « tout naturellement une formation juridique allemande », anche se erano portati a attenuare « les solutions precises » ma « formelles et même rigides » dei « Codes allemands » con « toute la souplesse de l'esprit francais » (20).

Va aggiunto che Strasburgo sembra ispirare l'opera di Raymond Carré de Malberg anche sotto altri aspetti. Il Corso di diritto civile francese di Aubry e Rau, quello che viene considerato « le chef-d'oeuvre classique français du XIXe siècle dans le domaine du droit privé », e, che era anch'esso costruito nello spirito di collaborazione fra cultura germanica e francese, modellandosi sul Corso

---

(19) Cfr. DREYFUS, *La vie politique en Alsace*, cit., p. 43 che si sofferma specialmente sulla Legge 19 ottobre 1919, secondo cui « l'Alsace et la Lorraine, réintégrées dans l'unité française, continnueront d'être administrées selon les textes jusqu'alors en vigueur, jusqu'à ce qu'il ait été procédè à l'introduction des lois françaises ». V. altresì, L'HUILLIER, *Histoire de l'Alsace*, Paris, 1948, p. 99.

(20) Le citazioni sono tratte da uno scritto di un omonimo — forse un parente — dell'autore della *Contribution*, precisamente F. Carré de Malberg, Presidente in quegli anni del Tribunale civile di Strasburgo, *La jurisprudence des tribunaux français de 1918 à 1925*. Lo scritto è contenuto in un'opera collettanea, a cui collaborarono, tra gli altri, J. Duquesne, E. Gaudemet, H. Capitant, allora professori a Strasburgo. L'opera (che è consultabile nel *Fondo Chiovenda* della Biblioteca Alessandrina) è rivolta a festeggiare l'entrata in vigore in Alsazia nel 1925 del codice civile francese ed ha appunto come titolo *L'introduction du droit civil français en Alsace et en Lorraine* (*1 janvier 1925*), Paris-Strasbourg, 1925.

Sul fatto che una buona parte dei giovani alsaziani si era formata, nel periodo dell'occupazione, nelle Università tedesche (in particolare, oltre che a Strasburgo, a Friburgo e Berlino) cfr. DREYFUS, *op. cit.*, p. 10 ss.

Il REDSLOB, *Raymond Carré de Malberg*, cit., p. 18 ricorda l'azione svolta da Carré per difendere « avec générosité la cause de nos étudiants alsaciens, qui, malgré leur enthousiasme, avaient souvent peine à opérer leur réadaptation ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scritto ad Heidelberg dallo Zachariae, era nato nella facoltà di diritto dell'Università di Strasburgo (21). E Aubry, nel disegnare in una sua relazione del 1857 la linea di insegnamento della facoltà, tiene a puntualizzare che « sous couleur d'equité, des textes positifs et les règles les plus certaines du droit ont été sacrifiés à des considérations équivoques ou sans porteé. Trop souvent, ... les limites assignées à l'interprétation ont étè dépassées par des esprits impatients, moins préoccupés de rechercher le véritable sens de la loi que de la façonner à leur guise. La mission des professeurs appelés à dispenser, au nom de l'État, l'enseignement juridique, est de protester, avec mesure sans doute mais aussi avec fermeté, contre toute innovation qui tendrait à substituer une volonté étrangère à celle du législateur... Toute la loi, *dans son esprit aussi bien que dans sa lettre*, avec une large application de ses principes, et le plus complet développement des conséquences qui en découlent, mais rien que la loi » (22).

Un altro insegnamento, che a Strasburgo raccolse molti consensi, fu quello del pubblicista Frédéric Schützenberger (23) e sembra opportuno ricordarne qualche spunto, con riferimento ad alcuni temi che caratterizzano l'opera di Carré de Malberg. « On peut établir — egli scrive ne *Les lois de l'ordre social* (24) — une distincion abstraite entre les formes constitutives de l'ordre social et la nation. La différence que beaucoup d'auteurs admettent entre l'État et le peuple ou le corps social est fondée sur cette distinction. Dans la réalité des choses, les formes constitutives de l'ordre social n'existent jamais à l'état abstrait, aussi peu que le corps social existe en dehors de ces formes. L'État, c'est la nation douée

(21) Cfr. BONNECASE, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, cit., I, p. 306 ss.

(22) V. BONNECASE, *La Faculté de Droit de Strasbourg Ses maîtres et ses doctrines, sa contribution à la science juridique française du dix-neuvième siècle*, Toulouse, 1916, p. 229 ss., che riporta il testo di tale *rapport* di Aubry, notando il rilievo essenziale che esso ebbe per la caratterizzazione della facoltà di Diritto di Strasburgo, di cui egli fu Doyen per venti anni. Sul risalto dato da Aubry e Rau all'« esprit du législateur », cfr. BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, cit., p. 259, il quale nota la notevole influenza del loro insegnamento positivista specialmente fra i pubblicisti.

(23) Cfr. sempre BONNECASE, *La Faculté de droit de Strasbourg*, cit., p. 237 ss.

(24) SCHÜTZENBERGER, *Les lois de l'ordre social*, 1849, I, p. 126 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de toutes les conditions nécessaires à son existence personnelle, indépendante et souveraine. L'ordre social, réalisé dans une forme concrète et historique, c'est l'État ». E dopo avere osservato che vi è un eguale rischio « à se diriger exclusivement d'après les principes de la théorie des droits de l'homme et d'après les principes de la théorie des droits de l'État », in quanto « chacune de ces théories pose un des termes du problème social et la conciliation de leurs principes respectifs est le criterium suprême de la justice des institutions sociales et des actes des pouvoirs », Schützenberger rileva il valore fondamentale della sovranità: « le droit absolu de l'État est d'être une personnalité collective. La souveraineté est le principe de la nature personnelle de l'État, comme la liberté est le principe de la personnalité de l'homme ».

Ma il principio di sovranità non elimina le esigenze insormontabili della giustizia quali si esprimono nel contesto della struttura sociale: « Le principe régulateur des droits et des obligations est indiqueé par l'essence et la nature des éléments qui constituent l'ordre social. La justice est l'âme du droit, elle est de l'essence de toutes les institutions vraiment juridiques. Ce qui est conforme à la nature et au but des éléments de l'ordre social est juste, ce qui leur est contraire est injuste » ([25]).

Da ciò il risalto che egli dà a quella che chiama « la constitution positive des sociétés » legata alle leggi sociali, le quali, pur incardinandosi su princìpi eterni, si rivelano progressivamente nella realtà storica.

Accanto a Schützenberger, tra i docenti che danno risalto alla facoltà di diritto di Strasburgo, prima dell'occupazione tedesca, si pone Hepp, che nel suo *Essai sur la théorie de la vie sociale et du gouvernement représentatif* del 1834, rifacendosi ai princìpi del 1789, esalta il governo rappresentativo « comme la forme la plus ration-

---

([25]) SCHÜTZENBERGER, *op. cit.*, I, p. 203. Il BONNECASE, *La Faculté*, cit., p. 260, rileva come l'insistenza sul tema dell'equilibrio sociale e sul contemperamento fra esigenze individuali e esigenze statali da parte dello Schützenberger, anticipi certe prospettive tipiche dell'Hauriou, secondo cui bisogna rifuggire, nello studio del diritto, dal muovere sulla base di « un postulat unique », giacché, come scrive proprio l'Hauriou nei *Principes de droit public*, p. 60, « non seulement le système juridique équilibre l'un par l'autre la societé et l'individu, mais il les utilise tous les deux pour sa propre organisation ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nelle, la plus conciliable avec le droit social et individuel, la plus appropriée aux besoins d'une civilisation progressive » (26).

Sia Schützenberger, sia Hepp valorizzano l'esigenza di far ricorso alla storia. Ma, al riguardo, l'ammonimento più incisivo è quello di Klimrath, autore tra l'altro di un *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code civil*, del 1833, secondo il quale « la loi du passè étant donnée, la loi du présent en découle, et si elle échappe à cette précision mathématique que ne comportent point les sciences morales, du moins auronsnous une base solide, un point de départ incontestable pour juger le present... Sans l'histoire de droit, la science sociale court grand risque de n'aboutir jamais qu'à des abstractions creuses ou à de brillantes utopies. Enfin, la jurisprudence positive est souvent obligée de tirer ses raisons de décider de l'histoire, et toujours son intelligence profonde en dépend » (27).

3. Nel suo programma metodologico Carré de Malberg prende posizione con particolare insistenza contro la confusione tra diritto positivo e diritto naturale e correlativamente contro la commistione del diritto positivo con la morale.

Il diritto naturale rientra tra i fenomeni normativi, e così la morale, ma un'indagine scientifica organica non può avere luogo se non tenendo ferma, non ostante gli elementi di affinità, l'autonomia del diritto positivo.

La « règle de conduit » che deriva direttamente dalla « notion de justice » è per lui « purement une règle d'ordre morale ou politique, qui n'est pas susceptible », in quanto tale, « d'être réduite en formule juridique ou exprimée en règle de droit...; seule la règle

---

(26) V. BONNECASE, *La Faculté de Droit de Strasbourg*, cit., p. 238 ss. Il Bonnecase ricorda Hepp anche nella Prefazione premessa a *La pensée juridique française*, cit. p. 6, osservando come « l'École de Strasbourg » in questo periodo « offrit le tableau moins de la lutte que du parallélisme dans son sein de la conception scientifique du droit et de sa conception exégétique, qui devaient, avec des alternances de succès et de revers respectifs, se partager le monde juridique contemporain ».

(27) Sulla particolare importanza dell'insegnamento di Klimrath e sugli echi dello stesso nell'evoluzione della facoltà di Diritto di Straburgo cfr. BONNECASE, *La Faculté de Droit de Strasbourg*, cit., p. 233; ID., *La pensée juridique française*, cit., I, p. 362 ss.; ID., *La notion de Droit en France au XIXe siècle*, Paris, 1919.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

admise et édifiée par l'État constitue une règle de droit proprement dit ». In questa linea « la règle découlant de la justice... devient du droit au sens précis et positif de ce terme que du jour où elle a été consacrée et munie de sanction par un acte législatif » (28). É un argomento su cui egli insiste con vivacità in relazione all'ampia diffusione in Francia delle idee giusnaturalistiche: « Le droit suppose nécessairement une autorité publique capable de contraindre les individus à l'observation des commandements qu'elle-même a édictés. Par là même, il est manifeste qu'il ne peut se concevoir, en fait de droit, que du droit positif. La notion de droit naturel n'est pas une notion juridique... La règle de droit prend par là même un caractère formel, qui la distingue tout aussitôt de toute autre règle, morale ou utilitaire, et qui exclut notamment la possibilité de concevoir, a côté du droit au sens positif du terme, l'existence d'un véritable *droit* naturel » (29). Rispondendo alle critiche suscitate dalla sua impostazione, Carré de Malberg, in uno degli ultimi suoi scritti, quelle *Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique*, dedicate proprio a François Gény, ribadisce che i precetti della morale e del diritto naturale, « si haute qu'en soit l'essence, ne possèdent point l'efficacité spéciale qui s'attache aux règles dont la force exécutoire est assurée par des moyens de puissance publique », per cui se ci si vuole attenere ai dati dell'esperienza e anche al fine di salvaguardare l'autonomia della scienza del diritto, bisogna partire dalla « notion d'un ordre régulateur qui est incontestablement distinct de tout autre ordre de règles, puisqu'il repose uniquement sur une organisation génératrice de puissance publique ».

C'è un dato sociale storicamente incontestabile nell'attuale realtà, « le fait que les règles constitutives de cet ordre spécial ont reçu universellement le nom de droit positif », e ciò « suffit à révéler

---

(28) Cfr. *Contribution à la theorie générale de l'État*, I, Paris, 1920, p. 57 ss.; 238 ss. Sulla concezione di Carré de Malberg in ordine ai rapporti tra diritto naturale e diritto positivo, v., particolarmente, BONNECASE, *La pensée juridique française*, cit., II, p. 114 ss.; GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, IV, Paris, 1924, p. 241 ss.; CUCHE, *A propos du « positivisme juridique » de Carré de Malberg*, in *Mélanges Carré de Malberg*, cit., p. 73 ss.; WALINE, *Le positivisme juridique de Carré de Malberg*, in *Journées Carré de Malberg*, cit., p. 20 ss.

(29) Cfr. *Contribution*, cit., I, p. 58 ss.; 239 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

péremptoirement quel est l'objet propre et précis de la science du droit » (30).

Ma nel contempo, Carré de Malberg in tutta la sua opera tiene a sottolineare le esigenze della morale, quelle stesse connesse al diritto naturale, anche di fronte allo Stato, opponendosi a quella che egli definisce « la doctrine allemande de la *Herrschaft* », la quale è spinta a sostenere che non solo il diritto positivo « mais encore la loi morale elle-même, ne dépendent que de la toute-puissance étatique » (31) e tende quindi a dare alla sovranità statale un valore assoluto di verità (32).

Anche nei confronti dello Stato operano i princìpi della morale, sussistono « règles d'ordre moral, qui dominent elles-mêmes de leur supériorité majeure toute puissance étatique, si absolue que soit juridiquement cette dernière, si nécessaire qu'elle soit politiquement »; è indispensabile riservare « la part de la morale, à côté et au-dessus de celle du droit effectif ».

Agli Stati, come agli individui, si impone « la distinction du bien et du mal »; pure nell'accettazione del *positivisme juridique* bisogna tenere fermo che « la théorie de la force est, au fond et par toutes ses tendances, une théorie destructive de l'État ». Perciò « le respect des préceptes supérieurs contenus dans la notion de justice constitue pour l'État l'un des éléments de cet équilibre social », che è condizione basilare per la sua « stabilité » e per « son

---

(30) Cfr. *Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, I, *Aspects historiques et philosophiques*, Paris, 1934, p. 195.

(31) Cfr. *Contribution*, cit., I, *Avant-propos*, p. XX. Sulle critiche di Carré de Malberg alla « notion de puissance d'État, de cette puissance à laquelle les Allemands ont donné le nomme imperieux de *Herrschaftsgewalt* » (sono parole di Carré nell'*Avant-propos*, cit. p. XIX), vedi BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, cit., p. 268 ss.

(32) Il GÉNY, *Science et technique*, cit., IV, p. 253 dopo avere criticato l'orientamento positivista di Carré de Malberg, aggiunge: « que mon savant collègue et ami excuse l'insistance de ma critique », tanto più che « plus que quiconque, il est attaché aux idées morales et il n'hésite pas à les placer au-dessus des idées juridiques ». Di qui il suo ripudio di quelle « conclusions que la doctrine allemande... a poussées à l'extrême ». Ma un simile ripudio si domanda Gény non dimostra forse gli equivoci di fondo del *positivisme juridique* in generale: « N'y a-t-il pas là un avertissement redoutable contre le danger de ces théories? ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bon fonctionnement »; forma sostanzialmente la ragione più profonda della sua effettiva esistenza: « l'expérience de la vie, l'observation des faits, les leçons de l'histoire, nous apprennent par de nombreux exemples que les fautes commisses par les peuples contre les préceptes de la morale se payent tôt ou tard » (33).

Ma il collegamento tra le regole morali e la dinamica reale dell'esperienza giuridica dovrebbe svolgersi secondo la linea che Carré de Malberg sviluppa nelle sue dichiarazioni metodologiche attraverso l'intermediazione della sovranità statale; « Quelque idée que l'on se fasse du rôle et du devoir du legislateur, et même lorsqu'on a établi que les prescriptions législatives doivent être conformes à l'opinion publique ou aux moeurs du peuple auquel elles sont destinées, ou à un précepte supérieur de justice idéal, il est un punt certain, c'est que la loi tire sa force juridique positive de la puissance constitutionnelle du legislatuer... Nier cette compétence du législateur c'est en réalité vouloir nier la valeur de la constitution même qui donne à l'État ses organes réguliers et qui confère a ceux-ci leur pouvoirs législatifs ou autres... On ne peut exclure la positivité de la definition du droit sans nier par là même la constitution de l'État » (34). Ed invero, ove non si assegni un simile valore alla costituzione di designare l'autorità competente alla « création des régles de droit », affidando « l'appréciation de ce qui mérite de devenir règle de droit... au jugement subjectif de tout un chacun », si mette in moto un processo che conduce « directement à l'anarchie » (35).

Al riguardo, per Carré de Malberg è da tenere fermo l'insegnamento, secondo cui « pour des raisons d'ordre génèral et de sécurité sociale, la loi doit être presumée, pour tous, révéler le droit tel

(33) Cfr. *Contribution*, cit., I, p. XX, 57 ss., 200 ss., 238 ss.; *Réflexions très simples*, cit., p. 194 ss.

Sul punto, con una inquadratura della concezione di Carré di Malberg in rapporto agli orientamenti dottrinali di Duguit e di Kelsen, cfr. BURDEAU, *Raymond Carré de Malberg*, cit., p. 359 ss.

(34) Cfr. *Contribution*, cit., I, p. 207 ss. V., altresì, p. 59 ss., 243 ss. Nella medesima linea v. anche le *Réflexions très simples*, cit., p. 200 (« on est obligé de reconnaître qu'il appartient à la Constitution de chaque État de déterminer et de désigner l'autorité, corps des citoyens ou assemblées élues, par qui... sera effectuée et érigée en décision définitive... l'appréciation de ce qui mérite de devenir règle de droit ».

(35) Cfr. *Réflexions très simples*, cit., p. 200, 201.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

qu'il existe » (36). « De même que la *res judicata* — annota Carré — la régle édictée par l'organe législatif et dans les conditions fixées pour la création des lois acquiert de ce chef, et en vertu de l'organisation étatique en vigueur, l'autorité d'un précepte de droit véritable, sans qu'il soit possible, au point de vue strictement juridique, d'ébranler cette autorité en opposant aux prescriptions du législateur les principes supérieurs et les vérités idéales d'un *droit naturel* » (37). Se è razionalmente « impossible de soutenir que la souveraineté s'analyse en une puissance illimité de volonté, il reste toujours qu'elle subsiste dans l'État comme *summa potestas*, pour ce qui est discernement et appréciation du droit à consacrer » (38).

Una tale distinzione fra il diritto positivo e la sfera della morale e del c.d. diritto naturale, oltre a giovare all'armonico sviluppo della realtà giuridica, giova anche alla morale, consente di porre la morale su un piano superiore, al di là degli equivoci tipici della concezione formale legalistica della giustizia (39), e, evitando così l'illusione di attribuire all'ordinamento giuridico un valore e una consistenza maggiori di quelli effettivi, garantisce da quegli errori e « déceptions dont sont victimes ceux qui demandent à l'ordre juridique et qui attendent de lui plus de bienfaits que le droit, ses institutions et ses régles ne sont capables d'en procurer par leur seule et propre vertu » (40).

---

(36) La frase è di GÉNY (*Méthode d'interpetration et sources en droit privé positif*) ed è citata dal CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, cit., I, p. 59, nota 6.

(37) Cfr. *Contribution*, cit., I, p. 59. Sui rapporti fra l'impostazione al riguardo di Carré de Malberg e le dottrine prevalenti dell'epoca, cfr. CUCHE, *A propos du « positivisme juridique » de Carré de Malberg*, cit., p. 75 ss., e, specialmente, HALBECQ, *L'État, son autorité, son pouvoir (1880-1962)*, Paris, 1965, p. 394 ss.

(38) V. *Réflexions très simples*, cit., p. 201. Cfr. inoltre, *Contribution*, cit., p. 66 ss., 194 ss.

(39) Sugli equivoci della concezione formale legalistica della giustizia, cfr. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, p. 80 ss. V. anche i rilievi di un autore che in parte tende a ricollegarsi a Carré de Malberg, il RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955, p. 170 ss., secondo il quale la confusione fra morale e diritto positivo porta ad una « suprême déformation de la morale », giacchè « le pouvoir politique devient le seul maître de la régularité de la conduite et la liberté périt en présence de cette création inattendue d'une morale d'État ».

(40) Cfr. *Contribution*, cit., II, p. 624. V., *ivi*, a p. 623 una precisa puntualizza-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È stato più volte sottolineato dalla recente dottrina (41) come, tramite l'ispirazione garantista che sorregge lo sviluppo della nozione di costituzione, vengano a riecheggiare nell'ambito del positivismo le esigenze essenziali del giusnaturalismo: e, nel quadro di una tale prospettiva, lo Scarpelli ha valorizzato, come superamento della contrapposizione tra il positivismo giuridico e le istanze di « una sorta o l'altra di diritto naturale », l'integrazione « costituzionalistica del positivismo giuridico » realizzantesi attraverso la tutela apprestata dal particolare « livello delle norme costituzionali, ove si fissano i princìpi del diritto, le strutture costituzionali, i diritti soggettivi principali ».

Integrazione costituzionalistica, che a sua volta si rafforza con « l'integrazione democratica », quale « fedeltà alla legge formata con i procedimenti democratici », sorretta nelle sue ragioni di fondo all'impegno del « popolo o di una sua parte abbastanza larga e forte » (42).

È interessante constatare come già in Carré de Malberg si trovi una simile angolazione nella difesa che egli compie del positivismo giuridico.

Carré de Malberg individua il ruolo fondamentale assegnato alla costituzione nel consentire in modo effettivo e dinamico un processo dialettico tra le esigenze dell'etica e la normazione positiva, tramite la mediazione della sovranità statale. La costituzione designa le autorità competenti a « établisser le droit », il che in uno stato democratico comporta che « le législateur... devait légiférer au nom de la volonté populaire, c'est-à-dire en s'effaçant devant une puissance plus haute, idéalement au moins, que la sienne propre ». La costituzione mira ad assicurare inoltre la disciplina dell'esercizio della « puissance étatique », in modo « à en prèvenir, dans une mesure sans cesse plus large, les abus », e dovrebbe « obtenir

---

zione sulle differenze fra diritto e morale, tema ripreso e sviluppato nelle *Réflexions très simples*, cit., p. 193 ss. Nello stesso senso, ricollegandosi al suo insegnamento, EISENMANN, *Le juriste et le droit naturel*, in *Annales de phil. pol.*, 3, *Le Droit naturel*, Paris, 1959, p. 225 (« Il faut affirmer fortement, qu'en dépit d'une vue trop répandue, il n'y a aucune antinomie entre l'adhésion aux principes du positivisme juridique et la croyance intime à l'existence de valeurs... indépendantes des autorités »).

(41) Cfr., per tutti, FASSÒ, *Giusnaturalismo*, in *Noviss. Dig., it.*, VII, Torino, 1961, p. 1106 ss.

(42) Cfr. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, p. 149 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que les autorités étatiques ne fassent usage de leur puissance organique que dans un intérêt général et national » (43).

Carré de Malberg, pur ponendo in risalto l'apporto benefico che può derivare al diritto positivo da una adeguata strutturazione della costituzione in senso garantista e democratico, non cade nelle illusioni avvertibili in molti autori sotto questo riguardo; ha ben presenti i limiti che pur sempre emergono nella realtà politica, in connessione all'influsso « des circonstances, des possibilités de fait, de la force des événements ». In ogni ordinamento giuridico positivo esiste un momento, in cui « pour le surplus, il faut compter moins sur la droit lui-même que sur la valeur intellectuelle et morale des hommes qui concourent à former chaque nation », sulla « droiture foncière des peuples et de leur gouvernements ». Giacché « tout bien pesé, et si minutieuses que soient les précautions constitutionnelles prises dans ce but, il ne parait pas, en raison même de la nature spéciale de la puissance propre à l'État, que ces precautions puissent acquérir une efficacité complète et absolute. La meilleure garantie à cet égard est encore celle qui découle de la valeur morale des gouvernements...; c'est de la valeur morale des gouvernants et, dans les démocracies contemporaines, de la valeur morale du peuple lui-même, qu'il faut attendre la

---

(43) Cfr. *Contribution*, cit., I, p. 242 ss.; *Réflexions très simples*, cit., p. 200 ss. CARRÉ DE MALBERG (*Contribution*, cit., I, p. 207) pone poi in luce che, proprio a causa dell'insufficiente analisi da parte di Duguit della « notion de constitution » e del ruolo della stessa, si devono alcuni equivoci fondamentali del suo pensiero, che hanno spinto la sua costruzione dottrinale verso una forma di *anarchisme doctrinale* (*op. ult. cit.*, p. 203). Il GÉNY, *Science et technique*, cit., IV, p. 260 ss., nel confrontare il pensiero di Carré de Malberg con le idee, improntate al positivismo giuridico, formulate da Géorges Ripert, nel suo saggio *Droit naturel et positivisme juridique* del 1918 (in *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, 1918, p. 32) sottolinea come l'intonazione più chiusa e meccanica del Ripert, si debba, tra l'altro, proprio al non dare il necessario risalto al valore della costituzione (sulla collocazione di detta opera nello svolgimento del pensiero di Ripert, cfr. BRIMO, *Les grands courants*, cit., p. 338 ss.). Il Waline, nella sua *Défense du positivisme juridique* (in *Archives de Philosophie du droit*, 1939, p. 82 ss.), in cui si richiama all'insegnamento di Carré de Malberg, nel contestare le critiche rivolte contro il positivismo giuridico, denuncia come nella critiche stesse non sia stato tenuto nel dovuto conto la « fonction » assegnata alla costituzione nel quadro dei più corretti sviluppi assunti dal *positivisme juridique*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

garantie de modération de l'État » (44). É un tema questo su cui Carré de Malberg insiste particolarmente; oltremodo lucida e puntuale in argomento è la motivazione con cui chiude le *Réflexions très simples*: « La vraie garantie de la conformité du droit à l'idéal de justice et de raison — du moins dans la mesure où cette conformité est possible — dépend du degré de valeur morale et intellectuelle des populations composant les nations. Car, dans les États plus ou moins démocratisés du temps présent, les autorités nationales de qui relèvent la création et les transformations du droit, procèdent du choix populaire. Les peuples ne possèdent pas seulement les gouvernants qu'ils ont mérités: ils ont aussi le droit qu'ils méritent » (45).

4. È stato più volte rilevato che al fondo del positivismo giuridico preme l'esigenza di canalizzare il consenso verso le istituzioni dello Stato al fine di garantire la loro stabilità (46), un'esigenza che si lega, a seconda dei differenti momenti storici e dei diversi Paesi, a motivazioni politiche varie (47). E anche in Carré de Malberg una tale esigenza è presente, nel quadro di una prospettiva che, pur risentendo dell'influenza della dottrina tedesca, tende al riguardo a riallacciarsi alla tradizione rivoluzionaria francese (48). Lo scopo che caratterizza in modo essenziale il diritto è « le maintien de l'ordre social », giacché l'anarchia è « la negation même de tout ordre juridique », e il diritto per assicurare un tal fine deve essere

---

(44) Cfr. *Contribution*, cit., I, p. XX, 203 ss., 242 ss.; II, p. 623.

(45) Cfr. *Réflexions très simples*, cit., p. 203.

(46) Cfr. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, cit., p. 213 ss.; CASSESE, *Cultura e politica*, cit., p. 26 ss.; WILHELM, *Zur Juristischen Methodenlehre*, cit., p. 157 ss.; LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, 1965, p. 65 ss.

(47) Sul collegamento ad esempio fra l'impegno metodologico di Orlando e l'esigenza di rafforzare le ancora fragili istituzioni dello Stato, v. CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 26; CRISAFULLI, *Significato dell'opera giuridica di Vittorio Emanuele Orlando*, cit., p. 24.

(48) Cfr. CATTANEO, *Positivismo giuridico*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, p. 317, il quale sottolinea come la Rivoluzione francese abbia fatto propria la teoria del giusnaturalismo illuministico, attribuendo un valore centrale alla certezza del diritto, concependo la legge come espressione della volontà generale e garanzia dei diritti naturali dell'uomo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stabile e certo e perciò « présuppose l'organisation sociale » e fa leva, nell'epoca moderna, sulla sovranità dello Stato ([49]). Ma la ragione che con più forza spinge Carré de Malberg nella sua scelta positivista e gli fa tenere fede alla stessa, anche negli ultimi anni, in cui è più sensibile alle idee di rinnovamento della costituzione francese, è di carattere scientifico ([50]). L'esperienza storica dimostra che i « détenteurs qualifiés et autorisés de la puissance publique ... sont parvenus à monopoliser la force organisée de la communauté nationale » e che essi soli sono in grado di rendere « une règle... inéluctablement obligatoire », di assicurare al diritto « son efficacité et sa force coercitive » ([51]). Non si può non partire da tali « inéluctables constatations » senza falsare la realtà e cadere nell'astrattezza; conseguentemente « réunir dans la commune notion et appellation de droit » altre specie di regole, morali o politiche, sarebbe « illogique » e determinerebbe una insuperabile confusione, conducendo a « brouiller les catégories » dell'indagine ([52]). Bisogna tener fermo

([49]) Cfr., in proposito, i rilievi del BURDEAU, *Raymond Carré de Malberg*, cit., p. 363, tesi a dimostrare come una tale esigenza di stabilità e di sicurezza sociale fosse avvertita in Francia con particolare sensibilità dai medesimi giusnaturalisti.

([50]) Cfr. le osservazioni del CAPITANT, *L'oeuvre juridique*, cit., p. 83: « Carré de Malberg fut un juriste, au sens non pas le plus étroit mais le plus strict du mot, et mit toujours son soin et sa fierté à se présenter et s'affirmer comme tel. Duguit fut essentiellement un moraliste, drapé dans les plis de la sociologie, mais poussé toute sa vie par sa passion de justice. Hauriou fut un philosophe qui chercha dans les institutions juridiques les lois ou les mystères de la vie sociale. Carré de Malberg s'est, au contraire, constamment et consciemment maintenu sur le terrain juridique. Il a adhéré, en termes d'une clarté et d'une sobriété parfaites, au positivisme juridique, c'est-à-dire à la doctrine suivant laquelle le droit est une discipline nettement définie, ayant pour objet exclusif l'étude des institutions positives » .

([51]) Cfr. *Contribution*, cit., p. XV (« le juriste ne peut manquer de retenir et de mettre en relief la puissance dominatrice, comme le trait spécifique de l'État, comme le point culminant de sa définition »); I, p. 202 ss.; *Réflexions très simples*, p. 193, 194.

In questa prospettiva dello Stato moderno quale gruppo politico che realizza il monopolio della forza organizzata, le notazioni di Carré di Malberg si avvicinano, in alcuni spunti, ai rilievi fatti proprio negli stessi anni da Max Weber (in argomento v. FREUND, *La sociologie de Weber*, Paris, 1956).

([52]) Questa linea rivolta a sottolineare l'esigenza del rigore metodologico, sia pure partendo da una diversa concezione del diritto (« Le Droit d'un pays est l'ensemble des règles qui, à un moment donné, dans un pays donné, sont effectivement

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che « bien loin d'être dualiste, le systéme du droit est un, puisque sa formation dépend invariablement de la puissance » degli organi ai quali è assegnato il compito della « création du droit ». D'altronde, anche sotto il profilo del linguaggio tecnico, un problema che Carré de Malberg affronta con una sensibilità particolarmente acuta e moderna, « en toute matière juridique, la terminologie ne peut être satisfaisante qu'à la condition de comporter un terme propre pour chaque concept spécial. Le danger du mot à double sens, c'est d'amener la confusion dans les idées ». In un'accorata lettera a Waline, egli specifica che « ce que demande seulement le juriste comme tel c'est que la science dont il a pour devoir d'état de dégager les éléments spécifiques, ne soit pas confondue avec d'autres » ([53]).

La ricerca scientifica per Carré de Malberg si vanifica se il ricercatore parte da presupposti essenzialmente soggettivi, se oppone la sua « appréciation individuelle » al diritto positivo, così come il giudice non tiene fede al suo ruolo se compie le sue valutazioni alla stregua di « un droit qu'il deduira, à l'occasion, de son propre idéal de justice ou d'intérêt social ». In quanto opera come « juriste » il giudice e qualsiasi altro operatore giuridico « n'a point, pour sa part, à pourvoir à la *lex ferenda*: il opère seulement au service de la *lex*

---

appliquées par les praticiens et par les Tribunaux »), era stata già particolarmente avvalorata dall'insegnamento di Gaston Jèze fino dalla prima edizione del 1904 dei suoi *Principes généraux du droit administratif*. V. anche dello stesso la recensione alla seconda edizione del *Traité* del Duguit, in *Rev. dr. pubbl.*, 1921, p. 440, nella quale insiste sulla necessità di evitare di denominare, con la medesima parola *droit*, fenomeni diversi.

([53]) I brani salienti di tale lettera sono riportati da Waline nel *rapport* citato, *Le positivisme juridique de Carré de Malberg*, p. 35. Per l'accentuazione, rispetto ad uno specifico problema, dell'esigenza, sottolineata nel testo in termini generali, del rigore terminologico, cfr. *Contribution*, cit., I, p. 259, nota 1, in cui Carré de Malberg denuncia l'ambiguità del « langage usité en matière de pouvoir, langage qui est tout à fait vicieux » giacché « on emploie indistinctement le mot *pouvoir* pour désigner, tour à tour, soit le pouvoir lui-même, soit ses fonctions, soit ses organes... Cette terminologie illogique et équivoque est dangereuse, parce qu'elle est de nature à susciter et à entretenir en cette matière de nombreux malentendus. C'est ainsi qu'elle a contribué à embrouiller et à aggraver la controverse sans fin qui règne parmi les auteurs sur la question fondamentale du nombre des *pouvoirs*. Un langage clair et précis est la première condition de toute étude scientifique ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lata. Il ne lui appartient pas de refaire le monde juridique » (54). Di fronte alle critiche rivolte a quest'impostazione, accusata di ridurre le finalità della scienza giuridica ad un mero « idéal pour capacitaires » meglio appropriato ad un « syndicat des juristes artisans » (55), Carré de Malberg aggiunge che un tale compito può effettivamente apparire « modeste dans son but » e « dans ses procédés, qui sont ceux d'une technique et d'un juridisme, dans lesquels le formalisme tient une place considérable, sinon prépondérante », ma si tratta invece — se si guarda al problema più attentamente — di un compito oltremodo « utile, et même indispensable ». Come conferma la stessa esperienza di tutti i giorni, la quale ci insegna che, allorché sorge una questione giuridica, non si consulta « un théologien, un moraliste, un philosophe, un sociologue » oppure « un historien » o « un économiste », bensì « un juriste », che operi come tale e tenga conto delle norme effettivamente vigenti, « qu'ont édictées en fait et que feront observer éventuellement les diverses autorités organiquement constituées pour l'exercise de la puissance publique » (56).

5. Nel riferirsi a Carré de Malberg, specie da parte di chi fa richiamo a singoli punti della sua trattazione, si viene spesso a attribuire un valore assoluto alle sue inquadrature. Al contrario, un aspetto peculiare che contraddistingue il positivismo giuridico di Carré de Malberg è il relativismo. Carré de Malberg parte sì da alcune nozioni di base che considera sostanzialmente quasi

---

(54) Oltre le *Réflexions trés simples*, cit., p. 198 ss. (da cui è tratta la frase riportata nel testo), cfr. *Contribution*, cit., I, specialmente pp. 814, 815; II, pp. 146 ss., 622, 623.

(55) Per queste critiche cfr. WALINE, *Défense du positivisme*, cit., p. 86 ss.

(56) Per un esame più ampio della posizione di Carré de Malberg su questo punto (la frase del testo è nelle *Réflexions très simples*, cit., p. 192 ss.), v. BURDEAU, *Raymond Carré de Malberg*, cit., p. 361 ss., che raffronta l'impostazione di Carré con quella di Duguit; WALINE, *Positivisme philosophique, juridique et sociologique*, in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, 1933, p. 524 ss. Cfr. altresì, CUCHE, *A propos du positivisme juridique*, cit., p. 74 ss. In argomento è da tenere presente pure la puntualizzazione di L'Huillier (in *Journées Carré de Malberg*, cit., p. 45): « Le positivisme juridique, tel que l'a vu Carré de Malberg, c'est un méthode, ce n'est pas une doctrine, alors que ses adversaires le lui reprochent précisément comme une doctrine ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come dei postulati costanti della ricerca giuridica nell'epoca contemporanea: la posizione preminente della « puissance étatique »; una specifica caratterizzazione del diritto, contrassegnato dall'essere diretta espressione « de l'État », il quale con la sua autorità è « capable de contraindre les individus à l'observation des commandements édictés »; l'articolarsi dello Stato in una struttura organizzatoria « par l'effet unifiant de laquelle la collectivité de ses membres se trouve ramenée à une unité »; struttura che si svolge secondo il disegno fissato nella costituzione, giacché « l'existence d'une constitution forme la condition absolue et la base même de l'État »; la tendenza connaturale allo Stato di concretarsi nella forma di una « corporation unifiée » (57). Ma è innanzitutto da osservare che questi medesimi elementi, pur non ponendosi come una immediata derivazione del contenuto di specifiche norme di un singolo ordinamento, non sono assunti *a priori* in forza di motivazioni esclusivamente logiche, sono pur sempre identificati storicamente, alla stregua della valutazione dell'esperienza giuridica del tempo nel suo complesso, in corrispondenza alla configurazione attuale della società e al grado di sviluppo raggiunto dalle istituzioni dello Stato nei Paesi politicamente evoluti (58).

Comunque, al di là di tali elementi di base, le analisi del giurista non possono secondo Carré de Malberg non riallacciarsi in modo continuo e necessario alle *règles* di un ordinamento giuridico positivo, allo specifico « ordre juridique en vigueur » ed essere condizionate dal variare del medesimo, devono muoversi entro la volta di una data costituzione.

---

(57) Per una diversa struttura della sovranità e dell'esperienza giuridica nel Medioevo, cfr. *Contribution*, I, p. 193 (« au Moyen Age le terme souveraineté servait à marquer le caractère suprême de la puissance qui appartenait au roi a l'intérieur du royaume »); per il periodo anteriore alla Rivoluzione francese, II, p. 237 ss., relativamente alla tendenziale coincidenza fra il Re e lo Stato, nell'ambizione del Re di porsi come « l'État lui-même » (v. anche, II, p. 132 ss.).

(58) Sui caratteri tipici dello Stato moderno assunti con riferimenti storico-comparatistici, cfr. *Contribution*, cit., II, p. 131 ss.; 239 ss. Sul passaggio nell'epoca contemporanea al « système de l'État légal » e su questa trasformazione come un processo di sviluppo, v. *Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés*, Paris, 1933, p. 52.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non si tratta di elaborare delle costruzioni « seulement au moyen de raisonnements de pure logique », bensì di delineare un disegno sistematico « qui correspond aux données d'un certain droit positif ».

Di conseguenza, se in Francia il giurista deve concludere che « la formation du droit dépend intégralement de la loi écrite, ... la loi étant, par définition constitutionnelle, l'oeuvre d'assemblées auxquelles on donne couramment le nom de législatives, pour la raison qu'elles ont le monopole de la législation », a una diversa conclusione dovrebbe pervenire l'interpretre di un ordinamento giuridico che includesse « les *responsa prudentum* parmi les sources d'où le droit tire sa consistance », e, sempre in questa linea di piena aderenza al « droit positif national », negli Stati Uniti d'America, studiando la problematica delle fonti, non potrebbe prescindersi, in sede di interpretazione, dalla differente struttura degli organi costituzionali e dal peculiare ruolo ivi svolto dalla Corte Suprema ([59]).

Va aggiunto che la medesima *théorie générale de l'État*, al cui sviluppo vuole specialmente contribuire l'opera di Carré de Malberg, è da lui considerata come una scienza giuridica, quale teoria generale del diritto pubblico francese e perciò collegata essenzialmente al « point de vue de droit positif national » e basata sull'« analyse et interprétation scientifique » di tale ordinamento giuridico. Il titolo stesso della *Contribution*, con la puntuale indicazione « spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français », è sintomatico ([60]).

([59]) V. anche il rilievo fatto nelle *Reflexions très simples*, cit., p. 202, con riferimento all'ipotesi di un ordinamento giuridico che riconoscesse le decisioni giudiziarie come l'unica fonte di diritto: « de son côté, la science juridique n'aurait toujours pour objet que du droit positif. Elle deviendrait la science des arrêts de justice, au bien d'être celle des textes de lois. Mais la tâche à laquelle est voué le juriste, ne se trouverait pas trasformée pour autant. Car, à moins de s'isoler des réalités auxquelles doivent correspondre ses efforts, le juriste ne peut tabler que sur l'ordre juridique créé ou déclaré par l'autorité compétente », dato che la sua ricerca « répugne à l'idée de droit increé, c'est-à-dire non édicté — ou tout au moins estampillé — par une autorité attitrée, tout comme la nature a horreur du vide ».

([60]) Questa insistenza sulla specifica connessione con il diritto costituzionale rancese la troviamo anche nei titoli della *Loi* (*La loi, expression de la volonté gé-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ciò non toglie che in alcuni momenti, non ostante le premesse relativistiche assunte, il discorso di Carré de Malberg, anche se fa leva sui dati emergenti dall'ordinamento giuridico francese, tende a svilupparsi con un tono assolutizzante; il che spiega l'equivoco in cui, come si è detto, sono incorsi sovente gli interpetri del suo pensiero. Tendenza che emerge soprattutto allorché l'argomento studiato venga a connettersi con la trama di quelle nozioni di base, di cui si è fatto sopra cenno, che si pongono come i presupposti generali dell'indagine. Così a proposito della consuetudine, un tema in ordine al quale traspare con evidenza la mancanza di simpatia di Carré de Malberg per questa fonte, nella linea della tradizione politica dell'illuminismo francese, che aveva opposto la legge come strumento di certezza e di progresso riformatore alla consuetudine considerata causa di arbitrio, di confusione, di sta-

---

nérale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875) e della *Confrontation* (*Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*).

Il Capitant (*L'oeuvre juridique*, cit., p. 86 ss.), nel notare che Carré de Malberg introduce « dans la littérature juridique française un titre qui jusqu'alors n'avait été utilisé que par les auteurs de langue allemande », ricalcando, in certe partizioni dell'opera, certe suddivisioni « des *Allgemeine Staatslehren* qu'il avait longuement et utilement pratiquées », osserva tuttavia come, diversamente dagli autori tedeschi, il suo fine fosse « moins de construire une théorie de l'État en général qu'une théorie de l'État français... Positiviste, socieux de mettre en oeuvre la méthode positiviste, il s'est assigné pour tâche non de philosopher sur l'État, mais de décrire l'État concret, l'État de son pays et de son temps. Carré de Malberg est, en vérité, le théoricien de la trosième République ». L'argomento è ripreso dal Capitant in un suo intervento nelle *Journées Carré de Malberg*, cit., p. 71, in cui, dopo avere rilevato che egli è stato iniziato all'*Allgemeine Staatslehre* « à l'école des grands publicistes allemands, Laband et Jellinek », aggiunge che « en réalité, Carré de Malberg avait demandé aux juristes germaniques de l'aider à se forger un instrument d'analyse et de construction juridiques en vue de l'appliquer à un sujet original, qui devait être la théorie générale du droit public positif français ».

Per analoghe considerazioni v., da parte tedesca, il rilievo di Leisner secondo cui « malgré le titre de son ouvrage, Carré de Malberg ne nous a pas donné une théorie générale de l'État, moins encore une théorie générale du droit; il nous a présenté ce que l'on pourrait traiter aujourd'hui de droit constitutionnel général », intendendo l'angolazione di indagine di questo come rivolta verso un « État concret ». Cfr., altresì, in tal senso, PINTO, *Éléments de droit constitutionnel*, Lille, 1952, p. 60; EISENMANN, *La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif »*, in *Rev. dr. publ.*, 1972, p. 1435.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ticità nei rapporti sociali (61). Carré de Malberg, quantunque muova dal principio secondo cui l'articolazione delle fonti del diritto è legata al singolo ordinamento e dipende dalla « constitution de chaque État », pur sottolineando l'esigenza di differenziare al riguardo la realtà giuridica francese specialmente da quella inglese, nella quale le « institutions non écrites » hanno un particolare rilievo, pur facendo diretto richiamo, nell'angolazione specifica delle questioni concernenti la consuetudine da lui trattate, alle « lois constitutionnelles de 1875 », si lascia nel contempo andare a formulazioni a cui sembra quasi conferire un significato di verità universale, fondamentalmente essenziale ad ogni esperienza giuridica. Nella *Contribution*, mentre in diversi punti si rifa all'argomento specifico della peculiare posizione assegnata nella Terza Repubblica al « législateur », che pertanto, rispetto alle norme che abbiano un mero « valeur coutumière », è « maître d'y déroger ou de l'abroger », in altri punti assume invece toni assiomatici, pare esprimere valutazioni, che vogliano superare, nella loro perentorietà, l'ordinamento francese: « Il y a incompatibilité entre ces deux termes, constitution et coutume... La coutume ne possède pas la force supérieure qui caractérise le droit vraiment constitutionnel ». E, addirittura, con un giudizio fortemente aspro: « toutes les fois que les auteurs en sont réduits à invoquer la coutume pour justifier un état de choses établi en fait, cela revient à dire que cet état de choses manque de base en droit ». L'aderenza alla prospettiva storica delle istituzioni, già forte nella *Contribution*, contrassegna l'argomentare di Carré de Malberg pure nelle opere successive; tuttavia il suo orientamento negativo sul tema della consuetudine tende sempre a restare fermo, allorchè il ragionamento è condotto su un piano generale, con un'analoga intonazione assolutizzante. « La coutume — egli scrive nel saggio su *La constitutionnalité des lois et la constitution de 1875* — ne peut, en aucun cas, acquérir, au point de vue juridique, une valeur constitutionnelle. L'expression coutume constitutionnelle renferme, aux yeux du juriste, une *contradictio in adjecto* ». E ne *La loi, expression de la volonté générale*: « en droit, il n'est pas de coutume à laquelle la législation

(61) Cfr. RAY, *La Révolution française et la pensée juridique: l'idée du règne de la loi*, in *Revue philosophique*, 1939, p. 364 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ne puisse déroger... La coutume est impuissante à créer du droit ayant valeur constitutionnelle » ([62]). Bisogna però dire che un simile assiomatismo, di fronte ai problemi pratici viene ad attenuarsi; così Carré de Malberg giunge a riconoscere ampiamente l'incidenza della prassi costituzionale sulla consistenza dei princìpi attinenti alla dinamica della forma di governo in Francia; e non rifiuta di far leva in particolari situazioni sul contrasto « entre le droit nominal et le droit véritable », legato alla « pratique constitutionnelle »; né manca di registrare la vigenza effettiva sul piano storico-giuridico di consuetudini di cui pur contesta la legittimità costituzionale. E laddove, con riferimento al problema del valore giuridico delle Dichiarazioni dei diritti nell'ordinamento francese, si oppone alla tesi che attribuisce a queste positività giuridica in forza di una consuetudine costituzionale, è poi spinto dal suo realismo ad ammettere certi effetti derivanti dalle stesse, ritenute capaci di vincolare « du moins, les autorités administratives, en ce sens que celles-ci ne sauraient y porter atteinte, ni par des prescriptions réglementaires, ni par aucune mesure particulière » ([63]). Va altresì tenuto presente che sulla consuetudine erano

---

([62]) Cfr. *Contribution*, cit., I, p. 638 ss., 683 ss.; II, 90 ss, 582 ss.; *La constitutionnalité des lois et la constitution de 1875*, in *Rev. pol. et parl.*, 1927, p. 353; *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, 1931, p. 108 ss.

([63]) Cfr. *Contribution*, cit., I, p. 657 ss.; II, 101, 104, 381 ss.; *La Loi*, cit., pp. 118, 122, 126, 180. È interessante notare che, mentre a p. 92 del secondo volume della *Contribution*, Carré de Malberg sembra portato a negare l'opportunità di distinguere in Francia tra un *droit apparent* ed una *pratique constitutionnelle*, successivamente si avvale proprio di un tale criterio (p. 101 ss. ed, altresì, ne *La Loi*, p. 180 ss.) pur tendendo tuttavia a utilizzarlo con riferimento a uno sviluppo *en fait* di princìpi contenuti nella costituzione.

Per una valorizzazione della consuetudine come modo di constatazione di una regola sociale, già giuridicamente valida, cfr. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3ª ediz., I, p. 158 ss., IV, 2ª ediz., 764 ss. e, nella linea del suo pensiero, RÉGLADE, *La coutume en droit public interne*, Bordeaux 1919, specialmente p. 291 ss.; ID., *Théorie générale du droit dans l'oeuvre de Léon Duguit*, in *Archives de philosophie du droit*, 1932, p. 48 ss.

Per le polemiche circa il *valeur constitutionnelle* della *Declaration des droits* e in ordine alla tesi che si richiama ai princìpi della stessa in base alla consuetudine (con accenni alle opinioni di Esmein, Duguit, Hauriou, Carré de Malberg) v. MORANGE, *Valeur juridique des principes contenus dans les Déclarations des Droits*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

portati ad insistere alcuni avversari del positivismo giuridico, come il Duguit; e che sulla consuetudine pesava il richiamo vago e fuorviante, non fondato su circostanziate analisi storiche, che da alcune parti si faceva alle precedenti costituzioni della Francia, a quelle rivoluzionarie da un lato, a quelle monarchiche dall'altro, i cui princìpi, a seconda dell'impostazione degli autori, si sarebbero trasfusi in via consuetudinaria nell'ordinamento della Terza Repubblica. E ciò contribuiva a sollecitare Carré de Malberg a prese di posizioni polemiche e equivocamente drastiche al riguardo. Anche per la connessione che il tema presentava con quello che era il punto di forza della sua valutazione del sistema politico della Terza Repubblica, dominato a suo avviso dal crescente assolutismo parlamentare e fin dalle origini marcato dalla volontà dei « ses auteurs » di far sì « que le Parlement devait avoir, sur nos lois constitutionnelles, la haute main » (64).

---

in *Rev. dr. publ.*, 1945, p. 231, 239 ss.; LAFERRIÈRE, *Manuel de Droit constitutionnel*, Paris, 1947, p. 343 ss. Sulla sostanziale « peu de confiance » di Carré de Malberg nella consuetudine cfr. GÉNY, *Science et technique*, cit., IV, p. 243 ss.; GOUET, *La coutume en droit constitutionnel interne et en droit constitutionnel international*, Paris, 1932, p. 27 ss.

(64) Un altro elemento che influenza l'indicato modo ambiguo di Carré de Malberg di affrontare il tema della consuetudine è il fatto che l'argomento si intreccia con il problema della rivoluzione, che egli è portato a considerare al di fuori dell'ordinamento giuridico vigente. In proposito, sulle connessioni esistenti tra la « notion de coutume constitutionnelle » assunta da Carré de Malberg e la sua « théorie des révolutions », cfr. CAPITANT, *Le droit constitutionnel non écrit*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, 1934, III, p. 3.

Fa esplicito richiamo all'opinione di Carré de Malberg, il Laferrière, il quale dopo avere sottolineata l'« incertitude qui est inhérente à la notion même de coutume » nota che il pensiero in proposito di Carré de Malberg, « un auteur aussi soucieux de précision, contient une grande part de vérité ». Egli ritiene, proprio rifacendosi a Carré de Malberg, che il punto sia di differenziare la vera consuetudine dalle mere « pratiques politiques » che indirizzano l'applicazione dei princìpi costituzionali in un senso o nell'altro. L'importante a suo avviso è di tener fermo che « il ne peut y avoir de coutume *contre* la constitution » e che in Francia la consuetudine « ne lie pas le Parlement ». Perciò potremo avere « des coutumes en matière constitutionnelle soit, peut-être; mais des coutumes ayant valeur constitutionnelle, non » (LAFERRIÈRE, *La coutume constitutionnelle. Son role et sa valeur in France*, in *Rev. dr. publ.*, 1944, p. 20 ss.; ID., *Manuel de droit constitutionnel*, cit., p. 345 ss.). Tuttavia anche Laferrière, come Carré de Malberg, è poi costretto a riconoscere in diversi casi, in base al prolungarsi di una prassi politica, l'insorgere di effetti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

6. L'angolazione articolata con cui Carré de Malberg considera l'esperienza giuridica nel suo insieme, sottolineando la specificità di ogni ordinamento giuridico statale, legato alla peculiarità del suo assetto normativo e al suo variare nel tempo, e che lo porta ad una prospettiva problematica e relativistica della nozione di ordinamento giuridico, consentendogli di tenere conto delle diversità sussistenti fra i diversi ordinamenti giuridici e dei condizionamenti che nei loro confronti esercita la situazione storica, tende a restringersi nel momento in cui egli, nel porsi ad esaminare dall'interno i lineamenti del singolo ordinamento giuridico, e nel fissare la propria impostazione metodologica, è spinto a dare alla stessa un tono più monodico. È un orientamento che si congiunge a quelle premesse di fondo della concezione di Carré de Malberg, che abbiamo sopra indicato e che si incentrano sulla configurazione delle « règles de droit » come « commandements » sorretti dalla « force coercitive de l'État »; premesse che inevitabilmente vengono a reagire con particolare forza sul programma operativo di ricerca, nella fase della sua assunzione. Un simile orientamento viene a rinsaldarsi per quanto riguarda l'ordinamento francese, in base alla tesi sostenuta da Carré de Malberg della conformazione unidimensionale e compatta della struttura del « droit public français », nel suo dipendere strettamente e « invariablement de la puissance du législateur » ([65]). Secondo una tale impostazione metodologica, il compito del giurista — delineato con accentuazione ambigua, che, se talvolta si riferisce all'ordinamento francese, altre volte sembra segnare una trama d'indagine sostanzialmente di tipo generale — dovrebbe rivolgersi verso una sola direzione conoscitiva, quella fissata dalla dominante « volonté étatique »; e conseguentemente l'attività interpretativa dello stesso dovrebbe concentrarsi

---

non solo non voluti « par la constitution » ma addirittura divergenti dalla medesima, idonei a dare luogo ai c.d. « *faussements* de la constitution », dei quali non può non constatare l'operatività nell'esperienza effettiva del sistema giuridico. Sulla diffusa tendenza in Francia a dare risalto fondamentale al diritto scritto e a sottovalutare l'importanza della consuetudine nel campo costituzionale; che a suo avviso è al contrario « capitale en France », cfr. LEROY, *La révision de la constitution de 1875 par la coutume*, in *Archives de philosophie du droit*, 1936, p. 11 ss.

([65]) V., particolarmente, *Contribution*, cit., I, p. 194 ss.; *Réflexions très simples*, cit., p. 197 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel definire l'assetto normativo dei vari istituti, attraverso l'« analyse » delle norme vigenti, ritenute i veri « éléments constitutifs de l'ordre régulateur ». La medesima interpretrazione evolutiva dovrebbe così inquadrarsi nella *ratio* che sorregge la « souveraineté gouvernementale », che conferisce unità al « système du droit », e rinvenire nell'adeguazione a questa la sua giustificazione. Con un nesso che si verifica in molti aderenti alle correnti del positivismo giuridico ([66]), ad una concezione del diritto che sottolinea soprattutto, quale nota che lo contraddistingue, la forma della sua regolamentazione fondata sull'esplicazione di « moyens de coercition », viene pertanto a collegarsi nei programmi metodologici di Carré de Malberg, una considerazione tendenzialmente formale della scienza giuridica. Di contro a chi vuol porre ad oggetto della medesima direttamente i fatti reali, Carrè de Malberg osserva che « si les notions juridiques se basent sur des faits, il faut bien remarquer que leur objet n'est point tant d'exposer ces faits en eux-mêmes que d'exprimer les relations juridiques qui en découlent, relations qui ont nécessairement un caractère abstrait » ([67]). Non bisogna d'altronde dimenticare che l'esperienza giuridica ha una misura sua propria a cui devono aderire i concetti giuridici. Giacchè « le droit ne peut guère agir qu'en surface » e non « s'occupe, le plus souvent, que des actions extérieures » non potendo tener « compte que de ce qui peut être prouvé »; giacchè « le droit procède, non par voie de solutions d'espèce... mais habituellement par voie de règles générales »; giacchè, correlativamente, le definizioni giuridiche devono puntualizzare « la limite extreme » dei contorni di un istituto, ne deriva che les considérations d'ordre formel ... sont décisives », che « pour une bonne part » il diritto « est condamné au formalisme ».

Nella scienza del diritto non devono prevalere considerazioni « d'ordre politique ou moral », bensì « d'ordre purement juridique

([66]) Cfr., relativamente al collegamento che viene a instaurarsi in numerosi seguaci del positivismo giuridico tra la teoria del diritto come forma (in modo specifico con riferimento alla caratterizzazione della forma della regolamentazione mediante l'esercizio del potere coattivo) e la configurazione della scienza del diritto come scienza formale, BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 86 ss.

([67]) Cfr. *Contribution*, cit., I, p. 21. V. anche *Réflexions très simples*, cit., *passim*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

et par conséquent formel »: il punto di vista « formel... est le point de vue prédominant de la science du droit, aussi bien en ce qui concerne la technique juridique qu'en ce qui concerne la formation des concepts juridiques eux-mêmes » (68).

Nello sforzo comprensivo del giurista vi è naturalmente, ad avviso di Carré de Malberg, un elemento di « construit »: il giurista opera distinguendo e classificando « en groupes séparés » i dati emergenti dal « droit positif national », procede a della « constructions » organiche e rigorose. Al riguardo, Carré de Malberg tiene però a sottolineare un errore di opposto segno, da cui invita a difendersi: il dare un peso eccessivo al momento logico, il cedere a « des considérations de pure logique ». Il « raisonnement juridique » deve essere sempre strumentale ai « données positives », fondare la sua correttezza sulla sua « conformité avec les règles préétablies », sulla sua capacità di « constater et déclarer... le droit institué »; è da contestare « qu'il pût être reconnu une force juridique absolue à une logique qui prendrait son point de départ ailleurs que dans les institutions positives elles-mêmes » (69). Né il giurista deve integralmente estraniarsi dagli altri aspetti della vita sociale, in questa tendenza al formalismo resa necessaria dalla natura medesima del diritto e dai caratteri della ricerca giuridica. Se il compito di una ricostruzione sistematica coerente è fondamentale, se ciò comporta che ad esempio nello studio delle « fonctions de l'État » non bisogna fare leva sulla « question des tâches étatiques » che, come tale, « n'est point une question juridique, mais un problème qui relève de la science politique », convergendo invece sul *régime juridique* degli atti « au moyen de quels l'État remplit les diverses attributions qu'il a pu s'assigner », ciò non significa che sia bene trascurare del tutto la valutazione dei fini. Si tratta piuttosto di chiarire che « la science du droit n'est pas tant la science des buts auxquels visent les institutions juridiques, que celle des procédés techniques à l'aide desquels la realisation de ces buts est poursuivie » (70). Se il punto di vista formale deve essere come si è visto

(68) Cfr. *Contribution*, cit., I, p. XV, 241 ss., 262 ss., 814 ss.; II, 623 ss.; *Réflexions très simples*, cit., p. 203; *Confrontation*, cit., p. 11 ss.

(69) V., specialmente, *Confrontation*, cit., p. 16.

(70) Cfr. *Contribution*, cit., I, p. 262 ss., 814 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dominante secondo Carré de Malberg nella scienza del diritto, non deve tuttavia essere esclusivo e assorbente; esso ha solo « une place considérable » e sostanzialmente « prépondérante »: ed è perciò che il giurista dovrà essere « particulièrement instruit par l'étude des réalités au milieu desquelles se meut la science juridique » (71).

Appare da questi richiami che, già a livello di enunciazioni metodologiche, Carré de Malberg, pur valorizzando le esigenze formalistiche inerenti alla scienza del diritto quale ricerca scientifica rigorosa, ha accenti più ricchi di sfumature di quelli che si riscontrano usualmente nell'ambito dei seguaci del positivismo giuridico. Ma se poi passiamo a considerare non tanto i programmi metodologici ma il metodo concretamente adottato da Carré de Malberg, constatiamo ancora con più evidenza la notevole dinamicità delle sue impostazioni d'indagine.

È stato più volte posto in risalto (72) il distacco che può prodursi fra le dichiarazioni metodologiche di un giurista e i procedimenti di studio effettivamente dallo stesso utilizzati. In Carré di Malberg un tale distacco è in diversi casi accentuato.

Allorché formula precetti metodologici oppure nelle fasi in cui l'indagine è più teorica e perciò l'argomentazione è condotta a saldarsi maggiormente con le enunciazioni metodologiche, coinvolgendole spesso in modo diretto, Carré de Malberg subisce con più intensità la suggestione dei perfezionati modelli elaborati dalla dottrina tedesca ma soprattutto avverte con forza, nel fervore dei dibattiti metodologici di quegli anni (73), il bisogno di ribadire l'au-

---

(71) Cfr. *Réflexions très simples,* cit., p. 196; v. anche *Contribution,* cit., I, p. 274 « à côté des conditions de forme, il est des conditions de fond dont la science juridique ne saurait faire abstraction ».

(72) V., SCARPELLI, *La natura della metodologia giuridica,* in *Riv. int. fil. dir.,* 1956, p. 247 ss.; IRTI, *Problemi di metodo nel pensiero di Francesco Ferrara,* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero,* 1972, p. 231. E su un piano generale, rispetto « a qualsiasi campo del sapere », cfr. LUPORINI, *La « fortuna » nel marxismo,* in VERRA e altri, *L'opera e l'eredità di Hegel,* Bari, 1972, p. 150 (sulla necessità di tenere soprattutto conto del « metodo effettivo » e non tanto delle affermazioni programmatiche e polemiche in tema metodologico).

(73) Si ripensi soltanto al drastico attacco di Comte nel *Système de politique positive* (« le mot droit doit être écarté du vrai langage politique ») alla recisa affermazione di Duguit « le droit se trouve dans la realité sociale et non dans les formules des lois », alle prese di posizione metodologiche di Hauriou, per rendersi conto del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tonomia della scienza giuridica e di tenere salda l'identità del diritto: di qui la sollecitazione a prese di posizione polemiche e a soluzioni più marcate nella carica metodologica. Negli sviluppi ulteriori della ricerca, a contatto più immediato con la reale dimensione dell'ordinamento giuridico della Terza Repubblica, Carré de Malberg è indotto a conferire maggiore complessità e elasticità alle sue tecniche operative. Anche in questo momento della sua analisi il punto di partenza è sempre l'attenta valutazione del testo delle norme (74) e la meta quella della classificazione e sistemazione

---

carattere provocatorio che assume nella Francia di quegli anni il *positivisme juridique* di Carré de Malberg, determinando contro di lui accese critiche. Come osserva l'HALBECQ, *L'État*, cit., p. 388 « la problématique de Carré de Malberg... tranchait particulierement sur celle des juristes français de son temps et c'est pourquoi le professeur strasbourgeois parut si original à ses contemporains, qu'il fit figure d'isolé ».

Sull'« opposition entre Duguit et Hauriou » — pur nella diversità delle loro concezioni — « et Carré de Malberg » v. DE LAUBADÈRE, *Le Doyen Maurice Hauriou et Léon Duguit*, in *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, cit., p. 224. Cfr. anche, sui dibattiti metodologici di quegli anni, WALINE, *Les idées maîtresses de deux grands publicistes français: Léon Duguit et Maurice Hauriou*, in *L'Année politique*, 1930, p. 39 ss.; EISENMANN, *Deux théoriciens du droit: Duguit et Hauriou*, in *Revue philosophique*, 1930, p. 231 ss.

(74) È da tenere presente a questo proposito la vivace notazione del PRÉLOT, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, in LE BRAS, *Introduction à l'étude du Droit*, Paris, 1953, II, p. 104: « Après avoir été tout, les textes ne doivent pas être rien. Scrutés par des intelligences patientes et vigoureuses, les textes s'avèrent pleins d'enseignements. La leçon de Raymond Carré de Malberg reconstituant à partir de l'article premier de la loi du 25 février 1875 tout le droit constitutionnel français, édifiant sur une ligne et demie sa théorie fondamentale de *la loi expression de la volonté générale*, doit être meditée par ceux qui feraient trop bon marché des textes. Il a des cas où, comme le dit Péguy: Rien ne vaut la lecture pure d'un texte pur ».

Relativamente al distacco messo in risalto nel testo fra il programma metodologico di Carré de Malberg più improntato a valorizzare l'autonomia della scienza giuridica, rispetto ai procedimenti di ricerca effettivamente seguiti, sollecitati dalle necessità operative pratiche verso una maggiore concretezza, va anche osservato come questo distacco venga a intrecciarsi in alcuni casi con l'altra deviazione fra programma metodologico e prassi di studio che si riscontra nell'opera del costituzionalista alsaziano, di cui abbiamo fatto cenno nel precedente paragrafo e che si potrebbe definire di segno opposto, nel senso che in quell'ipotesi lo sviamento, che consideriamo negativo, si realizza proprio nel dinamismo dell'indagine. Si tratta invero dello stacco fra le corrette premesse relativistiche assunte da Carré de Malberg, a livello programmatico, e lo scivolamento che si manifesta talvolta nel corso della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concettuale dei dati normativi, ma, nell'attenzione prestata pure in tal caso agli aspetti formali con il proposito di inquadrare i fenomeni studiati in modo tipizzato alla stregua dei loro elementi essenziali e stabilizzati, di fronte all'immediatezza di una questione concreta, Carré de Malberg cerca di penetrare più a fondo nella trama dell'esperienza giuridica e avverte l'esigenza a questo fine di rendere più modulata la sua trattazione. Ciò viene a realizzarsi soprattutto mediante il diffuso ricorso che egli fa alla storia. Mentre a livello di dichiarazioni programmatiche metodologiche Carré de Malberg, come si è visto, sottolinea con insistenza l'autonomia della scienza del diritto pure nei confronti dell'indagine storica, in termini che non sembrano ammettere interferenza tra i due campi, nello svolgimento delle ricerche attenua il significato della premessa assunta, considerando consentito e anzi altamente proficuo l'uso della storia da parte del giurista purchè effettuato in funzione dell'interpretrazione giuridica, integralmente strumentalizzato agli scopi propri della scienza giuridica. Se è vero che il giurista « n'a pas à chercher la solution des problèmes qui lui incombent au delà des données fournies par le droit existant », appare necessario tuttavia, data la peculiarità di ogni ordinamento giuridico e la conseguente relatività dei concetti giuridici, legati alla singola esperienza giuridica studiata, comprendere tali *données* in tutto il loro spessore, nella prospettiva delle radici storiche degli stessi e dei successivi processi evolutivi, rendendosi conto appieno delle « bases rationnelles » intese storicamente che sottendono l'esperienza giuridica, e cioè dell'insieme « des croyances, des besoins, des traditions » che determinano « l'état d'esprit et les concepts politiques du milieu national » e, specialmente, dei « principes d'où » le « institutions du droit public français ... procèdent » (75).

---

ricerca verso toni assolutizzanti e generalizzati. Toni assolutizzanti e generalizzati, che, tuttavia, come si è rilevato emergono specialmente — e sotto tale aspetto i due processi di deviazione tendono ad avvicinarsi — allorchè l'argomento studiato venga a connettersi con le nozioni teoriche di base, e sia meno direttamente collegato con la realtà pratica.

(75) Sull'uso costante da parte di Carré de Malberg della storia, cfr. CAPITANT, *L'oeuvre juridique*, cit., p. 88 ss., il quale nota come egli, dietro i « textes auquels sa conscience juridique l'obligeait à rendre hommage », risalga ai « principes »; configurando il diritto pubblico francese quale « un arbre vigoureux plongeant profondé-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

E poichè la visione storica di Carré de Malberg è molto ampia, attraverso la storia vengono in rilievo anche gli interessi, le forze economiche e politiche che sottostanno alle norme e che sono utilizzati sovente da Carré nelle sue operazioni di sistemazione concettuale dei dati normativi. Ed è sempre la prospettiva storica che porta Carré de Malberg a valorizzare gli apporti del diritto comparato attraverso ampi riferimenti sia alle istituzioni straniere, sia alla letteratura di altri Paesi ([76]).

---

ment ses racines dans le sol de la nation et nourri de sève française ». E, altresì, BURDEAU, *Raymond Carré de Malberg*, cit., p. 376. Burdeau rileva che, soprattutto allorché Carré studia il régime représentatif, « toute l'histoire constitutionnel — une histoire constitutionnelle qui ne considère pas les idées comme négligeables — se trouve évoquée ». Sugli echi nella impostazione metodologica di Carré de Malberg dell'insegnamento di Gény e del risalto da lui dato al « donné historique » (peraltro subordinato da Gény al « donné rationnel », inteso in senso giusnaturalistico) v. CUCHE, *A propos du positivis juridique*, cit., p. 79.

([76]) Accanto ai continui riferimenti di diritto comparato contenuti nella maggior parte delle sue opere sono da tenere presenti i contributi rivolti specificamente a studiare istituzioni di altri stati, nella specie la Germania. V. *Les conditions juridiques de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire allemand* del 1914; *La question du caractère étatique des Pays allemands et l'article 76 de la constitution de Weimar*, in *Bulletin Mensuel de la Societé de Législation comparée*, 1924; *La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la Constitution de Weimar*, nella stessa rivista, 1925; *La distinction des lois matérielles et formelles et le concept de loi dans la constitution de Weimar, ivi*, 1928, 1929.

Come esattamente osserva il CAPITANT (*L'oeuvre juridique*, cit., p. 87), anche nel riferirsi alle esperienze di altri Paesi, egli mira a confrontarle « avec les idées et les institutions du droit positif français... Lorsqu'il se tourne vers la Constitution de Weimar, qu'il n'a cessé d'étudier dans ces cours strasbourgeois et à laquelle il a consacré deux importantes brochures, c'est moins pour la saisir en elle-même que pour connaître la solution qu'elle apporte aux questions qui ont particulièrement retenu son attention dans ses recherches de droit constitutionnel français ». In senso analogo, v. EISENMANN, *La théorie des fonctions de l'État chez Carré de Malberg*, in *Journées Carré de Malberg*, cit., p. 53, nota 1, il quale osserva che, nel « faire très frèquemment référence à certains droits étrangers et doctrines étrangères... il les situe, les examine et juge leur valeur par rapport aux analyses portant sur ... le droit public français de la IIIe République ».

Sull'importanza data alla considerazione delle esperienze straniere nei trattati dei maestri che hanno fondato il diritto costituzionale francese, nel solco dell'esempio di Montesquieu e Tocqueville, cfr. MATHIOT, *Les apports du droit comparé au droit constitutionnel français de 1870 à 1940*, in *Livre du Centenaire de la société de législation comparée*, I, Paris, 1969, p. 166, il quale, dopo avere posto in risalto il contributo di Esmein (ed abbiamo sopra considerati gli stretti legami fra Esmein

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

7. Queste osservazioni sulla linea metodologica di Carré di Malberg sono ulteriormente convalidate se guardiamo più da vicino al suo argomentare: seguiamo perciò il suo ragionamento in ordine a un tema centrale nei dibattiti intorno al metodo, e perciò altamente indicativo, quello della decisione giurisdizionale ([77]).

Un caposaldo del positivismo giuridico più rigido è la visione meccanica della stessa quale mera applicazione passiva e automatica di un diritto già integralmente dato. Carré de Malberg, allorché imposta il suo discorso su un piano teorico-astratto, su cui è più spinto, come si è detto, a tenere salde le proprie dichiarazioni programmatiche metodologiche in senso rigorosamente positivista, e ciò soprattutto in connessione a un punto di tanto rilievo, si lascia andare ad alcune affermazioni che, nel loro tano assiomatico, sembrano ricalcare pedissequamente alcuni orientamenti tipici del positivismo giuridico tradizionale. « Juger c'est constater et déclarer le droit existant ». Nell'interpetrare la legge, il giudice, e così qualsiasi interpetre, deve « exclure tous les éléments d'appréciation de volonté qui ne ressortent point des termes mêmes de l'acte », giacchè « seul le texte possède un caractère de précision et de fixité, qui puisse donner à la loi un degré de certitude suffisante ». Bisogna quindi tenere fuori dall'ambito della valutazione giudiziale « le but que s'est proposé le législateur en édictant la loi » e, egualmente, « les précédents historiques, et aussi les circonstances de tout ordre parmi lesquelles la loi a été créée ». Invero, « toutes les ten-

---

e Carré de Malberg), che « a leur tête, fait figure de pionnier », aggiunge che « avec lui, les grands auteurs se tournent plus vers l'extérieur », tuttavia « gardant encore souvent l'optique du juriste »; diversamente solo da altri pochi autori come Joseph Barthélémy e Lambert, che « résolument comparatistes, s'attachent mieux à l'observation de la réalité politique ». Un simile giudizio può essere fuorviante rispetto a Carré de Malberg. Se è vero che egli, anche quando fa ricorso alla prospettiva comparatistica, vuole fare e fa opera di giurista positivo, dando adeguato valore ai testi, non per questo ignora però la dimensione storico-politica delle istituzioni straniere considerate. Alcune sue osservazioni ad esempio sull'Inghilterra sono di una notevole incisività realistica.

([77]) In generale cfr. CATTANEO, *Positivismo giuridico*, cit., p. 319 ss.; BONNECASE, *Science du Droit et Romantisme*, Paris, 1928, p. 250 ss.; GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1954, II, p. 240 ss.; CARNELUTTI, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1953, p. 241 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dances qui ont amené dans les temps modernes le triomphe du système des lois écrites, envisagées comme source essentielle de l'ordre juridique de l'État », non avrebbero « plus de sens, si la portée de la loi devait être recherchée dans des eléments situés en dehors de sa formule écrite » (78).

A parte il fatto che Carré de Malberg, nelle sue indagini, non si attiene a tale modello rigido (poiché, come si è già notato, pur dando fondamentale risalto al testo delle norme e muovendo sempre da questo, viene a considerare altresì le finalità che si è proposto il legislatore; gli interessi che lo hanno sollecitato e quelli che sottendono la legge nella sua evoluzione successiva; le radici storico-ideologiche degli istituti; lo stesso contenuto dei lavori preparatori), anche in questa analisi dei caratteri della *fonction juridictionnelle* e dell'attività interpretativa del giudice, egli allarga notevolmente la sua inquadratura nel momento in cui, da tali proposizioni solenni di valore astratto, passa a esaminare il tema nei suoi svolgimenti e sotto una prospettiva più angolata in diretta corrispondenza al vario atteggiarsi dell'esperienza giuridica.

Con una serie di notazioni sparse quà e là nel corso della trattazione ma tutte sorrette da una ispirazione comune, Carré de Malberg pone così in risalto come, sulla « signification » dei testi, abbiano una forte incidenza gli effetti che questi hanno « progressivement engendrès » e la medesima « logique des institutions » connessa agli « enseignements de l'experience », e come, sul contenuto prescrittivo della legge, reagisca inevitabilmente la situazione di fatto, i « faits qui conditionnent l'application de la loi »; rileva come i giudici svolgano il loro compito interpretativo mediante un « large pouvoir d'appréciation personnelle », dando alle « règles un développement d'effets et des extensions d'application qui en élargiront plus ou moins considérablement la portée; sottolinea, correlativamente, come « le texte de la loi renait, en quelque sorte, chaque jour et acquiert, à tout instant, une force nouvelle », dal che deriva che « une disposition législative devienne, un jour, applicable à des

(78) Cfr. *Contribution*, cit., I, p. 225 ss., p. 692 ss., e in modo particolare p. 696, 701, 702, 704, 706, 707, 708, 709, 711, 713, 714, 715, 717. V., altresì, *Réflexions très simples*, cit., pp. 198, 202 e *Les modes d'action de l'État. L'État agit par voie législative administrative et juridictionnelle*, in *Encyclopédie française*, Tome X, *L'État moderne: aménagement; crise; trasformations*, Paris, 1935, p. 10. 30-8 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rapports juridiques qui n'existaient pas encore au temps de sa promulgation ». In tale quadro, Carré de Malberg può quindi pervenire all'affermazione — che illumina di un ben più pregnante significato l'asserita fedeltà al « texte officiel », alla « formule législative » — secondo cui, nella multiforme « infinie varieté des éspèces et des questions portées devant les juges... les dispositions textuelles des lois forment simplement un cadre de principes, à l'intérieur duquel se meut la puissance propre du juge », tanto più che le « sèches formules » normative non hanno « parfois » una struttura « nette et rigoureuse »; in modo che sovente la soluzione presa dal giudice è contenuta solo « en germe, dans le texte de loi ».

Pure inquadrando l'attività interpetrativa del giudice come « une tâche subalterne d'ordre executif », pur nel richiamo di rito al « syllogisme », Carré de Malberg è portato così contestualmente a rilevare che, anche quando interpetra le leggi, « le juge a, en un certain sens, une missione créatrice, qui ressort de ce fait qu'une disposition législative n'acquiert son plein développement et sa portée définitive que pour l'application juridictionnelle ». Se il fine che perseguono i giudici « est exclusivement le maintien de la légalité », se essi devono operare « d'après la Constitution » e « dans les limites qui sont tracées par les lois », le loro decisioni vanno tuttavia considerate come « le développement complémentaire des lois qu'ils sont appelés à appliquer ».

Dove poi il discorso di Carré de Malberg assume una particolare ampiezza è quando egli, in polemica con altre dottrine del tempo, viene ad individuare, accanto a questa attività di « interprétation et application des lois », un altro settore operativo della funzione giurisdizionale, consistente nel « dire, d'une façon initiale et autonome, du droit reposant sur sa propre puissance », nei casi di « silence des lois »; nei quali « sur une question determinée il n'y a point de droit établi par la loi elle-même » e occorre, per le esigenze della vita sociale ed altresì in connessione al disposto dell'art. 4 del codice civile francese che « interdit au juge de se refuser à statuer en cas d'obscurité de la loi », supplire « à l'insuffisance des lois ». A suo avviso, l'esperienza dimostra come in Francia, nel « droit legal » vi siano vere e profonde lacune (79), del resto sostan-

(79) Sul problema delle lacune come venne sviluppandosi nell'ambito della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zialmente ineliminabili in ogni sistema incentrato sulla legge, e al riguardo non si può ipotizzare una dilatazione a tutti i rapporti sociali del tessuto legislativo, presupponendo, con un procedimento scorretto e fuorviante, alla base della « législation », l'esistenza di « un fonds de principes et de règles, qui doivent suffire à tous les besoins de la pratique judiciaire ».

Né a Carré de Malberg appare logicamente valida la nozione tradizionale di analogia: allorchè il giudice « recourt à l'emploi de ce procédé » non si ha affatto una « véritable application de la loi » ma la decisione poggia « en realité », anche ove il giudice dia forza al suo ragionamento « sur des arguments tirés de la loi », sull'« appréciation » e sulla « puissance » del giudice che, « astreint à juger », al fine di « trancher toute contestation », dovrà « nécessairement créer par lui-même les éléments de solution que la loi lui refuse »; ponendo in via giurisdizionale un « droit nouveau » a carattere « extra-légal » ed esplicando così un potere che, quantunque nei limiti del caso di specie, quantunque condizionato dalla costituzione, quantunque impedito a contravvenire « en une mesure quelconque aux dispositions des lois en vigueur », è « en soi, d'essence législative » ([80]).

---

dottrina del tempo v. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, 1965, p. 95 ss.; ESSER, *Grundsatz und Norm*, Tübingen, 1964, p. 148 ss.; ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 218 ss.; FORIERS, *Les lacunes du droit*, in *Études de logique juridique*, II, Bruxelles, 1967, p. 58 ss. Cfr. anche GUELI, *Elementi di una dottrina dello Stato e del diritto*, Roma, 1959, p. 326 ss.; MAURY, *Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit*, in *Mélanges Ripert*, Paris, I, p. 28 ss.; CORSALE, *Lacune dell'ordinamento*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 257 ss.

([80]) A questo proposito, Carré de Malberg polemizza con Gény criticando la sua impostazione, secondo cui, in tale ipotesi, il giudice « ne fait pas oeuvre législative » (*Contribution*, cit., I, p. 743, nota 19), e ritiene insoddisfacente anche la tesi di W. Jellinek, secondo il quale il giudice dovrebbe, nella specie, limitarsi a ricercare quale sarebbe la soluzione alla quale « s'attacherait vraisemblablement l'organe législatif actuellement en fonctions » e pone in risalto come « la compétence juridictionnelle apparait vraiment, dans cette hypothèse, comme une puissance créatrice de solutions de droit » (*op. cit.*, I, p. 751, nota 3). Nel ricordare alcuni precedenti storico-comparativi a favore dell'intervento autonomo del giudice, egli osserva che « au contraire, l'*Allgemeine preussische Landrecht*, conçu sous l'influence des idées d'omnipotence et d'universelle suffisance de la législation, qui dominaient à la fin du XVIII siècle, déclarait que ... le juge doit recourir aux

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Oltre che nel settore tradizionalmente assegnato all'analogia, un simile intervento, mediante il quale il giudice « crée par sa propre puissance le droit », deve esplicarsi anche in quelle ipotesi in cui si usa far leva, per sopperire alle esigenze pratiche dell'esperienza sociale, sul « système d'interprétation extensive » con l'intento di « faire produire à la loi » dei presunti « effets voulus par son auteur, même quand ces effets ne découlent pàs de son texte ». In ogni caso infatti in cui « la formule de la loi est obscure, incertaine, en contradiction avec d'autres textes en vigueur », è irreale secondo Carré de Malberg fare leva su una fittizia interpretrazione estensiva; non vi è al contrario che « une chose à dire: c'est que le législateur n'est point parvenu à énoncer de volonté ayant force effective de loi, il a manqué son but et fait oeuvre vaine; le juge n'est point lié » ([81]).

Il notevole allargamento della sfera della funzione giurisdizionale che in tal modo si produce, viene, nell'opinione di Carré di Malberg, ad attenuare i difetti della ineliminabile rigidezza del sistema moderno « consistant à établir l'ordre juridique applicable aux particuliers par la voie de règles générales posées d'avance », anche se, a sua volta, « nuit à la stabilité du droit ». Comunque, un simile inconveniente è compensato, « en bonne partie, par de précieux avantages », dato che in queste ipotesi il giudice può attribuire « toute leur valeur à ceux des faits de la cause qui impriment à celle-ci son cachet particulier et qui, par suit, méritent d'être pris en consideration prépondérante dans la recherche de la deci-

---

principes généraux admis ». Pertanto, a suo avviso, non appaiono esatte quelle tesi che sostengono « qu'il y a lieu à juridiction quand un droit est violé », oppure « lorsqu'il y a eu *Störung der Rechtsordnung* », ma bisogna riconoscere invece che « l'autorité judiciaire n'a pas seulement pour tâche de faire respecter le droit préexistant, mais encore de trancher toute contestation entre plaideurs par une solution, qui constituera entre ceux-ci du droit judiciaire et nouveau ».

([81]) Ciò non significa tuttavia — per Carré de Malberg — che il giudice opererà a suo arbitrio. Il giudice potrà tenere conto anche in queste ipotesi « des travaux préparatoires, des intentions du législateur ou des circonstances quelconques qui ont entouré la confection de la loi ». Non si tratterà però di attività interpretativa, bensì di una sua « appréciation », così come lo stesso valuta le « circonstances et conditions actuelles dans lesquelles se pose la question ». Entrano così in giuoco anche « les idées, les aspirations, les besoins », e altresì le modificazioni intervenute nell'« esprit judiciaire » (cfr. *Contribution*, cit., I, pp. 712, 713, 716, 718).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sion à adopter » e avrà la facoltà di « nuancer sa décision, en l'adaptant aussi exactement que possible aux particularités de la cause sur laquelle il a à statuer » ([82]). Ed è sintomatico che in proposito Carré de Malberg si richiami proprio alle tesi sostenute da Heck in *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*.

Appare quindi chiaramente come le critiche che sono state rivolte a Carré de Malberg, anche di recente, di avere avallato « la négation pure et simple de tout droit jurisprudentiel » e di avere avvilito la posizione del giudice ([83]), trovano una precisa smentita

---

([82]) È da tenere anche presente la seguente puntuale notazione: « comme les créateurs des lois sentent bien, ... leurs règles générales sont appelées à s'appliquer à des situations multiples qui seront en fait très dissemblables, comme aussi il arrive très fréquemment que les questions portées devant le législateur engagent des intérêt contradictoires et sont de nature à être résolues de façon très diverse selon le point de vue politique ou économique, individuel ou général, d'où elles sont examinées; il résulte de là que la loi, essayant de concilier tous les intérêts et cherchant à tenir compte de toutes les considérations en présence, s'arrête souvent à des solutions moyennes, ayant le caractère de compromis entre des postulats opposés ... C'est pourquoi le régime de la règlementation législative par voie de disposition génerale ne peut engendrer, sous certains rapports, qu'un minimum de justice, comme aussi il ne réalise parfois qu'un semblant d'égalité » (*Contribution*, cit., I, p. 746, nota 21). Di qui l'importanza dell'integrazione giurisprudenziale, che, al di là della specifica esperienza francese, è per Carré de Malberg nella « nature même des choses » (*op. cit.*, I, p. 719). V., altresì, sempre nella *Contribution*, cit., I, p. 713, nota 8, il rilievo secondo cui « parfois le législatuer... intentionnellement s'en tient à des termes autorisant des applications ou déductions en sens divers, et il ne pose qu'un minimum de principes, de façon à laisser aux tribunaux la latitude de fixer par eux-mêmes la portée des prescriptions contenues dans la loi ».

([83]) Cfr. le osservazioni critiche di Eisenmann e del Chrétien, in *Journées Carré de Malberg*, cit., pp. 68, 76, 77. V., altresì, HALBECQ, *L'État son autorité, son pouvoir*, cit., p. 429, che così ricostruisce il pensiero di Carré sul tema: « La justice elle-même dépend finalement en tous points des Chambres: soit directement, du fait de la législation qui détermine son action; soit indirectement, du fait de l'organisation judiciaire, qui dépend d'un gouvernment lui-même assujetti étroitement à la volonté parlementaire ».

In argomento, è anzi da notare che, nell'ambito di una dottrina costituzionalistica, quale quella francese dell'epoca, poco propensa ad una adeguata valorizzazione della *fonction juridictionelle* come autonoma, proprio Carré de Malberg si distingue per il risalto che le dà, configurandola, sia pure con riferimento soltanto al *degré de puissance formelle*, « troisième fonction de la puissance d'État », riallacciandosi così all'insegnamento di Esmein (*Élements de droit constitutionnel*, cit., I, p. 540 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nelle sue stesse opere, ove non ci si limiti a tenere conto delle schematiche affermazioni da lui fatte allorchè inquadra il tema sul piano teorico generale. Del resto, un lettore attento come il Gény (84), peraltro sollecito verso la valorizzazione dell'attività giurisdizionale, aveva già riconosciuto « l'influence notable reconnue par Carré de Malberg au pouvoir judiciaire », preoccupandosi anzi che questa, non adeguatamente « controbalancée » nella sua concezione, potesse condurre a dei « conflits fort délicats..., sérieux... entre le pouvoir proprement législatif et le pouvoir judiciaire », capaci di « ébranler » l'unità statale, specialmente nel quadro di un sistema come quello di Carré de Malberg non « adouci grâce à la notion de droit naturel » e che per di più non affrontava, a suo avviso, in maniera sufficientemente approfondita e articolata la questione dei limiti della funzione giurisdizionale.

Ma il richiamo di Gény su questo ultimo punto non sembra esatto. Si è visto che Carré de Malberg, pur negando la giuridicità del « droit naturel », dà un notevole rilievo ai freni di ordine etico-politico nell'espandersi dell'esperienza giuridica: va aggiunto che Carré de Malberg sottolinea più volte il momento della fedeltà alla Costituzione, intesa dinamicamente nella linea dell'« orientation et développement qu'ont pris les institutions constitutionnelles », da parte del giudice; pone in risalto come il giuoco delle strutture organizzative dell'ordinamento giudiziario giovi a sensibilizzare i giudici agli interessi comunitari; fa leva, già nella *Contribution*, sull'« indépendance d'esprit » dei giudici, sulle « formes spéciales et rigoreuses » con cui gli stessi operano, sulle « fortes garanties de valeur personnelle » che consentono « de leur confier des pouvoirs suffisamment larges » (85). Aspetti che troveranno ul-

(84) Cfr. GÉNY, *Science et technique*, cit., IV, p. 246 ss.

(85) Carré de Malberg aggiunge ancora che la « liberté d'appréciation juridictionnelle suppose des juges doués d'un grand discernement et dont l'absolue droiture soit pleinement assurée » (*Contribution*, cit., I, p. 746). Sul limite derivante dalla Costituzione v. *op. cit.*, I, p. 748, nota 22; 714 nota 9 e p. 226, nota 16, nella quale tra l'altro osserva: « Si larges que soient les pouvoirs qui dérivent pour l'autorité juridictionnelle du fait qu'elle est appelée à trancher, par ses propres ressources et initiatives, les questions litigieuses d'espèce qui ne trouvent point d'avance leur solution dans la législation positive existante, encore faut-il affirmer et maintenir que, dans l'exercise de cette mission créatrice, le juge, quel qu'il soit, ne

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

teriore sviluppo nella successiva valorizzazione del garantismo costituzionale, su cui Carré de Malberg imperniera i suoi progetti di revisione costituzionale nella *Loi, expression de la volonté générale.*

Resta il problema di conciliare questa conclusione di Carré de Malberg rivolta ad assegnare un posto considerevole alla *fonction juridictionnelle* nelle strutture della Terza Repubblica con l'orientamento fondamentale, che forma il fulcro della sua ricostruzione secondo cui la costituzione francese del 1875 è caratterizzata dal dominio del Parlamento.

Carré di Malberg se lo propone direttamente e ne tenta la soluzione in chiave di sviluppo storico. Effettivamente la Costituente del 1789, che segna anche per lui il solco su cui si svolge tutto il successivo diritto pubblico francese, ebbe ad informare le istituzioni, pure sotto questo profilo, al principio della « toute-puissance de la loi »; di qui la rilevanza secondaria che la stessa conferì alla funzione giurisdizionale, ridotta « à faire à chaque espèce l'application quasi servile du droit légal ». Ma mentre, nelle linee di fondo dell'organizzazione di governo, viene a perdurare una simile ispirazione, per cui anche nella costituzione del 1875 il sistema politico appare imperniato su una sostanziale « souveraineté parlamentaire », per quanto attiene alla funzione giurisdizionale, « la nature même des choses », la pressione delle « nécessités pratiques et des enseignements de l'expérience », l'introduzione nel sistema dell'art. 4 del *Code civil*, che obbligando il giudice a render giustizia, ha avuto una portata sostanzialmente simile a « celle de bien de textes constitutionnels », le trasformazioni intervenute a causa del concreto modo di operare dei giudici e, particolarmente, della Corte di Cassazione (la quale, avvalendosi del fatto che non è « subordonnée à aucun contrôle supérieur », mediante « sa propre jurisprudence », ha « grandement modifié et élargi son pouvoir », tra l'altro rompendo la « séparation absolue du point de droit et du point de fait », e, « statuant, d'une façon au moins indirecte, sur le fond même des procès »), hanno inciso in profondità, nell'esperienza giuridica successiva, sulla linea costituzionale originaria,

---

saurait méconnaitre l'ensemble du droit en vigueur et en particulier du droit qui découle de la loi fondamentale de l'État », in quanto non gli è consentito « renverser les principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel en vigueur ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attutendola in vari punti. In buona parte del diritto privato (86) e in una considerevole parte del diritto amministrativo, nel quale « la fonction juridictionnelle possède un certain pouvoir de création »; basti pensare al « considérable rôle créateur de la jurisprudence du Conseil d'État, en matière d'excès de pouvoirs » (87).

É interessante notare, in corrispondenza a quanto sopra si è rilevato, come Carré de Malberg sottolinei in modo peculiare l'influsso che in tale sviluppo del ruolo della giurisdizione, che egli ritiene una « tendance » tipica « du droit moderne », ha avuto l'indipendenza dei giudici. Non ostante che il Governo abbia nella costituzione del 1875 « un réel moyen d'action et d'influence » specie in forza del « son pouvoir de nommer les juges et de leur accorder de l'avancement », la magistratura, facendo leva su un « ensemble de dispositions relatives à l'organisation et au fonctionnement de la justice », è venuta sostanzialmente a formare quasi « un corps autonome » e, almeno « organiquement, un pouvoir à part ». Perciò Carré de Malberg, in opposizione alle ricostruzioni che trovavano appoggio nella lettera della legge, tende a sostenere al riguardo interpretazioni intese a tutelare in modo adeguato una tale autonomia (88), sorreggendo la linea sistematica seguita in forza di

---

(86) Cfr. *Contribution*, cit., I, p. 747 ss., in cui Carré de Malberg sottolinea che tuttavia, nella « sphère du droit privé », il giudice non potrebbe « créer une incapacité juridique autre que celles prévues par les lois », poiché « les incapacités sont de droit étroit ». Egualmente, non sarà consentito al giudice porre delle « restrictions au principe légal de la liberté des conventions ». In questo quadro si spiega come una tale *puissance* dei giudici sia altresì bloccata nel campo del diritto penale dal perdurante essenziale principio di legalità dei reati e delle pene.

(87) Il Carré de Malberg (*op. ult. cit.*, I, p. 748 ss.) dopo avere rilevato che « son caractère novateur » ha valso « à cette jurisprudence du Conseil d'État la qualification de *prétorienne* », aggiunge che tuttavia « le juge administratif ne pourrait... degager une solution » che determinasse « un accroissement de pouvoirs » in favore degli « administrateurs », o facesse « naître à la charge des administrés des obligations qui ne leur sont pas imposées par les lois ».

(88) Cfr., particolarmente, *Contribution*, cit., I, p. 769 ss. Carré de Malberg conclude quindi che « l'indépendance établie au profit des tribunaux a donc pour but et pour effet de soustraire leur activité juridictionnelle à toute immixtion ou à toute influence venue d'une autre autorité étatique; et en cela, il faut reconnaitre qu'à la différence de la prétendue séparation entre le Corps législatif et l'autorité exécutive, elle se rattache directement à l'ordre d'idées sur lequel Montesquieu fondait son système de separation des pouvoirs... L'indépendance des tribunaux

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un'assunzione dinamica dei valori costituzionali nella loro proiezione storica.

8. Nel quadro dell'indicata configurazione di fondo dei procedimenti effettivi di ricerca di Carré de Malberg, anche la demarcazione tra politica e diritto, con tanto vigore da lui sostenuta in termini assiomatici nelle dichiarazioni programmatiche metodologiche rivolte a rivendicare l'autonomia dell'esperienza giuridica, di quello che egli definisce addirittura « le monde juridique », e conseguentemente della scienza giuridica e delle sue tecniche di indagine, viene ad assumere aspetti più sfumati e una dimensione più articolata. Dal contesto delle analisi di Carré de Malberg vediamo anzi profilarsi una molteplice angolazione della sfera della

devient ainsi le fondement même et la source de la notion de juridiction ». Molto vivaci sono le notazioni che Carré de Malberg dedica all'istituto del *référé législatif*, alla sua abolizione, al significato fondamentale che la sua scomparsa ha avuto per la struttura delle fonti del diritto e ai fini della valorizzazione della *puissance* dei giudici. È interessante notare come, anche nell'esaminare gli sviluppi della *Cour de Cassation*, egli non si attenga ai soli dati normativi, ma faccia continuo richiamo all'evoluzione storica dell'istituto e, proprio facendo leva su questi elementi storici, è portato a concludere che, per l'ampiezza e il peso effettivo dei suoi interventi, « la Cour de Cassation est bien près de constituer un nouveau degré de juridiction; elle ressemble de plus en plus à un tribunal d'un degré supérieur ».

Carré de Malberg non manca di sottolineare le esigenze funzionali e le attese garantistiche che sono coinvolte nella dinamica della funzione giurisdizionale nel quadro della struttura costituzionale, ed è particolarmente sensibile rispetto a quelle che egli stesso chiama « les nécessités d'indépendance inhérentes à l'exercise d'une bonne justice ». E, in questa linea, si sviluppano anche i suoi auspici di riforma costituzionale, al fine di introdurre in Francia un sistema di controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi. Non sembra perciò corretta la critica, secondo cui nelle opere di Carré de Malberg non vi sarebbe « rien sur le *sens constitutionnel* de la justice » (cfr. TROTABAS, *La Justice. Avant-propos*, in Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, VII, *La Justice*, Paris, 1961, p. 7, nota 1). Se è vero che ben più approfonditi e più ampi sono gli svolgimenti che dedica al « *sens constitutionnel* de la loi », e ciò in corrispondenza ai caratteri propri dell'ordinamento francese della Terza Repubblica, egli non « se désintéresse » affatto di quest'altro essenziale profilo costituzionale. Probabilmente il Doyen Trotabas è stato influenzato negativamente dalle sue stesse idee, sostenute all'epoca della Terza Repubblica: « C'est que le problème du judiciaire est, en realité, un problème de fonction ... et d'organes, et non pas un problème de pouvoir constitutionnel » (TROTABAS, *Constitutions et gouvernements de la France*, Paris, 1938, pp. 78, 79).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

politica. Vi è innanzitutto la politica come descrizione scientifica della realtà strutturale delle istituzioni politiche e abbiamo già visto come Carré de Malberg, pur distinguendo queste dall'ordinamento giuridico quale insieme della « legislation positive », venga poi, attraverso il ricorso alla storia, ad agganciare lo studio della normazione giuridica del « droit positif national » all'esame approfondito della realtà politica che lo sorregge, cosicché « l'investigation et le raisonnement juridique » gli appaiono strettamente condizionati dalla dinamica effettiva delle istituzioni politiche.

Vi è altresì la politica come indagine scientifica operativa tesa a individuare schemi pratici per un miglior rendimento del sistema giuridico sul piano funzionale. Anche a questo proposito, Carré de Malberg, pur tenendo fermo che, « *par sa part* », il giurista « opère seulement au service de la *lex lata* » e non deve partecipare « point, *comme tel*, à la tâche de création du droit », non rientrando nel suo diretto orizzonte di ricerca il diritto « prétendu ..., possible », non manca di constatare i vantaggi che derivano dai suggerimenti di quei « juristes, qui, ne se contentant pas de constater le droit qu'ils dénomment positif, élèvent leurs regards et leurs recherches vers des problèmes plus hauts que ceux de la science du droit proprement dite ». Del resto, il legislatore non può a suo avviso fare a meno « du secours de la science juridique ». Quello che in verità preme a Carré di Malberg è di ben differenziare tali prospettive di ingegneria legislativa e costituzionale, che teoricamente egli considera appartenenti alle « sciences morales et politiques », dalla vera e propria ricerca giuridica, evitando di accavallare « le point d'ordre politique » e quello « d'ordre purement juridique » [89], cosa che ritiene fuorviante ai fini della idoneità dell'indagine [90]. Per lui ap-

[89] Cfr., particolarmente, *Contribution*, cit., I, p. 21 ss., 241 ss.; *Réflexions très simples*, cit., p. 197 ss.; *Confrontation*, cit., p. 16 ss.; *La Loi*, cit., p. 211 ss.

[90] Nella linea dell'insegnamento di Carré de Malberg, sono da tenere presenti al riguardo le considerazioni del Giraud: « La confusion fréquent entre le droit idéal et le droit positif est chose très regrettable, elle fait perdre beaucoup de temps aux étudiants et aux professeurs et elle entretient des discussions stériles. Le droit positif, c'est le droit en vigueur; il peut être odieux, mais il n'en est pas moins le droit positif. Jusqu'à 1848 l'esclavage était une institution dans les colonies françaises, il représentait le droit positif... Or le juriste, en tant que tel, s'occupe avant tout du droit positif, il doit le constater et l'expliquer, même s'il en condamne l'inspiration. Je me souviens de certains cours que comme étudiant j'ai entendu à la Faculté

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pare essenziale precisare che un simile « rôle novateur » non è da catalogare « strictement oeuvre de science juridique ». Ciò soprattutto in un momento, in cui da più parti si esaltava invece proprio un tale intervento, capace di imporsi « au respect des gouvernants », come la più intima « raison d'être e de valeur » della scienza giuridica ([91]).

---

de Droit de Paris. L'auditeur était trop souvent embarassée pour faire la distinction entre le droit positif et l'opinion personnelle du professeur. Il y a deux plans nettement distincts; c'est que Carré de Malberg a eu le mérite de très bien montrer. Le plan du droit est un plan, si l'on veut modeste, mais d'un intérêt pratique décisif; c'est celui de la loi en vigueur et qui s'applique effectivement. Mais le droit est transcendé par la politique ». Per considerazioni analoghe, sempre rifacendosi a Carré de Malberg, cfr. WALINE, *Défense du positivisme juridique*, cit., p. 83 ss. V., altresì, sempre del WALINE, *Le positivisme juridique de Carré de Malberg*, cit., p. 32 ss. in cui, come si è detto, riporta il testo di una lettera inedita di Carré de Malberg. Oltre al brano che abbiamo in precedenza richiamato, sempre in tale lettera, vedi la puntualizzazione: « mon *positivisme juridique*, ainsi que l'on l'a qualifié non sans un sens péjoratif, ma *méthode* n'implique en aucune façon la méconnaissance de règles autres que la norme de droit ».

Secondo invece il BONNECASE, *La pensée juridique français*, cit., I, pp. 117, 261 ss., Carré de Malberg, con il porre un simile piano al di là del diritto positivo, anche se non lo inquadra nella sfera del diritto naturale, rischierebbe alla fine anche lui di « tomber dans le romantisme juridique », intendendo questo come dominio del sentimento contro « le culte de la raison » (per Bonnecase il pericolo più grave insito nel romanticismo giuridico è che « les directives fondamentales du Droit » vengano a dipendere arbitrariamente dalle « fantaisies des inventeurs de systèmes de morale »).

([91]) Cfr. in argomento, con riferimenti critici alle tesi di Duguit, Gény e Hauriou, le osservazioni dell'EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, Paris, 1928, p. 83 ss., e altresì p. 26 ss.: « la tendance politique de cette construction apparaît-elle très nettement et non dissimulée: elle doit servir à assurer la consolidation d'un certain ordre social préféré de l'auteur et à en soustraire absolument les principes aux atteints possibles du législateur positif ». Da un lato rileva l'Eisenman si hanno così le prese di posizione come quella di Hauriou che possono qualificarsi « généralement de démocratiques ». Di contro, nella medesima linea, noi vediamo schierarsi « les juges bourgeois pour la défense et le maintien irreductibles des privilèges des classes possédantes ». Ma a questo punto, si domanda l'Eisenmann, che in tutte le sue ricerche anche successive ha sempre sottolineato i suoi legami con l'insegnamento metodologico di Carré de Malberg, di cui anch'egli, come Burdeau et Capitant, era stato *disciple* a Strasburgo, « a vouloir enrôler ainsi justice et légistes, science du droit et juristes au service de certaines conceptions politiques, ne risque-t-on pas de leur ôter leur mérite essentiel? ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Così egli, ponendosi il problema della eventuale combinazione degli istituti di democrazia diretta con il *parlementarisme*, lo affronta con ripetuta attenzione, ma espressamente specificando che la questione stessa è « une question d'ordre politique, dont l'examen ne rentre pas dans le cadre de nos recherches strictement juridiques » ([92]). Carré de Malberg tende invero a enucleare le sue interpretazioni e sistemazioni giuridiche in immediato riferimento all'« ordre juridique crée », senza sforzarle in base ai rilievi di modellistica politica costituzionale, che viene parallelamente svolgendo, anche se sovente pone in collegamento le argomentazioni svolte ai due livelli.

In tutta la sua opera è avvertibile una più o meno accentuata critica alla sovranità assolutizzante del Parlamento, che ritiene sovrastare l'intero ordinamento francese della Terza Repubblica, e in più punti si esaltano i valori democratici. Basti ricordare le lucide pagine introduttive della *Contribution*, in cui, partendo dalla constatazione del continuo espandersi della « puissance publique... cette force immense du temps présent », pone in risalto l'esigenza che la « collaboration » si allarghi sempre più nella dinamica delle strutture costituzionali, e non solo come partecipazione dell'intero « corps des citoyens pris dans son universalité collective », ma in modo da « conférer à chaque citoyen, personnellement et spécialement, une certaine dose d'influence propre sur le gouvernement des affaires du pays ». Poiché « au fur et à mesure que se multiplient et s'étendent les tâches incombant à l'État », la « collaboration » è divenuta un elemento determinante, « forme désormais une condition absolue de la vie et de l'activité étatiques », sia da un punto di vista di adeguatezza democratica, sia sotto il profilo funzionale; l'osservazione empirica dimostra infatti come le stesse leggi « ne deviennent pratiquement applicables » se non sono realmente « acceptées ou tolérées par ceux à qui elles doivent s'appliquer ».

Non ostante simili premesse, le interpetrazioni giuridiche, che intessono la *Contribution*, non sono subordinate a una tale prospet-

([92]) Il problema di una simile *combinaison* è affrontato da Carré de Malberg sia ne *La Loi* (da cui, p. 213, è tratta la citazione del testo), sia nel saggio specifico *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme*, in *Rev. dr. publ.*, 1931, p. 225 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tiva politica, ma sviluppate con argomentazioni che mirano a corrispondere alla *ratio* della costituzione del 1875, tenendo nella dovuta considerazione la sua carica antidemocratica. In tale linea, laddove Carré de Malberg ritiene che l'evoluzione effettiva dell'« État moderne » sia nel senso di condurre a valorizzare le minoranze e perciò auspica sul piano politico « la représentation proportionnelle », allorché esamina la legge 12 luglio 1919, che introdusse in Francia alcuni elementi di tendenza proporzionalistica (93), la interpreta riducendone, in contrasto con altri autori, il significato e la portata, in quanto insinuata in un sistema ancora ispirato « conformément aux principes du régime représentatif », tuttora imperniato sul « procédé majoritaire » (94).

Gli interventi di politica costituzionale sono differenziati dallo stesso Carré de Malberg in due categorie essenziali.

C'è il livello dell'angolazione problematica « de politique pratique ou d'opportunité », relativamente alla quale l'esame va fatto « à la lueur de raisons d'ordre utilitaire et technique », per soppesare i possibili « bienfaits » e le possibili « défectuosités ». Vi è poi, accanto a tale prospettiva di « rationalisation technique », il livello della « rationalisation » fondata sull'« idéologie », in cui si tratta di far leva non sugli « avantages d'ordre purement utilitaire », bensì sulle « raisons qui se tirent du fondement, de l'esprit, de la

(93) Sulle modalità di approvazione della legge 12 luglio 1919 e sui caratteri della stessa, cfr. GOGUEL e GROSSER, *La Politique en France*, Paris, 1964, p. 81, i quali notano che, nonostante gli elementi in senso proporzionalistico di tale legge, la stessa « mécontente à la fois les proportionnalistes et les partisans du scrutin d'arrondissement » (un aspetto che potrebbe avere inciso anch'esso nell'atteggiamento di Carré de Malberg). Va ricordato che, comunque, « appliquée deux fois, en 1919 et en 1924, cette loi permit dans chaque cas l'élection d'une chambre comportant une majorité de coalition bien définie, le Bloc National en 1919, le Cartel des gauches en 1924 ».

(94) Cfr. *Contribution*, cit., II p. 464 ss. In una tale prospettiva, di fronte alle interpretazioni rivolte a esaltare la posizione degli elettori, considerando gli stessi « organes directs de l'État chargés de la fonction électoral de la Nation » e pertanto titolari di « un droit individualisé à gouverner », Carré de Malberg sottolinea il suo orientamento favorevole in sede politica ad una simile impostazione democratica e a riforme dei sistemi elettorali e delle strutture di governo atte a realizzare queste premesse, ma critica la tesi in sede giuridica perchè non tiene adeguato conto della legislazione positiva francese e della *ratio* che la ispira, che non è « guère favorable » ad una « véritable démocratie ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

portée interne des institutions et dont il faut faire la part, en prenant soin de ne pas compromettre l'enchaînement logique des idées » (95).

Emerge infine dall'opera di Carré de Malberg un altro aspetto della nozione di politica: quello che egli stesso usa chiamare il profilo dell'« idéal » (96). In proposito, Carré de Malberg è ancora più reciso nel negare che il giurista, in quanto tale, possa sovrammettere il suo « propre idéal » politico « subjectif » al « droit institué »; ma non manca di farvi riferimento in qualche ipotesi, a margine della « recherche strictement juridique », a sostegno ulteriore del discorso.

Va aggiunto che gli indicati tipi di interventi di politica costituzionale, e in senso più ampio di politica del diritto, se in alcuni casi sono sviluppati ciascuno in modo autonomo, se in altri casi si affiancano, pur nella loro specificità, come momenti concorrenti del ragionamento, sovente vengono invece a intrecciarsi. E, talvolta, al di là delle intenzioni programmatiche di Carré de Malberg, si confondono nel corso dell'indagine con l'analisi strettamente giuridica.

9. Un argomento che si presta a illuminare ancora meglio il modo effettivo di Carré de Malberg di differenziare il « point de vue politique » e il « point de vue juridique » nelle sue indagini, evidenziando altresì l'intersecarsi dei vari indicati significati con cui la politica è da lui assunta, è quello oltremodo dibattuto nella

---

(95) Cfr., particolarmente, *Considérations théoriques*, cit., pp. 230, 231.

(96) Nel contesto delle battaglie metodologiche di quel periodo, su questo aspetto della « politique » come « idéal », aveva particolarmente insistito, al di fuori delle correnti giusnaturaliste, lo Jèze, collegandolo al « droit de critiquer la loi et d'essayer d'en obtenir la modification » che non può, a suo avviso, non spettare a chiunque, e quindi anche al giurista.

Lo Jèze, nel quadro del suo « *positivisme sociologique* », accentua anche la necessità per il giurista di considerare « le milieu social, économique, politique, historique », nel cui ambito si pongono le questioni giuridiche, rendendosi tuttavia conto anche della « grande tentation d'affirmer comme besoins véritables, réels du pays, comme expression de l'idée relative de justice, des sentiments purement subjectifs, personnels ». V. le Prefazioni alla seconda e alla terza edizione dei *Principes généraux du droit administratif*, il suo *Cours de Droit Public* 1920-1921, Paris, 1921, le sue recensioni al Trattato di diritto costituzionale di Duguit nella *Revue de droit public*, 1912, p. 181 ss.; 1921, p. 437 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dottrina del tempo di un eventuale sindacato di legittimità costituzionale da parte dei giudici comuni nell'ambito della costituzione francese della Terza Repubblica; problema di cui Carré de Malberg si è occupato ripetutamente nel corso dei suoi studi. Tema che ci interessa anche per i collegamenti che lo stesso presenta con le puntualizzazioni sopra ricordate di Carré de Malberg in ordine ai caratteri della « fonction juridictionnelle ».

Nella *Contribution*, Carré de Malberg denuncia come contraria agli ideali democratici di cui si professa seguace, la fragilità dello « statut individuel des citoyens » vigente in Francia ([97]); chè anzi questa è ai suoi occhi la carenza « plus grave » del sistema e, per il suo superamento, auspica una « réforme constitutionnelle ». Per una tale riforma non è adeguato a suo parere procedere a semplici modificazioni limitate, che egli scarta come di ridotta efficacia, se non addirittura controproducenti: l'unica via tecnicamente e ideologicamente funzionale gli sembra quella dell'adozione di una costituzione scritta e rigida, che venga a « consacrer » i « droits individuels » in modo specifico, cosicché i medesimi non vi siano « seulement affirmés » ma precisati « en de termes fixant exactement et en détail leur consistance, leurs effets et leurs conditions d'exercise ». Sarà così possibile stabilire « la séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif » e attuare, a garanzia della rigidità della costituzione, un apposito effettivo sistema di « vérification judiciaire ».

Malgrado l'adesione ad una simile linea di pensiero sul piano dell'« idéal » politico ed i connessi svolgimenti in sede di ingegneria politico-costituzionale, allorché Carré de Malberg compie le sue interpretazioni giuridiche, prende posizione drasticamente negativa contro le costruzioni sistematiche rivolte a sostenere l'ammis-

---

([97]) Cfr. *Contribution*, cit., II, p. 578 ss. in cui, tra l'altro, osserva: « La puissance du Parlement apparaît aujourd'hui comme spécialement forte en ce qui concerne la réglementation législative des droits individuels des citoyens: elle semble même indefinie à cet égard, étant donné que les lois constitutionnelles de 1875 ne s'occupent — ainsi que leur titre même l'annonce — que de l'organisation et des rapports des pouvoirs publics, et qu'elles ne formulent, au profit des Français, aucune garantie juridique, ni même aucune énumération ou déclaration de leurs droits opposables à l'État ».

Per le ulteriori citazioni nel testo v., specialmente, *Contribution*, II, p. 607 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sibilità di un controllo di costituzionalità da parte dei giudici comuni secondo il diritto positivo. Facendo leva sulla costituzione del 1875, critica sia la tesi che allo scopo considerava tuttora in vigore la Dichiarazione dei diritti del 1789 e attribuiva alla stessa un grado supremo nell'ordinamento; sia la tesi articolata su una asserita differenziazione tra leggi materialmente « fondamentales » e leggi materialmente « ordinaires »; sia la stessa tesi minimale che configurava il sindacato soltanto dal punto di vista formale per « rechercher si la loi a été ou non réguliérement faite en la forme ».

Pur rendendosi consapevole delle approfondite motivazioni che le sorreggono, Carré de Malberg ritiene non corrette tutte queste interpetrazioni sotto l'aspetto giuridico, perchè vengono a snaturare « par sa base même » il « système constitutionnel de 1875 » fondato sulla « tout-puissante » posizione del Parlamento, che è « non seulement organe suprême, mais encore, à proprement parler, organe souverain ». Correlativamente, bisogna tenere conto della « défiance traditionnelle entretenue en France contre le tribunaux », che se in altri settori è venuta con gli anni attutendosi sotto la pressione dell'attività pratica dei medesimi organi giurisdizionali, rafforzandone il ruolo, permane intatta ad avviso di Carrè di Malberg per quanto riguarda il controllo di costituzionalità, per la sfera in cui lo stesso incide, che determina « une immixtion, au moins indirecte, dans la puissance législative » (98).

Questi rilievi d'insieme trovano d'altronde appoggio, nell'argomentazione di Carré de Malberg, in puntuali dati normativi, nell'art. 127 del codice penale, che riallacciandosi espressamente ai princìpi costituzionali rivoluzionari, puniva i giudici, che si fossero « immiscés dans l'exercise du pouvoir législatif », e, specialmente, nell'art. 8 della Legge costituzionale 25 febbraio 1875, che collocando « le pouvoir constituant et le pouvoir législatif dans les mêmes mains » veniva a produrre ad avviso di Carré de Malberg l'« égalisation » fra leggi costituzionali e leggi ordinarie, facendo del Parlamento « le maître du pouvoir constituant » in ogni senso, anche sotto il profilo dei rapporti fra costituzione e leggi (99).

---

(98) Cfr., *Contribution*, cit., II, p. 580 ss., 610 ss. V., anche, I, p. 452 ss.

(99) Carré de Malberg insiste sulla derivazione storica dell'art. 127 del *Code pénal* in quel momento vigente da una serie di testi dell'epoca rivoluzionaria:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Per rinvigorire le sue argomentazioni, Carré de Malberg collega l'interpetrazione giuridica accolta anche a notazioni storico-poli-

---

dalla Legge 16-24 agosto 1790, secondo cui « les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif »; dalla Costituzione del 1791 e da quella dell'anno III, che contengono analoghe disposizioni. Ad avviso di Carré de Malberg questi testi, poiché il codice penale ha « reproduit littéralement sur ce point les idées et les tendances de la Révolution », hanno « fixé le droit public français en ce sens que les juges sont exclus de toute faculté d'apprécier la valeur des lois ou d'en refuser l'application pour quelque motif que ce soit, fût-ce même pour cause d'incostitutionnalité ».

Su tale derivazione storica cfr., nella storiografia attuale; BASTID, *Sieyès et sa pensée*, nouvelle édition, Paris, 1970, p. 613.

In quanto all'argomentazione basata sul testo dell'art. 8 della legge costituzionale 25 febbraio 1875, la stessa, sviluppata nella *Contribution* (II, p. 600 ss.) è ripresa e ulteriormente approfondita negli scritti successivi. Carré de Malberg perviene così alla puntualizzazione del seguente principio: « L'interprétation de la Constitution, d'après l'article 8, n'appartient et n'incombe qu'au Parlement. C'est de lui seul que relève la solution des difficultés qui peuvent surgir sur les limites du pouvoir législatif. En d'autres termes, c'est lui qui se trouve érigé en juge de la constitutionnalité de ses lois ». Perciò gli appare privo di consistenza il richiamo al « pouvoir qu'ont les juges de vérifier la légalité des règlements », osservando che « entre le cas du règlement attaqué comme illégal et celui de la loi dont la constitutionnalité est contestée, il n'y a aucun rapprochement possible »; giacché l'articolo 8, in corrispondenza al « régime de domination législative absolue du Parlement », che è « en réalité maître des lois constitutionnelles aussi bien que des lois ordinaires », viene a interdire ai giudici di « reprendre les questions de constitutionnalité une fois celles-ci tranchées par le vote législatif du Parlement » (cfr. *La constitutionnalité des lois et la constitution de 1875*, in *Revue politique et parlementaire*, 1927, pp. 342, 343, 344, 345, 346, 347). Per lui, in forza dell'art. 8, « le pouvoir législatif se trouve mis sur le même plan que le pouvoir constituant », in base ad un « abandon à peu près général d'un pouvoir auquel la Constitution de 1875 renonçait pour elle-meme » (cfr. *La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels*, in *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, 1929, pp. 156, 158), facendo così in modo che « le personnel parlementaire est maître de se trasformer de législateur ordinaire en constituant » (cfr. *Les modes d'action de l'État*, cit., p. 10.30-8).

Analizzando il ragionamento di Carré de Malberg su questo punto, il LAFERRIÈRE (*Manuel de Droit constitutionnel*, cit., p. 336 ss.), riconosce che il richiamo di Carré de Malberg all'articolo 8 della Legge costituzionale 25 febbraio 1875 venne a introdurre in tale « débat un élément nouveau », aggiungendo però che « malgré son ingénieuse subtilité, ce raisonnement ne convainc pas » e che « rien dans l'article 8 n'exclut le contrôle judiciaire sur l'exercise que le Parlement a fait de sa compétence législative. Si ce controle était exclu en France, c'était pour des rai-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tiche incentrate sulla effettiva strutturazione assunta dall'organizzazione costituzionale, per cui « le personnel parlementaire » ve-

---

sons étrangères à la Constitution de 1875 elle-même et qui, en realité, lui étaient antérieures ». In precedenza, il Waline, che come si è detto era particolarmente legato a Carré de Malberg, aveva, a sua volta, contestato (*Observations sur la gradation des normes juridiques établie par M. Carré de Malberg*, in *Rev. droit public*, 1934, p. 528 ss.) la pretesa *égalisation* fra leggi costituzionali e ordinarie asserita da Carré, sottolineando le particolari forme previste dall'art. 8, che non potevano non condurre a ritenere l'esistenza di « une hiérarchie entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires »; per cui il rifiuto dei tribunali di « vérifier la constitutionnalité de la loi » andava inquadrato quale « un déni de justice, se traduisant par le sacrifice systématique de la loi constitutionnelle à la loi ordinaire ».

Le osservazioni di Laferrière e di Waline sono ricche di fini spunti e, se ci si attiene al mero testo dell'art. 8, sarebbe difficile negare sul piano logico le conclusioni cui gli stessi pervengono in via deduttiva analizzandone il disposto. Ma la verità è che Carré de Malberg valuta l'art. 8 non isolatamente, e neppure nella semplice prospettiva formale degli altri articoli che compongono la costituzione del 1875; bensì nel contesto della proiezione storica e sociale di tale costituzione, approdata al « parlementarisme absolu ». Ed è sotto questa angolazione che Carré de Malberg può dare un significato più pregnante all'art. 8; significato che a distanza di tempo ci appare quello più aderente all'esperienza giuridica francese dell'epoca. Anche la critica dell'ESPOSITO (*La validità delle leggi*, ristampa inalterata dell'edizione del 1934, Milano, 1964, pp. 264, 265) che ritiene scorretta e forzata l'interpetrazione data da Carré de Malberg all'art. 8, e spiegabile solo con « il desiderio di dare un qualche fondamento alla tesi dell'incontrollabilità delle leggi », sembra partire da una visione ristretta della concezione di Carré de Malberg, la quale lo spinge a ridurre in termini troppo formali un ragionamento più articolato e complesso. Egualmente circoscritta nei presupposti da cui muove, la critica fatta valere dall'ESPOSITO (*op. cit.*, p. 61) contro il livellamento affermato da Carré de Malberg in ordine al rapporto fra leggi costituzionali e leggi ordinarie; tesi, ad avviso di Esposito, infondata in quanto la motivazione « che vi è a base, condotta alle logiche conseguenze, porterebbe, nientemeno, ad affermare che, poiché tutti gli atti dello Stato si riportano alla medesima fonte e cioè allo Stato, e la creazione attraverso organi diversi causa solo una diversità del procedimento di formazione, tutti gli gli atti dello Stato hanno il medesimo valore e ciascuno può contraddire ed eliminare la validità dell'altro ». Ma il discorso di Esposito, oltre a trascurare il peso decisivo assegnato da Carré de Malberg all'onnipotenza parlamentare, non tiene conto che il fulcro dell'argomentazione di Carrè de Malberg è dato proprio dall'analisi specifica che lo stesso compie delle « diversità del procedimento di formazione », che egli perviene a considerare, a conclusione del suo esame, del tutto apparenti, senza incidenza concreta nel tessuto vivente della costituzione francese. Analoghi rilievi possono farsi nei confronti delle critiche, sollevate in proposito contro l'impostazione di Carré de Malberg, da H. BERTHÉLEMY, *Les lois constitutionnelles devant les juges*, in *Revue politique et parlementaire*, 1925, p. 355 e dal DUEZ, *Le*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

niva esercitando i suoi poteri in materia con una « étendue indéfinie », sì che, anche ove i giudici avessero tentato di esercitare il controllo, « si haut placés et si fortement organisès qu'on les suppose, auraient vite fait de sentir leur absence d'autorité réelle en face et à l'encontre de la volonté maîtresse du Parlement », capace di « briser... sans grand peine » i tentativi di « résistance des tribunaux », articolabili sulla base di troppo « médiocres obstacles » ([100]).

---

contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France, in *Mélanges Hauriou*, Paris, 1929, p. 235.

Bisogna aggiungere che, se il livellamento fra leggi costituzionali e leggi ordinarie si lega nello svolgimento successivo della Terza Repubblica al ruolo dominante assunto dal Parlamento, esso trova un ulteriore fondamento, anche se diversamente improntato, pure nelle origini della Costituzione del 1875. « Puisque le but de ses auteurs était le passage aisé de la République à la Monarchie » a causa di simili prospettive politiche, « l'exemple britannique l'avait presque emporté sur la tradition française », cosicché nessun « obstacle véritable ne s'opposait à une modification constitutionnelle voulue par la reprèsentation nationale » (v. MATHIOT, *Les apports du droit comparé au droit constitutionnel français de 1870 à 1940*, cit., I, p. 170).

([100]) È sintomatico, nella prospettiva storica, che gli autori successivi pervengono a conclusioni analoghe. Così il BURDEAU, *Traité de science politique*, IV, Paris, 1969, p. 414 secondo cui « ni la situation politique, ni le prestige des juges ne leur permettait, en France, de s'associer à l'activité gouvernementale ». Analogamente BASTID, *Sieyès*, cit., p. 614, ad avviso del quale, alla magistratura francese difettava il « prestige voulu pour se livrer à la censure du Parlement », e, in una angolazione più generale; BERLIA, *La France et le gouvernement des juges*, in *La Justice*, cit., pp. 139, 146. All'epoca della costituente del 1946, in quel volumetto di saggi di vari autori rivolto a richiamare l'attenzione dell'opinione pubblica sui temi della riforma costituzionale in corso, *Refaites une constitution*, Paris, 1946, il Kopelmans affrontato il tema del *contrôle de la constitutionnalité des lois* (p. 271 ss.), nell'auspicare l'introduzione di una Corte costituzionale, concludeva anch'egli, in base all'esperienza della Terza Repubblica in modo eguale, notando che « la tendance fortement ancrée dans les milieux de la magistrature française la rend inapte è sortir des limites du juridique en s'opposant au besoin, à la puissance publique », tanto più che « l'opinion générale ne soutiendrait pas le juge en cas de conflit ».

Va detto che, laddove Henri Barthélémy fu uno dei più accesi sostenitori della ammissibilità del sindacato di costituzionalità da parte dei giudici comuni sotto la Terza Repubblica (v., oltre il saggio cit. *Les lois constituionnelles devant les juges*, lo studio *Les limites du pouvoir législatif*, in *Rev. pol. par.*, 1925, p. 355) Joseph Barthélémy si orientò in senso contrario. Egli tuttavia non ritiene che sul piano dei testi vi sia « un barrage juridique insurmontable » a tale sindacato, che per lui è da escludere in forza del peso della tradizione e specialmente perchè « le pouvoir

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Conseguentemente, a giudizio di Carré de Malberg, le tesi criticate, oltre a contraddire il diritto positivo, venivano, sotto un aspetto di efficienza funzionale, a suffragare una « innovation superflue et stérile », dal rendimento pratico sostanzialmente nullo « dans l'état actuel du droit public français » e anzi illusorio per i singoli che, con simili tutele, sicuramente « ne pourraient-ils pas compter sur une protection sérieuse de leur part contre les excès de pouvoirs du Corps législatif ».

Diversamente da Duguit e Hauriou, che avevano modificato il loro orientamento al riguardo, originariamente negativo, riconoscendo di essere stati « dans l'erreur » ([101]), Carré de Malberg anche negli anni successivi tiene ferma la linea argomentativa disegnata nella *Contribution*. Denuncia l'antidemocraticità del sistema politico francese, « singulièrement choquant pour tous ceux qui ont le sentiment de l'*État de droit* et qui aspirent à en assurer la réalisation intégrale pour la sûreté du droit individuel »; auspica, a ga-

---

judiciaire n'a pas, dans nôtre pays, le prestige necéssaire pour entreprendre la censure du Parlement, fût-ce sur le simple terrain de la legalité ». Inoltre a suo avviso, « en dépit de l'inamovibilité, le gouvernement, promoteur du pouvoir judiciaire, tient les juges dans sa main si ceux-ci n'ont pas renoncé à tout avancement » (BARTHÉLÉMY et DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1933, p. 219 ss.). Diversamente da Carré de Malberg, Barthélémy e Duez non auspicano *de iure condendo* l'introduzione di una Corte costituzionale; per essi è preferibile « organiser le Parlement de manière à réduire au minimum les chanches d'apparition de lois incostitutionnelles et à développer l'esprit de légalité en son sein » (*op. cit.*, pp. 207, 208, 218, 221, 226).

([101]) Hauriou, fino alla sesta edizione del 1907 dei suoi *Précis de droit administrafif*, aveva invero affermato che « l'autorité judiciaire n'a pas le droit d'apprécier la constitutionnalité des lois » (p. 320 della sesta edizione), posizione poi abbandonata, in base al rilievo di non comprendere le ragioni per cui non potesse riconoscersi al giudice della Terza Repubblica un potere esistente « dans les pays anglo-saxons ». In quanto a Duguit, v. *Traité de droit constitutionnel*, troisième edition, III, Paris, 1930, p. 724: « dans la première édition de cet ouvrage (I, p. 159) j'avais, après quelques hésitations, refusé aux tribunaux français le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois invoquées devant eux: j'étais dans l'erreur, et ajourd'hui j'accepte, sans hesiter, la solution que je viens d'exposer ». La posizione favorevole a riconoscere il sindacato da parte dei giudici comuni si appoggiava sugli orientamenti espressi dal Saint-Girons nel suo *Manuel de droit constitutionnel* (2ª edizione, Paris, 1885, p. 579 ss.) e da Thaller, Jalabert, Fardis nel rapporto pubblicato a cura della Società di Legislazione comparata *Étude sur les garanties judiciaires qui existent, dans certains pays, au profit des particuliers, contre les actes du pouvoir législatif*, in *Bulletin de la Societé de Législation comparée*, 1902, vol. 31, p. 176 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ranzia dei diritti di libertà, in termini ancora più decisi, una riforma costituzionale che introduca un effettivo sindacato di costituzionalità delle leggi; pone in risalto l'esigenza di riservare tale controllo, a causa della « gravité d'une question contentieuse de cette sorte », ad una « instance juridictionnelle » che sia « d'une qualité très haute, et surtout à une instance unique qui statuerait *erga omnes* »; ma continua a prendere posizione, con svolgimenti particolarmente attenti, contro quelle costruzioni scientifiche che si propongono di attenuare la chiusura in tale direzione del sistema « par voie d'évolution jurisprudentielle », una via che gli sembra preclusa in quanto, nella specie, verrebbe a collocarsi chiaramente « en dehors de la constitution ».

Appare interessante notare, poiché ci attesta ulteriormente l'acutezza del senso storico di Carré de Malberg, come egli, nel riaffermare, anche nei saggi successivi alla *Contribution*, il suo punto di vista, insista con forza sul peso ostativo della tradizione, che il giurista non può ignorare. Laddove gli stati, « qui se refont un droit public foncièrement nouveau, n'ont pas », diversamente che in Francia, « à tenir compte d'un passé dont le point de départ remonte à 1789 », bisogna considerare che « la mentalité du peuple français s'est formée, dès cette époque, à une école dont les enseignements lui présentaient les décisions législatives du Parlement comme l'expression de la volonté générale populaire », per cui, « à tort ou à raison, le peuple, chez nous, a pris l'habitude de voir dans ses assemblées parlementaires l'organe normal et qualifié par excellence de la souveraineté nationale ».

In questo contesto, il compito « d'introduire utilement dans nôtre régime » un meccanismo di « verification juridictionnelle garantissant la subordination et la conformité des lois à la Constitution » non è certo « une petite entreprise ». Occorre una « réforme complète de nôtre droit public organique et parlementaire », agganciata alle « réalités pratiques », strutturata in modo da « remonter un tel courant et de parvenir à renverser un passé dont la force politique est consolidée par de telles habitudes d'esprit » ([102]).

([102]) Cfr. *La constitutionnalité des lois et la constitution de 1875* (del 1927), cit., specialmente pp. 346 ss.; *La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels* (note présentée à la session de 1928 de l'Institut International de Droit Pu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nel ripercorrere a distanza di vari decenni la vicenda di un tale dibattito si potrebbe essere tentati, sotto l'impulso di frettolose valutazioni emozionali, di considerare negativamente la posizione minoritaria sul piano dottrinale assunta da Carré de Malberg, giustificando le critiche rivolte al suo tecnicismo, al suo positivismo giuridico anche a questo proposito.

Critiche che nella tensione delle polemiche ignorano perfino di registrare come Carré de Malberg, diversamente da altri autori, attestati, nel segno della tradizione, su una linea negativa in via assoluta e generalizzata, auspicasse nel contempo l'introduzione, attraverso una revisione costituzionale, di un organo apposito competente al « contrôle juridictionnel sur la constitutionnalité des lois » ([103]).

---

blic), cit., specialmente pp. 158 ss.; *La loi* (del 1931), cit., specialmente pp. 50 ss., 121 ss., 210 ss.; *Confrontation* (del 1933), cit., specialmente pp. 56 ss.; *Les modes d'action de l'État* (pubblicato l'anno della sua morte, nel 1935), cit., p. 10.30-8. Spunti sul tema si trovano anche in *Observations sur le fondement juridique de la force obligatoire de la loi*, in *Revista de Drept Public*, Bucarest, 1927, in *La distinction des lois matérielles et formelles et le concept de loi dans la constitution de Weimar* (del 1928), cit. p. 606 nota 3, in *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum* (del 1931), cit., p. 226 ss. In tale ultima opera, Carré de Malberg si sofferma anche sui vantaggi che l'introduzione del referendum costituzionale, accanto a quello legislativo, avrebbe portato al controllo di costituzionalità. D'altronde (p. 241), « quant au peuple lui-même, l'acceptation qu'il a pu faire de la loi adoptée par les Chambres ne mettrait pas nécessairement obstacle à la possibilité d'une intervention juridictionnelle portant sur la question de la constitutionnalité du texte législatif ».

([103]) Se si possono comprendere le ragioni che, nel fervore dei dibattiti di quel periodo, hanno portato gli oppositori di Carré de Malberg a sorvolare su questo aspetto del suo pensiero, suona strano il fatto che anche in anni recenti si usi d'ordinario fare riferimento alla posizione negativa di Carré de Malberg in ordine al sindacato da parte dei giudici comuni, tralasciando il suo impegno in favore dell'introduzione di una Corte costituzionale in Francia attraverso una riforma costituzionale. È fuorviante ad esempio il silenzio del Berlia che, proprio in una ricostruzione d'insieme storico-giuridica (*La France et le gouvernement des juges*, cit., p. 139 ss.), pur dando risalto alle idee di Carré, non fa alcun cenno al riguardo: « en effet, Carré de Malberg donna une forme juridique stable aux incertitudes de la dialectique révolutionnaire et la conception française de la souveraineté de la loi parut exclure tout contrôle de la constitutionnalité des lois parce que celui-ci eût conditionné la volonté nationale; tout se passe, un moment du moins, comme si c'était là la thèse officielle, orthodoxe du régime ».

In opposizione in genere ai fautori di una riforma per l'introduzione di uno

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma, in realtà, proprio la prospettiva storica sembra dimostrare anche in questo caso la viva sensibilità giuridica di Carré de Malberg. Con il proporre al giudice francese il modello del giudice statuni-

---

specifico sistema di controllo di costituzionalità (introduzione che era stata caldeggiata in Francia, fino dagli inizi del Novecento, sia nella dottrina sia nella prassi politica, con apposite iniziative tanto di leggi costituzionali che di leggi ordinarie in materia; e particolari echi avevano suscitato i progetti di Benoist e di Roche del 1903) era stato obiettato che le Camere non apparivano certo « disposées à aller à Versailles pour placer leur oeuvre législative sous le contrôle d'un juge », tentando di troncare il discorso alla radice.

Ma negli anni in cui appaiono gli scritti di Carré de Malberg che toccano il tema, dal 1920 al 1935, il problema della riforma costituzionale è all'ordine del giorno. La grande guerra, le modificazioni economiche, le vicende della politica mondiale, le trasformazioni costituzionali in Europa si ripercuotono vivamente nell'esperienza istituzionale della Terza Repubblica, provocando sia a destra, sia a sinistra, e anche al centro rinnovati auspici di riforme più o meno integrali. Come è stato scritto (AZEMA e WINOCK, *La IIIe République*, Paris, 1970, pp. 185 ss.), con il 1919 inizia il *déclin* della Terza Repubblica, la *chute* è già nell'aria, *la République s'enlise*. Né bisogna trascurare quel clima di entusiasmo e di rinnovamento intellettuale, di *effervescence idéologique*, che anima allora la Francia, che ha fatto definire quegli anni come *les années d'illusions* (cfr. CHASTENET, *Histoire de la Troisième République*, vol. V, Paris, 1960, pp. 7, 8), e che porta a considerare criticamente le stesse istituzioni politiche. Va anche detto che il periodo è contrassegnato, sul piano politico, da flussi e riflussi particolarmente caratterizzati con incisive dislocazioni delle forze politiche; il che rende il problema della riforma della costituzione effettivo e non meramente ideologico: dal *Bloc National* al *Cartel des gauches*, all'*Union Nationale*, al nouveau *Cartel des gauches*, alla « dictature du sourire » di Doumergue, con il suo programma di *réforme de l'État*. D'altronde Carré de Malberg è impegnato in favore della riforma della costituzione anche in riferimento ad altri punti del sistema, oltre che relativamente all'introduzione di una Corte Costituzionale: accanto agli scritti più tecnici sopra ricordati, v. il suo articolo, *Y a-t-il lieu de réviser les lois constitutionnelles?* (in *L'Alsace français*, VI, n. 145, 6 ottobre 1923, p. 915 ss.).

Appare anche opportuno non dimenticare che sia Hauriou, sia Duguit, mentre si pronunciano in favore dell'ammissibilità nella Terza Repubblica del controllo di costituzionalità da parte dei giudici comuni, si dichiarano contemporaneamente contrari, con valutazioni negative anche sul piano politico, all'eventuale introduzione in Francia di un sistema articolato su uno speciale tribunale costituzionale, le cui decisioni abbiano efficacia *erga omnes* (cfr. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3 ed., cit., III, pp. 715, 716, 725, 726, 727; HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2 ed., cit., pp. 277, 278, 281).

Sintomatico il modo con cui Duguit, che pur aveva avuto continui contatti con la letteratura statunitense, valuta l'intervento dei tribunali negli Stati Uniti al

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tense, con il ritenere che nell'ordinamento francese, nessun « empechêment » si opponesse a ricalcare l'esperienza statunitense in tema di sindacato di costituzionalità da parte dei giudici comuni, si veniva palesemente a trascurare la notevole differenza esistente tra la costituzione statunitense e quella della Terza Repubblica ([104]), dimenticando il significato della trama garantista di freni e contrappesi che fin dalle origini ha inciso sulle istituzioni statunitensi e nel cui quadro è potuta venire a svilupparsi con effi-

---

riguardo, rilevando che così come tutti gli « autres tribunaux », anche « la cour suprême » non può, « contrairement à ce que l'on dit souvent, prononcer l'annullation d'une loi: elle peut seulement décider que, la jugeant incostitutionnelle, elle refuse d'en faire l'application à l'espèce qui lui est soumise et dans laquelle elle est invoquée. Malgré cette decision, la loi reste intacte. Il est certain qu'il y a désormais un fort préjugé contre elle; mais théoriquement et juridiquement, elle garde toute sa force jusqu'à ce que le Congrès l'ait abrogée ». Una presa di posizione, su cui ha indubbiamente influenza il desiderio di dimostrare meglio la possibilità di estendere alla Francia il modello dell'esperienza statunitense, ma di certo non realistica se rapportata all'effettiva dimensione del sistema politico degli Stati Uniti di quel tempo.

([104]) Di contro a Duguit e Hauriou che ravvicinano l'esperienza francese al modello degli Stati Uniti, Carré de Malberg sottolinea in modo specifico le differenze fra i due sistemi e le diverse tradizioni. Cfr. *Contribution*, cit., II, p. 607 ss.; *La constitutionnalité des lois*, cit., p. 349 ss.

È opportuno tenere presente che Carré de Malberg si avvale in argomento degli studi particolarmente vivi del Larnaude, che fino dagli inizi del secolo aveva escluso l'ammissibilità in Francia del sindacato di legittimità costituzionale da parte dei giudici comuni, ponendo in risalto le differenze fra la realtà costituzionale francese e quella statunitense e accentuando la mancanza in Francia di una organica costituzione (*Étude sur les garanties judiciaires contre les actes du pouvoir législatif*, in *Bulletin de la Societé de Législation comparée*, 1902, vol. 31, p. 222 ss.; *La séparation des pouvoirs et la justice en France et aux États-Unis*, in *Revue des idées*, 1905, p. 336 ss.). In questa linea v. ora, sotto un'angolazione storica, i rilievi del BURDEAU, *Traité de science politique*, cit., IV, p. 414, secondo il quale l'esperienza statunitense avrebbe dovuto « avvertir le partisans du contrôle juridictionnel qu'un tel pouvoir n'appartient pas d'office aux juges et que, si les Cours américaines ont pu, en fait, s'en arroger l'exercise, ce n'est pas, comme on tend ingénuement à la faire croire, parce qu'il est le prolongèment naturel de la fonction de juger, c'est en tant qu'élément de ce système de freins et de contrepoids — checks and balances — qui, au terme d'une longue évolution, caractérise la constitution, textes et coutumes, américaine ». Per analoghi rilievi, nella dottrina della Terza Repubblica, cfr. BARTHÉLÉMY e DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, cit., p. 225.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cacia l'attività dei giudici a livello costituzionale. Del resto è indicativo, sempre nella prospettiva storica, che nessun giudice francese abbia accolto la raccomandazione della dottrina a riconoscersi competente a « refuser d'application toute loi incostitutionnelle », che il principio di « intangibilité » delle leggi da parte dei *tribunaux* sia rimasto nella prassi, secondo l'espressione di Carré de Malberg, « absolu et inflexible »; le medesime decisioni che nel fervore del dibattito furono allegate come esempio in senso divergente di sindacato sostanziale di costituzionalità appaiono oggi ad una lettura più pacata orientate secondo l'indirizzo consolidato ([105]).

Indipendentemente dagli argomenti legati alla specifica struttura della costituzione francese, imperniati sul valore « supérieur et intangible » assegnato alla legge quale espressione della supremazia del Parlamento, davanti alla cui volontà « tout doit plier dans l'État », nel rispetto di una « puissance de domination absolue », che egualmente « s'étend sur la constitution comme sur les lois ordinaires », anche gli argomenti più tecnici addotti da Carré de Malberg rivelano l'acutezza del suo ragionamento. Così la peculiare dimensione costituzionale attribuita al controllo di legittimità costituzionale, in contrasto con chi identificava integralmente la struttura del giudizio comune e di quello costituzionale, ritenendoli ambedue racchiusi in pieno « dans le contentieux »; così la prospettiva conseguenziale della necessità di un « plus élevé degré » politico-costituzionale dell'organo competente e di una particolare forza della decisione con effetti « *generaliter* », al di fuori della tipologia della sentenza « d'espèce » operante caso per caso ([106]).

([105]) V. in tal senso PRÈLOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1963, p. 215; LAFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, cit., p. 335 ss. e, soprattutto, BATAILLER, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, Paris, 1966, p. 167 ss. con attenta analisi della giurisprudenza ordinaria e amministrativa.

Del resto, per una recisa contestazione dei c. d. precedenti indicati dagli autori favorevoli all'ammissibilità del controllo, sottolineando l'arbitraria forzatura delle interpetrazioni addotte, v. già ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8ª edizione riveduta da Nézard, Paris, 1927, II, p. 640 ss. Cfr., altresì, BLONDEL, *Le contrôle juridictionnel de constitutionalité des lois*, Paris, 1928, p. 250 ss., nonchè LAROQUE, *Les juges français et le contrôle de la loi*, in *Rev. dr. publ.*, 1926, p. 724.

([106]) Mario Einaudi, facendo riferimento alla polemica fra lo Schmitt e il Kelsen sul controllo di costituzionalità, che l'uno voleva affidato al Presidente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Per Carré de Malberg il controllo di costituzionalità delle leggi tocca in maniera « complète » l'essenza stessa della forma di governo e degli equilibri costituzionali ([107]) ed è perciò che egli, nel-

della Repubblica e l'altro a un *Verfassungsgerichtshof*, ha avuto modo di notare (*Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Torino, 1931, p. 10 ss.) come ambedue questi autori, articolando il controllo di costituzionalità specialmente in termini di bloccaggio di un potere da parte di un altro, non abbiano inteso fino in fondo, negli scritti di quel periodo, il peculiare significato dell'esperienza costituzionale statunitense al riguardo, che appare sorretta da un'ispirazione più intensamente garantista, in connessione al valore essenziale assegnato alla costituzione, nel quadro della tradizione giusnaturalistica.

Se noi poniamo a confronto le notazioni di Carré de Malberg con quelle contemporanee di SCHMITT (*Der Hüter der Verfassung*, (1931), Tübingen, 1969), e di KELSEN (*La garantie juridictionnelle de la Constitution*, in *Rev. dr. pubbl.*, 1928, p. 197; *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Berlin, 1931), ne ricaviamo l'impressione che Carré de Malberg, anche se le sue notazioni sono schematiche e meno elaborate, consideri l'istituto sotto un'angolazione più vasta, di quella da cui muovono Schmitt e il medesimo Kelsen, e contempli inoltre in modo più realistico l'inserirsi del sindacato di costituzionalità nel quadro di un regime parlamentare.

La linea di Carré de Malberg orientata nel senso che la decisione sulla costituzionalità delle leggi, emessa da una particolare « instance juridictionnelle unique », debba avere efficacia « *erga omnes* », si riallaccia d'altronde, nell'evoluzione storica francese, alle argomentazioni del Sieyès favorevoli ad un *Jury constitutionnaire*, le cui statuizioni avrebbero dovuto avere « effet erga omnes »; cfr. BASTID, *Sieyès*, cit., p. 608, il quale pone in luce anche le affinità tra le concezioni di Sieyès e quelle di John Marshall. Va aggiunto che il Bastid, nel collegare all'opera di Marshall l'effettivo inserimento del « principe du contrôle » nel tessuto costituzionale dell'« Amerique », considera come unica esperienza precedente, stimolante in tale direzione, solo gli esempi degli « états particuliers de l'Union », che giudica « peu connus et insusceptibles par eux-mêmes d'un grand rayonnement », ed adombra la tesi favorevole ad attribuire perciò una piena originalità a Sieyès e agli altri che in Francia, tra il 1789 e il 1795, avanzarono idee in tal senso (*op. cit.*, p. 431 ss.; 607 ss.), trascurando la diffusione in Francia del *Federalist*; elemento, in base al quale è invece da pensare ad un giuoco di influenze reciproche più complesse. Sugli intensi contatti in quegli anni fra gli ambienti rivoluzionari francesi e quelli americani cfr. GODECHOT, *Les Révolutions 1770-1799*, Paris, 1963, p. 103 ss., 211 ss. Sulla traduzione in francese del *Federalist*, subito dopo la sua pubblicazione, v. TAY, *Le régime présidentiel et la France*, Paris, 1967, p. 27. Per richiami diretti di Carré de Malberg al pensiero di Sieyès sul tema, cfr. *Contribution*, cit., II, p. 616; *La sanction juridictionnelle*, cit., p. 153 ss.; *La loi*, cit., p. 125 ss.

([107]) Con riferimento agli influssi esercitati da questi dibattiti negli anni successivi, bisogna notare come su questa correlazione fra forma di governo, struttura degli organi di indirizzo politico e compatibilità o meno di un sindacato di costitu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'interpretare il diritto vigente, esclude dal campo della *fonction juridictionnelle* in Francia non soltanto il controllo materiale della legittimità costituzionale, bensì anche quello « au point de vue de la forme », reputando anche in tal caso sussistenti i medesimi problemi istituzionali ([108]); a parte la difficoltà da lui sottolineata di distinguere in concreto i vizi di forma da quelli di sostanza e indipendentemente dal fatto che, nella sua prospettiva, pure l'incostituzionalità sostanziale avrebbe comunque potuto venire a configurarsi sotto un profilo di regolarità procedurale.

---

zionalità affidato « à une instance d'une qualité très haute » (secondo la formulazione di Carré) si insistette molto sia nella prima, sia nella seconda Assemblée Constituante, nel 1945-1946, come risulta dai verbali delle relative *séances*. E proprio in questa prospettiva, il rilevante ruolo assegnato al Parlamento ebbe a sollecitare le scelte in senso negativo sia del *Projet d'Avril*, sia della Costitusione.

Un accenno ad echi del pensiero di Carré de Malberg nelle idee avanzate durante la Resistenza dal M.R.P., di ispirazione cristiana e favorevole al controllo di costituzionalità delle leggi, in LEMASURIER, *La constitution de 1946 et le contrôle juridictionnelle du législateur*, Paris, 1954, p. 49.

([108]) Diversamente da altri autori che, pur negando un controllo sostanziale di legittimità costituzionale da parte dei giudici comuni nell'ordinamento della Terza Repubblica, erano portati a ammettere un sindacato formale per verificare se la legge « ne remplissait pas les conditions requises pour la formation des actes legislatives, par exemple si elle n'avait pas obtenu la majorite des voix dans l'une ou l'autre Chambre » (v. LARNAUDE, *Étude sur les garanties judiciaires*, cit., p. 220; ESMEIN, *Élements de droit constitutionnel*, cit., I, p. 642 ss. che limita il controllo ai casi di *nullité absolue*; NÉZARD, nota 127 a p. 642 degli *Élements* d'Esmein vol. I, con indicazione di numerose ipotesi), Carré de Malberg ritiene una simile impostazione contraria alla realtà del « système actuel du droit public français », in cui, a suo avviso, « le juge doit s'en remettre à la promulgation quant à la forme, tout comme il est tenu de se soumettre à la volonté du Corps législatif quant au fond », poiché è « à l'autorité chargée de promulguer et à elle seule qu'est conféré le pouvoir de vérifier l'existence de la loi ». E, anche rispetto alla promulgazione, egli adotta un'interpetrazione limitata, a confronto delle altre sostenute in dottrina, considerandola rivolta solo a verificare se « la loi a été délibérée d'abord, puis adoptée par les Chambres », indirizzata quindi « moins sur les formes de la delibération que sur sa conclusion, adoption ou rejet » (*Contribution*, cit., I, p. 452 ss.; II, 611 ss.).

È da tenere presente che, nella giurisprudenza del tempo, gli organi giudiziari si rifiutarono di dare un significato effettivo anche al controllo di costituzionalità formale; il medesimo controllo « d'existence » fu inteso come « un simple contrôle d'existence matérielle et non d'existence juridique. La régularité formelle de l'acte voté par le Parlement n'est pas contrôlée: il suffit qu'il émane de l'organe législatif » (cfr. BARATIER, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, cit., p. 168 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nella giurisprudenza del tempo l'orientamento in senso negativo viene articolato facendo particolarmente riferimento al principio della separazione dei poteri, che « interdit au juge de contrôler la validité de la loi ». Con perspicacia Carré de Malberg non utilizza un simile motivo, osservando che il principio stesso « impliquerait bien plutôt l'égalité, devant la Constitution, de l'autorité judiciaire et du Corps législatif, et, par suite, le droit pour le juge de contrôler la validité constitutionnelle des lois » ([109]): anche « le principe de la séparation des pouvoirs » lo rafforza così nel suo convincimento che, per realizzare un effettivo controllo di costituzionalità, occorre dare un'adeguata solidità istituzionale all'organo investito della relativa giurisdizione e alla sua attività.

A causa di quella che Carré de Malberg definisce « la brièveté » o « l'indigence de la Constitution de 1875 », rilevando come la stessa nel suo esiguo contenuto e nel suo fragile spessore mal si prestasse a formare un adeguato parametro per il controllo di costituzionalità (ed è anche con la prospettiva di tale diretta esperienza storica

---

([109]) Cfr. *Contribution*, cit., II, p. 610. V. anche *La constitutionnalité des lois*, cit., p. 346, in cui, Carré de Malberg nel ribadire il suo punto di vista contrario a qualsiasi sindacato di costituzionalità, sia sostanziale sia formale, da parte dei giudici comuni, lega la conclusione in modo particolare al fatto che, nella costituzione del 1875, questi pur dando luogo ad una « troisième fonction » dal punto di vista formale, non sono riusciti in realtà ad assumere la struttura di « une troisième autorité égale ou seulement comparable ». Facendo sempre riferimento al diritto positivo francese, Carré de Malberg dà particolare risalto alla valutazione del significato assunto dal principio della separazione dei poteri nell'ordinamento francese del tempo. E poichè il principio stesso è venuto piuttosto conformandosi, a causa del rilievo essenziale del Parlamento, che « possède la puissance la plus haute », come « un système de gradation des pouvoirs », ne deriva che, quantunque la « distinction » della « fonction juridictionnelle » dalle « autres fonctions étatiques » si connetta « directement à l'ordre d'idées d'où Montesquieu déduit son système de séparation des pouvoirs », malgrado la riconosciuta autonomia funzionale della funzione stessa relativamente a « ses éléments formels », non ostante lo sforzo compiuto dai giudici rivolto a valorizzare la loro posizione anche come « un corps autonome », non può però parlarsi rispetto alla *fonction juridictionnelle*, nel quadro complessivo delle istituzioni della Terza Repubblica, di « égalité des organes » (cfr., anche, *Contribution*, cit., II, p. 112 ss.). Per un accenno alle idee di Carré de Malberg sull'argomento, a confronto con la teoria di Montesquieu, v. EISENMANN, *L'« Esprit des Lois » et la séparation des pouvoirs*, in *Mélanges Carré de Malberg*, cit., p. 163 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che egli auspica, nel modo che abbiamo visto, l'adozione di una costituzione rigida adeguatamente articolata), i fautori del sindacato di costituzionalità da parte del giudice comune nell'ordinamento della Terza Repubblica furono spinti ad allargare il tessuto della costituzione, facendo ricorso a una nozione di costituzione materiale sociale che, ad esempio nella impostazione dell'Hauriou, si identificava con « les principes fondamentaux du régime ... constituent une sorte de légitimité constitutionnelle, qui prend place au-dessus même de la Constitution écrite » ([110]).

Con riferimento alle linee di fondo del pensiero di Carré de Malberg, si comprendono quindi i motivi della sua preoccupazione dinanzi a un simile indirizzo dottrinale, che sovente viene a svolgersi entro un'angolazione giusnaturalistica e che contribuisce a rinsaldarlo nelle sue prese di posizione negative: egli diffida espressamente dell'idea di « principes ... non inscrits dans la Constitution... formant la base implicite de tout notre système de droit public », di un « super-droit planant bien au dessus des formules textuelles »; teme la possibilità che i giudici possano « mettre les lois hors d'application » facendo valere « des causes d'invalidation tirées de principes ou de préceptes dont ils seraient maîtres de dresser la liste et d'établir la supériorité en vertu de leur libre appréciation ».

([110]) Cfr. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 1ª edizione, Paris, 1923, p. 298. V. anche DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2ª edizione, Paris, 1923, III, p. 660: « je prends l'expression de loi incostitutionnelle come synonyme de loi contraire au droit superieur écrit ou non écrit » (con identica formulazione, v. anche la terza edizione del 1930, III, p. 710). Cfr., altresì, JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, 2ª edizione, Paris, 1914, p. 220, che pone come parametro del sindacato di costituzionalità i « sentiments de justice », « les idées modernes de droit et de justice », il « bon sens » e « la morale politique » (dello stesso cfr. altresì, *L'immunité fiscale des titres de la dette publique*, in *Revue de science et de législation financières*, 1923, p. 304; *Le contrôle juridictionnel des lois*, in *Rev. dr. pubbl.*, 1924, p. 389).

Per le critiche di Carré de Malberg a simili impostazioni, che egli menziona in generale, senza riferimenti diretti, v. *La constitutionnalité des lois*, cit., p. 340 ss.; *La Loi*, cit., p. 122 ss. Analoghe critiche a tale nozione di costituzionalità materiale, non connessa a princìpi « inscrits dans la Constitution », come parametro del giudizio di costituzionalità, formula anche l'ESMEIN (*Éléments du droit constitutionnel*, cit., I, p. 644): « Des lors, le domaine constitutionnel, s'étend dans le vague et à l'infini: il n'est plus une seule loi qui... puisse échapper au contrôle du juge et être mise à néant par lui ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Altro elemento da tenere presente è il clima politico in cui spesso si muovono queste rivendicazioni in favore del sindacato di legittimità costituzionale da parte dei giudici comuni ([111]). Esse tendono

([111]) Va aggiunto che le stesse istanze per una riforma costituzionale nel senso di introdurre un apposito organo giurisdizionale competente in materia partono soprattutto da destra. Su ciò ha influenza la tradizione democratica che esalta il ruolo del Parlamento; pesa l'esperienza negativa del *Sénat conservateur*, gravano anche gli echi negativi della pubblicazione nel 1921 dell'opera di Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges*, che denuncia le gravi ingiustizie sociali provocate da alcuni interventi della Corte Suprema statunitense, in tema di lavoro e di legislazione anti-trust, per cui la stessa viene considerata « la gardienne de l'ortodoxie économique ». V., per puntuali indicazioni, LEMASURIER, *La constitution de 1946 et le contrôle*, cit., p. 21 ss., cfr. anche PINTO, *La crise de l'État aux États Unis*, Paris, 1951, p. 121; e, per la persistenza di simile orientamento, BERLIA, *Le gouvernement des juges*, cit., p. 141, il quale, scrivendo nel 1961, dopo avere osservato che « un véritable clivage de l'opinion française se produisit et que, dans les dernières années du régime (si riferisce alla Terza Repubblica), le contrôle de la constitutionnalité des lois était tenu comme un facteur de stabilité sociale ou de conservatorisme social, selon les convictions de chacun », conclude nel senso che, del resto « est dans la nature du contrôle de la constitutionnalité des lois d'être conservateur et volentier quelque peu antidémocratique ». Carré de Malberg invece, come mettiamo in risalto nel testo, articola la sua proposta di riforma al riguardo, in collegamento con una auspicata revisione più ampia delle strutture statali, in modo da sviluppare la partecipazione diretta e indiretta del popolo e rendere più dinamico il circuito dei processi decisionali politici nell'apparato di governo (v., *La Loi*, cit., p. 292 ss.; *Considerations théoriques*, cit., p. 237 ss.), ed insiste sulla necessità di un'adeguata approfondita preparazione politico-culturale dell'« esprit public », così da non rompere troppo bruscamente con quelli che chiama « nos concepts et nos institutions » tradizionali e non incidere sulla « volonté du peuple français (v. *La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels*, cit., pp. 159, 160, 161). Abbiamo già sottolineato la cautela, con cui Carré de Malberg elabora la sua argomentazione, concentrando il suo discorso al riguardo sopratutto sull'aspetto polemico (per contestare le dottrine rivolte a sostenere l'ammissibilità nel quadro della costituzione del 1875 di un controllo di legittimità costituzionale da parte dei giudici comuni) e propugnando in margine, *de lega ferenda*, e, indirettamente anche per rafforzare la propria interpretazione *de lege lata*, l'introduzione in Francia di una corte costituzionale. Una tale cautela, se dovuta specialmente alle indicate ragioni metodologiche, di non sovrapporre il profilo giuridico e il profilo politico, può ritenersi in parte anche legata ad una motivazione che possiamo definire psicologica; causata dal volersi differenziare e distanziare, pure nel tono, da quelle voci che auspicavano l'avvento di una Corte speciale costituzionale in termini drastici e aspri, in recisa polemica contro « le régime ». Non è pertanto possibile confusione — è chiaro che siamo su versanti diversi — fra il tono equilibrato e tecnico con cui Carré de Malberg costruisce il suo ragionamento ne *La constitutionnalité des lois et la constitution*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a collegarsi ai risentimenti antiparlamentari più accesi, a raccogliere l'eco di quelle aspirazioni di conservazione sociale tanto lu-

---

de 1875, saggio pubblicato nel 1927, e gli accenti che animano nel medesimo 1927 i decisi interventi di Raphaël Alibert, l'esponente di punta de *Le Redressement Français*, che auspica la creazione di una *Cour Supreme*, competente per il *contrôle de constitutionnalité des lois*, i cui membri siano nominati dal Presidente della Repubblica scegliendoli fra i soli magistrati, al fine di « rendre au Pouvoir Judiciaire le prestige, l'indépendance, la force qui lui permettent de recourir à la *mission civilisatrice de l'État* » (cfr. *Le Redressement français*, maggio 1927, Cahier degli Atti del primo congresso, p. 18). Nel diagramma di queste vicende, appare opportuno ricordare che Raphaël Alibert, giovane giurista che aveva iniziato i suoi studi con un volume su *Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir* edito a Parigi nel 1926, dopo essere stato componente nel 1935 di quel *Comité technique pour la Réforme constitutionnelle*, di forte intonazione conservatrice ma altamente specializzato — ne facevano parte, tra gli altri, Joseph Barthélémy, Laferrière, Lavergne, Mirkine-Guetzévitch — che ha influenzato molto il costituzionalismo successivo, fu insieme a Joseph Barthélémy, consulente costituzionale e giuridico del Maresciallo Pétain nel periodo di Vichy, contribuendo, anche come ministro della Giustizia, all'elaborazione del *Projet de constitution Pétain*, che prevedeva una *Cour suprême de justice*, incaricata di giudicare in via esclusiva sulle eccezioni di incostituzionalità sollevate nel corso dei giudizi comuni, con effetti però « dans l'espèce » (per le vicende del *Projet Pétain*, annunciato da Pétain nel 1943, ma mai ufficialmente promulgato, cfr. LAFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, cit., p. 855 ss.; per il testo, v. DUVERGER, *Constitutions et documents politiques*, Paris, 1971, p. 167 ss. Sui caratteri di questo progetto di costituzione rivolto a restaurare « le sens de l'État », v., altresì, PAXTON, *La France de Vichy 1940-1944*, Paris, 1973, p. 186, il quale dà notizia anche dell'attività svolta da Alibert, come membro del governo, con Pétain). Di Raphaël Alibert si guardi altresì il saggio *L'Autorité, garantie réelle des libertés*, apparso nel 1935 nel volume decimo dell'*Encyclopédie française*. Circa l'influenza dei lavori del Comitato tecnico per la riforma dello Stato, creato nel 1935, — pubblicati a Parigi nel 1936 con il titolo *La France de demain, son gouvernement, ses Assemblées, sa justice: texte du Comité technique pour la réforme de l'État* — oltre che sul Progetto Pétain, su alcuni documenti costituzionali della Resistenza, sulle costituenti francesi del 1945-1946, e soprattutto sulla preparazione della costituzione della Quinta Repubblica, cfr. WAHL, *Aux origines de la nouvelle constitution*, in *Revue fr. de science politique*, 1959, p. 60 ss., che, al riguardo, inoltre, osserva: «les progressistes de 1910, l'élitè réformatrice de 1914-1930, Gaston Doumergue et André Tardieu, Joseph Barthélémy et le régime de Vichy, M. Capitant, M. Debré, la résistance nationaliste, le R.P.F. et la constitution de 1958 ont tous essayé de limiter ce qu'ils ont souvent appelé la *souveraineté parlementaire* ». Più riservato a proposito dell'influenza dei lavori di tale *Comité* del 1935 è il giudizio di David THOMSON, *Democracy in France since 1870*, Oxford, 1969, p. 280 ss.; mentre per l'HALBECQ, *L'État, son autorité, son pouvoir*, cit., p. 356, rileggendo que-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cidamente inquadrate da Maxime Leroy: « Le pouvoir du juge, c'est le fait des Monarchies; le pouvoir de la Loi, c'est le fait des Républiques » ([112]). Non è possibile non considerare che l'accesa battaglia di Hauriou, che prende le mosse dai casi Winkell, Tichit e Heyriès mira a contrastare la libertà di sciopero nel settore dei pubblici servizi in forza di un asserito principio costituzionale implicito della « continuité nécessaire du service public » rapportato all'essenziale presupposto per cui « la grève c'était de l'état de guerre »; principio, alla cui stregua, egli ritiene debba reputarsi parzialmente inoperante il diritto di difesa, assicurato dalla legge agli addetti ai pubblici servizi, nel corso di procedimenti disciplinari originati dalla partecipazione a uno sciopero ([113]).

---

sti atti nel 1965, « on est frappé par cette évidence, que le débat ne s'est guère renouvelé depuis lors ».

([112]) LEROY, *La Loi. Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie*, Paris, 1908, p. 89.

([113]) Cfr. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929 d'après les notes d'arrêts du Recueil Sirey*, Paris, 1929, I, p. 78; III, pp. 143, 154, V., altresì, per un inquadramento d'insieme di questi casi, *Précis de droit constitutionnel*, 2ª ediz., cit., p. 284 ss. I casi Winkel, Tichit, Heyriès riguardavano la mancata osservanza della Legge 22 aprile 1905, la quale, all'art. 65, imponeva « la communication du dossier aux fonctionnaires avant toute mesure disciplinaire ». In proposito, è da aggiungere che fino dai *Principes de droit public*, Hauriou aveva denunciato come una capitolazione della democrazia il riconoscimento alla classe lavoratrice del « droit de rompre la paix sociale et de déclarer d'une façon autoritaire une petite guerre civile », prendendo netta posizione contro lo sciopero. Riguardo a questo atteggiamento di Hauriou, lo SFEZ, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, cit., p. 240, sostiene che, nell'interpretazione assunta da Hauriou, è stato « une donnée relevant de la science administrative et politique, qui a commandé l'analyse juridique », e ritiene che « les méthodes d'interprétation d'Hauriou » sono su questo punto « très continues et très cohérentes »; progressivamente sempre più dominati dal criterio della « bonne marche du service » e dalla « nécéssite d'accorder à l'Exécutif une bonne marge de manoeuvre ». Hauriou effettivamente pervenne negli anni venti a riconoscere quella che egli definiva « la primauté du pouvoir exécutif », e a configurarla quale primato del « Président de la République complété par les ministres et par le conseil des ministres » (*Précis de droit constitutionnel*, cit., 1ª edizione 1923, p. 379; 2ª edizione 1929, p. 385; con sviluppi sul punto più dettagliati nella prima edizione), affermando di conseguenza che il « renforcer le pouvoir exécutif » e il collegarsi dello stesso con « le peuple » tramite « des relations directes », era a suo avviso indispensabile « pour éviter le fascisme que pour éviter le boschevisme ». Su Hau-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nell'evoluzione storica della Terza Repubblica, il momento più noto, sul piano politico, del dibattito sul controllo di legittimità costituzionale da parte dei giudici comuni è lo schieramento favorevole, sul quotidiano *Le Temps*, di Henry Berthélemy, Beudant, Duguit, Hauriou, Mestre, Moye, Moreau ([114]), che

---

riou come *precursore* della Quinta Repubblica, a cui avrebbe fornito le « clefs de la vie constitutionnelle », v. SFEZ, *Maurice Hauriou et l'avènement des exécutifs forts dans les démocraties occidentales modernes*, in *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, cit., p. 113 ss. Ma in proposito non va dimenticato che, se già nei *Principes de droit public* (1ª edizione, Paris 1910, p. 418 ss.) Hauriou scriveva che « la santè constitutionnelle de l'État n'existe aussi que lorsque l'autonomie du gouvernement est reconnue », egli impostava in quel tempo il suo discorso in modo diverso, in quanto contestualmente teneva a ribadire che tale « libre jeu » del governo avrebbe dovuto sempre svolgersi « sous le contrôle de la nation », poiché « les garanties constitutionnelles n'existent que lorsque la nation est plus forte que son gouvernement ». La ragione dell'ostilità verso lo sciopero anche nella prima fase del pensiero di Hauriou, allorchè l'intonazione delle sue argomentazioni era più democratica, va quindi probabilmente cercata non nelle motivazioni indicate dallo Sfez, ma piuttosto in quelle « interpénétration » e « collaboration » armoniche, in quell'« équilibre entre des éléments contradictoires », che egli presupponeva allora come il connotato essenziale caratterizzante le strutture delle istituzioni, e perciò dello stesso stato. Nel periodo successivo resta l'ostilità verso lo sciopero, ma varia la motivazione di fondo, come emerge anche dalla tonalità più dura e radicale del suo orientamento critico al riguardo.

([114]) L'*enquête*, che raccoglie le opinioni di numerosi giuristi, viene svolta da *Le Temps* nel novembre-dicembre 1925 ed è occasionata dalla sentenza del 23 ottobre 1925, con cui il *Tribunal de la Seine* rifiuta di pronunciare l'incostituzionalità della c.d. Legge Rochette come richiesto dall'imputato Ratier. Il vice-presidente Ratier è difeso da Paul Reynaud, che ha come consulenti esperti in diritto costituzionale, Henri Berthélémy Decano della Facoltà di Diritto di Parigi; Duguit Decano a Bordeaux; Hauriou Decano a Tolosa (cfr. FABRE, *Principes républicains de droit constitutionnel*, Paris, 1967, p. 178) e che, come si è detto, prendono parte all'*enquête*. Per Duguit la legge 23 marzo 1914 è incostituzionale perchè urta contro il principio della laicità dello stato e contro la libertà religiosa, con il richiedere il giuramento in sede giudiziaria (*Le Temps*, 19 novembre 1925). Anche Paul Reynaud partecipa all'*enquête*, allargando il tema della discussione: « Demain, une majorité socialiste pourrait décider une enquête sur la fortune et les affaires privées de chaque parlementaire » (*Le Temps*, 14 novembre 1925).

A sua volta Hauriou, intervenendo nel dibattito (*Le Temps*, 29 décembre 1925), fece notare che la vasta eco del caso Ratier dimostrava come il tema del controllo di costituzionalità fosse *une sérieuse question* e non più *une amusette pour juriconsultes*. Nel *Précis de droit constitutionnel*, 2ª edizione, cit., p. 289, riesaminando la vicenda,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prende le mosse dal caso del vice-presidente del Senato Ratier, che era stato sottoposto a giudizio penale per essersi rifiutato di prestare giuramento di fronte ad una commissione parlamentare d'inchiesta per brogli elettorali, adducendo l'incostituzionalità della Legge c.d. Rochette del 23 marzo 1914 sui poteri delle commissioni di inchiesta.

Siamo nel 1925. Dopo la formazione alla Camera dei Deputati della maggioranza basata sul *Cartel des Gauches* e la *démission forcée* del Presidente della Repubblica Millerand, la Francia è scossa da profonde lacerazioni ed i gruppi conservatori, tra cui l'*Alliance démocratique*, di cui è organo *Le Temps*, sviluppano una « campagne systématique » contro il governo di sinistra in carica ([115]). Anche in sede politica si auspica che l'intervento dei giu-

---

la chiama « héroi-comique » e riafferma l'incostituzionalità della legge 23 marzo 1914, in quanto a suo parere, viola il principio della « séparation entre le pouvoir déliberant et l'autorité judiciarie », con grande danno « des témoins qui sont tenus de prêter serment devant la commission parlementaire ». Particolare risalto egli dà, nel contesto del ragionamento, anche al tema della libertà religiosa e al principio costituzionale dell'*égalite devant l'impôt*, in base al quale ritiene incostituzionale « la nouvelle législation ... qui a pour résultat d'exonérer de tout impôt direct d'État près de la moitié des citoyens ». In argomento, cfr., anche, DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3ª edizione, cit., p. 635, che conclude analogamente: « que certains citoyens ne paient pas d'impôt du tout, il y à là une atteinte certaine à la loi d'égalité », dato che « tous les membres du corps social profitent des services sociaux ».

Sulla politica finanziaria del *Cartel des gauches* e sul « programme financier établi par Vincent Auriol qui sema l'épouvante chez les capitalistes grands et petits » cfr. CHASTENET, *Histoire de la troisième république*, cit., V, p. 131 ss.; v., altresì, NÉRÉ, *La troisième République 1914-1940*, Paris, 1967, p. 55 ss. sulle emozioni suscitate anche nei piccoli risparmiatori dalla politica economica definita da Caillaux della « Grande Pénitence ». Per inquadrare il clima politico di quegli anni è anche da tenere presente che, in verità, come rileva il SAUVY, (*Histoire économique de la France entre les deux guerres*, I, Paris, 1965, p. 61), si trattò di un programma a forte carica demagogica, basato più sulle buone intenzioni che su consapevoli scelte tecniche: « proférer des imprécations contre le capital sans pour autant prendre aucune mesure contre lui est, à coup sûr, l'attitude la moins opportune ».

Varrà infine ricordare che il LEMASURIER, *La constitution de 1946 et le contrôle*, cit., p. 24, nel ricordare il caso Ratier e i dibattiti provocati, in quel periodo, dallo stesso intorno al problema del controllo di costituzionalità conclude nel senso che « cette affaire ne fut qu'un prétexte savamment exploité ».

([115]) V. il quadro vivace che ne dà il GOGUEL, *La politique des partis sous la III République*, Paris, 1958, p. 230, il quale mostra come, di fronte alla nuova maggioranza che « menaçait la richesse acquise et les milieux d'affaires », in tutto il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dici blocchi i progetti del *Cartel triomphant* in tema di politica finanziaria, in ordine alla proporzionalità dei tributi e all'espropriazione per pubblica utilità, nonchè relativamente alle « lois sur la séparation des Églises et de l'État, sur le biens ecclésiastiques, sur les congrégations religieuses » programmate in nome del « laicisme combattif », di cui si fa portavoce la maggioranza. Carré de Malberg è profondamente cattolico ed è oltremodo sensibile, come ci risulta ([116]), alle libertà della Chiesa cattolica e delle congregazioni religiose, a tutela delle quali si sviluppano diffuse reazioni in Alsazia e Lorena, dove è ancora in vigore un regime speciale e dove « conseils généraux et conseils municipaux multipliérent les protestations » con l'appoggio della « quasi unanimité des sénateurs et des députés des trois départements » ([117]). Ma egli non muta il

---

Paese si organizzi « une campagne systématique de réunions publiques », denunciando « les erreurs, les hesitations, les dangers de la politique financière du gouvernement ». Contro la *révolution en marche*, la classe media, nota il PRIOURET (*La République des Députés*, Paris, 1959, p. 228) cerca « un autre point d'appui que la Chambre ». Alcuni puntano sul Senato (ed invero è il Senato « qui a brisé aussi bien le Cartel des Gauches que le Front populaire et qui a empêché beaucoup des reformes »), altri puntano sul controllo di costituzionalità da parte dei giudici. Considerando l'influenza profonda di questo periodo di tensione (che, il Goguel rileva, durò a lungo anche negli anni successivi, *op. cit.*, p. 203) André Siegfried ebbe a dare il suo noto giudizio sull'opinione pubblica francese: « politiquement, son coeur est à gauche, mais sa poche est à droite ... et en pratique chaque français a une poche » (*Tableau des partis en France*, Paris, 1930, p. 89).

([116]) Cfr. le indicazioni in tal senso di PRÉLOT, in *Journées Carré de Malberg*, cit., p. 43.

([117]) V. GOGUEL, *La politique des partis*, cit., p. 228. Cfr. altresì RÉMOND, *La droite en France*, Paris, 1963, p. 202; CHASTENET, *Histoire de la Troisième République*, cit., p. 129, il quale ricorda come l'Alsazia e la Lorena avessero continuato « à vivre, au point de vue religieux, sous l'empire des lois françaises anterieures à 1870 », per cui il programma governativo sollevò in quei dipartimenti « des tempêts ». Essendo rimasto in vigore in Alsazia e in Lorena il vecchio Concordato del 1901, « les congrégations échappaient à l'application de la Loi de 1901 » (v. CHEVALLIER, *Histoire des institutions et des règimes politiques de la France moderne*, Paris, 1967, p. 555). A tutela delle congregazioni religiose, Duguit auspica l'intervento dei giudici comuni, che colpisca per incostituzionalità le leggi 1 luglio 1901 e 7 luglio 1904. Cfr. *Le Temps* del 27 dicembre 1925; v. anche *Traité de droit constitutionnel*, cit., III, p. 633. Mentre, su *Le Temps*, il Duguit fa leva sul principio costituzionale d'eguaglianza e sulla libertà di lavoro, per denunciare l'interdizione delle congregazioni dall'« enseignement de tout ordre et de tout nature », nel *Traité*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

suo atteggiamento, non si lascia dominare nelle sue interpretazioni giuridiche dalla passione politica. Ed anzi probabilmente, proprio la riflessione sui pericoli che alla stabilità e certezza dell'ordinamento giuridico positivo sarebbero potuti derivare, entro un simile contesto di tensione, da possibili pronunce contraddittorie dei giudici comuni in un settore tanto delicato come quello della legittimità costituzionale e il desiderio di contrastare l'eventuale insorgere di quella che egli chiama « la puissance arbitraire des tribunaux », possono avere contribuito a sollecitare Carré de Malberg a ribadire più volte in quel periodo e in termini netti il suo orientamento al riguardo.

10. Attraverso l'analisi compiuta sono così venute a delinearsi l'apertura e l'elasticità del *positivisme juridique* di Carré de Malberg, del suo peculiare positivismo giuridico tanto contrassegnato dal rilievo dato alla storia. Se alla distanza di decenni riconsideriamo lo stile di ricerca di Carré de Malberg alla luce dei dibattiti che si

---

impernia la sua argomentazione sull'« atteinte directe à la liberté d'association ». L'HAURIOU (*Précis de droit constitutionnel*, 2ª edizione, cit., p. 290 ss.) solleva la « question de l'incostitutionnalité », per quanto riguarda la proscrizione dall'insegnamento, in base all'asserita « violation de l'égalité devant la loi, ainsi que de la liberté individuelle »; rispetto alle « dispositions sur les biens congrégationistes », in forza del principio costituzionale di eguaglianza e dei « véritables principes de la propriété ». È incostituzionale per lui colpire i cattolici, mentre i comunisti non sono privati dei loro beni e sono ammessi all'insegnamento: « le péril congréganiste est-il donc plus grand que le péril communiste? ». La maggior parte degli storici ha riconosciuto la chiusura e il settarismo di una linea politica, che venne a trasformare forti gruppi di cattolici in una minoranza organizzata minacciante « le régime lui-même », e che ha pesato negativamente su tutta la vicenda della Terza Repubblica nel Novecento. E non può negarsi la presenza anche di sollecitazioni garantiste negli orientamenti di Duguit e di Hauriou. Ma proprio le motivazioni a cui gli stessi fanno ricorso, il loro appellarsi a diritti di libertà non precisati in una costituzione scritta, ma i cui contorni avrebbero dovuto essere fissati dagli interpetri, sembrano confermare la fragilità delle loro tesi sul terreno del diritto positivo francese dell'epoca. Una fragilità che sollecita anche l'ironia di Carré de Malberg. « Nos modernistes — egli scrive ne *La constitutionnalité des lois et la constitution de 1875*, cit., p. 340 — visent à fonder un système de droit sans textes, comme d'autres sont parvenus à réaliser la télégraphie sans fil. A les entendre, il serait possible ... de capter dans l'air — du point de vue strictement juridique, on ne voit pas trop par quelles antennes — tout un ensemble de préceptes régulateurs, et même de préceptes constitutionnels ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sono susseguiti in questo periodo intorno al positivismo giuridico, siamo indotti a ritenere che nella sua opera il positivismo giuridico evidenzia i suoi aspetti più felici.

La prospettiva delle tendenze del positivismo giuridico nei vari Paesi, così come correntemente recepita, pur dopo gli sforzi critici degli storici del pensiero giuridico contemporaneo, presenta tuttora alcuni aspetti di maniera legati alla carica polemica, che sovente ha condotto a appiattire linee di orientamento più mosse e diversificate; ma è sempre un quadro di riferimento che in una visuale generale d'insieme può essere utile. Ora, Carré de Malberg, pur derivando dalla lezione del positivismo giuridico tedesco la consapevolezza dell'importanza del rigore scientifico e della classificazione sistematica, sfugge all'astrattezza, alla chiusura, al meccanicismo che impronta l'opera di numerosi autori di quella esperienza dottrinale, quelli che ne sono divenuti quasi il simbolo; sostiene il carattere relativo e operazionale dei concetti giuridici ed è portato ad avvalersene nella ricerca in questi termini. Rispetto al medesimo positivismo giuridico francese, respinge sia il feticismo del testo che connota alcune correnti dello stesso, sia il tono filosofico e ideologicizzante di altri suoi esponenti ([118]).

Nell'attribuire un ruolo preminente alla legge, Carré de Malberg non cade nell'equivoco di dare al primato della stessa un valore universale, quale fonte delle fonti per eccellenza; collega l'impostazione assunta ai lineamenti propri del diritto positivo francese sviluppatosi sotto la volta della costituzione del 1875 e non esclude affatto la giuridicità di altre esperienze, in cui il regime delle fonti abbia una diversa conformazione. Il riconoscimento della preminenza della legge nel diritto della Terza Repubblica non gli impedisce d'altronde di rendersi conto che, nella concreta esperienza giuridica del tempo, una simile preminenza veniva ad assumere in alcuni casi contorni più sfumati, specie per l'apporto integratore che, anche in tale sistema, egli ritiene debba necessariamente riconoscersi nell'attività dei giudici.

Carré de Malberg, lo si è visto, sottolinea l'autonomia del diritto nella duplice direzione di autonomia *a parte obiecti*, come auto-

([118]) Cfr., in generale, WILHELM, *Zur Juristischen Methodenlehre*, cit., p. 160 ss.; CATTANEO, *Positivismo giuridico*, cit., p. 316 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nomia del sistema giuridico in quanto « ordre régulateur qui est incontestablement distinct de toute autre ordre de règles » e di autonomia *a parte subiecti*, come autonomia della scienza giuridica.

Al riguardo occorre ancora ulteriormente soffermarsi, riallacciandoci alle indicazioni date in precedenza e sviluppandole, sulle modalità con cui Carré de Malberg conduce il suo ragionamento in ordine ai due momenti centrali della ricerca giuridica: quello dell'interpretazione e quello della definizione del diritto.

Nei recenti dibattiti in tema di metodologia giuridica si è particolarmente insistito sulla nota dicotomìa dello Hart fra punto di vista interno e punto di vista esterno nella considerazione delle norme giuridiche; ed è stato posto in risalto il collegamento fra i presupposti di tale dicotomìa e quelli sottostanti alla differenziazione elaborata da Kelsen fra scienze causali e scienze normative, a parte le radici che le stesse hanno nelle classiche discussioni intorno al *quid iuris* e al *quid ius* ([119]).

In Carré de Malberg la distinzione tra punto di vista esterno e punto di vista interno è già presente con intuizioni di notevole acutezza. Mentre il c.d. punto di vista esterno coincide con la considerazione di quegli indicati elementi di base, desunti realisticamente, che lo conducono all'identificazione sul piano esistenziale dell'ordinamento giuridico nel suo complesso, come aspetto della struttura del tutto, il punto di vista interno viene a collimare con quello che Carré de Malberg chiama « point de vue spécial de la science du droit », collegandolo, secondo quanto si è accennato, al di là del problema « de la légitimité », alla nozione di validità, che a sua volta impernia sulla costituzione. Poiché « l'État doit avant tout son existence au fait qu'il possède une constitution », giacché è « cette constitution, en effet, qui a fondé l'organisation

---

([119]) Cfr. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it., Torino, 1965, p. 68 ss., 106 ss., 120 ss. Di Kelsen, ci limitiamo a segnalare le pagine sul tema de *La dottrina pura del diritto*, 2ª edizione, trad. it., Torino, 1966, p. 93 ss. Per i dibattiti in tema di punto di vista « interno » e « esterno », oltre le prefazioni di Cattaneo e Losano alle indicate traduzioni di Hart e di Kelsen, cfr. MENEGHELLI, *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, Padova, 1964, p. 128 ss.; SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 56 ss.; ID., *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 553 ss.; LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 430 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de la collectivité nationale », ed è essa « sur le terrain particulier de la science du droit », che funge da « loi fondamentale » attributiva delle competenze, ne deriva che è quindi la « définition constitutionnelle » che « détermine et désigne » la « compétence organiquement instituée » alla emanazione « du droit positif », sia esso formato dai « textes de lois » o dagli « arrêts de justice » o da altre fonti.

Va innanzitutto sottolineata la ricchezza delle angolazioni concorrenti con cui Carré de Malberg effettua la sua rilevazione dal punto di vista esterno. L'angolazione razionale che fa leva, per individuare « le trait distinctif ... essentiel », sugli elementi della « logique »; l'angolazione storica che si basa sulle « leçons de l'histoire », sui dati emergenti dalla realtà sociale nella sua evoluzione storica; l'angolazione semantica che dà risalto al « fait » che proprio determinate regole « ont reçu universellement le nom de droit positif »; l'angolazione funzionale che tiene conto delle esigenze che nell'esperienza concreta di « chaque génèration » vengono a affermarsi come caratterizzanti il fenomeno giuridico, in corrispondenza al perseguimento di quei « buts, dont la réalisation présente un intérêt capital pour toute nation et même pour les membres individuels » ([120]).

Da ciò la conclusione già sopra richiamata che, nell'esperienza storica dell'Europa contemporanea, nella quale i « detenteurs qualifiés » della « puissance publique » sono pervenuti « à monopoliser la force organisée », bisogna presupporre l'identità tra diritto positivo e diritto statale.

Altra notazione da fare è che, diversamente da altri autori che operano una scissione fra questi due punti di vista, Carré de Malberg, pur differenziandoli, li collega in modo continuo, in un processo articolato di sviluppo. Il punto di vista interno si innesta per lui sul punto di vista esterno, che ne è la sua premessa condizionante e che pertanto viene anch'esso indirettamente ad essere incluso nell'ambito di indagine del giurista.

L'indispensabile definizione preliminare del diritto, i termini con cui l'esperienza giuridica complessiva è assunta si riflettono

---

([120]) Cfr. *Contribution*, cit., I, pp. XIV, XV, XX; 59 ss., 194 ss., 203 ss, 229 ss., 242 ss., 269 ss.; *Réflexions très simples*, cit., p. 193 ss. V., anche, *Confrontation*, cit., p. 162 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

così sul modo di interpretare le norme del singolo ordinamento giuridico positivo.

È altresì da considerare come i modelli prescrittivi delle norme giuridiche, pur nella loro struttura deontologica, si inseriscano contemporaneamente, nella visione di Carré de Malberg, nella dinamica concreta della storia. A parte il fatto che anch'essi caratterizzano la conformazione della vita sociale, sull'ordito delle norme, sia nel loro insieme, sia nella singolarità del manifestarsi di ognuna di esse, si ripercuote perennemente l'espandersi della realtà regolata, che rende effettivamente operanti e significanti le norme stesse.

D'altronde, la trasformazione interna del complesso delle norme giuridiche si stringe, secondo Carré de Malberg, indissolubilmente alla dinamica dell'organizzazione, alla « gradation des organes », che sostanzia « l'organisation étatique » e all'espandersi della loro reale « puissance ».

Bisogna infine aggiungere che in un simile intreccio tra momento esterno e momento interno assume risalto essenziale quell'angolazione che abbiamo chiamato funzionale e che, se è propria del momento esterno, coinvolge in modo accentuato il momento interno. Essa invero conduce a legare la definizione del diritto a quelle finalità « d'ordre général et de sécurité sociale », le quali, non ostante la continua importanza dell'« idéal de justice », si pongono nell'epoca moderna come dominanti; ed invero attualmente « le but de règles de droit n'est pas tant de réaliser la justice en soi que d'assurer le mantien de l'ordre social », ed è, correlativamente a un simile scopo, che, « dans nos sociétés étatiquement organisées, il n'y a, en fait, de droit, précis, ferme et assuré, sur lequel les individus puissent effectivement compter et auquel ils soient nécessairement tenus de se soumettre », che il diritto positivo statale.

Anche la rilevazione di queste finalità è connessa nelle argomentazioni di Carré de Malberg ai dati che « le juriste se trouve amené a constater », con riferimento a « les hommes, pris individuellement ou réunis en un corps national »; ma la stessa non può prescindere da una presa di posizione del ricercatore ([121]). È quello

([121]) Su tale presa di posizione orientata nel senso di subire l'effettività dell'ordinamento giuridico e collaborare ad esso, in contrapposizione alla posizione non

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che Waline, proprio nella prospettiva del *positivisme juridique* di Carré de Malberg, ha chiamato « le loyalisme envers l'institution qui fait que on accepte la norme fondamentale comme base du système juridique », contrapponendolo al comportamento del contestatore, dell'esule a causa della sua « aversion pour la Constitution »; *loyalisme* che importa una scelta qualificante diretta a « reconnaître pratiquement la valeur juridique — non politique — de la Constitution et du régime » ([122]), una consapevole adesione da parte dello stesso giurista all'ordinamento giuridico, quale espressione della comunità.

Come osserva Carré de Malberg nella *Contribution*, nella valutazione dei fenomeni giuridici non si può invero prescindere da tale « fait inéluctable que le droit, envisagé dans son acception humaine et positive, repose sur des bases essentiellement conventionnelles ».

Lo storicismo porta quindi Carré de Malberg al rifiuto di quell'*inseismo*, che caratterizza tante correnti del positivismo giuridico, e lo spinge a valorizzare gli elementi comprensivi della ricerca, capaci, nell'esaminare « les choses », di « épurer les formes et en faire apparaître les rapports » ([123]). Ed anche in questa linea, Carré de Malberg ammoniva i suoi discepoli sulla necessità per il giu-

---

conformistica del rifiuto, e quale mezzo per superare il salto logico tra le asserzioni descrittive relative all'ordinamento e la norma fondamentale impiegata in funzione direttiva, v., specialmente, sviluppando la concezione sul punto di H. L. A. Hart, SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, cit., secondo il quale « il passaggio può essere compiuto soltanto supponendo il principio direttivo metagiuridico che si debba, sempre a certe condizioni, subire un ordinamento effettivo e collaborare, ad esso ».

Cfr., altresì, LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 432 ss.; GAVAZZI, *Le buone ragioni del positivismo giuridico*, in *Foro It.*, 1961, IV, col. 308 ss.; e collegando un tale aspetto già all'insegnamento di Austin, CATANIA, *L'accettazione nel pensiero di Herbert L. A. Hart*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1971, p. 261 ss. (ad avviso del Catania è invece da ritenersi « limitata parziale la derivazione della distinzione hartiana da quella Kelseniana... tra scienze normative e scienze causali ».

([122]) Cfr. WALINE, *Défense du positivisme juridique*, cit., p. 90 ss.

([123]) V. CAPITANT, *L'oeuvre juridique de Raymond Carré de Malberg*, cit., p. 92, che commenta: « ainsi Carré de Malberg, par l'effort constructif de sa pensée, a lentement imposé à son sujet l'image qui le traduit à la fois dans sa plus grand simplicité et dans sa plus grande réalité ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rista di « construire », di dare con la sua ricerca « une explication, un repère dans les contradictions de nôtre temps » (124).

11. Carré de Malberg opera in un momento di forti tensioni metodologiche. Accanto alla battaglia della scuola giusnaturalistica e dei seguaci dello storicismo, c'è la presenza attiva delle correnti sociologiche e in particolare dell'istituzionalismo. Abbiamo già visto come la sua posizione contraria al giusnaturalismo non lo conduca a negare le esigenze della giustizia, quale elemento ispiratore dell'ordinamento giuridico, che, se ancorato innanzitutto alla sicurezza e all'ordine sociale, tende nel suo fondo verso la giustizia. Pur partendo dal presupposto che « le droit propre-ment dit » è solo quello « positif », egli riconosce « la réalité, la vérité, l'importance, la nécessité même, pour une bonne direction de la vie civile et politique, des idées morales ou des règles permanentes gouvernant les sociétés humaines »; ammette espressamente « les infirmités organiques du droit écrit » (125). Analogamente egli si comporta rispetto alle istanze fatte valere dalle correnti sociologiche e istituzionalistiche.

Pur contrastando l'identificazione dell'ordinamento giuridico con la realtà « factuelle » sociale, egli raccoglie i suggerimenti che provengono dagli esponenti di tali correnti rivolti a valorizzare i processi sociali, tiene conto delle loro accese critiche contro l'aprioriSmo metafisico insito in certi atteggiamenti del positivismo giuridico più chiuso. Anche nel fervore delle polemiche, dimostra un continuo interesse per le opere di Gierke, di Hauriou, dello stesso Duguit.

Il fatto che per lui, come si è visto, il diritto sia diretta espressione nell'epoca moderna della « puissance étatique », in quanto

---

(124) La testimonianza su tali ammonimenti di Carré de Malberg ai suoi discepoli è del BURDEAU, *Raymond Carré de Malberg*, cit., p. 355.

(125) V. il riconoscimento espresso in tal senso di GÉNY, *Science et technique*, cit., IV, pp. 242, 244, 247. Cfr., altresì, HALBECQ, *L'État*, cit., p. 393 ss.; BONNECASE, *La pensée juridique française*, cit., II, p. 262, il quale rileva come Carré de Malberg, salvaguardando l'autonomia del diritto, pur nell'« invoquer la règle morale », tenda ad evitare gli scogli di quelle diffuse tendenze, a suo avviso oltremodo pericolose, che, assorbendo il diritto nella morale, vengono a produrre « la déchéance du Droit, science autonome ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

solo tale « puissance » per la sua posizione sovrana, realizzando in modo pieno « une coercition effective et actuelle », può assicurare l'ordine nella vita della collettività, non toglie che egli sottolinei come la struttura del sistema giuridico si muova necessariamente nell'ambito pluridimensionale dell'esperienza sociale.

Il sistema sociale nella sua concezione preme sull'ordinamento giuridico in un rapporto continuo, cosicché « la notion de droit présuppose l'organisation sociale », e sulla stessa fa leva per «maintenir l'équilibre politique et social »; invero, a suo avviso, « le droit, l'ordre juridique ne trouve à s'appliquer efficacement et utilement que dans des milieux sains et équilibrés » ([126]).

Carré de Malberg pone in risalto che l'idea del *droit social* trova le sue origini nel giusnaturalismo, nelle « conceptions émises en matière d'organisation étatique du XVe au XVIIIe siècle », e intuisce come in alcune formulazioni dell'Hauriou si trovi traccia delle tesi di Sieyès per cui « la nation existe avant tout ..., elle est la Loi elle-même ». Anch'egli, del resto, riconosce che la nazione e le strutture sociali in genere presentano dei fenomeni regolativi intensi, prodotti « des forces et des instincts de sociabilité », che danno luogo a degli « ordres de règles », affini a quelli che si riscontrano nel *droit positif*, ma nel contempo chiaramente differenziati, per la peculiare caratterizzazione che conferisce al diritto la « puissance » dello stato, con la sua capacità di « ordonner obligatoirement les relations des individus ou de leurs groupements particuliers ». Il che impedisce che la relazione fra le regole connesse all'« interêt social » e le norme giuridiche possa inquadrarsi come un rapporto tra « deux sistèmes juridiques », oppure addirittura tra « deux séries juridiques differentes » ([127]).

Nelle recenti critiche che sono state mosse contro le teorie del *droit social* è stato evidenziato il meccanicismo tendenziale che le ispira, nel loro legare la realtà e la medesima evoluzione del diritto all'effettività dell'« ordre établi », quasi un dato ineluttabile e irreversibile. Ed un ulteriore motivo che spinge Carré de de Malberg nella sua difesa del *droit positif*, quale manifestazione

---

([126]) Cfr. *Contribution*, cit., I, p. 61, 66 ss., 229 ss.; II, p. 497 ss.

([127]) Cfr. *Contribution*, cit., I, p. 53, 196, 197, 238, 242, 705; *Réflexions très simples*, cit., p. 195.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della « puissance » statale, è proprio la sua opposizione a una visione deterministica dell'esperienza giuridica. Riallacciandosi in ciò alla tradizione rivoluzionaria francese, ma nel contempo a osservazioni empiriche, egli assume nel diritto un elemento necessariamente connesso all'attività umana, rivolta attraverso le regole giuridiche a infondere un corso più razionale all'esperienza sociale.

Le regole giuridiche sono il risultato di una scelta e di una decisione politica, il frutto di una « appréciation discrétionnaire de gouvernants » e, solo attraverso la « puissance statutaire de décision imperative » degli « organes réguliers de l'État », possono perciò refluire nel tessuto della normazione giuridica tanto i precetti della « justice idéale » che i sentimenti dell'opinione pubblica e gli interessi sociali. Anche nell'ipotesi avanzata da Hauriou in cui vi sia nella nazione quello che lo stesso definisce un « bloc des idées incontestables », non sussiste l'automatismo costruito da Hauriou, giacché « si l'unanimité existe entre les nationaux quant aux buts à poursuivre, les incertitudes, les divergences de vues et d'intérêts, les contradictions et les querelles commencent, dès qu'il s'agit de fixer les moyens à employer pour atteindre ces buts »; pertanto « à l'unanimité ... se substitue aussitôt la diversité des tendances et des opinions particulières », e occorre che « le législateur prend parti » con la sua decisione.

Anche in tal caso non è corretto affermare, come fa Hauriou, che la norma giuridica positiva « reproduise » una volizione giuridicamente già formatasi; così come non appare esatta secondo Carré de Malberg la relazione di mera « constatation » assegnata da Duguit al diritto positivo rispetto alle c.d. « regles constructives » ([128]). Si tratta di prospettive che Carré de Malberg ritiene ambigue e illusorie, che inquadrano a suo avviso rigidamente i processi che strutturano l'ordinamento giuridico e giustificano sostanzialmente in tal modo l'operato dei governi con un fuorviante crisma di legittimazione sociale. Bisogna al contrario tenere

([128]) Cfr. *Contribution*, cit., I, p. 206 ss., 238 ss.; II, p. 290, 292 ss. In questa linea, Carré de Malberg polemizza anche con Gierke, criticando l'impostazione secondo cui « l'organe juridique ne fait qu'exprimer au dehors une volonté qui est, non pas seulement juridiquement, mais naturellement et originairement celle de la collectivité elle-même ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fermo che la razionalità del diritto è affidata soprattutto alla responsabilità delle forze politiche; cosicchè, in generale, « la marche des sociétés » dipende dal « valeur morale des gouvernants » e, di conseguenza, secondo la lucida affermazione già ricordata, « dans les États plus ou moins démocratisés du temps présent... les peuples ne possèdent pas seulement les gouvernants qu'ils ont mérités; ils ont aussi le droit qu'ils méritent ». Ed anche rispetto alle leggi del passato che continuano a vigere oltre la permanenza al potere dei governi che l'hanno emanate, vale in fondo una medesima prospettiva, dato che il testo della statuizione legislativa « renaît, en quelque sorte, chaque jour » sotto l'impulso delle forze che « ont assuré son maintien », nel quadro generale dell'azione politica dalle stesse svolto ([129]).

È evidente, alla stregua di simili impostazioni, che il volontarismo di Carré de Malberg si distacca da quella staticità che tende a contraddistinguere il pensiero di numerosi esponenti del positivismo giuridico del suo tempo, e che fa sì che per gli stessi, come è stato scritto, « le recours au volontarisme » mirando sostanzialmente a salvaguardare « l'ordre établi », viene ad avere « pour seule fonction de renforcer l'illusion de sa légitimité » ([130]).

D'altronde se, in tal modo, Carré de Malberg riprende quella carica idealistica, successivamente venuta meno, che impronta il positivismo volontarista dell'epoca rivoluzionaria, egli tuttavia tiene a staccarsi dall'astrattezza retorica presente in numerosi esponenti di questo. La chiarita interdipendenza fra strutture sociali e ordinamento giuridico positivo che, come si è visto, costituisce un caposaldo della sua dottrina, lo porta a sviluppare in termini realistici il formarsi concreto delle scelte politiche che sostanziano l'opera del « législateur ».

La volizione normativa statale non è affatto il mero « pouvoir volontaire de son auteur »; come tutte le « décisions de l'État »,

---

([129]) Cfr. *Contribution*, cit., I, pp. 206, 207, 238, 242, 711, 715; *Réflexions très simples*, cit., p. 203. V. anche l'*Avant-Propos* della *Contribution*.

([130]) Cfr. PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, 1972, p. 128, la quale nota come, in tal modo, « le positivisme juridique au XIXe siècle, lorsqu'il maintient le volontarisme » lo svuota « de sa fonction révolutionnaire » e tende a trasformarlo in « un soutien rassurant pour la bourgeoisie établie ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è determinata « en bonne partie par d'innombrables influences extérieures, auxquelles il est bien obligé de se plier », per cui spesso dipende « des circonstances, des possibilités de fait, de la force des événements, bien plutôt que du libre jeu » della « puissance souveraine ». Se la stessa mira a realizzarsi « d'une façon stable et régulière » deve essere « appropriée au milieu dans lequel elle se trouve établi », poggiare su un concreto « équilibre social »; né può mai prescindere dal tenere conto delle « circonstances variables, ... des contingences », che non « est maître de changer ».

Il segno caratterizzatore del « pouvoir législatif » è « la force », quale connotato essenziale della sovranità, ma la legislazione non può svilupparsi facendo leva « purement et simplement dans la force », non può non mirare « à se faire accepter comme un fait naturel et nécessaire, par la grande masse des membres de la nation ». Specie dinanzi alla maggiore sensibilità popolare che si manifesta nello stato moderno, « le temps est passé où, pour légitimer la force législative de ses ordonnances, le monarque se bornait à y adjoindre la finale: *Car tel est notre plaisir* »; oggi « l'État doit puiser dans la volonté, ou, tout au moins, dans les aspirations de ce peuple lui-même les motifs et même les éléments de ses décisions », decisioni che in carenza di simile « base poulaire » resteranno, sul piano storico reale, « dépourvues de force et de vertu » ([131]).

Si rivela così pure la fondamentale esigenza di un adeguato costante collegamento fra tutti gli organi dell'apparato di governo, specie se investiti della funzione legislativa, e il sottostante « groupe » sociale, in modo da dare effettività al rapporto rappresentativo e far sì che essi siano « particulièrment aptes à statuer et à agir dans des directions qui soient conformes aux aspirations, notoires ou secrètes, de la masse pour le compte de qui ils sont appellés à vouloir », e che la collettività, a sua volta, sia portata normalmente a riconoscere « dans les décisions ou mesures qui sont leur oeuvre... l'expression de ses propres voeux ou tendances et, dans cette mesure, de sa propre volonté ». Ciò è anche nella linea più valida del pensiero degli « hommes de la Révolution », e del « système de droit public qu'ils ont entendu instituer », in forza del quale « les person-

([131]) Cfr. *Contribution*, cit., I, pp. 197 ss., 229, 238; *Réflexions très simples*, cit., p. 200 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nages appelès à vouloir pour la nation devaient être, essentiellement et avant tout, des membres de celle-ci, et, en outre, il devaient procéder de la nation en ce qu'ils tiraient leur vocation organique d'une dévolution nationale » (132).

---

(132) Cfr. *Contribution*, cit., II, p. 290 ss., 340 ss. In argomento, vedi anche rilievi del ROELS, *La notion de représentation chez Carré de Malberg*, in *Anciens Pays et Assemblées d'États-Standen en Landen*, vol. XXXIX, Namur, 1966, p. 137, il quale osserva che « Carré de Malberg admet qu'en fait, l'organe ne formant qu'un avec le groupe et étant tiré de celui-ci, il partage nécessairement les vues essentielles du groupe. Mais pour lui, ce n'est qu'une question de fait. Elle entraîne pourtant que l'organe ne peut être etranger. Il doit se rattacher à la nation, soit par l'élection, soit par la constitution nationale. C'est en ce sens, et en ce sens seulement, que l'Assemblée est représentative de la volonté nationale. Elle est représentative en fait, mais en droit, elle n'est liée par aucun mandat, elle est indépendante. La nation, en instituant l'organe, s'en est remise à lui du soin de vouloir pour elle ».

La differenziazione che pone il Roels tra *fait* e *droit* è troppo drastica, giacché per Carré de Malberg il rapporto tra il gruppo e l'organo non è di puro fatto, ma viene ad esplicare effetti sul medesimo piano giuridico: anche se i termini dei limiti che istituzionalmente gravano sull'organo non sono, ad avviso di Carré de Malberg, definibili giuridicamente nel quadro della teoria della rappresentanza nazionale, dato che, in base alla stessa, la volizione viene riferita direttamente all'organo; il diritto dando risalto, ai fini dell'attività, solo all'espressione della volontà di questo. Ma sotto gli altri profili, il rapporto organo-gruppo viene in rilievo: « la notion d'organe suppose l'existence de certains liens entre le groupe et les individus qui veulent pour ce dernier. En vertu de ces liens, l'organe a qualité pour exprimer la volonté du groupe » (cfr. *Contribution*, cit., I, p. 292 ss.). Il BASTID, *Sieyès*, cit., p. 585, nel collegare il pensiero di Carré de Malberg a quello di Sieyès, osserva che tuttavia Carré de Malberg trascura di considerare come, a differenza dei « systèmes construits en Allemagne » e di quello da lui stesso elaborato, per Sieyès la *Nation* era « une réalité très vivante » e mai egli intese « résorber dans les députés ou autres représentants toute la vie politique du pays » e perciò per lui « l'assentiment des gouvernés en est une pièce essentielle ». Ora è evidente come il Bastid valuti in una prospettiva troppo ristretta e quindi fuorviante le conclusioni sistematiche, cui perviene Carré de Malberg. È vero che egli effettivamente inquadra secondo la figura della medesimezza il rapporto tra l'organo e l'ente, sottolineando come giuridicamente l'organo « fait naître la volonté qu'il exprime ... d'une façon libre et indépendante », e riallacciando questa concezione al pensiero di Barère, di Barnave, di Sieyés. Ma ciò non ostante, Carré de Malberg, viene poi contestualmente ad affermare che anche in tal caso esiste una dinamica sociale che ineluttabilmente si inserisce nella trama del rapporto organico e la anima nella stessa esperienza giuridica. E inoltre, una volta delineata questa teoria dell'organo, pur ponendone in risalto gli apporti positivi, mostra la tendenziale mistificazione che essa contribuisce a produrre nell'ambito della teoria della rappre-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non ostante la ricca e progressiva angolazione di cui si avvale, l'impostazione di Carré de Malberg, specie per il risalto dato alla nozione di sovranità statale, ha dato luogo a aspre contestazioni, a ripetute accuse di confondere il diritto con l'arbitrio, di porsi come un epigono dell'assolutismo, di essere un pericoloso esponente « de germanisme » (133). Critiche in parte dovute anche a fraintendimenti, connessi al fatto che Carré de Malberg non dà della sua tesi in proposito una compiuta esposizione d'insieme, sì che l'articolazione complessiva del suo pensiero può essere effettivamente colta solo tenendo conto dell'intera trama delle osservazioni sparse nel corso della trattazione. Critiche che egli, addolorato, ricorda in una lettera a Waline poco prima della morte: « Que de fois on m'a

---

sentanza nazionale, prendendo poi posizione per una valorizzazione in senso democratico delle strutture dello Stato. Ciò indipendentemente dal problema se la valutazione del Bastid inquadri correttamente il pensiero di Sieyès. Secondo il Roels, ad esempio (*Le concept de représentaton politique au dix-huitième siècle français*, Louvain e Paris, 1969, p. 120 ss.), in Sieyès si avrebbe un assorbimento totale della sovranità nei rappresentanti; la sua teoria si fonderebbe su « une opposition explicite à la démocratie », che troverebbe invece svolgimento, in relazione alla medesima teoria della rappresentanza nazionale, ad opera di Robespierre e in parte di Roederer (p. 135 ss.; v. altresì ROELS, *La notion de représentation chez Roederer*, in *Études présentées à la Commission internationale pour l'Histoire des Assemblées d'États*, vol. XXXIII, Heule, 1968). Per un'interpretazione sul punto genericamente analoga a quella del Roels, cfr. GALIZIA, *La teoria della sovranità dal Medio Evo alla Rivoluzione francese*, Milano, 1951, p. 445 ss.; MORO (Roberto), *L'arte sociale e l'idea di società nel pensiero politico di Sieyès*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1968, p. 257 ss.

(133) Cfr. in generale, su queste diffuse accuse, le testimonianze dei discepoli. Così CAPITANT, *L'oeuvre juridique de Raymond Carré de Malberg*, cit., p. 83, osserva: « Doctrine qui semblait trop étroite à ses grands émules et qui lui a valu d'encourir des reproches souvent véhéments et parfois injustes, qui purent blesser sa sensibilité, mais non convaincre son esprit », mentre il BURDEAU (*Raymond Carré de Malberg*, cit., p. 364) puntualizza che « si l'on a pu reprocher à notre maître — et l'on connaît la violence de certaines critiques de Duguit — de reprendre à son compte une doctrine de puissance brutale qui exaltèrent les juristes allemands, c'est parce que l'on oubliat que, pour M. Carré de Malberg, la domination de l'État n'etait pas un idéal, mais une nécessité. Lui-même cependant avait pris soin d'indiquer cette différence fondamentale qui l'opposait à Laband et à Jellinek ». V. anche la notazione del GÉNY, *Science et technique*, cit., IV, p. 253: « Je me suis soigneusement gardé, de formuler, contre la vigoreuse doctrine de l'éminent professeur de Strasbourg, le reproche de *germanisme*, qui je tiens pour franchement déloyal et inacceptable dans une discussione d'ordre scientifique ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

reproché mon étatisme, en tant que j'avais osé professer que la règle de droit prend sa source dans la volonté de la puissance de l'État. Et vous l'avez deviné, que de fois il m'en a coûté à moi-même d'être obligé de poser de telles affirmations parce qu'elles m'apparaissaient comme seules conformes à d'inéluctables constatations. Vous, mon cher collègue, vous dissipez d'un coup toutes ces attaques en dévoilant l'équivoque sur laquelle elle repose et en même temps j'ose dire que vous libérez ma conscience » (134). Colpì soprattutto Carré de Malberg il veemente attacco di Duguit, il quale sostenne che, assumendo il punto di vista di Carré de Malberg, secondo cui « l'ordre juridique est une création de l'État » e « la puissance de l'État... n'a d'autre limite juridique que celle qu'elle s'impose à elle-même », ci si avvolge in un « cercle vicieux », per cui lo studio del diritto non varrebbe « un minute d'effort ». « Que si l'on oppose la morale sociale au droit, on crée une règle morale sans force et un droit sans valeur morale, que les idées dont s'inspire Carré de Malberg conduisent fatalement, malgré qu'il en ait, à reconnaître la puissance sans limite de l'État et à donner un fondement juridique à la politique d'absolutisme à l'intérieur et à la politique de conquête à l'extérieur...; tout l'ouvrage de Carré de Malberg est imprégné de tendances régaliennes, contre lesquelles je ne saurais trop énergiquement m'élever...; Carré de Malberg tout au long de son livre semble avoir pris pour tâche de méconnaître et même de combattre tous les progrès faits par l'analyse juridique depuis vingt-cinq ans ». E, ancora, con asprezza crescente: « Carré de Malberg confond toutes les notions que l'analyse juridique est arrivée à distinguer définitivement. La pensée de Carré de Malberg est aux antipodes de la mienne; nous ne pouvons discuter, nous ne parlons pas la même langue » (135).

Ad avviso di Carré de Malberg, sono al contrario le inquadrature di Duguit a contenere elementi ambigui. Mentre egli invero riconosce, come si è visto, la realtà degli ordinamenti sociali, pur considerandoli al di fuori dell'« ordre de droit positif », ritiene equivoca

(134) Cfr. WALINE, *Le positivisme juridique de Carré de Malberg*, cit., p. 34, 35, 36.

(135) Cfr. DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, cit., I, p. 104; II, p. 103, 104, 171, 449, 450.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« la règle de droit » direttamente « dérivant de la solidarité sociale » di Duguit, anche sotto un profilo realistico, affidata com'è non all'effettività dell'organizzazione sociale, ma alla « conscience individuelle », e riducendosi perciò ad un mero « précepte idéal, dont le contenu dépend de l'appréciation subjective de chaque individu ». Si pongono così le basi, ad avviso di Carré de Malberg, per l'anarchia, si distrugge « jusque dans ses fondements toute notion d'un ordre juridique positive », disconoscendo il significato storico della comunità statale e il ruolo positivo del rapporto di autorità, indispensabile ad una vita associata regolare e quindi per gli stessi diritti degli individui, che, implicando un momento sociale, un loro estrinsecarsi « au regard des autres membres du corps social », esigono, per un'effettiva « mise en oeuvre, le concours et l'appui de l'autorité publique », cosicché « à la force idéale qu s'attacche à la légitimité des revendications naturelles des individus, l'État va ajouter la force positive de son secours et de sa contrainte ».

D'altronde, nello stesso tempo, con prospettiva antinomica, negando il concetto di sovranità giuridica dello Stato, riducendo « la puissance d'État » al dominio dei « plus forts en fait », si rischia di esaltare, secondo Carré de Malberg, « la force pure », quale fondamento della vita sociale.

È vero che le « prescriptions des gouvernants », proprio per tale loro carattere *de fait*, non s'impongono nella concezione di Duguit « à l'obéissance des citoyens » se non sono l'espressione della « règle de droit » che domina tutti, « aussi bien les gouvernants que les gouvernés », ma nell'incertezza del contenuto della stessa, dato che « aucune autorité régulière n'a qualité pour déterminer avec prècision les termes », e il medesimo Duguit non fornisce alcuna indicazione valida per identificare « à quel signe positif on reconnaitra, dans la réalité des faits, qu'un ordre donné par les gouvernants est ou non conforme à ce qu'il appelle la règle de droit », si apre in questo modo la strada per facilitare l'avvento di « formes despotiques d'État », pervenendo in fondo ad ammettere l'integrale razionalità della forza solo in base al suo dispiegarsi concreto ([136]).

([136]) Cfr. *Contribution*, cit., specialmente, I, pp. 198 ss., 201, 204, 205, 212, 240 ss.; *Réflexions très simples*, cit., p. 195 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Carré de Malberg riconosce la nobiltà degli scopi che si propone Duguit, del suo desiderio di impedire che la legge « puisse se ramener exclusivement à la volonté arbitraire du législateur », non si lascia trascinare dal fervore della polemica e sottolinea il motivo « généreux » delle « intentions, qui ont inspiré » il suo « tentative », ma denuncia il carattere controproducente sotto il profilo empirico, scientifico e garantistico delle conclusioni cui perviene. D'altronde, appare mistificante a Carré de Malberg muovere da dati divergenti dall'esperienza storica, ipotizzare « la disparition » della sovranità proprio mentre lo Stato aumenta nell'epoca moderna la sua sfera di azione, e, di fronte ad una esperienza quale quella francese della Terza Repubblica contrassegnata dal ruolo dominante del « Corps législatif », configurare come « compromise » la funzione legislativa del Parlamento e la dimensione della legge nell'ambito del sistema.

La pretesa di Duguit di « reconstruire intégralement le système du droit public sur une base nouvelle d'où l'idée de puissance étatique sera totalement exclue », rompe la capacità d'indagine e il rigore scientifico della ricerca, poiché non sostituisce a tale elemento un altro che possa fungere adeguatamente da fulcro dell'analisi; quelli proposti da Duguit sembrano a Carré de Malberg un semplice « précept idéal », laddove la dinamica reale dell'esperienza giuridica resta impregnata della nozione di sovranità, che ne è come la chiave di volta, il punto di riferimento obbligato (137).

Anche l'escludere l'effettività delle persone giuridiche, e tra queste lo Stato, è fuorviante: se esse non sono delle « réalités absolues », non si risolvono invero in una « fiction », nè in una « comparaison » o in una « image »; sono delle vere « réalités juridiques ». Certo, in quanto esprimono una relazione formale tipica propria al sistema giuridico, sono delle « abstractions » rispetto agli accadimenti concreti, ma come la medesima « personnalité humaine », allorché viene in considerazione sul piano giuridico, pur avendo la loro « source dans le droit », nel contempo, in modo diretto e costante, « prennent leur fondement dans les faits » (138).

---

(137) Cfr. *Contribution*, cit., I, p. 160 ss., 202 ss., 212 ss., 232 ss.; II, p. 164 ss.

(138) Cfr. *Contribution*, cit., I, pp. 21, 28, 30, 40 ss. Vedi anche quanto egli osserva, sempre in polemica con il concetto di *fiction*, a proposito dell'uso del termine *fiction* da parte di Esmein come rivolto a tradurre sul piano giuridico dei dati reali: « D'après cela, le mot *fiction* doit s'entendre ici dans le sens d'abstraction:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sotto questo profilo ridurre la sovranità dello Stato alla forza dei « gouvernants » significa per Carré de Malberg fare decisamente un salto indietro, ritornare a quell'identificazione dello Stato « avec la personne du *Herrscher* » tipica dell'assolutismo, che correlativamente concepiva « la souveraineté comme une toute-puissance ne souffrant pas de bornes », ignorare « la réponse de la Révolution à la prétention de Louis XIV de ramener l'État tout entier à la seule personne du roi ». Contro la tesi secondo cui lo Stato non è che « une métaphore », un « mot commode », bisogna tenere fermo per Carré de Malberg che viceversa il concetto di Stato è il solo capace di aderire alla realtà storica « capable de traduire juridiquement ce fait que des millions d'individus ne forment tous ensemble qu'un être organiquement unifié » e di identificare l'entità propria dei fenomeni sociali, senza subordinarli alla prospettiva

---

une abstraction traduisant les plus hautes réalités ». E in ordine alla personalità giuridica dello Stato, cfr. la nota 37 a p. 44, nella quale, dopo avere constatata l'esistenza « au point de vue politique et social » di « éléments d'unification qui existent au sein de la nation », rileva che tuttavia essi di per sé non sono sufficienti a concretare la « personnalité étatique ». Pertanto « si donc l'État n'est pas exclusivement la résultante d'une formation organique, du moins c'est cette formation qui le parfait, et c'est en ce sens aussi qu'il est permis de dire, notamment sur le terrain spécial du droit, que l'État n'existe que par elle ». Ricordati questi spunti, non può non notarsi che però l'argomentare di Carré de Malberg non è sempre del tutto omogeneo al riguardo, anche se la linea di fondo del suo pensiero è nel senso indicato.

Relativamente alle polemiche intorno alla nozione di persona giuridica, v. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, cit., I, p. 38 ss., che appunta le sue critiche soprattutto contro le tesi di Gény, il quale a suo avviso, configurando « le concept de sujet de droit » come un mero « procédé technique », si è fermato a metà strada, adottando « une attitude indéfendable, parce que la logique lui commande d'aller jusqu'au bout, d'écarter de prétendus concepts auxquels il n'accorde plus qu'une valeur d'efficacité pratique ». Per l'impostazione di Gény, cfr. *Science et technique*, cit., specialmente IV, p. 183 ss. e la *Préface*, p. XVIII ss., nella quale rispondendo a Duguit, riafferma « la réalité profonde » che forma il « substratum de tout sujet de droit », pure sottolineando la convenzionalità di tali concetti, che nulla esclude possano, per esigenze scientifiche, essere sostituiti da altri « plus exactement adéquats aux réalités qu'il s'agit de traduire ».

Contro il prammatismo di Gény v. altresì la conferenza di DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, Coïmbre, 1924. In argomento, con riferimenti critici alla tesi di Duguit, cfr. CORNIL, *La fiction dans le droit*, in *Annales de philosophie de Droit*, 1934, p. 39 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

individualistica. È il concetto di Stato che aiuta a cogliere il momento organizzatorio che sorregge il fenomeno giuridico, per cui il diritto « suppose » l'« organisation étatique »; che dà senso alla costituzione limitando il potere « entre les mains des gouvernants », i quali una volta differenziati dallo Stato come « personne distincte », vengono a essere titolari esclusivamente « des compétences constitutionnelles »; che rende possibile configurare entro il quadro della sovranità le variazioni effettive delle forme di governo, che vengono invece a sovrapporsi nella impostazione schematica di Duguit (139).

Indubbiamente, le posizioni di rottura che pervadono gli scritti di Duguit sono in buona parte dovute al suo sforzo di rinnovamento, al desiderio che egli sente di dimostrare con fermezza la giuridicità intrinseca della vita sociale e il valore essenziale dei gruppi sociali, di andare oltre le apparenze formali per analizzare più a fondo le ragioni reali degli istituti giuridici: la chiave polemica, nelle sue intenzioni, mira a dare maggiore incisività alle sue tesi. Ma se il contributo di Duguit, nel sollevare questi problemi e porli in evidenza nell'intelaiatura della scienza giuridica, resta di grande rilievo; viceversa la sua trattazione, nel momento in cui egli tenta di passare dal piano critico al piano ricostruttivo, molto spesso proprio a causa di tale carica polemica, appare poco organica. La sua propensione ad un sociologismo filosofeggiante e astratto in sede di conclusioni è stata del resto già più volte sottolineata, e così la sua tendenza ai giudizi perentori (140). Esemplare al riguardo

---

(139) Cfr. *Contribution*, cit., I, p. 41 ss., 230 ss.; II, 161 ss., 170 ss. Per la critica da parte di Carré de Malberg alla tesi della personalità giuridica parziale avanzata da Hauriou, secondo cui lo Stato non assumerebbe la conformazione di persona giuridica « qu'autant qu'on l'envisage dans ses relations avec des tiers proprement dit », cfr. specialmente le note 33 e 37 a p. 38 ss. del primo volume, nelle quali Carré de Malberg afferma che « la personnalité est chose indivisible ». Al riguardo DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, cit., II, p. 105, aderisce, per la parte critica, al rilievo di Carré de Malberg (« Ou bien l'État est une personne juridique, et il l'est toujours dans toutes les manifestations de son activité; ou il n'est pas une personne juridique, et il ne l'est jamais dans aucune de ses manifestations »).

(140) Cfr., tra i vari giudizi in tal senso: EISENMANN, *Deux théoriciens du droit, Duguit et Hauriou*, cit., p. 235 (secondo cui in Duguit, nella stessa impostazione dell'argomentazione « problème et méthodes étaient inconciliables »); GIRAUD, *La responsabilité des facultés de droit dans le declin de la démocratie*, cit., p. 276

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la sua condanna globale di Rousseau, e di Hegel quale epigono di Rousseau: « Rousseau est l'initiateur de toutes les doctrines de dictature et de tyrannie, depuis les doctrines jacobines de 1793 jusqu'aux doctrines bolchevistes de 1920 ... il a ouvert la voie aux philosophes et aux juristes de l'Allemagne moderne, Kant, Hegel, Gierke, Jellinek, qui à sa suite viendront affirmer que l'individu, ne trouvant la plénitude de son être que dans l'État, celui-ci peut être tout-puissant ...; dans cette doctrine de Hegel ... on aperçoit là aisément le germe de toutes les doctrines de droit public formulées par les juristes allemands contemporains, les Gerber, les Laband, les Jellinek, qui feront de la puissance publique un droit subjectif de l'État...; son influence a été prodigieuse sur les doctrines des publicistes et de juristes allemands et sur la formation de la mentalité abominable de l'Allemagne contemporaine ([141]).

Carré de Malberg fa un discorso molto più sommesso, ritiene che le concezioni giuridiche tradizionali siano anch'esse un prodotto della storia e della dinamica sociale, per cui se aspira ad operare rettificazioni, anche mediante una più compiuta analisi dei processi storici che hanno determinato tali concezioni, non vuole affatto operare una rivoluzione nella scienza del diritto e, in generale, in base al suo relativismo storicista diffida da impostazioni troppo drastiche. In questa linea equilibrata, scrivendo dopo che sono apparse le prime opere di Duguit, pur sottoponendone a critica diversi profili, non rifiuta così di avvalersi in più punti dei suggerimenti

---

(« A la vérité, le génie de Duguit était un génie de démolisseur »); LANGROD, *L'influence des idées de Léon Duguit sur la théorie générale du droit*, in *Revue juridique et économique du Sud-Ouest*, 1959, p. 132 (« cette oeuvre n'est ni absolument logique, ni méthodologiquement irréprochable »).

([141]) Cfr. DUGUIT, *Souveraineté et Liberté*, Paris, 1922, pp. 135, 136; ID., *Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel*, in *Rev. dr. publ.*, 1918, p. 173 ss., 325 ss. Per un ampio esame critico della interpetrazione di Rousseau compiuta dal Duguit, v. DERATHÉ, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, 1970, pp. 345 ss.

Diversamente, il giudizio di Carré de Malberg su Rousseau, sebbene in alcuni punti critico, è molto più articolato, e come ha osservato il CAPITANT (*Carré de Malberg et le régime parlementaire*, in *Journées Carré de Malberg*, cit., p. 145), « il subit de plus en plus fortement l'influence de Rousseau, dont il se méfiat encore visiblement à l'époque où il rédigeait la *Contribution*, mais dont il comprend maintenant mieux et approuve beaucoup plus largement la doctrine dans la *Loi* ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che emergono dalle stesse. Echi delle idee di Duguit si possono rintracciare anche nelle più nota interpetrazione di Carré de Malberg, la quale disegna il sistema politico francese della Terza Repubblica quale *parlementarisme absolu*, avente le sue origini nei medesimi eventi rivoluzionari. Ed è sintomatico che, mentre l'inquadramento del rapporto governanti-governati compiuto da Duguit, nel suo schematismo, appare sostanzialmente assiomatico, una tale analisi che Carré de Malberg compie del contesto effettivo di potere esistente in Francia è di una incisiva concretezza, nel suo rapportarsi ai dati normativi e nel considerarli alla stregua di elementi non solo storici, ma ambientali, economici, psicologici, sociali in senso ampio ([142]).

([142]) Lo schematismo dell'inquadramento assunto porta Duguit da un lato a conferire sostanzialmente un rilievo eccessivo alla forza, dall'altro a irrigidire eccessivamente la dinamica dei processi politici. Da ciò certe prese di posizione troppo drastiche; così ad esempio, per lui, « la séparation des pouvoirs entre un homme investi de l'exécutif et un parlement investi du législatif est moins que jamais une limitation de la puissance politique » (cfr. *Le droit social, le droit individuel et les trasformations de l'État*, Paris, 1922 (1908), p. 128; *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, in *Rev. écon. pol.*, 1893, p. 19); mentre lo stesso principio di maggioranza tende a divenire un puro congegno aritmetico: « En France, notamment, la loi est l'expression de la volonté des 350 députés et des 200 sénateurs qui forment la majorité habituelle au Sénat et à la Chambre » (cfr. *Les transformations du droit public*, Paris, 1913, p. 75). Queste osservazioni critiche, naturalmente non escludono la notevole importanza della tesi di Duguit circa il rapporto governanti-governati, che ha influenzato molte delle dottrine successive. Tesi che peraltro ha subìto vari sviluppi nelle medesime successive elaborazioni che ne ha dato il Duguit, su cui non è possibile soffermarci. In argomento cfr. PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, cit., p. 71 ss.; CINTURA, *La pensée politique de Léon Duguit*, Bordeaux, 1969, p. 11 ss.; HALBECQ, *L'État*, cit., p. 191 ss. V. anche BURDEAU, *Traité de science politique*, Paris, 1967, II, p. 256 ss., il quale, nel rilevare « l'insuffisance de la doctrine de Duguit » al riguardo, sottolinea l'acutezza della seguente considerazione polemica di Carré de Malberg: « Mais alors il n'est plus exact de dire que la puissance organisée de l'État prend sa source purement et simplement dans la force; la vérité est qu'elle résulte d'un certain équilibre des forces sociales en présence, ce qui est bien différent » (*Contribution*, cit., p. 198 ss.). È da notare che il problema della *leadership* politica, vivo in Duguit e in Carré de Malberg, è avvertito con sensibilità anche dall'Hauriou, con la sua teoria del *pouvoir minoritaire*, che forma nel *mouvement social* la *force dominante*, e che assicura « l'entreprise du gouvernement d'un groupe humain par la création continuelle de l'ordre et du droit », dando vita ad un « *synécisme* » che mette in opera la sua azione integratrice « sur la base des intérêts communs aux

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il suo non è tuttavia un sincretismo eclettico, in cui le angolazioni sociologiche e volontaristiche vengono confusamente immesse nel quadro del positivismo tradizionale ma un ripensamento approfondito, coerente e originale, del positivismo giuridico. In particolare, la considerazione da parte sua dei rapporti reali di forza, sotto la volta del concetto di sovranità e con riferimento alla nozione di Stato è il risultato di un puntuale ragionamento e di una scelta scientifica ben precisa.

Sono note le battaglie che sono state condotte specie nel mondo anglosassone contro il concetto di sovranità; ed è al riguardo indubbia l'influenza di Duguit, specie tramite l'intermediazione di Laski (143). Ma non può non rilevarsi il rinnovato recente interesse per la nozione di sovranità di diversi autori anglosassoni, e non solo giuristi, ma anche scienziati politici, i quali, pur senza ripudiare una visuale effettiva e dinamica dei poteri politici, ritengono utile servirsi del concetto di sovranità, con argomentazioni che sotto vari aspetti seguono linee di motivazione, che in parte troviamo già anche negli scritti di Carré de Malberg (144).

---

populations de ces différents groupes » (*Principes de droit public*, (1910), 2ª ed., Paris, 1916, p. 51 ss., 475 ss.). Per la nozione di « élite politique » come formata non dai « plus forts », non dai « plus cruels », non dai « plus violents » ma dai « meilleurs », cfr. *Précis de Droit constitutionnel*, 1ª ediz., cit., p. 170 ss.

(143) Il Laski invero, oltre a tradurre in inglese il volume *Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'État*, che apparve a New York nel 1920 con il titolo *Law in the modern State*, diede particolare risalto in varie sue opere al pensiero di Duguit, specialmente nell'opera *Authority in the Modern State* del 1919 (cfr., altresì, in modo diretto, *A note on M. Duguit*, in *The Harvard Law Review*, 1917-1918, p. 190 ss.; *La conception de l'État de Léon Duguit*, in *Archives de philosophie du droit*, 1932, p. 122 ss., e, sui rapporti fra il pensiero di Duguit e quello di Laski, da ultimo, ZYLSTRA, *From pluralism to Collectivism, The development of Harold Laski's political thought*, Assen, 1970, p. 64 ss.). Ma alla diffusione delle idee di Duguit nel mondo anglosassone contribuì anche la pubblicazione sull'*Harvard Law Review* nel 1917 dell'altro suo saggio *The Law and the State*. Sollecitarono inoltre l'attenzione gli studi critici su Duguit del Matthew e dell'Elliot, sul *Political science Quarterly* del 1909 e del 1922, nonchè l'esame d'insieme, anche se generico, compiuto dallo JENNINGS, *The institutional Theory*, in *Modern Theories of Law* (ed. JENNINGS) del 1933.

(144) V. i saggi raccolti nel volume collettaneo, a cura di STANKIEWICZ, *In defense of Sovereignty*, New York, London, Toronto, 1969, e, in modo particolare, quelli di Benn, di Cole, di Schwarzenberger, di Stankiewicz. Cfr. altresì HINSLEY, *Sovereignty*, London, 1966, p. 228 ss., nonché in riferimento alla particolare ango-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nicola Matteucci, nel suo saggio polemico nei confronti del positivismo giuridico del 1963 (145), nell'affermare che « chi continua a insistere sulla modernità dello Stato-sovrano, non può non ritrovare Hobbes fra i suoi maestri », per dar forza all'affermazione si richiama a McIlwain, ma varrà ricordare come proprio McIlwain, attaccando la concezione assolutizzante della sovranità, critica nel contempo l'eccessivo « zeal » dei « Pluralists » nel sostenere che « sovereignty itself is a wholly inadmissible concept », e tenta di riscoprire il significato della stessa in termini garantisti e equilibrati, pervenendo alla conclusione che, nello studio dei fenomeni giuridici, « the legal conception of sovereignty is still useful and must be kept » e che « the *Rechtsstaat*, of which Jean Bodin gave us the first analysis, is after all probably a sounder foundation on which to build than either the assertions of Hobbes or the negations of the modern Pluralists » (146).

Il pensiero di Duguit, con la sua esaltazione del *droit social* ha avuto un sensibile influsso sul socialismo giuridico in Francia e anche fuori di Francia (147); ma pure sotto questo aspetto, se sono

---

lazione della *doctrine of Parliamentary sovereignty*, MARSHALL, *Constitutional Theory*, Oxford, 1971, p. 72. Varrà ricordare che, del resto, da tempo quello che è forse il più stimolante politologo di lingua inglese, il Laswell, ha sottolineato l'importanza della nozione di *sovranità* (cfr. LASWELL e KAPLAN, *Power and Society*, New Haven, 1950, p. 177; particolarmente il § 8, 1. *Sovereignty, State, and Government*).

(145) MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 999.

(146) Cfr. MCILWAIN, *Constitutionalism and the changing world*, Cambridge, 1939, pp. 36, 43, 44, 45, 46, 58, 59, 60, il quale, come Carré de Malberg, fa leva sulla « droiture foncière des peuples » (« It is still an essential of government that it must be administered by justice and not at discretion. There is no royal road to the attainment of that justice. Its price is struggle and effort never remitted »).

(147) Cfr. quanto osserva l'HALBECQ, *L'État*, cit., p. 178, 190 ss., « Le doyen de Bourdeaux aurait-il été plus authentique socialiste, en ce qui concerne l'État, que ne le furent Paul Louis, André Mater, Maxime Leroy? ... Et Léon Duguit accorde aux socialistes et syndicalistes ses contemporains, que les idées révolutionnaires n'ont pas réussi, loin de la, à réduire l'omnipotence étatique. Cependant, il les critique eux-aussi: et d'illustrer la tendance moderne à l'étatisme par les exemples de la Convention, de l'empire allemand, mais également du collectivisme qui veut remettre à l'État les moyens de production. L'accord du socialisme et du duguisme se réduit ainsi à la critique des droits individuels: pour l'un et l'autre systèmes, c'était une chimère de croire qu'en proclamant ces droit individuels,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

innegabili gli apporti positivi di Duguit, sono altrettanto palesi quelli negativi.

La sottomissione che egli delinea del politico al giuridico, a sua volta articolato nelle due fasi, del diritto oggettivo dichiarativo e del diritto oggettivo sociale spontaneo, entro le quali il perno del diritto pubblico diventa quel fine ideale del « service public », che modella *a priori* provvidenzialmente il corso dell'attività statale e la legittima in base alle modalità del suo esercizio, dà poco spazio, nella sua macchinosità, al momento dello sviluppo e tende ad eliminare nella « solidarité sociale », che da reale diviene astrat-

---

on pouvait limiter effectivement l'action de l'État ». Ma, in proposito, tenendo presente il legame che stringe Duguit a Durkheim, per inquadrare meglio il clima in cui si svolgono questi dibattiti, è da ricordare la notazione di ARON, *Les étapes de la pensée sociologique*, Paris, 1967, p. 375: « C'est à ce point de l'analyse que le sociologue retrouve le problème du socialisme et qu'il nous est possible de comprendre en quel sens Durkheim est socialiste, en quel sens il ne l'est pas, ou encore en quel sens la sociologie, telle qu'il la comprend, est le substitut du socialisme. La pensée durkheimienne a été historiquement en relations assez étroites avec la pensée des socialistes français des dernières année du XIXe siècle ...; autour des années 1885-1895 la conception durkheimienne du socialisme a été un élément important de la conscience politique française ».

Detto questo circa l'influenza delle idee di Duguit sul socialismo giuridico, va anche sottolineato come però, sul piano dell'impegno politico, egli non assunse « aucune position en faveur du marxisme », ed anzi la sua candidatura nella lista dell'*Union républicaine démocratique* non ottenne l'investitura ufficiale della *Fédération des Gauches* perchè fu ritenuta suscettibile di raggruppare « l'ensemble des voix réactionnaires » (v. le indicazioni e i documenti al riguardo della PISIER-KOUCHNER, *Le service public*, cit., p. 5. Secondo il LABORDE-LACOSTE, *La vie et la personnalité de Léon Duguit*, cit., p. 107 « aux yeux des partis de gauche, il était de droite: le *grand burgeois*; pour certains membres des partis de droite, il était de gauche: *l'anarchiste de la chaire*, le *progressiste* de la troisième république »).

In argomento, ai fini di una più corretta valutazione, occorre tuttavia tenere anche presente la concezione « dynamique » delle libertà delineata dal Duguit. Come osserva il WALINE, *Influence de Duguit sur le droit constitutionnel et la science politique*, in *Revue juridique et économique du Sud-Ouest*, 1959, p. 167: « pour lui, une liberté publique n'emportait pas seulement l'obligation pour l'État de s'abstenir de limiter les activités des citoyens en certains domaines; elle comportait aussi l'obligation pour l'État de procurer aux citoyens, ou à certaines catégories d'entre eux, des prestations positives (notamment en matière de ce qu'on appelle aujourd'hui l'aide sociale); cette conception des obligations de l'État se trouve aujourd'hui illustrée par la Sécurité sociale ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ta, ogni elemento conflittuale nella prospettiva di quell'armonia perfetta che ne viene postulata come il frutto necessario ([148]).

([148]) Lo stesso Bonnard, nel ricordare, come discepolo, Duguit, sull'*Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, 1929, p. 263, rivela tale determinismo, concludendo la sua ricostruzione del pensiero del maestro proprio con l'affermazione che « le législateur est tenu par le droit objectif existant, puisqu'il est obligé d'en opérer la constatation ». Cfr., altresì, GURVITCH, *Sociologia del diritto*, Milano, 1967, p. 114: « è indubitato che in generale la ricerca di Duguit pecca per eccessivo dogmatismo, è troppo poco ispirata al principio della relatività, mentre d'altro canto le sue descrizioni genetiche sono evidentemente basate su una tesi preconcetta »; PISIER-KOUCHNER, *Le service public*, cit., p. 294: « Normativisme et sociologisme se détruisent réciproquement, sans s'enricher: les découvertes de l'analyse sociologique tendent à la négation de tout véritable normativisme; la prétention normativiste, portée par un idéalisme ou même par un idéologisme politique initial, fait dévier l'analyse sociologique »; e, per un quadro di insieme delle valutazioni dell'opera di Duguit, LANGROD, *L'influence des idées de Léon Duguit*, cit., p. 131 ss.

In questa linea, sintomatica la durezza degli attacchi di Duguit alle tesi marxiste dello sviluppo politico, non ostante i contatti avuti con gli ambienti socialisti: « la doctrine de la lutte des classes est une doctrine abominable » (*Le droit social*, cit., p. 3), a parte quelli ancora più duri contro le idee sui conflitti sociali elaborate durante la rivoluzione russa, rispetto ai quali Giraud ha avuto modo di osservare (*Les facultés de droit*, cit., p. 272) che « certaines pages écrites à ce sujet par Léon Duguit sur la Révolution russe sont proprement ridicules ». Non per questo tuttavia, specie considerando il suo modo di argomentare « ciclonico » — l'espressione è di Bonnecase —, sembra esatta la valutazione di chi l'inquadra come un precursore del fascismo: anche se indubbiamente il fascismo si giovò di certi suoi spunti. A parte il fatto che egli non si dimostrò mai « partisan de l'autoritarisme fasciste » (PISIER-KOUCHNER, *op. cit.*, p. 6), la sua dottrina associazionistica, il suo sindacalismo, le sue tesi sulla rappresentanza professionale, hanno una ben diversa apertura sociale. Del resto, il FRIEDMANN, *Théorie générale du droit*, Paris, 1965, pp. 182, 349, secondo il quale — con una considerazione non adeguata e troppo ottimistica del corporativismo fascista — « la théorie de Duguit ... a offert une bonne part de sa théorique à la théorie corporative du Fascisme » — non manca di aggiungere che però il fascismo ha « totalement modifié le fondement du système de Duguit, en subordonnant le syndicalisme à un État encore plus puissant, plus déifé et plus arbitraire que tous ceux que Duguit avait en tête et abhorrait ». E lo stesso Friedmann invero di recente si è rifatto proprio a Duguit, per sostenere (*The State and rule of Law in a Mixed Economy*, London, 1971, p. 8 ss.) una impostazione pluralistica e democratica dello Stato, quale « a focus of centralized power, which results from the balance between various contending social and economic interests, and as the embodiment of certain ideas of justice and public interest encompassing the community as a whole ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La sensibilità storica di Carré de Malberg lo porta invece ad avvertire il perenne movimento che domina i fenomeni sociali ed è precisamente il concetto di sovranità giuridica, come è da lui concepito con una valutazione concreta e dinamica, che lo aiuta a rendersi conto dell'estrinsecarsi effettivo dell'esperienza giuridica nei suoi articolati svolgimenti.

Nel corso degli anni della rivoluzione francese, Saint-Just, nell'ultimo periodo della sua azione, ebbe a criticare l'immobilismo che si annidava nelle dottrine politico-giuridiche dei fisiocrati, e di coloro che si rifacevano alle loro idee, secondo cui le leggi positive non sono che dichiarative dell'ordine sociale, pur recependo la prospettiva sociale insita nella stessa dottrina, che lo spinse ad attaccare il legislatore di tipo profetico, esaltato invece da Rousseau: di qui l'attenzione da lui portata alle istituzioni sociali e la sua valorizzazione del legislatore razionale storico, il quale si appoggia sui princìpi istituzionali sociali naturali ed è perciò in grado di concretare il suo disegno legislativo nella realtà delle istituzioni ([149]). Anche nella prima metà dell'Ottocento, di contro ai *Doc-*

([149]) Sui rapporti fra *ordre naturel* e *ordre social* nel pensiero francese del Settecento, cfr. EHRARD, *L'idée de nature en France dans la première moitié du XVIIIe siècle*, Paris, 1963, specialmente, II, p. 726 ss., il quale nota che, dopo il 1750, si cominciò a dubitare che natura e società parlassero un linguaggio comune; ed, altresì, MORAVIA, *Il tramonto dell'illuminismo*, Bari, 1968, p. 214 ss.; DIAZ, *Filosofia e politica nel Settecento francese*, Torino, 1962, p. 350 ss., che, esaminando il pensiero costituzionale dei fisiocrati, osserva che « la traduzione costituzionale dell'ordine naturale della società, mediante quelle leggi positive, le quali *ne doivent être que des resultats évidents de l'ordre...*, è il dispotismo legale ». In proposito rileva il GURVITCH (*L'idée du droit social* (1932), Aalen, 1972, p. 246 ss.) che « chez eux, le droit social se présente non seulement comme parfaitement indépendant de l'État, mais encore supérieur à lui. En cas de conflit, le droit social économique annulle le droit formulé par l'État », aggiungendo che i fisiocrati consideravano « l'ordre social exclusivement sous l'aspect statique ». Sulla polemica di Saint-Just contro l'immobilismo dei fisiocrati, e, nel contempo, contro i legislatori-profeti di tipo carismatico, v. ABENSOUR, *La théorie des institutions et les relations du législateur et du peuple selon Saint-Just*, in *Actes du colloque Saint-Just*, Paris, 1968, p. 240 ss. L'Abensour pone in luce il contributo dato da Saint-Just agli sviluppi dell'istituzionalismo giuridico, ricollegandone certe intuizioni a spunti che emergono dal pensiero di Hume. Per una diversa interpetrazione deterministica delle idee costituzionali di Saint-Just, pur constatando l'accento da lui posto sul rilievo strutturante delle istituzioni, TALMON, *The Origins of Totalitarian Democracy*, London,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trinaires Guizot e Royer-Colliard, che affermano come unica sovranità, quella spontanea della *justice* e della *raison*, Benjamin Constant, quantunque esalti tali princìpi di giustizia e di ragione, è stimolato dal suo senso « du concret » ([150]) a porre l'accento sulle modalità di *distribution* e di *balance* del potere e sull'effettività delle decisioni politiche, attraverso cui soltanto detti princìpi possono giuridicamente realizzarsi nelle strutture statali. Senza volere accavallare formulazioni di pensiero diverse, va tuttavia preso atto, ai fini di un più compiuto inquadramento della stessa, che la polemica tra Carré de Malberg e Duguit, nelle sue linee generali, presenta pertanto aspetti che si riallacciano a orientamenti precedenti, ha radici storiche, dottrinali e istituzionali, legate al sorgere dello Stato moderno in Francia: ed è il medesimo Carré de Malberg infatti ad avvicinare la concezione di Duguit a quelle di Condorcet e, successivamente, di Guizot e di Royer-Colliard ([151]).

1966, p. 142 ss. Sulla valorizzazione dello Stato-società, dello Stato quale *patrie*, nell'istituzionalismo di Saint-Just, cfr. WALTER, *Policies of violence, from Montesquieu to the Terrorists*, in *The critical Spirit; essays in honor of Herbert Marcuse*, Boston, 1967, p. 121 ss. L'accentuazione totalitaria — intesa, però, non in senso « governativo », ma « sociale » — in Saint-Just, non può condurre a sottovalutare il risalto da lui dato al momento istituzionale (specie se raffrontiamo il suo pensiero a quello di Robespierre) e alla connessione tra istituzioni e decisionismo politico e legislativo. Non va d'altronde dimenticata l'ammirazione che Saint-Just manifesta nei suoi primi scritti per Montesquieu, in particolare nell'*Esprit de la Révolution*, del 1791. Sempre al fine di rintracciare nelle polemiche del periodo rivoluzionario francese alcune radici dei successivi dibattiti fra Carré de Malberg e gli altri costituzionalisti del suo tempo, appare opportuno sottolineare come non sembra pienamente corretta l'affermazione del Walter (*l.c.*), il quale, in polemica con gli storici socialisti, ritiene che il pensiero giacobino non anticipi in nulla « le idee principali enunciate da Marx », giacché vi mancherebbe del tutto l'idea di lotta di classe. Se, come ha messo in luce Albert Soboul, effettivamente a Robespierre difettava « le sens de l'action des masses », non può contestualmente non rilevarsi il dinamismo implicito nell'antitesi *ami-ennemi* che, specie nel pensiero di Saint-Just, è il fulcro dei rapporti politici. E qui vediamo la traccia anche di quella contrapposizione *amicus-hostis*, che sarà poi un momento centrale della dottrina di Carl Schmitt. Sull'intuizione, sia pure oscura e fugace, da parte di Saint-Just, della « réalité des classes, de leurs antagonismes, de leurs intérêts divergents », cfr. GEFFROY, *Le « peuple » selon Saint-Just*, in *Actes du Colloque Saint-Just*, cit., p. 231.

([150]) Cfr. BASTID, *Benjamin Constant et sa doctrine*, Paris, 1966, II, p. 868 ss.

([151]) Cfr. *Contribution*, cit., II, p. 159 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Le critiche che Hauriou formula contro Carré de Malberg in tema di sovranità sono di intonazione diversa da quelle di Duguit. Hauriou sottolinea con simpatia gli sforzi del *maître strasbourgeois* per sfuggire « aux dangers de la doctrine de la *Herrschaft* », ma conclude che purtroppo « on n'a évité un écueil que pour tomber sur un autre qui pour être plus caché n'en est pas moins dangereux » ([152]). Non lo convince da un lato il legame che Carré de Malberg pone tra il diritto e l'*organisation sociale*, laddove esistono a suo avviso anche fenomeni giuridici il cui « principe n'est pas dans l'organisation mais dans la sociabilité des hommes »; d'altra parte, gli sembra chiaro che, seguendo le idee di Carré de Malberg, si perviene ad un'impostazione deterministica e illiberale in cui la realtà dell'organizzazione effettiva statale domina tutto, producendo l'*omnipotence* dello Stato-persona, a cui non si sfugge con la configurazione data da Carré de Malberg all'auto-limitazione, che, in simile contesto, ha ineluttabilmente un senso solo apparente e soggettivo.

Hauriou è spinto a tali rilievi in connessione alla particolare differente angolazione d'indagine da cui muove, ma anche se ci poniamo nella prospettiva della stessa, il suo giudizio su Carré de Malberg ci appare egualmente sommario. Giacché se Carré de Malberg si contrappone all'idea avvalorata da Hauriou dei due ordinamenti giuridici collegati, sociale e statale, e punta decisamente, con riferimento all'epoca moderna e in particolare all'esperienza francese, sulla coincidenza, nell'ambito della struttura statale, del fenomeno giuridico con il diritto statale, egli però, come si è visto, non trascura di tenere presente, quantunque con un esame meno dettagliato di quello di Hauriou ([153]), il sistema sociale che sottende lo Stato e i condizionamenti che ne derivano alla sovranità di questo. In quanto all'accusa di determinismo, tra i

---

([152]) Cfr. HAURIOU, *Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, cit., p. 203 ss.; ID., *Précis de droit constitutionnel* (2ª ediz.), cit., p. 238 ss.

([153]) Circa l'attenzione con cui Hauriou considera i vari aspetti del sistema sociale, cfr., particolarmente, GURVITCH, *L'idée du droit social*, cit., p. 699 ss.; e, con un ampio raffronto fra le idee in tema di *autolimitation* del Duguit e dell'Hauriou, DE LAUBADÈRE, *Le Doyen Maurice Hauriou et Léon Duguit*, in *La pensée du Doyen Hauriou*, cit., p. 221 ss. V., altresì, LANGROD, *L'influence des idées de Léon Duguit*, cit., p. 146.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

due è proprio Hauriou che cede di più a un'impostazione simile, nel momento in cui tira le fila dei suoi complicati meccanismi ed è condotto, a causa del suo pangiuridicismo globale anche se articolato su più livelli, a conferire una direzione troppo rigida alla complessa catena di relazioni fra la costituzione sociale e la costituzione politica, fra le varie *formes de la souveraineté* ipotizzate e fra i correlativi diversi piani di profondità giuridici. Direzione obbligata, che se, in un primo tempo, privilegia la *nation* e il *droit social* quale *realité de base*, vero elemento *vital*, rispetto allo Stato quale *personnalité juridique servante*, nella seconda fase del suo pensiero, tende ad immobilizzare la dinamica sociale nello Stato, nella cui sovranità vengono a fondersi le diverse sovranità, per mezzo dell'*engrenage des puissances publiques* (154). Mentre Carré de Malberg, con il differenziare la sfera giuridica dalla sfera sociale, può guardare con maggiore elasticità e realismo ai rapporti fra le stesse, senza bisogno di assorbire l'una nell'altra, e accentuare di conseguenza il ruolo propulsivo delle decisioni politiche degli organi costituzionali. Perciò l'*auto-limitation* giuridica della sovranità statale configurata da Carré de Malberg, non perde significato in questo quadro niente affatto chiuso e astratto. Carré de Malberg, che in proposito riprende e sviluppa la lezione di Jellinek, è ben consapevole nel suo relativismo che tale *auto-limitation* vale solo impostando il problema *juridiquement*, dal « point de vue formal », riguardo ai « moyens positifs d'ordre juridique », e che quale « criterium juridique » non può avere « la pretention de mettre de côté » l'elemento « justice », che è « plus haute » della « volonté étatique », né la forza pressante degli equilibri sociali. Ed è incontestabile per lui che « les limitations assignées par le droit en vigueur à la souveraineté demeurent essentiellement précaires » e che « le droit ne saurait par ses seuls moyens » dare una garanzia « absolue ». Ma anche vista in sé, sotto l'aspetto solo giuridico, l'*auto-limitation* ha per Carré de Malberg un essenziale significato, serve a legare la sovranità « à l'empire du droit » in un modo effettivo e oggettivo. Poiché « si absolue que

(154) Sull'« unification des trois formes de souveraineté dans la souveraineté de l'État », v. GURVITCH, *L'idée du droit social*, cit., p. 705 ss.; HALBECQ, *L'État*, cit., p. 533 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

soit la puissance de l'État... il ne peut supprimer tout ordre juridique », ne deriva che « par là même que la Constitution détermine les formes ou conditions d'exercise de la puissance étatique, elle exclut toute puissance qui s'exercerait en dehors de ces conditions ou formes ». E il vincolo di forma tende a divenire vincolo di sostanza ove si realizzi il « système du *Rechtsstaat* », il quale « parvenu à son complet développement, il implique que l'État ne peut agir sur ses sujets que conformément à une règle préexistante ».

Un ulteriore rafforzamento dell'*auto-limitation* si verifica poi dove si abbia nell'ordinamento positivo, come nella Francia postrivoluzionaria, l'identificazione, almeno in linea di principio, fra lo Stato e la Nazione, che conduce all'affermazione della sovranità nazionale; in questo caso « la puissance souveraine, étant conçue comme un pouvoir qui appartient à l'universalité idéale du peuple », esclude « toute mainmise absolue sur la puissance de volonté de la nation », si oppone « à ce que la puissance de la nation se trouve organiquement immobilisée, c'est-à-dire localisée à titre permanent, dans des individus, fûssent-ils la totalité des citoyens ». Certo il principio della sovranità nazionale può ridursi nella realtà effettiva ad un mero simbolo, ma, man mano che « la forme de gouvernement » si orienti concretamente « dans un sens franchement démocratique », nel conseguente svolgimento democratico della costituzione, allorchè « le véritable souverain c'est alors le peuple, armé du moyen juridique de statuer en dernier ressort », dominante « toutes autorités fonctionnant sous sa suprématie », i limiti giuridici alla sovranità diverranno più consistenti ([155]).

Anche in ordine alla sovranità resta fermo per Carré de Malberg che « l'État n'est pas une fin, mais un moyen, c'est-à-dire une institution qui n'existe que dans un but humain », un fine non realizzato *a priori* entro lo schema di un modello ideale, ma che si svolge storicamente.

Le conclusioni in argomento di Carré de Malberg si avvicinano pertanto nel loro fondo a quelle di Hauriou per cui « l'ordre social est le résultat d'une réorganisation partielle de la société » e « le régime d'État » si configura sostanzialmente come una « procé-

([155]) Cfr. *Contribution*, cit., I, pp. XIX, 196 ss., 230 ss., 241 ss.; 273 ss.; II, 171 ss., 194 ss., 545 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dure de la vie sociale » ([156]), con una maggiore accentuazione sul dinamismo, come si è visto, da parte di Carré de Malberg, per il risalto da lui dato agli effetti strutturanti delle norme giuridiche e al carattere costruttivo dei processi politici che le pongono in essere ([157]).

12. Oltre che in connessione all'attenzione prestata da Carré de Malberg alla dimensione sociale del diritto, di cui si è fatto sopra cenno, i rapporti fra Carré de Malberg e l'istituzionalismo si sviluppano anche su altri piani. Un momento centrale del pensiero istituzionalista è la valorizzazione della nozione di ordinamento, considerato nel suo dinamismo strutturale globale, che pur non escludendo le norme, « le avanza e le supera » e nella sua unità « è qualche cosa di più vivo e di più animato », di più complesso, « e almeno, fino ad un certo punto, di indipendente » ([158]). Ora

---

([156]) Cfr. HAURIOU, *Principes de droit public*, cit., pp. 103, 175; ID., *Précis de droit constitutionnel*, 2ª ediz., cit., pp. 12, 34, 62 ss.

([157]) Come nota il Giraud (in *Journées Carré de Malberg*, cit., p. 37) in questo modo, in Carré de Malberg, il diritto « est transcendé par la politique, c'est-à-dire par le législateur, qui est la source du droit; et le législateur lui-même reflète des intérêts, des principes et des croyances ». Secondo il Brimo (*Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, cit., p. 274 ss.), che considera con particolare simpatia l'Hauriou, definendolo « le Montesquieu du XXe siècle », in base alla sua concezione dell'*autolimitation*, Carré de Malberg farebbe « en quelque sorte la transition entre le positivisme et l'humanisme juridique et politique d'un Hauriou », allontanandosi così « de la théorie de la souveraineté de l'État des juristes allemands ». Per le ragioni accennate nel testo, nel raffronto fra il pensiero di Hauriou e quello di Carré de Malberg, noi crediamo più realistica e più conseguenziale sul piano del rigore scientifico la concezione di Carré de Malberg, che sfugge così a quel dogmatismo tradizionalista in cui sostanzialmente viene a cadere Hauriou proprio in forza di alcune ambiguità del suo spiritualismo, e del ridotto suo interesse per l'effettiva dimensione storica.

Per una critica a Hauriou, sotto il profilo di avere « reso indipendente la genesi del diritto dal fatto dell'autorità », con riferimento all'interpetrazione data da Cesarini Sforza all'opera di Hauriou, cfr. la presentazione di Baratta, alla traduzione italiana di alcuni scritti del maestro di Tolosa, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Milano, 1967, p. XXI ss. In argomento, v. pure i rilievi di LEGAZ LACAMBRA, *L'influence du Doyen Maurice Hauriou dans les pays latins et latino-américains*, in *La pensée du Doyen Maurice Hauriou*, cit., p. 243 ss.

([158]) Cfr. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, (1918), Firenze, 1945, pp. 10, 13 ss. E in generale, AGNELLI, *L'istituzionalismo italiano dal 1945 ai giorni nostri*, in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anche Carré de Malberg vede « l'ordre juridique régulateur », che forma il diritto positivo come un sistema caratterizzato da una struttura continua che non ha una dimensione solo normativa: per lui l'ordinamento giuridico è legato essenzialmente alle norme ma non è affatto la mera somma delle stesse; come rileva il Waline, contrapponendolo a Kelsen, nella sua concezione « l'ordonnancement juridique comporte autre chose que des règles » ([159]). La presenza costante dietro le norme giuridiche della « puissance souveraine » dello Stato, che esprime « la collectivité nationale elle-même », con un rapporto giuridico, che è di medesimezza, giacché lo Stato non è che « la personne abstraite, en quoi se résume et s'unifie la nation », ma che dà anche luogo ad un « *processus* juridique » continuo (che si svolge tra « les volontés et activités des organes étatiques », in modo che « la multiplicité des autorités et la spécialisation des compétences » si coordinino tra loro e « convergent vers un but commun et vers des résultats identiques »; cosicché, « par l'effet, soit de leur attaches avec le corps national, soit de leur structure ou composition, les volontés qu'ils exprimeront puissent être considérées comme ayant même nature que celles qui se dégageraient de l'ensemble de la nation »), fa sì che nel sistema, alle « règles », si aggiunga un *quid* espresso dalla tensione stessa processuale derivante dalla dinamica dell'*État-Nation* ([160]).

L'orientamento prevalente nell'istituzionalismo tende a dare la precedenza all'ordinamento giuridico, quale punto fermo di cui sono semplice « riflesso » le norme, finalizzate in modo meccanico a tale entità, e pertanto configurate, per usare la formulazione del Romano, « quasi come pedine in uno scacchiere », o più in generale sotto l'aspetto di meri elementi strumentali di carattere secondario, direttamente dipendenti dalla struttura del tutto e viventi esclusivamente all'ombra dell'« idée-âme » che lo sorregge ([161]). Nei ragio-

---

Annuario bibliografico di filosofia del diritto, I, Milano, 1967, p. 270 ss.; BOBBIO *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1961, p. 7 ss.

([159]) Cfr. WALINE, *Observations sur la gradation des normes juridiques établie par M. Carré de Malberg*, in *Rev. dr. publ.*, 1934, p. 563 ss.

([160]) Cfr. *Contribution*, cit., I, p. 243 ss.; II, 28 ss., 492 ss., 545 ss.; 621 ss. In proposito, v. HALBECQ, *L'État*, cit., p. 408 ss.; BURDEAU, *Raymond. Carré de Malberg*, cit., p. 365 ss.

([161]) Cfr. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le categorie del politico*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

namenti di Carré de Malberg sul tema, peraltro affrontato in modo indiretto e senza approfonditi sviluppi, troviamo che l'ordinamento, anche per i modi sfumati con cui Carré de Malberg utilizza tale concetto, attribuendo allo stesso una minore corposità, non viene ad assorbire l'estrinsecarsi e il senso delle singole norme: e ad identiche conclusioni ci conduce l'analisi dei criteri di studio concretamente adottati da Carré de Malberg nel corso delle sue indagini. In corrispondenza a quel « principe d'unité, qui forme la base essentielle de l'État unitaire moderne », le « régles de droit » vengono sì ad inquadrarsi in un « système » unitario, sorretto da quella « souveraineté de la nation, qui est à la base du droit public français tout entier » e sotteso, nella linea della stessa, dal *régime* che conforma « l'organisation de l'État », per « l'effet unifiant de laquelle la collectivité de ses membres se trouve ramenée à une unité ».

Ma ciò nonostante, il giurista, secondo Carré de Malberg, non può svolgere la sua ricerca facendo riferimento solo all'ordinamento inteso quale sistematicità totale, nè ritenere l'« ordre juridique » una struttura rigida, chiusa, pienamente coerente, spiegabile nella sua razionalità intrinseca soprattutto per via di deduzione. Bisogna invece contestualmente sia guardare al sistema nella sua *ratio* d'insieme, sia prestare la massima attenzione alla specificità delle « dispositions, expresses ou implicites », contenute nei singoli « textes » regolativi giuridici ([162]). Correlativamente, se il presupposto

---

Bologna, 1972, p. 251 ss.; MORTATI, *Costituzione dello Stato, dottrine generali e costituzione della Repubblica italiana*, in *Encicl. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 149 ss.; LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 386 ss. e, per quanto riguarda il pensiero di Hauriou, MARTY, *La théorie de l'Institution*, in *La pensée du Doyen Hauriou et son influence*, cit., p. 36 ss.

([162]) Cfr. *Contribution*, cit., I, p. 195 ss., 709 ss., 713 ss., 734 ss.; II, 56 ss., 194 ss., 492 ss., 616 ss., 621 ss.; *Confrontation*, cit., p. 13 ss., 159 ss. L'impostazione di Carré de Malberg trova così dei collegamenti con alcune intuizioni già proprie del Savigny (v. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano, 1966, p. 164 ss.) e sono avvertibili influssi anche della *Interessenjurisprudenz*, anche se le esigenze fatte valere dalla stessa sono presenti in Carré de Malberg specialmente in connessione al forte risalto che nel suo argomentare assume la sottolineatura della realtà storica (abbiamo tuttavia sopra rilevato come Carré de Malberg faccia espressamente richiamo ad Heck). Circa le opposte necessità dell'unità del sistema e degli specifici valori contenuti nelle singole norme e sulla loro tendenziale convergenza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle valutazioni del giurista è dato dalla positività dell'ordinamento statale nella sua interezza, per cui « la législation présentement en vigueur s'impose d'une façon irréfragable », in base al « fait de son adoption par l'organe législatif compètent » e alla stregua delle norme costituzionali attributive della competenza medesima, ciò non toglie che il giurista non può egualmente esimersi dal seguire la sorte concreta delle singole norme nell'evoluzione storica dell'ordinamento e dell'eventuale particolare intensità di osservanza che si determini intorno alle stesse. Il permanere della legge, al di là del momento della sua approvazione, è legato alla « force nouvelle » che « le texte de la loi... acquiert à tout instant », e, nella presenza di nuovi *gouvernants*, dall'assenso tacito del « législateur actuel », mentre le reazioni dell'opinione « populaire », se non possono fungere da elemento condizionante l'entrata in vigore « definitive » della legge secondo la tesi di Hauriou criticata da Carré de Malberg, incidono sul modo reale della sua operatività. A causa del carattere dinamico dell'ordinamento giuridico statale, la prassi viene a produrre notevoli trasformazioni nel contenuto prescrittivo delle singole norme, anche se lo stesso resta pur sempre segnato dalla identità della « formule écrite » da cui non può prescindersi. D'altronde, dinanzi a « difficultés politiques », anche « le gouvernement hèsite parfois ou renonce à appliquer certaines lois », che tuttavia dal punto di vista formale continuano a imporsi « d'une façon irréfragable », solo « parce qu'elles rencontrent dans le pays une réprobation plus ou moins vive ». Se, ad avviso di Carré de Malberg, non appare corretto, specialmente dinanzi all'esperienza giuridica francese, considerare « droit véritable » esclusivamente e direttamente la « pratique constitutionnelle », considerando « droit apparent » la « lettre des textes », non si deve però trascurare di tener conto delle influenze delle « pratiques », che si svolgono « en fait », sui « principes » stabiliti nelle norme; « pratiques » che possono dar luogo alla disapplicazione della norma, oppure alla configurazione di contrasti più o meno estesi tra l'aspetto « formel » della norma e quello « effectif ». Viene quindi a delinearsi come essenziale la individuazione della effettiva « portée d'une loi, constitution-

---

in una adeguata combinazione, cfr. ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., p. 44 ss.; FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Encicl. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 461 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nelle ou autre... d'après les effets que sont susceptibles de produire et surtout d'après les effets qu'ont produits, en fait », in modo da comprendere il loro significato « véritable », ed ha altresì un rilievo basilare la co-determinazione che si attua tra le varie norme, in relazione all'*application* delle stesse, « qui varie selon le degré où est arrivée cette application ». Attraverso l'inserimento delle norme giuridiche nel contesto sociale si realizza un processo continuo di adeguamento, per cui « l'état de choses ou plutôt la situation de droit » risulta, « à un moment donné, du jeu des conséquences qui découlent du fonctionnement et de la combinaison des règles de droit en vigueur » ([163]). Il problema dello sviluppo dell'ordinamento giuridico in questo modo non viene pertanto ad essere risolto nè in base al criterio della mera legalità, nè in base al criterio della mera effettività, ma è considerato in una prospettiva complessa, che tenta di recuperare, pur nel valore essenziale conferito alla costituzione come fulcro del sistema giuridico, il rapporto molteplice fra potere e consenso, su cui si fonda il dispiegarsi reale dell'ordinamento stesso ([164]).

Nel quadro di una simile impostazione, Carré de Malberg è anche condotto ad ammettere che l'ordinamento giuridico nel suo insieme ha delle « possibilités, moyens d'action limités », che non riesce a porre che « un nombre limité de principes » rispetto all'« infinie variété des espèces et des questions », che « les prescriptions ou institutions dont il se compose, ne sauraient suffire à tout prévoir, à tout ordonner, à tout empêcher ». Di qui il riconoscimento dell'esistenza di ampie *lacunes* e la valorizzazione dell'intervento del giudice, che, oltre a « fixer la portée des prescriptions contenues dans la loi » ha, come già si è visto, un vero « pouvoir créateur », allorché « astreint à juger, devra nécessairement créer par lui-même les éléments de solution que la loi lui refuse » ([165]).

([163]) Cfr. *Contribution*, cit., I, p. 159 ss., 202, 209 ss., 223 ss., 331 ss., 705 ss.; II, 92 ss., 101 ss., 376 ss., 623 ss.; *La loi*, cit., p. 180 ss.; *Confrontation*, cit., p. 76 ss., 82 ss., 105 ss., 116 ss.

([164]) V., in argomento, sotto un profilo generale, i rilievi di HAYEK, *Ordinamento giuridico e ordine sociale*, in *Il Politico*, 1968, p. 708 ss., con particolare attenzione agli svolgimenti storici del concetto di ordinamento giuridico, a partire dal XVIII secolo, e con accentuata insistenza sull'« ordine reale » da cui è condizionata necessariamente la dinamica dei sistemi di norme giuridiche.

([165]) Cfr., sul punto, GÉNY, *Science et technique*, cit., IV, p. 244 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Di qui altresì una modulazione sufficientemente elastica e variegata dell'interpretrazione giuridica [166].

Si collega con l'argomento in esame anche la critica che Carré de Malberg muove alle concezioni monolitiche e compatte della conformazione dell'ordinamento giuridico, e che lo porta ad opporsi alla tesi di Kelsen e ad affermare che « en depit de leur enchaînement, les règles de droit sont donc loin de se fondre dans cette unité absolue que l'école normativiste prétend trouver dans l'ordre juridique » [167].

---

[166] Va aggiunto che l'orientamento nel senso esposto del pensiero di Carré de Malberg, se già emerge nel primo volume della *Contribution à la théorie générale de l'État*, in cui tuttavia vi sono dei brani che sembrano attenuarne la portata (v. I, p. 202 ss., 709 ss.), è soprattutto chiaro nel secondo volume della stessa opera e nelle opere successive, che ponendo Carré a contatto più immediato con la dimensione reale dello sviluppo del regime parlamentare francese, spingono il suo ragionamento a una maggiore concretezza e precisione.

[167] V. *Confrontation*, cit., pp. 151, 158, 159, 161, 162. In proposito, cfr. al riguardo, WALINE, *Observations sur la gradation des normes juridiques*, cit., p. 564 ss. È evidente come, con l'impostazione della nozione di ordinamento giuridico richiamata in questo paragrafo, Carré de Malberg anticipi posizioni che saranno più ampiamente sviluppate, anche nel quadro di differenti concezioni generali, dalla dottrina successiva. V., ad esempio, la critica del Coing alla prospettiva del diritto come « unità logico-formale sul modello della matematica » ricostruibile essenzialmente in via di deduzione (COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1950, p. 276) e, sotto un altro profilo, l'osservazione di OLIVECRONA, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1972, p. 153, secondo cui « il sistema giuridico non è mai statico, e la formazione e trasformazione delle norme costituiscono un processo continuo », entro il quale « cambiamenti meno percettibili accadono senza interruzione come in un organismo vivente ». Appare anche sintomatico che il medesimo Kelsen abbia modificato sul tema il suo originario orientamento. Basti confrontare la formulazione in termini unitari del problema dell'efficacia dell'ordinamento giuridico, quale effettività dell'ordinamento nel suo insieme, che ritroviamo ancora nella prima edizione del 1934 della *Reine Rechtslehre* (cfr. la trad. it., Torino, 1952, p. 79 ss.) e le correlative enunciazioni che appaiono nella seconda edizione del 1960 (trad. it., Torino, 1966, pp. 241, 242 ss.), nella quale Kelsen sottolinea la differenza tra « l'efficacia dell'ordinamento giuridico come totalità e l'efficacia di una singola norma giuridica », rilevando che esse sono ambedue « condizioni di validità non meno di quanto lo sia l'atto con cui si statuisce la norma stessa » e precisando che conseguentemente « l'efficacia nel senso sopra indicato è condizione di validità non soltanto dell'ordinamento giuridico, come totalità, ma anche delle singole norme giuridiche ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

13. Un altro punto su cui emerge un contatto fra le impostazioni di Carré de Malberg ed il pensiero istituzionalista è quello della considerazione prestata al momento dell'organizzazione nello studio dei fenomeni giuridici. È un aspetto che in parte si confonde con quello sopraindicato dei rapporti fra società e diritto, specie a causa della sovrapposizione tra le nozioni di corpo sociale, organizzazione sociale, diritto, che si verifica nelle argomentazioni di alcuni istituzionalisti, ma che si presenta anche con un'angolazione concettuale autonoma, che appare opportuno sottolineare. Un simile profilo trova specifica espressione nelle formulazioni di Hauriou, rivolte a porre in risalto la corposità strutturale dell'*institution*, costituente « par elle-même un état de droit », in quanto « organisation », « arrangement permanent », la cui « permanence est assurée par l'équilibre interne », ed è altresì sviluppato nella lucida puntualizzazione di Santi Romano, per cui « il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura » ([168]).

Nei più recenti studi di metodologia giuridica è stato notato come una tale inquadratura anticipi le prospettive attuali, che sono state stimolate soprattutto dalla ricerca di Hart ([169]), tese a dimostrare la sussistenza nell'ordinamento giuridico, accanto alle norme « primarie », ovvero di « comportamento » o di « condotta », di norme « secondarie », ovvero di « struttura » o di « organizzazione » ([170]). È stato osservato dal Bobbio che « le norme, cui si rife-

---

([168]) Cfr., HAURIOU, *Principes de droit public*, 1ª ed. (1910), cit., p. 126 ss.; 2ª ed. (1916), cit., p. 252 ss.; ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), cit., p. 22 ss.

([169]) Cfr., HART, *Il concetto di diritto*, trad. it., Torino, 1965, p. 112 ss.

([170]) Al riguardo, particolarmente vivaci le considerazioni del LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 390 ss., il quale, tra l'altro, rileva: « C'è veramente da rammaricarsi che Hart non conosca la teoria istituzionale del diritto, in particolare l'opera di Santi Romano: essa gli avrebbe consentito di spiegare nel modo più soddisfacente perché le norme secondarie siano indispensabili al diritto ». Ma è da notare che se Hart non cita né Romano, né Hauriou, indica però, nelle note, numerose opere in cui gli scritti degli istituzionalisti, soprattutto quelli di Hauriou, sono esaminati. Del resto, a parte tali citazioni, la teoria istituzionale del diritto, anche se spesso non è valutata in modo adeguato, nel 1960, anno in cui appare *The Concept of Law* di Hart, è ricostruita, nel quadro della letteratura di lingua inglese, in molte opere d'insieme; è sufficiente qui ricordare i contributi di Bodenheimer, di Friedmann, di Stone. La stessa *Sociologia del di-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riva » Santi Romano, « per mostrare l'insufficienza della definizione tradizionale del diritto come norma o insieme di norme, erano le norme di condotta », e che probabilmente, dietro il concetto di organizzazione utilizzato dal Romano, in modo peraltro « mai chiaro..., così vago », vi era l'esigenza avvertita ma non precisata del « ricorso alla nozione delle norme di secondo grado, di cui l'organizzazione è il risultato », quali norme tipiche di quello che il Bobbio chiama un sistema normativo « più ricco e più rigido..., complesso », contrassegnato dalla presenza di norme « che riguardano le norme primarie stesse », in vista della loro « conservazione e trasformazione » ([171]).

---

ritto di Gurvitch, che dedica acute pagine ad Hauriou, è apparsa in lingua inglese (dopo l'edizione statunitense del 1942, è stata pubblicata, nelle due successive edizioni, del 1947 e del 1953, proprio a Londra). Nell'esaminare la distinzione fra norme primarie e secondarie, disegnata da Hart, il GAVAZZI, *Norme primarie e secondarie*, Torino, 1967, p. 144 ss., richiama Kantorowicz, sottolineando come lo stesso si rifaccia a Gurvitch. Va aggiunto che, come osserva il LOMBARDI, *op. cit.*, p. 388, nota 27, pur se mancano formulazioni esplicite sul punto, la distinzione fra norme di organizzazione e di comportamento è chiaramente presente anche nell'opera di Kelsen; e sempre in questa linea si pone la distinzione fra norme di condotta e norme di competenza o procedura del Ross. Peraltro il medesimo Hart, nell'annotazione 35, *Norme che conferiscono poteri*, dà implicitamente atto dell'influenza di Kelsen e Ross sulla sua opera, pur criticando l'impostazione che, a suo avviso, contrassegnerebbe la dottrina di questi autori, sostanzialmente riduzionista dei due tipi di norme a un singolo tipo. Per un esame dei rapporti fra Kelsen, Ross e Hart, v., da ultimo, KALINOWSKI, *Théorie, métathéorie ou philosophie du droit, Réflexions sur the Concept of Law de H.L.A. Hart et On Law and Justice d'Alf Ross*, in *Archives de Philosophie du Droit*, XV, 1970, p. 180 ss.

([171]) Cfr. BOBBIO, *Norme primarie e norme secondarie*, in *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, p. 194 ss. Per un cenno più generico in tal senso, v., in precedenza, dello stesso autore, *Diritto e forza*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, p. 537 ss. (il saggio già apparso in Inghilterra nel 1965, con il titolo *Law and Force*, è ora raccolto negli *Studi per una teoria generale*, sopra citati. Cfr., particolarmente, p. 127). Per un analogo raffronto fra il pensiero di H.L.A. Hart e quello di Hauriou, v. il rilievo del BRODERICK, *L'influence de la pensée du Doyen Maurice Hauriou aux États-Unis et en Angleterre*, in *La pensée du Doyen Maurice Hauriou*, cit., p. 270 ss.; « Bien que Hart de Oxford choisisse de parler de ces dernières en tant que *règles*, alors qu'Hauriou les nomme *institutions*, les conclusions analytiques des deux juristes paraissent souvent très proches, ce qui apparait très clairement si l'on compare leur traitement respectif de la source de l'obligation juridique dont la différence semble largement venir de la terminologie ». Il Broderick aggiunge che, in precedenza, una linea simile si riscontra nell'opera redatta da Sacks e da un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'osservazione del Bobbio è acuta, ma non coglie tutta la problematica che sottende la nozione di organizzazione, come è assunta dai più vivaci esponenti dell'istituzionalismo di questi anni, in particolare da Romano e da Hauriou. Invero se il riferimento all'organizzazione serve ad essi per realizzare nell'ambito del sistema giuridico l'adempimento di quelle funzioni proprie delle norme di secondo grado, secondo la configurazione di Bobbio e cioè l'assicurazione della sanzione e la disciplina della produzione delle norme di condotta; se lo stesso serve altresì ai fini della identificazione delle norme del sistema, contribuendo alla fissazione dei criteri di appartenenza all'ordinamento, e cioè corrisponde, almeno in parte ([172]), anche a quella funzione che Bobbio lega, in

---

omonimo del più noto Hart, e cioè il professor Henry Hart di Harvard (HART e SACKS, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, Cambridge Mass. 1958), sottolineando, con una punta di cattiveria, che « monsieur le Professeur H.L.A. Hart de Oxford... est tout à fait familiarisé avec l'oeuvre d'Hart d'Harvard ». Varrà ancora ricordare, nel quadro di questo raffronto fra il pensiero istituzionalista e gli sviluppi della contemporanea teoria generale del diritto, che il Broderick pone altresì in risalto « le rapport entre les travaux d'Hauriou et ceux de Parsons », e, in ordine al silenzio che, per un lungo periodo, ha circondato nei paesi di lingua inglese gli scritti degli istituzionalisti, anche da parte di chi sembra palesemente si sia avvalso, pur senza citarli, dei loro contributi illuminanti, fa cenno alla condanna di assolutismo, totalitarismo, fascismo, lanciata, agli inizi, nei loro confronti, con effetti particolarmente pesanti. Così Pound definiva, in *The recrudescence of Absolutism*, del 1939, gli esponenti dell'istituzionalismo giuridico europei come « gli avvocati dell'assolutismo ». E anche se un simile drastico giudizio venne corretto dal Pound negli anni successivi, ormai l'equivoco era sorto e, come dice il Broderick, « le mal est fait », tanto che l'epiteto « fascista » è ripreso da altri autori. Probabilmente, a mio avviso, un'influenza negativa, relativamente ad una adeguata valutazione delle dottrine degli stessi, è derivata pure dal fatto che si trattava di giuristi operanti sotto la volta della *Civil Law Tradition*.

([172]) Il BOBBIO (*Norme primarie*, cit., p. 196) nel confrontare il pensiero di H. L. Hart e di Santi Romano, fa espresso riferimento solo alle « norme di secondo grado », ovvero a quelle che egli inquadra come « le norme sulla sanzione e le norme sulla produzione giuridica » (p. 188), al fine di puntualizzare soprattutto il legame fra la nozione di « organizzazione », quale elaborata dal Romano, e le esigenze proprie delle norme sulla sanzione e sulla produzione giuridica, in quanto concernenti la « conservazione » e la « trasformazione del sistema ». Ma, una volta che ci si accinga a tradurre le esigenze che sollecitano il pensiero degli istituzionalisti in termini normativi, sembra evidente che nel loro riferirsi all'organizzazione non può non riscontrarsi pure la presenza di quella motivazione che lo Hart collega alle c.d. norme secondarie di riconoscimento, caratterizzate dalla finalità della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

adesione allo Hart, alle norme secondarie che chiama preliminari ovvero di riconoscimento — le quali sono presupposte tanto dalle norme sulla sanzione quanto da quelle sulla produzione e permettono di distinguere una norma del sistema da una norma fuori del sistema — vi è ancora un'ulteriore esigenza che preme al riguardo nel ragionamento sia di Romano, sia di Hauriou. Con i richiami all'organizzazione, tali autori puntano anche verso altre finalità. C'è sì nei loro intenti lo scopo di sostituire ad una visione sostanzialmente elementare del sistema normativo una prospettiva più ricca e adeguata del medesimo, capace nel contempo di coglierne la dimensione articolata e complessa e i vari piani che ne segnano in modo coordinato la genesi e lo sviluppo, e fin qui siamo in un certo senso entro le linee di quelle esigenze che Bobbio, sulla scia specialmente di Hart, reinserisce nei termini di un sistema normativo più evoluto. Ma c'è anche il proposito di rendersi conto della conformazione e dell'evoluzione del sistema normativo nel suo aggancio alle vicende delle istituzioni, percependo che le stesse non si limitano ad essere l'elemento genetico delle norme; e quindi, correlativamente, il proposito, ad un livello ancora più approfondito, di introdurre entro la trama dei fenomeni giuridici e, di conseguenza, nel quadro delle interpetrazioni dei giuristi, l'incidenza determinante con cui si muovono i poteri che ne sono alla base ([173]). In

---

« identificazione delle norme del sistema », di cui il Bobbio sottolinea l'essenzialità per un qualsiasi sistema normativo, anche semplice. E, in verità, lo stesso Bobbio adombra un simile collegamento. Tuttavia, nel porre in risalto il contributo di Hart, egli sostiene che, a suo parere, « il merito di avere individuato questa categoria di norme secondarie, distinguendole dalle norme sulla produzione giuridica, e in aggiunta alle norme sulla sanzione, spetta a Hart », rilevando altresì che « si può cercare di spiegare la ragione per cui non fossero state bene individuate precedentemente, osservando che nei sistemi giuridici evoluti la categoria delle norme sulla produzione giuridica copre in parte la categoria delle norme di riconoscimento ». Senza volere disconoscere i meriti di Hart nell'approfondire la struttura di un tale tipo di norme, ci sembra che, con tale affermazione, il Bobbio trascuri, o almeno sottovaluti, il fatto che una parte dei dibattiti svoltisi in questo secolo in tema di costituzione mirano ad investire un simile problema, in via autonoma rispetto a quelli riguardanti in modo specifico le vere e proprie norme sulla produzione giuridica; come si evince, tra l'altro, dagli scritti del Romano e dell'Hauriou fra gli istituzionalisti, nonchè da quelli di Carré de Malberg.

([173]) Un simile profilo è intimamente connesso con i problemi esaminati nel precedente n. 11, parlando del concetto di sovranità, ma è palese l'interesse a va-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo modo l'istituzionalismo recepisce prospettive proprie del decisionismo e non nel senso per cui i vari tipi di pensiero giuridico, anche quando si contestano a vicenda con accenti drastici, non riescono poi a raggiungere una totale esclusiva autonomia e si compenetrano in modo generico necessariamente a vicenda nella concretezza della ricerca ([174]).

Anche se i profili metodologici con cui l'operazione è compiuta non sono bene chiariti e manca un'adeguata consapevolezza delle implicazioni che la stessa coinvolge, per cui le intuizioni al riguardo affiorano in modo frammentario e oscillante, si tratta di una combinazione che è sostanzialmente voluta, in quanto sorretta dalla finalità sufficientemente definita di dar luogo a tecniche comprensive più capaci e fruttuose, e più ancorate alla realtà effettiva ([175]). Ed attraverso una simile combinazione, l'istituzionalismo acquista in Hauriou e in Romano un significato più pieno di quello con cui verranno successivamente inquadrati sia l'istituzionalismo, sia il medesimo decisionismo, nelle loro versioni canonizzate e correnti, quali tipi ideali, l'uno fondato sulla struttura concreta dell'ordinamento considerata in sè nella sua obiettività esistenziale, il cui stesso muoversi avviene in fondo quale un semplice svolgimento interiorizzato ([176]); l'altro visto come « decisione originaria e pura »,

---

lutarlo separatamente, individuandone gli aspetti peculiari, ai fini di una determinazione più compiuta dello svolgimento del pensiero di questi autori, scomponendolo nei momenti essenziali che lo contrassegnano.

([174]) Su tale tendenziale intrecciarsi dei vari tipi di pensiero giuridico, in relazione ai vari aspetti dell'esperienza giuridica che « in ogni reale ordinamento giuridico più o meno si compenetrano ed integrano », cfr., sulla traccia di Schmitt, la notazione del LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, p. 201.

([175]) Sotto questo riguardo pare opportuno richiamare l'osservazione che il Croce ebbe a fare, nell'analizzare il volume del Platon, che riesaminava criticamente le idee di Duguit e Hauriou (PLATON, *Pour le Droit Naturel, A propos du livre de M. Hauriou, Les principes du Droit Public*, Paris, 1911. La recensione di Croce apparve su *La Critica* nel novembre 1911), rilevando che qui il problema non era di mescolare fatto e diritto ma di compiere opera effettiva di mediazione. A nostro avviso, tale esigenza è avvertita da Hauriou e da Romano.

([176]) Per questo presunto orientarsi statico dell'istituzionalismo, con riferimento specialmente all'esperienza fra le due guerre mondiali, cfr. NEUMANN, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna, 1973, p. 293 ss., il quale tuttavia generalizza il suo discorso critico (« tale realismo è solo apparente, perché l'istitu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

assoluta inviolabile volizione di dominio del sempre rinnovantesi « grande Leviatano » ([177]). Pur partendo dalle premesse usuali del diritto sociale a cui si rifà l'istituzionalismo, si viene così ad opera di questi studiosi a superare, almeno in parte, la conseguenziale diffusa tendenza a quella identificazione dell'esperienza giuridica con il mero accadimento, con ciò che si verifica di fatto nella realtà sociale, che caratterizza il pensiero di molti sostenitori del diritto sociale. Tendenza che rende fragile il loro ragionamento anche allorché si pongono a considerare il divenire dell'ordinamento giuri-

---

zione viene considerata indipendentemente dal contesto di rapporti di potere, senza il quale risulta incomprensibile »), non rendendosi conto della ricchezza di pensiero che contrassegna i tentativi di Hauriou e di Romano. E del resto, egli qualifica come « principale rappresentante dell'istituzionalismo » proprio lo smorto Georges Renard. Una visuale riduttiva dell'istituzionalismo in senso puramente sociologico-esistenziale dà anche il LARENZ (*op. ult. cit.*, p. 202) e, d'altronde, con simile caratterizzazione esso appare recepito in molti studiosi recenti tedeschi (ma il fenomeno si registra pure in Italia), che si rifanno ai princìpi istituzionali in modo generico. Giustamente il DENDIAS, *Sur la Théorie de l'Institution*, in *J. öff. Recht*, 17, 1968, p. 23 ss., considerando il « metodo istituzionale » di Forsthoff, ne sottolinea il « sens théologique », della istituzione come « fait accompli », sulla traccia di Stahl, per cui « la pensée institutionnelle de Forsthoff ne rappelle celle de Maurice Hauriou ... que de bien loin ».

([177]) In ordine ad una simile caratterizzazione del « decisionismo puro » come « tipo ideale », ma, nel contempo, sotto un'angolazione storica, v. l'inquadramento che ne dà lo SCHMITT, in *I tre tipi di pensiero giuridico*, p. 261 ss. (« In quanto decisione originaria e pura... la decisione sovrana non può essere spiegata quindi, dal punto di vista giuridico; né in base ad una norma, né in base ad un ordinamento concreto; né può essere inserita nell'ambito di un ordinamento concreto... La decisione sovrana è il principio assoluto, e il principio non è altro che decisione sovrana »). Sull'« ingenuità » di tale « decisionismo » v. HAYEK, *Ordinamento giuridico e ordine sociale*, cit., p. 710, e, con una valutazione più articolata, SHKLAR, *Decisionism*, in *Rational Decision*, Nomos, VII, New York, 1967, p. 3 ss., la quale, riallacciandosi all'atteggiarsi del decisionismo nell'esperienza dei realisti negli Stati Uniti, pur notando che esso venne a oscillare sul piano politico tra « destra » e « sinistra » e che, alla distanza, ha dimostrato di non saper mordere nella dimensione effettiva delle istituzioni giuridiche, rivelandosi sovente « an ideology without any substance, the resort of those who are perennially on the periphery », ne mette in risalto lo sforzo notevole nel bisogno di « break trough the more hoary walls of clichés surrounding the Establishment » e di superare « the formal concepts of traditional thought ». E la valutazione potrebbe farsi in termini analoghi rispetto a certe tendenze « decisioniste », che emergono attualmente in alcuni orientamenti dottrinali in Italia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dico, quale *ordo ordinans*, e che li porta a configurare pure un tale elemento entro un'angolazione chiusa e meccanica, irrigidendolo. Hauriou e Romano giungono pertanto a cogliere anche quella dimensione legata al dinamismo del sistema politico, implicante specifici intercorrenti rapporti di potere ([178]), avvertendo che una tale dimensione, nel contesto del sistema sociale, inerisce in modo continuo e dialettico alla vita dell'ordinamento giuridico, contrassegnandolo in profondità ([179]).

([178]) Proprio alla mancata considerazione di tale aspetto si devono molte delle critiche rivolte nei confronti di Hauriou e di Romano. Così, ad esempio, il PIOVANI, *Mobilità, sistematicità, istituzionalità*, in *La filosofia del diritto come scienza filosofica*, Milano, 1963, p. 158 ss., il quale sorvolando in parte su elementi da lui stesso evidenziati, fa propria la valutazione del CAPOGRASSI (*L'ultimo libro di Santi Romano*, in *Opere*, V, p. 249 ss.), secondo cui l'istituzionalismo giuridico, pur segnando una svolta, si fermerebbe dinanzi alla « tappa » del problema della durata dell'organizzazione, del « come e perchè l'ordinamento si ordini ». Ancora più reciso, sempre rifacendosi a Capograssi, il TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, cit., p. 241, ad avviso del quale, « Romano non vede, nella sostanza, la distinzione tra il fatto nudo e l'ordinamento ». Giudizio che ritroviamo pure in CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1970, I, p. 37. Come rileviamo oltre nel testo, l'evoluzione stessa del pensiero del Romano, ha facilitato simili interpretazioni per la staticità e compatezza che segna la fase più matura della sua ricerca. Tuttavia, dopo la caduta del fascismo, nei *Frammenti di un dizionario giuridico* (v., particolarmente i saggi *Funzione del diritto*, *Realtà giuridica*, *Glissez mortels n'appuyes pas*) Romano torna a valorizzare il profilo dinamico dell'ordinamento, anche se con intonazione meno decisa di quella che traspare dall'ispirazione di fondo che regge *L'ordinamento giuridico* (si raffrontino, ad esempio, sotto questo profilo le pagine originali e le note aggiunte nel 1945).

([179]) È questa prospettiva dinamica dell'organizzazione istituzionale che dà maggiormente il senso dell'operazione di rinnovamento svolta da Hauriou e da Romano e che pone il loro pensiero in più immediata connessione con la realtà del loro tempo, contrassegnata dal dinamismo, sia nel dilatarsi dell'esperienza dei gruppi sociali che tendono ad un'azione autonoma, sia nell'intensa modificazione dell'attività dello stesso stato. A tutte e due i livelli balza in primo piano il momento del potere, nella sua dimensione non solo strutturale, ma processuale. E sotto ambedue queste prospettive, entra particolarmente in crisi quella nozione eccessivamente amorfa e formalistica, anche sotto l'angolazione strutturale, dell'autorità, come era venuta delineandosi nel dominante pensiero giuridico, in connessione alle tematiche, che lo premevano, e che rivelava la sua inadeguatezza sul piano della realtà e correlativamente sul piano scientifico. Da un lato, si trattava di ritrovare, nel quadro della riscoperta socialità del diritto, quella carica di potere legata all'autorità, che aveva contrassegnato il medesimo positivismo agli inizi. E in proposito appare illuminante il richiamo di Santi Romano alla « tradizione », alla « dottrina tradi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Un simile rilievo dei processi decisionali politici intesi in senso ampio, come momento centrale dell'essenza dell'organizzazione istituzionale, vista sotto un'angolazione aperta e relazionale, si profila in diversi luoghi de « L'ordinamento giuridico » nelle argomentazioni di Santi Romano, allorchè, nel quadro del discorso sopra richiamato teso a valorizzare la nozione di organizzazione, oltrepassa il profilo strettamente strutturale assunto che lo conduce a considerare le istituzioni quasi un semplice modo di essere della « natura sociale », e si colloca pertanto al di là della medesima definizione data dell'istituzione come « corpo a sé stante ..., unità ferma e permanente » e della connessa « equazione » delineata in termini assiomatici fra il concetto di ordinamento giuridico e quello di istituzione, vista quale perfetta identità, « necessaria ed assoluta ». Basterà qui richiamare l'insistere del Romano sui « collegamenti di autorità e forza »; sulle « forze interne o esterne » che animano l'istituzione nel suo farsi, rendendo l'ordinamento una « unità concreta ed effettiva »; sui « numerosi meccanismi o ingranaggi... che producono, modificano, applicano, garantiscono le norme giuridiche, ma non si identificano con esse »; sul « potere sociale » che determina le norme giuridiche; sulla « riduzione ad unità di governo e di direzione » di « una serie di elementi diversi », intesa come il fulcro del diagramma relazionale dell'organizzazione. E, più in generale, l'accento da lui posto sull'« attività » e sul « movimento », sulla capacità di « imporsi » con « efficienza sociale », sul « rinnovarsi » e sul continuo modificarsi, quali elementi che contraddistinguono la vita dell'ordinamento giuridico. Ed è in questa angolazione che trovano spiegazione le affermazioni, altrimenti equivoche alla stregua delle premesse generali indicate, rivolte a puntualizzare che il diritto è « posizione della stessa società in cui

---

zionale » per contrastare quelle tendenze del suo tempo portate a « depauperare », a rendere « astratta » l'esperienza giuridica. D'altro canto, si trattava di dare a questa considerazione dinamica un nuovo rilievo relazionale e più mobile, in rapporto alle trasformazioni storiche intervenute e al particolare spessore assunto in conseguenza dalla socialità del diritto nelle elaborazioni dottrinali.

Il non avere individuato questa prospettiva dinamica dell'organizzazione, fa sì che lo Hart, con ambigua impostazione, possa parlare, rispetto alle norme che conferiscono poteri, di [6]norme con carattere meramente sussidiario », a paragone delle norme che attribuiscono obblighi, che sono da lui collocate in primo piano e qualificate come « di importanza fondamentale » (*op. cit.*, pp. 283, 284).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si svolge e che esso costituisce come unità »; « posizione, organizzazione di un ente sociale » (180).

Certo, come si è detto, si tratta di semplici spunti, che contraddicono altri momenti del discorso di Santi Romano, anzi quelli che nella stessa trattazione del 1918 hanno un più immediato risalto e che con il tempo contrassegneranno maggiormente la sua ricerca in direzione dommatica (181), il che spiega le consuete accuse rivolte

(180) Cfr., sia per i brani a cui si fà riferimento nel testo, sia per altri affini, ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 13, 22, 27, 30, 36, 42, 43, 55, 58, 61, 97. Evidentemente, le intuizioni contenute negli stessi acquistano il significato indicato in modo pieno solo nel contesto della lettura dell'intera opera (il che ben si comprende dato il carattere non elaborato, come si è detto, di simili spunti). Il rilievo di tali asserzioni nella prospettiva dell'intero corso dell'indagine del Romano emerge anche col considerarle nella visuale di quell'impostazione sociologica oggettivistica, con accentuazione antivolontaristica, che si riscontra nei precedenti scritti di Romano degli inizi del secolo, nel cui ambito i testi e i documenti che contengono le fonti del diritto sono « perenne e genuina emanazione dello spirito nazionale »; le carte costituzionali hanno il compito di « raccogliere e dichiarare il diritto quale si è venuto lentamente e spontaneamente elaborando »; i « princìpi ed istituti giuridici... sono un'immediata e diretta emanazione della... struttura sociale ». Anche sotto tale profilo appare confermata la critica mossa dal CASSESE (*Ipotesi sulla formazione de « L'ordinamento giuridico » di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero*, 1972, p. 254) alla ricostruzione fatta dal Tessitore dello sviluppo del pensiero del Romano, quale « minuta evoluzione », senza tormenti, sostanzialmente, come osserva Cassese « fuori del tempo ».

(181) Un esempio marcato di tali contraddizioni lo troviamo proprio in quel § 24, che conclude il primo capitolo de « L'ordinamento giuridico », in cui Romano, dopo aver detto che l'istituzione « non è un'esigenza della ragione, un principio astratto » bensì « un ente reale, effettivo », aggiunge: « D'altra parte, noi tale ente abbiamo 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, anzi è un sistema di diritto obiettivo ». Nella contraddizione tra frasi come questa e altri punti del testo traspare quella carenza di una piena consapevolezza del problema, che si è sopra indicata; ma esse sono anche dovute al peso del tradizionale modo di argomentare dei giuristi e al bisogno di Romano di dare autorevolezza alla propria opinione, rendendola meglio accetta nella cerchia degli studiosi del tempo (secondo lo schema messo in risalto acutamente dal CASSESE, *op. ult. cit.*, pp. 269, 270). Romano tiene a tranquillizzare l'ambiente dei giuspubblicisti, chiarendo che il suo concetto di istituzione « è il concetto più positivo che una dottrina giuridica può assumere a fondamento », precisando che, se egli si è dovuto « spingere sino alle ultime regioni in cui è dato respirare l'atmosfera giu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nei suoi confronti di oggettivismo, più o meno platonico, di determinismo, di sociologismo esistenziale, di astrattezza, fissità, staticità; ma il mancato approfondimento da parte di Romano di tali spunti e il fatto che egli non li inserisca adeguatamente nella trama delle sue sistemazioni, non eliminano la lucidità degli stessi né fanno scomparire il rilievo notevole che i medesimi rivestono in una prospettiva storica, aiutandoci a comprendere meglio il senso di tensione che ispira le elaborazioni del maestro dell'istituzionalismo italiano.

Anche per Hauriou valgono analoghe considerazioni di fondo. Abbiamo già accennato all'ambiguità che segna la trattazione di Hauriou, il quale, se in alcuni momenti del suo pensiero assume un'intonazione vivacemente storicistica, in altri indulge, nel quadro della sua ispirazione metafisica, ad una prospettiva deterministica e meccanicistica dell'ordinamento giuridico, che tende a considerarlo entro una dimensione più statica. Il che tuttavia non toglie che, pur nel quadro di tale ambiguità ([182]), dalle sue opere emergano notevoli intuizioni nel senso sopra esposto. Intuizioni che, sotto vari

---

ridica », tuttavia tali regioni, egli non le ha « mai oltrepassate ». È un sentimento di cautela certo spiegabile, ma che, insieme con altre ragioni, contribuì ad imbrigliare gli sviluppi del suo pensiero.

([182]) Una tale ambiguità aumenta con gli anni allorché Hauriou tenta di superare le molteplici direzioni del suo argomentare (e che, pur negli equivoci che ne derivano, contrassegnano lo sforzo evolutivo del suo pensiero, legato ad un continuo arricchimento di prospettive) attraverso una formulazione che vorrebbe essere più ordinata e rigorosa e quasi rappresentare una sintesi conclusiva. C'è poi, nell'ultima fase del suo pensiero, il maggior peso della componente tomista rispetto all'ispirazione realista in senso sociologico; il suo avvicinarsi alla fenomenologia, come metodo che « pousse l'objectivité des idées jusqu'à l'intérieur de la conscience humaine », (Lettera a Gurvitch del 24 novembre 1928; cfr. GURVITCH, *L'idée du droit social*, cit., p. 654). Nel contempo, quell'esigenza, che era stata sempre presente nella sua ricerca, di connettere le vicende dell'esperienza giuridica ai princìpi dell'*ordre sociale* e della *justice*, al necessario « ordre général des choses », assume un carattere sempre più astratto e idealistico: « les idées mènent le monde, le soutiennent, le font durer »; mentre si accentua l'esplicita correlazione della sua dottrina alla volontà di tutelare i valori della società borghese. Nel tenere presente l'ambiguità di fondo che contrassegna l'evoluzione della concezione di Hauriou, nella sua tensione fra determinismo sociologico e storicismo, oggettivismo e sociologismo, realismo e metafisica, e che è stata più volte segnalata dai vari interpreti, bisogna tuttavia considerare che Hauriou, anche se in certi momenti aspira al sistema, non è per tendenza un pensatore sistematico; è piuttosto un saggista, nel significato che l'*essai* ha nella cultura francese, per cui certi spunti felici si hanno talvolta con

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

profili, anche per una più ricca e modulata articolazione del ragionamento, che in parte appare dovuta al diverso contesto culturale ([183]), in cui Hauriou opera, sono più suggestive di quelle dello

illuminiazioni improvvise nel quadro di un discorso di intonazione diversa. Perciò l'OURLIAC, *Hauriou et l'histoire du Droit*, in *La pensée du Doyen Hauriou*, cit., p. 84, l'ha paragonato a Paul Valéry (« Dire, redire, contredire, prédire, c'est le paradis de la parole, la recherche de l'image physique, le mouvement d'une pensée qui se cherche dans l'obscurité »). Del resto, è ben conosciuta la grande, continua influenza che ebbe su lui Pascal, testimoniata pure dalle sue lettere; e nella medesima linea vi è l'influsso di Proudhon, che proprio il Gurvitch, un pensatore legato spiritualmente ad Hauriou, ha definito il « Pascal des sciences sociales » (GURVITCH, *Proudhon, sa vie, son oeuvre*, Paris, 1965), segnalando l'impossibilità di comprenderne le idee sociali ove non si penetri nella « complexité » delle sue « antinomies insolubles ». Lo stesso Hauriou ha avuto modo di riconoscersi sostanzialmente un induttivo, sottolineando che « dans les recherches inductives on finit souvent par où on aurait dû commencer ». Alla stregua di questi elementi, è evidente l'insoddisfazione che producono certe ricostruzioni astoriche e monodirezionali della sua dottrina, quale quella del Renard tesa tutta a configurarla sotto il segno di una « restauration du thomisme en philosophie du droit ». Il carattere intuitivo e sovente spontaneamente non coerente del pensiero di Hauriou è stato rilevato, fin dal 1930, da uno dei suoi più acuti interpetri, il WALINE (*Les idées maîtresses*, cit., p. 57 ss.). Insiste invece sulla « forte coerenza sistematica generale », di Hauriou, lo SFEZ (*Essai sur la contribution du Doyen Hauriou*, cit.), sulla base di alcune costanti che effettivamente sussistono, ma che non possono portarci a trascurare il suo procedere affidandosi sovente all'estro di quella che egli suggestivamente chiama la « révélation sociale ».

([183]) Non si può invero non considerare, valutando l'opera di Santi Romano, la minore vivacità dell'ambiente culturale italiano, rispetto a quello francese, specie per quanto concerne gli studi sociali, e di qui i ben minori stimoli che ne derivano. Indubbiamente, tuttavia, a ciò si aggiunge una certa chiusura del Romano verso la cultura non giuridica, che se in parte si lega al preciso desiderio di porsi nella traccia dell'insegnamento orlandiano, al riparo di pericolose commistioni, « evitando — altresì, come lui stesso scrive — ogni veduta giusnaturalistica », in parte deriva da una caratterizzazione dello studioso. Unica eccezione a tale linea di « purezza », quella degli studi filosofici, di cui Romano è ben nutrito e ai quali *non teme* di fare spesso espresso riferimento. Indicativo dell'atteggiamento del Romano è il fatto che ne *L'ordinamento giuridico*, in un'opera che vuole inquadrare l'esperienza giuridica tramite il concetto di istituzione, manchi qualsiasi citazione di Durkheim, e che non siano citate neppure *Les transformations du droit* e *Les transformations du pouvoir* del Tarde e che eguale silenzio copra *Die soziologische Staatsidee* del Gumplowicz e gli *Elementi di scienza politica* del Mosca.

L'ampiezza della cultura di Hauriou emerge non solo dalle citazioni contenute nei suoi scritti, ma dalla medesima intonazione del suo argomentare ed è convalidata dalla sua corrispondenza e da numerose testimonianze. Con un fervore, nel con-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stesso Romano ([184]). Una simile linea argomentativa si riscontra

---

tempo entusiasta ed inquieto, che caratterizzò molti degli intellettuali agli inizi del Novecento (e Hauriou volle essere, più ancora che un docente, un *intellettuale*), si interessò non solo di storia, di filosofia, di sociologia, psicologia, letteratura ma degli stessi sviluppi della fisica e della chimica, a cui del resto fa talvolta richiamo, e con letture chiaramente di prima mano, nei suoi scritti. Per lui era essenziale, come egli stesso scrive in una lettera a Jacques Chevalier, con cui ebbe un carteggio continuo, fare « reculer les bornes de la connaissance positive jusqu'à la derniére limite possible ». E a parte le continue approfondite letture, ebbe frequenti contatti con studiosi delle altre facoltà; a quarant'anni annotava: « Combien d'excitations fécondes dans les cercles d'amis, même au café ou à la brasserie! ».

È vero. Il modo con cui Hauriou si avvale di questi elementi culturali di varia provenienza, senza una vera organicità, appesantendo, sforzando, sovrapponendo le direzioni argomentative del suo ragionamento, appare sovente un pò ingenuo; indipendentemente dal peso al riguardo di una terminologia scientifica non sempre corretta. Perciò alcune sue pagine si sono prestate a « de faciles mèprises ». Ma come ha argutamente rilevato il Siorat, « ce n'est pas sur le terrain des méthodes que la fréquentation de Maurice Hauriou est la plus enrichissante ». Simili difetti metodologici si ripercuotono in alcuni casi negativamente pure sulle sue costruzioni giuridiche, confondendone la trama e vanno comunque registrati in sede storica; nel complesso però può dirsi che da tale ricchezza di apporti culturali sono derivati più vantaggi che danni e probabilmente proprio ad essi si deve l'incisività di quelle che sono le intuizioni più felici di Hauriou.

([184]) L'osservazione del PIOVANI (*La filosofia del diritto come scienza filosofica*, cit., p. 115, nota 15), secondo cui, nel confronto tra Santi Romano e Hauriou, « non bisogna lasciarsi ingannare dalle apparenze », che condurrebbero a fare ritenere l'Hauriou « più sensibile di Santi Romano » ai problemi del mutamento sociale e delle trasformazioni dello Stato, mentre anche il Romano dimostra al riguardo « un'attenzione non minore » è, nelle linee di fondo, esatta; intesa com'è soprattutto ad evitare la sottovalutazione dell'opera di Romano. E proprio i rilievi svolti la convalidano ulteriormente. Il che non toglie che tuttavia, per quanto concerne tali problemi, emerga in Hauriou una maggiore apertura. In Romano c'è più meccanicità e compattezza; lo stesso bisogno della precisione definitoria, peraltro importante, in quanto esprime il bisogno di rinnovare con rigore, alla stregua delle nuove acquisizioni, i procedimenti logici della scienza giuridica, viene a produrre effetti controproducenti in ordine alla comprensione delle molteplici modulate dimensioni dell'esperienza. Il PLATON (*Pour le Droit naturel, A propos du livre de M. Hauriou, Les principes du Droit Public*, cit., p. 57), osserva che « le grand mérite de M. Hauriou est justement d'avoir eu l'heureuse idée de projeter sur ces questions générales et dernières du droit public la lumière de l'histoire. Tous les publicistes — ou peu s'en faut, y compris M. Duguit — font comme si l'État, la Société n'avaient pas d'histoire... Et c'est ainsi que M. Hauriou arrivait à sa théorie des équilibres qui remplit tout son livre, qui est l'âme de sa méthode ou plutôt sa méthode même: équilibre de superposition; équilibre politico-économique; équilibre de régime civil;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fin dai primi scritti di Hauriou ([185]) e successivamente emerge in

---

équilibre des separations; équilibres constitutionnels; équilibre représenté par la personnalité juridique de l'État; équilibres partout ». Ora se questa valutazione del Platon non tiene conto della tendenza di Hauriou a irrigidire e astrattizzare la prospettiva storica, sotto la pressione della componente metafisica della sua linea di pensiero, avvertibile sia pure in misura minore anche nella prima edizione dei *Principes*, contribuisce però a mettere in risalto un'aspetto che, pur con tali limiti, contrassegna veramente il pensiero di Hauriou ed a noi giova per inquadrare meglio questo raffronto fra Romano e Hauriou. Giacchè, nella trattazione di Santi Romano, la storia è sì presente, ma in penombra; il muoversi della vita sociale è sì avverito, come si è detto, anche nel contesto generale dei rapporti di potere, ma è ricostruito in termini asettici, quasi per smorzarne i toni. Può essere interessante rilevare che l'acuto volumetto del Platon, rivolto a inquadrare la concezione istituzionale dell'Hauriou, nella trama del pensiero sociale ed economico del tempo e che era stato oggetto di un'attenta recensione del Croce, non è citato dal Romano, che non ricorda neppure tale recensione (Il saggio del Platon apparve con il n. 7 nella nota collana « Études sur le Devenir social », in cui erano stati pubblicati *Les illusions du progrès* e le *Réflexions sur la violence*, di Georges Sorel; il *Karl Marx*, di Antonio Labriola; *Le Mythe vertuiste*, del Pareto: i *Dialogues socialistes*, del Berth; *L'interprétation économique de l'Histoire*, del Seligman). Va aggiunto che, rispetto invece a Carré de Malberg, il raffronto con Hauriou giuoca a favore di Carré de Malberg. Carré de Malberg utilizza la storia con rigore, con umiltà, con continua attenzione ai fatti nel loro reale atteggiarsi: le sue ricerche storiche, come abbiamo più volte sottolineato, sono di grande risalto anche da un punto di vista storiografico. Hauriou, se ricorre continuamente alla prospettiva storica, se si avvale altresì degli insegnamenti che gli provengono dagli storici, è portato a considerare i dati storici secondo modelli sociologici di intonazione filosofica e a forzarne il senso con riferimento alle teorizzazioni giuridiche delineate. Sono note le sue concezioni dei ritmi evolutivi, dei *cycles fermés*, dei *seuils successifs*, e, in particolare, dei *cycles constitutionnels*; la sua tesi dell'*alternance* tra *périodes organiques* e *périodes critiques*; la sua presa di posizione finale del 1928 secondo cui « on doit penser l'histoire par civilisations. Il y a une civilisation axiale supérieure à toutes les autres qui est la civilisation occidentale ou méditerranéenne ». È stato rilevato che molti dei suoi spunti più felici si collegano a tali angolazioni storiche, che svolgono un ruolo stimolante anche quando la prospettiva storica appare chiaramente non corretta; a parte il fatto che talvolta alcune impostazioni vogliono essere volutamente provocatorie. Il Vedel ha ritenuto la concezione di una tale « civilisation axiale supérieure » un'anticipazione « des leçons sur la société industrielle de Raymond Aron »; mentre altri ha visto prefigurate dai suoi tipi di *civilisations* le « thèses d'historiens récents, tels que Pirenne ou Thoymbee ». Resta tuttavia certo che sovente i suoi inquadramenti storici appaiono da un punto di vista storico equivoci; e che, in qualche punto, la forzatura storica viene a trasferirsi pure sulla teoria giuridica elaborata in connessione (In proposito, anche se motivato con troppa drasticità, rimane a nostro avviso valido l'ammonimento del BETTI, *Storia e dogmatica del diritto*, in *La Storia del*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ispecie nella prima delle due edizioni dei *Principes de droit public,*

---

diritto nel quadro delle scienze storiche, Firenze, 1966, p. 111, secondo cui « l'applicazione irriflessiva di ... concetti metastorici » viene a tradire « il compito storiografico »). Sull'uso della storia da parte di Hauriou, che peraltro aveva insegnato storia del diritto francese dal 1883 al 1887, interessanti rilievi fa l'OURLIAC (*Hauriou et l'histoire du droit*, in *La pensée du Doyen Maurice Hauriou*, cit., p. 79 ss.), il quale, dopo aver messo in risalto come egli prenda continuamente « appui sur l'histoire »; che in lui « l'histoire est présente partout, dans une incidente, dans une note »; che, nello svolgimento del suo pensiero « même une note d'arrêt est pensée sur un schéma historique », poiché egli « nourrit sa pensée de faits historiques qu'il juxtapose et qu'il interprète », aggiunge che però non può dirsi « que Maurice Hauriou ait été historien ... il lui manquait cette soumission aux faits qui, au moins pour les maitres de sa génération, ... est la qualité maitresse de l'historien ». E ci siamo soffermati sul punto e abbiamo riportato la precisazione di Ourliac, perchè il problema è di attualità di fronte a certe tendenze rivolte a studiare la storia delle istituzioni troppo in funzione di schemi prestabiliti, della ragione *vera* degli eventi, di un idealrealismo, che se talvolta è stimolante, troppo spesso rischia di essere sommario, quando non è mistificante.

([185]) Così le notazioni ne *La science sociale traditionnelle* del 1896, rivolte a puntualizzare che l'*institution* a causa della carica attiva che la sorregge, è più che un mero fenomeno organizzativo (« ce n'est plus une organisation, c'est une institution ») ed a sottolineare che « tout dans la vie sociale est affaire d'équilibre entre des éléments contradictoires... La matière sociale se forme et vit au milieu des contradictions ». E in questa linea, la valorizzazione dinamica del pluralismo: « La vie sociale a trouvé un procédé de liberation fort simple, qui est la multiplication des organisations »; pertanto l'individuo « peut les opposer l'une à l'autre, se faire protéger par l'une contre l'autre ». Si connette sempre ad una simile prospettiva sia l'analisi energetica del *pouvoir* disegnata nelle *Leçons sur le mouvement social* del 1899; sia il risalto dato nel saggio del 1906 *L'Institution et le droit statutaire* all'« équilibre de forces », come perno dell'« organisation sociale » ed alle « opérations à procédure », quale elementi che consentono dinamicamente lo sviluppo dell'istituzione. Spunti notevoli al riguardo si rinvengono anche nella sesta edizione del 1907 dei *Précis de droit administratif*, in cui la definizione dell'*institution* è collegata agli « équilibres objectifs ». Correlativamente appare chiaro ad Hauriou che « le problème fondamental du droit... est la transformation de l'état de fait en état de droit ... L'institution appartient au droit de deux façons, d'abord parce que c'est en elle et par elle que se produit la transformation des états de fait en états de droit, ensuite parce qu'elle est la source du ... droit». È, in forza della « tension même de ces... équilibres de forces internes », che sono in grado di dare luogo « par eux-mêmes à un état de droit », che le *institutions-groupes sociaux* divengono « un camp juridique ». Sono brani, di fronte ai quali la ricostruzione della concezione istituzionale di Hauriou, che dà il Romano nel § 11 de *L'ordinamento giuridico* appare un pò generica; e che sembrano altresì smentire almeno in parte l'affermazione del CESARINI-SFORZA (*Annotazioni* alla traduzione de *La teoria*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quella del 1910 ([186]).

---

dell'istituzione e della fondazione, cit., p. XIX, nota 25), secondo la quale Hauriou non avrebbe fatto la distinzione tra la mera organizzazione e l'istituzione, sovrapponendo le due figure.

In questa ricostruzione della trama dei primi scritti di Hauriou (di cui poterono avvalersi sia il Romano, sia Carré de Malberg) con riferimento al problema in esame, va ricordata anche la recensione che Hauriou fece, con la collaborazione di Mestre, nella *Rev. dr. pubbl.*, 1902, all'opera di DUGUIT, *L'État le droit objectif et lé loi positive*; in cui critica il postulato deterministico-causale di quello che definisce il fenomenismo monista di Duguit. Critica ripresa nel successivo articolo *Les idées de M. Duguit*, nel *Recueil de législation de Toulouse* del 1911 (p. 1 ss). « Il règne — egli scrive — parmi les sociologues un état d'esprit fait de monisme et de logique pure, dont M. Duguit a été la victime après bien d'autres...; Cette méconnaissance de la puissance créatrice du sentiment subjectif du droit constitue l'erreur fondamentale de la doctrine de M. Duguit; elle procède toujours de la même croyance au phénomène universel, de la même importance exclusive attribuée à l'influence du milieu au détriment de l'activité des êtres ». Si deve invece per Hauriou restituire « à la volonté individuelle sa puissance créatrice ». Di qui l'esigenza di sostituire alla visuale monolineare di Duguit una concezione dello sviluppo politico a serie multiple, legato nel contempo alla continuità e alla discontinuità, all'ordine e al disordine, al giusto e all'ingiusto, pur nel fine di libertà che lo anima. E nel 1912, nello scritto *Les deux réalismes*, apparso sulla medesima rivista, ancora in polemica con Duguit, l'Hauriou annota: « L'individualisme du XVIIIe siècle et de la Révolution avait été excessif, mais voilà que la réaction contre lui dépasse aussi la mesure. Et même les doctrines de Droit social ou de Droit objectif nous choqueront beaucoup plus vite que n'avaient choqué celles de Droit individuel » (La polemica di Hauriou con Duguit sul tema continuò naturalmente negli anni seguenti. Vedi un inquadramento del dibattito successivo, con la risposta di Duguit, nell'ultima edizione del 1927 del *Traité de droit constitutionnel*, cit., I, p. 652, di Duguit, in cui tra l'altro, in relazione alla nona edizione del 1919 del *Précis de droit administratif* di Hauriou, egli osserva; « je ne comprends pas très bien comment on peut définir le pouvoir politique *la réaction politique du tout social sur les parties* ». Tale definizione di Hauriou, che conferma l'interpretazione sopra data, è a p. 28 del *Précis*).

([186]) Se invero la seconda edizione del 1916, orientata a porsi come una premessa al diritto pubblico disegnandone una teoria generale (da ciò la riduzione delle precedenti parti dedicate ai profili privatistici dell'esperienza giuridica) presenta un tentativo di maggiore precisione definitoria e dà luogo in qualche punto a sviluppi più interessanti e approfonditi, nell'insieme appare meno stimolante per la maggiore inclinazione al dommatismo, come è stato riconosciuto da numerosi interpetri delle dottrine di Hauriou; mentre da un punto di vista sociologico si è sottolineato « un appauvrissement certain du donné empirique ». Anche il Romano, che pur richiama l'edizione del 1916, nota la « forse » minore limpidezza del concetto d'istituzione rispetto alle « precedenti formulazioni ». Del resto, nella stessa

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Così l'inquadramento delle *institutions-corps*, caratterizzate proprio per il loro orientarsi « verso l'individualité vivante » e per la loro « autonomie pour l'accomplissement de la fonction sociale », legate ontologicamente ad un « pouvoir de domination » a sua volta basato su « des forces brutales, des besoins, des intérêts pressants, des instincts, des volontés passionnées »; la considerazione data alla dimensione articolata d'insieme, nel giuoco delle varie azioni e reazioni, come punto d'approccio necessario per la conoscenza scientifica del sistema sociale e in particolare per la ricerca giuridica, nella quale prospettiva lo stesso Stato si caratterizza come « un ensemble actif de choses »; l'attenzione prestata alla « durée » e agli svolgimenti processuali mediante i quali si operano, con equilibri molteplici e rinnovati, le varie trasformazioni istituzionali, peculiarmente quella che segna il continuo rapporto tra la *Nation* e l'*Etat*. E in proposito anche l'intreccio conferito alle varie forme di sovranità, di cui si è già fatto cenno, mira ad individuare, in polemica con le dominanti impostazioni formali, la mobilità di tale rapporto e il connesso espandersi dinamico e diffusivo del potere.

L'elemento « organizzazione » che caratterizza l'istituzione serve effettivamente nel pensiero di Hauriou a conferire alla stessa una « individualità oggettiva », una « sistemazione permanente », il cui equilibrio assume quindi un senso quasi necessitato e statico, nel riflesso dell'« idée de l'oeuvre à réaliser » latente nel contesto sociale, e ineluttabilmente condizionata dalle « idées de justice et de paix sociale »; ed è questo l'aspetto su cui più si è insistito specialmente da parte dei giuristi nella ricostruzione delle sue indagini. Ma con il porre l'accento sull'organizzazione, Hauriou vuole anche valorizzare, al di là di quella che definisce la semplice « machinerie » istituzionale, la funzione che inerisce all'istituzione quale « entreprise », in perenne trasformazione (187), sempre pronta ad

---

prefazione alla seconda edizione, Hauriou fa cenno ad un'accentuata impostazione metafisica nella sua ricerca (p. XXIV): « Il convient donc de me cataloguer comme un positiviste comtiste devenu positiviste catholique, c'est-à-dire comme un positiviste qui va utiliser le contenu social moral et juridique du dogme catholique ».

(187) In proposito già il WALINE nel 1930 (*Les idées maîtresses*, cit., p. 41 ss.), nel puntualizzare i legami tra Hauriou e Bergson, aveva centrato l'attenzione sulla prospettiva dinamica dell'esperienza giuridica come propria dell'istituzionalismo di Hauriou: « Pour lui le droit est comme un beau fleuve qui n'a d'existence, de

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

adeguarsi ai mutamenti resi necessari dalle relazioni in cui è inserita, segnate da perenni conflitti e « contradictions », per cui il diritto diviene per Hauriou una « création continuelle du nouveau »

---

réalité que pour le mouvement, qui ne se conçoit pas arrêté, figé ». Entro l'angolazione della sua interpetrazione del pensiero di Hauriou come *spiritualisme réaliste*, anche il GURVITCH (*L'idée du droit social*, cit., p. 655) accentua tale aspetto: « Hauriou a indiscutablement introduit le mouvement et la création dans le monde des idées objectives en affirmant que *l'élément le plus important* de toute institution est idée de l'oeuvre, *idée directrice de l'entreprise, l'idée objective comme centre de mouvement*, idée-action qui est placée dans la *durée*, et qui, par sa *durée créatrice*, fait naître l'institution; celle-ci ne peut réaliser l'idée de l'oeuvre qu'en s'affirmant elle-même comme une sphère active ». Interessanti rilievi ha fatto in proposito di recente anche il VEDEL (*Le Doyen Maurice Hauriou et la science politique*, in *La pensée du Doyen Maurice Hauriou*, cit., p. 107), anche se giunge a privilegiare troppo nella sua visuale il profilo funzionale: « Le mot de *structure* ne doit pas faire illusion. Il ne s'agit pas d'une théorie organiciste, mais essentielement fonctionnelle; l'Institution n'est pas une *chose*, c'est un *processus*, ce sont des recettes de durée et de réussite historique exprimées en termes de formes et de fonctions sociales. L'Institution, c'est une fonction de création et commandement, d'adhésion, de consensus, d'élévation à un niveau de conscience et de vouloir appliquée à des données inconscientes et demi-volontaires ». Rispetto al modo di Hauriou di affrontare i temi specifici, lo SFEZ (*Essai sur la contribution*, cit., p. 31, nota 84) annota: « On reconnaît bien là le goût d'Hauriou pour les explications fonctionnelles. Hauriou ne dit pas qu'il faut conserver la personnalité juridique parce que c'est logique. Il dit qu'il faut la conserver parce que cela sert. Pour lui, l'utilité, est un titre suffisant. Ce thème des explications fonctionnelles court tout au long de l'oeuvre ». Da un punto di vista sociologico, il SIORAT (*La sociologie du Doyen Maurice Hauriou*, cit., p. 59) osserva che Hauriou ha « compris que, afin de traiter simultanément un ensemble de variables interdépendantes, il convenait de les lier entre elles en exprimant leur interdépendance par les concepts de fonction ou de structure ». Il SIORAT tuttavia aggiunge, citando Parsons, che per Hauriou è impossibile « d'aller jusqu'à un fonctionnalisme qui ne parvient jamais, quoi qu'il fasse, à fournir une explication de la dynamique socio-culturelle ou à un structuralisme qui en reste toujours délibérément, quoi qu'il dise, au point de vue de la statique ». Valutazione conclusiva che ci sembra nel complesso troppo rigida, con riferimento agli elementi che abbiamo richiamato nel testo, che mostrano una viva attenzione in Hauriou alla dinamica sociale. A parte il fatto che non è possibile vagliare la teoria di Hauriou sulla base della nozione di funzione, come assunta successivamente nello strutturalfunzionalismo, peraltro non certo chiara (cfr. NAGEL, *The Structure of Science*, New York, 1961, p. 524 ss.); anche perchè Hauriou ci tiene a qualificarsi giuspubblicista, e quindi qui si tratta di trovare spunti in direzione affine a quelli elaborati nell'ambito del pensiero sociologico indipendentemente da un inquadramento in termini scientifici rigorosi (spunti che in tali limiti sussistono). È poi equivoco legare la prospettiva dinamica dei pro-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e i medesimi « equilibri » ([188]) non sono fine a sè stessi, ma si determinano progressivamente « en vue d'assurer le mouvement lent et uniforme de l'ensemble des situations et des relations sociales » ([189]). In tale angolazione, il fulcro dell'« organisation » viene a

---

cessi sociali alla visuale specifica del funzionalismo di Talcott Parsons, che, in parte, anzi proprio su questo problema è entrato in crisi (in un certo senso, pur nella sua metodologia un po' disordinata, Hauriou con i suoi rilievi, nella prima fase della sua indagine, sui conflitti sociali e sui comportamenti anomici, mostra di essere sensibile a aspetti non adeguatamente considerati da Parsons). Alla stregua degli elementi indicati, appare non soddisfacente anche il giudizio di DUVERGER, che, nella sua *Sociologie politique* (Paris, 1967, p. 136), facendo richiamo solo alla *Theorie de l'institution* del 1925, di cui si è sopra sottolineato il carattere in parte involutivo, perentoriamente afferma: « Cette théorie, passablement obscure, repose sur une observation insuffisante des faits: elle donne une part trop grande à l'élément rationnel et conscient et aux phénomènes juridiques ». Insoddisfazione che aumenta ove si consideri come il tentativo di Duverger di ricomprendere in una sola dottrina articolata il conflitto e l'integrazione, per il modo con cui è delineato, richiami spunti già presenti nelle intuizioni di Hauriou e diffusi, d'altronde, nell'ambito della sociologia francese tramite i vari studi che Gurvitch ha dedicato all'esame dell'evoluzione delle teorie del *Droit Social*.

([188]) Proprio per questo continuo rilievo dato da Hauriou agli equilibri, il BRIMO, *Les grands courants*, cit., p. 325, lo definisce « le Montesquieu du XXe siècle... S'il est... un penseur dont les préoccupations préfigurent celles d'Hauriou, c'est précisement Montesquieu: même souci de l'équilibre constitutionnel, même recherche de la séparation et de la balance des pouvoirs dans une volonté de les faire marcher de concert pour l'utilité générale ». Anche il VEDEL, *op. cit. ult.*, p. 107 lo chiama « fils de Montesquieu ». L'Hauriou lega, nelle sue opere, la sua teoria degli equilibri, soprattutto agli insegnamenti di Proudhon, anche per sottolineare gli elementi antagonistici e la perenne dialettica che sovrasta il mutamento sociale. In questa visuale, la stessa nozione di « politique » si lega agli equilibri: « la politique doit être définie comme étant à la fois la science et l'art des équilibres des pouvoirs » (*Principes de droit public*, ed. 1910, cit., p. 20 ss.). Lo SFEZ, *Essai sur la contribution*, cit., p. 48, dopo avere connesso il pluralismo di Hauriou alla sua teoria degli equilibri, sottolinea, come proprio « le pluralisme d'Hauriou lui permet de trouver normal l'avenir d'un droit propre à l'administration ». Analogamente già il WALINE (*op. ult. cit.*, p. 57) aveva puntualizzato nell'« aversion du monisme » il motivo che ha sollecitato Hauriou a « contribuer pour une très large part à l'érection du droit administratif en une branche autonome du droit ».

([189]) Il carattere *lent et uniforme* del *mouvement* del *système sociale* è collegato da Hauriou al *conflit* tra le *forces de stabilisation* e l'*élan* che presiede l'*action* dell'*institution* (in proposito, cfr. le notazioni dell'HÉBRAUD, *La notion de temps dans l'oeuvre du Doyen Maurice Hauriou*, il quale osserva (p. 181 ss.) che « l'adjonction de la dimension temporale comme une nouvelle coordonnée des phénomènes juridiques

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

porsi proprio nel momento del potere, in quel « pouvoir organisé », che Hauriou definisce come uno dei tre elementi dell'istituzione, e che, con la sua « tension », rappresenta « à la fois l'action et la continuité » ([190]). Il collegamento che Hauriou configura di tale « potere organizzato » con i princìpi « della separazione dei poteri e del regime rappresentativo » e che ha incontrato tante critiche, a cominciare da quella di Santi Romano, per l'irrigidimento che determinerebbe, modellando l'esperienza istituzionale sullo stato moderno rappresentativo ([191]), indica tuttavia lo sforzo di Hauriou

---

présent un lien étroit avec son réalisme et son orientation sociologique » e aiuta Hauriou a dare concretezza ad aspetti che in altri studiosi dell'epoca, pur desiderosi di legarsi alla *réalité sociale*, hanno dato luogo ad insuperabili *impasses* proprio per la carenza di un simile *élément*.

([190]) L'intuizione di questo momento dinamico del potere considerato nel contesto dei suoi sviluppi relazionali, sia pure non valutati su un'adeguata base empirica, è al centro anche della differenziazione fra le *institutions-choses* e le *institutions-corps* ovvero *institutions-groupes sociaux*. Differenziazione che, come è noto, venne criticata dal ROMANO (*L'ordinamento giuridico*, cit., p. 27 ss.) sia in relazione alla nozione di « cosa », sia perchè, a suo avviso, occorreva fissare una « figura generalissima ». In proposito va innanzitutto detto che il Romano, nella sua polemica, trascura di considerare il senso con cui Hauriou assume tale « coseità », che fa leva sulla strutturazione peculiare del rapporto sociale, legato in tal caso a fenomeni di mera comunicazione e non di comunione, e quindi non idonei a dar luogo ad un vero potere organizzato (e sotto quest'aspetto non sembrano perciò convincenti neppure le successive critiche del Renard, riprese ora dal MODUGNO, *Istituzione*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 74, secondo cui la distinzione sarebbe apparente, perchè solo « quantitativa »). Bisogna aggiungere che, se è vero che la distinzione fra i due tipi di istituzioni non è sufficientemente approfondita, non può tuttavia correlativamente trascurarsi di tener conto che, con simile distinzione e con la connessa distinzione dei piani di profondità che segnano lo sviluppo delle *institutions-corps*, Hauriou intuisce, come ha osservato il GURVITCH, *Sociologia del diritto*, cit., p. 123 ss., il problema delle varie forme di socialità e della tipologia dei gruppi, problema che è alla base pure dell'inquadramento del tema degli enti sociali sotto un'angolazione giuridica. Il Romano, partendo da una generalizzazione unitaria assolutizzante, è condotto a conferire una maggiore astrattezza alle sue considerazioni e nel contempo è necessariamente spinto ad essere più impreciso, legando ad esempio le sue osservazioni circa il potere che sorregge la dinamica istituzionale a tutti gli enti sociali anche elementari.

([191]) Cfr., ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 28 ss. Critica sviluppata anche da ORLANDO, *Diritto pubblico generale*, Milano, 1954, p. 266 ss.; dall'ORIGONE, *Su una combinazione fra la teoria del diritto naturale* e *quella dell'istituzione*, in *Scritti giuridici in*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di dare al potere stesso una caratterizzazione dinamica e relazionale, esprimente concretamente il « mouvement » dell'organizzazione, « qui se réalise » nella proiezione storica. Conseguentemente, « la

onore di Santi Romano, Padova, 1939, I, p. 327 (che parla di « tipo molto perfezionato, minuto e complesso, che è evidentemente ricalcato su quello dello Stato costituzionale »); e, da ultimo, dal MODUGNO, *Istituzione*, cit., p. 87. Effettivamente, una simile configurazione, per il modo con cui è formulata, viene a produrre una certa ambiguità, che diviene maggiore negli scritti dell'ultimo periodo, in cui Hauriou parla dello Stato quale la più perfetta delle istituzioni. Ma non bisogna però dimenticare in proposito (e questo vale soprattutto per la prima fase dell'evoluzione del pensiero di Hauriou, in cui egli parte dalla premessa polemica che le vicende storiche sono passate dall'« age de la souveraineté ... à l'age de l'institution », cfr. *Précis de droit administratif*, ed. 1907, cit.), che Hauriou era costretto, come molti studiosi di scienze sociali dell'inizio del Novecento, a far ricorso allo Stato, per sopperire alla carenza di dati empirici sulla strutturazione dei gruppi sociali minori, mentre relativamente allo Stato, in ispecie attraverso i richiami storici, si aveva un quadro di indicazioni abbastanza ampio, pure se generico. Il modello serve così piuttosto quale un assieme di parametri strumentali di orientamento conoscitivo. Ciò si evince anche dal fatto, — particolare questo non adeguatamente considerato dai suoi critici — che Hauriou tende a fare assumere alla separazione dei poteri e alla rappresentatività un peculiare carattere funzionale, che condensi idealmente le esigenze emerse in sede storica nell'ambito dei princìpi stessi. Pertanto il principio rappresentativo serve a significare il bisogno che il *pouvoir organisé* sia « en perpétual dialogue avec la Nation »; mira a collegarsi, nella sua essenza, a quelle *manifestations de communion*, che sono il terzo elemento nella composizione delle *institutions-corps*. In quanto alla separazione dei poteri, il principio è assunto da Hauriou nella prospettiva dell'equilibrio, considerato come uno specifico riflesso della dinamica nazione — stato e inquadrato nella visuale generale propria di Hauriou degli equilibri diffusi a tutti i livelli e delle connesse *séparations*. Indicative in argomento, le definizioni dell'*institution-corps* date nei primi scritti: « Une organisation sociale établi... dont la permanence est assurée par un equilibre des forces ou par une séparation des pouvoirs et qui constitue par elle-même un état de droit » (*L'institution et le droit statutaire*, del 1906, cit.); « une organisation sociale en rapport avec l'ordre général des choses, dont la permanence est assurée par l'équilibre interne d'une séparation des pouvoirs et qui a réalisé dans son sein une situation juridique » (*Principes de droit public*, ed. 1910, cit.). D'altra parte, tale definizione si indirizza solo alle *institutions-corps*, a quelle cioè che si strutturano quali « élements de l'organisation sociale et non pas seulement des moyens de la technique du droit ». Varrà ancora sottolineare come, non ostante le critiche che attualmente possono sollevarsi in contrario, la teoria dell'equilibrio, quale costruzione teorica ampia idonea alla comprensione della realtà politica in generale, sia stata un momento centrale dell'evoluzione della scienza politica contemporanea (cfr. EASTON, *Il sistema politico*, Milano, 1963, p. 239 ss.); e intesa in senso dinamico influenza tuttora le recenti concezioni dello sviluppo politico. Re-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

règle de droit n'émane pas des faits sociaux de la même façon que les lois physiques ...; elle est toujours l'oeuvre d'un pouvoir ...; elle a besoin d'être maintenue par ce pouvoir pour vaincre les résistances qu'elle rencontre...; derrière la règle de droit il faut chercher le pouvoir ». Ed è in questo senso che, se si vuole rintracciare il vero significato della positività del diritto, « il faut remonter jusqu'à ... l'institution ». Di qui anche la relazione che Hauriou sottolinea nella struttura dell'istituzione tra il « potere organizzato » e le « manifestations de communion qui se produisent dans le groupe sociale au sujet de l'idée et de sa réalisation » (192).

---

lativamente infine a quella identificazione posta in modo assiomatico dal Modugno (*Istituzione*, cit., pp. 84, 87) tra *pouvoir organisé* e centralizzazione e alla conseguente caratterizzazione dell'istituzione corporativa di Hauriou in senso « potenzialmente autoritario », basterà rinviare alle analisi del Gurvitch. Analisi che dimostrano come, se negli ultimi scritti, Hauriou si orienta effettivamente verso una configurazione sotto alcuni aspetti « autoritaire » dell'istituzione-gruppo sociale, « supposant la subordination e la domination », nelle precedenti opere, pur non distaccandosi completamente « de la conception traditionnelle de la totalité qui implique... une hiérarchie et, lorsqu'il s'agit de l'État, un *pouvoir de domination* », impronta tuttavia « toute sa théorie des institutions-corps sociaux » in maniera decisa per « concevoir la totalité comme *une collaboration et une coopération* égalitaires, comme une totalité de *communion en l'idée*, comme une *interpénetration* » (cfr. *Les idées-maitresses de Maurice Hauriou*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 1931, p. 164; v., altresì, *L'idée du droit social*, cit., p. 659 ss.). In questo senso, da ultimo, cfr., anche VEDEL, *op. ult. cit.*, p. 105, 108, che accentua la presenza, nella teoria istituzionale di Hauriou, dell'elemento « de la partecipation ».

(192) Queste notazioni rivolte a sottolineare (al fine di inquadrare storicamente la posizione di Carré de Malberg al riguardo) il contributo dell'istituzionalismo nell'intuire il valore dinamico del potere politico, quale fulcro dell'organizzazione sociale, non devono farci dimenticare l'incidenza che ha in proposito pure il pensiero di Duguit. Indubbiamente il potere politico nella sua concezione è subordinato alla prospettiva deterministica della *règle de droit objective*, e abbiamo ricordato le critiche in argomento rivoltegli da Hauriou. Ma, entro questa prospettiva rigida che inquadra le sue argomentazioni, la sua polemica sulla sovranità; la sua concezione del rapporto *gouvernants-gouvernés*; il suo insistere sulla « puissance politique commandante » come tale, al di là di ogni problema « de legitimité ou d'illegitimité » e sulle relazioni di autorità messe in moto dagli « individus plus forts », hanno con evidenza influito sul pensiero successivo e quindi pure sugli svolgimenti di cui si è fatto cenno. Del resto, il medesimo Hauriou, anche nella continua sovente accesa polemica che svolge con Duguit, a cui abbiamo sopra fatto riferimento, riconosce sostanzialmente, specie nella prima fase del suo pensiero, gli apporti stimolanti che ha ricevuto dalla revisione critica compiuta da Duguit. Sottolinea così

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

14. Il discorso di Carré de Malberg, pur sviluppandosi secondo la sua peculiare prospettiva metodologica, giunge egualmente a investire l'intera problematica che abbiamo visto emergere esaminando le elaborazioni concettuali di Hauriou e di Romano intorno al concetto di organizzazione e circa i rapporti tra tale concetto e la nozione di diritto. Naturalmente, in base alla sua linea metodologica, ciò che attira al riguardo in modo particolare l'attenzione di Carré de Malberg sono le norme: le norme, che stabiliscono « les formes ou conditions d'exercise de la puissance étatique », determinando le connesse « limitations »; che fissano le strutture e il funzionamento degli « organes de l'État », conferendo loro i necessari « pouvoirs »; e altresì le norme « relatives à l'organisation intérieure des corps publics » ed ai « principes directeurs qui régissent le fonctionnement des services »; cioè in generale le norme organizzative. Non è possibile ritenere che l'organizzazione sia giuridicamente irrilevante, che la disciplina dell'organizzazione sia « seulement affaire de convenance politique ou d'opportunité pratique » e che di conseguenza « là ou l'État se borne à régler sa propre activité dans le cercle de ses propres affaires, il ne crée point du droit ». Secondo Carré de Malberg la verità è che bisogna superare la vecchia restrittiva concezione « traditionnelle » dell'esperienza giuridica, propria ancora della prevalente « doctrine commune » del tempo, che appuntando la sua attenzione sulle norme di condotta, « tournait dans un cercle vicieux », e guardare al contrario alla struttura dello Stato come immersa nel diritto in modo più esteso e pieno. Di qui la critica che Carré de Malberg rivolge a Laband e a Jellinek, definiti in proposito epigoni, « plus qu'ils ne pensent, de l'école du droit naturel ». La loro concezione, secondo

---

che Duguit « montre la direction dans laquelle il convient de chercher » e che le sue argomentazioni « ont rendu aux juristes le très grand service de ... remettre en honneur le droit social ». La lotta di Duguit contro le esagerazioni della *Herrshaft* è per Hauriou giusta, ma egli è andato troppo oltre, « a compromis le succès de sa campagne par l'outrance de ses négations ... Duguit a voulu éliminer toute autorité sociale...; il n'a pas vu que le danger n'était pas dans l'autorité sociale, mais dans la personnification de cette autorité » (*Principes de droit public*, ed. 1910 cit., p. 66 ss.). Giustamente il WALINE, *Les idées maîtresses*, cit., ha potuto rilevare come, al di là della controversia dottrinale di fondo che li impegna, ci sono, sotto alcuni aspetti, delle linee di sviluppo cooperanti, delle *correspondances*, nello sforzo di rinnovamento di Duguit e di Hauriou.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cui non sarebbero da considerare « comme du *droit* que les prescriptions qui ont pour objet spécial de fixer la condition juridique des sujets de l'État » e in base alla quale non potrebbe aversi « règle créatrice de droit » se non nei « rapports de l'État avec des personnes autres que lui », è contraria alla realtà e muove da un'idea astrattamente precostituita del diritto e impedisce quindi la comprensione concreta dei fenomeni giuridici. Diversamente, ad avviso di Carré de Malberg, si deve sostenere che « la notion de droit est beacoup plus large; elle comprend indistinctement et indéfiniment toutes les prescriptions qui concourent à établir dans l'État un certain ordre, une certaine réglementation, gouvernant supérieurement son activité ou celle de ses membres ». Nè è di ostacolo a una simile conclusione il fatto che in molti dei casi compresi da tale definizione possa mancare la possibilità di « un recours proprement dit au citoyen qui se prétend lésé par l'inobservation » di tali norme; e neppure il fatto dell'eventuale « sphère » ridotta di « efficacité » delle norme stesse; giacchè, altrimenti, si arriverebbe all'assurdo della « négation du caractère juridique d'une bonne partie du droit public, de toute la partie qui forme le *droit de l'État* au sens strict du terme ». Carré de Malberg ritiene che il medesimo Hauriou, pur avendo superato sotto molti aspetti la dominante impostazione ristretta, venga poi in parte a ricadervi allorchè sembra pretendere che « la matière propre de la loi consiste uniquement dans les règles qui touchent directement ou indirectement au droit des individus », escludendo così, dalla « notion de loi et de statut, toute la partie du droit de l'État qui n'est pas spécialement dirigée vers les sjuets pris individuellement » [193].

Un punto centrale della concezione di Carré de Malberg è, come si è visto, che « l'Etat n'est pas une fin, mais un moyen, c'est-à-dire

---

[193] Cfr., particolarmente, in ordine ai punti sopra indicati, *Contribution*, cit., I, pp. 303, 317, 319, 338 ss.; *Confrontation*, cit., p. 51 ss.; *La loi*, cit., p. 62 ss., ed, ivi, la connessa argomentazione sul carattere del bilancio come « programme d'action », che ha « la portée et la valeur d'une règle directrice », la quale « touche aussi, et vivement, les citoyens eux-mêmes » (*op. cit.*, p. 65); tema sviluppato pure in *La distinction des lois matérielles et formelles*, cit., p. 614: « il n'est pas possible de commettre, sur la loi budgétaire, d'erreur plus grand que celle qui consiste à lui denier tout caractère de règle de droit...; elle est, au plus haut chef, un facteur de l'ordre juridique ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

une institution qui n'existe que dans un but humain », e che è inammissibile configurare « dans l'Etat un interêt collectif qui prendrait sa consistance en dehors des interêts individuels », ma ciò non ostante egli contesta decisamente questa visione individualistica del diritto, in cui la « sphère d'intérêts propres » dello Stato è configurata « en opposition à la sphère d'intérêts de ses membres » e inquadrata entro un'angolazione « distinct ». Assumendo una prospettiva più approfondita, che risalga alla vera dimensione dello Stato che è comunitaria, bisogna per Carré de Malberg affermare che « le droit de l'État, alors même qu'il ne consiste aucunement en règles de droit individuel, demeure du moins le droit des citoyens en tant que membres de la collectivité » e che le norme organizzative non sono certo « chose indifférente ou étrangere » per « les citoyens dont l'État ne fait que personnifier la collectivité »; che perciò « toute règle émise à l'effet de régir l'activité étatique, même à l'intérieur de l'appareil administratif, constitue un élément de l'ordre juridique de la communauté des citoyens » [194]. Simili osservazioni svolte da Carré de Malberg nello studiare la *fonction législative*, vengono in altri punti della sua ricerca a connettersi all'analisi che egli compie del « système de l'État de droit » e di quello dell'« État légal ». Invero, come egli rileva, il concetto di « État de droit », nel suo finalizzare, alla stregua del « principe séparatiste » che l'ispira, l'esperienza giuridica all'unico scopo di « garantir la sûreté individuelle des citoyens », è strettamente legato all'« opinion », comune nell'epoca in cui è stato configurato un tale *système*, che « il n'y a lieu de considérer comme règles de droit que celles qui touchent à la conditions juridique des particuliers ». Invece « le régime de l'État légal est orienté dans une autre direction »; esso è specialmente dovuto, a giudizio di Carré de Malberg, « à la conception démocratique ou représentative suivant laquelle l'activitè étatique tout entière, de même que l'ordre juridique à établir dans l'État, doit dépendre de la volonté suprême du peuple, statuant sinon par lui-même, du moins par un Parlement conçu comme son représentant ». Si tratta di uno Stato « dans lequel la répartition des pouvoirs procède de

---

[194] Cfr., *Contribution*, cit., I, pp. 25, 28, 320, 321; v., altresì, *Confrontation*, cit., p. 167.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'idée absolue qu'en toutes choses, et alors même que le statut juridique des particuliers ne devrait pas s'en trouver affecté, les autorités subordonnées au legislateur ne peuvent rien entreprendre qu'à la condition d'être pourvues, à cet effet, d'un pouvoir légal » ([195]). Nel ragionamento di Carré de Malberg appare chiara l'implicazione che con lo sviluppo dell'*État legal*, sistema che egli considera proprio della Francia del suo tempo, come di altri stati dell'epoca, appare ancora più inconcepibile la classificazione delle norme organizzative quali giuridicamente irrilevanti. Le conclusioni di Carré de Malberg in proposito sembrano sollecitate pure da altri spunti evidenziati nelle sue argomentazioni e, in particolare, si coordinano al disegno che egli ci dà delle trasformazioni dello Stato in corso. Le « dimensions considerables » dell'*État moderne*, portano invero a « développer... sa puissance de progrès et de bien-être à l'interieur ». Pertanto, « l'Etat peut être considéré comme le gérant des affaires de la nation, et cela en tant d'abord qu'il est maître d'influencer et de diriger, par ses lois ou décisions de toutes sortes, l'activité de ses membres individuels, et surtout en tant qu'il a le pouvoir d'avoquer à lui et d'exercer par lui-même les tâches pour l'accomplissement desquelles il juge utile de substituer, dans l'intérêt général, son activité supérieure à celle des individus ».

Va ricordato anche il modo con cui Carré de Malberg raffigura il rapporto tra il sistema dell'*État de droit* e il sistema dell'*État légal* nell'ordinamento della Terza Repubblica.

La *constitution française*, attuando le *système de l'État legal*, ha segnato in parte un progresso rispetto allo Stato di diritto, che sotto alcuni aspetti si muove entro un impostazione angusta della relazione Stato-cittadini. Ma nel contempo l'*État légal* come sviluppatosi in Francia, pur mirando a realizzare anche le essenziali « exigences de l'État de droit », dà luogo, in alcuni suoi lineamenti, ad una condizione di regresso, « ne s'est pas élevé jusqu'à la perfection de l'État de droit », resta « en deçà de ces exigences ». È sintomatico che, per eliminare la strozzatura, Carré de Malberg

([195]) Cfr., specialmente, *Contribution*, cit., I, pp. 56, 260, 261, 262, 320, 331, 490, 492; *Confrontation*, cit., pp. 10, 52, 53, 109; *Les modes d'action de l'État*, cit., p. 10. 30-7. Il BERGERON, *Fonctionnement de l'État*, Paris, 1965, definisce la distinzione di Carré de Malberg fra *État de droit* e *État légal* come « *classique* » (pp. 408, 623).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non patrocini affatto l'applicazione integrale del vecchio schema, come è stato elaborato « à l'époque où a été créé la terme Rechtsstaat », ma si faccia invece sostenitore della necessità che la costituzione determini e garantisca « ceux des droits individuels qui doivent demeurer placés au-dessus des atteintes du législateur », che inoltre lo stesso legislatore non possa « déroger, par des lois faites à titre particulier, aux règles générales consacrées par la législation existante » e che, contestualmente, venga fissato un efficiente sistema per controllare la validità delle leggi. La nozione di Stato di diritto viene così utilizzata da Carré de Malberg con una duplice angolazione. Da un lato, abbiamo lo Stato di diritto quale tipo storico; dall'altro, quale schema interpretativo delle linee di sviluppo del sistema e, in questa direzione, va recuperato secondo lui, attraverso una proiezione dinamica del « développement naturel du principe sur lequel » si appoggiava il precedente modello, individuandone le effettive istanze garantiste di fondo.

Queste notazioni ci dimostrano l'ampiezza di visuale entro cui Carré de Malberg inquadra il problema delle norme organizzative; ampiezza il cui rilievo emerge ancora maggiormente se noi mettiamo a confronto la sua trattazione con quella di altri autori del suo tempo ([196]), i quali tendono a esaminare il problema stesso in riferimento soltanto alla intelaiatura strutturale delle norme giuridiche considerata in astratto. Interessante è anche il modo con cui Carré de Malberg si avvale dei concetti di « Stato di diritto » e di « Stato legale ». È noto che da varie parti oggi si critica il ricorso a simili nozioni nel diritto costituzionale, come equivoco e controproducente ([197]). Ma proprio la tecnica articolata con cui

([196]) Per un quadro d'insieme dell'evoluzione della dottrina al riguardo, cfr. SAITTA, *Premesse per uno studio delle norme organizzatorie*, Milano, 1965, pp. 23 ss.. In argomento, v. anche GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1965, p. 103 ss., il quale, dopo aver rilevato che « era molto diffusa, sino a qualche tempo fa, l'opinione che l'organizzazione costituisse un *quid* giuridicamente irrilevante », aggiunge che « per avere testimonianza della trascuratezza dello studio del rilievo giuridico dei fatti organizzativi, basterà vedere la produzione dei filosofi del diritto della prima parte di questo secolo: anche studiosi importanti e documentati hanno limitato l'analisi della norma giuridica alla norma attributiva di diritti soggettivi, quasi che essa esaurisse l'intero ambito dell'esperienza giuridica ».

([197]) Cfr., per tutti, MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, p. 45, che aderisce alla definizione dello JESCH (*Zulässigkeit gesetzver-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Carré de Malberg se ne serve, sia nel caso considerato sia in altri, sembra convalidare l'opportunità di questa tipologia, ove utilizzata con sensibilità storica e sociale, per situare con maggiore congruità le singole argomentazioni interpretative e avallare eventuali variabili nelle soluzioni proposte, in connessione a esigenze che sono tuttora vive, anche se con ambivalenze contraddittorie, nella realtà degli stati contemporanei evoluti. D'altronde, un simile approccio tipologico rivela la sua capacità strumentale comprensiva, negli stessi anni, anche nelle ricerche di Hauriou ([198]). Nè, su un piano generale, sembra fondata l'obiezione, secondo cui una tale modulazione delle interpetrazioni giuridiche, in collegamento a tipi elaborati alla stregua di analisi che, pur partendo dal singolo ordinamento positivo, si fondano su prospettive storico-sociologiche d'insieme, verrebbe a collocarsi fuori del positivismo giuridico; e così, neppure convince il rilievo che, in ogni modo, anche nozioni come quella di « Stato di diritto » dovrebbero desumersi solo dalle norme del singolo ordinamento ed esserne esclusivamente « la conseguenza ». Come si è visto, esistono agganci continui tra punto di vista esterno e punto di vista interno nella considerazione dell'ordinamento giuridico, che necessariamente si rinfrangono nel quadro della strumentazione interpretativa, la quale solo non trascurando la trama di questi agganci può essere rispondente ai suoi fini.

---

trender Verwaltungsverordnungen?, in *Öff. Verw.*, 1959, p. 66) dello Stato di diritto come « guscio vuoto ». A tale definizione si rifà anche il Fois, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 671, secondo il quale, comunque, per non contraddire radicalmente ad una metodologia scientifica e non sovrapporre l'azione alla ragione, bisognerebbe dedurre l'effettiva esistenza di un simile concetto in forza di una specifica dimostrazione sulla base del diritto positivo.

([198]) Sul particolare approccio tipologico di Hauriou, cfr., Sfez, *Maurice Hauriou et l'avènement des exècutifs forts*, cit., p. 116. Relativamente all'importanza fondamentale che attribuiva Georg Jellinek all'approccio tipologico nello studio della dottrina dello Stato, v. Roth, *La prospettiva storico-comparata in Max Weber*, in *Rass. it. sociologia*, 1970, p. 582, che confronta la tipologia elaborata da Jellinek a quella costruita da Weber, il quale si opponeva alla differenziazione di Jellinek fra tipi ideali e tipi empirici, in quanto voleva « sottolineare la qualità di astrazione e selettività » della « tipologia stessa ». In ordine all'utilizzabilità della nozione di « Stato di diritto » anche per analizzare la realtà costituzionale attuale, v., con rilievi particolarmente stimolanti, Habermas, *Sul concetto di partecipazione politica*, in Pozzoli, *Germania: verso una società autoritaria*, Bari, 1968, p. 11 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Carré de Malberg affronta il problema delle norme di organizzazione in riferimento a tre aspetti fondamentali: al « fonctionnement des services administratifs », tema che lo sollecita a porsi il problema di tali norme in modo specifico; alle statuizioni organizzative contenute nella costituzione; alla sanzione giuridica. Il momento centrale della struttura tipica della costituzione è nella concezione di Carré de Malberg quello delle « règles organiques qu'elle consacre ». Attraverso di esse avviene « la détermination constitutionnelle des organes variables qui auront le pouvoir de vouloir pour la communauté unifiée »; il conferimento agli « organes réguliers » così istituiti dei « leurs pouvoirs, législatifs ou autres »; la fissazione delle « formes ou conditions d'exercise » e l'eventuale stabilimento dei « degrés de puissance des diverses sortes d'autorités ». La medesima « garantie et la sauvegarde des droits reconnus aux citoyens » dipende dal modo con cui sono articolate quelle « règles d'organisation des pouvoirs » destinate « à dominer l'activité des autorités constituées » ([199]).

Nei tempi moderni si registra la tendenza delle costituzioni a allargare la sfera del loro contenuto « à prendre du développement », giacchè « la constitution... est portée à édicter par elle-même et à faire entrer dans son dispositif, non seulement toutes les prescriptions ayant une portée organique, mais encore toutes celles se rapportant à des matières quelconques sur lesquelles elle entend soit se réserver un pouvoir exclusif de réglementation, soit fonder des principes qui s'imposeront au législateur et qui conditionneront et limiteront la puissance législative de celui-ci ». Ma, ciò non ostante, quella che per Carré de Malberg si pone come il fulcro della normazione costituzionale, resta proprio la parte organizzativa, giacchè investe « l'exercise de la puissance publique » nel suo stesso sviluppo, identificando, con corrispondenza più immediata, « l'équilibre politique et social en vertu duquel l'État et la puissance des gouvernants subsistent et s'imposent à la communauté nationale » ([200]).

([199]) Cfr., *Contribution*, cit., I, pp. 65, 66, 207, 232 ss.; II, pp. 129, 520. V., altresì, *Réflexions très simples*, cit., p. 200 ss.

([200]) Cfr., *Contribution*, cit., I, p. 66 ss.; II, p. 166; *La Loi*, cit., p. 118 ss.

Varrà ricordare come di regola viene collegato all'insegnamento di BURCKHARDT, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft* (1927), 2ª ed., Zürich, 1944, p. 3 ss.,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anche nello studiare il problema della sanzione giuridica, Carré de Malberg collega il suo discorso al concetto di organizzazione, poichè le norme dirette a prescrivere sanzioni giuridiche e le medesime singole sanzioni da tali norme stabilite acquistano, secondo la sua valutazione, il loro senso solamente nel quadro dell'intero sistema normativo, coordinandosi a tutte quelle misure che incidono « à titre régulier et permanent » sulla conservazione dell'« ordre juridique », assicurandone la vigenza effettiva. È sì importante che la prevista sanzione consenta la possibile messa in opera di « moyens de coercition immediate », ma quello che è soprattutto essenziale è l'esistenza nell'ambito dell'intero ordinamento giuridico di quella « organisation », che, in quanto « génératrice de puissance publique », qualificando in modo specifico unitariamente l'« ordre de règles » può « seule assurer au droit son efficacité et sa force coercitive ». In questa maniera la dimensione dell'insieme delle sanzioni operanti nell'ordinamento giuridico si salda strettamente alle ragioni di fondo che legittimano l'esistenza e il mutamento della comunità statale. E la situazione delle norme sulla sanzione viene altresì a connettersi a quella delle norme sulla produzione giuridica nel loro incidere sull'evoluzione del sistema normativo, e, sotto alcuni aspetti, si ha anzi un accavallamento dei due fenomeni, perchè la medesima emanazione di una norma di condotta « d'une façon régulière, c'est-à-dire conformément au statut organique en vigueur », nel suo diretto rapportarsi alla « puissance publique », produce il « caractère dominateur » della prescrizione: la « condition d'origine » delle norme tende così ad essere sufficiente a fondare « leur validité et leur efficacité » ([201]).

---

l'avere valorizzato il ruolo fondamentale delle norme organizzative nel quadro della costituzione. V., in tal senso, MORTATI, *Costituzione dello stato, Dottrine generali e costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, nota 81; SAITTA, *Premesse*, cit., p. 72 ss.

([201]) Cfr., *Contribution*, cit., I, p. 56 ss., 204 ss.; *Réflexions très simples*, cit., p. 193 ss.

Se ci rifacciamo alle osservazioni del Romano in tema di sanzione, secondo le quali la sanzione è vista come « immanente e latente negli stessi ingranaggi dell'ordinamento giuridico considerato nel suo complesso », vediamo la notevole somiglianza delle due analisi, anche se l'argomentare di Carré de Malberg ci sembra più aperto, in quanto la sua impostazione organizzatoria della sanzione non tra-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'attenzione prestata da Carré de Malberg alle norme di organizzazione si connette anche al rilievo che egli dà all'elemento organizzazione nella configurazione dello Stato e dell'ordinamento giuridico. Così « l'organisation de l'État est la condition même d'où dèpend la formation de sa personnalité »; « la souveraineté ne prend naissance que par l'effet de cette organisation étatique »; « la notion d'État suppose la nation organisée »; « la puissance étatique, sur le terrain particulier de la science du droit, ne peut être considérée que comme le résultat de l'organisation national »; « la notion de droit présuppose l'organisation sociale »; nella « définition dernière de l'État, l'élément à placer en première ligne, c'est son peuple et l'organisation par laquelle ce peuple se trouve étatisé »; e, anche in una prospettiva storica della situazione originaria « en fait », l'accento va posto sull'elemento « organisation »; priorità logica e storica che non può non influire in tutto l'espandersi dell'ordinamento ([202]). Di qui la delineazione da parte di Carré de Malberg, fino dalla *Contribution*, di un rapporto permanente tra la « hiérarchie des fonctions » e la « hiérarchie des organes » e il rilievo prestato ai correlativi « degrés de puissance » che ne conseguono e che importano la « préponderance de l'organe qui est investi » della funzione « envisagée comme supérieure ». Prospetti-

---

scura, accanto agli aspetti istituzionali che ineriscono al fenomeno, il forte risalto che hanno al riguardo anche gli aspetti normativi, con la loro forza strutturante. Appare palese l'influenza su tali svolgimenti di pensiero della lezione di Georg JELLINEK (*La dottrina generale dello Stato*, trad. it., Milano, 1921, pp. 610, 611), rivolta a chiarire che « non la coercizione, ma la garanzia (e soltanto come una sottospecie di questa ci si presenta la coercizione) è un carattere essenziale del concetto di diritto ». Sulla attuale tendenza a esaminare il problema della sanzione nel quadro della nozione di « social control », che indubbiamente si collega alle intuizioni indicate, cfr. GAVAZZI, *Norme primarie e norme secondarie*, cit., p. 132 ss.; ID., *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Torino, 1970, p. 162 ss.; BOBBIO, *Sanzione*, in *Nov. Dig. It.*, XVI, Torino, 1969, p. 530 ss. Il Gavazzi sottolinea altresì i recenti tentativi, nel quadro della sociologia e della scienza politica, « di identificare il concetto di sanzione con quello di esercizio di potere » e ricorda Laswell, Oppenheim, Parsons. Di PARSONS, cfr. *On the concept of political power*, in *Il Politico*, 1963, p. 611: « The institutionalization of the normative order... comes to focus in the concept of authority. Authority is essentially the institutional code within which the use of power as medium is organised and legitimized ».

([202]) Cfr., *Contribution*, cit., I, pp. 61, 196, 257 ss.; II pp. 332, 428; *Confrontation*, cit., p. 161 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tiva questa che troverà specifico sviluppo nelle ultime opere di Carré de Malberg, in cui giunge a darne una formulazione a carattere generale: « à la théorie de la gradation des fonctions et des règles, il convient de substituer ou, en tout cas, de superposer celle de la gradation des organes », che a sua volta si basa sulla « qualité de puissance » e quindi sulle « diffèrences de puissance des organes » ([203]).

Abbiamo visto come, malgrado le prese di posizione metodologiche programmatiche di tono più rigido, Carré de Malberg viene poi, nella concretezza dell'indagine, a guardare agli « effets » che i « textes ont progressivement engendrés », alla esperienza effettiva in cui questi « textes » si muovono, alle « pratiques » insorte nel loro ambito, alle « transformations de fait » intervenute.

Ora, proprio nel valutare il momento dell'organizzazione e i rapporti che si instaurano tra i vari organi che caratterizzano la forma di governo, Carré de Malberg è più spinto a dare maggiore spessore alle sue analisi, affiancando all'analisi delle norme organizzative e dei rapporti da queste inquadrate, la considerazione della medesima realtà istituzionale a cui queste corrispondono. Nella *Confrontation* pubblicata poco prima della morte, Carré de Malberg anzi, nel precisare il risalto essenziale dell'organizzazione, si lascia andare, in polemica con Kelsen, a delle affermazioni al riguardo chiaramente indicative pure a livello metodologico. Anche in questo caso egli ribadisce il suo « positivisme juridique », l'obbligo di attenersi ai « données positives fournies par l'ordre juridique français..., nôtre droit positif national », ma sottolinea con insistenza, su un piano teorico generale, l'importanza degli elementi offerti dai « concepts » e « systèmes de droit public, qui à une époque déterminée, se trouvent consacrès par les constitutions et les lois de l'ensemble des États », e soprattutto fa richiamo alla necessità di « faire prèvaloir le fond des choses », di non perdere mai « de vue le sens profond des institutions juridiques », la « réalité effective » delle stesse. Lo Stato « est avant tout une formation humaine » e quindi « l'organisation établie dans l'État par le droit positif en vigueur » non può essere considerata quasi un mero

([203]) Cfr., *Contribution*, cit., pp. 51, 52, 129; II, p. 49 ss.; *Confrontation*, cit., pp. 166, 167; *La Loi*, cit., p. 66 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« engranage de normes », dimenticando che « les considerations relatives à la qualité de puissance des autorités créant des règles, c'est-à-dire des considérations d'ordre humain, doivent prévaloir sur celles d'ordre mécanique », e non tenendo, d'altro lato, conto che « l'organisation établie dans l'État par le droit positif en vigueur ... est susceptible de varier selon les régimes organiques propres aux diverses époques ou aux divers États » ([204]).

Un simile riferimento di Carré de Malberg alla effettiva dimensione istituzionale che articola la dimensione normativa consente a Carré de Malberg, analogamente a quanto, come si è detto, si verifica nella evoluzione del pensiero di Hauriou e di Romano, di allargare la sua trattazione in materia di organizzazione anche all'altro profilo sopraindicato concernente le situazioni e i rapporti di potere che si articolano nella organizzazione costituzionale. Il potere dei vari organi inseriti nel contesto dell'intera organizzazione costituzionale è visto in questo modo da Carré de Malberg non come un semplice attributo formale, bensì dinamicamente in un'ampia angolazione relazionale: per lui in effetti « la notion même de pouvoir » non può inquadrarsi prescindendo dalla considerazione delle « relations entre les autorités ». Il potere a livello costituzionale-politico va così valutato in connessione alla « qualité de puissance » del singolo organo, in rapporto ai « degrés de puissance » degli altri organi, e perciò pure in base al modo con cui le varie « puissances » vengono ad esplicarsi, nel progressivo movimento dell'ordinamento giuridico, in corrispondenza alle situazioni concrete, agli « obstacles de fait » e alla « necessité » che inevitabilmente preme; cioè, secondo l'espressione del medesimo Carré de Malberg, quale « pouvoir effectif ». Ogni singolo potere tende perciò a caratterizzarsi nella realtà concreta in misura variabile; e, così ad esempio, ove ci si ponga a considerare il ruolo del « corps électoral », avremo, con riferimento ad una identica attribuzione formale di potere, in alcuni casi « une complète action dirigeante », in altri casi esclusivamente « une certaine influence » ([205]).

([204]) Cfr., *Confrontation*, cit., pp. 16, 155, 167.

([205]) Cfr., particolarmente, *Contribution*, cit., I, p. 242, 243; II, p. 363 ss. In argomento, cfr. FRIEDRICH, *Le problème du pouvoir dans la théorie constitutionnaliste*, in *Annales de philosophie politique*, 1, *Le pouvoir*, I, p. 32 ss., sull'importanza che ha lo studio del potere non come una « simple possession », angolazione che egli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Entro questa angolazione relazionale dinamica, Carré de Malberg critica la tesi dell'equilibrio come fulcro dei processi politici a livello costituzionale: e ciò pur muovendo dall'ipotesi di un equilibrio tendenziale di base sul piano del sistema sociale. Lo Stato presuppone un assetto sociale, che può essere provvisorio, contenere già in sè stesso accesi elementi conflittuali, diretti a sfociare in eventi rivoluzionari, essere legato ad una « organisation sociale » che invece di essere « acceptée » sia solo « reconnue ou supportée », ma comunque, in quel dato momento, un tale assetto non può non corrispondere ad « un certain équilibre des forces sociales », ed avere nel complesso una anche ridotta capacità di essere « suffisamment stable » e « durable ». La consistenza di un simile tendenziale equilibrio sociale si rinfrange a sua volta direttamente sulla conformazione del potere politico, giacchè solo in corrispondenza di un profondo, reale equilibrio, il potere stesso è in grado di trasformarsi in un rapporto valido di autorità e di dar vita ad un armonico ordinamento giuridico. Anche il dominio del « plus grand nombre », e addirittura di un'intera « classe », se si appoggia sulla mera forza « prépondérante », al di fuori di un adeguato, consistente equilibrio sociale, resta nell'orbita « des formes despotiques d'État » ([206]). A fronte di questa tendenza del

---

è portato a ritenere caratteristica della dottrina giuspubblicistica, bensì sotto un profilo relazionale. Bisogna a suo giudizio insistere « dûment sur son aspect relationnel considéré comme plus fondamental que son aspect corporel, matériel, possessif ». Analogamente v., anche dello stesso FRIEDRICH, *Man and his government. An empirical theory of Politics*, New York, 1963, p. 160 ss.

([206]) Cfr., particolarmente, *Contribution*, I, p. 61 ss., 198 ss. V., altresì, *Réflexions très simples*, cit., p. 192 ss. Perciò Carré de Malberg critica Duguit che collega l'esistenza dello Stato solo alla forza. Per lui, ancora prima del profilo dei ruoli di autorità che concerne il sistema politico, c'è un aspetto anteriore relativo all'assestamento « d'une façon durable » delle strutture sociali, che deriva da cause composite; la forza imposta, i « moyens de persuasion » impiegati, il « prestige » sviluppato, le « forces morales » in giuoco, la « force économique », specie quella delle « classes sociales disposant de ressources considérables ». Il che fa sì che, se ha un grande risalto l'intensità del consenso, data anche la continua interdipendenza fra sistema sociale e sistema politico, tendono sempre a residuare, anche in una « organisation étatique » fondata su un largo consenso, settori di dissenso, cosicché l'organizzazione stessa « n'est pas intégralement et exclusivement le produit du consentement unanime et de l'entente universelle des citoyens ». L'equilibrio sociale rappresenta pertanto per Carré de Malberg l'esistenza di una situazione di relativa stabilità,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sistema sociale verso l'equilibrio, nell'ambito dell'organizzazione politica, in connessione al monopolio « de la force organisée » che contrassegna la sovranità statale e alla stregua del caratterizzarsi degli organi di governo quale « force gouvernementale supérieure », emerge invece una tendenza verso la diseguaglianza dei livelli di potere e verso la sovrapposizione di un organo, sia semplice sia complesso, sugli altri. « L'egalité des organes demeure irréalisable en fait » e inoltre « ne peut davantage se concevoir en droit ».

Può ben verificarsi che entrino a comporre la struttura dello Stato « des matériaux d'ordre divers, empruntés simultanément à la monarchie, à l'aristocratie, à la démocratie; on comprend aussi que la constitution cherche à établir, entre ces éléments hétérogènes, un certain mélange ou un certain équilibre partiel », ma non sembra ammissibile che la stessa non dia sostanzialmente « la prééminence à l'un d'eux ». E comunque, nella realtà, « la balance ne peut être tenue absolument égale »; giunge « toujours un moment » in cui si determina la prevalenza di un organo. Non nel senso che esso riunisca « en lui tous les pouvoirs, ce qui lui permettrait de tout faire par lui seul », bensì nel senso che lo stesso venga ad avere « une puissance prépondérante ».

Carré de Malberg lega questa sua tesi dell'organizzazione costituzionale come un processo tendenziale costante indirizzato verso la ineluttabile preminenza di « un organe supérieur, dont le rôle sera prépondérant », a tre motivazioni.

Una prima più chiaramente giuridica, e che egli connette agli insegnamenti di Jellinek, si fonda sulla tutela dell'« unité de l'État », che è « indispensable », che « forme la base essentielle » della struttura e del funzionamento dello Stato stesso; « sinon, la volonté

---

entro i cui vari fattori interagenti tendono a coordinarsi: « ces forces multiples s'équilibrent entre elles..., sur base même de leur coordination ». In tal senso, attualmente, si possono ricordare, quantunque sviluppati con riferimento alla nozione di « power », i rilievi di FRIEDRICH, *Man and his government*, cit., p. 165, il quale, rettificando le precedenti posizioni più rigide assunte in *Constitutional Government and Politics* e in *Constitutional Government and Democracy*, osserva che « the expressions *coercive* and *consensual* or *cooperative* power are misleading if taken as designating exclusive and separate phenomena...: they are aspects of all power situations ..., neither of them occurs in pure form; it is question of their ratio in any concrete power situation ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de l'Etat risquerait d'être tiraillée... en des sens divergents et contradictoires ». Una seconda motivazione ha toni più sociologici, pur nell'impostazione sempre giuridica. Parte dalla considerazione che il potere è, a suo avviso, spinto irresistibilmente in una direzione di « prééminence » monistica: « l'égalité ne saurait se maintenir d'une façon durable entre deux organes qui représenteraient des élements socialement ou politiquement differents ». Una terza motivazione, che si intreccia con le altre due, è di ordine storico. Carré de Malberg in proposito ricorda il precedente del « Parlement anglais », il quale, allorché è giunto « à se mettre au-dessus du monarque », ha dovuto registrare che una delle sue « parties composantes » « a fini par établir, à son tour, sa préponderance ». Si richiama all'esempio degli Stati Uniti d'America, in cui la progettata « balance entre le Président et le Congrès », invece di sfociare in una « égalité complète », non riesce a prescindere da un « organe prédominant » ([207]). Ma i suggerimenti più probanti vengono a Carré de Malberg proprio dall'esperienza francese e da quel « parlementarisme absolu au sens intégral du mot », che ne forma secondo la sua impostazione il permanente filo conduttore nei tempi moderni. Di contro a chi, nel constatare e nel criticare la posizione troppo forte assunta dal Parlamento nella *Constitution de 1875* raccordava il fenomeno alle strutture costituzionali, insistendo, a seconda delle varie posizioni, ora sull'attenuarsi della figura del Presidente della Repubblica, ora sulla debolezza del gabinetto, ora sulla paralisi dello scioglimento, ora sui sistemi elettorali, ora sulla conformazione dei partiti politici, oppure su tutte queste ragioni, Carré de Malberg, pur non trascurando tali ele-

([207]) V., in ispecie, *Contribution*, cit., II, p. 44, 45, 56, 60, 61 ss. Sempre in relazione alla individuata tendenza, nell'ambito dei sistemi politici, verso il ruolo preponderante di un organo, Carré de Malberg denuncia il pericolo a suo giudizio connesso ad una « séparation absolue ... entre les autorités publiques ». « Isolés par une barrière interceptant entre eux toute communication », gli stessi, non stimolati a « se mettre d'accord », saranno spinti « à entrer en lutte ». Dalla tendenza alla « prepondérance » si passa alla progressione verso « la puissance excessive », al « despotisme ». Pertanto, Carré de Malberg giudica positivamente lo sviluppo che si è subito verificato nella costituzione statunitense del 1787; le relazioni tra Esecutivo e Congresso che la stessa « avait cru pouvoir se dispenser d'établir, se sont, dans la pratique, formées en dehors d'elle et malgré elle », stabilendo una « certaine collaboration ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

menti, spinge la sua analisi molto più in profondità, risale, oltre la Terza Repubblica, alle medesime origini rivoluzionarie, considerate nella loro realtà economico-sociale, in una prospettiva storica particolarmente incisiva e che è di notevole rilievo anche sul piano storiografico ([208]). Diversamente che nello sviluppo del re-

([208]) Bisogna invero avere presente che nel 1914, allorchè fu scritta la *Contribution*, l'interpretazione prevalente, *institutionnalisée*, nell'ambito dei gruppi democratici si lega specialmente alla lezione di Aulard, a cui del resto sovente si richiama Carré de Malberg. Un'interpretazione che, nell'apologia della rivoluzione, come premessa allo sbocco glorioso della Terza Repubblica, la considera dominata dalla « volonté d'affranchir l'esprit humain par la science, c'est-à-dire de faire la République que nous voulons aujourd'hui » e si svolge nel segno del « bon et grand Danton », idealizzato in una visuale retorica di contro a Robespierre, il « réactionnaire,... ce pieux et mystique assassin » e che, perciò, sebbene non manchi di rilevare « la posizione privilegiata » che venne ad assumere la borghesia, nel difendere a oltranza il carattere puro, « essentiellement légalitaire et juridique de la Révolution », tende sovente a trascurare gli effettivi contesti di potere, al fine di ricostruire in termini apologetici « l'esprit de la Révolution ». C'era stata agli inizi del secolo l'*Histoire socialiste* di Jaurés, che intendeva dare risalto a « le sens de l'évoluzion économique » della Rivoluzione, e immettere nel *Panthéon* dei grandi capi rivoluzionari pure Robespierre e i giacobini, ma anche la sua analisi, per quanto importante, come ebbe a riconoscere lo stesso Aulard, resta pur sempre entro un tono generale di epopea. Nel 1928 inizia la pubblicazione degli *Annales de la Révolution française*, sotto la guida di Mathiez, che conduce la sua ricerca in chiave più rigidamente marxiana, tesa a denunciare fenomeni di corruzione parlamentare nella « Gironde » e nella « Montagne » e a concentrare l'attenzione sulla « République de l'an II », come prima vera forma di « démocratie sociale », sotto la direzione consapevole di Robespierre « l'homme d'État clairvoyant et juste que n'a respiré que pour le bien de son pays » (e, entro questa linea, nel 1917 uscirà *Bolschevisme et Jacobinisme*; i Clubs prerivoluzionari diverranno i « soviets d'alors », Robespierre si porrà come l'« ancètre », la « guide », nella cui ombra si muove Lenin, il « Robespierre qui a réussi »). Indubbiamente, Carré de Malberg risente di questo clima fervido e vivo e dei problemi che queste varie scuole impostano, come può tener conto dei dati dalle stesse evidenziate. D'altronte, egli non vuole compiere una trattazione organica; ma ciò non toglie che certi suoi spunti, talvolta avvalorati da citazioni dirette degli *Archives parlementaires* dell'epoca, hanno una particolare lucidità, e che certe sue impostazioni, angolate con notevole equilibrio, sembrano anticipare, sia pure a livello di intuizioni, prospettive che la successiva ricerca porrà criticamente in risalto: il connotato effettivamente rivoluzionario, antifeudale della lotta; la sua caratterizzazione economica e sociale borghese, ma intesa in senso ampio, generico; la struttura elitistica dei gruppi dirigenti, a cui, per necessità, nel suo stesso interesse, si affianca il popolo; mentre, tuttavia, già si determina una situazione con-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gime parlamentare in Inghilterra, in cui « la Chambre élue s'est appuyée sur la volonté du corps électoral », della quale aveva bisogno per opporsi alle forze monarchiche ancora consistenti, in Francia, secondo la ricostruzione fatta da Carré de Malberg « la monarchie etait terassée et la préponderance se trouvait constitutionnellement assurée à l'assemblée des députés ». Pertanto, « celle-ci n'avait nullement besoin d'invoquer les droits de la volonté populaire pour se fortifier elle-même ». Con l'eventuale riconoscimento della *puissance* populare, la stessa, « bien au contraire, aurait compromis sa propre puissance et sa liberté d'action », tanto più che nella Francia di allora non vi era « aucun organe », al di fuori della medesima assemblea, che avrebbe potuto « contrebalancer », come in Inghilterra, le eventuali pressioni popolari. A giudizio di Carré de Malberg la rivoluzione è stata « conçue, orientée et operée » dalla « Bourgeoisie », che « a bien tenu à détruire l'ancien régime, en tant qu'il s'agissait pour elle-meme de s'émanciper de la condition politique effacée où elle était demeurée » in precedenza. Ma, « pour le surplus, elle n'essaya point d'organiser un régime populaire »; chè anzi il suo fine è di tenere « systèmatiquement le peuple à l'écart du gouvernement » ed in questa linea stabilisce « un régime électoral et représentatif, qui devait lui permettre à elle-même d'occuper les situations électives ». Di conseguenza, « l'assemblée des députés », che rappresenta i gruppi di-

---

flittuale di classe, in senso antidemocratico; la strutturazione delle istituzioni costituzionali e giuridiche non connessa esclusivamente agli eventi, nè mero prodotto delle fluttuanti improvvisazioni di una serie di provvidenziali eroi, bensì derivante da un programma nelle sue linee di fondo voluto, anche per i collegamenti fra la rivoluzione e il pensiero illuminista; la presenza, in tutto il corso della rivoluzione, accanto a sollecitazioni liberali, di aspetti illiberali (ed, al riguardo, non c'è che da rinviare alle indagini di Léfèbvre, di Soboul, di Guérin, ma anche in parte a rilievi sollevati da parte liberale, si pensi a Hannah Arendt). Non bisogna d'altra parte dimenticare, nel valutare lo sforzo critico di Carré de Malberg al riguardo, che Carré de Malberg non è un marxista, bensì un cattolico, di profonda stretta devozione, anche se d'ispirazione liberale, e che fra i cattolici è ampiamente diffuso in quel periodo un atteggiamento ancora polemico nei confronti della Rivoluzione, che oscilla tra le dichiarazioni di guerra, nel ricordo dei massacri dell'*Église des Carmes* del 1792 (« nous ne nous entendrons jamais! ») e le argomentazioni più caute, che vengono svolgendosi sulla traccia dell'insegnamento di Taine, ma pur sempre critiche contro la Rivoluzione, che ha interrotto la sana, progressiva « évolution naturelle », improntando la storia di Francia di sovversivismo anarchico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rigenti borghesi, viene così a mettersi « dans une large mesure à la place du roi, quant'à l'exercise de la souveraineté », dando alla « collectivité des citoyens », con le sue dichiarazioni solenni, un semplice « titre nu..., l'apparence et l'illusion de la souveraineté » ([209]).

([209]) Cfr., in particolare, *Contribution*, cit., II, pp. 261, 263 ss.; 380, 381 ss.; 500 ss. Con riferimento alla critica mossa da Carré de Malberg ai sistemi elettorali del periodo rivoluzionario, vedi l'analisi svolta dal PALMER, nel saggio *Caratteristiche « democratiche » e « borghesi » nella costituzione francese del 1791*, in appendice a *L'era delle rivoluzioni borghesi*, Milano, 1971, p. 1170 ss. Esaminando le restrizioni previste per potere essere ammessi al voto, egli rileva che effettivamente si « desiderava ridurre l'urto diretto della massa popolare contro il governo »; tiene a precisare però che « solo da un punto di vista marxista moderno può aver significato descrivere l'opera dell'Assemblea costituente come fondamentalmente borghese ». In quel tempo, in Francia, difettava « un sistema decentralizzato di seggi elettorali e di organizzazioni politiche ». Cosicché, a suo giudizio, se è vero che sussistono « obiettivi politici », sono specialmente da tenere presenti le « necessità pratiche e amministrative ». Del resto, egli aggiunge, di fronte alla tesi dello storico marxista Mathiez, secondo cui, con simili congegni « l'aristocrazia del denaro sostituì quella del sangue », sta la presa di posizione dello stesso socialista Jaurés, da lui giudicato « storico umano e sensibile » quantunque « marxista », il quale ha concluso che nel 1791 soltanto « il sottoproletariato » era ancora oppresso. Va tuttavia, detto che, a parte l'analisi specifica svolta in detto saggio (inserito in appendice), il Palmer nel testo della sua vasta opera (*op. cit.*, p. 547), se nota che « il governo istituito in Francia con la costituzione del 1791 era incomparabilmente più democratico di qualsiasi altro nel mondo occidentale di quei tempi, con la sola eccezione di certi stati dell'Unione americana », constata altresì che però « in una fase rivoluzionaria, in cui gente di ogni classe era stata sensibilizzata politicamente, la esclusione dal voto di una parte notevole della popolazione provocò scontento e tumulti specialmente dopo l'inizio della guerra e l'arruolamento di un'armata popolare nel 1792 ».

In proposito, appare puntuale la critica mossa da Robespierre nella seduta del 10 agosto 1791 e riportata proprio da Carré de Malberg: « il est impossible de prétendre que la nation soit obligée des déléguer toutes les autorités, toutes les fonctions publiques, qu'elle n'ait aucune manière d'en retenir aucune partie » (*Arch. parl.* 1ª serie, XXIX, p. 326). A cui possiamo aggiungere il ricordo della dura accusa del Conte de Clermont-Tonnere, nella sua *Analyse raisonnée de la Constitution de 1791* (nel volume quarto delle sue *Oeuvres*, pubblicato a Parigi nell'anno III della Rivoluzione): « C'est insulter au bon sens et à une Nation que de lui dire: tu es souveraine, tu as le droit d'accepter ou de refuser nôtre constitution; mais nous t'en donnons une, dans l'essence de laquelle il est que tu ne puisses pas délibérer sur cette question. Ainsi, tu y seras soumise purement et simplement, sans cesser d'avoir en droit la souveraineté que nous anéantissons en fait. Voilà

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Simili proposizioni enunciate nella *Contribution* divengono ancora più nette negli scritti dell'ultimo periodo, in cui Carré de Malberg, pur nelle critiche che rivolge a diversi punti del pensiero di Rousseau, avverte maggiormente l'influenza di alcune sue enunciazioni ([210]), rendendosi conto dell'ausilio che gli forniscono nel-

---

ce que signifient ces mots: la constitution française est represéntative » (*op. cit.*, p. 234 ss.), e dell'altra affermazione di Robespierre nel *Moniteur* del 1789 (p. 313): « Tous les citoyens, quels qu'ils soient, ont droit de prétendre à tous les degrés de représentation. Rien n'est plus conforme à vôtre Déclaration des Droits, devant laquelle tout privilège, toute distinction, toute exception doivent disparaître... Tout homme a le droit... d'être électeur et éligible sans distinction de fortune ».

([210]) Anche questo rilievo dato al pensiero di Rousseau da parte di Carré de Malberg è un indice, tenendo sempre presente il suo orientamento politico di cattolico d'impronta liberale, della sua probità scientifica, un ulteriore segno della fedeltà al rigore e alla compiutezza dell'analisi che è al fondo del suo positivismo. Così, in Carré de Malberg non troviamo quella recisa prevenzione che si riscontra in altri giuristi del tempo relativamente alla costituzione del 1793. Sintomatico in proposito l'atteggiamento di Hauriou, che, in quel capitolo del suo *Précis de droit constitutionnel* (2ª ed., cit., p. 296, 299), rivolto a delineare « l'histoire politique et constitutionnelle de la France depuis 1789 jusqu'en 1785 », la salta del tutto, in base alla semplice notazione che essa non venne « appliquée » e, nel corso successivo della trattazione, si limita a farne un accenno indiretto, qualificandola implicitamente come il proemio della « dictature de la Convention ». Carré de Malberg nella *Contribution* nota che « la Constitution de 1791 marque le triomphe du Tiers-État bourgeois. Ce n'est que par la Constitution de 1793 que ce régime bourgeois a été transformé en gouvernement populaire; et la transformation, qui d'ailleurs ne fu pas appliquée, ne devait pas être de longue durée ». È però, a suo avviso, « remarquable que les membres du Corps législatif ne sont jamais qualifiés, en 1793, de représentants: la constitution ne les désigne que sous le nom de députés, ou sous celui, plus expressif encore, de *mandataires du peuple* ». E, sottolineando come nel sistema del 1791 non era consentita « la vraie et franche démocratie », Carré de Malberg rileva anche che, « en particulier, il est à remarquer que, ni en 1791, ni actuellement, le peuple français ne possède le pouvoir constituant: la constitution se fait et se revise en dehors de lui ». Su tale ultimo punto è da tenere presente l'osservazione del Bastid (*Sieyès*, cit., p. 594): « Si l'on met à part la *Constitution de 1793*, on constate que les constitutions françaises ont fait dépendre l'initiative et l'ouverture de la revision de la volonté d'organes constitués ». Nelle *Considérations théoriques*, dopo un quindicennio, Carré de Malberg ritorna sul tema della *Constitution de 1793*, precisando che, « en réalité » il « dessein » dei « fondateurs du régime représentatif ... était d'ordre fort pratique: reléguer le peuple dans un rôle simplement électoral... A l'époque révolutionnaire, il n'y a que la Constitution de 1793 qui ait vraiment pratiqué l'idéologie, en déduisant, du principe posé dans l'article 4 de sa Déclaration, ... la conséquence logique ...; mais aussi,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'interpretazione storico-giuridica del sistema costituzionale francese. Egli parla pertanto espressamente di « maîtrise prépondérante

---

cette Constitution n'est-elle point sortie du domain de la spéculation ...; elle n'est point entrée en application. Cet échec de la Constitution de 1793 lui a valu, par la suite, d'être traitée avec dédain. Il y a pourtant une justice qu'il faut savoir lui rendre: c'est que, seule, elle s'est tenue en accord avec les prémisses sur lesquelles, elle était édifiée ...; l'on est obligé de conclure que ... il y a une relation immédiate et inéluctable entre les concepts qui ont servi à fonder la puissance parlementaire et les institutions démocratiques ». E, contestualmente, ne *La Loi*, osserva: « Il n'y a eu, en France, qu'une seule Constitution qui ait échappé à cette contradiction, c'est celle de 1793... les conventionnels de 1793 on eu, tout au moins, le mérite de mettre leur oeuvre constitutionnelle en accord logique avec leurs principes. On ne saurait en dire autant des constituants de 1789-91. De même que Louis XV avait fondé son absolutisme sur sa prétention d'incarner l'État en sa personne royale, de même l'Assemblée nationale de 1789, pour parvenir à son but qui était de commuer la souveraineté de la nation en souveraineté parlementaire, affirme que le collège des députés élus résume en lui l'integralité du peuple... Ou bien l'on entend maintenir le concept, venu de Rousseau et transmis par la Révolution, suivant lequel la loi a pour fondement la volonté générale et pour objet la manifestation de cette volonté. En ce cas, il n'est plus possibile de se contenter de l'argument qui consiste à prétendre que tous les citoyens sont présents dans le Parlement à l'instant de la création de la loi: car un tel argument est emprunté à un genre de vision mystique qui manque manifestement de toute base réelle ».

Nella valutazione della ricerca di Carré de Malberg ci sono state delle interpretazioni che hanno avanzato l'ipotesi di un Carré de Malberg *uno* e *due*, secondo cui « le Carré de Malberg de la *Contribution* serait entièrement différent du Carré de Malberg de la *Loi expression de la volonté générale*, ou bien, ce qui est plus, le Carré de Malberg des premières pages de *La Loi* serait different du Carré de Malberg de la conclusion de ce livre » (v., l'intervento di ROZMARYN, in *Journées Carré de Malberg*, cit., p. 114). Sulla base dell'analisi che abbiamo svolto è evidente che non esiste una tale contrapposizione. Nelle opere dell'ultima fase ci sono indubbiamente alcuni spunti nuovi e sotto qualche aspetto diversi, anche perché la supposizione da cui, pur nelle critiche mosse, partiva Carré de Malberg all'epoca della *Contribution* (e cioè che « le système constitutionnel » della Terza Repubblica, quantunque potesse « paraître logiquement » incardinato su un equilibrio profondamente « instable », ciò non ostante « en fait » conservava ancora « des chances réelles de durée ») è ormai divenuta, a suo giudizio, a causa delle trasformazioni intervenute, molto più fragile. Ma, nell'insieme, il ragionamento segue certe linee di fondo costanti: e anche le variazioni nelle argomentazioni successive si coordinano logicamente con quelle svolte in precedenza. D'altra parte, non bisogna mai dimenticare i due piani che si affiancano nell'indagine di Carré de Malberg: quello delle interpretazioni tecniche e quello dei rilievi di politica costituzionale. Va anche tenuto presente che, mentre certe prese di posizione polemiche nella *Con-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de la classe burgeoise sur la masse populaire » e contesta con più decisione gli equivoci contenuti nella teoria della rappresentanza politica: « Cette fiction, qui a servi originairement de base au régime représentatif, est l'une de celles à propos desquelles on a parlé du mysticisme révolutionnaire: ne serait-il pas plus exact ici de parler de mystification? Il faudrait être bien crédule pour se laisser persuader que les volontés énoncées par une oligarchie sont l'expression de la volonté générale de la communauté, alors surtout que les soi-disant représentés sont exclus de la possibilité d'opposer une volonté contraire à celle qui passe pour représenter la leur ».

Questo sistema ha dato luogo negli anni della Rivoluzione, secondo la ricostruzione che egli ne fa, ad una vera e propria egemonia sociale, economica, e anche culturale mediante l'ideologia connessa alla teoria della sovranità nazionale; un egemonia che Carré de Malberg considera nel complesso, non ostante i rilievi critici fatti, con un giudizio positivo, in riferimento al periodo in cui si installò, in cui bisognava lottare contro i precedenti « ordres privilégiés », in cui occorreva per necessità « exclure toute représentation au sens propre de ce mot » e in cui la Borghesia, nel suo sforzo

---

clusion, che chiude *La Loi*, sono formulate in modo diretto e esplicito, nella *Contribution* e nelle altre opere, negli stessi paragrafi della *Loi*, che precedono quello di chiusura, osservazioni sostanzialmente orientate in modo analogo sono spesso espresse solo in modo sommesso e marginale, per cui in buona parte non sono state adeguatamente considerate in sede dottrinale.

Così anche gli stessi Burdeau e Capitant, che sono i discepoli più fedeli di Carré de Malberg, che in tutta la loro attività si sono richiamati con fierezza al suo insegnamento, analizzandone con acutezza il pensiero, sembrano legare il risalto dato alla *constitution de 1793* solo all'ultima fase dei suoi studi. Invece essa è valutata positivamente per la sua ispirazione democratica fino dalla *Contribution*. Oltre i brani sopra riportati, si tengano presenti pure le esplicite osservazioni rivolte a contrapporre il sistema elettorale del 1791, dominato da ragioni censitarie accentuate, tali da dare al « Tiers », alla « Bourgeoisie » una « influence prépondérante »a quelli del 1793 e « de l'an III », in cui effettivamente « la population est la seule base de la représentation », e la connessa considerazione: « Rousseau, lui, était logique: du moment qu'il avait, en principe, affirmé la souveraineté du peuple, il en concluait que personne ne peut se mettre à la place du peuple, ni prétendre le représenter souverainement ». E l'altro conseguente rilievo: « Robespierre dévoilait le point faible, en logique, de la construction édifiée par la Constituante: la nation déclarée souveraine, mais frappée de l'interdiction d'exercer directement sa souveraineté ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di rinnovamento, era stimolata ad operare affinché « la législature fût composée d'élus appartenant à cette classe » ([211]): egli loda quindi in sè stessa « la souplesse du régime politique introduit en France par les hommes de 1789 ...; il est tout en nuances et en finesse d'intentions ». Ma con lo sviluppo dello Stato contemporaneo, con i nuovi compiti che si prospettano al medesimo, con la nuova strutturazione dei ceti popolari, la dimensione costituzionale formata dalla Rivoluzione è entrata in crisi. Carré de Malberg non nega che con « l'introduction du suffrage universel » si è accresciuta l'influenza degli elettori sia in ordine all'« orientation générale de la politique nationale », sia in ordine ai rapporti degli stessi con « l'activité de leurs elus », giacchè tali rapporti si sono inseriti in un contesto competitivo più aperto; ma si tratta pur sempre di una rappresentanza che ha il carattere di una « approximation plus ou moins lointaine », inidonea alla nuova sensibilità popolare e alle « transformations de fait qu'a subies ce régime ». E sono indicative le rivendicazioni rivolte a conferire « pour certaines classes sociales, pour les classes ouvrières notamment, une représentation spéciale dans les assemblées élues ». Invero il suffragio universale, accanto ai vantaggi indicati, ha facilitato ulteriormente il predominio « des intérêts de classe », provocando un frazionamento maggiore dei gruppi, la prevalenza della « politique de parti » e quindi un'azione politica meno capace di autonomia rispetto agli « intérêts » dei gruppi più forti. Mentre « la volonté du peuple » resta nel fondo « souvent éludée », a sua volta il Parlamento « hésite et renonce à adopter certaines mesures

([211]) Invero, secondo la valutazione di Carré de Malberg, che emerge da spunti accennati nel corso del secondo volume della *Contribution*, se la monarchia come istituzione era fino dall'inizio « terrassée », sussisteva pur sempre il principio monarchico, contro cui la rivoluzione « était dirigée »; e vi erano soprattutto « les ordres privilégiés », nei cui confronti « le Tiers-État... pour assurer sa suprématie devait combattre »; vi era la carenza nell'apparato statale di elementi idonei a « résister » a spinte popolari in senso dispotico, capaci di dare al « peuple » un ruolo eccessivamente « puissant ». In tale « milieu », « dans ces conditions... on ne saurait s'étonner que... les constituants de 1789-91 ... se soient orientés dans le sens du gouvernement d'autorité, l'autorité étant placée dans l'assemblée ». Certo, in tal modo, negli eventi rivoluzionari, c'è uno scarto, a causa di questa ferma volontà di assicurare « la prépondérance de la bourgeoisie », rispetto a quella che era « d'abord l'intention de ses fondateurs », ma è collegato strettamente con la situazione storica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

utiles, parce qu'elles déplairaient à une fraction plus ou moins nombreuse ou influente du corps électoral »; anche perchè in un tale « régime semi-représentatif » il Parlamento perde « le sentiment bien vif de sa responsabilité quant aux décisions à prendre ». Ora il popolo può essere per Carré de Malberg tenuto per ragioni funzionali in una condizione di sostanziale passività, finchè è « dans l'enfance ». Ma « quand un peuple est parvenu à l'âge de la maturité, il doit être devenu capable de saisir et d'apprécier la portée de ses interêts publics » ([212]). Da queste premesse partono sia le inter-

([212]) Accanto alla valutazione espressa nel testo sulla necessità, superato il periodo iniziale della rivoluzione borghese, di inserire il popolo effettivamente nella dinamica dell'indirizzo politico e contenuta nelle *Considérations théoriques*, cit., p. 232, cfr., anche, il successivo rilievo formulato nel medesimo saggio: « Si précieuse que soit pour les citoyens la faculté de choisir leur représentants et de renouveler périodiquement les pouvoirs de leurs élus, il n'en reste pas moins vrai que — selon la parole de Rousseau — le peuple, en faisant ce choix, se donne pour un temps des maîtres ». Ed, altresì, l'osservazione fatta in proposito nella *Contribution* (II, p. 195, nota 29): « Aujourd'hui, le peuple français ne se contenterait plus, assurément, du contenu simplement négatif et des consèquences simplement égalitaires du principe de souveraineté nationale. Il entend posséder une influence positive sur l'activité de ses élus. Et pourtant, le régime constitutionnel de la France continue, présentement encore, à se ressentir des tendances initiales qui ont présidé à sa fondation lors de la Révolution ».

Una delle accuse che più dispiacque a Carré de Malberg fu quella di essere ritenuto quasi un mero ripetitore della dottrina tedesca, con venature reazionarie, per la sua interpretazione della posizione del *Corps législatif* nel periodo rivoluzionario al di fuori dello schema della rappresentanza politica, utilizzando invece il concetto di organo, secondo il modello elaborato nella letteratura tedesca. Ma ad avviso di Carré de Malberg attribuire un diverso più pieno valore alla posizione delle assemblee rappresentative, di qui la polemica specialmente con Duguit, significava inquinare il linguaggio tecnico, falsare la prospettiva storica, e trarne delle conseguenze troppo ottimistiche, idealizzanti, nella connessa interpretazione delle istituzioni della Terza Repubblica sul filo della tradizione storica.

Ora è palese che un simile atteggiamento di Carré de Malberg non può essere valutato se non nel quadro delle sue prese di posizione in senso democratico, che abbiamo sopra richiamato. Alla stregua della sua impostazione è la realtà giuridica stessa degli ordinamenti dell'epoca a dimostrare che « la caractéristique essentielle du régime faussement denommé répresentatif, c'est qu'il ne comportait aucune représentation »: in verità si tratta di « un régime dans lequel il n'existait, entre le corps des députés et celui des electeurs, d'autres liens que ceux résultant de l'élection; un régime dans lequel ... le corps élu des députés ne représente pas le peuple en un autre sens que le monarque ne le représente lui-même » (*Contribution*, cit.,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pretazioni che Carré de Malberg viene elaborando, in relazione ai vari problemi che si delineano nel quadro della *constitution de 1875*, sia anche i progetti di ingegneria costituzionale che egli, a lato della sua ricerca più tecnica, enuncia per indicare i criteri adatti a risolvere la crisi venutasi a determinare. Anche in tal caso tuttavia, Carré de Malberg resta sempre legato alla sua prospettiva dell'organo « prépondérant ». Alla « puissance souveraine du Parlement » occorre per lui sostituire una diversa « primauté », sovrapporre « une autre volonté plus forte, qui est celle du peuple », che si ponga in modo effettivo, rispetto agli altri organi di rilievo costituzionale nel sistema, quale « leur supérieur commun », capace di « imposer sa propre suprematie » in maniera effettiva, di essere la « volonté plus haute dans l'État », divenendo quindi « le centre unitaire de volonté politique ».

Ci siamo soffermati ampiamente su questi momenti del pensiero di Carré de Malberg per dimostrare la profondità dell'analisi mediante la quale egli affronta il tema dello sviluppo politico e inquadra in termini relazionali la nozione di potere, come fulcro dell'organizzazione costituzionale, anche se manca nella sua opera una vera e propria trattazione organica al riguardo e bisogna quindi ricostruire il suo ragionamento attraverso gli spunti che emergono in tale direzione nel corso delle sue ricerche. Indubbiamente, la concezione di Carré de Malberg dell'organo « prépondérante » quale sbocco ineluttabile del sistema, anche in un regime politico di tipo rappresentativo, nella sua proiezione verso l'integrazione e la stabilizzazione presenta evidenti aspetti di rigidezza e meccanicità. Ma va aggiunto che Carré de Malberg, se indulge a una formulazione assiomatizzante nel prospettare tale schema a livello di teoria

---

II, p. 362, 367). Anche l'affermazione drastica di Carré de Malberg, che può suscitare perplessità da un punto di vista strettamente tecnico, secondo cui « le terme même organe représentatif renferme une *contradictio in adjecto*, car, un organe ne peut être, en même temps, un représentant », va considerata nello sviluppo di tutto il suo ragionamento, teso a marcare polemicamente che non c'è rappresentanza politica, in carenza di una dialettica circolare reale su base popolare dei processi di indirizzo politico: « dans le pur régime représentatif, le corps des députés n'est relié au peuple que par les liens de l'election. Si puissants que soient les effets juridiques qui résultent de ces liens, il n'en decoule pas de rapporte juridique de représentation effective » (*op. cit.*, II, p. 340 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

generale, ne sfuma invece il disegno allorchè passa a esaminarne le modalità di svolgimento nella dinamica effettiva delle istituzioni costituzionali. In tale linea, nella *Contribution*, pur dando atto dell'assolutismo tendenziale di fatto del Parlamento in danno dello stesso popolo, assolutismo che viene concretamente a collocare le Camere come « le seul organe de volonté primordiale de l'Etat », si sforza poi di inquadrare l'organo di vertice come un organo sì « unique » ma « complexe » formato dalle *Chambres* e dal *corps électoral* ([213]), e sostiene l'esistenza di una « sorte de partage ou d'équilibre » tra questi due centri di forza, valorizzando nelle sue interpretazioni specifiche i profili che accentuano il risalto del *corps électoral* e conferiscono una maggiore mobilità ai loro rapporti.

E nei progetti di riforma costituzionale concepiti negli ultimi scritti, anche se parla di volontà del popolo come « maîtresse dominant », di « souveraineté effective » del popolo integralmente

---

([213]) Cfr., *Contribution*, cit., II, p. 427: « la formule exacte à laquelle il convient de s'arrêter est la suivante: le corps électoral et les Chambres forment ensemble un organe unique — et par conséquent complexe — en ce sens que la volonté du Parlement est envisagée par la Constitution comme devant être conforme à celle, supposée ou manifestée (du moins par la voie électorale) du corps des citoyens ». Carré de Malberg, pure rilevando il maggior ruolo assunto dal popolo sotto la Terza Repubblica, in connessione alle « transformations subies », pure sottolineando i vantaggi che ne derivano (« le système de l'organe complexe, en tant qu'il fait dépendre la volonté étatique du consentement de deux autorités distinctes, a pour résultat de modérer la puissance de chacune d'elles », sollecitandole così verso « une certaine concordance nécessaire »; *op. cit.*, II, pp. 417, 420), pure osservando come un simile regime, che egli qualifica, sulla traccia di Esmein, *semi-représentatif*, « cherche à s'approprier cumulativement les avantages respectifs entre les deux formes de gouvernement, entre lesquelles il tient le milieu », non manca di evidenziare le sue perplessità. « Même à l'heure présente, et après que les altérations subies depuis la Révolution par le régime représentatif l'ont fait dévier et évoluer vers le gouvernement direct, il demeure impossible de caractériser le Parlement come un *organe représentatif* du peuple...; on pourrait bien dire aussi que ce régime cumule les inconvénients de la démocratie directe et du gouvernement représentatif, sans posseder suffisamment les avantages de l'une ni de l'autre...; en dépit des altérations qu'a pu subir à l'époque actuelle le régime représentatif, les concepts sur lesquels ce régime a été fondè après 1789, gardent aujourd'hui en France, uno force considèrable » (*op. cit.*, II, p. 341, 385 ss., 410). In proposito va ricordato come anche Esmein concepisse il regime da lui definito *semi-représentatif* quale una forma di governo mirante ambiguamente verso l'equilibrio (ESMEIN, *Deux formes de gouvernement*, in *Rev. dr. pubbl.*, 1894, p. 15 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« prépondérant », quando delinea i poteri attribuiti al « peuple », è portato piuttosto a configurarlo quale uno dei centri di forza, sia pure con un peculiare risalto, di un sistema complesso che contemporaneamente fa leva, oltre che sul popolo, sul Presidente della Repubblica, sul Governo, sull'organo speciale incaricato del controllo di costituzionalità delle leggi, sull'« autorité juridictionnelle » ([214]). Del resto, una simile accentuazione del sistema politico in senso articolato si accorda meglio con l'accesa sensibilità di Carré de Malberg per i diritti di libertà e si adegua al significato con cui egli, non ostante le critiche che solleva rispetto a vari aspetti della *théorie de la souveraineté nationale*, aderisce a quello che definisce l'*esprit* della medesima. E cioè « l'égalité entre les membres de la nation », con la correlativa « exclusion » del « pouvoir personnel » sotto qualsiasi forma, e la conseguente drastica opposizione « à ce que la puissance de la nation se trouve organiquement immobilisée, c'est-à-dire localisée à titre permanent, dans des individus fûssent ils la totalité des citoyens. L'organisation étatique de la nation doit être combinée de telle manière qu'en aucun cas les hommes, qui concourent à former un organe de volonté nationale, ne puissent devenir le souverain » ([215]). E in corrispondenza a questi princìpi trova altresì spiegazione la simpatia manifestata da Carré de Malberg verso il regime parlamentare da lui inteso, al di là della fase di « transition », nel suo svolgimento « normal », come una forma di governo che, quantunque segnata soprattutto dal ruolo determinante del *corps électoral*, risulta pur sempre caratterizzata da un sensibile « mélange d'institutions démocratiques et représentatives ».

Certo una tale dualità di angolazioni nell'analisi dell'organizzazione costituzionale, una con caratterizzazione monista, l'altra con caratterizzazione sostanzialmente pluralista resta non adeguatamente chiarita nelle relazioni intercorrenti tra questi due punti di vista, provocando contraddizioni e ambiguità nell'intelaiatura della trattazione. Può pensarsi a una difficoltà insita negli sviluppi del pensiero di Carré de Malberg e non risolta, legata anche al particolare momento in cui egli opera contraddistinto da tante incisive

([214]) Cfr. *La Loi*, cit., p. 216 ss.; *Considérations théoriques*, cit., p. 236 ss.
([215]) Cfr., *Contribution*, cit., II, p. 194 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trasformazioni delle istituzioni politiche; ma può anche ipotizzarsi un'antinomia che riveli un tormento più profondo nella stessa personalità dello studioso. Da un lato, la sua posizione ideologica garantista e i suoi orientamenti sul piano di quella che egli chiama « la rationalisation technique » indirizzerebbero così Carré de Malberg verso una valorizzazione del pluralismo; ma, d'altro canto, la sua sensibilità storica e la carica realistica che impronta il suo positivismo giuridico lo spingerebbero invece a porre in primo piano la diseguaglianza come contrassegno effettivo del corso dei processi politici e a guardare di conseguenza all'organizzazione costituzionale nella prospettiva di una sua immanente tendenza verso una struttura gerarchicizzata ([216]).

Abbiamo già rilevato come tutte le interpretazioni costituzionali di Carré de Malberg si muovano sotto la volta della concezione che egli ha dell'organizzazione statale e dei rapporti di potere che vi ineriscono. La teoria delle funzioni è da lui elaborata, come tiene espressamente a precisare, secondo « différences... essentiellement d'ordre formel », che anzi sul punto a suo avviso sono « décisives »; in base alle « formes diverses » tipiche di « chaque sorte ». Con riferimento « organique » all'« agent qui l'exerce »; avendo riguardo, secondo « un criterium procédural », alle « formes spéciales » con cui l'« activité » è svolta; ed in relazione agli « effects » degli atti della singola funzione, alla « force inhérente à cette forme », alla « force spéciale attachée à l'acte en raison même de son auteur et

---

([216]) Tenendo presente un simile tormentato svolgimento delle argomentazioni di Carré de Malberg in proposito, sembrano acquistare un ulteriore più pieno significato quei suoi ripetuti ammonimenti, di cui abbiamo già sopra fatto cenno, a tenere presente che « ce n'est pas sur le droit proprement dit, sur les organisations ou institutions juridiques, que l'on peut compter pour obtenir à l'encontre de l'État un système de limitations inspirant une complète sécurité. La sécurité ne peut venir que d'ailleurs ». E cioè dal « valeur morale des gouvernants » e, soprattutto, dal « valeur morale et intellectuelle des populations » (cfr. *Contribution*, cit., I, p. 242, 243; v. altresì, *Réflexions très simples*, cit., p. 203). L'indicata dualità di angolazioni emergente dalla trattazione di Carré de Malberg sembra anche collegarsi alle due fondamentali linee di pensiero che è possibile rintracciare nello sviluppo delle sue argomentazioni. Da un lato, la lezione di Rousseau; dall'altro lato, quella di Montesquieu. Egli muove varie critiche nei loro confronti, ma ne risente sensibilmente l'influsso.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de sa forme » ([217]). Già tali indicazioni suggeriscono l'apertura con cui Carré de Malberg si avvale dei criteri formali rispetto ad altri autori del suo tempo ([218]), ma bisogna aggiungere che, nella sua

([217]) Cfr., *Contribution*, cit., I, p. 276, 329, 694, 814 ss.; II, p. 50 ss., 566; *Confrontation*, cit., p. 18 ss., 30 ss., 35 ss.

([218]) Per un'analisi della teoria delle funzioni nel pensiero di Carré de Malberg, cfr. HALBECQ, *L'État*, cit., p. 420 ss.; ma, soprattutto, EISENMANN, *La théorie des fonctions de l'État chez Carré de Malberg*, in *Journées Carré de Malberg*, cit., p. 49 ss. L'Eisenmann, come abbiamo sopra ricordato, è stato discepolo di Carré de Malberg, al cui insegnamento tende a ricollegarsi. Dopo avere analizzato i vari criteri seguiti al riguardo da Carré de Malberg, egli conclude le sue considerazioni con tre notazioni critiche. Una prima, secondo cui l'impostazione di Carré de Malberg farebbe troppo leva sul « régime des actes », non dando adeguato risalto all'analisi funzionale. In secondo luogo, a suo avviso, Carré de Malberg avrebbe errato puntando l'attenzione solo sull'« appareil étatique », non valutando il ruolo delle funzioni rispetto alla « collectivité étatique ». L'altro rilievo di Eisenmann si lega alla constatazione che la teoria di Carré de Malberg non risulta più applicabile dopo l'avvento in Francia della Quinta Repubblica. Egli osserva che, seguendo il modo di argomentare di Carré de Malberg, bisognerebbe arrivare alla conclusione che nel 1958 non si è trattato di una semplice diversa « distribution des pouvoirs entre les différents organes », bensì addirittura di un « bouleversement », delle stesse funzioni. Al contrario, ad avviso di Eisenmann, bisogna ribadire « encore une fois » che « la théorie des fonctions de l'État ne peut être construite qu'en pensant l'État, les États, comme des appareils uns, ou indivis, c'est-à-dire en faisant abstraction de toute division résultant de l'organisation de l'exercise ou réalisation de ces fonctions ».

La teoria delle funzioni elaborate da Carré de Malberg presenta delle ambiguità derivanti specialmente dal fatto che egli adotta sovente, nell'intelaiatura generale, le nozioni tradizionali, sviluppando le sue osservazioni innovatrici nel corso della trattazione; dal che consegue che certi aspetti del suo ragionamento risultano sfumati. Detto questo, ci sembra di dovere però aggiungere che le critiche dell'Eisenmann nel complesso non ci convincono. Così riteniamo che il merito di Carré de Malberg sia proprio quello di avere relativizzato la teoria delle funzioni, considerando la struttura della stessa intimamente condizionata dal singolo diritto positivo. D'altronde, pur poggiando l'analisi sulle norme vigenti nell'ordinamento considerato, Carré de Malberg, non manca di inquadrare la sua dimostrazione con osservazioni anche a carattere generale. Una simile relativizzazione storica spiega anche perchè Carré de Malberg punti la sua attenzione sullo Stato-apparato; egli parte dalla premessa che lo Stato-apparato sotto la Terza Repubblica operi comprimendo il popolo e non può quindi utilizzare certo il popolo quale base per valutare i modi di espansione della « puissance » statale; il popolo c'è nella sua classificazione delle funzioni ma, data la situazione istituzionale, solo sullo sfondo. In quanto al fatto che Carré de Malberg delinei le sue interpretazioni, specialmente tenendo conto del regime degli atti piuttosto che muovere da una valutazione globale del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

impostazione d'indagine, anche simili elementi formali vanno poi inquadrati nel contesto sopra indicato. È noto il favore che ha incontrato fra gli studiosi di diritto pubblico l'analisi della legge compiuta da Carré de Malberg come « un concept de nature purement formelle », ma sovente sono derivate ambiguità di lettura proprio perchè non si è tenuta nel dovuto conto la intelaiatura di fondo che sorregge e anima tutte le costruzioni concettuali di Carré de Malberg, assegnando a tale concetto un carattere tecnico

---

ruolo della funzione, è a dire che questa angolazione dipende innanzitutto strettamente dal metodo di Carré de Malberg, teso a scendere nella concretezza dell'ordinamento non in forza di « considérations de pure logique », ma, come egli scrive proprio in tema di funzioni, facendo leva sui « matériaux » forniti dalle « lois ». Ma, al riguardo, incide pure il fatto che egli avverte la fragilità delle differenze di ruolo tra *fonction législative, fonction administrative, fonction gouvernementale* nella costituzione del 1875, per cui, ai fini del rigore, volendo diversificare le stesse, occorre avvalersi di « un criterium simplement organique et procédural ». Appare sintomatico che rispetto alla *fonction juridictionnelle*, di cui la maggior parte della dottrina francese del tempo negava sostanzialmente l'autonomia, Carré de Malberg, nel prendere un orientamento positivo, ricorre maggiormente a valutazioni concernenti il ruolo della stessa, sottolineando contestualmente la peculiare posizione di rilievo conquistata dai giudici attraverso l'espletamento della loro attività. Considerando poi gli sviluppi del pensiero di Carré de Malberg negli ultimi scritti, pare delinearsi in essi, attraverso la tesi affermata della « superposition » della « gradation des organes » a quella della « gradation des fonctions », una tendenza ad abbandonare la stessa tradizionale classificazione rigida delle funzioni e ad orientarsi verso un inquadramento delle funzioni più articolato, in modo da coglier meglio il dispiegarsi dei poteri che ineriscono alle stesse. In proposito c'è già nella *Contribution* un'interessante osservazione: « Dans la sphère des choses juridiques, il est permis de dire que l'organe crée la fonction: l'existence d'un organ distinct, doué d'une puissance spéciale, implique que la compétence propre à cet organe constitue elle-même una fonction distincte ».

Recentemente l'Eisenmann si è riallacciato alla *théorie juridiques des fonctions de l'État* come disegnata da Carré de Malberg, e in particolare alla sua caratterizzazione dell'*administration*, che egli definisce anche con riferimento alle idee di Hauriou e di Jèze, la « seule juste », per contrastare il « système vedélien sur les problèmes premiers de la discipline Droit administratif » e la premessa su cui il sistema stesso si articola, secondo cui « l'administration et le droit administratif ne peuvent être définis qu'en partant de la Constitution ». Ci limitiamo ad osservare come, a nostro giudizio, l'Eisenmann, in detto saggio (*La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif*, in *Rev. dr. pubbl.*, 1972, p. 1345 ss.), parta da una prospettiva troppo angusta e statica delle idee di Carré de Malberg sul tema, trascurando, tra l'altro, anche di tenere adeguatamente presente il valore da lui assegnato alla costituzione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sostanzialmente neutro, traendone illazioni che divergono con la *ratio* che sorregge la sistemazione di Carré de Malberg. La teoria delle fonti per lui è un momento centrale della forma di governo, nel quadro dei concreti assetti di potere e dei concreti processi politici che la animano. Lo stesso Carré de Malberg d'altronde, proprio in riferimento al « concept de la loi », sottolinea il rischio di ricorrere a assurde inesistenti « catégories perpétuelles et absolues », mentre ci si deve rifare a suo giudizio alla situazione storica dell'« époque présente » e, correlativamente, a quell'« ordre des réalités pratiques », indispensabile per « comprendre pleinement » simile concetto e « la différence de puissance » fra la legge e la fonte regolamentare. Acquista pertanto valore essenziale la considerazione del « système de droit public établi » dalla singola « constitution en vigueur », valutata complessivamente nelle sue ragioni di fondo: « ce n'est point dans des textes particuliers, ... mais c'est dans la constitution elle-même qu'il faut... chercher les bases actuelles de la notion de loi ». Costituzione, la cui struttura viene a concretarsi altresì « naturellement du jeu des institutions consacrées par la constitution » ([219]).

([219]) Cfr., in ispecie, *Contribution*, cit., I, p. 283, 345, 350; II, p. 103; *La distinction des lois matérielles et formelles*, cit., p. 618, in cui insiste sulla « détermination constitutionnelle » della « notion de loi ». V., anche, sotto questo ultimo profilo, il rilievo svolto da Carré de Malberg nella *Contribution*, cit., I, p. 285: « les textes constitutionnels mettent surtout en relief la notion formelle de loi. Cela tient à ce que la constitution, se plaçant immediatement au point de vue des réalités pratiques, ne se préoccupe guère de dégager la définition abstraite des fonctions, mais elle prend surtout en consideration l'activité des organes ...; En d'autres termes, la constitution definit les fonctions étatiques par la puissance des organes ». Ed altresì le notazioni fatte (in polemica con gli altri costituzionalisti del tempo, che ritenevano poco utilizzabili le *lois constitutionnelles de 1875* per definire la teoria delle funzioni statali e la nozione di legge) nella *Loi*, p. 26 ss.: « c'est aux textes constitutionnels eux-mêmes qu'il faut demander le sens dans lequel a été entendu et employé, en 1875, le mot loi ». Naturalmente, un tale rilievo accordato da Carré de Malberg alla costituzione va inquadrato nella visione che egli ha della « notion juridique de constitution ». Occorre aggiungere che, anche di fronte a questo problema, Carré de Malberg dà un essenziale risalto al « point de vue formel »; secondo la peculiare angolazione tuttavia con cui egli assume la nozione di « formel ». Cosicchè, nella sua concezione, « le statut fondamental se caractérise non point, a vrai dir par son contenu ou sa matière propre, mais bien par cette circonstance qu'il est edicté en forme constituante, qu'il dépend d'une autorité spéciale supé-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In questo modo emerge, rispetto all'ordinamento positivo francese, che le « diverses formes d'activité étatique » sono interdipendenti non solo con la « hiérarchie des organes » ma con la « qualité » e l'« essence » dei corrispettivi « pouvoirs » e dei connessi « degrés »; la « force » delle « respectives espèces d'actes » è la traduzione della loro « différente puissance ». In particolare, il « valeur supériéure » della legge deriva « de l'origine même de la loi; résulte de la supériorité de l'organe par qui la loi est faite » e dalla conseguente « supériorité propre à la volonté » dell'« organe législatif », dalla sua « autorité spécialement haute »; e in tal senso si spiega altresì « la puissance spéciale de décision initial » della legge. Superiorità legata alla presunzione che il Parlamento sia « l'organe d'expression de la volonté générale », integrante in sé il « consentement » del « corps des citoyens » e perciò « appelé à dominer les autres organes d'État ».

E, « conçu comme le représentant de la nation, devient effectivement le souverain; en lui se concentre la souveraineté nationale, avec toutes les superiorités qui en découlent »; è « indéfiniment libre d'exercer sa primauté », per « appliquer ses decisions maîtresses sur tous les objets » ([220]). Entro simile angolazione Carré de Malberg, se critica in maniera decisa la « distinction des lois matérielles et formelles » secondo il modello elaborato dalla dottrina « traditionnelle », sia dal « point de vue doctrinal », sia « surtout comme inconciliable avec le système positive de la Constitution en vigueur » ([221]), afferma che tuttavia la nozione « formelle », come da

---

rieure ... et qu'il possède ainsi une puissance renforcée. Pour le surplus » la costituzione non ha un contenuto « nécessairement » prefissato, ma « peut avoir pour objet, non seulement l'organisation des pouvoirs, mais encore la réglementation des citoyens ou de toute autre question quelconque » (*op. ult. cit.*, II, p. 573 ss.).

([220]) Cfr., *Contribution*, cit., I, p. 328, 329, 331, 334, 351, 371, 815, 816; *La distinction des lois matérielles et formelles*, cit., p. 158 ss.; *La Loi*, cit., p. 20, 39, 86; *Confrontation*, cit., p. 165.

([221]) Cfr., sul tema, BURDEAU, *Raymond Carré de Malberg*, cit., p. 372 ss.; ID., *L'apport de Carré de Malberg à la théorie de la loi*, in *Journées Carré de Malberg*, cit., p. 98 ss. In questo secondo saggio particolarmente interessante appare l'osservazione, che ha un valore anche di testimonianza nel ricordo degli anni universitari trascorsi nella Facoltà giuridica di Strasbourg: « songez à la réaction d'un jeune auditoire lorsqu'on vient lui dire, dans une faculté de Droit, ou l'on enseigne les lois; eh bien, vous savez, la loi c'est tout simplement la volonté de la majorité

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lui assunta, contiene anch'essa aspetti materiali, perchè « il n'est pas de loi qu'on puisse traiter comme simplement formelle..., le concept de loi simplement formelle doit être répudié ». Aspetti materiali che sono però condizionati dagli aspetti formali e che si sostanziano nella « destination et function de la loi, de créer des règles d'une essence supérieure » derivanti dalla « volonté exclusive du Corps législatif » e si risolvono così nei « caractères distinctifs de la qualité spéciale de son auteur », nella « prééminence des Chambres » ([222]). Cosicché, la costituzione francese della Terza Repubblica, e quelle che si orientano nella medesima linea, respingono, a suo giudizio, quell'« erreur certaine » di confondere « les notions de loi et de droit ». Avvertono la natura politica della legge e pertanto « ne partent pas plus de l'idée qu'il ait une matière spéciale de la loi, qui soit susceptible d'être définie au moyen d'une formule a priori », e fanno leva, in quanto al contenuto della legge, sulla effettiva capacità di espansione del « domaine » del Parlamento; in connessione alla struttura organizzatoria stabilita dalla costitu-

---

parlementaire; et de citer des exemples de lois s'occupant de sujets tout à fait secondaires: lois relatives à la déclaration d'utilité publique, octroi d'une pension à la veuve d'un homme illustre, etc...; il suit que le premier mérite de cette thèse, c'est d'abord son réalisme. Au lieu d'isoler l'acte législatif de son contexte politique pour le soumettre à l'exégese du juriste, il l'envisage, cet acte législatif, comme le point d'aboutissement d'un processus qui explique la puissance qui le caractérise ». Al riguardo cfr., altresì, CAPITANT, *Principes de droit public*, Cours D.E.S., droit public, Paris, 1953-1954, p. 32 ss.; il quale osserva come Carré de Malberg dia « du pouvoir législatif une définition potentielle. En ce sens que le pouvoir législatif se caractérise, à ses yeux, essentiellement par le degré de puissance ».

Per un quadro d'insieme relativamente alla *attitude des juristes* in Francia in ordine al concetto di legge v., BURDEAU, *Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français*, in *Archives de philosophie du droit*, 1939, p. 7 ss., in cui conclude, nel senso che « les lois modernes ne sont plus des principes, mais des solutions...; dans la loi il n'y a pas autre chose que la volonté du Parlement...; a ce titre, le législateur est un maître, ce n'est pas un représentant ».

([222]) Cfr., *Contribution*, cit., I, p. 328, 329 e, specialmente, 334, 349, 351 ss.; *La Loi*, cit., p. 66, 86; *La distinction des lois matérielles et formelles*, cit., p. 157, 170, 173, 604, 617, 619 (relativamente a quest'ultimo saggio, rivolto a esporre alcuni aspetti della dottrina tedesca nel quadro della costituzione di Weimar, abbiamo puntualizzato quelle frasi che sembrano chiaramente esprimere le idee personali di Carré de Malberg). V., altresì, *Considérations théoriques*, cit., p. 237, 238 ss.; *La constitutionnalité de lois*, cit., p. 346; nonché *Observations sur le fondement juridique de la force obligatoire de la loi*, cit.; *Les modes d'action de l'État*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione stessa e alle reali relazioni fra i vari poteri. È perciò che in Francia, sotto la *constitution de 1875*, la « force formelle » della legge è stata la rifrazione dell'« énormité de la puissance parlementaire », diventata dominante « sur toute la ligne » e concretantesi nell'« absolutisme parlementaire »; di quel « régime de domination législative absolue du Parlement singulièrement choquant » e che per Carré de Malberg è il prodotto dell'egemonia dei gruppi borghesi, che per proteggere la loro azione hanno mirato a bloccare ogni effettiva circolazione del potere.

Nel quadro di una tale « suprématie poussée jusqu'à l'absolu » del Parlamento, che, « comme une oligarchie », mira a assicurarsi una « puissance illimitée ou, en tout cas, prépondérante... non seulement sur la legislation, mais encore sur l'action gouvernementale et sur les organes de l'Exécutif, bien plus sur la constitution elle-même et sur sa revision éventuelle », si imposta per Carré de Malberg pure il rapporto fra legge e regolamento ([223]).

Una «indépendance» dell'Esecutivo nel settore normativo, creando un frazionamento paritario del potere, avrebbe messo in moto un giuoco di freni e contrappesi, di variabili « points d'appui », che avrebbe potuto stimolare, come ad avviso di Carré de Malberg dimostra l'esperienza politica inglese, un maggiore dinamismo nell'opinione pubblica e quindi nella medesima rappresentanza politica, attivizzando le forze popolari; con pericolo per il « monopole de souveraineté » detenuto dal Parlamento e della sua finalità prevalente di « reléguer le peuple » su posizioni di sostanziale inerzia politica. Così la competenza normativa che si estrinseca tramite il regolamento dà luogo ad « effets » diversi, di ridotta intensità, perchè « présuppose l'existence de deux autorités hiérarchiquement inégales », che perciò sviluppano la loro attività « à de degrés inégaux », dando luogo a una « différence de puissance des volontés créatrices »: alle « formes différentes » corrispondono « puissances d'essence différente » ([224]). Pure al riguardo, il « système politique

([223]) Per una ricostruzione delle tendenze dottrinali riguardo ai rapporti fra legge e regolamento nel quadro delle forme di governo ispirate all'ideologia dello « stato di diritto », cfr., con riferimenti anche al pensiero di Carré de Malberg, l'ampia analisi del CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, p. 46 ss.

([224]) Cfr., *Contribution*, cit., I, p. 338, 350, 479, 580 ss., 637 ss.; II, p. 363 ss.;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

général vise à assurer, en toutes choses, la prépondérance hiérarchique du Parlement », alla stregua di quello schema di « maîtrise prépondérante de la classe bourgeoise » voluta dai « fondateurs du régime ».

La Loi, cit., 41, 70, 81, 100, 188, 189, 190, 218; *Considérations théoriques*, cit., p. 227 ss.; *Confrontation*, cit., p. 94 ss. V., altresì, *La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance*, cit., p. 321 ss., in cui, tra l'altro, Carré de Malberg, osserva: « la Constitution de 1875 a laissé au Parlement la faculté de déterminer librement, par ses propres lois, soit le champ d'intervention et la matière éventuelle du pouvoir réglementaire, soit l'étendue et la gravité des mesures qui pourront être prises par voie des règlements... Du moment qu'il intervient en vertu d'une habilitation législative, le règlement, quel que soit l'objet qu'il trait ou le genre de mesures qu'il édicte, n'est ni une loi, ni davantage un décret loi, et cela par la raison qu'il ne constitue qu'un acte de puissance secondaire et subalterne...; la Constitution français actuelle laisse carte blanche au Parlement pour apprécier par lui-même le degré jusqu'où il lui paraît opportun de pousser ses habilitations ». L'unico limite che al riguardo individua Carré de Malberg è la necessità della « spécialité de l'habilitation ». Se c'è una tale *habilitation*, l'Esecutivo può, come Carré de Malberg aveva riconosciuto fino dalla *Contribution*, « statuer d'une façon qui, en certain sens, est initiale ». Elemento su cui egli insiste anche nell'ultimo suo scritto, *Les modes d'action de l'État* (cit., p. 10.30-7), nel quale polemizza contro le accuse elevate per la « vaste extension », progressivamente assunta dalla fonte regolamentare, affermando che « ces attaques ne semblent pas pouvoir être considérées comme fondées » dato che, « si larges que soient les habilitations conférées par une loi à l'exécutif, et alors même qu'elles ouvriraient temporairement à celui-ci un champ de réglementation illimitée, elles ne sauraient passer pour inconstitutionnelles, puisque la Constitution a elle-même, et sans distinction de matières, laissé aux chambres la liberté de déterminer, par leurs lois, ce qui peut devenir réglementaire par opposition à ce qui doit demereur législatif ». È da tenere presente anche la puntualizzazione fatta nella *Confrontation*, cit., p. 95 ss., sul fatto che, nel caso dei regolamenti, il Parlamento facendo leva sulla competenza delle « autorités qu'elle habilite ... se sert de leur puissance », ed è, in questa prospettiva integralmente strumentale, che « rien ne s'oppose à ce qu'on voie en elles des règles créatrices de droit ». Perciò Carré de Malberg contestualmente nega la possibilità di una « délégation de puissance législative » nell'ambito dell'ordinamento della Terza Repubblica, in quanto la delegazione anche per la variazione che ne conseguirebbe sul regime degli atti, verrebbe, in un certo senso, a « transmettre... la qualité souveraine », inciderebbe sul ruolo di potenza sovrana espletato dal Parlamento, darebbe una maggiore sfera di « indépendance » all'esecutivo, alterando le linee del « nôtre système parlementaire », in cui tutto, le stesse « lois constitutionnelles dépendent, en somme, de la maîtrise d'une seule et même volonté, la volonté parlementaire ». Di fronte a tali testi e agli altri da noi messi in risalto, appare palese che gli appunti critici svolti dalla CARLASSARE in proposito (*Rego-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In quanto alla riserva di legge ([225]), Carré de Malberg ne individua storicamente le ragioni da un lato nel « favoriser les prérogatives du monarque », dinanzi all'insorgere del potere delle *Chambres*, conservando allo stesso una sfera di « réglementation autonome » e, dall'altro, nell'« idée de liberté, qui veut que le corps des citoyens ne soit régi que par les règles auxquelles il a donné son consentement » e quindi in uno scopo di tutela della « sûreté » dei « citoyens », sul filo dell'insegnamento di Montesquieu. Ma egli avverte che, di fronte all'onnipotenza del Parlamento, come si

---

lamenti dell'esecutivo e principio di legalità, Padova, 1966, p. 103 ss.), che denunciano un presunto contrasto della teoria elaborata da Carré de Malberg con il diritto positivo francese del tempo, in cui spesso il Parlamento veniva a trasferire all'esecutivo poteri normativi di massima intensità e che rilevano, quindi, una certa contraddizione nel pensiero di Carré de Malberg, derivano solo dal non avere considerato nella loro interezza le argomentazioni di Carré de Malberg; che non disconosce affatto tale intensità e, allorchè sviluppa le sue osservazioni in ordine alla *puissance subalterne* del potere regolamentare, basa il suo ragionamento sul fatto che è nel Parlamento, nell'« énormité de la puissance parlementaire », che « la classe bourgeoise », concreta, anche in connessione alle leggi elettorali e al sistema partitico, il suo potere « de domination absolue ». E da ciò la contestazione che Carré de Marberg esplica in ordine a un simile sistema, che lui definisce offensivo « pour tous ceux qui ont le sentiment de l'État de droit ».

([225]) Sul problema della riserva di legge « nel periodo delle c.d. democrazie parlamentari », v. la fine ricostruzione storica del Fois, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, p. 87 ss., che dà notevole risalto alla posizione dottrinale di Carré de Malberg. V. anche l'accurata analisi che del pensiero di Carré de Malberg sul tema fa la Carlassare, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, cit., p. 72 ss., 124 ss. Non si comprendono invece bene le ragioni per cui il Di Giovine, in un'opera dedicata specificamente alla riserva di legge e fondata su un'apparato di ampie note, si limiti solo a due citazioni generiche di Carré de Malberg, tanto più tenendo presenti le conclusioni cui perviene, secondo cui sostanzialmente « il senso ultimo della riserva di legge » andrebbe riscontrato soltanto « nell'opportunità di affidare al parlamento l'indirizzo politico in determinate materie », affidamento con carattere integrale, salva la possibilità per il Parlamento di « demandare all'attività regolamentare la normativa più minuta e di minor importanza » (*Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969). Una valutazione che avrebbe tratto giovamento, probabilmente sollecitando l'autore ad una maggiore articolazione delle sue conclusioni, da una verifica dell'impostazione assunta a raffronto con le idee di Carré de Malberg, che sul punto, come esattamente hanno messo in risalto nella recente dottrina italiana gli studi della Carlassare, di Cheli e di Fois, rappresentano un passaggio obbligato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è realizzata in Francia sotto la Terza Repubblica e nelle forme di governo analogamente strutturate, « la question de la réserve de la loi » è divenuta « banal », ha perduto « sa maison d'être », rivelandosi « superflue en présence de la régle générale qui fait dépendre les actes administratifs de la permission de la loi ». Il presupposo di un simile assorbimento della riserva nel principio di legalità è anche in tal caso la struttura del potere politico. L'istituto della riserva ([226]) « bien loin de fortifier la position du législateur par les réserves matérielles ainsi assurées à la loi, il aurait restreint les droits du Parlement », avrebbe creato « obstacles » alla sua « puissance de nature souveraine ». « Puissance » che vuole « régler à son gré la distribution des compétences », stabilire « à son choix et en toute matière, ou bien légiferer intégralement par lui même, ou bien charger l'Éxécutif de statuer par décret », e pretende quindi « plénitude de pouvoirs ... carte blanche » ([227]).

([226]) Rispetto al pensiero di Carré de Malberg in tema di riserva di legge, cfr., particolarmente, *Contribution*, cit., I, p. 351 ss., 360, 370 ss., 471, 482, 585 ss., *La distinction des lois matérielles et formelles*, cit., p. 603 ss.; *La Loi*, cit., p. 72 ss.; 85 ss., 95 ss.; *Confrontation*, cit., p. 141 ss. Ai brani indicati nel testo sembra utile aggiungere quest'altra citazione: « la matière de loi est indéfinie, en ce sens qu'une loi est nécessaire toutes les fois qu'il s'agit de statuer sur un objet quelconque, touchant lequel il n'existe dans la législation en vigueur aucun texte ouvrant à l'autorité administrative la possibilité de décider par elle-même. Par conséquent, la compétence réservée au législateur ne se restreint pas seulement aux règles générales, ou aux règles de droit individuel, ou à un ordre de matières déterminé: elle embrasse indéfiniment tous les cas dans lesquels il y a lieu de prendre une décision ou mesure — générale ou particulière, atteignant les citoyens ou ne concernant que les fonctionnaires — pour laquelle l'autorité administrative se trouve sans pouvoir légal...; la matière de loi coincide avec la puissance formelle de l'organe législatif » (*Contribution*, cit., I, p. 361; il brano, tra l'altro evidenzia che, diversamente da come si è sostenuto, Carré de Malberg — e un tale orientamento è confermato anche da altri punti della sua trattazione — non viene a far dipendere la « notion matérielle de loi » dalla presenza nell'ordinamento di una riserva di amministrazione).

([227]) In quanto alla connessione fra la sussistenza della riserva di legge e la previsione costituzionale della stessa, cfr. *Contribution*, cit., I, p. 360, con riferimenti di diritto costituzionale comparato e la connessa rilevazione che « dans la constitution française au contraire, ce genre de textes fait à peu près complètement défaut ». V. altresì, *op. ult. cit.*, I, p. 627: « dans l'État actuel des textes constitutionnels, ces matières ne se trouvent point réservées par la constitution au pouvoir législatif »; *La Loi*, cit., p. 88, in cui il ragionamento parte

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Carré de Malberg ha presente anche l'altro ruolo della riserva di legge ipotizzato dalla dottrina del tempo e cioè « la considéra-

---

dal presupposto « du silence gardé par la Constitution de 1875 sur la matière respective de la loi et du règlement » e, altresì, p. 89, 91, 92, con l'ulteriore argomentazione (che sviluppa un profilo già segnalato nella *Contribution*, I, p. 608 ss.), basata sul fatto che, nella Francia della Terza Repubblica, « aucune autorité juridictionnelle ne peut s'immiscer dans l'examen et l'appréciation de la validité des lois ». Sempre in tal senso, v., altresì, spunti pure nelle altre opere di Carré de Malberg. Il Fois, *La riserva di legge*, cit., p. 171 ss., sembra interpretare un simile orientamento come ingenuo sul piano pratico e sostanzialmente poco logico, in corrispondenza alle premesse da cui muove Carré de Malberg, secondo le quali la carenza di riserve è « la suite logique, et même forcée, du concept qui fonde la notion de la loi sur le pouvoir qu'a le Parlement de représenter la volonté générale de la nation ». Interpretazione che il Fois accenna in linea con la conclusione cui perviene che, « nel periodo delle democrazie parlamentari, la riserva non rappresenta un limite per il legislatore, nè in ordinamenti costituzionali sicuramente *rigidi*, nè in quelli dove parte della dottrina ritiene possibile, o addirittura doveroso, il sindacato sulla legittimità costituzionale delle leggi », come la Francia sotto la costituzione del 1875. Conclusione che è la premessa di quello che è il punto chiave del suo discorso, in ordine al vigente ordinamento italiano, e cioè che « il valore e il significato delle riserve vanno ricercati sul piano delle limitazioni intrinseche al potere del legislatore, e più specificamente vanno ricercati nel quadro dei rapporti tra potestà legislativa e discrezionalità amministrativa » (*op. cit.*, p. 181, 286).

Carré de Malberg effettivamente è portato a riconoscere che già la rigidezza della costituzione e la sussistenza di un sindacato giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi incidano sulla esistenza di una riserva di legge come limite per il legislatore in senso garantista. Ma richiede che la rigidezza e il sindacato siano reali, e perciò, rispetto alla Francia dell'epoca, egli prende posizione negativa. Reputa invero la rigidezza apparente, dato che « le Parlement est, en réalité, maître des lois constitutionnelles aussi bien que des lois ordinaires », e non considera i giudici competenti per un « contrôle de constitutionnalité sur les lois » e, comunque, concretamente in grado di « entrer en discussion » con il Parlamento « souverain » (*La constitutionnalité des lois*, cit., p. 347 ss.; *La Loi*, cit., p. 92). In quanto al modo della riserva, Carré de Malberg non sembra indirizzato a ritenere sufficiente un qualsiasi generico riferimento. Nella *Contribution* (cit., I, p. 359 ss.) polemizza con la « répandue doctrine » del tempo che dava, nei « traités de droit public français », una « énumération d'objets qu'ils présentent comme réservés à la loi », osservando in contrario come mancasse nella costituzione una « énumeration détaillée, ni davantage aucune définition de principe »; una vera « liste des matières législatives ». In *La question de la délégation de puissance législative* (cit., p. 347) parla della necessità al riguardo di una « répartition faite par la constitution entre les matières accessibles au pouvoir réglementère et celles réservées à la compétence spéciale de l'organe législatif ». In *La Loi* (cit., p. 119, 218) si richiama a « dispo-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tion tirée de ce que les décrets législatifs, à la différence de ceux émanant de l'Exécutif, sont l'oeuvre ... d'une assemblée parlementaire au sein de laquelle la décision ne sera prise qu'après discus-

---

sitions constitutionnelles contre la toute puissance législative », a « textes précis », che determinino « les droits réservés aux citoyens ». In *Les modes d'action de* l'Ètat (cit., p. 10.30-7) l'indicazione in proposito prevede una « liste constitutionnelle de matières formant la réserve de la loi ». Analizzando poi l'esperienza delle costituzioni del primo dopoguerra, Carré de Malberg non si lascia, d'altronde, andare a giudizi sommari, ma compie valutazioni puntuali. Guarda con interesse all'esperienza delle costituzioni austriaca e cecoslovacca del 1920, in relazione alla rigidità della costituzione che « dans ces États a efficacement limité la puissance législative du Parlement, en ce qu'elle n'à pas laissé à celui-ci la liberté absolue de déterminer par lui seul jusqu'où vont ses pouvoirs constitutionnels de législation », e, con specifico riferimento all'esistenza di una « haute cour » per « les questions contentieuses de constitutionnalité du contenu des lois »; elementi che hanno consentito realmente, a suo avviso, di « enfermer les habilitations données à l'ordonnance dans un cercle matériel rigide » (*La Loi*, cit., p. 92, 93, 94). Nell'esaminare l'esperienza dei primi anni della repubblica di Weimar, Carré de Malberg, dopo avere osservato che « ceux des textes weimariens qui énoncent sur un point determiné une réserve à la loi, ne sauraient s'interpréter dans un sens restrictif, impliquant que ce qui n'a pas été mentionné dans cette réserve, est mis en dehors de la sphère législative », rileva come, di fronte a « divers articles, qui se préoccupant des restrictions susceptibles d'être éventuellement apportées à une liberté érigée en Grundrecht, spécifient que ces restrictions ne pourront être établies que par les lois », vi siano orientamenti nella medesima dottrina tedesca, secondo i quali detti articoli, « sous ce nom de loi, entendent désigner aussi des règles ayant leur siège et leur source soit dans des ordonnances, soit dans la coutume, soit dans les traités, c'est-à-dire ailleurs que dans un acte en forme législative ». Dopo aver notato, correlativamente, che « la constitution de Weimar ne fise pas le domaine de la législation par voie de réserve à la loi », aggiunge che, però, « du moins, si l'on admet que le principe posé par ce texte lie le legislateur lui-même », l'articolo 109 importa, nell'« alinéa 1er, cette conséquence qu'une loi ne peut pas déroger, par voie de mesure individuelle, à la législation en vigueur » (*La distinction des lois matérielles et formelles*, cit., p. 167, 168, 169). Passando da queste analisi di diritto costituzionale comparato alla considerazione degli eventuali sviluppi futuri dell'esperienza giuridica francese, Carré de Malberg non si limita quindi a ricalcare simili modelli, bensì assume una prospettiva più ampia, sostenendo sostanzialmente, come mettiamo in risalto nel testo, il collegamento dell'istituto della riserva di legge con la dimensione effettiva dell'intero sistema costituzionale, nel quadro dei processi politici che ne sostanziano lo sviluppo. È quindi palese che nel pensiero di Carré de Malberg valutato compiutamente non sussistono affatto le ingenuità e le ambiguità, che farebbe presumere l'interpretazione che, sul punto, dà il Fois.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sions du pour e du contre » ([228]). Egli non sembra ritenerlo concettualmente autonomo rispetto alla *ratio* generale d'ispirazione garantista in direzione democratica, connessa con il principio della rappresentanza politica. Non manca però su un piano generale di porre in risalto l'importanza di una reale dialettica nelle deliberazioni parlamentari, risalendo sino alle basi elettorali, su cui queste vengono ad articolarsi.

Con notevole lucidità polemizza con chi non conferisce sufficiente attenzione all'incidenza dei sistemi elettorali nello sviluppo della forma di governo. « A l'époque révolutionnaire, le régime électoral » fu « organisé de façon à ce que la Législature fût composée

---

([228]) V. il rilievo che Carré de Malberg fa in proposito, in *La distinction des lois matérielles et formelles*, cit., p. 604 (analizzando le tesi di Heller e di Wenzel sul tema « Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung »). Egli osserva che la « primauté qui est propre à la loi » sembra derivare « surtout... du fait » della sua « origine, comme l'expression de la volonté générale ». Il momento della dialettica articolata attraverso cui si svolgono le deliberazioni parlamentari viene invece valorizzato, anche in riferimento alla riserva di legge, dal Jèze, nella sua relazione su *Les libertés individuelles* all'Institut International de Droit Public (cfr. *Annuaire de l'Institut*, Paris, 1929, p. 162 ss.), di cui era socio anche Carré de Malberg. Per Jèze « l'intervention du Pouvoir législatif » è la « garantie essentielle des libertés individuelles », in quanto « la confection d'une loi ... se fait nécessairement d'après un certaine procédure », e « cette procédure entraîne automatiquement une grand protection des libertés »; consistendo « dans des débats pleinement contradictoires et une large pubblicité ». Considerando anche l'esistenza della « liberté de la presse », nella delibera parlamentare, vi sono pertanto a suo avviso « de grandes chances, en tout cas plus de chance, que les limitations apportées discrétionnairement aux libertés individuelles dans l'intérêt de l'ordre public seront bien justifiées par les exigences de la collectivité ». Nel porre a confronto la caratterizzazione del *Législatif* e dell'È*xecutif*, Jèze aggiunge che « les atteintes émanant des législatures sont beaucoup plus rares, justement parce que les législatures doivent suivre une procédure de débat contradictoire et de publicité et qu'elles doivent disposer par voie générale et impersonnelle ». Nel corso della discussione, che segue la sua relazione, Jèze insiste sul rilievo della procedura parlamentare, e sul fatto che nel Parlamento « tous les interêts sont représentés » e che così « la règle de droit est cette moins mauvaise conciliation, qui doit l'emporter provisoirement ». Una simile angolazione pone in luce un aspetto effettivamente di rilievo nella problematica della riserva di legge, ma i rischi connessi al fissare l'attenzione solo entro tale prospettiva appare dalla stessa conseguenziale definizione della « liberté individuelle » che dà Jèze: « la liberté de l'individu d'exercer son activité comme il lui plaît, dans toutes les directions qu'il plaît, avec les restrictions et limitations formulées discrétionnairement par le Parlement, par la loi ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d'élus appartenant » alla « classe bourgeoise » e, successivamente, i *bourgeois conquérants* della Terza Repubblica hanno perseverato in una direzione simile, in modo che il popolo non avesse una « volonté propre ». Quindi i congegni elettorali mirano a falsare « les résultats de la consultation », ad assicurare « par avance » ai gruppi più forti il « monopole » del potere; non si produce un effettivo dialogo tra la « majorité » e la « minorité »; difetta la possibilità che « les décisions législatives ou autres » del Parlamento siano « le produit d'arrangements auxquels tous les députés et, par eux, tous les électeurs auront plus ou moins effectivement et largement partecipé » (229).

C'è un altro aspetto del pensiero di Carré de Malberg in tema di riserva di legge, che correntemente viene trascurato. Carré de Malberg se formula tali interpretazioni alla stregua della conformazione effettiva dell'ordinamento positivo della Terza Repubblica, non condivide un simile orientarsi del sistema politico.

Il fatto che le sue interpretazioni siano divenute paradigmatiche nella dottrina, prevalendo su quelle contrarie, e condizionando altresì il reale svolgersi della prassi e della giurisprudenza francese dell'epoca (230), non sta ad indicare, come è stato detto, « le triomphe des idées énoncées par Carré de Malberg », bensì solo della sua puntuale diagnosi storico-giuridica. Nelle argomentazioni di politica costituzionale, che Carré de Malberg affianca alle sue interpretazioni giuridiche, senza tuttavia subordinare queste a quelle, pur nello svolgimento articolato del ragionamento, egli ritiene opportuna la differenziazione della riserva di legge dal principio di legalità.

Carré de Malberg valuta positivamente l'istituto della riserva di legge sia sotto il profilo garantistico per « protéger la liberté individuelle », data la particolare caratterizzazione della rappresentanza politica che dovrebbe essere tipica del Parlamento, anche con riferimento alla sua struttura assembleare; sia sotto un

---

(229) Cfr., particolarmente, *Contribution*, cit., II. p. 357 ss., 466 ss.; 619, 610.

(230) Cfr., DE SOTO, *La loi et le règlement dans la constitution du 4 octobre 1958*, in *Rev. dr. pubbl.*, 1959, p. 243 ss.; WALINE, *Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la constitution de 1958*, ivi, 1959, p. 702 ss.; VILE, *Constitutionalism and the separation of powers*, Lodon, 1967, p. 249 ss., nonchè i rilievi in proposito svolti da Burdeau nella già ricordata relazione *L'apport de Carré de Malberg à la théorie de la loi*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

profilo organizzatorio funzionale. Egli si rifà in proposito alla lezione di Montesquieu, secondo la quale « délibérer est le fait des assemblées, agir est le rôle de l'Exécutif », e pertanto sussistono anche « raisons d'utilité pratique », motivi di « répartition des tâches » che inducono a incentrare nel Parlamento il « pouvoir de faire les lois », dandogli sotto questo profilo « une cause de primauté ».

Ma perché l'istituto della riserva di legge così inteso abbia un concreto valore non basta, a suo avviso, il mero inserimento delle riserve in precise norme costituzionali — e da ciò nasce la sua polemica con Duguit — bensì occorre che la costituzione abbia una peculiare struttura, capace di rendere significanti le riserve stesse. Se poi colleghiamo le argomentazioni di Carré de Malberg in tema di riserva di legge alle linee generali del suo *projet* di riforma della costituzione francese, vediamo delinearsi una serie di aspetti, che contribuendo a rafforzare la trama dei circuiti decisionali politici, vengono a riflettersi a suo avviso pure sulla conformazione delle riserve. Così il fatto che la costituzione sia effettivamente rigida, che sussista un organo specificamente competente al « contrôle juridictionnel sur les lois », che sia assicurato « le rang et le rôle » dell'organo Capo dello Stato, e specialmente che l'*Exécutif* non sia in condizioni di « assujettissement » di fronte al Parlamento, ma « pourvu de quelque indépendence » e dotato di una « force politique capable de rivaliser avec celle qui a son siège dans le Parlement ». Rafforzamento dell'Esecutivo, che correlativamente implica di necessità, per rendere « durable » tale « dualisme ... en concurrence », la presenza costante alla base della « volonté du peuple, di un effettivo « souverain populaire », che possa far anche leva su idonei congegni di democrazia diretta, in modo da conferire equilibrio e mobilità di processi politici in senso democratico; rompendo così altresì le distorsioni eventualmente connesse al sistema partitico ([231]). Se entro un simile contesto la riserva di legge acquista un più reale significato, essa nel contempo si demisti-

([231]) Per i punti richiamati, cfr., *La Loi*, cit., p. 199 ss.; *La constitutionnalité des lois*, cit., p. 346 ss.; *Considerations théoriques*, cit., p. 228 ss. Punti già preannunciati dalle varie osservazioni critiche svolte da Carré de Malberg nel corso della *Contribution*, che abbiamo sopra sottolineato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fica rispetto a impostazioni mitizzanti della stessa. Invero « lorsque la constitution s'est affranchi du dogme de la représentation par le Parlement de la volonté générale » sarà possibile, al fine di mantenere una balance » fra i poteri, dar vita non solo ad una riserva a favore della normazione « populaire », bensì a riserve « contre la loi » a tutela della « sphère de competence » dell'Esecutivo, stabilendosi, a livello costituzionale « par des dispositions formelles » delle « restrictions » e dei « ménagements » nei confronti del Parlamento, a garanzia dell'« autorité gouvernementale ». D'altronde, se « la majorité — il faut le supposer — a reconnu » l'« experience » e l'« aptitude » di coloro che sono « désignés pour les fonctions ministérielles », appare logico « qu'elle laisse ensuite agir par eux-mêmes ceux dans les capacités de qui elle a marqué sa confiance » (232).

In questa linea il ragionamento di Carré de Malberg sul punto sembra orientarsi nel senso di privilegiare una prospettiva dinamica e articolata dell'istituto della riserva. Ciò in relazione anche alla consapevolezza che egli ha delle modificazioni intervenute nei nuovi compiti « incombant à l'État, ses tâches économiques en particulier »; che implicano non solo un allargarsi della dimensione dell'indirizzo politico, ma anche un diverso modo di esercitare l'indirizzo stesso, con « des procédés » idonei alla « nature même des affaires d'ordre économique ». D'altronde, anche una tale considerazione della riserva non lo sollecita a riesaminare il problema della « conception dualiste de la loi », anzi lo rafforza nella sua idea che occorre « abandonner désormais la distinction traditionnelle des lois materielles et formelles » propria di una diversa epoca; tenendo fermo che si deve « séparer nettement les notions de loi et de droit, en marquant que le droit n'émane point tout entier des lois et d'elles seules ». Analizzando la costituzione di Weimar, e mettendo in risalto il ridotto valore assegnato nell'effettività di quell'esperienza costituzionale alla riserva di legge, Carré de Malberg tuttavia ha modo di osservare come anche il sistema di quell'ordinamento, in connessione agli approfondimenti

(232) Cfr., *La Loi*, cit., p. 199, 200, 218, 221. V., anche, *La distinction des lois matérielles et formelles*, cit., p. 168, per quanto attiene all'esperienza costituzionale di Weimar.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

svolti dalla dottrina tedesca del tempo, conferma che « il n'est donc pas de prescription, de décision, de mesure, qui n'ait pour effet de créer du droit ». Punto di vista ripreso poi nella *Confrontation* allorchè, da un'altra angolazione, egli nota che « il ne faut pas essayer de rapporter à la nature intrinsèque et respective des diverces espèces de règles les propriétés qui spécifient chacune d'elle ». Costretto entro questa realtà giuridica, « aujourd'hui, ... en quel pays de liberté trouverait-on encore un peuple de citoyens qui se tiennent pour satisfaits politiquement, du seul fait que leurs droits individuels d'ordre privé sont mis en securité par un régime de légalite? Sur ce point, les idées de Montesquieu sur la réserve du pouvoir législatif se trouvent bien dépassées par les institutions positives du droit public actuel, et, quel qu'ait été leur mérite au temps de l'*Esprit des lois*, elles ne peuvent plus servir de guide » ([233]).

Carré de Malberg rivela così di avvertire con particolare sensibilità anche la connessione esistente tra i mutamenti intervenuti nelle relazioni e interazioni fra sfera privata e sfera pubblica e la problematica concernente le fonti e il principio di legalità; per cui, anche sotto questo profilo, le incidenze garantiste e funzionali di tali problemi non possono a suo avviso affrontarsi se non entro un'angolazione di ricerca corrispondente alle trasformazioni subite dall'ordinamento positivo. È una lezione questa oltremodo viva anche a vari decenni di distanza, dato che purtroppo proprio il settore delle fonti è quello che una parte della dottrina costituzionale tende ancora oggi a ricostruire nelle sue interpretazioni senza dare un adeguato valore ai rapporti di potere effettivi che vi ineriscono e mediante formulazioni prive di un reale spessore storico, e che sovente tendono ad essere indifferenti alle variazioni via via intervenute nella dimensione concreta della forma di governo. E non si tratta certo al riguardo di cedere al mero accadimento, nè di cadere in una presunta paventata irrazionalità, bensì di rendersi conto che la razionalità del diritto non è al di là della storia ([234]).

([233]) Cfr., *Contribution*, cit., I, p. x ss.; *La distinction des lois matérielles et formelles*, cit., p. 170 ss., 612, 613; *Confrontation*, cit., p. 166. V., altresì, *La Loi*, cit., p. 213 ss.

([234]) Circa il rapporto tra principio di legalità e principio di effettività nel vigente ordinamento italiano, entro una prospettiva comparatistica, v., specialmente, MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, cit., p. 35 ss.,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Riemerge anche sul punto la suggestione della battaglia di Carré de Malberg contro le ambiguità di un giusnaturalismo deteriore, che intende scambiare l'utopia per la ragione, dimenticando che

---

la cui lezione, tesa a individuare un nuovo significato al principio di legalità nel tessuto della realtà sociale contemporanea, appare anche al riguardo oltremodo stimolante.

Le tensioni che caratterizzano l'esperienza giuridica dei nostri tempi, l'incidenza delle trasformazioni istituzionali in corso sul concetto di ordinamento giuridico e sul sistema delle fonti, indubbiamente inducono tutti i ricercatori ad un più faticoso sforzo comprensivo; ma in diversi studiosi le stesse hanno determinato sentimenti di dolorante pessimismo. Così proprio il Burdeau, uno dei discepoli di Strasbourg, raffinato politologo oltre che costituzionalista, dinanzi all'« effacement de la subordination hiérarchique de la réglementation gouvernementale à la loi », ha scritto con accenti drammatici che « nos sociétés », ormai, « ne tolèrent qu'une discipline qui émane spontanément des choses. Les sociologues et les psychologues nous diront peut-être pourquoi nôtre époque qu'illustrent dans le domaine des sciences pures, les spéculations intellectuelles les plus vertigineuses, témoigne quant aux relations de la vie sociale, d'un attacchement quasi superstitieux au *concret*. Mais quoiqu'il en soit des motifs de ce décalage, il reste que nous sommes prêts à accorder aux faits l'obéissance que nous réfusons à la raison ...; au présent, c'est la collectivité elle-même qui se dépeint, telle que la fait son développement organique ». Distaccandosi in sostanza dagli insegnamenti del suo maestro Carré de Malberg, il Burdeau rimpiange così l'età dell'oro, « la grande époque de la loi », che corrisponde al periodo storico, durante il quale « énivré par la découverte de sa propre puissance, l'esprit humain n'admit comme compatible avec se dignité que la soumission aux impératifs de la raison... Obéir à la loi, c'est cesser d'obéir à un homme; ce n'est pas s'incliner; c'est au contraire s'élever jusqu'à la compréhension d'une norme supérieure intrasgressible à raison de son contenu et non de la bouche qui l'énonce... Le pouvoir des lois n'extériorise pas la puissance d'un homme ou d'un parti...; sous son empire les sociétés humaines suivront un cours aussi ordonné que celui des astres régis par la mécanique céleste » (cfr. *Le déclin de la loi*, in *Archives de philosophie du droit*, 1963, p. 35 ss.). Recentemente, il Fois ha assunto orientamenti di tono analogo (cfr. *Legalità (principio di)*, cit., p. 700 ss.). Nell'identificare, nella vita giuridica italiana, continue contraddizioni dal principio di legalità, è portato a « constatare la radicale inconsistenza, teorica e pratica » che il principio di legalità « rivela di fronte alla applicazione di quel criterio di effettività, che sembra ormai caratterizzare profondamente e diffusamente la scienza giuridica ». Di qui « una conclusiva dichiarazione di impotenza », anche in base al fatto che « il valore attribuito al criterio di effettività » rappresenta a suo avviso (e, al riguardo la critica di Fois intende appoggiarsi sulla lezione di Horkheimer) uno tra gli aspetti del « processo di *neutralizzazione* della scienza, e della ragione in atto », contrassegnato da quel « frenetico desiderio degli uomini di adattarsi a qualcosa che ha la forza di essere » entro « una situazione di razionalità irrazionale »,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la ragione non può esprimersi al di fuori delle vicende stesse degli uomini e delle loro istituzioni, giacchè altrimenti non potrà essere altro che la « pura identità del pensiero con sè stesso ». Del resto, proprio l'analisi di Carré de Malberg dimostra che anche in

---

Non possiamo in questa sede esaminare con la dovuta attenzione i problemi sollevati dal Fois, la cui condanna, che nei suoi accenti drastici tende sostanzialmente ad essere totale nei confronti del principio di effettività, ci sembra peraltro legata piuttosto a motivi emozionali; e invero contraddice lo stesso concreto atteggiamento di ricerca, ben sensibile allo sviluppo reale dell'esperienza giuridica.

Ci appare tuttavia indispensabile, poichè Horkheimer resta, indipendentemente dalle varie critiche che si possono elevare contro alcuni profili delle sue idee, un punto fermo della coscienza critica contemporanea, e perchè certe indicazioni del suo argomentare nel modo con cui le prospetta Fois verrebbero a riflettersi negativamente anche sull'interpretazione che siamo venuti svolgendo dell'opera di Carré de Malberg, guardare più a fondo a quei lineamenti del pensiero di Horkheimer che incidono sul tema in esame e sono di ausilio nella comprensione dei problemi che il discorso fin qui fatto coinvolge; al di là dei richiami che fa il Fois, per avallare la sua presa di posizione, a singole sue frasi, che considerate isolatamente possono indurre in equivoco (di Horkheimer sono da tenere presenti, oltre a *Dialektik der Aufklärung*, redatta insieme ad Adorno, trad. it., Torino, 1966; oltre a *Eclipse of reason*, trad. it., Torino, 1969, del periodo americano; soprattutto i saggi *Autoritärer Staat* e *Die Juden und Europa* del 1939-1940, ripubblicati ad Amsterdam, 1968, e gli scritti raccolti a cura di Alfred Schmidt, con il titolo *Kritische Theorie*, 2 voll., Frankfurt am Main, 1968). Se Horkheimer rifiuta i dommatismi delle teologie scientifiche a struttura ideologica aprioristica che deducono le loro soluzioni alla stregua di scelte fideistiche, religiose, oppure laiche (e da ciò le critiche rivoltegli con durezza da studiosi comunisti della Germania occidentale, e anche in Italia), in quanto, a suo giudizio, sottopongono la fecondità dell'indagine scientifica a criteri e interessi esterni, fraintendendola utilitaristicamente, e lotta perciò per il rigore della ricerca, egli non pensa affatto a staccare la conoscenza scientifica dalla storia. I suoi argomenti fanno leva con una insistenza continua proprio sulla « dinamica storica », sulla necessità per lo studioso di « una chiara posizione di fronte ai problemi storici dell'epoca ». Non « la storia presa in sé », che « non ha ragione alcuna », nè « alcuna essenzialità comunque fatta, o spirito o potenza alla quale dovremmo piegarci », bensì la storia quale « insieme concettuale di avvenimenti che nascono dal processo sociale della vita umana », la cui « spiegazione ben riuscita, può diventare per noi che agiamo il mezzo per introdurre la ragione nella storia ». Di qui la sua « teoria critica della società », che si pone « quale oggetto gli uomini come produttori delle loro globali forme storiche di vita ». Ed è, entro questa prospettiva metodologica, che egli sviluppa alcune incisive notazioni che ricordiamo, perchè contengono intuizioni che si collocano, in termini di sociologia politica, sulla stessa linea di spunti, che abbiamo visto emergere dagli scritti di Carré de Malberg: « L'ordine che iniziò la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

passato il principio di legalità non è stato mai scisso da un intrinseco fondo di effettività, e che la chiusura del sistema delle fonti e il rigido livello gerarchicizzato, la sua medesima compatibilità interna nell'epoca dello stato borghese dell'Ottocento non erano affatto il mero riflesso dell'essenza di una struttura logica di ordinamento, valido universalmente e al di quà della quale cesserebbe la possibilità stessa di concepire la nozione medesima di ordinamento giuridico. Anche perchè l'ordinamento giuridico, perfino nei momenti in cui esprime un assetto di potere fortemente massiccio nella espansione delle sue manifestazioni di dominio, non è mai una situazione immobile e atemporale, non può non essere

---

sua strada come progressivo nel 1789 portava in sé dal principio le tendenze all'autoritarismo, al dominio sociale, al fascismo...; l'ideologia fascista maschera come la vecchia ideologia dell'*armonia totale* la stessa realtà: il potere di una minoranza ». Queste premesse guidano Horkheimer nella sua critica al positivismo in sociologia, della quale sembra opportuno sottolineare la negazione della conoscenza come semplice conformarsi ai fatti; il ripudio della credenza in un mondo fisso, statico, avente una sua essenza già ordinata oggettivamente, da recepire con un operazione di semplice rispecchiamento; il collegamento posto tra i fatti e « la prassi sociale generale »; la interdipendenza delineata tra il carattere storico dell'oggetto percepito » e il « carattere storico dell'organo che percepisce, con la consapevolezza che « la relazione soggetto-oggetto non può essere rappresentata con l'immagine di due grandezze costanti, concettualmente chiarite appieno, che si muovono l'una sull'altra ». Tenendo presente il differente conformarsi del positivismo filosofico, del positivismo sociologico, del positivismo giuridico, è pertanto chiaro, nel quadro dei richiami fatti, che le sollecitazioni che provengono dal pensiero di Horkheimer non possono certo ripercuotersi nell'ambito della scienza giuridica in favore del positivismo statico e oggettivistico del periodo tardo-borghese e di quegli studiosi di diritto che, volutamente o inconsciamente, si rifanno sostanzialmente a questo modello. L'analisi critica in tema di metodologia nelle scienze sociali di Horkheimer giova invece a confermare, in una prospettiva storica, l'acutezza di quei giuristi che, come Carré de Malberg, operano nella linea del positivismo giuridico soprattutto per tener fede alle esigenze dell'autonomia, del rigore, della chiarezza nella ricerca scientifica nel campo del diritto, rendendosi però ben conto correlativamente della convenzionalità dei propri strumenti interpretativi e dei condizionamenti storici e sociali cui gli stessi sono assoggettati. Che pervengono a porre le norme a fondamento delle costruzioni sistematizzanti elaborate, solo dopo avere riconosciuto, alla stregua di una valutazione dei processi reali dell'esperienza, nelle norme stesse il momento caratterizzante dei fenomeni giuridici. Che si avvicinano perciò alla realtà normativa del singolo ordinamento positivo, con la consapevolezza del sostrato istituzionale che la sorregge e la comprensione quindi del suo dinamismo e degli aspetti conflittuali che vi inerisconо.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sempre un processo in continuo movimento e necessariamente legato ad aspetti non coerenti e antinomici. E pure sul punto non abbiamo che a richiamarci alle indicazioni date in precedenza relativamente alle considerazioni fatte da Carré de Malberg circa i rapporti tra *droit nominal* e *droit véritable* e l'articolazione variabile dell'ordinamento giuridico positivo (235).

---

(235) Ragioni di spazio ci obbligano a rinviare i successivi sviluppi di questa ricostruzione del metodo effettivo di ricerca di Carré de Malberg a una ulteriore indagine, nella quale, in diretta connessione con l'analisi fin qui condotta, l'esame verrà a concentrarsi sui seguenti punti della trattazione del *maître strasbourgeois*: i caratteri della forma di governo parlamentare, il problema del pluralismo giuridico, il rapporto fra costituzione formale e materiale. Gli stessi ci consentiranno di approfondire meglio quel raffronto tra l'istituzionalismo di Hauriou e di Romano ed il *positivisme juridique* di Carré de Malberg, che ci è sembrato un canone interpretativo oltremodo utile, anche per situare con più esattezza il contributo di Carré de Malberg nella cornice dell'evoluzione del pensiero giuridico della sua epoca. E in questo modo sarà possibile trarre più compiutamente quelle conclusioni sull'opera di Carré de Malberg, che sono del resto implicite nell'esame già effettuato, che rivela che egli non è certo quell'adoratore « stérile, inhumain même » dello stato forte, della « sovranità assoluta », del « diritto subordinato alla forza », secondo l'accusa che gli è stata tante volte rivolta a causa della sua adesione al positivismo giuridico. E che egualmente vanifica quel parallelo diffuso drastico giudizio, ripetuto anche in Italia, e di recente, che lo incasella in tono sommario entro il quadro del più vuoto, astratto e generalizzante formalismo. Attualmente gli attacchi al positivismo giuridico sono di moda e le condanne nei suoi confronti tendono ad essere globali. Quei medesimi studiosi che, come il Bobbio e lo Scarpelli, ne hanno tentato, a metà degli anni Sessanta, una rivalutazione critica, appaiono propensi oggi a rivedere il loro atteggiamento, quasi per prendere le dovute distanze da un indirizzo che ormai è d'obbligo inquadrare come gretto e anchilosato sul piano metodologico, nonchè indissolubilmente asservito nella sua natura alla ideologia della reazione. Proprio l'esempio di Carré de Malberg, che, nonostante sia il maggiore esponente del positivismo giuridico nel campo del diritto costituzionale in Francia, è poco noto in Italia al di fuori del settore dei giuspubblicisti, anch'essi portati sovente a valutarlo come un « minore » (ed è perciò che la nostra analisi si è dilungata, appesantendo il discorso di continue citazioni), induce ad andar cauti al riguardo. Di fronte alla maniera con cui il positivista giuridico Carré de Malberg utilizza la storia nei suoi studi, è palese ad esempio che l'asserzione assiomatica del Fassò secondo la quale vengono posti come connotati tipici del positivismo giuridico « la sua staticità, la sua sordità alle istanze sempre nuove e diverse della realtà sociale, la sua insensibilità alla storia », appare imprecisa e fuorviante. La vicenda del positivismo giuridico è lunga e complessa e il fatto che nel suo ambito si siano determinati atteggiamenti astratti, chiusi, statici, astorici non può spingerci a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fare, per usare l'espressione di Bobbio, « di ogni erba un fascio ». Non va dimenticato che quel medesimo puntar l'obiettivo sullo stato-apparato, di contro alla società civile, proprio del positivismo giuridico degli inizi dell'Ottocento, si appoggiava, da un lato — e la ricostruzione di Carré de Malberg al riguardo è illuminante — sull'essenza dello stato borghese del tempo e dei processi politici che inerivano alla sua struttura di dominio, e si collegava, d'altra parte, ad una valutazione razionale della situazione concreta, per cui lo stato veniva considerato come abbracciante in sé tutti i momenti della società civile, quale società pre-politica, ed il suo ordine veniva pertanto individuato come segno di superiore progresso. Erano premesse connesse a quella data situazione storica e in quella data situazione storica esse erano sia reali, sia ispirate da una sentita aspirazione liberale. Ma è evidente che rifarsi pedissequamente a tali premesse, in un diverso assetto sociale quale quello odierno degli stati europei a forma democratica, non significa certo essere nella linea del positivismo giuridico, secondo il suo intimo *esprit*, bensì esserne appunto del tutto fuori. Come contraltare al positivismo giuridico viene usualmente esaltato il momento della *iurisdictio*: e in questa esaltazione si è soliti muovere dal presupposto di una assoluta incompatibilità fra il positivismo giuridico e l'autonomia dell'interpretazione giudiziaria. Ma anche in proposito il ragionamento di Carré de Malberg è di stimolo ad una valutazione più attenta, dimostrandoci che non esiste affatto questa incompatibilità: che la metodologia del positivismo giuridico può ben dare adeguato risalto pure al ruolo del giudice ove l'ordinamento nel suo dinamismo effettivo dia spazio a tale ruolo. Quello che il positivismo giuridico non consente è un'esaltazione dell'attività del giudice in astratto, in termini di verità assoluta, come primato indiscusso, al di là del singolo diritto positivo e della dimensione reale dello stesso.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

COSTANTINO MORTATI

BREVI NOTE SUL RAPPORTO FRA COSTITUZIONE E POLITICA NEL PENSIERO DI CARL SCHMITT

1. Il singolare fascino e l'altissimo magistero scientifico dell'opera schmittiana provengono dall'eguale possesso da parte dell'autore di straordinaria capacità di sistemazione e costruzione giuridica e di geniali doti di indagatore dei fatti della politicità e delle leggi che li regolano. È questa cospirazione di doti, tanto rara a verificarsi, che, come lo ha condotto ad accogliere la concezione istituzionale del diritto, così gli ha consentito di trarre dagli svolgimenti da essa dedotti risultati tra i più fecondi.

Lo Schmitt nella sua « Teologia politica » del 1923 aveva espresso l'opinione circa l'esistenza di due tipi di scientificità giuridica, il normativista ed il decisionista, ma nella premessa alla seconda edizione del 1934 la rettificava nel senso di affermare la convinzione, maturata nello studio delle opere dell'Hauriou e del Romano, dell'esigenza di aggiungere a quelli prima indicati un terzo tipo costituito dall'istituzionalista, al quale dedicava poi ampi svolgimenti nello scritto dello stesso anno sui « tre tipi del pensiero giuridico ». Sembra, a prima vista, che l'autore consideri i tre tipi come se fossero da collocare sullo stesso piano, in posizione alternativa l'uno di fronte agli altri; ma, a ben vedere, si palesa chiara la consapevolezza della diversa posizione da assegnare a quello dell'ordinamento rispetto agli altri due (1).

---

(1) Lo Schmitt, *La categoria del politico* (trad. ital.), Bologna, 1972, p. 251, ammette che il concetto di ordinamento, inteso nel suo senso generico, sarebbe suscettibile di assorbire le altre due forme, e pertanto fa valere l'esigenza che si assuma un significato specifico da cui risulti la sua autonomia. Ma è proprio l'asserita isolabilità, o della norma, o della decisione, che si rende impossibile, co-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Così nei confronti della norma rileva come la sua giuridicità non è data dal suo essere posta, ma dalla sua fattualità o effettività, da intendere come carattere interno della validità, che non sussisterebbe se la norma non risultasse correlata ad una situazione reale componente di un ordinamento concreto. Analogo ordine di considerazioni vale nei riguardi del decisionismo. L'affermazione dello Schmitt secondo cui esso, inteso nella sua purezza, non presuppone un ordine ma esclude l'esistenza di istituzioni limitative del comando singolare deve essere intesa nel contesto degli altri svolgimenti del suo pensiero, che vuole riferirsi, con quell'affermazione, al momento costitutivo del potere, allorché si manifesta in funzione costituente. Ma tale decisione originaria, una volta realizzata, non può operare se non come elemento d'una struttura sociale e quale fonte del suo sviluppo, ordinato non solo nel senso organizzativo, per la necessaria permanenza nel tempo di una stessa volontà autoritaria suprema, ma anche da un minimo di coerenza nel contenuto degli atti attraverso cui il potere si esplica. Il motto « *auctoritas non veritas facit legem* », nel pensiero di Hobbes, il teorico più rappresentativo del decisionismo, acquista il suo esatto significato quando venga riferito alla specifica funzione attribuita all'*auctoritas* di superare un preesistente stato di caos allo scopo di introdurre la pace (2).

Norma e decisione, lungi dal potere essere giustapposte all'ordinamento, sono modi di essere e di manifestarsi di quest'ultimo, adempiono ad una stessa funzione stabilizzatrice che viene affidata o al comando impersonale della norma, o a quello personale dell'organo di decisione, in conformità alle esigenze richieste dalla concreta struttura sociale ed alle finalità volute perseguire. Ed è dal riferimento a siffatta correlazione che lo Schmitt trae un criterio di classificazione delle forme di Stato secondo che siano « di legislazione », « di giurisdizione », « di governo » o « di amministrazione » che appare meglio idoneo a fare intendere la

---

me impossibile è intendere queste ultime senza un sostrato concreto, che è l'ordinamento.

(2) Il FREUND, *L'essence du politique*, Paris, 1965, p. 122 cita *Bodin* che appunto pone il comando come requisito di coerenza e di ordine.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

realtà dei fenomeni che non quello tradizionale di monarchia, aristocrazia, democrazia, in quanto conduce ad assimilare forme diverse sotto l'aspetto della composizione degli organi supremi, ma che sono portate a giovarsi di modi tipici di esercizio del potere, in corrispondenza con le fondamentali finalità politiche volute perseguire, e che, quando sono rivolte alla conservazione, si affidano allo strumento giurisdizionale che dichiara una tradizione consolidata, mentre se indirizzate a realizzare rapidi e radicali mutamenti danno vita ad un assetto di tipo governativo, ed invece ad uno Stato di legislazione, se animate da intenti riformista-evoluzionisti.

2. A differenza di quanto era avvenuto in Romano che, pur considerando il corpo sociale come modo d'essere dell'istituzione quale suo principio vitale, trascura, nell'applicazione fattane all'ordinamento statuale, ogni considerazione del suo modo di operare, assorbendone le manifestazioni nell'elemento legale, secondo si manifesta con la costituzione formale ed attribuendo all'altro un valore storico, rilevante solo per la fase formativa di quest'ultima, lo Schmitt adegua alla concezione assunta il metodo di indagine e ne trae, con vigorosa conseguenzialità, risultati particolarmente fecondi. Esattamente egli individua la matrice del positivismo giuridico nella situazione sociale e storica caratteristica dell'800 e denunzia l'apparenza dell'asserita purezza del metodo, in realtà utilizzato ad occultare i fini politici ad esso connessi, i valori, inerenti alla struttura sociale, cui si ispira. Fini e valori che devono essere oggetto specifico dell'indagine giuridica, se essa vuole cogliere la vera essenza, l'esatto significato degli istituti positivi. Con grande efficacia lo Schmitt denuncia l'illusione del metodo positivistico di acquistare in purezza pel fatto di respingere dalla considerazione giuridica ogni componente ideologica, economica, sociologica, morale e politica, osservando che, se il pensiero giuridico venga spogliato di ogni significato quanto al contenuto e staccato dalla situazione normale presupposta, non resta più molto per l'argomentazione giuridica, manifestandosi invece la sua insensatezza ideologica, economica, morale e politica (3).

(3) Cfr. *La categoria*, cit., p. 273.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La contrapposizione fra metodo giuridico e metodo sociologico ed il rigetto di quest'ultimo come fattore di contaminazione del primo trascura di considerare che oggetto dell'una e dell'altra ricerca è in realtà il medesimo, anche se le indagini ad ognuno richieste possano esigere mezzi ed attitudini differenti; con la conseguenza, quando, al contrario che nel caso dello Schmitt, non si trovino felicemente fuse nello stesso studioso, di importare l'assunzione di un rapporto di ausiliarietà fra chi raccoglie ed elabora i dati dell'esperienza concreta e colui cui compete, sulla base di tali dati, accertare il momento ed il modo della loro trasformazione in valori giuridici, concorrendo così, per la sua parte, alla stessa formazione di tali valori. Eccepire che il giurista debba qualificare il fatto solo in quanto già definito dal diritto lascia in piedi il problema se fatto sia solo quello risultante dalla fattispecie normativa, o invece da quell'altra norma emergente dalla realtà politica.

L'asserzione del punto di vista istituzionale importa pertanto che la considerazione del sistema normativo non possa isolarsi da quella della società ad esso sottostante, che l'ordine posto si interpreti alla luce del principio dinamico che lo anima e lo fa svolgere, e che la valutazione giuridica non si dissoci, ma armonizzi invece con quella politica che ne è alla base. Tale procedimento non determina un dualistico spezzettamento dell'oggetto dell'indagine nè una contaminazione fra differenti materie, ma giunge a cogliere i due aspetti costitutivi di uno stesso fenomeno, a svelarne l'essenza.

Per intendere il nesso che si asserisce occorre configurare la società sottostante all'ordine legale come caratterizzata da una propria struttura interna in cui confluiscono, accanto ad un sistema di rapporti economici, fattori vari di aggregazione, d'indole oltre che naturale, religiosa, culturale ecc., le quali determinano differenziazioni di posizioni intersubiettive, nel senso di far sorgere relazioni di sopra e sotto-ordinazione, una distribuzione gerarchica di poteri risultanti dalla prevalenza di certi ceti e forze di fronte ad altre: ceti e forze che si raccolgono intorno ad interessi o valori avvertiti come essenziali dai loro appartenenti, che sono fatti valere, e riescono di fatto a valere, quale elemento unificante del gruppo sociale, conferente ad esso carattere di unità

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

politica. Qualificazione quest'ultima che vuole designare il fine fondamentale perseguito, che, se è unitario, deve risultare dalla sintesi di quelli particolari in quanto concorrano al mantenimento ed allo sviluppo del gruppo secondo gli orientamenti perseguiti dai gruppi sociali dominanti portatori del fine stesso e come tali anch'essi politici (4).

Da tale struttura, provvista, come risulta da quanto si è detto, di un suo ordine intrinseco e quindi di una sua giuridicità, emerge, e ad essa si connette, un apparato autoritario e coattivo, una più o meno articolata distribuzione di poteri e di compiti, una disciplina legale più o meno rigida, ossia un assetto statuale che

---

(4) Se si dice che la società, unificata nel senso che si è detto, sia un'entità politica non ancora giuridificata si danno per ammessi dei concetti di politica e di diritto non soddisfacenti perchè si caratterizza ognuno dei due termini sulla base di caratteri che invece, se assunti in modo autonomo uno dall'altro, sono da ritenere non esaurienti, e cioè la politica come mero principio deontologico che non riesce ancora ad assumere contorni precisi, il diritto come assetto statico ben definito. Così G. JELLINEK, *Dottrina dello Stato* (trad. it.), Milano, 1921, p. 62. Se, invece, si ritiene che la politica è essenza costitutiva di ogni società a fini generali, in quanto ripartitiva di situazioni, coordinante le varie manifestazioni del sociale (economiche, religiose, ecc.) instaurando rapporti di dominazione, e che d'altra parte il fenomeno giuridico si realizza attraverso una gamma assai diversificata di strutture cui è inerente quel dinamismo necessario al suo adeguamento alle situazioni concrete, si deve giungere alla conclusione che l'un termine è la qualificazione dell'altro. Sulla politica come essenza del sociale v. FREUND, *Essence*, cit., p. 32; e a p. 37 la raffigurazione della politica come « focolare della unità sociale » che ne fa un'entità chiusa; a p. 101 la citazione di Platone sulla politica come scienza del comando; a p. 270 sul carattere gerarchico della politica. Analogamente ARON, *Sociologie des sociétés industrielles. Esquisse d'un théorie des régimes politiques*, Paris, 1959, p. 23. Il SARTORI, *Che cosa é politica*, in *Riv. scienza politica*, 1972, p. 20 riconduce politica e potere, che può assumere una struttura verticale o orizzontale secondo la diversa distribuzione o esercizio di quest'ultimo.

Nel senso dell'antitesi di diritto e politica si esprime il MIGLIO, *Presentazione* alla trad. it. della *Categoria del politico*, cit., p. 8 ss., sulla base di un'identificazione, che contrasta con quanto detto nel testo, della politica con la potenza, intesa come realtà esistenziale non limitata, nè limitabile, e del diritto con categorie, come quelle di contratto e di rappresentanza che sono figure solo storicamente determinabili. Il Miglio desume poi la asserita differenza dei due piani dall'attuale scissione dell'unità dell'ordinamento giuridico statale in distinti centri di autorità: fenomeno che non incide sulla configurazione delle categorie in discorso e sul quale si avrà occasione di tornare in seguito.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non può non riflettere i rapporti di forza da cui sorge, al quale è conferito il compito di operare come strumento di rafforzamento del potere sociale, già di per sè operante.

Non sarebbe esatto eccepire che, così considerando la società in confronto allo Stato, si venga ad introdurre un elemento di dualismo, trattandosi invece di due manifestazioni della stessa essenza che si integrano nella concretezza di un ordine vivente: la società affida allo Stato la funzione di meccanismo di più efficiente assicurazione, di stabilizzazione di un certo modo di disciplina dei rapporti per essa rilevanti; ma lo Stato attinge dalla società i motivi politici del suo agire e le forze che garantiscono la fedeltà ad essi. È l'assetto politico sottostante allo Stato che opera come principio dinamico intrinseco all'ordinamento giuridico, cui in modo più o meno diretto ed immediato si conformano le varie attività preposte alla formazione ed all'attuazione dell'ordine giuridico. Il sistema legale, appunto perchè strumentale rispetto ai fini con esso perseguiti non riesce a raccogliere in sè la disciplina della complessiva attività statale perchè non possono non prevalere su tale disciplina i valori che vi sottostanno. Sicchè, quando si accerti la sua non rispondenza a quest'ultimo sono essi a prevalere sulla prima (5). È questo che spiega il fenomeno immanente in ogni ordinamento statale delle deroghe, delle sospensioni, delle temporanee rotture dell'ordine legale, riuscendo inevitabile che il mezzo ceda al fine, la legge ai valori nei quali essa trova la propria ragione. A tale esigenza si riferisce lo Schmitt quando fa consistere l'essenza del potere politico nel decidere sulla sussistenza dello stato di eccezione, delle situazioni di necessità,

---

(5) La questione del rapporto fra ordine politico ed ordine statuale è pregiudicata dall'assunzione come termine di confronto di un concetto storico di Stato, nei contorni assunti nell'epoca moderna. Se invece si accolga dello Stato una configurazione più ampia che riconduca ad esso ogni specie di ordinamento a fini generali, non ha più ragione di porsi il quesito circa la priorità dell'uno rispetto all'altro dei detti ordini, su cui v. FREUND, *Préface* a CARL SCHMITT, *La notion de politique. Théorie du partisán*, Paris, 1972, p. 18 che afferma l'anteriorità della politica allo Stato, e pertanto la possibilità di politica senza Stato, non già di Stato senza politica. Lo SCHMITT, *La categoria*, cit., p. 103 osserva che l'assimilazione di politico a statale conduce ad un circolo vizioso, ma riconosce che l'assimilazione vale fino a quando lo Stato ha il monopolio della politica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che giustificano l'agire *legibus solutus*. Il che non può significare assenza di legge ma subordinazione di quella scritta ad un'altra che la ispira e perciò la condiziona, il cui rispetto attesta l'intima unità della struttura socio-statuale e conduce altresì a far contestare la tesi che vede l'attributo del potere nell'assenza di limiti e così opinando trascura di considerare l'essenziale distinzione da fare fra la deroga alle leggi inspirata all'intento di conservazione dell'ordinamento e quella che si fa valere per sovvertirlo realizzando una rivoluzione (6).

3. Il grado di convergenza o di eventuale disarmonia fra ordine legale e ordine politico è determinato dalla situazione storica, secondo cioè che il gruppo sociale, omogeneo nelle sue componenti, si raccolga intorno ad uno stabile e ben definito sistema di rapporti e di valori, o invece risulti diviso da un contrasto d'interessi per l'emergere in esso di nuove forze che, acquistata una sufficiente maturità politica, combattono il potere consolidato nelle precedenti strutture, che pur pretendono di mantenersi ancora in vita.

Il *leit motiv* del pensiero schmittiano riguarda appunto quell'esigenza di omogeneità del tessuto sociale che sola può assicurare l'eguale *chance* alle forze politiche che, pur divise fra loro, concordano sull'assetto fondamentale del regime in atto. Ed è appunto ad una situazione di rottura di tale assetto (che fa sorgere intorno e sotto all'unità costituita dello Stato che ne è espressione, formazioni le quali contrastano ad esso e pretendono di sostituirlo in singole manifestazioni di potere, determinando così una forma di pluralismo politico), che fa capo il fenomeno della crisi dello Stato contemporaneo, cui si accompagna quello che è stato chiamato l'estensione « orizzontale » del processo politico (in contrapposto a quello « verticale » del monopolio statale della politica) e la connessa scomposizione del sistema in sottosistemi (7).

Quando poi i sottosistemi non si limitano a rivendicare una propria sfera di autonomia politica di fronte allo Stato ma si con-

---

(6) Questo può dirsi per FREUND, *Essence*, cit., p. 125, per cui il diritto essendo regola, ignora lo stato di eccezione.

(7) Così SARTORI, *s.c.*, p. 22.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trappongono a questo in nome di ideali o di valori ritenuti inconciliabili con quelli intorno a cui si raccoglie l'unità statale, e riescono a darsi una organizzazione interna tale da consentire loro di sostenere e far valere le proprie ragioni di fronte a quest'ultima, una propria politica di fronte a quella dell'apparato autoritario, allora la politicità si presenta sotto il suo aspetto più caratteristico configurato dallo Schmitt nell'antitesi « amico-nemico ». La originalità di tale raffigurazione consisterebbe, secondo un'opinione, nell'avere identificata l'essenza della politica all'infuori di ogni riferimento all'istanza giuridica o al contenuto assiologico, che fornisce solo i motivi, attraverso un segno che riesce a coglierla all'infuori di ogni altra relazione (8).

È da chiedersi se realmente quella antitesi possegga l'asserita autonomia che dovrebbe render possibile isolarla da ogni altro elemento attinente alla stessa categoria, o se invece non ne sia piuttosto un'espressione, e precisamente designi l'estremo modo di manifestarsi del rapporto di comando-obbedienza. Pertanto non sembra esatto il parallelismo che Schmitt pone fra la antitesi amico-nemico, che caratterizzerebbe il politico, e quella di utile-dannoso, bello-brutto proprie dell'economia o dell'estetica, poichè il rapporto di forza ordinata in vista del fine unitario di un gruppo sociale non può in altro trovare la sua immediata e specifica manifestazione all'infuori del rapporto supremazia-soggezione, cui sono strettamente collegati i giudizi di liceità-illiceità, e dal quale pertanto deriva il criterio subordinato dell'amicizia-inimicizia, quale viene in considerazione allorchè la disobbedienza diventa resistenza alla realizzazione dei fini fondamentali del gruppo, ed al cui superamento, secondo la valutazione ultima e insindaca-

---

(8) Così FREUND, Prefazione alla trad. francese della *Théorie des Partisanen*, Paris, 1972, cit., p. 22. Quest'autore ha chiara nozione della correlazione della coppia amico-nemico con l'altra di comando-obbedienza, e scusa Schmitt dal rimprovero mossogli di averla trascurata affermando che essa era stata da lui posta in luce in altro scritto; il che giova a comprovare la stretta connessione fra le due. Più precisamente il FREUND, in *L'essence*, cit., p. 100, osserva che la coppia comando-obbedienza condiziona l'unità politica, mentre quella amico-nemico la sua conservazione o altrimenti la sua scomparsa. Ad essa è correlato necessariamente un contenuto assiologico, dato che la conservazione riguarda il mantenimento dei valori primari intorno a cui si raccoglie la comunità.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bile di chi detiene il potere, nessun'altro rimedio appare valido all'infuori della messa fuori legge del ribelle, della sua esclusione dalla comunità.

Come l'eliminazione del nemico si presenta quale estremo strumento di conservazione del potere sovrano detenuto dalla classe egemone, espressione di un diritto di legittima difesa avverso l'attentato ai fini fondamentali che in essa si accentrano (e perchè tale sempre latente nel potere stesso), così la resistenza al medesimo che ne contesti la legittimità e rivendichi al gruppo che se ne fa promotore la pretesa di sostituire il proprio all'altrui dominio, di farsi Stato, si colora per ciò stesso del carattere della politicità e riproduce, in senso contrario, l'antitesi in confronto all'organizzazione contro cui si rivolge e che intende assoggettare al proprio dominio. Ed è tale pretesa e finalità che differenziano il gruppo stesso dagli altri che pure, come per es. la mafia, possono rivolgersi contro l'ordine statuale.

L'autonomia rispetto alla categoria del giuridico che qui si contesta, non sarebbe valida neppure se la si facesse derivare dall'esigenza di conferire legittimità alla sanzione dell'inimicizia anche senza il sostegno di una previsione positiva, poichè, come si sa, l'ordine giuridico non si esaurisce in quello legale, ed il ricorso a quella sanzione costituisce appunto l'esempio più cospicuo della preminenza su questi ultimi degli interessi primari di una consociazione politica.

4. Ad una categoria di problemi analoga all'altro prima prospettato del rapporto fra ordine normativo e ordine politico può ricondursi anche la distinzione fra legalità e legittimità; ma l'ambiguità o la polivalenza di queste formule rende necessario un qualche approfondimento dei criteri in base ai quali essa è da interpretare. Obiettivamente considerate esse sembrano attenere a due distinti ordini concettuali (9) perchè, pur riguardando entrambe il potere politico, hanno un diverso oggetto, in quanto la legittimità ha

(9) Sul contrasto SCHMITT, *Categoria*, cit., p. 218. Per FREUND, *Essence*, cit., p. 259 v'è fra essi un'antitesi concettuale, il che egli afferma movendo dalla considerazione della diversità della provenienza, data dal fatto che la legittimità, ricondotta, come dev'essere, al consenso emana dal basso, mentre la legalità, in quanto modo di manifestarsi del comando, parte dall'alto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riguardo al suo fondamento di validità, al principio primo che lo costituisce e che conferisce al titolare del medesimo l'investitura al suo esercizio, con la correlativa pretesa ad ottenere la media obbedienza; invece la legalità ha riferimento alle attività o modalità con cui tale esercizio si svolge in concreto, sia pure nelle diverse guise della norma o della decisione, secondo il criterio della maggiore corrispondenza dell'una o dell'altra ai fini politici dell'ordinamento, ma sempre (come si è prima osservato), secondo una normale uniformità di svolgimenti, quali affermantisi nella prassi; guise che pertanto possono ricondursi allo stesso concetto di legalità se a questo si dia un significato ampio, per esprimere tale normalità di svolgimento del potere.

Per intendere come si renda possibile l'accostamento fra le due categorie o la riconduzione dell'una all'altra, nel senso che o la legittimità si assuma in funzione di legalità, oppure che viceversa quest'ultima si faccia valere come titolo di legittimazione, è necessario richiamarsi al pensiero di Max Weber, che nella dottrina contemporanea ha promosso la problematica relativa al rapporto in esame ([10]). Com'è noto, egli, nell'indagare i tipi del potere (considerati « puri » perchè prescindono da altri fattori che possono influenzare il rapporto comando-obbedienza), assume a criterio il diverso fondamento su cui può poggiare, qual'è desumibile dalla credenza della sua legittimità da parte di coloro che ad esso si assoggettano. Credenza che può derivare dalla sacralità assegnata alla tradizione, o dal valore esemplare della personalità del capo, oppure dal carattere razionale dei modi attraverso cui si esplica il potere. Quando la razionalità si faccia consistere nella predisposizione di regole astratte, così che lo stesso detentore del potere, mentre comanda, si assoggetta a sua volta ad un'ordinamento impersonale, allora è questa legalità del modo di esercizio che diviene essa stessa fonte di validità, criterio di legittimazione del potere, presupposto e condizione dell'obbedienza. Ma l'asserita impersonalità della legge, cui si fa corrispondere una neutralità dello Stato, non può fare dimenticare che dietro le leggi stanno gli uomini volti alla ricerca del potere e che quindi la legittimità è sempre funzione politica dell'ideologia della classe

([10]) Cfr. *Economia e società* (trad. it.), Milano, 1961, I, p. 207.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dominante in nome della quale chiedono e riescono ad ottenere il consenso. Da ciò segue anzitutto che vi sono vari tipi di legalità, correlati a siffatte ideologie ed agli assetti che ad esse di adeguano. Inoltre che la legittimità, come criterio di validità del sistema, non può mai esaurirsi interamente nella legalità, poichè, come si è osservato, contro di questa non possono non prevalere i valori fondamentali che sono da soddisfare anche contro la legge, in nome di una legittimazione istituzionale, interna al sistema, diversamente operante secondo le situazioni storiche ed il grado di consolidamento del sistema legale ([11]).

A questo tipo di legittimazione si contrappone quella rivoluzionaria, espressione dello squilibrio tra struttura e consenso, ed intesa a sostituire il titolo di validità del sistema, la quale rimane tale anche se, come a volte accade, l'instaurazione sovvertitrice si giova, per affermarsi, dell'uso delle forme legali proprie del regime cui intende sostituirsi. La formula, escogitata dallo Schmitt allorchè si discuteva circa l'ammissibilità costituzionale della nomina di Hitler a Cancelliere, della « ricompensa politica al possesso legale della forza » o « del plusvalore politico per competenze giuridiche » (che riecheggiava l'esortazione fatta da Lenin ai suoi seguaci di giovarsi degli strumenti legali per introdurvi fermenti di sovversione) non vale ad occultare l'effettiva finalità cui era indirizzata dell'abuso delle strutture costituzionali per distorcerle da quelle cui erano collegate, e con le quali sarebbero poi insieme cadute. Il carattere solo apparentemente legalitario del conferimento dei poteri veniva a svuotare di significato il titolo di legittimazione che si pretendeva di assegnargli.

5. Una struttura statuale tipica in cui la legalità si fa valere ed opera quale principio di legittimità è quella propria di una particolare forma di Stato di diritto, qual'è lo Stato parlamentare di legislazione, uscito dalla rivoluzione francese ed esteso progressivamente a gran parte del continente europeo occidentale. A questo tipo di Stato lo Schmitt ha dedicato un'indagine che non

([11]) Non a caso le forme costituzionali sovietiche consentivano al giudice di disapplicare la norma della legge che si palesasse, per singoli casi, in contrasto con il principio della « legalità socialista ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si potrebbe pensare più vasta ed approfondita al punto da offrire un modello insuperato del metodo da lui adottato. Metodo che lo porta a differenziare un concetto « assoluto » di costituzione da un altro « relativo ». Il primo espressione di una situazione, cui attribuisce valore esistenziale, autocreativo, realizzante una decisione politica fondamentale avente ad oggetto l'attuazione di una particolare specie di unità dell'ordine sociale, operante come principio attivo del processo dinamico dell'unità stessa, che pertanto ne contrassegna l'identità accompagnandola in tutti i successivi svolgimenti. Il secondo si concreta nelle leggi costituzionali, che valgono come decisioni secondarie e subordinate, non viventi di vita propria, perchè semplici riflessi della volontà politica su cui poggia la costituzione nel suo primo senso.

La distinzione, che ricalca quella già ricordata fra costituzione materiale e formale, è analizzata nella *Verfassungslehre* nella sua portata generale, e di essa è poi fatta applicazione allo Stato di diritto. In ordine alla prima ricerca sono state altre volte [12] formulate alcune riserve, essendo sembrato che non risultassero sufficientemente delineati nè i contrassegni tipici da richiedere al soggetto portatore della concezione politica fondamentale, ed i requisiti minimi dell'organizzazione necessari all'assolvimento della funzione, nè quelli attinenti al contenuto della decisione fondamentale, lasciandosi quindi in qualche modo incerto il criterio necessario a stabilire fino a quale punto i mutamenti di struttura e di finalità intervenuti nel corso della vita dello Stato consentano di stabilire il mantenimento o la rottura della decisione stessa [13]. Queste incertezze si dissolvono quando si passa alla parte applicativa poichè qui i caratteri qualificanti lo Stato di diritto (che viene contrapposto allo Stato di forza ed allo Stato di polizia) sono identificati con grande nettezza, e la inscindibilità del nesso fra assetto sociale e struttura statuale viene illustrata con

---

[12] Cfr. MORTATI, *Costituzione*, in *Enc. dir.*, XI, p. 161.

[13] Gli scritti minori elaborati nello stesso periodo della *Verfassungslehre* offrono poi eloquente testimonianza e conferma del rigore del pensiero di Schmitt nell'applicazione del metodo di indagine. Si può ricordare, a riprova, quanto è detto nella « Premessa » alla traduzione della « *Categoria del politico* » sulla funzione, nell'ordinamento weimariano, del « centro cattolico » come polo traente, vero asse dell'intero equilibrio costituzionale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

suggestiva efficacia. Lo Stato di diritto, nella configurazione assunta di Stato parlamentare di legislazione ha come suo portatore il ceto borghese, qualificato dal possesso dei beni produttivi e della cultura, e da esso si esprime un'ideologia di tipo individualista che porta a considerare la società come autoregolamentata in modo spontaneo da proprie leggi, tali da far discendere il massimo benessere collettivo dal libero esplicarsi delle attitudini proprie di ciascuno dei suoi componenti, nel vario intrecciarsi dei rapporti fra questi. In corrispondenza a siffatta ideologia rimane affidata allo Stato una funzione meramente negativa di assicurazione di tale libero svolgimento. E poichè questo è considerato in via di principio illimitato, il potere dello Stato garante deve strutturarsi in modo che, da una parte, il suo esercizio rimanga contenuto così da non estendersi oltre il campo strettamente attinente alla funzione stessa, e, dall'altra, assicuri il massimo di imparzialità e di obiettività, in quanto necessarie al suo corretto adempimento, secondo esige la posizione attribuita allo Stato di « servitore strettamente controllato della società ».

A questo principio, che lo Schmitt definisce di « distinzione », se ne collega un altro di « organizzazione » che, indirizzato come è ad attuare e svolgere il primo, deve presentare precisi ed inderogabili caratteri. Il sistema di limiti alla sovranità dello Stato in cui esso si concreta importa una rigida divisione dei tre poteri sulla base del mantenimento di ciascuno di essi nell'ambito determinato dall'indole delle funzioni rispettive, che però sono tali da esigere la preminenza sulle altre, di indole esecutiva, di quella legislativa. La signoria della legge, di un sistema chiuso di norme, trova però un limite inderogabile al suo esercizio, di carattere sostanziale risolvendosi nell'esigere la generalità e l'astrattezza delle norme stesse. Inoltre l'affidamento delle medesime ad un corpo di notabili scelti in base ad un rapporto di rappresentanza senza vincolo di mandato rispetto al piccolissimo gruppo di elettori tutti appartenenti alla stessa classe. Questo modo di attuazione del principio rappresentativo svelava il carattere da esso rivestito di strumento di assoluto predominio di una élite dirigente, ad assicurare il quale si aggiungeva l'esclusione del diritto di suffragio degli appartenenti alle altre classi, nonchè la repressione di ogni conato di associazionismo che provenisse dai medesimi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La comune asserzione secondo cui il regime descritto realizza una netta separazione fra Stato e società non appare fondata perchè in esso si realizza invece una stretta correlazione fra i due termini; sicchè il non interventismo statale, garantito dal monopolio del potere da parte della classe egemone, si palesa per quello che è, strumento di conservazione del medesimo. In questa situazione si può ammettere una neutralità dello Stato solo nel senso della « neutralizzazione », qual'è raffigurata dallo Schmitt di acquisizione di un terreno neutrale in cui la contesa fra le parti venga meno e sia possibile intendersi e convincersi a vicenda: ciò che si rende possibile sulla base dell'accettazione di un particolare « centro di riferimento » (14). Il terreno neutrale non è altro che quello risultante da un'omogeneità sociale, fondata su una particolare concezione della libertà individuale, e che si realizza in virtù del dominio di quanti ne erano assertori. Si attua in tale periodo una piena corrispondenza fra costituzione materiale e costituzione formale, strumentale della prima, tale da rendere unitario e stabile il complessivo ordinamento. Ma secondo una legge sociologica che lo stesso Schmitt mette in rilievo (e che richiama il marxiano rovesciamento della prassi) è la crisi determinatasi ad un certo momento nello stesso centro di riferimento, cui si collega la sfera neutra, a determinare il suo spostamento ed a condurre alla ricerca di una nuova differente sfera, suscettibile di consentire l'intesa intorno a nuove ideologie. L'ordine razionale fondato sul valore dell'individuo appare non più realizzabile dall'organizzazione di tipo liberale. Sono gli stessi sviluppi del processo produttivo sulla base della proprietà e gestione privata dell'impresa che, mentre ne svelano le intime contraddizioni, suscitano poi la coscienza dell'antagonismo di classe nelle masse proletarie, le quali invocano per sè quei diritti dai quali erano escluse. La trasformazione che ne consegue nel complessivo assetto statale è radicale, perchè con le differenziazioni seguite nella base sociale, si determina un mutamento dei fini imposti allo Stato e dei compiti loro corrispondenti, che non possono più essere limitati alla tutela della libertà e della proprietà, richiedendo invece la loro estensione ad ogni specie di rapporti sociali,

(14) *La categoria del politico*, cit., p. 176.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quando essi risultino richiesti dall'esigenza di correggerne le linee di svolgimento, ove si palesino pregiudizievoli allo sviluppo della personalità degli appartenenti ai ceti meno abbienti. Lo Stato diviene auto-organizzazione della società, nel senso che tutti i problemi economici e sociali divengono statali; ma la società a sua volta, premendo sullo Stato con le sue spontanee nucleazioni associative, trasferisce in esso le intime divisioni e contrapposizioni emergenti dalla diversità degli interessi, dal vario intrecciarsi e scontrarsi dei rapporti di forza, con correlativo pregiudizio dell'assolvimento della funzione di conciliazione e di sintesi che sarebbe sua propria. Si verifica così uno stato di cose veramente paradossale, quale quello derivante dal contrasto fra l'accrescimento imposto dalle funzioni statali, il loro maggiore tecnicismo e la più estesa specializzazione, che avrebbe richiesto un rafforzamento del suo potere nonchè la continuità e coerenza della sua azione, e l'impotenza che invece è determinata dalla influenza esercitata dalle spinte e controspinte provenienti da una società profondamente divisa e resa eterogenea. Situazione che ha fatto pensare ad un ricorso storico di reviviscenza dello Stato feudale di ceti, a sovranità frazionata, con una connessa pluralità di lealismi e conflitti di lealtà.

7. Il problema che si pone a questo punto è quello del valore da assegnare alla costituzione la quale, poggiando su una base sociale pluralistica, nel senso che si è detto, assuma a sua finalità essenziale, accanto alla garanzia delle libertà, la cura di un'esistenza dignitosa dei cittadini e la redistribuzione del reddito, portando alla trasformazione dello Stato di diritto in Stato sociale. Si è portati a chiedere quanta parte di verità sia da assegnare all'opinione del Burdeau, che ha trovato diffusi consensi ([15]), secondo cui alla costituzione sarebbe ormai da attribuire un mero valore di « sopravvivenza storica ».

L'affermazione, che può essere considerata sotto diversi profili, qui viene riguardata sotto quello del rapporto fra costituzione formale e costituzione materiale. Il fenomeno che più colpisce nelle costituzioni contemporanee è il più diffuso ed il più

([15]) Richiamata fra gli altri anche dallo SCHMITT, *La categoria*, cit., p. 308.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

o meno netto distacco fra le due. Distacco rilevabile non solo in quelle che si sono chiamate costituzioni « programmi », in quanto espressioni di finalità di trasformazione dell'assetto sociale, predeterminate secondo alcune linee fondamentali, se pur proiettate per la loro attuazione in un incerto avvenire, ma altresì nelle altre che sono considerate espressione di un « bilancio », cioè dell'avvenuta trasformazione rivoluzionaria, demolitrice di un precedente sistema ed instauratrice di una concezione dei rapporti economico-sociali assunta quale nuovo criterio di unificazione. Mentre nelle prime la discrepanza risulta dalla resistenza opposta dalle forze di conservazione alle trasformazioni previste da solenni proclamazioni di principio, la cui attuazione contrasta con gli interessi che ad esse fanno capo, nelle altre appare legata al timore della reviviscenza di aspirazioni e di formazioni collegantisi all'assetto contro cui la rivoluzione si era rivolta. Peraltro in queste ultime l'omogeneità introdotta nel tessuto sociale consente l'unitarietà dell'azione statale, sia pure attraverso forme diverse da quelle predisposte dalla costituzione scritta, ed altresì con il sacrificio di alcune delle libertà, anche se solennemente proclamate, mentre nelle prime è questa stessa unitarietà che risulta compromessa per il contrasto che si determina fra la difesa del vecchio assetto e gli assalti per opera di uno o di altro degli impulsi di rinnovamento ([16]).

8. Il problema sostanziale che si pone verte sulla stessa adattabilità della categoria della costituzione ad una situazione che, da una parte, estenda i compiti dello Stato dalla tutela della libertà alla cura dello sviluppo della persona e ad un'equa distribuzione del reddito, ed in cui, dall'altra parte, si afferma una supremazia della società di contrapposto a quella dello Stato. Il Forsthoff ([17]), uno dei più tenaci ed autorevoli sostenitori di tale

---

([16]) Cfr. LOEWENSTEIN, *Réflections sur la valeur de la constitution dans une époque révolutionnaire*, in *Rev. franç. de science politique*, 1952, p. 20, che distingue in questa specie di costituzioni inficiate da interna contraddizione quelle « nominali » dalle altre « semantiche ».

([17]) V. di tale A. gli scritti pubblicati nei *Festschrift für Schmitt*, Berlin, 1959 e 1968, « *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes* » e « *Zur heutigen Situation einer*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

opinione, riferendosi ai due principi schmittiani ordinatori dello Stato di diritto, della distinzione e dell'organizzazione, osserva, in ordine al primo, che l'interventismo statale nella vita sociale fa necessariamente cadere il contrassegno tipico dello Stato di diritto e, con esso, le modalità necessarie alla tutela della libertà. Infatti, da una parte, il collegamento che si viene ponendo fra le norme di legge e i valori, richiamati da principi più o meno elasticamente formulati, conduce ad applicazioni basate non più su un procedimento di deduzione logica (proprio del pensiero giuridico), ma invece fatte discendere da criteri politici in base ai quali l'interprete si fa giudice del rango in cui sono da porre le singole norme, nei rapporti reciproci. Dall'altra parte, la natura degli interventi richiesti allo Stato conduce a privare la legge della generalità ed astrattezza per conferirle carattere provvedimentale. Ciò si riflette sul principio di organizzazione perchè trasforma radicalmente i rapporti fra i poteri e non salvaguarda più la distinzione fra le rispettive sfere di competenza, da cui dipendeva la garanzia dei diritti, facendo, inoltre cadere la supremazia del Parlamento, rivelatosi non più idoneo ai nuovi compiti (e con esso il concetto tradizionale di rappresentanza), rendendolo altresì succube delle pressioni esercitate da una molteplicità di associazioni sorte a tutela di interessi frazionari. Tutto questo, mentre toglie alla costituzione la funzione sua propria di sostegno ad un assetto stabile ed unitario e le sottrae ogni carattere di razionalità, preclude poi alla scienza del diritto di procedere ad una sua conoscenza sistematica, esponendola altresì al rischio di cadere nel dilettantismo.

9. L'opinione ora esposta, nella sua parte in cui fa inerire al concetto di costituzione uno specifico contenuto, quale quello del complesso organizzativo e funzionale proprio dello Stato di diritto, riecheggia il pensiero espresso nell'art. 16 della « Dichiarazione dei diritti » dell'89 (secondo cui la società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata e la separazione dei poteri non è determinata non ha costituzione) ed assolutizza secondo

---

Verfassungslehre », p. 35 e 184, e più recentemente in *Der Staat der Industriegesellschaft*, München, 1971[2].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un modello ideale un assetto, legato invece a contingenze storiche ben definite.

Come lo Schmitt ha osservato, è solo sulla base di una specifica concezione politica che può attribuirsi ad una costituzione la qualifica di « vera » o « pura », fatta derivare dall'assumere ad oggetto della propria tutela interessi corrispondenti alla concezione stessa. E poichè concetti della vita statale, come libertà, sicurezza, diritto, ordine pubblico possono assumere significati diversi secondo il tipo dell'assetto voluto realizzare, è sulla base di quello fra essi ritenuto il solo corrispondente al tipo stesso che si giunge ad assolutizzare il concetto di costituzione.

Non può quindi configurarsi una concezione dello Stato di diritto che si risolva in termini esclusivamente giuridici, dato che essa ha senso solo se messa in correlazione alla complessiva struttura politica in cui viene a realizzarsi. Le garanzie che se ne fanno discendere non si possono ricollegare in modo puro e semplice alla sovranità della legge generale, dato che l'astratta normazione legale opera solo attraverso le valutazioni subiettive dell'interprete; e neanche alla separazione dei poteri, perchè, a parte l'esigenza del rispetto del momento unitario rappresentato dall'indirizzo politico, che conduce a far convergere nelle linee fondamentali ciascuna delle parti verso una stessa meta, può, entro il margine in cui riesce a realizzarsi, trovare modi di attuazione secondo modelli diversi da quelli tradizionali. Quando si attribuisce ai congegni giuridici tipici dello Stato di diritto la bontà del funzionamento del sistema, si trascura di considerare come esso discendeva in realtà dall'armonia che si era riuscito a realizzare fra lo Stato e determinati settori della società politicamente influenti.

Il vero problema è piuttosto quello di stabilire quale senso sia da dare alla costituzione materiale negli ordinamenti contemporanei dell'Europa occidentale, sorti da accordi fra parti rappresentative di interessi fra loro gravemente divergenti, ed anzi in conflitto latente, e che hanno assunto carattere compromissorio, avendo esse voluto evitare di procedere a scelte in ordine alla grande alternativa che si poneva fra la conservazione dell'ordine sociale borghese e quello socialista, il che ha condotto ad operare

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una giustapposizione di proclamazioni di principi interpretabili nell'uno e nell'altro senso.

La decisione politica fondamentale intorno ai modi e forme dell'unità di un popolo, in cui, come si è visto, si sostanzia la costituzione materiale, nella situazione menzionata, non trova alla sua base una classe politica fornita di un minimo di omogeneità e neppure un univoco principio aggregativo. L'oggetto dell'accordo si limita all'impegno del rispetto del metodo democratico, del libero esplicarsi, in un giuoco leale, dei movimenti a sostegno degli interessi in contrasto. Anche ammesso che una decisione contenuta in tali confini sia sufficiente a dar vita ad una costituzione nel senso qui considerato, si sarebbero dovuti predisporre procedimenti di formazione della volontà statale tali da consentire alle parti chiamate a dare corso ad essa la confluenza in risoluzioni organiche, così da assicurare alla volontà stessa armonia e continuità. È invece avvenuto che allo scopo ora detto è stato preposto un organo, come il Parlamento, strutturato secondo gli schemi del passato, inidoneo al compito da assolvere, sia per il difetto di quelle doti di tecnicismo che invece esso avrebbe richiesto, sia per la insufficienza del criterio rappresentativo assunto per la sua composizione a riflettere la varietà e molteplicità dei corpi intermedi sorti ed operanti nella nuova società. Sicché essi, rimasti esclusi da una partecipazione diretta al processo di formazione dei Parlamenti, premono su di esso dal di fuori, in modo disorganico e settoriale, pregiudicando il conseguimento di sintesi armoniche.

Ma il problema sostanziale è quello che sorge dal rigetto che deve farsi della tesi secondo cui il contenuto di un ordinamento costituzionale possa esaurirsi nell'accordo sul metodo dell'azione politica. Il qualificare con il nome di « costituzioni aperte » gli assetti di tipo compromissorio di cui si parla, non può importare la conseguenza che ad esse siano consentiti svolgimenti verso qualsiasi direzione, poichè, se così fosse, verrebbe meno la loro funzione stabilizzatrice, richiedente la configurazione del tipo di unità che dalla costituzione si esprime.

Vi è al riguardo da considerare anzitutto che l'accoglimento del principio democratico non ne può esaurire la funzione con la semplice introduzione di determinati congegni procedimentali,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perchè esso si radica necessariamente in presupposti che attengono al valore della persona, quale che sia la funzione sociale cui sia addetta, ed esigono il suo potenziamento e la sua partecipazione ai beni della vita, in posizione di sostanziale eguaglianza. Il che richiede l'adozione di un indirizzo che consenta l'attuazione di tali postulati, poichè, se ciò facesse difetto, se si trascurasse di mettere in moto un processo di avviamento verso un nuovo ordine socio-economico, la democrazia, come è stato detto, apparirebbe come la maschera della preesistente oligarchia economica. Ed infatti i principi così postulati formano oggetto di solenni proclamazioni preposte alle costituzioni contemporanee, e ad esse ci si deve richiamare per stabilire l'ordine di priorità e di prevalenza fra le norme poste a tutela dei vari interessi.

A spingere verso siffatta evoluzione interviene poi un altro fattore, operante all'interno stesso della struttura dell'odierno sistema produttivo, basato sulla grande industria, che conduce ad interventi statali di tipo pianificatorio. Interventi che non possono non comportare il raggiungimento di nuovi equilibri nel rapporto economia-società, e che richiedono l'assunzione di nuovi valori da porre a base dei medesimi e di nuove forme di partecipazione al potere da parte della comunità sociale, le quali necessariamente conducono ad un rinnovamento dei sistemi rappresentativi ed altresì, sotto un altro aspetto, ad un potenziamento dell'autoritarismo statale.

È chiaro che se la spinta proveniente dai presupposti del principio democratico e dall'assetto economico riuscirà ad evere ragione delle resistenze opposte agli svolgimenti ad essi corrispondenti, realizzando un lineare processo dinamico di integrazione, allora la costituzione materiale riuscirà a trovare la base unitaria, l'omogeneità di cui abbisogna. Se altrimenti dovesse avvenire, la costituzione compromissoria si dissolverebbe nell'urto informale delle parti contrapposte, al cui esito sarebbe poi da affidare il conseguimento di un nuovo ordine.

Questa situazione di transizione non fa venir meno la funzione della scienza costituzionale, che deve indirizzarsi a cogliere e ad approfondire la portata dei principi fondamentali e, sulla loro base, procedere alla ricostruzione di un sistema delle norme che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

meglio riesca ad armonizzarle con i medesimi ed a comporle in un'unità quanto più possibile coerente, da servire quale parametro per la valutazione dei comportamenti degli organi tenuti ad attuare i principi stessi.

L'asserzione secondo cui, in tale temperie, non si rende possibile una conoscenza scientifica della costituzione sarebbe valida solo ove si facesse coincidere l'oggetto di tale conoscenza con un sistema chiuso di norme, da interpretare senza riferimento a valori, attraverso precise deduzioni logiche. Essa non può essere condivisa nell'assolutezza con cui è formulata, posto che sempre le statuizioni costituzionali sono espressione di valori, e, data la necessaria elasticità delle loro formulazioni, si rende sempre necessario risalire ad essi per procedere ad una corretta interpretazione, sicchè è illusorio che questa si effettui in via di pura deduzione logica.

Certo il compito della ricostruzione sistematica di un ordinamento diviene assai più complesso allorché le norme non siano riconducibili a valori fra loro omogenei ed altresì quando si verifichi una sfasatura fra le finalità affidate all'attività statale e gli strumenti organizzativi predisposti per la loro attuazione. Occorre, per una parte, ed *in limine* procedere ad un'opzione di fondo circa la concezione da assumere a base della costruzione intrapresa, con lo sguardo rivolto alla complessiva realtà sociale, da utilizzare quale criterio di quella graduazione di valori, alla quale si è accennato; per un'altra, denunciare la inadeguatezza degli assetti organizzativi vigenti rispetto ai fini da conseguire additando le vie per il suo superamento.

Non può opporsi l'estraneità di tali ricerche alla competenza del giurista, né allegarsi il pericolo della perdita dell'obiettività cui deve ispirarsi la sua opera. Infatti il compito dello studioso del fenomeno giuridico non può essere puramente descrittivo dell'ordine normativo in atto. Visto che questo è in perpetuo divenire, egli non può sottrarsi all'indagine circa la sussistenza e permanenza del rapporto di armonia fra il medesimo e le situazioni concrete cui esso ha riguardo.

Quanto alla temuta compromissione del requisito dell'obiettività è da osservare che nessuna dottrina sfugge ai condizionamenti della situazione socio-politica dell'epoca storica in cui opera, né

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le è possibile sottrarsi all'influenza dell'uno o dell'altro degli orientamenti ideologici che in essa si dibattono, secondo può riuscire facilmente comprovato da un esame storico del pensiero giuridico. Quando, per esempio, il Forsthoff prende posizione contro gli interventi diretti dello Stato nella materia della ripartizione dei redditi, sostenendo che nell'attuale stadio di industria e tecnica il mezzo più proprio per procedere ad essa sia la politica tributaria ([18]), procede a valutazioni di congruenza fra fini e mezzi, che sottintendono appunto un'opzione circa la preminenza dell'uno o dell'altro degli orientamenti accolti nella costituzione formale. È stato esattamente osservato che l'obiettività, rivendicata per sé dal positivismo giuridico, malamente cela l'intento politico che promuove le soluzioni accolte, le scelte ideologiche di fondo ed i modelli costituzionali presupposti.

Così operando la scienza giuridica rivela la sua vera essenza di parte attiva dell'esperienza giuridica, di vera fonte del diritto obiettivo; riuscendo la sua influenza tanto più efficace quanto maggiormente le indagini svolte riescano a penetrare nel vivo tessuto della società per coglierne le esigenze più pressanti ed indirizzarsi verso le soluzioni meglio idonee a soddisfarle.

([18]) Cfr. *Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre*, cit., p. 192.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Figure dell'esperienza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GIORGIA ALESSI PALAZZOLO

FURTO E PENA: ASPETTI DEL DIBATTITO NEL TARDO DIRITTO COMUNE

PARTE I.: *Desuetudine legislativa e pena arbitraria nell'Italia meridionale.* — 1. Problemi dell'interpretazione delle norme penali al tramonto del diritto comune: applicazione fedele delle leggi o arbitrio del giudice. — 2. La pena del furto come esempio di interpretazione eversiva: la denuncia di F. Rapolla. — 3. La normativa in materia di furto. — 4. Il tentativo di razionalizzare la desuetudine: Tommaso Briganti. — 5. Contro la desuetudine: Domenico Moro. — 6. L'acquiescenza agli « usi del foro » negli altri giuristi pratici del Regno di Napoli. — 7. Arbitrarietà della « materia criminale » e desuetudine delle leggi in G. B. De Luca. — PARTE II.: *I mezzi dell'interpretazione eversiva nelle opere dei grandi penalisti del '500 e del '600.* — 1. Interpretazione delle norme penali e diritto comune. — 2. Il problema delle fonti in materia di furto: dalla Glossa a Claro. — 3. Diritto romano e retta ragione in Antonius Matthaeus Batavus. — 4. La difesa della legge positiva in Raynaldus e Carpzovius. — 5. Conclusioni.

I. DESUETUDINE LEGISLATIVA E PENA ARBITRARIA NELL'ITALIA MERIDIONALE.

1. *Problemi dell'interpretazione delle norme penali al tramonto del diritto comune: applicazione fedele delle leggi o arbitrio del giudice?*

Nel 1806 G. M. Galanti così scriveva nel suo « Testamento forense »: « Quando mancano le buone leggi; quando quelle che si hanno sono confuse, oscure, in collusione o abrogate da nuovi usi civili, bisogna soffrire nella pratica l'abbandono dei princípi... Allora i magistrati si erigono in veri legislatori, e co' loro giudizi ora modificano le leggi ora le interpretano, ora ordinano quello che niuna legge ha ordinato. Noi dunque siamo meno governati dalle leggi che dai forensi » (1).

(1) *Testamento forense*, Venezia, 1806, t. I, cap. 13, p. 17. Su Galanti, cfr. la nota introduttiva in *Illuministi Italiani*, t. V, *Riformatori Napoletani*, a cura di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Le parole del Galanti indicano un problema che, nella fase precodificatoria, di fronte ad un complesso di stratificazioni normative eterogeneo, caotico, di difficile interpretazione ed utilizzazione (2), si riproponeva ogni giorno ai giuristi ed ai magistrati. È chiaro che entrambe le possibili soluzioni, interpretazione letterale o interpretazione evolutiva, erano respinte da un illuminista riformatore come Galanti: egli guardava alla attività giurisprudenziale, presupposto della scelta, per respingerla a priori (3). Ogni radicalismo tende a rifiutare le soluzioni di compromesso ed a vederle, in quanto attenuano ed oscurano l'evidenza e la gravità del problema, come un ostacolo alla realizzazione del rimedio migliore.

Respingere entrambe le soluzioni interpretative presupponeva, innanzitutto, aver fiducia in una terza via: la codificazione (4). Nella misura in cui questa speranza fosse apparsa irreale, lontana

---

Franco Venturi, Milano-Napoli, 1962, pp. 941-983, e la relativa appendice bibliografica. Come soluzione ai difetti dell'ordinamento Galanti proponeva la formazione di un nuovo codice nel quale si sarebbe dovuta tener presente la distinzione di Triboniano tra Codice e Digesto, nel senso che « le regole eterne della giustizia distributiva » dovevano rimaner distinte da quelle « economiche e politiche per loro natura temporanee » (*op. cit.*, t. II, cap. IX, 3) Era del tutto escluso per Galanti che si potesse concepire un nuovo codice come raccolta delle leggi esistenti (*op. cit.*, p. 246).

(2) Sulla pluralità delle fonti che stava alla base dell'ordinamento giuridico del diritto comune cfr. soprattutto F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951; lo schema, e la gerarchia delle fonti descritti in questa opera indicano un disegno generale (non verificato per singole fattispecie, in particolare in materia penale) e puramente formale, che rischia di appiattire ogni prospettiva e di risolvere sotto un unico segno di legalità le gravi tensioni e contraddizioni del sistema. Per una visione del fenomeno più attenta al vario intersecarsi dei suoi piani e livelli, cfr. le indicazioni di R. AJELLO, in *Preilluminismo giuridico e tentativi di codificazione nel Regno di Napoli*, Napoli, Jovene, 1965, part. cap. II, ed in *Formalismo e storia del diritto moderno*, in *Quaderni fiorentini*, 1972, I e di L. LOMBARDI, in *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, cap. II, part. pp. 83 ss.

(3) Sull'atteggiamento degli Illuministi nei confronti del problema dell'interpretazione cfr. G. D'AMELIO, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano, 1965; CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1965.

(4) Sul problema della codificazione cfr., oltre gli autori citati alla nota precedente, VIORA, *Consolidazioni e codificazioni*, Torino, 1967; TARELLO, *Le ideologie della codificazione*, Genova, 1969.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e astratta, una scelta tra interpretazione letterale ed interpretazione evolutiva sarebbe stata inevitabile a livello giurisprudenziale: gli stessi motivi che impedivano infatti di fondarsi su di una codificazione *in fieri*, rendevano poco credibile un intervento vigile e attivo del legislatore diretto a risolvere con la sua autorità il problema interpretativo. Ma la libera scelta dottrinaria o giurisprudenziale impediva il formarsi di soluzioni chiare ed univoche. Interpretare liberamente significava infatti considerare desuete le vecchie leggi e quindi disperdere ogni punto di riferimento obiettivo nel sillogismo interpretativo e spezzare ogni freno all'interpretazione creativa; inversamente, applicare le vecchie leggi alla lettera era spesso impossibile e, per altri motivi, non meno seri, neppure logicamente auspicabile.

Il dilemma si presentava in termini particolarmente drammatici nel diritto criminale. È nota, infatti, l'estrema crudeltà delle pene previste, anche per reati non gravi, dalle antiche leggi ancora formalmente vigenti alla fine del secolo XVIII in quasi tutti gli stati italiani. Basti pensare che la pena di morte era comminata per il bacio violento (5) e per il furto superiore all'oncia (6); e che, pur desueta la pena della mutilazione della lingua, il delitto di bestemmia verbale, era tuttavia punito dalle prammatiche più recenti con quattro anni di galera, frusta e *mordacchia* (7). È pur vero che la prassi giudiziaria tendeva a correggere l'eccessiva durezza delle pene, adoperando anche sottili mezzi processuali (8);

---

(5) *Pragmaticae, Edicta, Interdicta Regiaeque Sanctiones Regni Neapolitani*, ed. a cura di Alfenus Varius, Neapoli, 1772, t. III, pragm. I « de osculantibus mulieres », p. 190 (la prammatica confermava una legge anteriore di Roberto d'Angiò).

(6) Cap. « ad hoc ut nostrorum »: *Constitutiones Regni Utriusque Siciliae*, nell'ed. curata da Sarayna, Lugduni, 1560, pp. 291-292. La costituzione è riportata in TRIFONE, *La legislazione angioina*, Napoli, 1921 (testi, p. 14).

(7) *Pragmaticae, Edicta...*, cit., t. I; Pramm. I, II e VII « de blasphemantibus ».

(8) Nell'ipotesi di bacio violento l'espediente adottato nella prassi per evitare la comminazione della pena di morte, pur senza contraddire formalmente la Prammatica I « de osculantibus mulieres » consisteva nel consentire al reo di contrarre matrimonio, e nel prosciogliorlo poi, rimettendo il mandato, a matrimonio avvenuto. Tale prassi risulta da un caso discusso in seconda istanza dinanzi alla Camera di S. Chiara, che approvava la prassi sopra riportata esprimendo pur la preoccupazione che essa potesse dar luogo ad abusi. Interessanti sono poi le

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ma il carattere episodico informale e spesso tortuoso di tali rimedi produceva una serie di conseguenze negative: portava (com'è ovvio) alla formazione di giudicati eterogenei, e pertanto non consentiva né un uniforme ridimensionamento delle pene né la formazione di stabili categorie giuridiche (9) e, ciò che più conta, non sortiva neppure decisivi risultati correttivi della crudeltà

---

considerazioni ivi svolte intorno alla desuetudine della Prammatica: la Camera, infatti, dopo aver esaminato la legislazione e la letteratura, riferisce che mai, o solo una volta, la pena di morte prevista dalla prammatica venne applicata nel Regno. Essa riteneva ancora che se non si era avuta una abrogazione esplicita della prammatica, ciò era stato per conservare il « meto » della pena, e dar libertà ai Tribunali di decidere caso per caso (A. S. N., Bozze di consulta della Camera S. Chiara, vol. 19, inc. 14). Quest'ultima affermazione è abbastanza indicativa della funzione di intimidazione che le supreme magistrature attribuivano all'incertezza delle pene, e spiega anche lo scarso interesse dell'autorità politica ad eliminare le norme desuete dell'ordinamento. Le limitazioni introdotte dalla dottrina all'applicazione della prammatica e la prassi surriportata di scarcerare il reo dopo il matrimonio sono ampiamente esaminate da DE ROSA, *Decretorum Magnae Curiae Praxis Criminalis*, Neapolis, 1721, par. II, cap. I, pp. 4-7. Qui viene altresì riportata la formula tipica che la *Magna Curia* adottava per le pronuncie in materia: « Die c. facto verbo in aula audito Regio Fisco et partibus N. N. inquisitus de osculo, ut in actis, exulet per quinquennio, aut remaneat carceratus per biennium; verum si matrimonium contraxit N. N. remittatur ei poena praedicta »; cfr. *op. cit.*, § 7, p. 5. Certo in questo caso si poneva il problema se non vi fosse coartazione del consenso; ma DE ROSA non aveva dubbi: « Voluntarium, et non coactum videtur matrimonium: nam ipsemet vir seipsum arctavit, et in talem necessitatem se posuit » (ibid.).

(9) I caratteri sopra citati non consentono nemmeno oggi di tracciare in modo lineare e dogmatico la disciplina dei vari reati o della procedura durante il diritto comune; viceversa ogni ricostruzione deve cercare di tener presente la continua interferenza della interpretazione sulla legislazione e nello stesso tempo, la maggiore o minore uniformità dei risultati di tale azione. Per cui, ogni volta che ciò è possibile, dovrebbe distinguersi tra le interpretazioni consolidate che avevano determinato vere e proprie consuetudini di giudicare, e le altre che rimanevano controverse sul problema. Per tutto ciò cfr. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffré, 1967, cap. II.

Ciò che non appare accettabile è il metodo, ampiamente diffuso nei manuali di storia del diritto penale del secolo scorso, e di cui quello di AMELLINO ci appare come l'esempio più significativo (*I principi del diritto e della procedura penale in Napoli nei sec. XVIII e XIX*, Napoli, 1895: cfr. specialmente pp. 176-178), di tracciare la disciplina unitaria di un reato, o di un istituto, ponendo le une accanto alle altre opinioni di giuristi diversi, senza indicare né il dato normativo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle pene, come attestano continuamente le cronache e le carte giudiziarie del XVII e XVIII sec.

Era, ad esempio, molto frequente che la vendetta penale della legge non si placasse neppure dinanzi al cadavere del condannato: esso veniva spesso squarciato e le membra venivano esposte « in diversi luoghi dei delitti commessi » (10) a pubblico ammonimento. Tra le cosiddette « estenuazioni di pena » ricorre spesso quella di trascinare il cadavere a coda di cavallo per le vie della città (11), così come di portare « in trionfo » la testa del bandito in cima ad una picca nei luoghi delle sue gesta (12). A tale scopo — per ovvi motivi — si rendeva necessario farla salare (13). Gli stessi autori che riferiscono la desuetudine della pena surriportata del taglio della lingua per la bestemmia, testimoniano il perdurante uso della perforazione (14).

Se il problema dell'interpretazione letterale o libera delle leggi comminanti pene disumane non trovava soluzione a livello prammatico, è ancor più spiegabile che non lo trovasse a livello teorico. Il dilemma non si poneva, come si è detto, per gli illuministi, che se lo prospettavano per respingerne entrambi i termini; non si poneva per la prassi giudiziaria, né per le dottrine pratiche, poco sensibili alle esigenze di coerenza teorica e di certezza giudiziaria, e disposte ad accettare tutte le aperture di libera interpretazione, se non di arbitrio, offerte dal sistema. Il quesito si poneva per quelle dottrine colte che, pur attente al problema della certezza, tuttavia non credevano nel rimedio legislativo (15) e volevano

---

rispetto al quale essi operavano né la misura in cui tali opinioni venivano recepite da parte dei tribunali.

(10) Archivio di Stato di Firenze, Mediceo, 4140: la pena riguardava 6 assassini di strada pubblica.

(11) Archivio di Stato di Napoli, Bozze di consulta della R. Camera di S. Chiara, vol. 23 incart. 89. L'udienza condanna alcuni rei di furto ed omicidio « alla pena di morte con la esasperazione di doversi prima trascinare e poi dividere i loro cadaveri in pezzi, e sospenderli agli alberi ».

(12) Cfr. F. M. PRATO, *Responsa criminalia et fiscalia*, Napoli, 1656, p. 485.

(13) Archivio di Stato di Napoli; Segreteria di Stato di Grazia e Giustizia, fascicoli 165, 5-11.

(14) Cfr. F. M. PRATO, *Additiones* alla *Practica tum civilis S. R. Consilii, m. c. v., cum criminalis* di J. B. MUSCATELLO, Ven., 1676, p. 550.

(15) Per ciò che concerne la sfiducia della generazione di Giannone intorno al rimedio legislativo cfr. AJELLO, *Preilluminismo*, cit., cap. II.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perciò raggiungere lo stesso risultato nell'ambito degli ordinamenti tradizionali; si poneva per quei giuristi culti, fino al tardo umanesimo ed al preilluminismo, che intendevano realizzare — mediante una fedele, rigida, faticosa affermazione delle componenti culturali e teoriche del sistema — una sua riforma moralistica, o almeno un'azione correttrice delle sue più gravi deformazioni prammatiche.

Il continuo emergere del divario teoria-prassi tendeva sempre più, nel seicento e nel settecento, a screditare gli strumenti di certezza interni al sistema giurisprudenziale ([16]). Avevano mai creduto, i giuristi più colti, nella efficienza e validità degli strumenti endo-giurisprudenziali di certezza giuridica? E, più in generale, in che modo la dottrina del tardo diritto comune riteneva si potesse uscire dal dilemma interpretazione letterale (pene disumane) — libera interpretazione evolutiva (arbitrio del giudice)? Questo il tema che ci proponiamo *in limine*. Rendersi esattamente conto della questione significa cogliere il sistema del tardo diritto comune nel suo reale funzionamento ed uscire sia dalle generiche accuse illuministiche di arbitrio, sia dalle non meno unilaterali immagini del diritto comune come un sistema di valide ed efficienti garanzie giuridiche ([17]).

([16]) I mezzi tipici di certezza endogiurisprudenziale nell'ambito del diritto comune erano — secondo Lombardi da cui l'espressione è tratta — la *communis opinio*, che rappresentava precisamente « lo sforzo di un ordinamento giurisprudenziale di dare a se stesso la propria legge » (Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 184), e la letteratura consiliare: questi due elementi segnano insieme, « l'avvento della giurisprudenzializzazione massima del diritto comune » (p. 194). Per ciò che concerne l'altro possibile elemento di certezza interno al sistema, cioè le sentenze dei tribunali, Lombardi tende a considerare anch'esse norme giurisprudenziali nel senso che, essendo pubblicate privatamente da giuristi giudici, esse valevano più come opinioni di dottori che come precedenti giudiziali (*op. cit.*, p. 192). È da aggiungere che le magistrature, dando luogo alla formazione di usi giudiziali, creavano elementi di certezza in qualche modo autonomi rispetto alla *communis opinio*. Per ciò che concerne il valore delle sentenze emesse dai tribunali supremi cfr. G. Gorla, *I Grandi Tribunali italiani fra i secoli XVI e XIX*, in *Quaderni del Foro ital.*, 1969; i temi esposti in questo articolo sono stati ripresi, con alcune modifiche, in una relazione tenuta al III Congresso internazionale di Storia del Diritto, (Firenze, 1973) di cui gli Atti sono in corso di pubblicazione.

([17]) Una posizione rivalutativa del diritto comune è espressa da I. Mereu,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2. *La pena del furto come esempio di interpretazione eversiva: la denuncia di F. Rapolla.*

L'impossibilità di affrontare una tale problematica genericamente, attraverso una ricerca nell'ambito inesauribile delle dot-

---

(*Storia del diritto penale del '500*, Ferrara, 1964) nella misura in cui, contrapponendo la configurazione del reato e delle sue circostanze operata dai grandi penalisti del '500 alla legislazione della Rivoluzione francese e del primo '800, rileva la netta inferiorità di questa rispetto alla prima, sia a livello di elaborazione dogmatica che di giustizia sostanziale. Tale raffronto è operato nel dichiarato intento di contraddire il comune giudizio secondo cui il pensiero giuridico illuministico e la Rivoluzione francese avrebbero avuto una risolutiva importanza per il progresso del diritto penale (*op. cit.*, cap. II). *L'arbitrium judicis* s'imporrebbe invece — secondo Mereu — proprio con la Rivoluzione francese (pp. 89-90), che non avrebbe peraltro, dal punto di vista dell'elaborazione dottrinale, aggiunto nulla ad un sistema già perfettamente fissato nelle opere di Claro e di Farinaccio: ivi infatti le figure giuridiche del tentativo, della recidiva, della complicità, la categoria delle cause dirimenti (p. 97 ss.) trovavano formulazioni più esatte sul piano della coerenza formale e più rispondenti ai canoni della giustizia materiale che nella legislazione rivoluzionaria e napoleonica.

Le concezioni di fondo espresse da Mereu meriterebbero un discorso più ampio di quanto questa sede non consenta. È opportuno comunque notare che, mentre può essere accolto il tentativo di superare il giudizio negativo sul sistema del diritto comune (giudizio che ha costituito, da Beccaria in poi, una remora alla considerazione storica più approfondita del periodo tra il Cinquecento ed il Settecento), appare del tutto improprio ripensare il diritto penale di quest'epoca attraverso una metodologia di « confronto » e di « rivalutazione ». Altrettanto illegittimo appare raffrontare entità eterogenee quali la dottrina del '500 da una parte, e la legislazione rivoluzionaria e napoleonica dell'altra. Per di più la prima è ricostruita quasi sempre attraverso l'opera di Farinaccio ed esposta secondo linee estremamente semplificate, che non tengono conto né delle interne contraddizioni né del grado di effettiva incidenza sulla prassi. È da rilevare, a questo proposito, che lo stesso Autore aveva insistito — nell'ampia e ricca premessa introduttiva — sulla necessità di considerare, negli studi di storia del diritto penale, i vari elementi che contribuiscono a dare un quadro d'insieme dell'ordinamento giuridico: fonti legislative, dottrina, decisioni giudiziali. Ancora, non pare affatto funzionale, assumere come termine di confronto rispetto alle costruzioni dogmatiche del diritto comune, la legislazione penale del primo '800 nel commento di Chaveau ed H'elie, come fa l'autore, dal momento che questa costituì per molti versi un momento di chiusura rispetto ad alcune delle più significative istanze rivoluzionarie (proposizione di nuovi modelli culturali, egalitarismo, redistribuzione effettiva della ricchezza).

In realtà un giudizio sul significato della rivoluzione francese riguardo al diritto penale, ed in genere del pensiero giuridico illuministico e rivoluzionario,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trine penalistiche del tardo diritto comune, rende necessario il reperimento di un « campione » più ristretto, che indichi, senza possibilità di evasione, il contrasto fra esigenze di certezza del diritto ed esigenze di umanizzazione delle pene.

Un punto di partenza interessante ([18]) per l'approfondimento del problema ([19]) è costituito dalla denunzia di F. Rapolla contro l'eversione giurisprudenziale della legislazione in materia di furto. Su questo delitto esistevano una regolamentazione legislativa ([20]) ed una elaborazione dottrinale altrettanto vaste, per cui è reso facilmente verificabile il rapporto legge-interpretazione.

---

impone di guardare alle trasformazioni di fondo che il fenomeno realizzò, o che almeno tese a realizzare: in primo luogo lo sforzo di avvicinare il piano della legalità formale (su cui si muoveva sovrana la scienza del diritto comune) a quello della legalità sostanziale. In altri termini impegno a realizzare un reale e generale sistema di garanzie del cittadino, non più suddito; ciò presupponeva innanzitutto una radicale inversione dello schema della sovranità ed implicava — ciò che ci interessa più da vicino — la configurazione del magistrato, *anche superiore*, come funzionario responsabile verso la comunità.

([18]) Ci è parso cioè interessante iniziare da un personaggio che testimonia l'alto livello di consapevolezza critica raggiunto da una parte della cultura meridionale nella fase del tardo diritto comune.

([19]) È pertanto il problema dell'interpretazione che qui interessa, e non quello della configurazione dogmatica o della regolamentazione legislativa del delitto di furto nelle varie epoche storiche: in questa direzione è volta l'ampia indagine del MANZINI, (*Le varie specie di furto nella storia e nella sociologia*, Torino, 1912) alla quale si fa riferimento per gli aspetti sopra citati.

È da dire che le prevalenti preoccupazioni di MANZINI in merito alla scientificità dell'indagine, intesa come esaustiva descrizione e catalogazione del delitto di furto in tutti i tempi e in tutti i luoghi, non lascia molto spazio allo studio dell'incidenza dell'interpretazione su di essa, che è esaurito, per ciò che riguarda l'Italia, in un breve paragrafo (*op. cit.*, vol. II, sez. II, cap. XVI § IV, pp. 867-884).

([20]) Restava pertanto in teoria esclusa l'ipotesi di carente previsione legislativa in merito alla quantità e qualità della pena, che era per la dottrina il presupposto perché si potesse legittimamente applicare una pena arbitraria; GANDINUS, *De Maleficiis*, Venetiis, 1555, cap. *Quomodo cognoscitur de maleficio*, 2, p. 13; H. DE MARSILIIS, *Consilia*, Venetiis, 1573, cons. 24 n. 34, cons. 39, n. 56; GIASON DEL MAINO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis, 1579, vol. I, l. iubere, p. 60 nt. 17; MENOCHIO, *Consiliorum sive responsorum libri XIII*, Venetiis, 1609, l. I cons. 75, 57; *De arbitrariis quaestionibus sive judiciis*, Venetiis, 1624, l. II, c. 263, 3; CLARO, *Liber V*, in *Opera Omnia*, Venetiis, 1614, 2, 83, 1*a*, *b*, p. 328; DE THORO, *Vota decisiva civilia, criminalia et mista*, Neapolis, 1634, voto 31, n. 46; F. M. PRATO, *Responsa criminalia et fiscalia*, Neapolis,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È noto che secondo i giuristi del tardo diritto comune, ed in particolare secondo Rapolla ([21]), le disfunzioni dell'ordinamento giuridico non dipendevano tanto da carenze inerenti al sistema quanto dalla scadente preparazione giuridica di molti interpreti, i quali, con le loro elucubrazioni, con la loro ignoranza nei confronti del diritto romano, con una mal risposta benignità, avevano determinato la confusione dei princípi e l'incertezza del diritto. Il caso più grave è più evidente di simili abusi appariva a Rapolla l'interpretazione restrittiva data nel Regno di Napoli alle leggi in materia di furto ([22]): « Il malaugurato proposito degli

---

1656, Res. 49, pp. 517-518. Dichiarare desuete le vecchie leggi significava proprio certificare quella lacuna che rendeva legittimo l'arbitrio del giudice nella determinazione della pena.

([21]) *Difesa della giurisprudenza*, Napoli, 1744. L'opera fu scritta, com'è noto, in risposta a *I difetti della giurisprudenza* di L. A. MURATORI, pubblicata due anni prima a Napoli. Mentre però su quest'opera ed in genere sulla figura di Muratori esiste una vasta letteratura (cfr. tra i più recenti BERTELLI, *Erudizione e storia in Ludovico Antonio Muratori*, Napoli, 1960; PECORELLA, *Studi sul Settecento giuridico*, vol. I, Milano, 1964; VENTURI, *Settecento Riformatore, Da Muratori a Beccaria*, Torino, 1969, p. 161 ss.; A. ANDREOLI, *Nel mondo di Ludovico Antonio Muratori*, Bologna, 1972), sono pochi gli studi sulla figura di Rapolla: cfr. AJELLO, *Preilluminismo*, cit., cap. II. VENTURI, *Settecento*, cit., pp. 170-175; PECORELLA, *Studi*, cit., pp. 154-172.

([22]) Il caso di furto costituiva anche per l'illuminista Mattei un esempio tipico del rapporto legge-interpretazione sotto l'*ancien régime* ed una riprova dell'inutilità delle tradizionali sottigliezze interpretative per risolvere il problema dell'aggiornamento delle pene. « È celebre il capitolo di Carlo D'Angiò, che per una oncia d'oro impose la morte, per nulla dire dello stabilimento di Federico, che per cinque soldi ordinò lo stesso: e per quante questioni si facciano per ingrandire quell'oncia, avendosi riguardo al peso, ed al valore di quei tempi, e per estendere i soldi più oltre che si possa, sempre l'oncia e il soldo sarà sproporzionata materia per l'ultimo supplizio » (*Che la dolcezza delle pene sia giovevole al fisco più che l'asprezza*, Napoli, 1787, pp. 23-24). Il fenomeno dell'arbitrarietà ed incertezza delle pene di fatto applicate nei tribunali discendeva direttamente, secondo Mattei, dall'eccessiva severità delle pene formalmente in vigore, e di cui la legge angioina costituiva uno degli esempi più eclatanti. Ma la giurisprudenza arbitraria « è un rimedio che impedisce il male con altro male... ed io ho il coraggio — questa la conclusione di Mattei — di fare una domanda... cioè di raddolcirsi le pene, acciò i rei si puniscano più rigorosamente. Non è questa una contraddizione: non c'è giudice che più rigidamente punisce, che il blando, non c'è giudice che più facilmente perdoni, che il rigorista » (pp. 31-32). Per ciò che concerne le disposizioni sul valore dell'oncia V. oltre, alle pp. relative al Briganti, nt. 52.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interpreti di intendere ad ogni costo in senso più benevolo le pene severissime comminate per i furti dalle leggi di Federico I e Carlo d'Angiò, richiedendo ad esempio, indipendentemente dalle parole della legge, qualità aggravanti (la sedizione) ha fatto cadere in disuso queste leggi, determinandone un'interpretazione varia e libera ed infine la configurazione della pena del furto come arbitraria » ([23]).

L'accusa contro gli interpreti-legislatori si ritrova — in riferimento allo stesso reato — nei « Commentaria de iure Regni neapolitani », ove però sono con più precisione indicati i magistrati quali responsabili dell'uso arbitrario delle leggi. A proposito infatti della pena capitale prevista per l'ipotesi di tre furti, Rapolla sottolineava che essa era ormai desueta a causa dei giudici, « qui, sive male iura interpretando, sive timore ducti, securiora delicta faciunt, numquam ex simplici furto... ad mortis poenam diveniunt » ([24]). Va anzitutto notato che la desuetudine legislativa derivava, per il Rapolla, da una precisa volontà dei giuristi, diretta a creare una prassi di giudizio contraria alla legge: la pena arbitraria sarebbe sorta pertanto, almeno nel caso del furto, non per effetto di una lacuna, ma di una interpretazione eversiva dell'ordinamento, secondo un nesso che meriterebbe di essere verificato anche per altre fattispecie.

Ricostruite lucidamente le ragioni dell'affermarsi del potere arbitrario del giudice relativamente alla pena di furto, Rapolla non aveva dubbi nel condannare *in toto* questo processo di superamento della norma scritta, e nel proporre quale unico rimedio possibile la riapplicazione fedele delle leggi, nonostante che una lunga tradizione le avesse giudicate eccessivamente severe: alla certezza del diritto veniva senza esitazione sacrificato l'altro termine del problema, l'esigenza di rendere meno disumane le pene. Era questa, come si vede, una posizione intransigente, ma coerente alla battaglia ideologica che Rapolla conduceva da un lato contro l'uso libero ed arbitrario delle fonti di diritto, dall'altro

---

([23]) *Difesa*, cit., cap. V, p. 63.

([24]) *Commentaria de jure Regni Napolitani*, Napoli, 1778, t. IV, lib. III, cap. 1-8.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contro il mito illuministico della codificazione (25). Una volta scartate queste due ultime soluzioni, l'unica alternativa possibile (la fedeltà alle norme, anche più antiche, dell'ordinamento), per quanto apparisse idonea a garantire la certezza del diritto ed il carattere scientifico della giurisprudenza, era, a ben vedere, storicamente poco sostenibile: nell'ipotesi di furto, ad esempio, essa avrebbe condotto — come si avrà modo d'indicare — all'irrogazione della pena capitale o della mutilazione, anche per valori minimi (di un'oncia o di un'augustale) dal momento che in questo senso disponevano le antiche leggi.

È forse utile a questo punto, prima di verificare le accuse di eversione rivolte da Rapolla alla giurisprudenza meridionale (26), chiarire la situazione normativa che era alla base della dottrina sulla pena di furto, ed i punti controversi.

---

(25) Egli infatti, secondo Venturi, « Sentiva il mondo moderno troppo vario e troppo corrotto, troppo portato insomma alle idee di interesse e di guadagno individuale per poter credere ad un rinnovamento basato soltanto sull'emanazione di nuove leggi, ispirate dall'utile comune e da un ideale di assoluta giustizia » (*Settecento*, cit., p. 173). Accanto a tale atteggiamento psicologico giocavano le prevalenti preoccupazioni, comuni ai giuristi tardo-umanisti, di preservare la dignità e validità della « scientia juris » (cfr. AJELLO, *Preilluminismo*, cit., cap. II.)

(26) Se le rigide posizioni di Rapolla potevano non essere del tutto condivise, era però certamente molto diffusa presso i suoi contemporanei la preoccupazione per il dilagare delle interpretazioni, espresse nella legislazione da ripetuti quanto inutili divieti di far riferimento all'opinione dei Dottori; si riteneva « non esservi cosa, che più pregiudichi alla puntuale osservanza delle leggi, quanto abbandonar le medesime all'interpretazioni dei Dottori, che inclinando sempre a una perniciosa benignità non tirano, che a svuotarle »: (*Prammaticae, Edicta*, cit., Prammatica II « de homicidiis », vicerè D'Althann. t. II, p. 341). Esistono numerosi esempi di simili divieti nella legislazione del tempo: così nelle Prammatiche del giugno 1738, emanate da Carlo di Borbone con intenti di riforma generale della giurisdizione, si stabiliva che nei delitti di omicidio dovevano ammettersi soltanto le circostanze attenuanti fondate su disposizioni di legge « abolendo le opinioni rilasciate dai dottori » (*Prammaticae*, cit., t. II, Pramm. III « de homicidiis puniendis », § XII, p. 344); relativamente al delitto di falso, che costituiva un'ipotesi tipica di iterazione delle leggi, la Prammatica XIV, del 1751, dopo aver richiamato le leggi precedenti, ordinava che « le stesse leggi e prammatiche si debbono intendere ed osservare nel loro proprio e naturale senso, abolendo perciò tutte le opinioni dei dottori che vi sono in questo genere » (*Prammaticae*, cit., t. II, Pramm. XIV, « de falsis », § 1, p. 6).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. *La normativa in materia di furto.*

In Italia i due modelli normativi a cui in questo campo il legislatore si ispirava erano il diritto romano e le legislazioni germaniche. Il primo nella fase classica prevedeva pene pecuniarie (il doppio o il quadruplo del valore sottratto) sino al momento in cui il furto fu considerato un illecito privato [27] e pene afflittive quando venne perseguito come *crimen* [28]; Giustiniano aveva esplicitamente escluso che si potesse comminare, per un furto semplice, la pena di morte o la mutilazione [29]. I capitolari carolingi [30], le costituzioni di Federico Barbarossa [31], infine la Carolina [32], avevano sancito i criteri della corporalità, espressività [33], gradualità [34] delle pene di furto, rendendolo delitto capitale in molte ipotesi. Si può dire che mentre i politici ed i legislatori, preoccupati soprattutto del carattere esemplare delle pene, si ispiravano sostanzialmente a queste ultime severissime norme, ampiamente recepite dai vari statuti dell'Italia del Nord [35], la dot-

---

[27] Dig. 47, 2, 46, 1; 47, 2, 50 pr. Per la repressione del furto nel diritto penale romano, cfr. MOMMSEN, *Le droit penal romain*, Parigi, 1907, vol. III, p. 35 ss.; ALBANESE, voce *Furto*, in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, 1969, pp. 313 ss.

[28] Dig. 47, 93, 2.

[29] Novella 134, 13, 1.

[30] Secondo queste disposizioni, che rappresentano il modello della legislazione statutaria, il ladro doveva perdere l'occhio per il primo furto, il naso per il secondo, la vita per il terzo. (L. long. C. M. 44, 85, 8, cap. 77 § 3, in PERTILE, *Storia del Diritto Penale*, Torino, 1892, t. 5, p. 641; CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del sec. XVIII*, in PESSINA, *Enciclopedia del diritto penale*, Milano, 1906, t. II, p. 511, nt. 1).

[31] Cost. « De pace tenenda et eius violatoribus », § 17. M. G. H. Leges, t. II ed Pertz, Hannover, 1837, rist. 1965, p. 103.

[32] Art. 157-163: cfr. Constitutio criminalis Carolina ed. crit. Kohler-Scheel, Halle 1900, in *Die Carolina und ihre Vorgängerinnen*, t. I; *Constitutio Caroli V* in calce a: BOEHMERUS *Elementa jurisprudentiae criminalis* Mutinae, 1769.

[33] Per ciò che riguarda l'origine ed il significato delle pene « espressive » cfr. MANZINI, *Le varie specie di furto nella storia e nella sociologia*, cit., vol. II, cap. XVI, § 2, pp. 871-876.

[34] Nel senso che la pena si aggravava, sino a divenire capitale, a causa della ripetizione del delitto. Secondo PERTILE (*op. loc. cit.*), fu Liutprando ad introdurre questo computo dei furti, attraverso il quale s'introduceva nel diritto longobardo la figura della recidiva (cfr. CALISSE, *op. cit.*, p. 510).

[35] Cfr. gli statuti riportati in MANZINI, *op. cit.*, vol. II, pp. 688-693.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trina, come si vedrà, faceva costante riferimento, nel tentativo di mitigare le pene, alla più equa ed elastica disciplina romanistica.

La legge fondamentale del Regno — in molti punti simile alla precedente costituzione fridericiana « De pace tenenda » ([36]) — era costituita dal capitolo « Ad hoc, ut nostrorum » di Carlo d'Angiò ([37]), che comminava la fustigazione e l'esilio per furti minimi, inferiori all'augustale, il taglio della mano per i furti compresi tra l'augustale e l'oncia, la morte per il furto superiore all'oncia e per tre furti, sia pur minimi. La dominazione spagnola non aveva condotto all'abrogazione di questa costituzione angioina, che rimaneva compresa nel corpo delle leggi del Regno, e le prammatiche emanate dai vicerè si erano limitate a regolare certe specifiche ([38]) ipotesi di furto, specie in relazione

---

([36]) Tale costituzione (cfr. nt. 128) contemplava la morte per un furto superiore a 5 soldi. Per più ampie notizie cfr. MANZINI, *op. cit.*, vol. I, pp. 490-497.

([37]) Il capitolo diceva testualmente: « ...Statuimus, ut quicumque furtum in rebus unum Augustalem, et infra valentibus commiserit, fustigetur, et signetur, seu mercetur in fronte, ac nihilominus de tota provincia banniatur. Is autem, qui rem valentem ultra Augustale usque ad unam unciam furatus fuerit, manus amittat. Ille vero, qui ad bona ultra unciam furtivas manus extenderit, quicumque eorum de pluribus furtis licet minimis convictus fuerit, suspendio condemnetur, et si nobilis capitali poena plectetur » (ed. *loc. cit.*, alla nota 6).

([38]) Di questa « specificità » della previsione legislativa, che arrivava spesso all'assurdo, si ha un esempio interessante proprio tra le prammatiche relative al furto. Tra queste, infatti, secondo una strana collocazione, trova posto la previsione riguardante gli « evellentes pilos a caudis equinis », nei confronti dei quali viene comminata la pena di tre anni di galera, o della frusta « a nostro arbitrio riservata » (*Prammaticae, edicta...*, cit., t. II, Pramm. IV « de furtis », Conte Olivares, 25 gennaio 1597, p. 102). Esemplare del carattere episodico ed esorbitante della legislazione spagnola in materia penale appare altresì la Prammatica « de scalarum prohibitione noctis tempore », che, in considerazione della frequenza dei furti commessi a Napoli appoggiando scale alle finestre delle case, e della minaccia che da ciò derivava alla « pudicizia delle donne onorate », così disponeva: « Si ordina, e comanda, che da qua in avanti, niuna persona di qualsivoglia grado e condizione si sia, ardisca né presuma andare di notte con iscale per dentro questa prefata fedelissima città, e quelli che si troveranno portare dette scale incorrono nella pena di morte naturale, ed altra pena a nostro arbitrio riservata » (*Prammaticae, Edicta...*, cit., t. IV, p. 11). Come al solito, l'enormità della pena prevista portava alla disapplicazione pratica della norma, e l'uso di scale era punito con la morte, secondo l'interpretazione classica di Baldo a Dig. 1, 8, 11

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

al luogo in cui il reato era commesso, o ad attribuire la qualifica di prova a determinati indizi (privilegio di prova) ([39]). La più importante di tali prammatiche, la prima *de furtis* ([40]), aveva stabilito che fossero puniti con la morte coloro che di notte assaltavano e derubavano i passanti nelle strade della città di Napoli, indipendentemente dal valore dell'oggetto sottratto, mentre un espediente particolare, quello cioè del marchio sulle spalle, veniva previsto dalla Prammatica XI, *de emptione et venditione*, per attuare la facile riconoscibilità dei ladri. Questa stessa legge sanciva infatti che chiunque venisse inquisito di furto per la seconda volta e condannato, doveva subire un minimo di pena di dieci anni di galera.

La Prammatica più recente (risaliva al 1684), la XXX *de exulibus*, aveva equiparato tutti i furti commessi da più uomini armati in determinati luoghi espressamente indicati ([41]), ai furti

---

(« In primam Digesti partem Commentaria », Venetiis, 1586, p. 47), solo quando era rivolto allo scopo di violare una donna vergine. Ciò è testimoniato anche da una decisione del Sacro Regio Consiglio riportata dal De Franchis, in cui era stato comminato per un caso simile l'esilio per dieci anni, in considerazione del fatto che le donne in questo caso — una vergine ed una vedova — erano consenzienti (*Decisiones Sacri Regi Consilii Neapolitani*, Venetiis, 1588, pars. II, dec. 333, p. 63).

([39]) Così la Pramm. III De Furtis (*Prammaticae, Edicta*, cit., t. II, p. 102), stabiliva che tre deposizioni fatte durante la tortura da tre inquisiti, anche singolarmente, facevano piena prova contro colui che veniva in esse indicato come ladro, nell'ipotesi di furti notturni commessi nella città di Napoli e nei sobborghi; la Prammatica V De Furtis (*op. loc.* sopra cit.) del 1605, statuiva che si dovesse irrogare la pena di 5 anni a tutti coloro che inquisiti per la seconda volta di furto, fossero stati trovati in possesso di chiavi adulterine, a prescindere dalla prova del furto. Il metodo di privilegiare la prova, specie quando si fosse sperimentata l'inutilità dell'inasprimento della pena, aveva nella legislazione del diritto comune un'amplissima applicazione e costituì successivamente uno dei punti maggiormente presi di mira dagli illuministi. Gli esempi nella legislazione dell'Italia meridionale sono numerosissimi specie in materia di falsificazioni, tanto dei titoli di credito (Prammatiche VIII, XII, XIII *De falsis*), quanto di monete (amplissima ad esempio la prammatica XLIV, *De monetis et illas falsificantibus*).

([40]) Tale prammatica venne emanata nel 1533 dal viceré Pedro de Toledo: essa stabiliva altresì che, ove i ladri fossero colti in flagrante con la refurtiva, fossero giustiziati immediatamente senza processo (*Prammaticae, Edicta*, ed. cit., t. II, p. 101).

([41]) Taverne, con masserie, pagliari e altri luoghi situati in campagna, fuori

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di strada pubblica, rendendoli pertanto capitali. Particolari circostanze, quali la sacralità dell'oggetto o del luogo, la violenza, lo scasso, già chiaramente delineate nel *Corpus Juris* e acquisite nel patrimonio di diritto comune attraverso la recezione della Glossa ([42]), valevano a rendere il diritto qualificato, e importavano quasi sempre una pena capitale.

L'opera dei giuristi del Regno di Napoli, nei confronti della disciplina suaccennata, tendeva a dimostrare la desuetudine delle leggi sveva ed angioine e la possibilità di una mitigazione della pena da parte del giudice nei confronti di furti qualificati.

---

del recinto delle città, terre, case e ville abitate, così di giorno, come di notte, (*Prammaticae*, ed. cit., t. I, Pramm. XXX *De Exulibus*, § XVII, p. 531).

([42]) Per ciò che concerne il furto sacrilego il riferimento fondamentale era costituito da D. 48, 13, 6 (*Sacrilegii poenam debebit proconsul pro qualitate personae, quoque rei conditione, et temporis et aetatis, et sexus vel severius vel clementius statuere; et scio multos et ad bestias damnasse sacrilegos, nonnullos etiam vivos exussisse, alios vero in furca suspendisse*) e dalla relativa Glossa « Sacrilegii ». La violenza trovava la sua regolamentazione più generale nel Corpus Juris nella lex Julia de vi, ove veniva specificatamente contemplata la rapina (Dig. 48, 6, 3, 2); vi era inoltre un'*actio vi bonorum raptorum*, di natura privata, tendente al conseguimento del quadruplo del valore sottratto (Dig. 47, 8, 1).

È da notare che la legislazione angioina aveva regolato la rapina con gli stessi criteri di gradualità con cui era stato regolato il furto, comminando cioè la pena capitale solo per la terza rapina (cap. *Placuit de consilio*, 1267, *Constitutiones*, ed., cit., p. 300). Particolare considerazione ebbe, nel diritto comune, la glossa a l. *capitalium*, § *grassatores* (Dig. 48, 19, 28, 10), § *famosos latrones* (Dig. 48, 19, 28, 15), ove venivano contemplate le pene relative ai ladri di strada (*grassatores*) e dei banditi usi a commettere rapine ed omicidi (*famosi latrones*). Il passo era importante sia perché contemplava le ipotesi più gravi di furto con violenza alle persone sia perché in esso la pena capitale era sancita, per i *grassatores*, solo in presenza di alcune circostanze aggravanti quali l'uso di armi, la recidiva, la pubblica strada: da ciò presero spunto quelle interpretazioni tendenti a dimostrare che ai fini della comminazione della pena di morte al « fur famosus » non fosse sufficiente la mera ripetizione del delitto, ma il concorso di varie circostanze aggravanti (cfr. oltre, le pp. relative a Cepolla). Al tit. *De effractoribus et expilatoribus* (Dig. 47, 18), venivano previste le pene per i ladri *effractores*, con la distinzione tra *effractores nocturni* — fustigazione e condanna ai lavori forzati — e *diurni* — fustigazione e condanna ai lavori pubblici, temporanei o perpetui —; tale passo considerava perciò implicitamente anche la circostanza del tempo notturno come aggravante, secondo una concezione che fu poi completamente recepita nel diritto comune.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4. *Il tentativo di razionalizzare la desuetudine: Tommaso Briganti.*

Bisogna innanzitutto sottolineare che parlare genericamente dell'opera dei giuristi meridionali può essere corretto solo in una prima fase di approssimazione al problema, perché in essi si ritrova una grande varietà di atteggiamenti, corrispondenti a funzioni giurisdizionali ed a formazioni culturali diverse. L'esame della posizione di Rapolla può dare un esempio dell'atteggiamento polemico ed intransigente, proprio dei giuristi di formazione storico-erudita: esso tendeva a fornire un'indicazione di politica legislativa piuttosto che una via d'uscita ai quotidiani problemi della prassi. Appunto perciò la posizione di Rapolla è particolarmente significativa, sul piano scientifico, e può essere assunta quale espressione limite, esasperata dal conflitto ideologico col Muratori, di posizioni e preoccupazioni largamente diffuse, dopo i primi due o tre decenni del secolo XVIII, presso i giuristi più colti. Essi, se da una parte avevano acquistato piena consapevolezza dell'importanza prioritaria da attribuirsi al problema della certezza nell'economia del sistema giuridico, d'altra parte, non credevano più nella validità dei criteri di certezza elaborati dall'interpretazione e dalla dottrina: perciò la legge — sia pure una legge antica, disumana, e di fatto non applicabile — tendeva a divenire l'unico punto di orientamento attendibile.

Naturalmente l'urgenza del problema della certezza era sentita, nella stessa misura, da molti altri giuristi più o meno contemporanei di Rapolla: in essi però, sia pure con una grande varietà di accenti, è ancora presente l'impegno a fornire soluzioni che non privassero la giurisprudenza della sua funzione mediatrice tra legge e caso concreto, secondo i canoni forniti dalla tradizione del diritto comune. Il travaglio interpretativo cui questo impegno dava luogo è evidente nel carattere involuto, contorto, ma anche fertile e sottile, dei rimedi logico-giuridici offerti dalla dottrina del tardo diritto comune ai problemi della prassi giudiziaria.

Nel panorama molto vario ed articolato della giurisprudenza meridionale fra Sei e Settecento, le indicazioni più significative e ricche intorno a tale complessa tematica, vista in relazione alla pena del furto, sono quelle offerte da Tommaso Briganti e Dome-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nico Moro. Il primo ([43]), di fronte al dilemma disumanità della legge — desuetudine, era per l'enunciazione chiara, senza mezzi termini e senza inutili riserve mentali, della totale disapplicazione di certe norme: ciò non significava per Briganti — come invece per tanta parte dei giuristi pratici — accettare passivamente la prassi giudiziaria e l'arbitrio dei magistrati, ma, al contrario, realizzare una responsabile chiarificazione dell'ordinamento giuridico nelle sue reali componenti, ivi compreso l'uso di giudicare *contra legem*. All'accertamento, così operato, del dato di fatto, che aveva già di per sé un'innegabile funzionalità ai fini della certezza, venivano poi collegate conseguenze quanto mai significative sul piano della giustizia sostanziale: doveva essere escluso, secondo Briganti, che il giudice potesse decidere, a suo arbitrio, se applicare o meno il capitolo angioino, come affermava gran parte della giurisprudenza pratica.

Questa posizione contiene, a ben vedere, alcune sottili implicazioni che non è senza interesse sottolineare: sgombrare il campo da certe presenze fittizie (norme desuete), significava infatti certificare quella lacuna dell'ordinamento che, secondo i canoni della giurisprudenza del diritto comune, rendeva configurabile, e pertanto controllabile, il potere arbitrario del giudice in materia di pene ([44]); laddove l'ammissione della formale vigenza di norme

([43]) BRIGANTI, *Pratica criminale delle corti regie e baronali*, Napoli, 1770; GIUSTINIANI, *Memorie istoriche degli scrittori legali del Regno di Napoli*, Napoli, 1787, rist. Forni, 1970, riferisce che la prima edizione fu pubblicata nel 1755.

([44]) Cfr. nota 20. La dottrina del diritto comune, pur non conducendo una battaglia — per molti motivi insostenibile — contro il potere arbitrario del giudice in materia penale, aveva costantemente tentato di elaborare un'interpretazione restrittiva di questo: in linea generale si tendeva ad interpretare il potere concesso al giudice in materia criminale come « arbitrium boni viri » (cfr. MENOCHIO, *De arbitrariis*, cit., L. I, Q. 9); il giudice doveva esercitarlo in modo da non dover derogare troppo alle norme del diritto comune, delle leggi positive, della consuetudine (MENOCHIO, *op. ult. cit.*, Q. 15, 2; A. ARETINUS, *De Maleficiis*, Venetiis, 1555, p. 254; H. DE MARSILIIS, *Consilia*, Venetiis, 1573, cons. 42, 3-4; cons. 69, 15; CLARO, *Liber V*, ediz. cit.; RAYNALDUS, *Observationes civiles, criminales, mixtae*, Venetiis, 1735, cap. XXXIX, § 9-10); e tra diverse pene, in assenza di circostanze aggravanti, era preferibile che il giudice scegliesse la più mite (MENOCHIO, *op. ult. cit.*, Q. 85; *Consiliorum sive responsorum*, cit., lib. I, cons. 94, n. 28). In questo senso pure CARPZOVIO, di solito non molto sensibile ai problemi dell'equità (*Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di fatto inapplicate, forniva una pericolosa copertura all'esercizio della discrezionalità del giudice. Tracciar limiti e norme per l'esercizio del potere giurisdizionale era del resto esplicitamente dichiarato da Briganti scopo fondamentale della sua opera, che egli intendeva rivolgere soprattutto ai magistrati delle corti inferiori,

---

Lipsiae, 1739, p. III, Q. 102). È da dire che tale tentativo restrittivo incontrava il suo limite più grosso nella concezione dei magistrati superiori come rappresentanti, in certa maniera, del principe e pertanto depositari della « giustizia distributiva » (cfr. oltre la nota 100). Per questa ragione il potere arbitrario del giudice, sul quale si sottilizzava in linea teorica, era poi ampiamente legittimato nel caso di magistrature superiori: così, in assenza di pene rigidamente determinate, e talora anche in presenza di queste, tali magistrati avrebbero potuto arbitrare sino alla pena di morte (il che era escluso formalmente per i giudici inferiori) e procedere alla confisca dei beni (MENOCHIO, *op. cit.*, lib. II, Q. 86), o diminuire le pene stabilite dallo statuto anche per cause non strettamente inerenti al delitto (*causa extrinseca*: CLARO, *op. cit.*, q. 85, § 10). In sostanza, mentre nei confronti dei giudici inferiori, considerati tecnici, spesso ignoranti, del diritto, il giurista tendeva a rintracciare il senso ed i limiti precisi del potere discrezionale, delimitando gli argini del diritto comune e consuetudinario nel quale esso andava esercitato, nei confronti dei supremi magistrati, « politici » del diritto, riteneva di non poter procedere nella stessa direzione. Concorrevano a determinare questa disparità di teorizzazione sia motivi speculativi, inerenti al modo di concepire le fonti stesse della sovranità, sia motivi pratico-politici: la considerazione, ad esempio, che limiti e garanzie più ampie e generali non avrebbero sortito alcun risultato, di fronte alle superiori esigenze dell'assolutismo. È da notare che questa concezione di una differenza qualitativa tra il giudizio di fronte ad un giudice inferiore ed uno di fronte ad un giudice superiore rimase pressochè inalterata dal '500 al '700, com'è confermato anche dall'opera di Briganti (cfr. nota successiva). Sul potere arbitrario del giudice in materia penale cfr. PERTILE (*op. cit.*, t. 5, p. 389; 400), CALISSE (*op. cit.*, pp. 438-441); tuttavia il carattere stesso di entrambe le trattazioni, in cui il problema dell'arbitrio è affrontato in generale, per un arco di tempo che va dalle invasioni barbariche a Beccaria, impedisce di individuare i problemi relativi ai singoli momenti ed ambienti storici: così il salto qualitativo tra magistrature inferiori e superiori non riceve sufficiente rilievo. Calisse esaurisce il complesso problema dell'arbitrio del giudice nell'ambito della relazione tra reato e pena, nel senso che la discrezionalità del magistrato, in assenza di una precisa regolamentazione legislativa sulle circostanze del reato, serviva ad operare un concreto collegamento tra delitto e pena. Nell'esporre poi la giustificazione teorico-politica che del potere arbitrario dei magistrati era data dai penalisti del 1400 e del '500 — che cioè il magistrato rappresentava il principe — non è poi minimamente sottolineato che tale « Rappresentanza » valeva, secondo la *communis opinio*, soltanto per le magistrature superiori.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

affinché si evitassero, almeno in queste, i modi di procedere liberi ed anomali rispetto alla legge, propri delle corti superiori ([45]). A questo fine bisognava anzitutto, secondo Briganti, tracciare un chiaro disegno dell'ordinamento giuridico nel suo complesso impostando correttamente il problema delle fonti: « La cronologica istoria delle leggi... e un certo critico discernimento sopra gli autori... ci tireran fuori dal caos e dalla confusione » ([46]). Egli si proponeva di indicare « in mancanza del testo ... come e quali decisioni debban farvi contrappeso di autorità; mancando le decisioni, e quando preponderi l'autorità de' Dottori, che scarto debba farsi di loro, con gittarne a monte il novanta per cento » ([47]).

In attuazione delle finalità sopra enunciate, Briganti passava, nella prefazione, ad illustrare, in ordine di successione, le leggi

([45]) Tali intendimenti sono esposti da BRIGANTI nelle primissime pagine dell'opera (*Economia dell'Opera*, pp. 1 e 2) e nella prefazione, dedicata ai figlioli (pp. 4-5), in cui sottolinea la necessità di tracciar una gerarchia delle fonti, per combattere la confusione, e di selezionare le innumerevoli opinioni dei Dottori. Il carattere eccezionale del modo di procedere dei Tribunali Supremi è sottolineato da Briganti ripetutamente, nel corso dell'intera opera. Per ciò che riguardava ad esempio l'ampiezza dei poteri del giudice nelle ipotesi di pena arbitraria, Briganti così si esprimeva: « e che che sia di supremi tribunali che godono tante preminenze, fino di stendere l'arbitrio nelle ingiurie atroci all'ultimo supplicio... Quello, che è indubitato si è, che tale arbitrio unque mai è stato conceduto alle nostre corti inferiori sfornite di ogni preminenza e con la sola potestà ordinaria circoscritta e segnata da angusti e stretti cancelli da tutte le leggi comuni, e municipali » (*op. cit.*, tit. 15, § VI, 55, p. 242). Subito dopo egli cercava di fornire un'interpretazione equitativa anche dell'arbitrio delle corti superiori: « Sempre, dunque, che la pena sia arbitraria, l'arbitrio delle nostre Corti si restringe, nel diminuire le pene per quanto si possa ... insomma tutto l'arbitrio delle nostre Corti servirà per addolcire il veleno amaro delle pene » (*Pratica*, loc. cit., § 56).

([46]) *Pratica, Economia dell'opera*, p. 2. La convinzione, che emerge chiaramente da questo brano, che fosse possibile raggiungere un grado sufficiente di certezza e di funzionalità del diritto senza modificare sostanzialmente il sistema del diritto comune, solo che si fosse in possesso di un'adeguata preparazione giuridica, spiega il porsi di Briganti, nella polemica Muratori - Rapolla, (ampiamente citata nella prefazione, § VII, pp. 91-126, *op. cit.*), accanto a quest'ultimo, e la malcelata insofferenza per la radicalità delle critiche muratoriane nei confronti della giurisprudenza.

([47]) *Pratica, Economia dell'opera*, p. 2. Nello schema delle fonti, tracciato nella prefazione, in specie nella decisa prevalenza attribuita alle « decisiones » rispetto alle dottrine, nell'insofferenza per la pretesa di risolvere le questioni di diritto attraverso il solo uso del « lume naturale » (*op. cit.*, prefazione, § 10), si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comuni, le costituzioni, i capitoli, i riti della Vicaria ed infine la Regie Prammatiche, chiarendo la collocazione di ciascuna di queste fonti nell'ordinamento e sottolineando che soltanto in caso di lacuna si sarebbe fatto riferimento alle decisioni dei Tribunali. Riguardo ai capitoli angioini — la fonte più interessante ai fini del delitto di furto — Briganti sottolineava: « Questi capitoli hanno presso di noi... tutta l'autorità, e tutto il vigore; e tutto ciò che per leggi posteriori non si trova corretto o mandato in disuso, dobbiamo inviolabilmente osservare » (48).

Nonostante queste premesse, Briganti non esitava a proclamare con forza e, a differenza di Rapolla, senza alcuno sdegno, la desuetudine del capitolo « ad hoc », tanto per ciò che concerneva la fustigazione e la mutilazione per furti minimi, quanto per la pena di morte relativamente al furto superiore all'oncia (49). Anche nell'ipotesi di più furti, se di lieve entità, la pena capitale stabilita da Carlo D'Angiò andava sostituita con la condanna al remo per la durata stabilita dal giudice (50).

Briganti non si limitava a registrare il dato di fatto della desuetudine, o ad additarne, quale giustificazione, l'empietà di Carlo I, secondo un diffuso luogo comune; ma ne indicava i fattori determinanti nella « connivenza dei monarchi successori », nell'« acquiescenza dei popoli », e nel « contrario uso di giudicare » (51). Se si prende in considerazione quest'ultimo elemento, si nota subito che esso contraddice lo schema dell'ordinamento giuridico trac-

---

nota l'influenza di De Luca il quale è del resto da Briganti ampiamente citato (cfr. oltre nota 94).

Per ciò che riguarda le opinioni dei dottori, Briganti, pur suggerendo severi criteri di selezione, riteneva inaccettabile cancellare con un colpo di spugna l'opera secolare della giuriprudenza: « Ma il condannare alle fiamme, ed alle fardelle tanti sudori, e fatighe d'insigni interpreti antichi, e moderni, quandochè non men dagli uni, che dagl'altri potrà farsene un ottimo sortimento... questo a dir vero sa troppo del barbaro e del crudele (*Pratica*, pref. § VII, 124).

(48) *Pratica*, pref., § III, v. 11, p. 12.

(49) *Pratica*; *Miscellanea*, tit. II, § III, v. 18-23, p. 301 s.

(50) *Ibidem*, v. 44, p. 304. Briganti aggiunge che avendo la Vicaria condannato alla forca in un'ipotesi di lievi furti reiterati, la sentenza venne revocata dal S.R.C.

(51) *Ibidem*, v. 45, p. 304. Sul significato sell'enunciazione congiunta di tutti e tre tali elementi cfr. oltre § 7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciato nella prefazione, dove era stato legittimato il ricorso alle decisioni dei Tribunali solo nel caso di carenze normative, e si era affermata la vigenza dei capitoli angioini non corretti « per leggi posteriori »: alla luce di queste premesse è chiaro che nel caso del furto non sarebbe stato legittimo il ricorso a precedenti giudiziari, per di più in senso eversivo. Ci troviamo qui in presenza di una contraddizione tipica dei giuristi del tardo diritto comune: essi infatti denunciavano — al fine di garantire la chiarezza dell'ordinamento e di conseguire per questa via la certezza del diritto — uno schema astratto di gerarchia delle fonti, che erano poi costretti a contraddire quando la trattazione di una singola fattispecie li poneva concretamente innanzi ai problemi di adeguare il diritto alla realtà e di rendere più umane le pene. Nel caso di Briganti va però sottolineato che la contraddizione era funzionale all'impegno di combattere gli abusi della prassi, finalità che il giurista aveva posto a fondamento della sua opera: in relazione alla questione della pena del furto, l'unico modo di rendere più certo l'ambito dei reali poteri del giudice era infatti quello di enunciare con chiarezza la desuetudine del capitolo « ad hoc », intesa però come abrogazione, sia pure implicita, di questa legge e sua conseguente inapplicabilità.

Alla luce di questa sua impostazione del problema, Briganti giudicava criticamente argomentazioni e metodi d'indagine diffusi nella cultura giuridica del suo tempo: così « un manifesto abbaglio », dipendente da un falso presupposto e « dalla poca perizia dell'Istoria », gli appariva la discussione dei giuristi del tempo (e qui venivano chiamati in causa De Rosa e Maradei) sul problema del valore da attribuire all'oncia di cui parlava il capitolo « ad hoc »: se il capitolo di Re Carlo non è in pratica — sottolineava Briganti con palese impazienza verso le questioni di mera erudizione — a che vale « schiccherar le carte per tale questione impropria? » ([52]). La stessa accusa di ambiguità, di ritener cioè le

([52]) *Op. cit., Misc.*, tit. II, § 3, 25, p. 302. Generalmente si riteneva che l'oncia d'oro corrispondesse, al tempo di Carlo D'Angiò, a sei ducati, ed a 18 al momento in cui Briganti scriveva, e gli autori sostenevano che in caso di furto il valore dell'oncia doveva essere valutato secondo la stima dell'oro al momento del reato. Briganti (*op. loc. cit.*, 27) contestava che ai tempi di Carlo D'Angiò, quando

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

leggi al tempo stesso desuete ed in osservanza, Briganti rivolgeva a De Angelis: questi, a proposito della pena capitale comminata dalla costituzione angioina per tre furti, anche minimi, riteneva che il giudice potesse applicarla o no, a suo arbitrio ([53]). « O è legge, o non è legge — ribatteva con decisione Briganti — ... Se non è legge perchè per la sua gran severità è andata in disuso..., non si possono condannare i rei all'ultimo supplizio: e converrà confessare, che per questa volta il Signor De Angelis abbia svagato di mente, sedotto da una falsa idea, che tiene delle leggi » ([54]).

In conclusione Briganti riteneva che i vari casi di furto in cui la Vicaria aveva pronunciato sentenze capitali si giustificassero non in base al capitolo « ad hoc » ([55]), ma in relazione a cir-

---

ancora l'America non era stata scoperta, una oncia d'oro potesse valere soltanto sei ducati e la rapportava a settanta ducati.

Giuseppe Valletta, nella sua « *Difesa per Santolo Spina, accusato di furto di carlini 95 alla Regia Zecca* » (Allegazione a stampa, Napoli, s.d., di cui esiste una copia presso la Bibl. Naz. di Napoli, Branc. 24 D. 4) sosteneva di aver per primo trattato la questione del valore dell'oncia e ribadiva che il valore della cosa rubata andava rapportato al valore corrente dell'oncia. Lo scritto sopra riportato di questo giurista (su cui B. DE GIOVANNI, *Cultura e vita civile in Giuseppe Valletta*, in *Studi e Ricerche sul Settecento*, Napoli, 1968, pp. 16 ss.) costituisce un esempio importante, a un più alto livello culturale, di quel metodo ampio di citazione delle fonti, giuridiche e non, che introduce la soluzione del singolo caso giuridico, che verrà sottolineato più avanti, a proposito di Muscatello. Pur essendo ormai giurisprudenza consolidata che il valore dell'oncia non potesse costituire di per sé un elemento atto a rendere il furto delitto capitale, secondo la lettera della disposizione angioina, esso costituiva ancora un importante punto di riferimento, in due sensi: anzitutto, il fatto che tanto nella costituzione angioina che in quella federiciana il valore della cosa rubata fosse assunto quale elemento di demarcazione ai fini dell'irrogazione della pena capitale aveva contribuito alla configurazione in un generica categoria di « furtum magnum » come ipotesi di furto qualificato (cfr. oltre); in secondo luogo, nel senso che si riteneva che anche nell'ipotesi di furto qualificato il valore della cosa rubata dovesse superare, ai fini dell'irrogazione della pena capitale, i sei ducati.

([53]) DE ANGELIS, *Tractatus criminalis de delictis*, Venetiis, 1717, cap. 59. Autori precedenti attestano la pratica di condannare a morte il reo di diversi furti, sia pur minimi: così GRAMMATICO, *Consilia criminalia et fiscalia. Vota eiusdem relata in Regio Collateranensi Consilio*, Venetiis, 1555.

([54]) *Pratica, Miscellanea*, cit., tit. II, v. 45, p. 304.

([55]) Le sentenze capitali in materia di furto si fondavano in realtà, secondo BRIGANTI « sulla legge comune compresa nella *l. capitalium seu famosos* D. *de*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

costanze aggravanti del reato e che nel caso di furto semplice dovesse essere comminata la pena della galera temporanea o a vita; era poi propenso ad una valutazione equitativa delle circostanze aggravanti in materia di furto: la circostanza ad esempio della « fractura » non sarebbe stata di per sé atta a rendere il delitto capitale, se non fosse stata accompagnata dal turbamento della pace pubblica, dall'uso delle armi, o dal carattere sacro del luogo violato ([56]). In definitiva il lucido e realistico accertamento della desuetudine compiuto da Briganti era senza dubbio più efficace, ai fini della certezza, delle contorte interpretazioni di gran parte della giurisprudenza, che conducevano in pratica ad affidare al giudice l'arbitrio « di far tacere le vecchie leggi o di farle parlare » ([57]), secondo l'esatta denuncia dell'illuminista Galanti.

5. *Contro la desuetudine*: *Domenico Moro.*

Un giurista meridionale che — almeno a proposito della pena di furto — si poneva come Briganti in una posizione intermedia tra le soluzioni umanistiche e quelle prammatico-forensi, è Domenico Moro.

L'esame della « Pratica criminale » ([58]) rivela in Moro preoccupazioni di certezza del diritto e insofferenza verso le argomentazioni forensi analoghe a quelle già rilevate in Briganti; mentre però quest'ultimo riteneva che le oscurità dell'ordinamento dovessero essere superate attraverso l'assunzione del dato di fatto — cioè della desuetudine — in Moro l'elemento consuetudinario è

---

poenis, le regie prammatiche susseguentemente emanate, la consuetudine di così giudicare » (*Pratica, loc. cit.*, v. 42, p. 304).

([56]) *Pratica, Miscellanea*, cit., tit. II, 37-38, p. 303.

([57]) *Testamento forense*, cit., p.59.

([58]) L'edizione consultata è quella napoletana del 1803: da GIUSTINIANI, e dalla stessa prefazione all'opera, sappiamo che la prima edizione risaliva al 1749. È sempre questo scrittore (*Memorie istoriche degli scrittori legali del Regno di Napoli*, cit., tom. 2, p. 282) a definire Moro come giurista « di pratiche cognizioni accompagnate benanco da una mediocre teorica ». In realtà l'esame dell'opera di Moro rivela una solidità di formazione giuridica ed una correttezza nella citazione delle fonti romanistiche senz'altro superiore agli altri pratici del tempo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

guardato con estremo sospetto, e unico punto attendibile di riferimento viene considerato il dato normativo.

Sembrerebbe a questo punto di trovarsi dinanzi ad una posizione analoga a quella di Rapolla: rispetto della legge, qualunque essa fosse; ma, a parte il diverso livello ideologico e culturale, Moro scriveva per la prassi ([59]) e non poteva certo ignorare la quotidiana disapplicazione delle norme angioine nei tribunali; egli si trovava pertanto nella difficile situazione di dover conciliare la propria esigenza di porre la legge a base dell'ordinamento col dato incontrovertibile della desuetudine. Per trarsi fuori da questa difficoltà, Moro tentava, con un ragionamento tanto più interessante quanto più evidentemente forzato, di ricollegare l'indiscussa disapplicazione delle norme angioine ad una pronunzia dell'autorità politica, formalmente equiparabile alla legge.

Lo spunto per tale soluzione gli veniva offerto dall'esame dell'opinione del giurista Gizzarello ([60]), secondo cui l'antica consuetudine di esentare il ladro dalla pena di morte contro le disposizioni del capitolo « ad hoc », aveva ricevuto conferma ai suoi tempi da una sentenza del Consiglio Collaterale, presente il Vicerè ([61]). Dopo aver sottolineato che « la consuetudine di giudicare non può mai distruggere la legge » ([62]), Moro capovolgeva, evidentemente falsandolo, il ragionamento di Gizzarello, ed affermava che proprio la sentenza pronunziata dal Collaterale dinanzi al Vicerè, e non una pretesa consuetudine di giudicare, aveva reso possibile, e legittima, la disapplicazione del capitolo angioino,

---

([59]) Come per Brigan·ti, anche per Moro la formazione tecnica dei giudici delle Corti inferiori doveva costituire un serio problema, e proprio essi sono i destinatari dell'opera: « Per quei — dichiarava infatti — che venendo in questa città ad apprendere la giurisprudenza, dopo poco tempo ritornano nelle loro patrie, e specialmente per gli officiali delle stesse corti inferiori, formai la Pratica » (*Pratica criminale*, cit., Proemio, V).

([60]) GIZZARELLO fu, a quanto riferisce GIUSTINIANI, regio consigliere dal 1590; la sua opera, *Aureae decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani*, è qui citata nell'edizione messinese del 1629, di cui Giustiniani dice di aver avuto notizia ma non conoscenza diretta (*Memorie*, cit., v. II, pp. 116-117).

([61]) *Op. cit.*, sopra, decisio XIII, § 7, p. 102.

([62]) *Pratica criminale*, t. II, lib. I, cap. LVI, p. 183.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« perchè il Vicerè stava in luogo del Principe, e siccome potea fare, potea anche mutare la legge » (63).

L'*iter* interpretativo qui seguito è mosso da princìpi di metodo e di politica del diritto opposti rispetto a quelli che abbiamo visto orientare l'opera di Briganti: l'insofferenza ad assumere elementi fattuali come rilevanti per l'ordinamento giuridico, e la correlativa esigenza di riportare la prassi giudiziaria sotto il controllo, sia pure formale, della legge, inducono Domenico Moro ad inventare una norma positiva cui ricondurre l'abrogazione del capitolo « ad hoc »: la forzatura del ragionamento è palese, ma lo schema delle fonti è salvo.

La concezione che potremmo dire — con tutte le riserve del caso — positivistica del diritto, implicita in queste posizioni del giurista, è testimoniata altresì dalla sua insofferenza verso le argomentazioni di impronta giusnaturalistica relative al delitto di furto: « gli strepiti fatti dai dottori » sulla severità del capitolo « ad hoc » e sulla sproporzione tra la roba e la vita dell'uomo apparivano a Moro fuori luogo: « se l'uomo libero si avesse da vendere e la legge dicesse che il prezzo dell'uomo libero sia di ducati sei, potrebbe reggere l'argomento. Qui non si tratta della vendita, si tratta del castigo dell'uomo... » (64). Gli pareva in ogni caso che i ladri non meritassero tanta considerazione, essendo « ordinariamente della feccia della gente », i quali non solevano « ricevere impressione della pena della galera » (65). A Matthaeus - uno dei più importanti difensori delle istanze giusnaturalistiche rispetto al delitto di furto — Moro rimproverava di aver « non di rado, lasciando il suo vero carattere di semplice privato espositore, ... voluto scrivere da correttor de' legislatori » (66).

Se la polemica antigiusnaturalista e l'insofferenza verso certe argomentazioni di Matthaeus legano il nostro giurista a motivi tipici della giurisprudenza del diritto comune (67), la fiducia nella legge e l'insofferenza per i commenti e per le glosse dell'epoca inter-

(63) *Pratica*, cit., t. II, loc. cit., p. 184.

(64) *Pratica*, cit., t. II, loc. cit., p. 181.

(65) *Pratica*, cit., t. II, loc. cit., p. 182.

(66) *Pratica*, cit., t. II, loc. cit., pp. 142-143.

(67) Cfr. oltre la trattazione relativa a De Luca e, nella seconda parte di, questo studio, a Raynaldus e Carpzovius.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

media — espressa con sarcasmo nell'« avvertimento » al tomo II — rivelano atteggiamenti che saranno propri degli illuministi. Moro infatti prevedeva le critiche che gli sarebbero state mosse da parte « de' seguaci di tutti i dottori morti del foro nostrali, ed esteri » per non essersi avvalso « dell'autorità di tanti dottori ... per più secoli continui reputati come oracoli della scienza legale », e per aver citato soltanto le leggi romane; e a quelle critiche egli rispondeva con un'affermazione di fiducia nella cultura del secolo « illuminato »: « è possibile, che in questo secolo cotanto nell'umane scienze illuminato si trovino tuttavia coloro, i quali non ancora sappiano, che ora le romane leggi sommamente più s'intendono che nei passati tempi barbari? » (68). Questo ricollegarsi direttamente alle fonti romanistiche, saltando il tramite della giurisprudenza intermedia, costituirà — com'è noto — un tratto comune, e caratteristico, dei penalisti illuministi italiani tra la fine del Settecento ed il primo Ottocento, da Pagano a Renazzi.

In merito alla concreta regolamentazione delle pene di furto, Moro si preoccupava soprattutto di evitare che la desuetudine del capitolo « ad hoc » lasciasse campo libero ad una indiscriminata e pericolosa mitigazione delle pene, costruita sulle errate interpretazioni dei forensi. Riteneva pertanto che la pena di morte dovesse essere irrogata sempre che il furto, superiore a sei ducati, fosse accompagnato da circostanze aggravanti quali la « fractura », la « scaliazione », il valore considerevole dell'oggetto rubato (69). In assenza di esse il giudice poteva irrogare la condanna al remo temporanea o perpetua a suo arbitrio. Riguardo alla valutazione delle circostanze aggravanti del delitto di furto, bisognava soprattutto evitare l'errore, frequente nella pratica dei tribunali, di richiedere, al fine di considerare il delitto capitale, il cumulo di circostanze già singolarmente idonee alla comminazione della pena di morte. Esempio tipico di tale errato metodo interpretativo gli apparivano le sottili distinzioni operate dalla

(68) I passi riportati in questo periodo sono tratti tutti dall'« Avvertimento » che precede il tom. II della *Pratica criminale*.

(69) MORO, *Pratica*, cit., t. II, loc. cit., p. 184. La circostanza del tempo notturno non era invece per Moro idonea a rendere il delitto capitale, almeno per i furti commessi fuori della città di Napoli: qui infatti il furto commesso di notte era capitale a prescindere dal valore della cosa rubata (Pramm. I, *De furtis*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dottrina a proposito della « fractura », considerata circostanza grave o meno a seconda della diligenza del padrone di casa nel chiudere la porta, del conseguente grado di audacia del ladro, dell'uso di strumenti e così via: « sofistichezza » appariva tutto ciò a Moro, dal momento che la « fractura » era di per sé circostanza aggravante del reato. Era ancora una volta il tradimento della norma scritta da parte dell'interprete, « il mondo del cavilloso distinguere, capace a guastar tutte le leggi » (70).

6. *L'acquiescenza agli « usi del foro » negli altri giuristi pratici del Regno di Napoli.*

Scrivere per la prassi significava, per molta parte della giurisprudenza meridionale tra il Seicento e il Settecento, annotare e trasmettere acriticamente criteri e metodi invalsi nell'esercizio della giurisdizione: i pericoli di un'ammissione indiscriminata dell'uso di giudicare *contra legem*, la problematicità del rapporto certezza del diritto — giustizia delle pene, paiono sfuggire del tutto alla riflessione di questi « pratici », i quali in fondo ritenevano — secondo una concezione peraltro condivisa anche da giuristi più illustri (71) — che in materia criminale lo spazio riservato alla discrezionalità del giudice dovesse necessariamente essere vasto, « quod hodie omnes poenae ex facti et personarum qualitate sunt arbitrio judicantis » (72).

Per ciò che concerne più da vicino la problematica relativa al delitto di furto, l'ammissione della desuetudine del capitolo « ad hoc » non significava, per questi giuristi, che esso fosse stato eliminato, sia pur tacitamente, dal sistema delle fonti, dal « corpo delle leggi del Regno », come si diceva; ma che era in potere del magistrato, data la sua eccessiva severità, applicarlo o meno (73): ciò spiega la ragione per cui il capitolo « ad hoc » continuò ad

(70) MORO, *Pratica*, cit., t. II, loc. cit., p. 185 s.

(71) Cfr. quanto si rileverà oltre a proposito di De Luca.

(72) MARADEI, *Tractatus criminalis analyticus mixtus*, Neapolis, 1730, parte III, cap. XIX, § 3, p. 173.

(73) Già la scienza medievale aveva configurato una sorta di esilio della legge, quale conseguenza della consuetudine ad essa contraria; cfr. CORTESE, *La norma giuridica*, I, Milano, 1962, p. 111 nt. 25. Sul problema della desuetudine cfr. oltre nt. 111.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

essere un punto importante di discussione, in ogni difesa giudiziaria dei ladri ed in ogni trattato di diritto criminale, nonostante che l'inosservanza della legge angioina e la conseguente arbitrarietà della pena di furto fossero dati pacificamente acquisiti dalla giurisprudenza.

Questa concezione di un affidamento della legge troppo severa alla prudenza del magistrato era chiaramente enunziata dal giurista Carlo Antonio De Rosa, nella Resolutio VI, ove si dice « quod Sapientes Regni dispositionem cap. ' ad hoc ' uti valde rigorosam submiserunt iudicis arbitrio » (74). Lo stesso autore accettava altrove il luogo comune dell'empietà di Carlo I — « che condannò ingiustamente Corradino, il cui sangue rese arida questa terra, e i figli più non vi fiorirono » (75) — quale causa dell'inosservanza della legge angioina: scarso rigore argomentativo che illustra già di per sé i caratteri dell'opera di C. A. De Rosa, comunemente assunto fra i più significativi rappresentanti della letteratura forense meridionale del tardo diritto comune. D'altra parte le sue citatissime « Resolutiones » conservano ancora oggi notevole interesse, nella misura in cui — per la grande quantità dei casi riportati e per la lunga esperienza giudiziaria da cui son nate, vissuta tanto nella *Magna Curia Vicariae* che nel Consiglio Collaterale — costituiscono una fonte idonea a rappresentare con vivacità e fedeltà la prassi giudiziaria del Regno di Napoli alla fine del Seicento.

Negli undici casi di furto riportati da De Rosa, — per sei dei quali era stata pronunciata la condanna a morte (in tre casi commutata dal Viceré nella galera a vita) — vengono in discussione praticamente tutte le circostanze aggravanti o attenuanti del delitto, che decidevano sulla sottoposizione o meno del reo alla pena di morte e sulla misura della condanna. Questi elementi

---

(74) DE ROSA, *Decretorum Magnae Curiae Praxis Criminalis*, Neapolis, 1721, pars. II, Resolutio VI, § 5, p. 74. La stessa concezione è testimoniata anche da DE THORO, il quale, a proposito della pena del taglio della mano comminata dalla costituzione angioina « si quis aliquem » per il ferimento, dichiarava che tale pena non andava considerata « usu recepta », mà rimessa all'arbitrio del giudice (DE THORO, *Vota decisiva civilia criminalia et mixta*, Neapolis, 1634, vot. XVI, n. 59, p. 74).

(75) *Decretorum*, cit., p. II, res. IV, § 13, p. 71.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rendono possibile operare un confronto tra le soluzioni proposte dai giuristi e quelle di fatto attuate nella prassi giudiziaria. Così, ad esempio, la valutazione della « fractura » come circostanza di per sé inidonea a rendere il furto delitto capitale, già sottolineata in Briganti, doveva avere un certo seguito nei tribunali, dal momento che in nessuno dei tre casi di furto con scasso riportati da De Rosa (76) essa venne irrogata dalla Vicaria, che decretò invece la pena del remo. I ragionamenti in base ai quali si era ritenuto di sottrarre il reo alle pene più gravi richieste dal fisco erano del genere che Moro rimproverava nella sua opera a De Rosa: si diceva infatti, nell'ipotesi della rottura della porta fatta senza strumento di ferro, che « negligentia domini antecedit malitiam furis » (77), o, nel caso che tale strumento fosse stato adoperato, che la casa era disabitata e pertanto l'audacia non era gravissima (78). La pena di morte era invece applicata con rigore quando il furto fosse perpetrato in comitiva, con armi, con violenza, nei luoghi pubblici: per casi simili, secondo la *Resolutio VIII* di De Rosa, la Vicaria aveva decretato che il ladro fosse « ante illius executionem ad tormentum, tamquam cadaver positus » (79).

Fra le decisioni riportare da De Rosa ve n'è una che merita particolare attenzione: la condanna a morte, pronunziata dalla Vicaria, contro un povero che, di notte, nella città di Napoli, aveva sottratto un cero consacrato, del valore di sette carlini, ad un fedele che tornava da una processione (80). La decisione si basava sulla *pragmatica I de furtis*, che equiparava a veri e propri banditi coloro che di notte nella città di Napoli, deruba-

(76) *Decretorum*, cit., pars. II, Res. IV, pp. 70-71; Res. VI, p. 74.

(77) *Decretorum*, cit., pars. II, Res. VI, § 4, p. 74.

(78) *Decretorum*, cit., pars. II, Res. VI, § 6, p. 74.

(79) *Decretorum*, cit., pars. II, Res. VIII, p. 79. Con grande rigore erano pure puniti i furti sacrileghi: in due casi (res. V e VII) De Rosa riporta la condanna a morte del ladro da parte della Vicaria, mentre in un terzo era stato accolto dalla Vicaria l'appello del reo contro la sentenza capitale, già pronunciata da una corte inferiore, attraverso la scappatoia del valore inferiore all'oncia degli oggetti sottratti, ed era stata pronunciata la condanna « ad remigandum vita durante precedente fustigazione » (*Decretorum*, cit., pars. II, Res. VI, p. 75).

(80) *Decretorum*, cit., pars. III, Res. XV sive L., p. 63 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vano i viandanti, a prescindere dal valore dell'oggetto rubato. La condanna a morte lasciava tuttavia perplesso il pur smaliziato De Rosa, e per molti motivi: la legge si riferiva infatti agli « aggredientes viatores furandi causa », e pertanto la prassi forense era sempre stata favorevole a condannare a morte solo nel caso che il ladro avesse agito con armi; il reo era confesso e non gravato da alcun precedente penale. Evidentemente un peso determinante per la condanna aveva giocato il carattere sacrilego del furto, ed in effetti De Rosa, sia pur senza molta convinzione, nel tentativo di salvare la dignità della Gran Corte, consigliava al lettore di considerare la sentenza quale esempio — « ne in posterum auderent Sanctissimae Eucaristiae sacramento debitum perturbare » ([81]) — aggiungendo tuttavia che sarebbe stato meglio imitare la misericordia divina e che talvolta il giudice deve guardarsi da un'applicazione troppo rigorosa della legge, specie se questa non ha precedenti nel diritto divino e comune, « cum male accipi a populo summa iustitia possit ».

Scarsa sensibilità al problema della certezza e confusione nelle argomentazioni giuridiche ritroviamo anche in molti altri giuristi pratici, contemporanei o posteriori a De Rosa. Contributi essenziali alla chiarezza delle fonti che regolavano il delitto di furto e la relativa pena non erano certo dati dal giurista Muscatello, il quale, pur ritenendo che la discrezionalità del giudice avesse in pratica sostituito le antiche disposizioni legislative, enunciava sette fonti relative alla pena di furto, ed asseriva che si applicavano ancora quasi tutte, ciascuna per certe ipotesi ([82]).

([81]) *Decretorum*, cit., pars. III, Res. XV sive L, § 6, p. 64.

([82]) *Practica tum civilis Sacri Regii Consilii Magnaeque Curiae Vicariae, cum criminalis*, cum adnotationibus F. M. Prati, Venetiis, 1676 - *De Poenis furti, rapinae et disrobationis in strata*, p. 617. Muscatello dichiarava di ampliare lo schema classico di Bartolo (cfr. nt. 130) sulle fonti in materia di furto comprendente *quinque jura*: la l. fin. Dig. de furtis; l'autentica « sed novo jure »; le costituzioni fridericiane « De pace tenenda et ejus violatoribus » § *si quis quinque solidos*; « De pace tenenda juramento firmanda » § *furtum*; lo statuto locale, aggiungendovi il capitolo « ad hoc » e la costituzione longobarda « si quis latro ». Muscatello riferisce altresì dell'inosservanza della prammatica emanata nel 1584, che stabiliva che i ladri condannati al remo dovessero portare per tutta la vita un berretto particolare, a titolo di riconoscimento, mentre era in applicazione la prammatica XI del 1586, che prevedeva il marchio sulle spalle ai condannati

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È pur vero che tale metodo di esposizione, tipico dei giuristi del diritto comune, aveva in realtà, al di là dell'apparente vacuità dei lunghi *excursus* culturali, un significato ben preciso: sottolineare la moltitudine delle fonti, e la diversità delle previsioni in esse contenute, spianava la strada alla conclusione finale sulla necessità di una scelta discrezionale da parte del giudice, e sul conseguente carattere arbitrario della pena (83).

Anche De Angelis (84) riteneva si dovesse lasciare ampio spazio alla discrezionalità del giudice, cui doveva rimanere affidata tanto la definizione di *furtum magnum* — che avrebbe reso il delitto capitale — quanto la valutazione della possibilità di irrogare la pena di morte per tre furti (85). Questo giurista riferisce altresì la rigida applicazione della pena di morte nell'ipotesi prevista dalla *pragmatica I de furtis* — furti notturni nella città di Napoli — secondo una prassi attestata, come abbiamo visto, anche da De Rosa (86).

Secondo Antonio Nicola Gizzarello (87) la desuetudine del capitolo « ad hoc » non costituiva un caso isolato, ma un esempio del fenomeno generale, — e per nulla assurdo — della desuetudine di leggi antiche e troppo rigorose di cui si potevano riscon-

---

per furto. Disapplicate erano invece sia le pene mutilative comminate nel capitolo « ad hoc », che quelle poste dalla prammatica III « de furtis » del 1569. Tale prammatica, in considerazione del fatto che una grande quantità di furti era commessa da minori per l'impossibilità che questi venissero sottoposti alla tortura o, tranne casi particolari (cfr. prammatica I « de minoribus »), alla pena ordinaria, aveva ordinato « che tutti e quali si vogliano minori di età d'anni dodici in su, che commettono seu commetteranno furti dentro questa prefata città di Napoli, e sui Borghi, per la prima volta siano puniti della frusta per questa predetta Città, per la seconda volta della frusta e troncazione di tutte e due le orecchie, e nella terza volta... si concede arbitrio di punirli di pena ordinaria non ostante la minore età » (*Prammaticae, edicta, interdicta*, cit., t. II, p. 101).

(83) In questo senso De Thoro, riportando Farinaccio, a proposito della varietà di leggi previste per la fuga dal carcere (*Vota decisiva civilia criminalia et mixta*, cit., vot. 41, p. 184). Così pure De Rosa, (*Decretorum Magnae Curiae Praxis Criminalis*, cit., pars II, p. 72), in relazione alle pene per il sacrilegio.

(84) *Tractatus criminalis de delictis*, Venetiis, 1717.

(85) *Tractatus*, cit., cap. 59, p. 89, § 27; p. 88 § 18.

(86) *Tractatus*, loc. cit., § 16, p. 88.

(87) Cfr. nota 60.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trare altre ipotesi nell'ambito della legislazione angioina (88). La pena capitale andava pertanto irrogata, a parere di Gizzarello, solo nel caso di « furtum magnum », o nel caso che concorressero con il furto particolari qualità aggravanti; quali lo scasso, l'uso di chiavi adulterine, il travestimento con barbe finte e così via (89).

La concezione della legge desueta come una legge formalmente esistente ma di fatto non applicata, viene ripresa anche nel « *Tractatus criminalis analyticus mixtus* », di Maradei (90), che riflette metodi e difetti tipici della letteratura forense del primo '700: particolarmente indicativo è, in questo senso, il cap. XIX, intitolato « De poenis temperandis et de causis, quae possunt impellere judices ad poenas mitigandas », dove viene indicata una moltitudine eterogenea di circostanze attenuanti del reato (91), spesso relative ad una sola fattispecie delittuosa. Oltre che come esempio di una esasperazione della metodologia casistica, l'elenco è per noi interessante anche in relazione al fenomeno della desuetudine della legge penale: viene infatti indicata, tra le cause di minorazione della pena, l'eccezione di desuetudine della legge « maxime quando essemus in persona idiota... requiritur enim legis observantia, et quod sit usu recepta » (92). Quanto alla concreta disciplina della pena di furto, Maradei riteneva, concordemente alla giurisprudenza dominante, che si dovesse comminare la morte solo nel caso di furto di grande valore o aggravato da circostanze quali lo scasso, l'uso di chiavi false o di posticci (93).

---

(88) *Aureae decisiones*, cit., dec. XIII, § 6. L'altro esempio citato da GIZZARELLO, è la constitutio « *Qui cum ronca ferrea* », rubr. « de armamentis », comminante l'amputazione della mano nell'ipotesi di ferimento.

(89) *Op. loc. sopra cit.*, § 7.

(90) L'edizione qui citata è quella napoletana postuma del 1730. GIUSTINIANI c'informa che l'autore — da lui descritto come avvocato e scrittore infaticabile — morì nel 1720.

(91) La prima causa di minorazione delle pene « quae judici se offert — secondo Maradei — est in persona potente, in quorum delictis sunt excusandi Praesides, et Judices si non sumunt in justitiae rigore vindictam » (*Tractatus*, cit., p. III, cap. XIX, § 4, p. 173).

(92) *Tractatus*, cit., p. III, cap. XIX, § 9, p. 174.

(93) *Tractatus*, cit., p. III, cap. XIV, p. 158 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

7. *Arbitrarietà della « materia criminale » e desuetudine delle leggi in G. B. De Luca.*

L'esame fin qui condotto degli orientamenti più significativi del pensiero giuridico meridionale nell'epoca del tardo diritto comune, ha consentito d'individuare una varietà di motivi, spesso contraddittori, quali la fiducia nel dato normativo e l'ampio spazio assegnato alla consuetudine, l'insofferenza per la sovrabbondanza di glosse e commenti e la diffidenza per le argomentazioni giusnaturaliste: la fonte più importante attraverso cui i giuristi meridionali del '700 recepirono tale complessa tematica è l'opera di G. B. De Luca (94), che può pertanto essere assunta quale tramite tra la tradizione di diritto comune e la giurisprudenza meridionale del '600 e '700.

---

(94) L'influenza di De Luca su Briganti, che potrebbe essere designato come l'erede più diretto della metodologia del « Dottor Volgare », specie per ciò che riguarda il problema delle fonti e l'esigenza di certezza del diritto, è attestata anzitutto dalle continue e riverenti citazioni riscontrabili nella prefazione alla « Pratica criminale » (cfr., ed. cit., soprattutto § VI e VII); anche in mancanza di esse, però, la lucidità dell'esposizione, la rilevanza del fattore consuetudinario, la differenza, sempre sottolineata, tra tribunali inferiori e superiori, l'insofferenza verso le elucubrazioni dei « dottori », rivelano chiaramente la lettura delle opere di De Luca. Per ciò che concerne gli altri giuristi pratici del Settecento meridionale prima esaminati, l'importanza di De Luca, anche se non così diretta ed esplicita come in Briganti, è implicitamente attestata dal ricorrere nelle loro opere di concezioni tipiche del « Theatrum » e del « Dottor Volgare », quali soprattutto quella della « Receptio in usum » come requisito di validità della legge e dell'ampia discrezionalità del giudice in materia criminale.

Principe di tutti i forensi viene definito De Luca da Galanti, il quale però — solitamente mordace nei confronti dei giuristi precedenti — gli riconosceva « cognizione profonda degli usi del foro ed un acutissimo ingegno » (*Testamento forense*, cit., II codicillo, p. 278 s.). Anche per Carlantonio Pilati il cardinale De Luca occupava una posizione particolare tra i « bien mauvais jurisconsultes italiens » essendo « le seul jurisconsulte praticien d'Italie, qui ait publié des ouvrages de raisonnement », tuttavia « son stile est insupportable » (*Voyages in differents pays de l'Europe*, in « Illuministi Italiani », cit., tomo III, p. 634). La riduzione di De Luca a giurista pratico *tout court*, e la sua conseguente inidoneità ad essere assunto nell'olimpo dei giuristi-scienziati erano valutazioni accettate anche dalla cultura preilluministica, almeno a giudicare dalle parole di Rapolla. Questi, nelle prime pagine della sua *Difesa della giurisprudenza* negava che De Luca potesse essere un testimone idoneo sulla validità della scienza giuridica « perchè tutto inteso alle controversie del foro non molto si affaticò per rinvenire le proprie ra-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dalla lettura del Proemio al « Dottor Volgare » ([95]) emergono i punti chiave delle concezioni giuridiche di De Luca: esigenza di certezza del diritto e polemica contro ogni sindacato sulla legge positiva operato attraverso metodi giusnaturalistici ([96]); rilevanza

---

gioni da lodare quella scienza » (*op. cit.*, p. 4). L'affermazione — come tutta l'opera — è polemicamente rivolta al Muratori il quale citava, a riprova dei *difetti della giurisprudenza*, un brano tratto dal « Dottor Volgare » (cfr. *Dei difetti della giurisprudenza*, in « Classici del diritto », Roma, 1933, pp. 37-38) in cui De Luca manifestava la profonda insofferenza per le sottigliezze e « cabale » della giurisprudenza, che riconosceva presenti anche nella sua opera. « Se ragione ha di parlare così uno dei primi luminari della facoltà legale — chiedeva polemicamente Muratori a conclusione della introduzione alla sua opera — avrò io poi torto se scriverò d'eco a lui? ».

([95]) Roma, 1673.

([96]) Ai fini di garantire tale esigenza veniva innanzitutto assegnata una posizione preminente alle leggi positive ed alla volontà del principe; anche la recezione delle norme di diritto romano era ricondotta alla « potestà diversa d'ogni principe, il quale le ha volute ricevere, e si contenta che si osservino nel suo principato con le moderazioni, che gli piacciono » (*op. cit.*, proemio, cap. IV, § 20, p. 69). È per questa ragione che « le leggi civili dei Romani », considerate norme comuni per eccellenza, « in effetto si devono dire leggi particolari di qualsivoglia principato indipendente « (*op. loc. cit.*,). Queste affermazioni erano rivolte soprattutto a contrastare argomentazioni e metodologia di impronta giusnaturalistica, avversate da De Luca sia per la concezione di base di una legge naturale quale fonte di diritto, sia per le conseguenze che da essa discendevano sul piano dell'ermeneutica giuridica. Riguardo al primo punto, De Luca sottolineava che, non essendo la legge naturale una legge scritta, « ciascuno si figura questa legge delle genti a suo modo, e se ne stima savissimo, onde per lo più suole apportarsi per iscusa, o per manto della forza, o oppressione, che dal potente si faccia al meno potente » (Proemio, cap. IV, § 9, p. 61 s.). Accadeva poi spesso che la derivazione dal diritto naturale fosse assunta al fine di garantire l'inderogabilità di norme positive ritenute particolarmente importanti, quali quelle relative ai diritti agli alimenti, o che si definissero naturali norme derivate da antiche e comuni consuetudini commerciali (§ 10-11). Comunque la si considerasse, la legge naturale non poteva mai ritenersi al di fuori del sindacato della suprema autorità politica, che aveva nei suoi confronti un indiscusso potere di deroga. Essendo poi prerogativa delle leggi che « ancorchè siano dure, e siano stimate irragionevoli, tuttavia, quando abbiano i suoi legittimi requisiti, si devono osservare,non spettando ai sudditi l'esser giudici se il loro sovrano e legittimo legislatore si sia mosso da giusta causa o no » (Proemio, cap. V, § 16), è chiara l'inutilità, sul piano interpretativo, di ogni esame di congruità della legge positiva con astratti criteri di ragione ed equità (*Theatrum iustitiae, et veritatis*, Venetiis, 1734, lib. XV, § I, p. 118).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

accanto alla « voluntas principis », dell'elemento, ad essa tradizionalmente correlativo, del « consensus gentium » (97); ampia legittimazione, come conseguenza, del fenomeno consuetudinario (98); costante riferimento, per la soluzione dei singoli casi, alla pratica dei tribunali (99) e distinzione qualitativa fra tribunali superiori ed inferiori (100).

Per ciò che concerne la materia criminale, di cui De Luca si occupava nel libro XV del « Dottor Volgare », il motivo conduttore della trattazione era costituito dall'affermazione del carattere ampiamente discrezionale del giudizio penale e della difficoltà di dettare regole sicure e generali in tale materia (101). Analoghi canoni metodici emergono anche dalle pagine dedicate alla pena di furto. Dopo averne infatti riportato la disciplina (102),

(97) Va notato che le possibilità di incidenza di questo secondo elemento, formalmente accostato in posizione paritaria al primo, erano di fatto ridotte dallo schema della delega al principe della potestà legislativa, che lo rimandava sempre al piano delle presunzioni: esso tuttavia conservava grande importanza quale strumento teorico di legittimazione della consuetudine come fonte dell'ordinamento, e della desuetudine, per non uso, delle leggi. L'originaria potestà legislativa poteva infatti essere riassunta dal popolo nella forma di « questa legge non scritta, la quale si induce con una lunga osservanza e molteplicità di atti uniformi senza contraddizione » (*Dottor Volgare*, cit., Proemio, cap. VI, § 1, p. 84). Sulla problematica intorno ai due elementi della *voluntas principis* e del *consensus gentium* nel pensiero dei Glossatori e Commentatori cfr. CORTESE, *La norma giuridica*, Milano, 1964, vol. II, cap. III, e l'ampia bibl. ivi cit.

(98) Proemio, cap. VI.

(99) Cfr. oltre, in relazione alla pena di furto.

(100) Tale distinzione si basava sulla differenza tra giustizia distributiva e giustizia commutativa illustrata da DE LUCA al cap. X del suo « Proemio » (*op. cit.*), e ripresa al libro XV, cap. VII ove, a proposito delle circostanze attenuanti si dice: « Gran differenza si scorge tra gli arbitri del sovrano, o veramente di quel supremo Magistrato, il quale abbia una specie di sovrano, sicchè abbia l'esercizio della giustizia distributiva, con la quale possa regolare il suo arbitrio; e quelli di un magistrato, o giudice ordinario inferiore, il quale abbia l'arbitrio ristretto entro i termini, o li limiti della giustizia commutativa... per quella ragione, che quando la persona commette il delitto, viene a fare come un contratto con la giustizia, e con la Repubblica di sottomettersi alla pena per ciò imposta... Ma il sovrano potrà alterare quel contratto... Maggiormente quando così ricerchi la giusta causa dell'utilità pubblica » (p. 343 s.).

(101) *Dottor Volgare*, cit., lib. XV, cap. I, § 16, cap. II, § 18; cap. IV, § 30.

(102) *Dottor Volgare*, cit., lib. XV, cap. V, § 84, p. 221 ss. Questa si basava sulla distinzione tra furto semplice e qualificato: nel primo caso, se il furto ecce-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che prevedeva, nello Stato pontificio, la morte in caso di *furtum magnum* (oltre i cinquecento scudi), qualificato, reiterato, De Luca così concludeva: « ma parimenti la pratica viene regolata dalle circostanze dei casi, sicché non è materia capace di regola certa e uniforme, come generalmente si può dire che sia tutta la materia criminale » ([103]).

L'esigenza di superare il rigore delle leggi portava De Luca a recepire argomentazioni giuridiche di dubbia attendibilità, invalse nella pratica; così nell'ipotesi di furto compiuto nella pubblica via o grassazione, per cui era comminata la forca, egli asseriva che si poteva moderare la pena quando « l'essere stato in strada pubblica l'avesse portato il caso, senza che si possa dire che fosse a forma di assassinio di strada, conforme alle volte occorre particolarmente in giovanotti imprudenti li quali non badassero a questa circostanza di strada pubblica od altro luogo » ([104]). La scarsa attendibilità del ragionamento era evidente e portava il giurista ad aggiungere subito dopo: « sebbene in questo delitto non si desidera la circostanza, della premeditazione » ([105]).

Come si vede, in De Luca l'ampio potere di valutazione assegnato al magistrato in relazione alla pena di furto, non è in alcun modo collegato alla desuetudine delle leggi che tale delitto regolavano, e che conservavano tutto il loro vigore nello stato pontificio; ma deriva dal carattere discrezionale del giudizio penale e dalla conseguente possibilità, da parte del giudice, di assumere qualunque elemento quale motivo di diminuzione o aggravamento delle pene ([106]).

---

deva i dieci scudi, era prevista una pena pecuniaria pari al quadruplo del valore sottratto, e la pena corporale della berlina; il pagamento del quadruplo, il marchio e la frusta é per il valore compreso tra i dieci e i cinquanta scudi; infine la galera, ad arbitrio del giudice, per un valore compreso tra i cinquanta ed i cinquecento scudi. De Luca tuttavia ci informa: « ancorchè siano minacciate queste pene, non di meno rare volte si viene alla loro pratica, ma si sogliono diminuire, secondo che richiedono le circostanze dei casi la più volte accennata ragione dell'esemplarità » (p. 223).

([103]) *Op. loc. supra cit.*, p. 224 s.

([104]) *Ibidem*, p. 227.

([105]) *Ibidem*, p. 227.

([106]) Sulla rilevanza del concetto di « iusta causa » a proposito della discrezionalità del giudice penale, sino all'affermarsi in Giason del Maino della re-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il problema della legittimazione della desuetudine legislativa è tuttavia affrontato da De Luca in diversi altri luoghi della sua opera e risolto, attraverso argomentazioni di estremo interesse, mediante l'elemento del « consensus gentium »: esso stava alla base tanto della legittimazione della consuetudine in generale, che della configurazione della « receptio in usum » quale requisito di validità della legge ([107]). Posto che l'autorità politica traeva la potestà di legiferare, originariamente spettante al popolo, da una delega da parte di esso, De Luca affermava « inter legis requisita illud est praecipuum, ut populi moribus recepta sit »; di conseguenza: « ex contrario non usu vel numquam legis vim habet, vel tolli potest » ([108]). Il discorso veniva ripreso anche al libro XV del « Theatrum », ove, sempre a proposito dei requisiti di validità della legge, De Luca parlava della *publicatio* « scilicet cum certo termino taciti consensus populorum per usum, vel per non contradictionem intra dictum terminum » ([109]). Il problema non si poneva per le fonti di diritto ormai consolidate e raccolte in volumi: in queste la *receptio in usum* era presunta, a meno che non potesse dimostrarsi la prescrizione per non uso ([110]).

---

gola « ex causa licet leges transgredi », cfr. CORTESE, *La norma*, cit., I, cap. IV, §§ 7 e 11.

([107]) Almeno della legge laicale. Nell'ipotesi di sacri canoni e delle altre leggi pontificie, era più difficile applicare lo schema del *consensus populi* e della *receptio in usum*, dal momento che si riteneva che il papa derivasse il suo potere direttamente da Dio. Tuttavia anche in queste ipotesi il giurista trovava modo di legittimare l'abolizione della legge per non uso o per uso contrario, ogni volta che la conoscenza della desuetudine da parte del Papa, o dei suoi magistrati lasciasse presumere un suo tacito consenso: da questo più che dall'uso contrario del popolo, derivava in questo caso l'abrogazione tacita della legge (*Theatrum*, cit. libro XV, p. I, disc. XXXV, § 58, p. 115; libro XII, *De Beneficiis*, disc. XIV, § 12, p. 24). L'elemento della « patientia principis » fu posto a giustificare la capacità abrogativa della consuetudine già in epoca anteriore: cfr. CORTESE, *La norma*, cit., II, pp. 133-135. Il perdurare di tali soluzioni logiche in epoche ed ambienti politico culturali lontani e diversi costituisce uno dei più complessi nodi problematici della storia giuridica: una interpretazione del significato, di tale continuità formale in AJELLO, *Formalismo e storia del diritto moderno*, cit., pp. 177 ss.

([108]) *Theatrum*, lib. XII, *De Ben.*, disc. XIII, § 11, p. 24.

([109]) *Theatrum*, lib. XV, *De judiciis*, p. I, disc. XXXV, § 57, p. 115.

([110]) *Ibid.*, § 59.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questo discorso, che evidentemente rifletteva gli schemi teorici elaborati dalla dottrina del diritto comune intorno alla consuetudine ([111]), mal poteva adattarsi alla materia penale, ove il comportamento deviante costituiva l'oggetto stesso della previsione normativa, e dove pertanto, a rigore, l'uso della legge poteva essere verificato solo a livello di prassi giudiziaria; in effetti, la pretesa desuetudine di una norma penale costituiva più che un elemento di modificazione dell'ordinamento giuridico, una causa di esenzione della pena sottoposta alla valutazione del giudice.

In questa direzione si sviluppano le indicazioni di De Luca riguardo alla desuetudine in materia criminale: così nel libro XV del « Dottor Volgare », a proposito delle circostanze esimenti o attenuanti, De Luca enunciava, quale possibile scusante, l'ipotesi di una legge che « abbia perduto il suo vigore per non uso » ([112]). La legittimazione della violazione della legge in base alla desuetudine doveva incontrare resistenza da parte dell'autorità politica e dei tribunali: « Nimiumque rari sunt casus in praxi — avvertiva De Luca — legum proprii principis contravenctio ex ipso capite excusetur » ([113]). I giuristi preferivano pertanto, nella concreta trattazione di un caso giudiziario, spostare il discorso dal

---

([111]) La letteratura sulla consuetudine è naturalmente vastissima, e non è certo questa la sede per l'approfondimento di un problema tanto dibattuto: citiamo per tutti il classico BRIE, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, Breslau, 1899, rist. Frankfurt, 1968 e la voce « consuetudine », con la relativa bibliografia, di N. BOBBIO, in *Enciclopedia del diritto*, p. 434 ss. Per ciò che concerne la difficile diversificazione tra i due concetti di « consuetudine » e « desuetudine » nei giuristi del diritto comune classico cfr. CRAVERI, *Ricerche sulla formazione del diritto consuetudinario in Francia* (sec. XII-XVI), Milano, 1969, cap. II, § 6: molto vicino alla problematica qui enunciata nel testo appare il passo di Connano riportato da quest'autore alle pp. 126-127, nt. 111, ove si distingue tra la vera e propria abrogazione della legge per consuetudine ad essa contraria e l'*antiquatio*, che si produce per un lungo periodo di non uso della legge stessa e che « simillima consuetudini, non tamen consuetudo est ». Qui interessa particolarmente la conclusione del giurista sugli effetti di questa *antiquatio* per non uso: « nec plus haec consuetudo pollet, potestque, quam ut excuset eos qui non paruerunt ». Anche qui pertanto l'ambito di efficacia della desuteudine riguarda la possibilità di essere adottata come esimente dal soggetto che contravviene a certi obblighi.

([112]) *Dottor Volgare*, cit., lib. XV, cap. VIII, § 5, p. 363.

([113]) *Theatrum*, cit., lib. XV, p. I, disc. XXXV, § 60, p. 115.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

piano oggettivo della verifica sulla vigenza o meno della legge di cui si voleva sostenere la desuetudine, a quello soggettivo della convinzione del reo, sia pure errata, che la legge fosse desueta. Su questo piano, stante l'atipicità delle circostanze aggravanti o attenuanti del reato, e l'ampio margine di discrezionalità del giudizio penale, riusciva più facile ottenere l'esenzione o almeno l'attenuazione della pena.

Queste considerazioni emergono da un passo del libro XII del « Theatrum »: a proposito infatti della questione, se la costituzione 58 di Pio V fosse o meno *usu recepta*, De Luca asseriva, che, per ciò che attiene alle concrete conseguenze penali della trasgressione della legge, i criminalisti accettavano la regola che anche l'errata convinzione della desuetudine costituisse una scusante dalla pena ([114]). L'affermazione è ripresa, in termini più generali, al *discursus* 119, in cui De Luca affermava chiaramente: « Quando agitur ad effectum poenalem quaelibet causa, quamvis stricto iure non vera, nec relevans sed opinata excusat, quoties non constat de ignorantia vere affectata... » ([115]).

Se a questo punto si opera un raffronto tra i brani di De Luca sopra riferiti e l'indagine sulle interpretazioni intorno alle pene di furto precedentemente condotta, si ha la sensazione che la letteratura forense del primo Settecento operasse una recezione e sovrapposizione di temi — quali la « receptio in usum » come requisito della legge, la regola « ad effectum poenalem quaelibet causa excusat » — che nell'opera di De Luca erano invece su piani distinti.

La lettura di De Luca può valere, ad esempio, a spiegare perché i giuristi esaminati tenessero a dimostrare non solo che il capitolo « ad hoc » era desueto, ma che *mai*, nemmeno una volta, le sanzioni in esso previste erano state irrogate dai tribunali del Regno ([116]); l'uso di giudicare *contra legem* veniva cioè assunto

([114]) *Theatrum*, cit., lib. XII, p. I, disc. 65, v. 14-15, p. 101. Nel *Dottor Volgare* però, riferendo varie opinioni sullo stesso problema, De Luca affermava che non poteva darsi una regola certa, ma doveva decidersi caso per caso. Lib. XV, cap. VIII, v. 5.

([115]) *Loc. cit. nel testo*, v. 9, p. 191.

([116]) Cfr. BRIGANTI, *Pratica*, cit., Misc. tit. II, v. III, 42; MARADEI, *Tractatus*, cit., p. III, cap. XIV, v. 3. La concezione della *receptio in usum* quale re-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come prova della mancata *receptio in usum* del capitolo angioino, il che significava, secondo quanto abbiamo visto in De Luca, che tale legge non era mai entrata in vigore nel Regno di Napoli. Naturalmente ciò avveniva a prezzo di trasferire alla materia criminale elaborazioni concettuali svolte da De Luca in relazione ai presupposti di validità della legge in generale, e di cui egli aveva denunciato la scarsa possibilità di incidenza sul piano processuale.

Oltre a ciò, le argomentazioni fondate sulla mancata recezione della legge angioina si intersecavano con altre, in cui si faceva ricorso al generico potere del giudice di mitigare la legge troppo severa, seguendo una linea di ragionamento del tutto diversa dalla prima. Questa eterogenità di ragionamenti e questa poco consapevole recezione delle fonti costituivano la tipica metodologia forense, tanto avversata dai giuristi colti e dagli illuministi.

II. I MEZZI DELL'INTERPRETAZIONE EVERSIVA NELLE OPERE DEI GRANDI PENALISTI DEL '500 E DEL '600.

I problemi d'interpretazione e di dottrina giuridica fin qui esaminati riguardano la letteratura meridionale ma — ovviamente — non soltanto la realtà storica italiana meridionale. È difficile disconoscere che la cultura giuridica fiorita all'ombra del trono di Napoli abbia assunto, specialmente a partire dalla fine del sec. XVI, caratteri propri e particolari, anche se la ricerca diretta ad individuarli è probabilmente tanto valida ed utile quanto l'impegno a riconoscere gli elementi ereditati da una più ampia ed antica tradizione.

L'importanza di questa unica matrice impone di estendere la ricerca sul delitto di furto ai criminalisti classici del Cinquecento e del Seicento, non certo per darne un quadro esauriente, ma per

---

quisito di validità della legge è testimoniata, per la giurisprudenza siciliana, dalle parole del giurista CUMIA, il quale, a proposito della norma che negava l'appello per le sentenze pronunziate dalla Gran Corte affermava: « ... tale statutum denegans appellationem in causis criminalibus est validum et servandum, uti usu et consuetudine receptum ». (*In Ritus M.R.C., ac totius Regni Siciliae Curiarum Commentaria*, Venetiis, 1573, cap. 74, v. 37-38).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rintracciare, ove esista, una differenza di metodi e di soluzioni sui medesimi problemi dibattuti dai giuristi meridionali del Seicento e del Settecento ([117]). Mentre infatti questi adottano quali mezzi tipici di adeguamento delle pene a nuove realtà sociali la desuetudine delle leggi e la larga arbitrarietà del giudizio penale, nel periodo precedente — in un diverso ambiente politico-culturale — gli stessi fini sono perseguiti con strumenti più prudenti e tecnici, quali l'interpretazione sistematica dello *jus proprium* e la configurazione delle *causae* che legittimano il giudice a discostarsi dallo statuto.

([117]) L'esame di alcuni dei criminalisti meridionali più famosi del XVI sec., come FOLLERIO, CABALLUS, GRAMMATICO (*op. cit.* alla nt. 53), mostra come la dichiarazione di desuetudine del cap. « ad hoc » e dell'arbitrarietà della pena di furto fossero assenti nelle argomentazioni della giurisprudenza del '500. Grammatico testimonia anzi la pratica di irrogare la pena di morte per diversi furti, e tende ad attribuirvi una portata generale, nel senso che la reiterazione del medesimo delitto (nella specie lo stupro) qualificasse sempre il delitto, rendendolo capitale. L'opera di FOLLERIO (*Practica criminalis*, Venetiis, 1567) introduce la metodologia che vedremo propria dei penalisti « classici » del '500 e '600, cioè quella di operare un'interpretazione restrittiva della norma penale mediante il raffronto tra *jus commune* e *jus proprium*, che sottolineasse il carattere correttorio di quest'ultimo: il capitolo angioino viene così inserito in una sezione della « Pratica » intitolata « Fragmenta quibus recensentur ea, quae in criminibus per Jus Regni correcta, addicta vel de novo statuta sunt » (tit. *De furtis*, p. 458) ed all'esposizione delle pene in esso previste segue puntuale la considerazione che « de jure communi tali poena non puniebantur fures » e l'elenco delle fonti a riprova. Nella raccolta di « *Decisiones* » più famosa del '500, vero testo sacro per la giurisprudenza pratica contemporanea e posteriore, quella del DE FRANCHIS (*Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani*, qui citata nell'edizione, postuma, del 1628, Augusta Taurinorum), non si parla di una desuetudine del capitolo « ad hoc », anche se è chiaro il tentativo di limitarne il raggio d'estensione. Queste osservazioni emergono dalla lettura della *decisio* 315, ove veniva posta la questione « Poena mortis imposita furi furanti ultra unciam ex capitulo regni an procedat in committenti crimen peculatus » (p. 418) De Franchis dava all'interrogativo risposta negativa, perché il peculato costituiva figura differente dal furto e, nonostante che per il diritto comune esso andasse punito più gravemente del furto, bisognava tener presente la regola « Extensio non fit in poenalibus, etiam ex maioritate rationis » (ibid., v. 7-8). Qui De Franchis enunciava la regola come generale per la dottrina del diritto comune (cfr. oltre le argomentazioni di Raynaldus relativamente all'abigeato): in realtà in molti casi la *maioritas rationis* legittimava il ricorso all'analogia (cfr. PIANO MORTARI, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI*, Milano, Giuffré, 1956, p. 183 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'inversione dell'ordine cronologico nella trattazione risponde all'ordine logico della esigenza di chiarificazione, e riproduce il cammino di una ricerca che risale verso le origini da epoche e problemi più recenti, più vicini e più sentiti; ma questo metodo ha obbedito anche ad una ragione pratica di esposizione: fu agli inizi del XVIII secolo che il contrasto tra lettera delle leggi e organizzazione della società, fra legalità formale e giustizia sostanziale assunse toni ed accenti esasperati, drammatici e perciò decisamente più espliciti. L'evidenza con cui questo contrasto di fondo allora s'impose si presta a chiarire i presupposti reali di un dibattito che potrebbe altrimenti apparire soltanto letterario e libresco.

1. *Interpretazione delle norme penali e diritto comune.*

Le opere della grande tradizione penalistica dell'Italia del Nord rivelano come il problema di fondo di questi giuristi, pregiudiziale rispetto ad ogni altra questione relativa ai singoli reati, fosse costituito dal rapporto diritto comune-statuto ([118]): se cioè a livello di astratta gerarchia delle fonti era ormai chiaro il posto prioritario spettante allo *jus proprium*, a livello di soluzioni dottrinali rispetto a singoli problemi lo « jus » era pur sempre il diritto comune. Di fatto il giurista ammetteva la necessità di applicare fedelmente la norma dettata dallo statuto solo quando erano stati esercitati tutti gli espedienti interpretativi diretti ad inserire la norma particolare nel sistema del diritto comune, ed a darle un senso con esso compatibile ([119]); tuttavia anche in

([118]) Questo termine non viene qui assunto nel suo significato specifico di legislazione comunale, ma in quello generale di legge positiva più recente, in vigore in un certo ambito territoriale. Del resto, le soluzioni elaborate dalla dottrina per risolvere i problemi relativi al rapporto diritto comune-statuto costituirono la base dell'inserimento di qualunque norma positiva nuova nel sistema del diritto comune, dal XIII al XVII secolo.

In generale, per i problemi di interpretazione relativi alla conciliazione delle varie fonti dal XIV al XVI sec. cfr. PIANO MORTARI, *Ricerche*, cit., cap. V.

([119]) Secondo SBRICCOLI (*L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, Giuffré, 1969), alle soglie del quattrocento le preoccupazioni per il sistema assunsero decisamente la prevalenza, nei giuristi, rispetto all'esigenza di creare un equilibrio tra *jus proprium* e *jus*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo caso il giurista spesso aggiungeva che « de jure » la soluzione sarebbe dovuta essere diversa ([120]).

Questa posizione trova esatto riscontro anche riguardo al problema delle pene relative al delitto di furto, la cui trattazione iniziava sempre col riferimento alla corrispondente disciplina romanistica, nella recezione della Glossa; ciò non costituiva, come potrebbe sembrare, un mero sfoggio di erudizione, a testimonianza della completa formazione culturale del giurista ([121]), ma tendeva a più complessi scopi: anzitutto il confronto con le norme del diritto romano (che prevedeva pene straordinarie ed escludeva, almeno nella fase giustinianea, le pene della morte e della mutilazione) poneva in risalto il carattere correttorio delle disposizioni statutarie, autorizzandone l'interpretazione restrittiva. In secondo luogo l'esistenza di un precedente normativo di tanta importanza e più mite valeva a rassicurare il giudice sulle sue responsabilità per una interpretazione libera e benevola delle

---

commune, che aveva caratterizzato il periodo precedente: di qui la vittoria dello *jus commune* sullo *jus proprium* (*op. cit.*, cap. III). Naturalmente ciò si rifletteva, secondo quest'autore, sulle tecniche interpretative usate dai giuristi: il diritto comune veniva cioè usato come parametro – nel senso di criterio mediante il quale vengono fissati i limiti dell'attività dell'interprete — e come *argumentum* — nel senso che in relazione ad esso risulta esperibile o meno un'operazione ermeneutica particolare (es. l'*extensio*, *op. cit.*, pp. 462-464).

([120]) Esemplare di questa impostazione, specificatamente in materia di furto, la risposta che Angelo Aretino dava alla questione « Fures de jure mortui an damnari debeant »: « Et nota bene — asseriva egli infatti — quod de jure non reperio quod pro furto quis debeat mori nisi fures crassatores e insignes latrones: ut l. capitalium et famosos » (A. ARETINO, *De Maleficiis*, Venetiis, 1555, *Etiam vestem coelestem foderatam*, v. 12, p. 176). L'identificazione tra « jus » e fonti romanistiche non potrebbe essere più chiara.

([121]) Questa conclusione potrebbe essere suggerita dalla considerazione che la regola « lex posterior derogat priori » si era pienamente affermata già con i commentatori, (cfr. PIANO MORTARI, *Ricerche*, cit., p. 138) per cui non aveva nessuna pratica incidenza la citazione cumulativa di diverse fonti in ordine alla medesima materia. Va però sottolineato che la regola sopra citata non significava in alcun modo che la legge precedente veniva eliminata, in virtù della legge successiva, dall'ordinamento giuridico (secondo un moderno concetto di abrogazione estraneo all'epoca considerata): al contrario, era la legge precedente che permetteva di stabilire il carattere correttorio o meno della successiva, e ne fissava pertanto i limiti di operabilità (cfr. nt. 119).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

leggi ([122]): a proposito di tale responsabilità è il caso di ricordare che — al limite — il giudice correva il rischio di essere condannato alla stessa pena che aveva indebitamente evitato di comminare ([123]).

Ancora — ed è questo il nesso di più difficile approfondimento — nel momento in cui veniva criticata l'eccessiva severità

([122]) Ciò particolarmente durante il periodo comunale, a motivo di giudizio di sindacato: « la necessità di superare la lettera statutaria richiedeva, come ha visto Engelmann, il continuo impegno della giurisprudenza consulente per sollevare i giudici inesperti dal timore della responsabilità del processo di sindacato alla loro uscita di carica » (LOMBARDI, *Saggio...*, cit., p. 102). Per la responsabilità del giudice in generale ed il giudizio di sindacato in particolare cfr. ENGELMANN, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*, Leipzig, 1938, p. 456 ss.; U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*, Padova, Cedam, 1955, §§ 24-25. A prescindere dal giudizio di sindacato restò ferma anche nei secoli successivi la regola, confermata dai criminalisti qui esaminati (CLARO, *Liber V*, in *Opera omnia*, Venetiis, 1614; *Quaestio*, 83, v. 2, p. 328; *Quaestio*, 85, b. 10, p. 335; BAIARDUS, *Additio a Quaestio 83 di Claro*, cit., p. 330; RAYNALDUS, *Observationes criminales, civiles, mixtae*, Venetiis, 1735, tomo II, cap. XIV, rubrica) che il giudice doveva rispondere penalmente per imperizia o dolo nell'emanazione della sentenza (cfr. NICOLINI, *Il principio...*, cit., pp. 384-385); per questo motivo un punto fondamentale delle argomentazioni dell'avvocato o del membro del collegio giudicante che invocavano un'interpretazione benevola della legge ed una mite condanna era rassicurare il giudice sulla legittimità di tale operazione. Esemplari in tal senso, specificamente in materia di furto, appaiono le argomentazioni con cui Dynus, un giurista della fine del '600, in qualità di uditore del cardinal legato, esortava i giudici ad interpretare molto restrittivamente lo statuto che prevedeva la pena di morte per tre furti eccedenti complessivamente il valore di 35 scudi: « Similia bannimenta — sosteneva Dynus — esse concepta cum strepitu ad terrorem, et potius delicto sumpto, quam sic circumstantiato poenam esse indictam » (*Decisiones criminales*, Luccae, 1713, decisio 53, p. 451); pertanto « non posse puniri iudicem qui huiusmodi constitutionibus non obsequeretur ... sed utens in casibus non ubique cum circumstantiis explicatis suo arbitrio poenam augere, et imminuere poterit, ne notetur tamquam tenax, et illitteratus statutista, coeco modo executioni demandando non pensatis circumstantiis locis, temporis, facti, personarum, ut faciunt iudices plebei (cum nobiles a iudiciis abstinuerint) sitiendo sanguinem humanum » (*op. cit.*, p. 453). In conclusione Dynus sosteneva che la dizione della legge doveva interpretarsi nel senso più aderente al diritto comune: i tre furti andavano intesi come furti aggravati (*op. loc. cit.*, v. 37-38, p. 452); tali argomentazioni vennero recepite dagli altri giudici e il reo fu condannato al remo per 7 anni (*op. loc. cit.*, v. 80, p. 457).

([123]) A proposito di questa sorta di « retorquutio » cfr. NICOLINI, *op. cit.*, p. 373 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle leggi e pertanto indirettamente l'uso della potestà di legiferare da parte dell'autorità, l'indiscutibile prestigio delle « leggi comuni » forniva una sorta di schermo, di alibi culturale al giurista, poco disposto, per struttura mentale ed abito professionale, ad uno scontro diretto, anche soltanto verbale, con l'autorità politica: tale scontro era ammissibile soltanto entro la sfera della « auctoritas », ed in termini di « scientia ». Il ricorso al diritto comune consentiva di riaffermare il valore della « Lex », nel momento in cui ne realizzava il superamento della lettera.

Altri strumenti tecnici tendevano a conseguire questo risultato, senza investire direttamente le norme. Rispondeva — almeno in parte — a questa esigenza la lunga serie di circostanze attenuanti del reato elaborate dalla dottrina e che conducevano alla mitigazione della pena, sia in linea generale, come nella famosa trattazione di Farinaccio ([124]), sia particolarmente per ogni singolo reato. Com'è noto, erano considerate attenuanti specifiche rispetto al furto la povertà del reo, lo stato di necessità, il carattere commestibile della merce rubata, il numero dei figli.

Il sorgere della vasta casistica di circostanze attenuanti era giustificato sul piano teorico in base al generico potere, attribuito al giudice dalla dottrina, di discostarsi *ex causa* ([125]) dalla legge: a questo proposito Claro aveva introdotto un'importante diversi-

---

([124]) FARINACCIO, *Praxis et theorica criminalis*, pars. III, Lugduni, 1635, Tit. *De poenis temperandis*, pp. 91-221. Cercare di sintetizzare le cause di minorazione della pena previste da Farinaccio è impresa quasi disperata, perché nella sezione suindicata vengono riportate, in modo quanto mai casistico, una quantità di circostanze attenuanti relative sia agli elementi essenziali del reato, quali il dolo o la colpa, sia a particolarissime situazioni soggettive (rustico delinquente o ebreo convertito al cristianesimo): oltre a ciò, l'abbondanza di citazioni, gli « ampia », i « limita », i « sublimata » che seguono ogni affermazione dell'autore indicandone seguaci ed oppositori, rendono problematica la ricognizione dell'effettiva opinione di Farinaccio.

([125]) Sulla rilevanza e funzione della « causa » nella giurisdizione criminale all'epoca della glossa e del commento, sino all'affermarsi, con Giason del Maino, della regola « ex causa licet leges transgredi » cfr. CORTESE, *La norma giuridica*, Milano, 1962, p. 168-181. Abbiamo sottolineato, nella prima parte di questo lavoro, che una delle applicazioni forensi di questa regola del diritto comune classico, fu nel periodo successivo, la massima « in criminalibus quaelibet causa excusat » (cfr. le pagine relative a De Luca).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ficazione a seconda che si trattasse di causa intrinseca o estrinseca al delitto. Nel primo caso qualunque magistrato avrebbe avuto un potere di mutamento dello statuto, nel secondo solamente il magistrato superiore ([126]). La distanza tra tribunali inferiori e superiori quanto al potere discrezionale in materia criminale è un dato sicuro e ad essa fa continuamente riferimento Menochio, anche in materia di furto. La differenza era evidente nel *furtum magnum*: mentre infatti la dottrina affidava al giudice la qualificazione del reato, controverso era il tipo di pena da irrogare, poiché alcuni sostenevano che si trattasse di delitto capitale, altri lo negavano. Secondo Menochio le varie opinioni potevano essere conciliate dicendo che, mentre il giudice investito di alta potestà poteva arbitrare fino alla morte, il giudice inferiore doveva, in tal caso, consultare il superiore ([127]).

2. *Il problema delle fonti in materia di furto: dalla Glossa a Claro.*

Il problema della pluralità delle fonti — romanistiche, longobardo-franche, imperiali (fridericiane) — relative alla repressione criminale dei furti, e della concorrenza tra di esse, era già stato

([126]) Cfr. CLARO, *Liber V*, cit., *Quaestio* 85, v. 10, p. 335.

([127]) MENOCHIO, *De Arbitrariis Iudicum Quaestionibus, et causis*, Venetiis, 1624, p. 572. L'opinione che un furto di valore era equivalente a tre furti di poca entità (e pertanto punibile con la morte nonostante gli statuti decretassero la pena capitale solo per il terzo furto) risaliva a Baldo (*Commentaria*, t. VI, Venetiis, 1568. *Ad librum sextum Codicis comm.*, tit. *De servis fugitivis*, v. *Sed novo jure*, § 5, p. 5). Essa viene riferita, tra gli altri, anche da Angelo ARETINO (*De maleficiis*, Venetiis, 1555, v. *Etiam vestem cœlestem*, p. 177, § 13) il quale chiariva trattarsi di un'applicazione della regola generale secondo cui « propter delicti enormitatem permissum est leges transgredi ». Il commentatore di Aretino, AUGUSTINUS ARIMINIENSIS, trovava errata tale sentenza di Baldo, in base a considerazioni che è interessante riportare: le leggi non comminavano mai la pena capitale in considerazione della quantità del furto (qui il giurista tralasciava volutamente di considerare la cost. *si quis quinque solidos*) ma di elementi diversi, come ad esempio, nel caso degli statuti, la recidiva, che lasciava presumere la consuetudine a delinquere: per questo motivo non poteva essere irrogata la pena capitale nel caso di un solo furto: dalla regola generale secondo cui « Ex causa licitum est transgredi leges et statuta » doveva semmai derivare, secondo Augustinus, la possibilità, per il giudice, di minorare la pena di morte eventualmente comminata dallo statuto per un furto lieve.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ampiamente posto dalla Glossa ([128]) e risolto, al termine di un lungo e tormentato ragionamento, nel senso della prevalenza delle norme romanistiche, soprattutto giustinianee, rispetto alle altre suindicate.

([128]) Cfr. glossa « puniatur », ad. lib. feud. II, 53, *De pace tenenda inter subditos et juramento firmanda, v. iniuria seu furtum.* « Iniuria seu furtum legitime puniatur »: questo il passo della costituzione fridericiana oggetto della glossa suindicata, la quale poneva il quesito « secundum quas leges debet puniri iniuria seu furtum: nunquid secundum leges antiquas Romanas et novas? An secundum leges longobardorum... an secundum legem praedictam de pace, ... v. si quis quinque solidos? La soluzione, favorevole al diritto romano è trovata dopo un lungo e difficile ragionamento, che merita di essere riferito. Il capitolo *si quis latro* (« si quis latro de uno furto probatus fuerit, perdat oculum, si de duobus furtis probatus fuerit nasus ei scapelletur, si de tribus furtis moriatur ») compreso nella Lombarda (cfr. *Leges longobardorum, cum argutissimis glossis D. Caroli de Tocco*, rist. a cura di Astuti, 1964, lib. I, tit. XXV, l. XXV; M.G.H., t. IV, Leges, p. 503), ed in essa attribuito a Carlo Magno Imperatore, non può essere assunto come norma generale della punizione dei furti, perché in realtà esso fu emanato da Carlo quando era soltanto re dei Franchi e dei Longobardi, e non ha quindi valore di legge generale per tutti i sudditi dell'Impero: la sua collocazione tra le leggi imperiali è dovuta all'ordine imposto dalle varie norme del compilatore della Lombarda.

Rimaneva il problema del valore delle due costituzioni in cui Federico Barbarossa aveva disposto, tra l'altro, in merito ai delitti d'ingiuria e furto, e della conciliazione tra la precisa e severissima prescrizione contenuta al versetto *si quis quinque solidos* della cost. *De pace tenenda et ejus violatoribus* (si quis quinque solidos valens aut plus fuerit furatus, laqueo suspendatur: si minus, scopis et forcipe excorietur et tondatur, ed cit., *supra*, nt. 31), ed il generico dettato (iniuria seu furtum legitime puniatur) della successiva *De pace tenenda inter subditos et iuramento firmanda* (M.G.H., ed. cit., Leges, t. II, p. 112). In realtà la prima di queste due costituzioni non avrebbe né la forma né il valore di legge: il suo inizio « Friderichus... episcopis, ducibus comitibus, marchionibus, e omnibus ad quos literae istae pervenerint... » fa capire che si tratta di una sorta di istruzione ai grandi dell'impero, in attesa dell'emanazione della vera e propria legge solenne, qual è appunto la successiva *constitutio pacis*, ove l'*incipit* ha proprio il tono e la forma delle leggi solenni: « Hac edictali lege in perpetuum valitura iubemus... ». Il « legitime » contenuto in tale legge, la volontà di mantenere in vita il diritto precedente, espressa anche nella prima delle due costituzioni (...nos tam divinas quam humanas leges in suo vigore manere cupientes) rimandano alle leggi romane in base alle quali vanno puniti i delitti in questione. Ove poi (vel dicas) si sostenesse la natura di leggi per ambedue le costituzioni, va sempre tenuto presente che il delitto d'ingiuria va punito ad arbitrio del giudice, il quale deve regolarsi in relazione al turbamento da esso apportato alla pubblica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tanto Gandino ([129]), che Bartolo ([130]) avevano recepito sia la metodologia espositiva della Glossa, basata sull'enunciazione, in ordine cronologico, delle diverse fonti in materia di furto, sia la soluzione finale che, attribuendo carattere di disciplina fondamentale, e comune, alle norme sulla repressione dei furti tratte dal Corpus Juris ([131]), indicava in esso la fonte prevalente e rispetto al capitolo franco « si quis latro », contenuto nella Lombarda, e rispetto alla disposizione fridericiana « si quis quinque solidos » compreso nella costituzione « De pace tenenda et ejus violatoribus » ([132]). Gandino non mancava di sottolineare che tale disciplina comune era di fatto superata dalle precise disposizioni statutarie vigenti in ogni parte d'Italia ([133]): tuttavia essa costituiva di fatto, come vedremo, il punto di partenza logico giuridico e per l'interpretazione degli statuti e per la considerazione della maggiore o minore gravità dei furti.

Risale tuttavia a Bartolomeo Cepolla ([134]) l'esposizione più ampia ed approfondita del regime della pena di furto ed il tenta-

---

pace (l'adozione di tale canone ermeneutico anche in relazione alle norme fridericiane sul furto sarà costante, come vedremo, presso i giuristi successivi), mentre la prescrizione relativa al furto, « si quis quinque solidos », va ritenuta abrogata per consuetudine contraria.

([129]) *De maleficiis*, ed. annessa al trattato di Angelo Aretino, Venetiis, 1555, tit. *De furibus et latronibus*, v. 10, p. 72: « Sed quaero secundum quas leges puniatur furtum, utrum secundum legem communem, aut secundum legem lombardam aut secundum legem domini Federici? Respondeo super hac quaestione est glossa ordinaria... in qua finaliter concluditur puniri furtum secundum jura allegata communia... ». L'importanza di Gandino per i criminalisti successivi emerge chiaramente dalle parole di Bossio, che lo cita continuamente nella sua opera (*Tractatus varii*, Venetiis, 1562): « Temerarium est recedere ab ejus opinione, ... quod ab omnibus judicibus maleficiorum Gandinus habetur princeps in maleficiis » (Tit. *De delictis*, v. 17). Su GANDINO e la sua attività di giudice cfr. H. KANTOROVICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, Berlino, 1907; ENGELMANN, *Die Wiedergeburt*, cit., p. 237 s.

([130]) *Super Authenticis et Institutionibus commentaria* (Aug. Taurinorum, 1589), Coll. IX, tit. *ut nulli judicum*, § *Quia vero nos oportet*, 3, p. 66, retro.

([131]) Sulla disciplina dei furti in diritto romano cfr. retro, nt. 27.

([132]) I testi di entrambe queste fonti sono riportati sopra, alla nt. 128.

([133]) « licet ultra communia super poena imponenda habent diversa statuta », *loc. cit.*, p. 73.

([134]) *Varii Tractatus* (*Cautelae inscripti vulgo*), Venetiis, 1555, *In authent. Sed novo jure*, p. 695 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tivo di trarre, dalla considerazione delle fonti romanistiche quali « jus commune » tutte le possibili conseguenze per l'interpretazione degli statuti: per quanto le conclusioni di Cepolla non venissero totalmente recepite dalla dottrina, il suo commento all'autentica « Ut nulli iudicum » rimase senza dubbio un classico nei riferimenti al diritto romano di tutti i penalisti successivi, e merita di essere considerato con una certa ampiezza.

Cepolla iniziava la sua trattazione col riferire l'intento di Giustiniano di mitigare in generale le pene mutilative e di fissare in particolare i limiti alle pene di furto sancendo che « fur pro primo furto non debet mori, nec sibi aliquod membrum abscindi ». « Et fures dicuntur — continuava la Novella, — qui occulte, et sine armis delinquunt. Sed qui violenter aggrediuntur, poenis legalibus puniri debent ».

Fissato con chiarezza tale punto di partenza, Cepolla esaminava ampiamente tutta una serie di problemi riguardanti la regolamentazione contemporanea del delitto di furto. Alla base della ricostruzione della disciplina di tale delitto, Cepolla riteneva dovesse porsi non l'insieme delle fonti in materia — rifiutava cioè l'impostazione di Bartolo — ma la differenza tra furto semplice e furto qualificato ([135]): ciò significava in sostanza assumere gli stessi criteri adottati nel Corpus Juris e richiamati nella novella Giustinianea ([136]), e prendere implicitamente posizione contro le leggi longobarde e germaniche, in cui il criterio di differenziazione tra le varie ipotesi di furto, ai fini dell'aggravamento di pena, era costituito dal valore della cosa rubata e dalla mera ripetizione del delitto. In particolare, a proposito della prescrizione fridericiana « Si quis quinque solidos », pur riferendo l'opinione di co-

([135]) *Varii tractatus*, loc. cit., 53, p. 711.

([136]) « Fures dicuntur... sed qui violenter aggrediuntur... » (cfr. il testo). Nel diritto romano l'aggravamento della pena non era mai connesso al valore della cosa rubata o alla reiterazione del furto per un numero di volte rigidamente prefissato (tre, secondo la tradizione longobarda e germanica), ma ad una serie di circostanze atte a rendere il furto qualificato: venivano così singolarmente considerate le ipotesi di ladri *directarii* (Dig. 47, 11, 7), *balnearii* (Dig. 47, 17, 1), *saccularii* (Dig. 47, 11, 7), *effractores* (Dig. 47, 18, 2), sino alle ipotesi più gravi, dei *grassatores*, cioè coloro che infestavano le strade aggredendo i viandanti a scopo di rapina, e i *latrones*, cioè coloro che erano soliti commettere, in luogo pubblico e in comitiva, rapine ed omicidii (Dig. 48, 19, 28, 10 e 15).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

loro i quali sostenevano che essa fosse stata abrogata per consuetudine contraria, Cepolla preferiva limitarne l'applicabilità mediante il criterio interpretativo della *subiecta materia* (137): poiché il versetto « si quis quinque solidos » era inserito nella costituzione « de pace tenenda... », dovevano ritenersi applicabili solo ai casi di violazione della pubblica pace (138).

Altrettanto chiaramente emerge l'orientamento di fondo di Cepolla da un altro passo importante della trattazione riguardante l'interpretazione degli statuti che comminavano la pena di morte al « famosus latro » (139): il giurista fondava la sua interpretazione sulla distinzione, propria del diritto romano e riaffermata da Giustiniano, tra *fur*, che è colui che ruba « occulte et sine armis » e *latro* cioè colui che commette furto in luogo pubblico e con violenza: *latro publicus, vel famosus*, era definibile colui che « pluries palam in strata publica vel in sylvis per vim, vel cum armis furatur » (140); ciò posto, l'applicazione delle pene statutarie riguardanti i *famosi latrones* doveva necessariamente presupporre non solo la prova della reiterazione dei furti — che valeva a dimostrare la qualità di *famosus* — ma altresì quella del luogo pubblico, o della violenza, atte a definire il reo *latro* (141).

---

(137) Cfr. PIANO MORTARI, *Lineamenti della teoria medievale dell'interpretazione del diritto*, Catania, 1964, p. 89.

(138) *Varii tractatus*, loc. cit., v. 10, p. 701.

(139) *Varii tractatus*, loc. cit., v. 44-52, pp. 709-711.

(140) *Varii tractatus*, loc. cit., v. 49, p. 710.

(141) A tale interpretazione pareva opporsi in realtà la glossa « castigabitur » in Cod. lib. sextum, tit. I, *de servis fugitivis*, Authent. *Ut nulli judicum*, v. *sed novo jure*, che dopo aver affermato che il ladro era punibile, in base all'autentica, con la fustigazione, aggiungeva: « nisi sit publicus latro, qui scilicet consuevit furari, qui debet furcis suspendi, ut *dig. de poenis*, l. *capitalium et famosos* ». Cepolla tentava di superare la difficoltà affermando che il significato reale della glossa poteva essere inteso solo in relazione al testo cui essa stessa faceva riferimento, cioè la l. capitalium, v. famosos (Dig. 48, 19, 28, 15) ove per « famosi latrones » si intendevano i veri e propri banditi, coloro cioè che commettevano rapine ed omicidi in luogo pubblico. Errata era pertanto l'interpretazione di Bartolo ed il significato da lui attribuito alla glossa: « Quaero, quis dicatur famosus latro vel fur? Dicunt quidam, illi qui hoc saepe fecerunt. Ita dicit gl. in auth. sed novo jure, C. de serv. fug. quod puto verum, si contra eos fama de hoc publica laborabat... » (BARTOLO, *Commentaria, in secundam Digesti novi partem*, Venetiis, 1585, ad l. *capitalium*, v. *famosos*, tit. *de poenis* (Dig. 48, 19, 28, 15), p. 188 verso.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questa soluzione non riuscì ad imporsi nella prassi giudiziaria, e la triplice ripetizione del furto, a prescindere da qualunque altra aggravante fu costantemente considerata circostanza atta a far presumere la pericolosità del reo ed a rendere il delitto capitale, mentre i termini *fur* e *latro* vennero di fatto assimilati (142); Lo stesso Cepolla ammetteva la scarsa incidenza della sua interpretazione nella prassi e citava anzi in tal senso un caso giudiziario riferito da Paolo di Castro (143), pur insistendo sul fatto che — nonostante gli statuti e la consuetudine contraria — sarebbe stata *de jure* la più valida (144). A Verona tuttavia (e Cepolla sottolineava con compiacenza questa prassi giudiziaria) per tre furti modici o di genere commestibile non veniva irrogata la pena di morte, ma una pena pecuniaria o detentiva, di breve durata (145): in effetti, le interpretazioni di Cepolla intorno alla pena di furto potevano avere un'incidenza particolare nella pratica giudiziaria di Verona (146) perchè in tale città non esisteva, a quanto egli stesso riferisce, una precisa prescrizione statutaria intorno alla pena di furto, la cui sanzione era affidata all'arbitrio del Podestà e della curia (147). Sempre sulla base del diritto comune Cepolla negava la possibilità di irrogare la pena di morte per un unico furto non aggravato, sia pure di elevato valore: egli sosteneva cioè che fosse errata l'opinione di Baldo, da molti recepita, secondo cui un unico furto di grande valore doveva essere equiparato a tre furti modici e considerato delitto capitale (148), e preferiva seguire l'opinione di Paolo di Castro, secondo cui « plus aggravatur delictum

---

(142) Cfr. MANZINI, *Le varie specie di furto*, cit., v. II, p. 687.

(143) *Varii tractatus*, loc. cit., v. 51, p. 710.

(144) *Varii tractatus*, loc. cit., v. 94-95, p. 724.

(145) *Ibidem*, v. 94.

(146) *Varii tractatus*, loc. cit., v. 63, p. 714. Com'è noto Bartolomeo Cepolla nacque a Verona e qui operò, in qualità di giudice della curia, come egli stesso afferma (*op. loc. cit.*, v. 72, p. 716). PANCIROLI (*De claris legum interpretibus*, Lipsiae, 1721, rist. Gregg., 1968, p. 211) riferisce che Cepolla si dedicò allo studio del diritto a Bologna durante l'insegnamento di Angelo Aretino e Paolo di Castro: nella trattazione qui esaminata sono in effetti questi i giuristi più assiduamente citati da Cepolla.

(147) *Varii tractatus*, loc. cit., § 63, p. 714.

(148) *Varii tractatus*, loc. cit., §§ 75-76, p. 717. Intorno a tale regola di Baldo cfr. nota 127.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ex frequentia, quam ex magnitudine rei subtractae » ([149]). Inoltre — aggiungeva Cepolla — dal momento che non era possibile rintracciare nelle fonti la comminazione della pena capitale per un unico furto ([150]), non era lecito che i giuristi operassero distinzioni che la legge non aveva operato. A questa considerazione, di per sé preclusiva, era da aggiungere che i passi tramandati dal Corpus juris in cui venivano contemplate le più gravi ipotesi di furto, non sancivano sempre e necessariamente la pena di morte, ma contemplavano anche pene diverse, quali la fustigazione, la relegazione o la condanna ai lavori forzati ([151]). Con molta parte della dottrina del suo tempo Cepolla condivideva la tendenza a considerare, ogni volta che ciò fosse possibile, come unico furto continuato ([152]) i furti commessi in un unico contesto di spazio e tempo, e ad interpretare in tal senso la confessione con cui il reo dichiarava di aver commesso diversi furti ([153]). Ciò si rendeva

---

([149]) *Varii tractatus*, loc. cit., § 76, p. 717.

([150]) Veniva evidentemente ignorata la sanzione della costituzione fridericiana, in cui era punito con la morte il furto superiore ai « quinque solidos »: in realtà tale costituzione non era né da Cepolla, né da altri giuristi considerata legge comune: essa pertanto non poteva mai fornire al giurista criteri di interpretazione generali.

([151]) CEPOLLA cita qui (*op. loc. cit.*, § 77, p. 718) la l. prima § *expilatores*, D. *de effractoribus et expilatoribus* (Dig. 47, 18, 1); la l. *sacrilegii capite* in princ. D. *ad legem juliam peculatus* (Dig. 48, 13, 9); la l. *sacculatii*, in princ. D. *de extraordinariis criminibus* (Dig. 47, 11, 7). In effetti nel Corpus Juris non erano direttamente contemplate pene capitali per tutte le più gravi ipotesi di furto, perché nell'ambito di questo delitto venivano operate ulteriori distinzioni tra fattispecie più gravi e meno gravi, ed in ogni caso veniva lasciato un certo ambito di valutazione al Magistrato (cfr. nota 136). La glossa « scias tamen » a Dig. 47, 18, 1, l. *de his qui carcere effracto*, tit. *de effractoribus et expilatoribus* aveva sottolineato che tutti i furti qualificati contemplati nel titolo su indicato dovevano essere puniti *judicis arbitrio*, « dum tamen plebeius non comdamnetur ultra poenam operis publici honestus autem ultra regregationem ».

([152]) CEPOLLA riporta un caso avvenuto a Verona: un tale era andato in una notte successivamente in diverse case, rubando ogni volta una diversa quantità di cereali e riponendoli nello stesso sacco: per il giurista non v'era dubbio — e in tal senso era stato il giudizio da lui pronunziato nella Curia di Verona — che i furti dovessero essere considerati un unico furto continuato. Pertanto il ladro non era stato impiccato ma sottoposto a pene corporali (fustigazione e taglio dell'orecchio) (CEPOLLA, *Tractatus*, loc. cit., § 72, p. 716).

([153]) « Quod si quis confitetur se fecisse plura furta diversis temporibus, non

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tanto più necessario, affermava il giurista veronese, in quanto, secondo gli statuti e l'opinione comune, tre furti importavano una « consuetudo furandi » e dovevano essere puniti con la morte (154).

La recezione e l'assimilazione della trattazione di Cepolla appare chiara — ed è del resto espressamente dichiarata — in Menochio (155), ove la metodologia espositiva risponde a moduli diversi da quelli adottati e nella Glossa e in Gandino e in Bartolo: mentre infatti qui, come abbiamo visto, veniva posta a base del discorso sulla pena dei furti l'enunciazione simultanea, ed in ordine cronologico, delle varie fonti in materia, tra cui si giudicavano prevalenti quelle di origine romanistica, Menochio assumeva come forma fondamentale della repressione di questo reato la regola romanistica, divenuta di diritto comune, secondo cui la pena per il furto è straordinaria, ad arbitrio del giudice (156). Successivamente egli introduceva come eccezioni a questa regola tutte le ipotesi in cui, o per leggi successive, o in base alla « communis opinio », una pena capitale aveva sostituito tale pena arbitraria (157). Tale impostazione presentava, a ben vedere, precise

---

est standum suae confessioni, quia est generalis et incerta, cum non constet de rebus subtractis... item tenet hic dominus Paulus De Castro, qui dicit, huic confessioni incertae non est standum, cum agitur de poena mortis corporalis, cum non fit dominus membrorum suorum » (*op. loc. cit.*, § 70, p. 715).

(154) *Op. loc. cit.*, § 72, p. 716.

(155) *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis*, libri duo, Venetiis, 1624, l. II, Cent. III, casus 295, p. 571.

(156) ... regulariter fur morte non mulctatur, C. de serv. fug. s. pro furto autem, in authent. ut nulli judic. sed aliis poenis castigatur, quocirca glossa inquit, poena extraordinaria puniri, hoc est judicis arbitrio, ut recte interpretatur Cepol. (*De arbitrariis*, loc. cit., v. 7-8, p. 571).

(157) « Declaratur primo non procedere, cum furtum est magnum, quoniam tunc poena capitis plectitur » (*op. loc. cit.*, v. 9, p. 571): qui Menochio pare recepire l'opinione di Baldo (cfr. nt. 127), che cita: tuttavia egli ne restringe la portata attribuendo ai soli tribunali supremi la possibilità di irrogare la pena di morte (cfr. retro, nt. 127). « Declaratur secundo non procedere in casu cap. I, v. si quis quinque solidos » (v. 13): rispetto a questa cost. fridericiana egli tuttavia accetta l'opinione di Claro che « hanc sanctionem usu receptam nunquam fuisse » mentre mostra una decisa insofferenza per il luogo comune, derivato da Paride del Pozzo, sulla dannazione di Federico per aver emanato una legge così severa: « Sunt haec somnia vigilantium, Federici animam et voluntatem iudicavit Deus, cuius arcana hominibus cognita non sunt » (ibidem). « Declaratur tertio ut non procedat in famoso latrone, nam is poena capitis punitur... et late Cpeolla (v. 14).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potenzialità interpretative per i giudici che avessero voluto valersene: è noto infatti che alla definizione di una norma come « jus correctorium » corrispondevano precisi canoni ermeneutici in senso restrittivo ([158]). Maggiore aderenza allo « jus proprium » e più prudenti interpretazioni riscontriamo in Bossio e Claro. I due giuristi possono essere accostati per aver fatto parte ambedue, rispettivamente sotto Carlo V e Filippo II, del Senato di Milano, e forniscono perciò un'importante testimonianza della pratica giudiziaria di questo Supremo Tribunale, che vari indizi portano a ritenere abbastanza duro quanto all'applicazione della legge ([159]).

Bossio riferiva dell'esistenza a Milano ed altrove di statuti che sancivano l'impiccagione per tre furti ([160]): pur non criticando direttamente la severità di tale prescrizione, egli tentava di limitarne la portata asserendo, secondo un'opinione diffusa di cui abbiamo or ora trovato testimonianza in B. Cepolla, che sa-

---

Declaratur quarto ut non procedat in fure, qui tria furta etiam levia commisit (v. 17) ».

([158]) Cfr. PIANO MORTARI, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI*, Milano, 1956, p. 140 ss.

([159]) BOSSIO, ad esempio, dopo aver riferito l'opinione secondo la quale le pene irrogate dalla legge dovevano applicarsi solo ai reati consumati, e non a quelli tentati, riporta la condanna a morte pronunziata dal Senato di Milano ad una donna che aveva somministrato del veleno al compagno, senza causarne però la morte. La severità della decisione spingeva Bossio a darne una qualche spiegazione: « Causa huius Senatus consulti fuit haec, ut domini redderentur securi a servis suis... et ex arbitrio quod habet princeps in poenis » (BOSSIO, *Tractatus varii*, Venetiis, 1562, tit. *de Homicidio*, § 13, p. 150). Il giurista meridionale Caballus riferiva che a Milano, contrariamente a quanto si verificava nel Regno di Napoli, il Senato puniva i furti domestici più severamente, (nel caso di reiterazione anche con la morte) in considerazione della violazione della fiducia (*Resolutiones criminales*, Florentiae, 1611. Casus 204). Questa pratica è confermata anche da Bossio (*op. cit.*, tit. *de Furtis*, §§ 25-26, p. 169 e da CLARO, *Liber V*, ed. cit., § furtum, § 22, p. 38). La rigida applicazione della pena di morte prevista dagli statuti da parte del Senato di Milano è testimoniata altresì da RAYNALDUS, *Observationes criminales, civiles, mixtae*, Venetiis, 1735, l. I, cap. VII, § VIII, v. 10-12.

Sui poteri, molto ampi, del Senato di Milano sotto Carlo V e sui conflitti tra governatore e Senato cfr. CHABOD, *Lo stato e la vita religiosa a Milano nell'epoca di Carlo V*, Torino, Einaudi, 1971, p. 161 s.; U. PETRONIO, *Il Senato di Milano*, Milano, 1972: in particolare per i poteri giurisdizionali, pp. 166 ss.

([160]) BOSSIO, *Tractatus*, tit. *de Furtis*, § 16, p. 167.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rebbe stato scorretto applicare la prescrizione statutaria al reo confesso di aver compiuto più furti in diversi tempi: in tali ipotesi doveva accertarsi infatti l'interpretazione favorevole al reo, che si trattasse di un unico furto continuato ([161]). Per ciò che concerne la dizione statutaria, *fur famosus*, o *latro famosus*, Bossio riteneva, che non bastasse — ai fini di dimostrare tale qualità — la prova della cattiva fama del soggetto, ma che si dovessero provare anche i diversi delitti ([162]).

Il versetto, « Sed quaero, quae sit poena furti? » ([163]) di Claro, trovò presso i penalisti del diritto comune una diffusione eguagliata soltanto dal commento di Cepolla precedentemente esaminato all'autentica « ut nulli iudicum v. Sed novo jure ». Claro riaffermava anzitutto l'assenza nel diritto comune di una pena di morte per il semplice furto e la desuetudine delle pene previste dalla cost. « Si quis quinque solidos »; esse sarebbero state (così come per il Cepolla) irrogate in funzione delle violazioni alla pubblica pace ([164]); non v'era alcun dubbio, invece, che i *fures famosi* (« sive infamati pluribus furtis ») ([165]) dovessero essere puniti con la forca. Claro parlava anzi a questo proposito, ripetutamente, di consuetudine generale. Nel complesso, egli attribuiva grande importanza agli statuti ed alle consuetudini locali: ove però esse non avessero disposto in relazione alla pena di furto, nel caso di diversi furti non avrebbe dovuto applicarsi la pena di morte, ma le disposizioni del diritto comune ([166]).

La parte più originale della trattazione di Claro concerneva un'ipotesi molto discussa in dottrina: quella cioè, in cui i primi due furti fossero stati commessi fuori dalla giurisdizione del giudice del terzo furto ([167]). In relazione alla norma statutaria se-

([161]) Bossio, *Tractatus*, tit. *de Furtis*, § 7, p. 167.

([162]) Bossio, *Tractatus*, cit., tit. *de Inquisitione*, §§ 31-32, p. 26.

([163]) Claro, *Liber V*, ed. cit., v. furtum, § 7, p. 37.

([164]) *Ibidem*.

([165]) Claro non recepiva la differenziazione di Cepolla tra *latro famosus* e *fur famosus*, dal momento che affermava: « fur enim qui furari consuevit, dicitur famosus latro » (*Liber V*, loc. cit., § 8, p. 20).

([166]) *Op. loc. sopra* citata.

([167]) *Liber V*, loc. cit., § 10, p. 37. La situazione di particolarismo politico e territoriale dell'Italia spiega perfettamente l'importanza ed il continuo ricorrere di tale questione nella prassi dei tribunali: a prescindere dalle sottili differenzia-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

condo cui « fur pro tertio furto suspenditur », si poneva il problema di quale pena dovesse irrogare il giudice. Doveva cioè considerare il furto quale primo rispetto alla sua giurisdizione e pertanto applicare le pene afflittive diverse dalla morte, o, dal momento che i primi due furti, ovunque commessi, indicavano il soggetto come « consuetus furari », e quindi rendevano il delitto qualificato e capitale, condannare alla forca? Per quanto personalmente propenso a tale seconda soluzione, Claro introduceva una sottile distinzione in base alla formula usata negli statuti. Ove questa fosse stata « pro tribus furtis suspenditur », il giudice non avrebbe potuto irrogare la pena di morte: questa sarebbe invece stata legittima ove la dizione statutaria fosse stata « pro tertio furto suspenditur » ([168]), sempre che il reo appartenesse, per ragioni di origine o di domicilio, alla giurisdizione del giudice ove l'ultimo furto era stato commesso.

Come Angelo Aretino e Bartolomeo Cepolla, Claro poneva in discussione l'opinione di Baldo ([169]), in merito all'equiparazione di tre furti con un solo furto, di grande valore: egli riteneva opinione più comune e fondata che un solo furto, per quanto di grande valore, non fosse punibile con la morte ([170]). Maggior serenità

---

zioni introdotte da Claro, l'opinione più comune su tale punto, come del testo questo stesso giurista affermava, sulle orme di MENOCHIO (*De arbitrariis*, cit., casus 295, § 18, p. 572) era che i due furti precedenti, ovunque commessi, potessero essere computati per l'irrogazione della pena statutaria relativa alla ripetizione dei furti. Così pure Claro riferiva della prassi esistente nel Ducato di Milano, di calcolare, per il computo dei tre furti, anche i furti per i quali il reo era stato già condannato o aveva ricevuto grazia (*Liber V*, loc. cit., §§ 12-13, p. 38).

([168]) *Liber V*, loc. cit., § 10, p. 37. Questa citazione di CLARO è riportata da MANZINI, *Le varie specie di furto*, cit., v. II, p. 717 s.): si è creduto opportuno di riferirla egualmente nel testo quale esempio, abbastanza significativo, dello strumentario argomentativo del penalista cinquecentesco; nella trattazione di MANZINI, invece, questa come altre interpretazioni intorno alla pena di furto vengono assunte quali sporadici artifici tendenti a raggiungere il generoso scopo della mitigazione delle pene nel periodo truce che va dal Cinquecento al Settecento. Abbiamo già sottolineato come sia diversa la direzione di questo studio che vorrebbe invece tentare di chiarire, attraverso uno specifico campione, problemi e metodi dell'interpretazione della norma penale alla luce del rapporto *ius commune-statutum*.

([169]) Cfr. sopra nt. 127.

([170]) *Liber V*, loc. cit., § 9, p. 37.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Claro mostrava invece nel considerare alcune situazioni — posizione creditoria del ladro ([171]), stato di necessità ([172]), valore modico della cosa rubata — che la dottrina, per quanto non concordemente, qualificava come esimenti dalla pena di furto; la totale sottrazione del ladro alla pena pareva al nostro giurista alquanto pericolosa in questa terza ipotesi ([173]): egli riteneva si dovesse tutt'al più concedere, in questo caso, un generico potere al giudice di mitigare la pena ([174]).

3. *Diritto romano e retta ragione in Antonius Matthaeus Batavus.*

Pur nella diversità delle posizioni, è chiaro che in tutti i giuristi citati la considerazione della severità delle pene non condu-

([171]) Qui CLARO riferiva come *communis opinio*: « licitum est enim ei, qui non potest a suo debitore pecuniam vel rem aliquam consequi aequivalentem rem, seu quantitatem eum subripere » (*Liber V*, loc. cit., § 20, p. 38).

([172]) Anche qui la regola « tempore extremae necessitatis licitum est furari » viene citata quale *communis opinio*. Claro si poneva piuttosto il problema se in tale ipotesi sorgesse, una volta cessata la necessità, il dovere alla restituzione della cosa: « Prima opinio (per il dovere alla restituzione) tutior est in foro conscientiae, sed in foro contentioso non recederat a secunda opinio »; questa la conclusione del giurista (*Liber V*, loc. cit., § 25, p. 38).

([173]) « Sed certe haec etiam defensio esset multum periculosa, nam actio furti datur, etiam de re minima puta pro gallina vel pro ansere, immo etiam pro ovo » (*Liber V*, loc. cit., § 23, p. 38).

([174]) *Op. loc.* sopra citata. L'affidamento, in tale ipotesi, di un potere di mitigazione della pena al giudice era del resto coerente alla concezione, comune nella dottrina, e dallo stesso Claro in altro luogo espressa, (Quaestio 85, § 10) secondo la quale il giudice poteva diminuire la pena « sive agat de poena imposita per jus commune, in quo fere omnes consentiunt... sive et agat de poena imposita a statuto: quo casu, licet aliqui tenuerint contrarium, magis tamen communis opinio est, quod possit iudex et poenas statutarias ex causa minuere... », sempre con la distinzione tra causa estrinseca o intrinseca al delitto, qui riportata alla nt. 126. È anzi da notare, che nell'edizione qui usata del *Liber V*, del 1614, annotata da BAIARDO, questo giurista, nel commento corrispondente al brano surriportato, estende ulteriormente la possibilità di variazione della legge da parte del giudice, nel senso che questi potrebbe anche aumentare la pena edittale: « Iudex nedum poenam a lege impositam, seu statuto, ex causa *augere vel minuere* potest, sed etiam poenam per consuetudinem impositam » e aggiungeva « iudex potest minuere poena ex causa nonostante quod iurasset serbare statuta »: BAIARDUS, *Additio* a *Quaestio 85 di Claro*, ed. sopra citata, § 23-24, p. 337. Sull'importanza delle annotazioni di Baiardus all'opera di Claro cfr. ALLARD, *Histoire de la justice criminelle au seizième siècle*, Gand, Leipzig, Paris, 1869, p. 455.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ceva mai ad un rifiuto della legge positiva: essa veniva ristretta attraverso sottili interpretazioni e mediante l'inserimento nel sistema del diritto comune, ma formalmente mantenuta.

Una posizione del tutto diversa è quella dei giuristi che discutevano sulla stessa validità delle leggi troppo severe, attribuendosi pertanto un potere di sindacato nei confronti del diritto positivo. Sintomatico è l'uso che questi giuristi facevano del diritto romano: le fonti romanistiche, pur conservando tutta la loro importanza ai fini della interpretazione degli statuti e come precedente legislativo improntato ad una maggiore equità, erano assunte solo in quanto ritenute più vicine ai canoni di retta ragione e potevano, in base alle esigenze della giustizia naturale, essere rifiutate.

Il rappresentante più importante di queste posizioni tra i penalisti tecnici è Matthaeus Batavus, che scrisse il suo trattato sui delitti nelle forme di un commento ai libri 47 e 48 del Digesto ([175]): proprio per questa aderenza al diritto romano e al diritto naturale, Matthaeus fu oggetto di grande considerazione dai penalisti italiani del tardo settecento e del primo ottocento, a cominciare da Renazzi ([176]). Se esaminiamo le soluzioni date da Matthaeus su quegli stessi problemi, relativi alle pene di furto, che abbiamo

---

([175]) *De criminibus. Ad lib. 47-48 digestorum commentarius*: l'edizione qui citata è quella napoletana del 1772. RENAZZI, *Elementa juris criminalis*, Romae, 1819, p. 10, riferisce che la prima edizione venne pubblicata nel 1648 mentre Lipenius la fa risalire al 1644 (*Bibliotheca realis iuridica*, t. I, p. 364).

([176]) Questi, nella nota prefazione all'opera sopra citata, ove conduce un esame, in termini decisamente critici, sulla scienza del diritto penale precedente a Beccaria, parlava di Matthaeus in termini estremamente elogiativi: « quod primus is fuerit, et ad nostram usque aetatem fere solus, qui partem illam Romanae Jurisprudentiae, quae circa crimina, poenasque versatur, a doctis interpretibus perfunctorie illustratam a vulgo Criminalium Scriptorum sordide corruptam, puris attigerit manibus, et sigillatim ex dignitate pertractaverit » (*op. cit.*, p. 10). Egli ricorda altresì, come segno dell'importanza dell'opera di Matthaeus, le frequenti riedizioni, di cui cita quella del 1772, col commento di Michele Leggio, che abbiamo qui adoperato, e l'altra, del 1803, commentata da Tommaso Nani. Si è già avuto modo di notare, attraverso le frequenti citazioni di Maradei e di Moro, che l'opera di Matthaeus era conosciuta e apprezzata dalla giurisprudenza pratica meridionale. Le parole elogiative dedicate da Rapolla a questo giurista nella *Difesa della giurisprudenza* (ed. cit., p. 180) dimostrano la sua influenza anche presso i giuristi più colti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

visti affrontati dai penalisti « classici », si rileva subito il peso della diversa impostazione generale. La metodologia adottata da Matthaeus ([177]) per dimostrare eccessiva la severità delle pene di furto consisteva nel porre alla base del discorso l'argomentazione fondamentale, di ordine filosofico-giuridico, della sproporzione tra un bene materiale e la vita dell'uomo e conseguentemente tra il delitto di furto e la pena di morte ([178]). Questa affermazione era poi corroborata da una lunghissima citazione di fonti bibliche ([179]) e dottrine di teologi illustri, diretta a dimostrare che l'attribuzione della pena di morte è assente nella Bibbia ed è contraria al diritto divino. Da questa prospettiva Matthaeus rifiutava tutte le opinioni che tendevano a vanificare la portata delle leggi mosaiche configurandole vincolanti solo per gli Ebrei e non per tutti i cristiani; ed in particolare respingeva lo statualismo di Calvino ([180]), che aveva attribuito al potere politico la facoltà di adattare ai tempi ed ai luoghi le pene previste da quelle leggi.

([177]) *De criminibus*, t. I, liber XLVII, dig. tit. I, cap. II, pp. 54-74.

([178]) *Op. loc. cit.*, § 3, p. 58. Il problema della legittimità della pena di morte per un furto semplice emergeva concretamente dal raffronto tra le norme del diritto comune, esposte da Matthaeus all'inizio della sua trattazione, e la previsione della costituzione « De pace tenenda et ejus violatoribus, § si quis quinque solidos », che era stata ripresa dalla *Constitutio criminalis Carolina*, che assumeva come qualificante per il furto il valore dei « quinque florenos »: al di sopra di tale somma era infatti decretata una pena corporale o anche capitale ad arbitrio del giudice nel caso di furto semplice e la pena capitale quando il furto, oltre a superare la somma suddetta, fosse accompagnato da altre circostanze aggravanti (consilio habito acceptoque aut frangendo, sive armis telisve) (ed. cit., cap. 160). Matthaeus non era in verità disposto a dedicare grande spazio a tale fonte come contraria ai criteri di ragione ed equità da lui enunciati: « Verum haec Caroli constitutio minime probanda est; impingit enim in rationes et fundamenta superiore capite adducta »: *De criminibus*, loc. cit., § I, p. 65.

([179]) Vengono citate (§ 2, p. 58) tra le altre, le seguenti fonti: *Exodus* 12 d. 1 s.; Joh. 8.3 § 1; *Matth.* 15.3 § 4; *Matth.* 26. 52; Joh. 12.8...

([180]) Matthaeus riportava (*De criminibus*, loc. cit., § 3, p. 61) un brano della *Institutio religionis christianae* in cui il teologo, posta la necessità che la legislazione tenesse sempre conto della diversità delle circostanze, affermava: « ...quod jactatur a quibusdam fieri contumeliam legi dei per Mosen latae, quum abrogata illa novae aliae praeferuntur, vanissimum est ». Il problema del rapporto tra legge biblica e potere politico riguardo alla regolamentazione dei delitti era, com'è noto, ampiamente dibattuto nell'ambito della teologia protestante, che si poneva gravi problemi di organizzazione degli stati sorti dalla Riforma: oltre che Calvino,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pur citando a conferma della sua opinione numerosi autori Matthaeus insisteva sul valore accessorio di tali citazioni, rispetto alla fondamentale affermazione sulla incommensurabilità tra vita umana e beni che costituiva la base della sua trattazione: « In re tanti momenti non auctores numerare, sed rationes atque argumenta ponderare decet. Et tamen, si auctores certare libet, non desunt quos opponamus » (181). Tra gli *auctores*, oltre a vari teologi, sono citati Tommaso Moro, Alciato, e, ultimo ma particolarmente significativo, Ugo Grozio, di cui Matthaeus riferiva: « scripsit fas non esse, quemquam ad mortem damnari, nisi ob delicta, quae lex per Mosen data morte punisset, aut quae his sunt paria recta aestimatione » (182). Questa *recta aestimatio* costituiva in definitiva, più ancora delle leggi divine (183), il reale metro di confronto della legge positiva; quando infatti Matthaeus, dopo la parte teorica, passava ad esaminare le leggi locali, gli statuti, egli esprimeva subito un giudizio significativo e coerente con quelle premesse: lo statuto infatti, « partim concordare, partim discrepare a recta ratione videtur » (184). Secondo Matthaeus si veniva meno ad ogni principio di razionalità quando — ad esempio — si enumeravano i furti domestici, l'abigeato, e il furto di grande quantità — tutte ipotesi non punite con la morte per

---

Matthaeus riporta qui, tra i pareri da lui avversati, quello di Filippo Melantone. Per ciò che concerne le concezioni politico-giuridiche di Calvino cfr. BOHATEC, *Calvins Lehre von Staat und Kirche*, Wien, 1936, rist. Aalen, 1961; J. BAUR, *Gott, Recht und weltliches Regiment im Werke Calvins*, Köln, 1964.

(181) *De criminibus*, loc. cit., § 3, p. 62.

(182) *Ibidem*, p. 64. È da notare che queste conclusioni incontravano le riserve del giurista che curava l'edizione di Matthaeus qui consultata, Michele Leggio: questi infatti poneva alla fine del capitolo questa nota: « nostri sententiam saniores interpretes rejiciunt, legislatoresque, si id Reipublicae ratio exposcat, posse furem ultimo supplicio damnare tradunt: nec morantur Leges divinas, in contrarium laudatas, *quoniam* fuerunt latae a Deo O.M., ut Hebreorum legislatore » *De criminibus*, loc. cit., p. 64 nota.

(183) MATTHAEUS affermava anzi ad un certo punto che il fondamento di obbligatorietà delle leggi divine positive era costituito dalla loro aderenza all'equità naturale: « omnes leges mosaicae, testibus Duareno et Contio, quae pertinent ad tuitionem decalogi, et fundamentum habent in naturali aequitate, hodieque Christianos obligant »: *De criminibus*, loc. cit., § 2, p. 58.

(184) *De criminibus*, loc. cit., cap. III, s. 1, p. 65.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il diritto romano — come furti qualificati e quindi capitali. A questo punto non sfuggiva a Matthaeus il pericolo di prospettare una presunzione di razionalità in favore del diritto romano, in contrapposizione agli statuti, presunzione che egli negava, « nam et sancta est apud nos juris romani auctoritas; nec tamen ita id suspicimur, quin fateamur, potuisse etiam statutis aliorum gentium de quibusdam rebus rectius caveri » (185).

(185) *De criminibus*, loc. *supra* cit., § 3, p. 66. Questo passo di MATTHAEUS ripropone il problema dell'apporto del diritto romano al rinvenimento del diritto naturale nel caso concreto: è chiaro che MATTHAEUS, una volta sgombrato il campo da ogni presunzione di assoluta ed indiscutibile razionalità del diritto romano era poi propenso ad assumere le norme romanistiche quali di fatto più rispondenti all'ordine razionale, com'è dimostrato da questa sua trattazione del furto. Era del resto questa sostanzialmente la posizione di GROZIO, che attraverso l'elemento del *consensus gentium* conferiva nuovamente al diritto romano, su basi diverse, una posizione di preminenza. Proprio quest'ultimo elemento rese possibile, secondo AJELLO (*Legislazione e crisi del diritto comune nel Regno di Napoli; Il tentativo di codificazione carolino*, in *Saggi e ricerche sul Settecento*, Napoli, 1968, p. 203 ss.) una larga recezione dei temi groziani da parte dei giuristi positivi, fino alla crisi di tutto il sistema tradizionale dovuta alla critica di PUFENDORF al *consensus gentium* come fondamento dell'ordinamento. Per ciò che concerne MATTHAEUS è chiaro che egli recepiva ampiamente i temi di Grozio — di cui era tra l'altro compatriota — mentre è presumibile che non avesse alcuna conoscenza dell'opera di PUFENDORF, avendo operato in un periodo cronologicamente precedente. In merito alla sostanziale acquisizione dei contenuti del diritto romano da parte dei giusnaturalisti cfr. G. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, Firenze, 1962, p. 428 ss.; ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, II ediz., Torino, 1961, pp. 81-82.

Per ciò che concerne specificamente la concezione delle pene, è da notare che PUFENDORF giustificava ampiamente una graduazione ed esasperazione della pena a seconda delle necessità dello Stato: così in relazione al furto egli asseriva che, pur essendo questo delitto meno grave dell'omicidio, può essere punito con una pena eguale, ove le circostanze lo richiedano (cfr. op. ed. infra cit., t. III, lib. VIII, cap. III, § 23, p. 124). Concezioni diverse in merito al delitto di furto emergono dalla trattazione — condotta sia da GROZIO che da PUFENDORF — del diritto di difesa tradizionalmente spettante al derubato nei confronti del ladro notturno, che arrivava a garantirne l'impunità per la sua uccisione. Pur riaffermando l'esistenza di tale delitto e di una presunzione di legittima difesa a favore dell'uccisore del ladro notturno, GROZIO affermava che questa non era tuttavia assoluta, perchè ove risultasse da sufficienti testimonianze che non vi era stato alcun pericolo di vita per l'uccisore, questi poteva essere tenuto a rispondere per omicidio. (*De jure belli ac pacis*, Amsterdam, 1712, lib. II, cap. I, § XII, 2-3, pp. 174-175). PUFENDORF non era d'accordo con tale interpretazione,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tuttavia, dopo aver fatto questa concessione teorica a favore degli statuti, egli ribadiva la necessità di una loro interpretazione restrittiva nelle tre ipotesi sopra considerate. In particolare, per il furto domestico « ...statuta strictissime interpretanda iudico, ita ut nihil omnino derogant juri civili, quantum ad parentes et liberos, maritum atque uxorem: quibus personis hodieque famosa accusatio non temere concedenda videtur » ([186]). Esempio significativo di norma positiva derogante ad ogni principio di retta ragione ed equità naturale appariva a Matthaeus la Costituzione del 1598, che puniva con la morte il furto di una pecora o di un maiale: nei confronti di siffatte norme, che consideravano il delitto di furto capitale solo in base alla quantità o al genere di bene sottratto, Matthaeus proponeva un'interpretazione talmente restrittiva, da implicarne la totale disapplicazione: la pena di morte sarebbe stata cioè ammissibile solo ove il bene rubato avesse costituito l'intera sostanza della vittima, che in seguito al furto fosse stata ridotta alla miseria e alla fame ([187]). Giustificata appariva la severità delle pene a Mattheaus nel caso di altre circostanze aggravanti, prima tra tutte la vigilanza ([188]). Per ciò che riguarda la reiterazione, Matthaeus rifiutava la presunzione di incorreggibilità che, secondo la *communis opinio*, sarebbe derivata dal triplice furto e avrebbe giustificato le pena capitale: soprattutto

---

sostenendo che l'impunità assicurata all'uccisore del ladro notturno non era connessa alla difesa della sua vita, ma dei suoi beni, e pertanto rimaneva ferma a prescindere da ogni attentato alla vita da parte del ladro (*De jure naturae et gentium, cum commentariis N. Hertii e J. Barbeyrac.*, Francofurti, Lipsia, 1759, t. I, libro II, cap. V, § 18, p. 211). Alla minore considerazione per la protezione dei beni del derubato non doveva essere estranea la concezione groziana della proprietà come istituto convenzionale, sopravvenuto rispetto all'originaria comunione dei beni: il delitto di furto andava infatti inquadrato tra quelle azioni proibite non dal diritto naturale originario « citra voluntatem humanam » ma dal diritto naturale umano, « pro certo rerum statu » (*Op. supra cit.*, lib. I, cap. I, § 10, 4, 7, p. 10), secondo una concezione che sarà oggetto di dura critica da parte di S. Cocceio, nel suo commento a Grozio (*Introductio ad H. L. B. De Coccei Grotium illustratum*, Losanna, 1751, Dissent. proem., I, cap. III, §§ 80-81, p. 36). Per ciò che concerne le concezioni penalistiche dei giusnaturalisti cfr. Welzel, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, Berlin, 1958, cap. VI.

([186]) *De Criminibus*, loc. cit., cap. III, § 3, p. 66.

([187]) *De Criminibus*, loc. cit., cap. III, § 4, p. 68.

([188]) *De Criminibus*, loc. cit., cap. III, § 7, p. 69.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gli appariva assurda la circostanza che per gli altri delitti l'identica ipotesi non fosse assunta come analogo indice di incorreggibilità ([189]). In definitiva, su questo aspetto gli appariva più corretta la previsione di quegli statuti che affidavano al giudice una possibilità di valutazione di tutte le circostanze ai fini dell'applicazione della pena capitale nell'ipotesi di terzo furto: « ob tertium furtum fur omnino suspenditur, nisi commiseratione aetatis aut alia pregnanti de causa judicibus aliter visum sit » ([190]). Questa aperta posizione di sindacato nei confronti della legge ed i presupposti giusnaturalistici che ne erano alla base, incontravano la resistenza dei giuristi tradizionalisti ([191]), proclivi ad operare colle armi tecniche, e dal punto di vista ideologico e giuridico apparentemente imparziali, dell'interpretazione restrittiva e sistematica delle norme.

4. *La difesa della legge positiva in Raynaldus e Carpzovius.*

L'aperta insofferenza dei giuristi positivi verso le argomentazioni di Matthaeus fu espressa con vigore da due grandi penalisti del '600, Raynaldus e Carpzovius. Il primo, rispondendo alla domanda « an fures juste pro furtis laquaeo suspendantur » ([192]), trattava esplicitamente il problema posto da Matthaeus e da altri autori che combattevano la severità delle pene di furto in base all'argomentazione della sproporzione tra la vita umana ed il valore delle cose rubate. Gli argomenti opposti da Raynaldus erano squisitamente legalistici: irrilevanza della proporzione tra

([189]) *De Criminibus*, loc. cit., cap. III, p. 71 s.

([190]) *De Criminibus*, loc. cit., cap. III, § 10, p. 72.

([191]) Sull'avversione dei giuristi di formazione romanistica al giusnaturalismo cfr. SOLARI, *La scuola del diritto naturale nelle dottrine etico-giuridiche dei secoli XVII e XVIII*, Torino, 1904, p. 46; AJELLO, *Il preilluminismo giuridico*, cit., pp. 1-18 e particolarmente, p. 15.

([192]) JOHANNES DOMINICUS RAYNALDUS, *Observationes criminales, civiles, et mixtae*, cit., libro II, cap. XIV, rubrica, § 101.

L'opera risale alla seconda metà del seicento: Raynaldus informa infatti il lettore di essere stato indotto alla pubblicazione di queste *Observationes* dal fatto che le sue « Adnotationes ad Bannimenta Generalia Status Ecclesiastici » da lui raccolte insieme per uso personale già nel 1659, erano state già poste in circolazione a sua insaputa, con molti errori, da alcuni copisti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

valore del furto e pena, richiesta dai giuristi, perchè il ladro non si puniva per il valore delle cose rubate, ma per la violazione della legge. Su questa base venivano giustificate le leggi di Federico II e Carlo D'Angiò: dal momento che in esse era indicata una somma oltre la quale il furto diventava capitale « propter dictam summam precisam requisitam potest dici et haberi pro furto qualificato quia non tam res quae aufertur, quam contraventio legis, quae isto casu delictum qualificat, inspicitur » (193). Eppure, nonostante questa accesa difesa della legge, sia dalla sua trattazione del furto, sia da altri punti delle sue « observationes » si constata chiaramente come le interpretazioni di Raynaldus non fossero meramente dichiarative degli statuti, che egli sottoponeva ad un'opera di ridimensionamento in senso più equitativo (194).

Per ciò che riguarda le pene di furto il giurista rivolgeva la sua attenzione soprattutto a due punti: i furti qualificati, e i furti reiterati (195). Nei confronti di ogni ipotesi di furto qualificato, (« illud, quod committitur cum sacrilegio, cum fractura, cum grimandellis, clavibus adulterinis, cum scalis et huiusmodi aliis qualitatibus delictum aggravantibus » (196)) Raynaldus configurava un generico potere di minorare *ex causa* la pena di morte eventualmente sancita dagli statuti (197). Tra le cause di minorazione della

---

(193) *Observationes*, loc. sopra cit., §§ 126-128, p. 29.

(194) Ad esempio nel commento, al cap. VII, § VIII, dei Bannimenta (*Observationes*, l. I, p. 451) ove il mandatario all'omicidio, veniva punito con la morte ancorché non avesse ancora compiuto il delitto e fosse senza armi, Raynaldus sottolineava il carattere eccezionale e derogatorio rispetto al diritto comune di tale legge: in conseguenza di ciò « non sunt in his rigorosis ligatae manus judicis » (§ 4), e pertanto poteva legittimarsi una diminuzione della pena edittale, purché la causa della diminuzione fosse espressa nella sentenza (§ 5).

Così pure RAYNALDUS proponeva un'interpretazione estremamente restrittiva dello statuto comminante la pena di morte per la violazione delle mura e porte della città (*Observationes*, l. I, cap. III, § 1) e di quello che stabiliva la forca per coloro che sottraessero i prigionieri agli sbirri (*Observationes*, l. I, cap. III, §§ 10-11). In altro luogo (*Observationes*, l. I, cap. VII, Rubrica, §§ 93-95) egli sosteneva che l'espressione, contenuta negli statuti « usque ad poenam capitis », andava interpretata come esclusiva della pena di morte, specie nel caso di delitti non consumati.

(195) *Observationes*, lib. II, cap. XIV, rubrica, §§ 26-44, p. 23.

(196) *Observationes*, loc. cit., sopra, § 26, p. 23.

(197) « Potest tamen judex non obstantibus bannimentis ex causa minorare

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pena egli indicava, oltre la qualità della persona e la condotta precedente, che costituivano ipotesi generali e riconosciute per tutti i reati, la povertà e il numero dei figli, introdotte specificatamente per l'ipotesi di furto.

Dopo aver riportato la disposizione statutaria secondo la quale il terzo furto meritava la forca ([198]), Raynaldus escludeva che essa dovesse trovare applicazione nelle ipotesi di furti lievi ([199]), furto continuato ([200]), di furti impropri o truffe ([201]); egli tentava inoltre di riproporre l'interpretazione che già abbiamo visto in Cepolla, secondo la quale « latro famosus » è il bandito. Come abbiamo già sottolineato, questa interpretazione non riuscì ad imporsi nella pratica giudiziaria, e Raynaldus, dopo aver riferito molte decisioni in senso contrario, concludeva: « Tamen generalis consuetudo toto orbe recepta interpretatur ut famosus latro censeri debeat, qui solitus est furari, et quicumque tria furta etiam absque caede commisit, suspenditur » ([202]).

L'ipotesi di abigeato che secondo Raynaldus non andava compresa negli statuti riguardanti il furto, gli offriva l'opportunità di un discorso sui rapporti tra lo statuto e lo *jus commune*, che rivela chiaramente come l'inserimento della legge particolare nel « sistema » del *Corpus Juris*, fosse spesso il mezzo più funzionale ai fini di un'interpretazione restrittiva. Egli sosteneva infatti che, sebbene « sub nomine furis veniat abigeus » tuttavia « quia *in jure* tituli sunt diversi, et diversae etiam sunt statutae poenae, nunquam possunt dici equiparati et parificati quoad poenam » ([203]). Gli abigei non potevano pertanto essere mai compresi

---

dictam poenam, puta propter qualitatem personae, eiusque vitae anteactae, propter numerum filiorum, propter paupertatem,... » (*Observationes*, lib. II, cap. XIV, rubr., § 41, p. 23).

([198]) *Observationes*, loc. sopra cit., § 3, p. 21.

([199]) « Bene tamen verum est, quod si furta tria constant in levibus, vel in rebus mangiativis, puta gallinis, fur non traditur morti » (*Observationes*, lib. II, loc. cit., §§ 5-6, p. 21).

([200]) *Observationes*, lib. II, loc. cit., §§ 8-11, p. 21.

([201]) *Observationes*, lib. II, loc. cit., §§ 12-14, p. 21.

([202]) *Observationes*, lib. II, loc. cit., § 76, p. 26.

([203]) *Observationes*, lib. II, loc. cit., § 252, p. 34. Qui RAYNALDUS alludeva alla distinta collocazione che nel Digesto trovavano la disciplina relativa ai furti (Dig. 47, 2) ed all'abigeato (Dig. 47, 14).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nelle previsioni riguardanti i « famosi fures » o i « famosi latrones », e i furti di bestiame andavano perseguiti secondo i criteri del diritto comune, che prevedeva la comminazione della pena di morte solo ove lo richiedesse la frequenza dei furti di bestiame ([204]).

L'esame dell'interpretazione di Raynaldus delle pene del furto rivela il carattere polemico, nei confronti dei giusnaturalisti, della sua difesa della legge: in realtà i giuristi-magistrati, come il Raynaldus, erano convinti si potesse, con i mezzi di tecnica interpretativa tradizionali, e con l'ausilio del diritto romano, operare ogni possibile correzione del sistema giuridico dall'interno, senza ricorrere ad astratti ragionamenti sulla giustizia e sulla proporzione tra reato e pena, o ad un'aperta critica della legge positiva. Era questa, a ben vedere, nonostante l'apparente divergenza delle posizioni dottrinarie, una posizione simile a quella, ad esempio, di Rapolla, ossia di quei giuristi tardo-umanisti i quali non si rendevano pienamente conto della contraddizione esistente tra le ampie riserve verso ogni mutamento legislativo e la contemporanea avversione verso la libera interpretazione creatrice di diritto; di quei giuristi che rifiutavano di accettare francamente la gestione del sistema, senza considerare ch'essa era la necessaria conseguenza della stratificazione ed inattualità sostanziale delle leggi formalmente vigenti.

Un'analoga polemica nei confronti di posizioni giusnaturalistiche, congiunta ad un legalismo più profondo ed irriducibile di quello di Raynaldus, si riscontra in Carpzovius, la cui trattazione sulla pena di furto ([205]) si traduce in una difesa della legge positiva e del potere politico che è interessante riportare. Dopo aver ricordato le disposizioni della « Costitutio criminalis Carolina »,

---

([204]) Dig. 47, 14, 1: « De abigeis puniendis divus Hadrianus consilio Beaticae rescripsit: abigei cum durissime puniuntur ad gladium damnari solent. Puniuntur autem durissime non ubique, sed ubi frequentius est id genus maleficii: alioquin et in opus et nonnunquam temporarium dantur. » (*Observationes*, loc. cit sopra, § 262).

([205]) *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium*, Lipsia, 1739 (la prima edizione dell'opera risale, secondo LIPENIUS, al 1638, cfr. *Bibliotheca realis iuridica*, 1757, rist. 1970, t. I, p. 361), *Quaestio* 77, parte II.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

comminanti la pena di morte per il furto ([206]), egli accennava polemicamente ai « Nonnulli ex Calvinianis Theologis... (cui etiam assentiuntur quidam ex jureconsultis nimis scrupolosi) ([207]) » i quali tendevano — con le argomentazioni che abbiamo sopra esaminato a proposito di Matthaeus — di dimostrare il carattere di eccezionalità, rispetto al diritto divino e alla legge naturale, di simili sanzioni. Per ciò che concerne il diritto divino positivo, Carpzovio riprendeva la distinzione tra legge biblica come rivelazione, vincolante per tutti i Cristiani, e legge mosaica forense, riguardante solo gli Ebrei ([208]), che consentiva di considerare giuridicamente irrilevante il brano dell'Esodo ([209]) con cui si stabilivano pene pecuniarie per i ladri.

Posta la possibilità, per il legislatore positivo, di legiferare nel modo più conforme alle circostanze dei tempi e dei luoghi, modificando a tal fine anche il diritto divino positivo, Carpzovio conduceva una strenua difesa della Carolina, articolata in diversi punti. Anzitutto (e la radicalità dell'argomentazione basterebbe di per sé a chiudere il discorso) presupporre ingiuste le disposizioni di questa legge significherebbe pronunziare un giudizio di iniquità nei confronti dell'imperatore, « a quo cuivis subdito pio ac Christiano, sub poena sacrilegii abstinendum » ([210]). Oltre a ciò, era assurdo pensare che nessuno dei teologi, giureconsulti e consiglieri che avevano collaborato alla formazione della Carolina, avesse avvertito l'eccessiva severità della legge ([211]); doveva perciò presumersi — ecco la conclusione di Carpzovio — l'assoluta necessità delle disposizioni criticate da alcuni giuristi e teologi: « Firmiter concludo non superfuisse aliud medium ullum, furta illa frequentissima in Imperio Romano compescendi, quam

---

([206]) La *Constitutio Criminalis Carolina* prevedeva la pena capitale nell'ipotesi di furto semplice superiore a « quinque florenos », art. 160; furto commesso « frangendo scandendove », art. 159; terzo furto, art. 162.

([207]) *Practica*, Parte II, *Quaestio*, 77, § 13, p. 186.

([208]) *Practica*, loc. cit., §§ 30-31, p. 188.

([209]) *Æxodus* 22, v. 1 « Si quis furatus fuerit bovem, aut ovem occiderit vel vendiderit: quinque boves pro uno bove restituat, quattuor oves pro una ove ». Il passo è riportato da CARPZOVIO, *op. loc. cit.*, § 14, p. 186.

([210]) *Practica*, loc. cit., § 25, p. 188.

([211]) *Practica*, loc. cit., § 26.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

capitale laquei supplicium ». In definitiva l'imperatore, « suadentibus consiliariis et juris sacerdotibus aequissimis », aveva emanato una legge quanto mai equa ([212]).

Alla luce di queste premesse si capisce perché la successiva trattazione di Carpzovio sia un'esposizione abbastanza fedele e piatta della « Constitutio criminalis Carolina » e della Costituzione elettorale sassone, quale legge specifica per la Sassonia, cui si aggiungono frequenti riferimenti alle sentenze degli Scabini di Lipsia. Alla base tanto del diritto sassone che della Carolina stava la distinzione tra furto « simplex, et non simplex, sive conjunctum cum effractione ». Nella prima ipotesi la legge operava una suddistinzione tra « furtum magnum » (superiore a cinque ducati) e furto modico: nel primo caso era prevista una pena *arbitraria, anche capitale* ([213]). Nel furto con scasso doveva distinguersi, secondo Carpzovio, tra la « fractura seditiosa ac violenta » (cioè commessa con armi o con strumenti atti alla violenza, ed esercitata contro case o edifici ben custoditi), dalla forzatura senza strumenti, di casupole o edifici di facile penetrazione: solo nel primo caso poteva configurarsi la possibilità di una pena capitale, mentre nel secondo caso, sempre che il furto non eccedesse la somma di cinque ducati, andava comminata la pena corporale ad arbitrio del giudice ([214]). Questa interpretazione, che Carpzovio stimava particolarmente benevola, era suffragata oltre che dalle sentenze degli Scabini elettorali, dal tenore dell'art. 159 della Carolina, che, dopo aver disposto la pena capitale per i ladri *effractores* aggiungeva: « aut alias juxta qualitatem personae, et aestimationem judicis, aut eruendo oculus, aut abscindendo truncandoque manus, aut alia simili gravi aliqua corporis pena plecti debet ».

Nell'ipotesi di terzo furto ([215]), considerato dalle fonti delitto capitale, esisteva una divergenza tra la Carolina, che prevedeva comunque la pena capitale, a prescindere dal valore complessivo dei furti, e l'espressa disposizione della legge sassone, per cui, nel caso che i tre furti non superassero la somma di cinque ducati,

---

([212]) *Ibidem*, § 27.

([213]) *Practica*, Parte II, *Quaestio* 78, § 10, p. 192; C.C.C., art. 157; art. 160.

([214]) *Practica*, Parte II, *Quaestio* 79, §§ 22-24, pp. 204-205.

([215]) *Practica*, Parte II, *Quaestio* 78, §§ 76-82, p. 198.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si faceva luogo alla fustigazione e detenzione del reo: Carpzovio riteneva si dovesse applicare tale seconda disposizione ([216]), che del resto poteva essere ritenuta coerente con lo spirito della Carolina, dato che essa, a proposito dell'aggravamento di pena previsto per il secondo furto (art. 161), introduceva la regola « utrum furtum precium quinque florenorum non excederet ».

La trattazione specifica dei problemi della pena di furto conferma il sostanziale carattere di fedele espositore e difensore dell'autorità politica del giurista Capzovio, e lo spazio limitato delle fonti romanistiche rispetto a quelle germanistiche ([217]).

5. *Conclusioni.*

Da quanto si è detto risulta, in primo luogo, confermata l'importanza fondamentale del diritto romano non solo come presupposto indispensabile della *scientia juris* (anche rispetto al diritto penale), ma nella sua complessa funzione di correttivo allo statuto e di punto di appoggio del giudice sia per la sua interpretazione eversiva della legge, sia per ogni eventuale responsabilità da essa derivante. L'esame di alcune tra le più significative soluzioni dottrinali al problema della pena per il furto ha messo in luce, in secondo luogo, la molteplicità degli elementi che, al di là della previsione legislativa, concorrevano a determinare le pene irrogate in concreto agli inquisiti di questo reato: ad esempio, il grado del tribunale giudicante, il raggiungimento della piena prova legale ossia, in pratica, la confessione del reo.

È chiaro che a monte di tutto ciò si profila il problema della rilevanza della « communis opinio » in materia penale. Se volessimo sintetizzare i termini di incidenza delle interpretazioni dottrinali sulla prassi giudiziaria, potremmo dire che si impose la concezione secondo cui un solo furto, per quanto di valore, non poteva essere ragguagliato a tre furti modici ai fini della comminazione della pena capitale; inoltre furono largamente accettate la discrezionalità del giudice in merito alla definizione di *furtum*

([216]) *Ibidem*, § 81.

([217]) Su questo problema cfr. SCHEIDER, *Die Rechtsquellen in Carpzovii Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium, unter besonders Berucksichtigung des Einflusses und der Bedeutung der Caroline*, 1940.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

magnum, ai fini dell'aggravamento della pena; l'inidoneità della *fractura*, di per sé, a rendere il delitto capitale; la differenziazione tra *fractura* con strumenti e senza. Venne inoltre riconosciuto al giudice, in via generale, il potere di mutare la pena di morte imposta dagli statuti in considerazione della modicità del furto o della concorrenza di alcune cause di minorazione della pena, la cui elaborazione era opera della dottrina. Fallirono del tutto, invece, sia il tentativo di sottrarre il ladro alla pena di morte imposta dagli statuti nell'ipotesi di terzo furto, sia quello di interpretare la dizione « latro famosus » secondo il senso che tale espressione aveva nelle fonti di diritto romano, cioè come bandito. Va tuttavia notato che la portata di tale prescrizione fu ristretta applicando, ogni volta che ciò fosse possibile, la categoria della continuazione.

Il dibattito giurisprudenziale sulle leggi in materia di furto ed il tentativo di restringerne il raggio di applicazione condussero inoltre ad importanti risultati sul piano dogmatico. Alla contrapposizione introdotta dalle leggi tra furto capitale e non capitale sulla base del valore del furto (5 soldi, un'oncia, 6 ducati), o sulla mera ripetizione del delitto venne sostituita quella tra furto semplice e furto qualificato che comportava una maggiore attenzione per tutte le modalità del reato; nell'ambito di questa seconda ipotesi, l'analisi della differenza, di derivazione romanistica, tra *fures*, *latrones*, *grassatores*, ed il tentativo di fare applicare la pena di morte solo in queste due ultime ipotesi, condussero all'individuazione della violenza alle persone e del turbamento della sicurezza sociale come elementi di demarcazione tra i vari tipi di furto; il commento alle varie disposizioni statutarie comminanti la pena di morte per diversi furti contribuì alla elaborazione della categoria generale della recidiva da un lato e della continuazione dall'altro, come espediente per restringere la portata di tale clausola; il progresso della vita economica spiega altresì l'inserimento dell'abigeato tra le figure meno gravi di furto.

L'esame della dottrina, dei vari, complessi, artificiosi e spesso inefficaci rimedi proposti, lascia intravedere l'ammissione, da parte della stessa scienza, del carattere ampiamente arbitrario del diritto penale nella prassi giudiziaria. Ma oltre ad aprire questi spiragli sulla concreta vita del tardo diritto comune, la presente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ricerca ha voluto fornire — su di uno specifico, determinato problema —, un segno del travaglio interpretativo a cui i giuristi si sottoponevano per tentare di realizzare, coi mezzi autonomi, puramente intellettuali a loro disposizione, l'impossibile contemperamento di certezza e giustizia materiale, fedeltà alla lettera delle leggi e adeguamento della norma alla realtà.

Detto questo è opportuno precisare — per evitare l'equivoco di una scienza giuridica tutta tesa a contrastare, nella direttiva dell'equità, l'oppressione del potere politico — che la relativa omogeneità del tentativo di mitigazione della legge si rese possibile, nell'ipotesi del furto, perché altri erano, relativamente al diritto penale, i punti d'interesse della pubblica autorità: l'applicazione delle fattispecie dei delitti di lesa maestà, di falsificazione di monete, di esportazione di merci — sul piano sostanziale — e, su quello processuale, il procedimento inquisitorio e il regime delle prove.

La discussione sulla pena di furto era, in sostanza, una battaglia di retroguardia, che non fornisce indicazioni univoche sulla funzione dei giuristi: tuttavia essa permette di individuare in concreto, lungo un ampio arco di tempo, gli strumenti tecnici di eversione della legge e l'incoerenza interna dell'antico sistema di legalità; segna le larghe linee in cui si muoveva la discrezionalità dei giuristi e dei giudici, strumento squisitamente, anche se indirettamente politico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARIO SBRICCOLI

DISSENSO POLITICO E DIRITTO PENALE IN ITALIA TRA OTTO E NOVECENTO

Il problema dei reati politici dal *Programma* di Carrara al *Trattato* di Manzini

I.

1. Il sistema in pericolo. — 2. Tre contraddizioni. — 3. Le incertezze dei giuristi.

1. Diversi elementi contribuirono, sul finire del secolo scorso, a radicare nella classe di governo italiana la convinzione — ma si potrebbe dire l'ossessione — della necessità di opporre un valido e rassicurante complesso di difese (anche) giuridiche, ad una serie di forze e fenomeni che sembravano mettere in discussione l'assetto generale della società e dello Stato.

In primo luogo, la crescita del movimento operaio organizzato ed il suo presentarsi sulla scena politica — fatto nuovo in Italia — come *partito* di tipo moderno, capace di aggregare forze diverse (si pensi a quegli strati di piccola borghesia intellettuale, ma anche artigiana, o imprenditoriale, che l'affiancarono fin dall'inizio) e di farsi rappresentante organico di settori sociali articolati, dal proletariato urbano ai salariati agricoli, specialmente nell'Italia settentrionale.

Accanto ad esso, la « propaganda del fatto » dei movimenti anarchici. Autentico spettro terrificante della borghesia d'ordine, l'anarchico appare come oscuro e sotterraneo agente sanguinario, mosso da odio morboso ed irriducibile, pronto a colpire secondo una logica selvaggia, « i beni, la sicurezza e fin la vita dei galantuomini ». L'anarchismo fu per lungo tempo il bersaglio ideale per la liberazione delle tensioni, delle ansie e delle ossessioni pro-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dotte dall'insicurezza delle classi borghesi in presenza dei nuovi processi sociali. Esso fu insieme innocua spina nel fianco delle istituzioni e provvido pretesto per un crescente irrigidimento del sistema in senso autoritario e repressivo.

Accanto ai pericoli « esterni », o avvertiti come tali, quelli che potremmo chiamare « interiori » rispetto alla compagine borghese.

Essi consistono in un complesso intrìco di incertezze, contraddizioni e crisi di identità che spesso conducono lo Stato a reazioni incontrollate e fuori misura, di tipo — per intenderci — novantottesco. Sono il risultato, talora, della intollerabile certezza di dover venire a patti, prima o poi, con le nuove forze sociali; o dell'inconfessato timore di giungere con esse ad uno *show-down* che potrebbe anche rivelarsi perdente.

Tutto ciò comporta che le spinte innovative provenienti dal basso e l'emersione di nuovi protagonisti nella vita politica del paese, non determinano nell'assetto di potere esistente reazioni chiare, risposte razionali, linee di condotta univoche.

L'equilibrio politico nell'Italia di fine secolo è assai precario, e tutta la struttura del potere — intesa come complesso che coinvolge ceti proprietari, classe politica, corpi separati dello Stato e settori sociali comunque interessati alla conservazione dell'esistente — si muove in un grumo di contraddizioni.

La stessa reazione giuridica al dissenso politico ne viene condizionata, ed i giuristi in primo luogo si presentano come portatori, talora inconsapevoli, di alcune paralizzanti antinomie presenti nel meccanismo di sviluppo proprio dell'Italia umbertina.

2. Ci sembra che almeno tre siano gli ordini di contraddizioni che è opportuno valutare per comprendere le ragioni, ma anche i limiti, del tipo di repressione della devianza politica a cui furono chiamati legislatore, giudici e giuristi, nell'arco di tempo che va dalla preparazione del codice Zanardelli fino ad uno degli ultimi episodi pre-fascisti di uso apertamente politico del diritto penale, e cioè fino alla legge 21 marzo 1915, n. 273 sulla difesa economica e militare dello Stato.

Il primo riguarda il processo di industrializzazione, assai accelerato in questo momento e concentrato in zone relativamente ristrette dell'Italia settentrionale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tale processo comporta una notevole espansione del proletariato industriale, la sua rapida crescita e la sua concentrazione in poche aree di alcune regioni del nord. Ma la liberazione di notevoli forze produttive, se da un lato si presenta come inevitabile necessità per lo sviluppo economico ed il progresso stesso del paese, dall'altro costituisce l'occasione di aspri scontri sociali e di rivendicazioni antagoniste rispetto alle regole del sistema (basterà pensare all'uso dello sciopero ed alla quantità di energie repressive che venne impegnata per il suo arginamento).

Di qui, una contraddizione radicale ed ineludibile tra le esigenze dello sviluppo (che sono anche le esigenze dell'*ordine* e di una gestione moderata dello *status quo*) e le tensioni sociali che da esso inevitabilmente nascono. Contraddizione strutturale, quindi, che non si limita ad investire lo specifico della produzione e dei rapporti tra le forze in essa impegnate, ma investe in modo dirompente tutto l'equilibrio economico e sociale. Essa sarà all'origine dell'alternarsi di una serie di spinte repressive e di contro spinte riformiste, fino a divenire — se commisurata all'azione del giurista chiamato a sanarla e razionalizzarla — quasi una presenza paralizzante.

Accanto a questa, una contraddizione di segno simile passa attraverso i diversi livelli di sviluppo che il paese conosce al suo interno.

Se esiste una « grande industria » che ha bisogno talora di una politica più aperta e lungimirante, pesa d'altra parte sulle scelte politiche di questo periodo anche l'ipoteca della borghesia agraria meridionale, la quale affida la sua sopravvivenza alla integra e puntigliosa conservazione dell'equilibrio fondato sull'arretratezza, ed ha quindi bisogno di uno Stato forte, apertamente repressivo e dichiaratamente classista.

Accanto allo « Stato di Milano » capace di disfare governi, esiste ed opera una sorta di consorteria degli interessi legati al sottosviluppo, in grado di condizionare — in primo luogo — due tra gli strumenti più importanti della macchina repressiva: la burocrazia e la magistratura. L'alternarsi di blocchi d'ordine di tipo crispino a soluzioni compromissorie di tipo giolittiano, simboleggia sia pure con schematica rozzezza, la presenza di quelle due tendenze.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Bisogna dire, però, che il profilo che più ci interessa e che concerne il ruolo svolto dai giuristi (intendiamo: magistratura, dottrina e le frequenti figure di giuristi-legislatori) non è classificabile in modo preciso e non è riferibile con esattezza ai due « tipi » di gestione politica or ora identificati.

Noi possiamo trovare sentenze fortemente regressive dopo la svolta giolittiana o prese di posizione dottrinali che rivendicano i principi dello Stato liberale, denunciando la degenerazione autoritaria degli apparati, nel pieno dell'egemonia di Crispi e della reazione umbertina.

Le linee di tendenza all'interno del ceto dei giuristi ci sembrano relativamente semplificabili. Abbiamo un dibattito dottrinale che alterna posizioni di liberalismo « classico » a ripensamenti autoritari, chiusure dogmatiche a permissive innovazioni metodologiche; abbiamo la « variante » della scuola positiva, che cercheremo di situare in un suo tipico spazio e che tentò di sottrarsi alla scelta tra autorità e libertà, fino a ritrovarsi protagonista di un ruolo oggettivamente conservatore conseguito per tutt'altre vie; abbiamo un legislatore che oscilla tra i cauti riformismi zanardelliani dell'89 ed il grezzo e scoperto autoritarismo liberticida del luglio del '94 o del febbraio del '99; abbiamo infine un potere giudiziario che, a parte alcune eccezioni molto spesso ascrivibili a non voluta liberalità, si tiene interamente a disposizione dell'esecutivo e svolge il suo servizio politico con lucidità e precisione, usando le leggi — già povere di per sé di margini liberali — nel loro senso più stretto ed oppressivo, e realizzando una serie di progressivi slittamenti ermeneutici che conducono alcuni articoli del codice penale al ruolo di *loci communes* della repressione anti-operaia, antianarchica o antisocialista.

Quella dei giudici è forse l'unica « corporazione » che possiamo guardare come politicamente omogenea: il ruolo di gendarme della cittadella borghese che la magistratura svolse, passò indenne attraverso tutte le stagioni politiche del periodo: identico, con rare e redarguite eccezioni, da Minghetti a Depretis, da Crispi a Pelloux, da Pelloux a Giolitti.

Si inserisce qui, sul terreno della mediazione e della riflessione dei giuristi, la terza grande contraddizione in cui si dibatte il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sistema politico italiano nella sua ricerca di un equilibrio tra il potere di *una* classe e la libertà di *tutti* i cittadini.

La struttura dello Stato è e resta di tipo liberale. Le libertà fondamentali sono assicurate — pur nei limiti ben noti — dalla sua impronta originaria e dalla stessa struttura costituzionale che esso si è dato. Malgrado ciò, le esigenze di difesa dell'ordine sociale costituito e dei suoi corollari politici ed economici, conducono la classe politica ad un tipo di gestione del potere che poco si concilia con i presupposti di uno Stato di diritto: leggi eccezionali, attacchi alla libertà di stampa e di opinione, discriminazioni processuali, abusi di polizia, sospensione delle garanzie statutarie (basti pensare al frequente ricorso agli « stati d'assedio ») sono strumenti di normale pratica politica.

Il giurista è al centro di queste contraddizioni e le vive spesso in modo drammatico.

Mentre uomini preoccupati del deterioramento dello Stato liberale lanciano consapevoli avvertimenti, ministri, giudici, prefetti e questori attendono quotidianamente alla pratica attuazione di un sistema alternativo, costruito con l'uso spregiudicato di una legislazione facilmente addomesticabile e con il ricorso ad una odiosa forma di « illegalità di Stato », coperta dalla solidale complicità degli apparati [1]: una sorta di ordinamento giuridico « reale » o di fatto, si viene sostituendo a quello « legale », posto nei codici e nei principi fondamentali.

---

[1] Le ricerche fatte nel corso di questo nostro lavoro ci hanno messo dinanzi a molti episodi sconcertanti che mostrano — con allarmante chiarezza — la compromissione degli apparati dello Stato con un tipo di gestione del potere o di amministrazione della repressione che non esitiamo a chiamare, come molti contemporanei fecero, decisamente illegale. L'ampiezza del fenomeno ci ha convinto a dedicare a questo aspetto del problema uno studio autonomo, ora in preparazione.

In questa sede possiamo rinviare ad alcuni studi, recenti e d'epoca, che hanno messo in luce episodi e metodi, « stile » repressivo ed abusi polizieschi, complicità giudiziarie e « delitti di Stato », che gettano una luce sinistra sulle prassi quotidiane con le quali il potere costituito dell'Italia umbertina garantiva la sua sopravvivenza. Pensiamo agli studi di D. Tarantini, A. Coletti, A. De Jaco, A. D'Orsi, G. Neppi Modona, che verremo citando nel corso della trattazione, o alle osservazioni di saggisti e memorialisti dell'epoca come P. Ellero, L. Zini, F. Giorio, F. S. Merlino, « Marius », D. Cappa, A. Bondi, E. Saracini, che pure torneranno nei riferimenti che faremo più avanti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. A queste contraddizioni il sistema politico tenta di rispondere serrando i ranghi e chiamando a raccolta tutte le forze che lo sostengono.

L'espansione capitalistica viene accompagnata dalla mediazione tra i vecchi centri di potere e le nuove classi imprenditrici. Lo sviluppo del nord si lega in una fitta rete di complicità e connivenze con l'arretratezza del meridione, e lo Stato si fa tramite e garanzia di questa operazione. « Attorno ad esso — si è detto (2) — si delinea così la formazione di un blocco di potere di tipo prussiano che, se da un lato tende a promuovere lo sviluppo industriale e capitalistico, dall'altro si preoccupa di salvaguardare e sinanco di accentuare, come condizione di questo sviluppo stesso, il sistema di gerarchie preesistente ».

Le contraddizioni non vengono sanate, ma il loro spostamento ad un livello più avanzato (e, per molti versi, il rinvio nel tempo della resa dei conti) accorda respiro al sistema e gli permette di svilupparsi.

La soluzione che viene dai giuristi è, invece, meno organica e difficilmente raffigurabile in una sintesi. Accanto al tentativo lombrosiano di occultare in un discorso « scientifico » una scelta di campo conservatrice, troviamo i conservatori classici che esprimono, in più di un caso, giudizi severi sulle degenerazioni del sistema; accanto alle mediazioni puramente tecniche della non ben definita « terza scuola », nasce e prende forma una componente destinata a svilupparsi nell'opera di un Rocco o di un Manzini, tutta impegnata a tessere trame giuridiche che vengono utilizzate come supporto e copertura delle ideologie della repressione e dell'ordine. Tra queste tendenze, la voce moderatamente polemica di qualche « socialista » giuridico pone problemi diversi, avanzando caute proposte di riforma e — soprattutto — facendo resistenza alle spinte involutive che investono il codice Zanardelli e che provengono, soprattutto, dalla magistratura.

L'individuazione in sintesi della risposta dei giuristi è complicata da ulteriori elementi di fatto. Le « tendenze » dottrinali che abbiamo nominato non sono ben delimitate: anzi, esse si

---

(2) G. Procacci, *Appunti in tema di crisi dello Stato liberale e di origini del fascismo*, in *Studi Storici*, VI (1965), p. 225.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sovrappongono l'una all'altra e si intersecano in più punti. Inoltre, la loro attività si svolge all'interno di una periodizzazione che le diversifica nel tempo o, almeno, muta i termini del loro rapporto reciproco. Abbiamo infatti un periodo pre-codice ed uno post-codice, discriminati dalla data del 1889. Abbiamo, rispetto al codice, una fase di preparazione più lontana ed una ravvicinata, nelle quali le stesse tendenze dottrinali sono spinte a presentarsi con caratteri diversi; abbiamo poi, scendendo più in dettaglio, un periodo condizionato dalla legislazione speciale (dal 1894 al 1900), uno influenzato dall'uccisione del re Umberto, un altro caratterizzato dal nuovo stile giolittiano.

Tutte diversificazioni ed articolazioni che ci vietano di avanzare giudizi sintetici e ci impongono, al contrario, un metodo di ricerca e di analisi strutturato cronologicamente e per tendenze.

Un metodo che ha indubbiamente dei limiti ma che non ci sembra evitabile. Del resto, il taglio ricostruttivo che tenteremo di dare a questa ricerca, mettendo in primo piano lo scontro tra le ideologie giuridiche presenti in campo, potrà — crediamo — far accettare anche l'alto prezzo, in termini di schematismo, che ci toccherà pagare.

II.

1. Reati politici e « sicurezza dello Stato »: incertezze obiettive e deliberate ambiguità. — 2. Enrico Pessina tra *ideologia liberale* e *Stato autoritario*. — 3. Valore ideale e debolezza politica del « rifiuto » di Francesco Carrara. — 4. La crisi delle mediazioni dottrinali dopo il 1889. La politica del diritto e i diritti della politica. — 5. Giuristi, legislatori e giudici in un calcolato gioco delle parti. — 6. I penalisti « socialisti » tra dissenso e connivenza. — 7. La tendenza lombrosiana: dall'elusione della politica all'approdo conservatore.

Le linee fino ad ora tracciate non hanno, si intende, alcuna pretesa di completezza.

Esse sottolineano deliberatamente alcune direttrici di marcia ed impoveriscono l'ovvia problematicità di molte questioni, per mettere in luce soltanto alcuni aspetti di esse, al fine di meglio isolare e ridurre in uno schema immediato, il rapporto — in realtà più complicato — tra la struttura del mondo politico-economico e l'opera dei giuristi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È tempo dunque, mentre rinviamo il lettore ad una serie di importanti studi che hanno mostrato — con particolare riferimento alla magistratura (3) — il livello di reciproca saldatura raggiunto dai « sistemi » politico e giuridico nell'Italia liberale, di scendere direttamente alla trattazione dello specifico del nostro tema.

Opereremo anche qui una selezione tematica, mettendo in rilievo particolare certi aspetti definitori o contenutistici dei contributi dottrinali.

Guarderemo quindi ai momenti della individuazione del reato politico, dell'area concettuale che esso abbraccia, dell'uso che della definizione viene fatto per portarla a coprire zone di comportamento diverse.

Marcheremo il rapporto che la dottrina (e non solo essa) ebbe con i due grandi problemi politici rappresentati dalle organizzazioni partitiche e sindacali del mondo del lavoro e dalla presenza attiva del movimento anarchico.

Entreremo nel merito di un'analisi concreta del valore ideologico di certe prese di posizione dottrinali e valuteremo i riflessi che esse ebbero nello svolgersi pratico della repressione giuridica del dissenso.

---

(3) Ricordiamo gli studi di M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano, 1966; G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, spc., p. 123 ss. e pp. 167-260; P. MAROVELLI, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana dal 1848 al 1923*, Milano, 1967; G. NEPPI MODONA, *Sciopero potere politico e magistratura (1870-1922)*, Bari, 1969; F. GOVERNATORI, *Stato e cittadino in tribunale. Valutazioni politiche nelle sentenze*, Bari, 1970, spc. pp. 17-44; G. NEPPI MODONA, *Libertà di stampa, potere politico e magistratura: passato e presente*, in *Studi Storici*, XI (1970), pp. 551-571; C. U. SCHMINCK, *Stato di diritto e movimento operaio. Per la storia del diritto penale politico in Italia*, in *Studi Storici*, XI (1970), pp. 445-487; la rassegna di P. UNGARI, *Studi sulla storia della magistratura, 1848-1968*, in *Storia Contemporanea*, I (1970), pp. 379-391; lo schema di ricerca seminariale diretta da N. TRANFAGLIA, *Magistratura e classi sociali nell'età giolittiana*, in *Politica del diritto*, III (1972), pp. 509-524 e, dello stesso N. TRANFAGLIA, *Politica e magistratura nell'Italia liberale* (rassegna), in *Studi Storici*, XI (1970), pp. 509-532, seguita da un intervento sullo stesso tema (*Per una storia politica della magistratura*), in *Quaderni piacentini*, n. 41 (1970), pp. 206-209 e da una nuova puntualizzazione (*Storia della magistratura e storia della società*), in *Politica del diritto*, III (1972), pp. 501-509.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Isoleremo, così facendo, alcuni momenti del sistema della difesa giuridica dello Stato, tenendoci tuttavia all'interno di una linea ricostruttiva omogenea che renda significanti, sul piano generale, anche le questioni particolari di cui ci verremo accupando.

1. Il primo punto da chiarire e che fu affrontato in modo preliminare dalla dottrina è quello della definizione stessa del reato politico.

Bisogna tenere presente, a questo proposito, l'esistenza di una sorta di ancestrale tabù dello Stato liberale nato dalle rovine dell'*ancien régime* e contro la logica di potere che vi si esprimeva, nei confronti di certi principi e metodi del vecchio sistema.

Il giurista dell'Italia liberale sente il bisogno di evitare, nell'ambito del diritto penale politico, la franca e scoperta ammissione della incontestabilità del potere propria dell'assolutismo; egli cerca i modi e le tecniche che garantiscano la difesa del sistema, senza che si debba contemporaneamente dichiararne l'intangibilità.

Si sperimentano *escamotages* nominalistici o pratiche di occultamento delle fattispecie di reato politico nelle pieghe dei nuovi codici garantisti; si evitano le formule troppo rigide, le pene troppo dure; si cerca di assicurare processi non parziali e si fa bene attenzione che — comunque — ogni meccanismo repressivo sia saldamente ancorato al consenso delle classi che contano, e quindi ben coperto sul terreno ideologico (4).

---

(4) È assai indicativa di questi timori la cura puntigliosa che mettono i giuristi, anche in sedi tecniche che non postulerebbero necessariamente il ricorso alle « premesse storiche », nel mostrare la terribilità dei vecchi sistemi, l'efferatezza di quelle pene, la assoluta arbitrarietà dei meccanismi repressivi, la scandalosa assenza di garanzie processuali ed il numero enorme di comportamenti puniti come reati politici.

Tutta l'operazione ha uno scopo che oscilla tra il *soulagement* ed il trionfalismo: serve a mostrare il livello di libertà raggiunto con lo Stato liberale, a dare la prova della sua tolleranza e della sua forza, a far vedere che esso non teme i suoi nemici.

In realtà, però, si fonda su due errori di giudizio perfettamente coordinati: da un lato esagera la terribilità e la ferocia del vecchio sistema calcando la mano in descrizioni suggestive o in esempi al limite del leggendario; dall'altro tace del fatto che se i « titoli di crimenlese » sono scomparsi (come *nomina*) dai codici,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Oltre che a presentarsi come indizio di questo genere di « cattiva coscienza », la questione della *definizione* del reato politico assume altri e più indicativi significati.

In primo luogo essa è il momento di manifestazione della ideologia repressiva in campo politico di un intero *milieu* dottrinale: il che vuol dire che essa mostra o può mostrare chiaramente, quanta parte abbia il diritto penale nella difesa degli assetti politici esi-

---

tuttavia restano previsti e puniti, magari dissimulati in parti « apolitiche » di essi, *pressoché tutti* i comportamenti di dissenso o di « danneggiamento » politico che costituivano il contenuto di quei titoli nel sistema di diritto comune.

Ma al formalismo liberale (o, se si vuole, al perbenismo borghese) basta aver mutato la distribuzione delle fattispecie ed aver « abbandonato il titolo di maestà, che rammenta tanti abusi e tante ferocie », come incautamente ammetterà il Mecacci.

Si pensi, a riprova di quanto detto, ad I. FANTI, *Dell'attentato politico contro il sovrano, i poteri, la costituzione e l'integrità dello Stato*, in *Rivista penale*, XI (1879), p. 128: « Nel buio del Medio Evo non solo, ma anche nello scorso secolo era per questo reato [la lesa maestà] che si profondevano i supplizi più raffinati, le più prelibate inumanità. Oggi le leggi si accontentano di infliggere la più elevata delle loro sanzioni penali a colui che attentò alla vita più nobile della nazione, anzi alla nazione stessa nella vita del suo capo »; F. MECACCI, *Dei reati politici*, Roma, 1879, p. 43 ss.: « La istoria del diritto penale in riguardo ai reati di lesa maestà è veramente una storia lugubre ed atroce » (p. 43), mentre « il Codice penale toscano del 1853... come tutti i Codici moderni, abbandonò il titolo di maestà, che rammenta tanti abusi, tante ferocie, tanti pervertimenti dei princìpi supremi della scienza penale » (p. 57); E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, III, Napoli, 1885, p. 23; P. BARSANTI, *Del reato politico. Studio*, Macerata, 1887; G. BLANDINI, *Il reato di Stato nel diritto storico italiano*, Catania, 1892: « Contro il vero o preteso reo di Stato rincrudeliva, trasmodava in barbari e studiati eccessi una legge penale... espressione della forza anziché della giustizia » (p. 15), mentre nell'oggi « in tutta la vasta e fosca famiglia dei reati non ve n'ha forse nessuno, che trovi così disposta all'equità, alla grazia, alla simpatia la coscienza giuridica moderna, come i reati di Stato... Ciò però non si era mai veduto presso i popoli di alcun secolo, e in nessuna delle legislazioni sepolte » (p. 9); così, con poche variazioni nell'esecrazione del passato e nel trionfalismo per il presente, anche D. DE PILLA, *Dei reati contro la sicurezza dello Stato*, I. *Storia*, Firenze, 1888, p. 84; P. NOCITO, *I reati di Stato con speciale riguardo all'alto tradimento, esaminati nella legislazione, nella giurisprudenza e nella storia*, Torino, 1893, p. 65; ID., *Corso di diritto penale. Reati contro il diritto politico*, Roma, 1901, pp. 7-8; F. CARFORA, *Delitto politico*, in *Digesto italiano*, IX, 1, p. 834; E. FLORIAN, *Delitti contro la sicurezza dello Stato* (vol. II, parte I del *Trattato di diritto penale* a cura di A. Zerboglio ed altri), Milano, 1902, p. 16; G. NAPODANO, *I delitti contro la sicurezza dello Stato*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano* a cura di E. Pessina, VI, Milano, 1909, p. 30 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stenti e quale uso si intenda farne nelle varie fasi di sviluppo della vita politica del Paese.

In secondo luogo essa si lega a questioni di notevole rilevanza tecnica, e non solo tecnica.

Il fatto che un certo comportamento antigiuridico possa essere classificato o meno nell'ambito della reità politica, ha riflessi notevoli almeno sotto tre profili che la dottrina e la giurisprudenza tengono accuratamente presenti e che vedremo spesso riaffiorare nello svolgimento della nostra ricerca.

Il primo è rappresentato dal livello processuale al quale venivano assegnati i « delitti contro la sicurezza dello Stato ». L'art. 9 del codice del 1859 (come farà poi anche il codice dell'89, sempre all'art. 9), stabiliva appartenere « alla Corte d'assise, *con l'intervento dei giurati*, la cognizione: 1) dei delitti contro la sicurezza dello Stato, e di istigazione o provocazione a commetterli... ».

La presenza dei giurati poneva, e lo si era constatato in molti casi, un problema particolare in ordine alla politica repressiva, perchè una certa aura di simpatia per i rei politici (5) portava le giurie a frequenti e clamorose assoluzioni.

Alla « simpatia » per i rei politici va poi aggiunto il fatto che spesso i giurati assolvevano semplicemente perché il processo politico appariva chiaramente come il risultato di operazioni di intimidazione o di vere e proprie montature poliziesche, attuate per

---

(5) Scriverà E. FLORIAN, *Delitti*, cit., ma ediz. 1915, pp. 72-73 che il « delitto politico, come originariamente concepito, quello, cioè, che viola princìpi mutabili... per questo e per l'impulso cui l'autore obbedisce, *è meritevole di una certa simpatia*... Finché il delitto politico sarà escluso dall'estradizione, e sarà devoluto al giurì e *confortato dall'aura popolare*, converrà assolutamente *opporsi* ad estenderne il concetto...

Noi crediamo che alle correnti di simpatia convenga porre un freno e che sieno da rettificare, su questo punto, le opinioni comunemente accolte ».

Nello stesso ordine di idee si pongono anche altri autori: ma basterà ricordare A. CAPOCELLI, *Alto tradimento* in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, I. 2, p. 1904, e le osservazioni presenti in G. FLORENZANO, *I giurati e la pena di morte. Cronache e commenti*, Napoli, 1869; C. RICCARDINI, *Le assoluzioni della giuria*, Ancona, 1873; P. ELLERO, *Il giurì in Italia*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Bologna, 1874, pp. 245-75; C. CARUSO, *Il giurì in Italia*, in *Archivio Giuridico*, XII (1874), pp. 343-70; O. MANGANO, *La giuria e la pena di morte*, Catania, 1874; LUCIUS, *La giuria nei processi politici*, in *Foro delle Puglie* (1900).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fini preventivi nei confronti di movimenti nascenti (specie in tema di « scioperi sediziosi » ([6])) dei quali si voleva così impedire o ritardare la crescita.

Il secondo profilo è quello della estradizione, negata per tradizione degli Stati liberali quando il reato commesso dallo straniero rifugiato nel territorio dello Stato fosse di natura politica ([7]).

Il terzo, quello della applicazione dei benefici previsti in numerosi provvedimenti di amnistia ([8]), spesso rivolti — appunto — ai soli reati contro la sicurezza dello Stato o, più genericamente, politici.

Si tratta di tre questioni importanti, imposte dalla tradizione politica delle « Nazioni civili » (Pessina), ma tali da inserire qualche contraddizione nella logica repressiva degli apparati di potere.

Il problema che nasce è allora quello di escludere dal novero dei reati politici certi comportamenti particolarmente pericolosi (esemplare il caso delle associazioni anarchiche, definite senza troppi ripensamenti come « associazioni di malfattori »), perchè non vengano a godere delle garanzie e dei privilegi connessi con il sistema normativo ora descritto; ferma restando, però, l'esigenza di tenere abbastanza larghe le maglie del reato politico, per non ridurre troppo l'area di azione di quello che era pur sempre lo strumento specifico per la difesa delle istituzioni.

([6]) Sarà sufficiente rinviare a G. NEPPI MODONA, *Sciopero*, cit., passim.

([7]) Tale era la previsione dell'art. 11 del Codice penale del 1859 e dell'art. 9 di quello toscano. L'art. 9, comma secondo, del Codice penale dell'89 disporrà a sua volta che « L'estradizione dello straniero non è ammessa per i delitti politici, né per i reati che a questi siano connessi ».

([8]) La frequenza delle amnistie era veramente alta. Possiamo dire che provvedimenti del genere cadessero mediamente ogni due anni. Tra i tanti ricordiamo quelli adottati con R.D. 9 ottobre 1860 (per i fatti garibaldini in Sicilia), 5 ottobre 1862 (per rivolte nell'Italia meridionale), 31 gennaio 1876 (per i moti di Palermo), e poi — venendo a tempi più vicini a noi — il R.D. 19 gennaio 1878, che dette adito ad una fitta letteratura sulla nozione di reato politico, quello dell'8 giugno 1887, e poi ancora 30 novembre 1890, 23 agosto 1891 (cfr. *La requisitoria del P.M. rappresentato dal sostituto Procuratore del Re avv. Enrico Mazzola nella causa penale contro Giovanni Bergamasco ed altri*, Napoli, 1892), 22 aprile 1893, nn. 190, 192 e 193, 14 marzo 1895, 20 settembre 1895, ecc.

Per i provvedimenti che vanno dal R.D. 31 dicembre 1899, n. 467, fino al R.D. 31 ottobre 1923, n. 2278, cfr. E. CAPALOZZA, *Appunti per una sistemazione scientifica del concetto di « politicità » del reato*, ora in *Scritti giuridico penali (1932-1962)*, Padova, 1962, pp. 179-180.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È su questa duplice direttrice che la dottrina si muoverà fino all'avvento del codice Zanardelli, ed anche oltre.

Viene in soccorso di un simile ordine di esigenze la distinzione che può certamente farsi tra i reati politici, intesi quasi come *genus*, e la specificazione di essi rappresentata dalla dizione « delitti contro la sicurezza dello Stato »: molti giuristi, specie a partire dal momento di vigenza del nuovo codice, metteranno molta cura nell'articolare e rendere fertile quella distinzione.

Con essa si realizza infatti il doppio obiettivo della rigidità e della elasticità della nozione di reato politico. In particolare, ai fini dei giudizi in assise, delle amnistie, della stessa estradizione, si può fare sicuro riferimento al titolo I del libro secondo del codice ([9]), salva sempre la possibilità di negare — se ciò serve — la politicità di certi comportamenti in esso sanzionati ([10]); poi, in altri frangenti, si potrà invocare la « politicità » di altre ed ulteriori condotte, per rendere « politici » reati diversi.

Il discorso tuttavia non si arresta a questo genere di distinzione. Anzi, proprio la cura che viene posta nel distinguere i reati diretti contro la sicurezza dello Stato da quelli più genericamente « politici », richiede poi che di entrambe le specie si dia un'accurata definizione. E se per i primi basterà riferirsi, prima e dopo del 1889, alla previsione del codice penale, sulla individuazione dei secondi la discussione è apertissima.

([9]) Il titolo I del libro secondo del Codice Zanardelli si articola in quattro capi, per complessivi 34 articoli, nei quali si puniscono i *delitti contro la patria* (artt. 104-116), i *delitti contro i poteri dello Stato* (artt. 117-127), i *delitti contro gli Stati esteri e i loro capi e rappresentanti* (artt. 128-130) e si fissano *disposizioni comuni* negli articoli da 131 a 138.

([10]) Si veda, più avanti, la nota 92. Nello stesso ordine di idee, ad un certo tipo di reati si può riconoscere « indole politica » nell'atto stesso in cui li si esclude da un'amnistia per reati politici.

Così la Cassazione di Roma, con sentenza dell'8 luglio 1865, poté dire — a proposito di reati contro l'ordine pubblico — non potersi applicare ad essi l'amnistia del 14 marzo 1895, perchè « appunto per l'*indole politica comune ai reati contro la sicurezza dello Stato e l'ordine pubblico*, l'essersi ammessi nell'amnistia i soli reati contro la sicurezza dello Stato, vuol dire che non si volle aver riguardo a quelli contro l'ordine pubblico » (cfr. F. CARFORA, *Delitto politico*, in *Digesto italiano*, IX, 1, p. 839).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Aveva iniziato il Del Lungo, nel 1870, con il chiamare « di mera creazione politica » quel genere di infrazioni che Giovanni Carmignani aveva definito *delitti di polizia* e che egli ridefinisce come « infrazioni di un divieto o di un precetto, con cui la legge politica esige l'osservanza di un dovere dai cittadini, nell'intento di un maggiore benessere pubblico » (11). Occorre dire, però, che l'uso del termine *politico* risente, in questo contesto, di impostazioni assai risalenti (12) e non è riconducibile interamente nell'alveo del nostro problema.

È questo un periodo nel quale la scienza penalistica italiana non ha ancora elaborato in termini precisi ed autonomi una dottrina del reato politico.

I suoi modelli sono modelli francesi (dal Guizot de *La peine de mort en matière politique*, al Lucas (13), allo Chauveau (14), all'Ortolan (15)), o tedeschi (Feuerbach (16), von Schirach (17),

---

(11) R. Del Lungo, *Dei reati di mera creazione politica ossia esposizione della dottrina e della giurisprudenza relativa alle trasgressioni contemplate dalle leggi penali speciali del Regno d'Italia*, Firenze, 1870, p. 24.

(12) Lo stesso Del Lungo, che tiene a presentarsi come « Procuratore del Re », dichiara apertamente di riferirsi a concezioni quali quelle della *polizia di benessere* e della *polizia di sicurezza* che ebbero il loro primo corso nelle dottrine sullo Stato durante l'*ancien régime*. Basta sentire, del resto, come introduce il suo pensiero nelle « nozioni preliminari » del suo studio: « Il fine della Società civile — afferma — tutto si sostanzia nel procacciare ed assicurare mediante l'ordine pubblico ai singoli conviventi la sicurezza e la prosperità, che per l'impotenza individuale non riuscirebbero a conseguire... Il potere sociale si giova, a tal'uopo, di due poderosi strumenti; il *magistero penale*; e il *magistero di polizia* » (R. Del Lungo, *Dei reati di mera creazione politica*, cit., p. 11).

(13) C. Lucas, *Du système pénal et du système répressif en général, de la peine de mort en particulier*, Paris, 1827.

(14) A. Chauveau, F. Hélie, *Théorie du code pénal*, Paris [6], 1887. La prima edizione fu pubblicata nel 1845-1851. Questa sesta edizione, della quale ci siamo serviti, fu riveduta da P. Villey). In Italia circolò, dal 1863, una traduzione in due volumi condotta sulla quarta edizione da G. Golia (*Teorica del Codice penale col comento dei comenti o trattato dei trattati*, Napoli, 1863); una traduzione in tre volumi, condotta da L. Tarantini sull'edizione aggiornata da J. S. G. Niples, era stata pubblicata, sempre a Napoli, tra il 1853 ed il 1856.

(15) J. Ortolan, *Eléments de droit pénal*, Paris [4], 1875. La prima edizione fu pubblicata nel 1856. Questa quarta edizione, della quale ci siamo serviti, fu riveduta da G. Bonnier). Un anno dopo la loro pubblicazione gli *Eléments* dell'Ortolan furono tradotti da G. Giuliano con il titolo *Elementi di diritto penale*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Knitschky ([18]), o certe impostazioni di J. G. Bluntschli ([19])) e la loro influenza condiziona nel senso dell'astrattezza e dell'accademicità i rari interventi dei giuristi.

In una direzione analoga ebbe certamente un notevole peso la presa di posizione di Francesco Carrara ([20]), della quale ci dovremo occupare più direttamente tra breve e che rappresentò, almeno per un decennio, tra il settanta e l'ottanta, una ipoteca assai forte, per il prestigio e l'ascendente del Maestro, capace di influire in modo pressoché paralizzante sull'atteggiamento della dottrina.

Ciò non toglie, tuttavia, che alle soglie degli anni ottanta, e fino alla fioritura di interventi che immediatamente precedette e seguì la pubblicazione del nuovo codice penale, un inizio di dibattito sia venuto a determinarsi anche da noi ed in termini più aderenti alla realtà.

Il primo dei contributi degni di attenzione venne nel 1879 da Ferdinando Mecacci.

Elusa la posizione di Carrara cercando di restringerne la portata ([21]), egli organizza un sistema « razionalizzato » di reati politici, ipotizzandone due categore ed identificandone il fondamento

---

Penalità, Giurisdizioni, Procedura, secondo la scienza razionale, la legislazione positiva e la giurisprudenza, con i ragguagli delle nostre statistiche criminali, Napoli, 1857.

([16]) P. J. A. FEUERBACH, *Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverraths*, Erfurt, 1798. Di questo fondamentale scritto del penalista tedesco dette una traduzione non integrale D. DE PILLA, *Dei reati contro la sicurezza interna dello Stato*, cit., pp. 314-333.

([17]) C. VON SCHIRACH, *Ueber politische Verbrechen*, in *Archiv des Criminalrechts*, n.f., Halle, 1851.

([18]) W. E. KNITSCHKY, *Das Verbrechen des Hochverraths*, Jena, 1874.

([19]) Ci riferiamo soprattutto alla sua *Allgemeine Staatslehre* (messa in discussione, ad esempio, da F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, VII, § 3934), pubblicata nel 1863 e nota in Italia anche grazie alla traduzione di G. Trono, uscita a Napoli nel 1873 con il titolo *Diritto pubblico universale*.

([20]) Del *Programma del corso di diritto criminale*, pubblcato tra il 1863 ed il 1870 (ma iniziato già nel 1859) abbiamo utilizzato la seconda edizione, uscita a Lucca nel 1871.

La « classe ottava ed ultima », dedicata ai delitti politici ed intitolata « Perchè non espongo questa classe » venne chiusa dal Carrara il 12 luglio del 1870.

([21]) F. MECACCI, *Dei reati politici*, cit., p. 14.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e l'oggetto « nel diritto dei consociati, e non mai nella personificazione ideale dello Stato » (22).

L'elenco che ne esce è così ampio ed articolato (23) da costituire un vero e proprio rovesciamento della posizione di liberalismo « scettico » espressa da Carrara. Anzi, Mecacci si spinge fino ad una oggettiva demistificazione delle affermazioni trionfalistiche di certa dottrina, svelando il significato reale ed il valore pratico dell'opera di « depoliticizzazione » dei vecchi reati di maestà, sapientemente defilati nei più svariati titoli del codice.

> D'altra parte non possiamo omettere di avvertire — dice candidamente Mecacci — che in senso lato, oltre queste [*relative al titolo dei reati contro la sicurezza interna ed esterna dello Stato* ndr] ben altre categorie di reati, *che si trovano sparsi in tutta la legislazione*, possono venir annoverate sotto il titolo dei reati politici... Sia per il movente loro, sia per lo scopo dannoso allo Stato, che l'agente si propone coi medesimi, generalmente non possono dirsi altro che reati politici (24).

È così che, accanto ad una serie fitta e minuziosa di reati che riproducono in sostanza l'antico complesso di fattispecie « primo et secundo capite » del sistema di diritto comune (25), compaiono

---

(22) F. MECACCI, *Dei reati politici*, cit., p. 7.

(23) Considerato che il reato politico può estrinsecarsi « sia coll'attacco alla società nell'autorità che la rappresenta, sia alla società nei membri che la compongono » (pp. 60-61), Mecacci divide i reati politici in *propri o diretti* ed *impropri o indiretti*. Della prima categoria fanno parte i *reati contro la sicurezza interna ed esterna dello Stato*, della seconda tutti quelli che hanno comunque una qualche *qualità* o *ripercussione politica*.

(24) F. MECACCI, *Dei reati politici*, cit., p. 64.

(25) Il modo con cui Mecacci struttura il suo « sistema » non si discosta troppo da quello con cui Matteo degli Afflitti, nel Quattrocento, stabiliva una dottrina che avrebbe poi fatto testo per lungo tempo. « Dic quod duo sunt capita legis in laesae maiestatis crimen. Primum est quando committitur crimen legis Juliae maiestatis *contra rempublicam vel contra principem*, vel quando conspiratur de nece senatoris, vel collateralis vel consiliarii regis... Secundum caput est quando committitur tale crimen non contra rempublicam nec contra principem vel eius collaterales, sed *alio modo* » (MATTEO DEGLI AFFLITTI, *Commentaria in tertium librum feudorum*, Lugduni, 1584, *Quae sint regalia*, § *et bona committentium crimen laesae maiestatis*, n. 53).

La dottrina di Matteo, peraltro ricostruibile anche nell'opera di qualche suo predecessore, si impose come *communis*. A quanto pare, il suo valore di schema

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come « politici » alcuni reati tipici della nuova realtà ormai da tempo affermata; e soprattutto prende forma la consapevolezza del fatto che il sistema politico si deve difendere su tutti i fronti, avendo riguardo alla conservazione dei fondamenti della struttura sociale nello stesso modo in cui ci si preoccupa di proteggere, per esempio, la persona del re.

> A tutto rigore di logica, quando non fosse dubbio che il movente e lo scopo fu politico, nel novero dei reati politici potrebbero porsi anche *tutte le offese contro l'inviolabilità del diritto di proprietà...*, ogni provocazione all'*odio tra le varie condizioni sociali* e l'ordinamento della famiglia...
>
> E siccome consistono nell'eccitamento o nella provocazione al reato... come fatto tendente a rompere i vincoli più sacri che tengono stretta l'umanità, a *sovvertire tutti gli ordini sociali*, sui quali basa la sovranità, la potestà civile istessa, i medesimi costituiscono, diremmo, il massimo reato politico, il reato veramente di lesa umanità ([26]).

È un discorso chiaro (diremmo quasi fin troppo ruvido e scoperto) e si chiarisce ancora meglio nell'affermazione con la quale lo stesso Mecacci specifica che sono politici sopra ogni altro « i reati i quali, per ragione dello scopo che si propongono, non abbiano altra causa che il cambiamento della forma di governo o l'indirizzo politico di esso » ([27]).

È un discorso, inoltre, che non manca di motivazioni contingenti, ed è bene inserito in una nascente ideologia di difesa più realistica, e quindi più duttile ed articolabile, degli ordinamenti sociali.

Si sente in esso, pur nel silenzio del giurista sulla cronaca politica (perché bisogna sempre stare alla regola che vuole il discorso astratto e generale, senza « inquinamenti » che vengano dai fatti o dalla vita reale del Paese), la preoccupazione di compren-

---

organizzativo continuò a pesare — magari all'insaputa di coloro stessi che la riprodussero — ben oltre i limiti temporali dell'esperienza del diritto comune.

([26]) F. MECACCI, *Dei reati politici*, cit., p. 66.

([27]) F. MECACCI, *Dei reati politici*, cit., p. 64. Coerentemente con questa affermazione, si giudica poco più avanti (p. 65) reato politico quello commesso, per mezzo della stampa, da chi « avrà fatto pubblica adesione a qualunque altra forma di governo, o manifestato voto o minaccia della distruzione dell'ordine monarchico istituzionale ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dere nell'area del reato politico anche fenomeni di dissenso sociale non altrimenti coperti. Non deve essere casuale, crediamo, il fatto che proprio negli anni in cui Mecacci scrive sono iniziate le grandi operazioni di repressione del movimento internazionalista anarchico (del 1878 sono l'attentato di Passanante ad Umberto ed il famoso « caso Batacchi » ([28])), e che l'Italia conosce ormai da tempo sussulti sociali e scontri di classe numerosi e « pericolosi », inaugurati praticamente, alle soglie degli anni settanta, dai moti del macinato, colpiti da una repressione che causò più di 250 morti, più di mille feriti e migliaia di arresti.

Si avverte allora, in quel discorso, l'emersione del principio relativamente nuovo della *difesa del sistema*, più adatto, rispetto a quello rigoroso, ma riduttivo, della difesa dello Stato, a fronteggiare le nuove situazioni di pericolo.

Allo stesso tempo, però, siamo in presenza di una impostazione apertamente illiberale, ed in questo senso dicevamo qui sopra di ricevere dal Mecacci un'impressione di rozzezza e di candore insieme.

Non c'è ritegno a negare la criticabilità della forma di governo, a colpire le opinioni, l'opposizione politica in quanto tale, o a considerare reato politico anche un furto: « tutte le offese contro l'inviolabilità del diritto di proprietà » lo sono — egli dice — « quando non fosse dubbio che il movente e lo scopo fu politico ». Come a dire che se il ladro è anche un anarchico, la qualità della persona indurrà la motivazione politica del suo gesto, e quel furto verrà colpito alla stregua di un atto di sovversione.

([28]) Su Cesare Batacchi, accusato dagli organi di polizia di aver provocato con una bomba la strage avvenuta a Firenze il 18 novembre 1878, si possono vedere A. De Jaco, *Gli anarchici. Cronaca inedita dell'Unità d'Italia*, Roma, 1971, pp. 547-559, e A. Coletti, *Anarchici e questori*, Padova, 1971, pp. 20-50.

Dopo la condanna all'ergastolo venne in chiaro la macchinazione poliziesca che aveva condotto all'incriminazione ed alla condanna di Batacchi, e forti furono i sospetti che le stesse autorità di polizia avessero voluto, organizzato ed eseguito il grave attentato dinamitardo. Cesare Batacchi uscì di prigione il 16 marzo del 1900, graziato dal re in seguito a fortissime sollecitazioni provenienti dall'opinione pubblica, ormai persuasa della sua innocenza (nel febbraio dello stesso anno Batacchi era stato eletto deputato nel collegio di Pietrasanta ed era entrato in ballottaggio in quello di Torino. La sua elezione venne tuttavia annullata).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

C'è però da dire che siamo solo ai primi tentativi dottrinali di sistemare questa materia e che la necessità di rispondere, magari ribaltandola, alla tesi « iperliberale » di Carrara può aver facilitato l'eccesso opposto di un « ipoliberalismo » tanto franco da non poter essere mascherato.

Si tratta anche, crediamo, di una questione di cultura giuridica, o, se si vuole, di maturazione culturale.

L'aderenza di un giurista alle necessità ideologiche del sistema in cui agisce dipende anche dal grado della sua assimilazione rispetto a determinate motivazioni di fondo. Ad alcuni operatori sfuggono, ad esempio, i valori autentici del sistema in cui si muovono, e può capitare che si orientino verso soluzioni (come quella di allargare più che si può l'area del reato politico) che si rivelano poi velleitarie o controproducenti. Mentre l'uso intelligente (ed organico alle necessità strategiche del potere) di alcuni strumenti dogmatici — come sarà quello di Pessina — o lo sfruttamento di momenti particolari dell'articolazione dello Stato (magistratura, polizia, burocrazia), si prestano spesso assai meglio al raggiungimento del fine.

Si muove già in questo senso l'intervento di un giurista pratico, attento agli umori della magistratura e sensibile alle esigenze concrete del potere, come Pasquale Grippo.

Anch'egli interviene in una questione — quella dei reati di guerra civile, strage, devastazione e saccheggio — che era balzata al centro dell'attenzione per una serie di episodi preoccupanti (rivolte del macinato, le prime azioni degli internazionalisti, rivolte nell'Italia meridionale, i primi scontri nelle aree industriali ([29]), ecc.) e per i problemi tecnici che essa poneva soprattutto in ordine all'applicazione delle amnistie.

([29]) Basterà ricordare il tentativo di insurrezione operato da internazionalisti e repubblicani nel 1874, i moti di Palermo del '76, quelli tentati nel Matese da Cafiero e Malatesta nel '77, e poi le lotte operaie che si presentano alle soglie degli anni ottanta (gli scioperi dei tipografi del '75 e dell'80, quello dei lanieri nel '77, ecc.), e quelle contadine, o delle zone contadine, episodi minori di « devastazione e saccheggio » che punteggiavano a miriadi la storia di quegli anni. Inoltre era pur sempre vivo il ricordo del fenomeno del brigantaggio, al quale il progetto Vigliani mostrava di pensare apertamente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il Grippo fa una distinzione ragionevole ed utile al tempo stesso, tra rivolte sociali — ridotte a delinquenza comune e non amnistiabili in forza di provvedimenti destinati ai « reati politici » — e rivolte che abbiano per scopo il rovesciamento delle istituzioni:

> o la guerra civile, la strage, il saccheggio fu mezzo all'attacco contro la esistenza dello Stato, e il reato dovrà dirsi politico. O invece l'ordinamento politico non venne in quistione, e il braccio de' combattenti fu armato da fini e interessi particolari, e orde di masnadieri invasero città e campagne per vivere di bottino, e allora l'attacco alla pace pubblica sarà un reato contro l'ordine sociale, e noi saremo di fronte a reati puramente comuni.

Poi specifica, fa leva su una situazione di allarme oggettivo ed ipotizza il salto di qualità (dovuto esclusivamente alla consapevolezza politica degli eventuali rivoltosi), in forza del quale un fatto di *vis publica* può diventare un reato contro la sicurezza interna dello Stato:

> Può la lotta contro gli ordinamenti sociali tendere a sconvolger le basi della società, come ne' movimenti socialisti o comunisti, la famiglia, la proprietà, etc. Ma siccome nella maggior parte di questi casi con gli ordinamenti sociali s'intende immutare gli ordinamenti politici, che si fondano su quelli, non si stenterà a riconoscere la natura politica di quegli attacchi ([30]).

La preoccupazione principale di Grippo sembra dunque quella di articolare la natura del reato in modo da evitare che lo stesso comportamento subisca « la pena fulminata pei reati comuni » e « si avvolga d'altro canto in tutte le funeste eccezionalità dei reati di Stato »; la sua critica è rivolta al progetto di codice penale Vigliani (che è del 1874) e riecheggia la fondamentale esigenza di contemperare l'efficacia repressiva ed il potere difensivo del diritto penale politico con la logica ed i princìpi di uno Stato che si vuole libero.

Sarà l'intervento dei giudici, poi, a gestire le pieghe e gli spazi di manovra offerti da un simile meccanismo, e lo Stato non avrà

([30]) P. GRIPPO, *Dei reati di guerra civile, strage, devastazione e saccheggio. Studio storico-critico*, in *Il Filangieri*, V (1880), p. 586.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che da affidarsi al loro senso dei tempi, al loro intuito ed alla loro capacità di interpretare insieme le leggi e la realtà politica.

È per questo che Grippo — mentre suggerisce la creazione di un sistema repressivo efficiente, articolabile e scientificamente accettabile — si fa scudo, sul fronte dei giuristi più conservatori e meno avveduti (31), delle parole di Carrara e Nelli, membri della sottocommissione che relazionò sul progetto Vigliani: « Una nazione forte, libera e civile, quale è l'Italia — si riconosce lo stile di Carrara — deve riposare sulle sue basi naturali e non cercare, senza evidente necessità, una artificiale o fatale difesa nei processi di Stato. Il martirio politico ha sempre preparato la caduta degli Stati » (32).

2. È indicativo il modo con cui « l'illustre professor Pessina » affronta, pochi anni dopo, la questione dei reati di Stato (33).

Apparentemente egli non mostra di spostare di molto i termini nei quali si era mosso, per esempio, un Mecacci. Certo, non si limita a registrare passivamente la screditata articolazione che

---

(31) Tra questi, l'autore di un progetto di codice penale che ad un certo punto (prog. Zuppetta, art. 257, nel titolo « Dei misfatti che tendono a sconvolgere lo Stato ») arrivava ad identificare pienamente la personalità dello Stato nei beni delle classi proprietarie, spingendosi poi a considerarla vulnerata dalla sola *cospirazione* intesa a « depredare o devastare » quei beni. « La cospirazione — recitava l'articolo proposto da Zuppetta — intesa a suscitare la guerra civile tra popolazione e popolazione, o tra le varie frazioni di una medesima popolazione — ovvero a fare strage di una data classe di persone — ovvero a *depredare, o devastare,* le proprietà dello Stato, o le proprietà di un dato Comune, o *le proprietà di una data classe di persone,* è punita: 1. Colla prigionia da sei a dieci anni, e coll'ammenda da sessanta a cento scudi, se mira alla guerra civile o alla strage. 2. Colla prigionia da tre a cinque anni, e coll'ammenda da trenta a cinquanta scudi, se mira alla depredazione o alla devastazione ». Cfr. P. GRIPPO, *Dei reati di guerra civile,* cit., p. 587.

(32) La Commissione istituita dal Ministro Mancini per rivedere il progetto Vigliani si articolò in sottocommissioni. Carrara e Nelli fecero parte di quella che si occupò, tra l'altro, del titolo I, libro II del codice progettato. Il passo della relazione ricordato nel testo è ripreso dalla citazione che ne fa P. GRIPPO, *Dei reati di guerra civile,* cit., p. 595.

(33) Il vol. III degli *Elementi di diritto penale,* Napoli, 1885, è interamente dedicato, per l'appunto, al Capo III (*De' reati contro il diritto di Stato*) delle *Dottrine speciali sui singoli reati,* la cui trattazione inizia nel vol. II.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

era stata del diritto comune, e non distingue i reati per *capita*, a seconda del loro diretto o indiretto effetto.

Opera una « tedesca » classificazione dello Stato come « persona » e come « attività » e divide « la trattazione dei reati contro lo Stato in due grandi categorie, cioè reati contro la persona dello Stato e reati contro l'attività giuridica dello stesso » (34). Risultato, un elenco che — per certe voci — sembra andare anche al di là di quello già sproporzionato del Mecacci (35).

Ma non bisogna fermarsi a questo aspetto del « sistema » di Pessina. Non si deve dimenticare, per esempio, che gioca un peso considerevole, in questo tipo di contributi, la vigenza di un codice come quello sardo del 1859, che è in tutto l'erede del vecchio sistema del crimenlese; ma soprattutto non va sottovalutato il fatto che il Pessina, sostenitore di una ben precisa « teoria giuridica », tenta una sua via di controllo teorico-dogmatico del meccanismo di repressione politica in cui si risolve il sistema dei reati di Stato.

Il fine, ma anche il mezzo che egli si propone, è quello di una sorta di *Kampf um's Recht*, nel quale lo Stato da una parte e il cittadino dall'altra non rinunciano a difendere l'uno la propria integra esistenza e l'altro i propri diritti di libertà. È lo svolgersi stesso di questa dialettica che, per Enrico Pessina, realizza insieme l'esistenza dello Stato, il rafforzamento delle istituzioni ed

---

(34) E. PESSINA, *Elementi*, III, cit., p. 3.

(35) Pessina distingue i « Reati contro la personalità dello Stato » in tre ordini: la *lesa nazione*, l'*insurrezione contro le istituzioni fondamentali dello Stato* e l'*aggressione al Capo dello Stato*; la sub-articolazione di questi tre ordini corrisponde poi, tutto sommato, a quella del titolo I, libro II del codice del 1859.

Quanto ai « Reati che attaccano lo Stato nella sua attività giuridica », egli li distingue in sei gruppi: 1. « Reati contro la libertà politica e segnatamente contro il diritto elettorale ». 2. « L'abuso del pubblico ufficio » (con particolare riguardo a malversazione, corruzione, concussione, esercizio illegale ed arbitrario del potere). 3. « Lesione dello Stato nella sua autorità » (violenza contro l'autorità pubblica, violazione della pubblica custodia, usurpazione del potere, disobbedienza punibile, e « vendita di fumo », intesa come millantato credito, perpetrato coinvolgendo la pubblica amministrazione e per ingannare il prossimo). 4. « La violazione della fede pubblica e i reati di falso » (falso nummario, negli emblemi, nelle scritture e falso giudiciale). 5. « La violazione dell'ordine pubblico » (esercizio arbitrario delle proprie ragioni, duello). 6. « La violazione della pubblica quiete » (associazione di malfattori, reati relativi alle armi, provocazione ai reati).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il diritto che i consociati hanno di promuovere e conseguire, senza l'uso della violenza, la riforma degli ordinamenti.

È il *diritto* che deve prevalere, dice Pessina, e sta al diritto costituire il criterio orientativo dell'attività dello Stato e dei singoli.

Così, se vi deve essere una componente di antiguridicità nel fatto del cittadino che si oppone allo Stato ([36]), tuttavia essa non può essere rigidamente fissata, perchè

> v'ha momenti nella storia della civiltà in cui non solo è lecito, ma doveroso, il prendere le armi contro il potere sociale che tradisce la sua missione, e la rivoluzione diventa una delle necessità imprescindibili per un popolo oppresso che debbe sollevarsi a dignità di nazione, sia espellendo dominatori stranieri, sia scotendo il giogo di interna tirannide che calpesta *le norme più sacrosante del Diritto*. Di qui si deriva *certa elasticità di valutazione* sulla natura e sulle condizioni di reità intrinseca nei reati di Stato ([37]).

Se, da un lato, la legittima aspirazione dei cittadini « alle innovazioni miglioratrici degli istituti sociali » deve cercare la sua attuazione « nella forma pacifica della libera discussione e propagazione delle idee » (pag. 8), dall'altro la persecuzione del dissenso violento non deve essere mossa « dal puro interesse del

---

([36]) Anche Pessina paga quella sorta di pedaggio che stava nel contrastare preliminarmente le opinioni del Carrara ogni volta che ci si poneva a discutere dei reati di Stato.

C'è da dire che forse per il rispetto dovuto al Maestro, ma anche per non scendere a polemiche imbarazzanti dal punto di vista scientifico, egli non nomina neanche l'autore del *Programma*. Si limita a dire che « l'indole propria dei reati contro lo Stato, per lo scopo, che di sovente li informa, di immutare gli ordinamenti politici e sociali non pure dié luogo a considerazioni speciali, ma fece persino dubitare che avessero intrinseca reità giuridica; il che fu naturale reazione allo abuso di una eccessiva tendenza della quale parteciparono parecchi governi (sieno monarchici sieno popolari) di considerarli come gravissimi tra' reati, di mirare nella loro punizione a preservare sé medesimi, a prevenire col terrore più che a punire » (*Elementi*, III, cit., p. 6).

Poco più in là (p. 8), pronunciandosi meglio, giudicherà « esagerata concezione » quella « della niuna incriminabilità intrinseca del reato contro lo Stato nella sua sovranità ». Resta il silenzio su Carrara, ma si chiarisce l'opinione di Pessina.

([37]) E. PESSINA, *Elementi*, III, cit., p. 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potere sociale alla propria conservazione, ma bensì dalle esigenze stesse del *Diritto* ».

Bisogna evitare le secche della non perseguibilità del dissenso politico attivo, ma allo stesso tempo non si deve cedere alla tentazione di « prevenire col terrore » ogni manifestazione di opposizione, abbandonandosi al timore delle sue degenerazioni:

> v'è una via razionale, che è quella di considerare come reati alcuni fatti sottraendone la valutazione all'arbitrio del potere sociale, e *segnatamente d'incriminare in nome della giustizia sociale, e senza conculcare le norme fondamentali della medesima,* ogni *violenta* aggressione alle istituzioni fondamentali dello Stato... ([38]).

Il disegno ci sembra chiaro: si esige dallo Stato, o meglio dalla classe politica che lo dirige, un tipo di intervento strettamente legalitario. Occorrono, dice Pessina, chiarezza nell'indicazione delle fattispecie, duttilità nell'applicarle, rispetto dei fondamenti liberali dell'ordinamento, clemenza nel comminare le pene (« perchè di rado avviene che incorrano in siffatti reati uomini di animo perverso »), particolari accorgimenti processuali (« è necessario per essi l'intervento del giurì, anche quando si dubiti della bontà e dell'opportunità di siffatta istituzione sotto l'aspetto giudiciale » ([39])) e — come accorgimento generale — il ripudio del me-

([38]) E. PESSINA, *Elementi*, III, cit., p. 8.

([39]) E. PESSINA, *Elementi*, III, cit., p. 22, dove si dice, tra l'altro, che « Di rincontro alle tendenze ostinate dello spirito reazionario che fan considerare le leggi punitrici dei reati di Stato come dettate da quel bisogno di difesa del potere sociale che fa assegnamento sul principio del terrore, i cultori della scienza e i legislatori riconobbero che una riforma era necessaria, che assai problematica era la intrinseca reità di vari fatti tuttora incriminati, e severamente puniti, e che (come disse il Guizot) l'immoralità dei reati politici non è così chiara né così immutabile come quella dei reati comuni, ma è invece attraversata di continuo ed offuscata dalla necessità delle cose umane, e varia secondo i tempi, gli avvenimenti e i diritti e i meriti del potere sociale. Onde non si pone più in dubbio alcuni postulati, e questi sono: 1° che i reati di Stato puramente politici non sono da punire con l'estremo supplizio anche quando si riconosca legittima questa pena per altri reati; 2° che è necessario per essi l'intervento del giurì anche quando si dubiti della bontà e dell'opportunità di siffatta instituzione sotto l'aspetto giudiciale; 3° che non si debba negare l'asilo dei potentati ai profughi per incriminazione politica, onde non si pretende né si concede estradizione per reati politici né per reati comuni connessi co' politici; 4° che pene di genere diverso da

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

todo della *prevenzione*, che è colmo di rischi per uno Stato che vuole restare nella legalità (40), con la conseguente scelta di quello della *repressione* dei reati « secondo che la legge li ha previsti » (41).

---

quelle che cadono su' reati comuni debbono colpire i reati di Stato, perché di rado avviene che incorrano in siffatti reati uomini di animo perverso; e sovente l'eccesso di certe convinzioni morali e sociali può sospingere l'uomo a commetterli credendo con ciò di adempiere uno dei più importanti doveri della vita ».

(40) In coerenza con la fiducia espressa nello Stato liberale e nella sua capacità di eliminare le opposizioni radicali rimuovendo le loro cause economiche e sociali, egli propugna un tipo *non poliziesco ma politico*, il senso largo, di « prevenzione »:

« Ed ottimo mezzo di antivedere le scosse violente si è quello per appunto di adempiere fedelmente il proprio mandato, di seguire i consigli della pubblica opinione sulla opportunità di taluni innovamenti sociali, e di mantenersi nell'altezza della propria posizione più con l'autorità morale che con l'uso della forza materiale. Le bieche macchinazioni degli irrequieti, in cui lo *studium novarum rerum* è alimentato da interessi o passioni individuali non satisfatte, debbono trovare un ostacolo non pure nella vigile azione preventrice di un governo oculato e solerte, ma anche nella coscienza pubblica; ed il seguir questa è il mezzo più efficace di preservazione dalle scosse violente. In questo senso ogni governo intelligente ha non solo il diritto, ma il debito di usare tutti i mezzi che la legge gli attribuisce per prevenire i disordini sociali, e con essi quella rivoluzione permanente che paralizza tutte le forze della nazione e mantiene gli animi in una agitazione perenne, nociva ai legittimi interessi degli individui e della società » (*Elementi*, III, cit., pp. 8-9).

(41) Pessina affida questi princìpi ad una precisa elencazione messa in particolare evidenza nel corso della sua esposizione. Crediamo sia bene riportarla qui per intero:

« dalle lucubrazioni odierne — egli scrive — di parecchi pubblicisti, che nell'amore della libertà non perdono di vista le supreme esigenze del principio dell'ordine sociale, si raccolgono parecchi moniti intorno ai reati di Stato.

1°. La legge relativa ai reati di Stato deve dall'un canto porgere allo Stato i mezzi sufficienti per combattere gli sforzi dei nemici dell'ordine sociale, e deve dall'altro proteggere la libertà determinando, con precisione *che salvi dall'arbitrio del potere*, la nozione giuridica di siffatti reati. (...)

3°. Bisogna limitarsi a punire espressamente come reati di Stato quei fatti che sono pericolosi per la sua esistenza e contengono una aggressione per attuare in modo violento il sovvertimento delle condizioni esistenti; perchè l'elemento essenziale dell'incriminazione sta nell'operare indirizzato da animo ostile o contro la vita nazionale o contro i fondamenti della vita interna dello Stato, o contro la vita o la libertà del Capo dello Stato.

4°. La legge non deve incriminare né i mezzi adoperati *per rischiarare e convincere le menti, né l'esercizio della libertà nel pensiero o nella parola o nelle riu-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Bisogna dare subito a questi accenti il valore che essi hanno. Intanto appare evidente che l'autore sta ponendo con forza l'esigenza di un codice penale nuovo che assuma e traduca in pratica quei « principi razionali »; lo stesso modo apertamente didattico dell'esposizione ci fa pensare ad un Pessina preoccupato di offrire al legislatore uno schema operativo pratico e chiaro, direttamente utilizzabile in quel lavoro parlamentare nel quale Pessina stesso era, del resto, pienamente impegnato (42).

---

nioni ed associazioni, quando non si adoperano mezzi materiali violenti nei quali soli può apparire la violenta aggressione alla personalità giuridica dello Stato.

5°. La legge deve valutare le diverse gradazioni dei fatti incriminabili come reati di Stato, e tener conto di tutte le circostanze che ne accrescono o diminuiscono la intensità sia dal lato obbiettivo sia dal lato subbiettivo. E non solo bisogna in ciò seguire minutamente tutte le gradazioni del conato e della partecipazione, senza venir meno alle norme razionali del non costruire responsabilità eccezionali di concorso negativo o con atti posteriori al reato, ma bisogna punire come reati *sui generis* i singoli fatti di preparazione o conato anche remoto, quando per sé stessi siano tali da esporre lo Stato a grave pericolo ». (E. PESSINA, *Elementi*, III, cit., pp. 9-10). Sul seguito assai relativo che ebbero gli avvertimenti di Pessina, almeno per quanto riguarda la libertà di espressione, si può ora vedere la lucida ricostruzione di C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, p. 26 ss.

(42) Enrico Pessina fu uno degli uomini politici più in vista del suo tempo. Ministro guardasigilli già nel 1885 in un ministero Depretis, Pessina presenta fin da quella data alcune modificazioni al progetto Zanardelli-Savelli del maggio e novembre 1883 (cfr. *Modificazioni proposte alla Commissione eletta dalla Camera dei Deputati... dal Ministro Pessina*, Roma, 1885). Ancora prima era stato membro della Commissione ministeriale formata nel 1876 per esaminare il c.d. « Progetto Senatorio » del codice, preparato nel maggio del 1875 a parziale modificazione del progetto Vigliani: fu proprio quella commissione, con Pessina tra i più attivi, a togliere dal codice i reati di stampa (cfr. *Processi verbali ed emendamenti relativi al libro secondo del progetto di codice penale*, Roma, 1878, verbale 24 e introduz., vol. I, pp. 132-33).

Nella stretta finale che doveva portare all'approvazione del codice Zanardelli, risultato di tutto il lunghissimo lavoro legislativo precedente (cfr. per tutti, B. PAOLI, *Esposizione storica e scientifica dei lavori di preparazione del codice penale italiano dal 1866 al 1884*, Firenze, 1884), Pessina ebbe l'incarico di relazionare al Senato sul I libro del progetto definitivo, nel novembre dell'88. Quindi fu membro della Commissione incaricata di proporre le modificazioni da introdurre nel testo del codice penale — uscito dal voto dell'88 — le norme transitorie e quelle per l'attuazione. C'è da dire però che, controllando i nomi dei partecipanti a ciascuna seduta, abbiamo constatato che Pessina non fu mai presente a quelle in cui vennero discussi, per esempio, i titoli I e V del libro secondo.

La sua presenza parlamentare, strettamente collegata alla linea di Zanar-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Una seconda osservazione riguarda invece la strategia giuridica che la sua impostazione lascia intravedere.

Non sarà inutile, a questo proposito, tenere presente anche quanto il Nostro ebbe a dire, proporre e sostenere nel suo impegno parlamentare: ne uscirà la figura omogenea di un uomo di primo piano, interprete abile delle necessità dell'ordine sociale (abile al punto di essere spesso più avanti, o troppo sottile, rispetto alle esigenze contingenti del sistema), deciso a difendere ed imporre quelli che gli sembrano i cardini decisivi di un ordinamento efficiente e garantista allo stesso tempo.

La preoccupazione di trasferire nel codice i principi di un liberalismo illuminato, traspare dalla difesa che egli fa dell'abolizione della pena di morte, del carattere (anche rieducativo) che deve avere la pena, della necessità che la difesa dello Stato non pregiudichi i diritti fondamentali dei cittadini.

Il suo discorso per l'approvazione in Senato del progetto Zanardelli esordisce non a caso con uno studiato richiamo alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ([43]).

Tutto si tiene nel suo disegno strategico. Rintuzza le accuse di chi considera il codice troppo astratto ed ideologico ([44]), ri-

---

delli, fu sempre improntata a spirito liberale ed anticonservatore. Oltre alla battaglia per l'abolizione dei reati d'opinione e di stampa, alla quale abbiamo fatto cenno, fu notevole il suo impegno contro il mantenimento della pena di morte (cfr., tra l'altro, i suoi scritti *Dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX*, Firenze, 1868, p. 165 ss. e *Appunti intorno al nuovo schema di codice penale per il Regno d'Italia e lezioni sulla pena di morte*, Napoli, 1875). Anche il Pessina ministro non venne meno alla linea liberale del Pessina parlamentare: basti fare riferimento agli episodi ricordati da G. Neppi Modona, *Sciopero*, cit., pp. 25-26 (con documenti a p. 360 ss.), che mostrano un Pessina non disposto a seguire la linea forte di Depretis, Presidente del Consiglio e Ministro degli interni, nell'occasione degli scioperi agrari del mantovano.

([43]) Il *Discorso*, tenuto nella tornata del 16 novembre 1888, è pubblicato in *Lavori parlamentari del nuovo Codice penale italiano. Discussione al Senato (dall'8 al 17 novembre 1888)*, Torino, 1889, pp. 237-260.

([44]) *Discorso 16 novembre 1888*, in *Lavori parlamentari*, cit., p. 239: « Questo codice disse l'onorevole Senatore Vitelleschi, è opera di uomini teoretici, di ideologi, è fatto per tutt'altro popolo che il popolo italiano; esce da un mondo di astrazioni scientifiche; non s'ispira alle esigenze pratiche; non avvisa la realtà vera delle cose, ma l'ipotesi. Io comprendo che i Codici e le leggi si fanno per i popoli, e vi assento; comprendo che l'esperienza attinta in una molteplice serie di fatti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sponde a chi lo considera pericolosamente arrendevole e permissivo ([45]), si batte contro la deportazione, per « l'incremento della vita interiore dei reclusi » ([46]), difende il ruolo dei giudici, e lo spazio di intervento che il codice assicura loro ([47]).

Si muove, cioè, lungo la trama di una ben decifrabile ipotesi che si riallaccia alle stesse cose che in quegli anni egli sosteneva anche nello specifico dei reati di Stato.

È in coerenza con quell'ipotesi la fermezza con cui difende la libertà di pensiero e la sua espressione, quella di associazione

---

deve essere guida ai facitori delle leggi; ma intendo pure che senza il lume di teoriche generali, nell'immenso pelago della molteplicità dei fatti, l'intelletto si smarrisce senza poter nulla raggruppare e, credendo di avere la luce, permane nelle tenebre. Coloro che fanno le leggi debbono dall'un canto avere nella mente principii razionali, e dall'altro consultare i bisogni, le condizioni, la storia del popolo per cui le leggi sono destinate ».

([45]) *Discorso 16 novembre 1888*, in *Lavori parlamentari*, cit., pp. 240, 241, 248; « Né qui si arresta la filippica, ma viene la più grave delle accuse. La vera nota di incriminazione sta in questo, che il Codice che vi si presenta carezza lo scellerato, e con ciò espone a maggior pericolo la vita degli onesti, e minaccia di sconvolgere la forza nazionale del paese, minaccia di sconvolgere tutta la compagine dell'organismo amministrativo, e farà deridere l'Italia dalle grandi nazioni (p. 241)... Ma noi crediamo aver dimostrato, non per via di astrattezze e di ipotesi, ma con la logica dei fatti, che la minaccia della pena di morte scritta nella legge, anche quando divenga seriissima per il frequente numero delle esecuzioni di condanne capitali, non esercita una vera efficacia intimidatrice per trattenere il braccio dell'assassino. (...)

E votiamo l'abolizione del patibolo. Ma che cosa surroghiamo per rassicurare gli animi preoccupati dell'avvenire? A questa domanda risponde il Codice, che voi voterete, con un argomento di più per l'abolizione; imperocché, la pena, che noi troviamo ivi surrogata, vi rappresenta davvero l'incruenta eliminazione del grande malfattore dal consorzio sociale. Essa rassicura forse assai più che la pena di morte; imperocché non solo la nota di codesta pena è la perpetuità, ma il Codice ha cercato di accumulare sovr'essa altri elementi di rigore » (p. 248).

E per rabbonire i critici della permissività aveva cercato (così come aveva infoschito l'ergastolo per consolare i « vedovi del massimo supplizio ») di mostrare quanto era stata ampliata la « cerchia delle azioni incriminabili » (p. 240).

([46]) Cfr. E. PESSINA, *Discorso 16 novembre 1888*, in *Lavori parlamentari*, cit., pp. 253-54 e la precedente *Relazione al Senato del 22 ottobre 1888*, in *Atti del Senato del Regno* (Legislatura XVI, sessione 2ª), n. 96-A, pp. 23-27.

([47]) E. PESSINA, *Discorso 16 novembre 1888*, in *Lavori pralamentari*, cit., spc. § XV, pp. 255-56.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e di riunione ([48]), esprimendosi talvolta in modo molto esplicito, quasi pensasse apertamente a certe tendenze dell'esecutivo, a certe prevaricazioni poliziesche o a certi abusi interpretativi del potere giudiziario:

> La *cospirazione* non è da confondersi col *partito politico*. I partiti sono la vita stessa delle società civili, perchè costituiscono incarnate in moltissimi viventi le varie convinzioni, della cui coesistenza si nutre la libertà medesima, e dal combattimento delle quali emerge come forza risultante quella che genera un movimento di progresso da non distruggere, e di conservazione da non pietrificare la società stessa. Coloro che appartengono ad un partito vogliono il trionfo della loro idea; ma si limitano a volere a tal uopo che la loro idea divenga convincimento generale ([49]).

Queste impostazioni cercano di invertire, o almeno di arrestare la tendenza delle istituzioni a difendersi col mezzo giuridico quasi usandolo come avamposto lontano, e quindi rassicurante, della cittadella del potere.

In pratica, i loro limiti intrinseci, uniti a quelli creati dalla realtà oggettiva del sistema e dalle altre variabili istituzionali di esso — magistratura e polizia (esercito...) ([50]), in primo luogo

---

([48]) E. PESSINA, *Elementi*, III, cit., p. 10.

([49]) E. PESSINA, *Elementi*, III, cit., p. 31.

([50]) Si è giustamente osservato che :« ... fino alla prima guerra mondiale compresa, è ancora l'esercito la forza principale dell'attacco armato dello Stato borghese contro le masse proletarie. Protagoniste dell'occupazione militare della Sicilia furono le truppe, così come furono le truppe lo strumento precipuo della feroce repressione del brigantaggio; lo sfondamento, le azioni più difficili, gli assalti, erano sempre riservati all'esercito, PS e guardia nazionale subentrando per lo più in un secondo tempo, quello del consolidamento dell'ottenuto successo, del mantenimento dell'ordine raggiunto, dell'arresto dei « caporioni » o della loro eliminazione fisica...

Un ruolo particolare era quello svolto dall'arma dei carabinieri, che in quanto arma dell'esercito e forza di polizia, costituiva il tramite tra l'un settore e l'altro, assumendo ora la veste di forza d'assalto (nella lotta al brigantaggio l'apporto dei carabinieri fu determinante, anche in fatto di crudeltà e di violenze), ora quella di forza di controllo...

Un posto fondamentale, il suo, comunque, nell'organizzazione e nell'esecuzione del complessivo disegno di difesa-attacco delle classi al potere contro le classi sottoposte, che avrebbe portato, nel 1871, Silvio Spaventa a esclamare, con l'orgoglio dell'autoritarismo convinto di se stesso, « lo Stato è il Carabiniere ».

Sorge l'iconografia cosiddetta popolare del carabiniere, figlio del popolo,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— costituiscono un ostacolo insormontabile; per cui posizioni come quella di Pessina vengono prodotte quale testimonianza di una ideologia liberale innalzata come un vessillo, oppure quale indizio della contraddizione tra i princìpi fondamentali dello Stato e la sua azione quotidiana. Oppure, nella più cinica delle ipotesi, posizioni come quella di Pessina vengono strumentalizzate in un premeditato gioco delle parti, nel quale « l'illustre professore » eleva richiami all'ordine legalitario, mentre « l'onorevole ministro » dispone che « il solerte funzionario » badi assai più a prevenire che a reprimere, assicurandogli per vie non sempre evidenti e raramente confessabili, la copertura giudiziaria degli eccessi, degli abusi, delle provocazioni e persino dei delitti.

I limiti di un discorso pur lucido ed autorevole come quello del grande giurista napoletano sono sostanzialmente tre.

Il primo sta nella frattura esistente tra le sue proposizioni (adatte ad una società matura, già assestata e priva di acuti conflitti sociali) e la realtà economica e sociale dell'Italia degli anni ottanta e novanta: la stessa permanenza nel codice dell'89 di una ideologia da proprietari terrieri ([51]), si scontra con gli interessi dell'Italia che conta — o che comincia a contare — e fa di quel codice un codice vecchio già nel suo primo giorno di vita.

Il secondo, omogeneo al primo, sta nella sottovalutazione (rispetto al fine della conservazione dell'ordine sociale) del dissenso ideologico di gruppi o classi organizzate politicamente: il fatto di non aver colto in certi movimenti di pensiero la carica di autentica alternativa di cui erano portatori, conduce uomini come Pessina a proteggere penalmente la struttura materiale — diremmo quasi « fisica » — del potere, colpendo soltanto le manifestazioni *violente* del dissenso.

---

protettore dei deboli, difensore della società, persecutore implacabile dei malvagi » (A. D'Orsi, *Il potere repressivo. La Polizia. Le forze dell'ordine italiano*, Milano, 1972, pp. 12-13).

([51]) È abbastanza agevole, crediamo, applicare al codice Zanardelli — con qualche aggiustamento ed un minimo di avvertenza storica — il tipo di analisi svolta da G. Neppi Modona, *Carcere e società civile dall'Unità a Giolitti*, in *Rivista di storia contemporanea*, I (1972), p. 353 ss., a proposito di quello del 1859, provvisto di un « carattere rigorosamente classista » ed ispirato alla « tutela del principio individualistico della proprietà agraria ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'esperienza mostrerà come, apparso chiaro il pericolo proveniente anche dalla *sola esistenza* di un'ideologia *organizzata* di contestazione radicale, il potere sarà costretto a forzare i limiti garantisti del codice, chiamando a raccolta magistratura e legislazione speciale.

Il terzo investe proprio il ruolo decisivo e nettamente prevaricatorio giocato dalla magistratura nella sua opera di interpretazione involutiva, svolta di concerto con il potere esecutivo o direttamente per suo incarico. Il potere giudiziario operò una vera e propria palingenesi giurisprudenziale, in senso autoritario, di quel codice che molti tra i protagonisti della sua formazione avevano voluto, certo con un po' di enfasi, « come monumento di civiltà giuridica » (52).

Il non aver valutato in concreto questa variabile (o l'averla realisticamente scontata, quale momento del gioco delle parti, in una strategia di alternanza tra *cheks* repressivi e *balances* legalitarie) portò alla vanificazione sostanziale del delicato edificio al quale Pessina aveva portato un contributo decisivo. E se pure bisogna dargli atto della sua estraneità ad ogni calcolo maligno ed astuto (se, cioè, bisogna escludere in modo chiaro e deciso che egli sia stato parte cosciente di un cinico *jeu des dupes*, volto a dipingere di probità giuridica un ordinamento ben altrimenti autoritario e prevaricatore), bisogna pur dire che esiste una logica nei sistemi politici capace di integrare in essi anche i momenti del (parziale) dissenso teorico. Integrazione che può avvenire trasformando il dissenso in copertura, o rovesciandolo — con adeguate operazioni ideologiche — in un fatto di autentica connivenza.

Vogliamo dire, più semplicemente, che gli appelli alla legalità ed alla correttezza contenuti nell'opera di Enrico Pessina, divenuti (attraverso una serie di compromessi) norma codificata, e mandati ad operare nella prassi quotidiana dello scontro tra il potere costituito e i suoi antagonisti, vengono necessariamente risucchiati in una spirale logica che non può non giocare ad esclusivo vantaggio degli equilibri esistenti: una sorta di « logica del Re di

(52) E. PESSINA, *Relazione, 22 ottobre 1888*, in *Atti del Senato del Regno*, cit., p. 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Prussia », in forza della quale anche quelli che sembrano avversarlo, nella misura in cui si mantengono al di qua di certi limiti, finiscono per lavorare per lui.

3. Possiamo riprendere in questo punto un discorso che si sarebbe dovuto fare, a rigore, all'inizio di questo capitolo.

È il discorso sul valore e sul peso del *rifiuto* di Francesco Carrara di « esporre la classe dei delitti politici ».

Noi crediamo che Carrara avesse intuito la presenza di quella « logica del Re di Prussia » di cui parlavamo qui sopra. Aveva capito, e del resto lo dice chiaramente, che entrare nel merito dei delitti politici, discutere i limiti della loro persecuzione, chiedere garanzie o domandare clemenze particolari, lo avrebbe portato lungo un pendìo molto sdrucciolevole, in fondo al quale avrebbe inevitabilmente trovato il fatale punto di crisi dello Stato liberale e della sua natura di Stato di diritto.

La *façade of justification* che egli presenta per sottrarsi al meccanismo che teme è, tuttavia, quella della non assoggettabilità al « giure penale » ed ai suoi « princìpi assoluti » di quel reato politico che altro non è per lui, se non il risultato della « prevalenza dei partiti e delle forze » (53).

Le sue motivazioni non sono quindi « politiche » (intendiamoci: non potevano esserlo), ma legate ad una concezione quasi scientifico-religiosa (o razional-illuministica) del diritto, in base alla quale il giurista si occupa solo del « vero », e deve evitare di « sudare per costruire una tela giuridica che sempre sarà rotta o dalla spada o dal cannone » (54). Sono parole celebri, e peseranno

(53) F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca², 1871, vol. VII, § 3926, p. 627. Come abbiamo già ricordato, la prima stesura di questa parte del *Programma* risale al 1870. Essa si conclude proprio con il § 3940, ultimo della *classe ottava* dei *delitti sociali*, dedicata, per l'appunto, ai *delitti politici*.

(54) F. CARRARA, *Programma*, VII, cit., § 3927, p. 628. E nel § 3939, a p. 635 ss. (ci sia consentito riportare qui parole pur ormai notissime, se non altro per un omaggio all'impareggiabile stile del grande lucchese) egli riafferma che: « La esposizione dei reati politici non può essere che una *storia*; e come semplice storia era inutile che io vi consacrassi un altro volume, quando è materia della quale sono piene le biblioteche. Come dottrina filosofica io mi sono convinto che il giure penale è impotente: che esso non sarà mai l'arbitro delle sorti di un uomo al quale applaude una parte ed impreca l'altra, senza che la così detta ragione punitiva

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

molto — senza però arrestarne del tutto l'opera — sulla dottrina successiva. Avevano però anch'esse un loro grave limite.

Il *rifiuto*, è vero, esprime un atteggiamento radicale, capace di scindere le responsabilità dei giuristi da quelle del potere politico repressivo; con esso si smascherano le vere ragioni dell'operato dei governi, si mostra come essi usino le leggi quale strumento per una battaglia di parte; con il rifiuto si toglie al potere la copertura dei dotti e, soprattutto, lo scudo della « scienza », della sua neutralità e della sua capacità di avallare (quasi di « purificare ») le spregiudicate operazioni con le quali, facendo un uso poliziesco del diritto, il potere stesso riesce a mantenersi in sella.

Ma il rifiuto, operato dall'alto di un aristocratico liberalismo, detto con sdegnosa decisione dal culmine di una torre d'avorio, lascia le cose come stanno e condanna il suo isolato autore ad un inutile ruolo di eccentricità.

Francesco Carrara, latore, in questo tema, di un'idea astratta del diritto, si muove a contestare un'idea astratta dello Stato.

Il suo rifiuto salva, probabilmente, il mirabile equilibrio della sua costruzione penalistica, ma non può impedire — e lui lo sa — che i codici continuino a contenere il titolo I del libro II, che si votino leggi speciali, che i giudici si facciano strumenti della ragion di stato (anche di quella più contingente e *bursalis*) o che i prefetti, o i questori, concentrino nel loro operato tutta l'arroganza del potere e delle sue illegalità.

Del resto, il Carrara del vol. VII del *Programma* non è il Carrara, tanto per fare un solo esempio, delle commissioni parlamentari ([55]). Egli stesso testimoniava, con la sua opera, della scissione

---

si possa fare arbitra del vero fra quel plauso e quelle imprecazioni. Dirò la ultima parola; io mi sono sventuratamente convinto che politica e giustizia non nacquero sorelle; e che nel tema dei così detti reati contro la sicurezza dello Stato, così interna come esterna, non esiste diritto penale filosofico; laonde come nella pratica applicazione la politica impone sempre silenzio al criminalista così, nel campo della teoria gli mostra la inutilità delle sue speculazioni e lo consiglia a tacere ».

([55]) Il Carrara fece parte della Commissione Marzucchi (nominato dal Ministro) che esaminò, a partire dal 3 febbraio 1868 il progetto De Falco (del 1866) ed il controprogetto Ambrosoli-Arabia-Tolomei-Paoli (cfr. F. CARRARA, *Sul nuovo progetto (1866) del Codice penale italiano*, Pisa, 1866, poi in *Opuscoli di diritto criminale*, II, Lucca, 1870, opusc. XVII.2, pp. 265-310, e quindi *Il Progetto del Co-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che esiste, a tutto vantaggio della seconda, tra un *savant* aristocratico ed isolato e la *force des choses*.

Al rifiuto espresso nel *Programma* fa seguito un impegno nel concreto che lo porta ad accettare compromessi, ad occuparsi *anche* di reati politici e nel modo più diretto: mettendo mano a costruire un codice.

Più di una volta egli scende a dettagliare problemi di diritto penale politico anche nel suo ulteriore lavoro dottrinale; più di una volta interviene su questioni che legano il diritto penale alla politica, e sempre applicando quella distinzione tra momento teorico e momento pratico — tra cattedra e legge positiva — che rappresenta una delle caratteristiche di fondo della sua « filosofia penale » ([56]).

Tuttavia, gli interventi di Francesco Carrara non si legano quasi mai in modo passivo o — come quelli di altri — in modo complice, alle esigenze immediate del potere politico.

I suoi appaiono piuttosto come interventi critici, spine nel fianco della prassi di governo, pulci nelle orecchie di una dottrina niente affatto libera dai condizionamenti di quella particolare ragion di stato che è costituita dall'insieme delle « ragioni » delle classi dirigenti da un lato e del sistema sociale dall'altro.

Così è certamente « atipico » il suo intervento sulla *immoralità del carcere preventivo* ([57]), ed è sicuramente « antagonista »

---

dice penale e di polizia punitiva pel Regno d'Italia, Firenze, 1870, vol. I, verbale 56); poi, anche della Commissione ministeriale che si occupò del progetto Vigliani (ed in particolare proprio del libro secondo di esso): cfr. F. CARRARA, *Pensieri sul progetto di Codice penale italiano del 1874*, Lucca [3], 1878 (che contiene riferimenti anche al progetto della Commissione Mancini del 1877), e *Osservazioni e proposte di emendamenti delle Sottocommissioni... sul secondo libro del Progetto di Codice penale*, Roma, 1877. C'è da aggiungere che già nel 1866 aveva presentato, richiestone, un « toglio di lavoro » alla Commissione ministeriale che si occupava del progetto del 1865: cfr. F. CARRARA, *Sul 1° titolo del nuovo progetto (1865) del Codice penale italiano*, Pisa, 1866, ora in *Opuscoli*, cit., opusc. XVII.1, pp. 233-264.

([56]) Si leggano, a questo proposito, le precise annotazioni di A. BARATTA, *Filosofia e diritto penale. Note su alcuni aspetti dello sviluppo del pensiero penalistico in Italia da Beccaria ai nostri giorni*, in *Riv. Internaz. di Filos. del Diritto*, XLIX (1972), p. 34 ss.

([57]) Cfr. F. CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, (1872), raccolto in *Opuscoli di diritto criminale*, IV, Lucca, 1874, pp. 297-305.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(oltre che sorprendentemente lucido e « moderno ») il celebre passaggio sulla repressione degli scioperi presente nel *Programma* (58). Allo stesso modo, critico e profetico insieme suona l'avvertimento che egli rivolge ai suoi contemporanei a proposito dell'uso che si può fare delle teorie della *difesa sociale*; perchè sul termine *sociale* si accumulano equivoci, e c'è chi vi vede « la *consociazione* intera », chi « la personalità ideale che dicesi *Stato* », che però può essere personificata « in un Re, o in un Senato, in sostanza nel Governo che sovrasta la Nazione » (59): ed allora l'intenzione di difendere i cittadini come società, può consegnare terribili armi ai *governanti*, che finiscono per essere l'oggetto della tutela, ponendosi non accanto, ma contro gli altri consociati.

Sono tutte posizioni che, come quella del *rifiuto* vista sopra, costituiranno in buona misura occasione di cattiva coscienza tra

---

(58) Ci limitiamo qui a riportare i termini della utilizzazione fattane da G. NEPPI MODONA, *Sciopero*, cit., p. 8: « ... sin dal 1882 [ma in realtà si tratta dei primi anni Sessanta, ndr] [il Carrara] impostava l'argomento della punibilità degli scioperi con una lucidità ed una chiarezza che mantengono la loro attualità in occasione dell'entrata in vigore del codice Zanardelli ed illuminano con rara preveggenza il problema dei rapporti tra potere politico e magistratura riguardo ai delitti contro la libertà del lavoro.

Carrara non si limita a manifestare la sua opposizione ai sistemi che, come il codice penale sardo-italiano, incriminano con apposite norme le coalizioni e gli scioperi, ed a sostenere che per la repressione penale dei fatti delittuosi commessi in occasione degli scioperi sono più che sufficienti le norme comuni sulla violenza privata e sulla tutela della pubblica tranquillità, ma ricollega l'opposta opinione alla tendenza a confondere le attribuzioni della polizia con quelle della giustizia (« dire che lo sciopero deve punirsi per i *pericoli* emergenti da un numero di operai disoccupati non è altro che fare della polizia con la giustizia » [F. CARRARA, *Programma*, ediz. Lucca³, 1873, II, § 1622, p. 513]), criticando severamente la mentalità di quei magistrati che sovrappongono all'attività punitiva quella preventiva e fanno così opera di governo e non di giustizia ».

Sono le stesse pagine nelle quali C. scriverà (poco dopo il 1860!) che « nella coalizione dei padroni vi è qualche cosa di più crudele e tirannico che non nella coalizione degli operai ... perchè nel primo caso di getta sulla strada un numero di operai che non hanno mezzi di sussistenza ... (mentre) nella coalizione degli operai non vi è altro pericolo sociale che il momentaneo arresto della lavorazione... » (*Programma*, II, cit., § 1617, pp. 505-506).

(59) F. CARRARA, *Difesa sociale - Tutela giuridica - Empirismo e ragione*, in *Lineamenti di pratica legislativa penale esposti mediante svariate esemplificazioni*, Torino², 1882, p. 11.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

i suoi seguaci (portati piuttosto ad ignorarle che a contestarle) e motivo di imbarazzo per i suoi « superatori », sedicenti innovatori o progressisti, ma assai più arretrati, nei fatti, rispetto a lui.

Cattiva coscienza ed imbarazzi non furono però sufficienti a far pesare gli avvertimenti che venivano da Carrara nella fase legislativa concreta conclusasi con il codice dell'89.

Gli aggiustamenti ed i tentativi di mediazione di un Pessina — o dello stesso Zanardelli ([60]) — erano solo il pallido e lontano riflesso di quella grande lezione ed il legislatore italiano finì per produrre un codice certo « avanzato » — in alcune sue parti — rispetto ai tempi, ma radicalmente condizionato in senso regressivo, dal contesto istituzionale, giudiziario e politico in cui andava ad operare.

Dal canto suo la dottrina continuò per poco tempo ancora nella prassi, quasi liturgica, dell'omaggio rituale rivolto al Maestro prima di rifiutarne le idee. Carrara muore nel 1888, e sembra che

---

([60]) Bisogna dire che Giuseppe Zanardelli fu largo di richiami nei riguardi di alcune delle principali prese di posizione di Carrara in materia di reati politici. « In questa materia — diceva nella sua Relazione al re sul progetto di codice presentato nel 1887 (§ 76) — assai arduo e delicato è l'ufficio del legislatore in uno Stato civile. Imperocché, da una parte, il massimo rigore gli è imposto a difesa e tutela di ciò che forma il bene supremo di un popolo, trattandosi di assicurare non solo la costituzione politica che esso si è data e le istituzioni fondamentali che ne sono la forza e la vita, ma la sua stessa esistenza fra le nazioni. D'altro canto il legislatore non può dimenticare che *i reati politici presentano un'indole relativa e mutabile, variando secondo le umane vicissitudini, per le quali talvolta il patibolo può convertirsi in altare, il delinquente in eroe*; come non può dimenticare quanto sia *lubrico il pendio dei reati di Stato*, sì da avere condotto a rendere incriminabili le azioni più innocenti e anche meritorie, a contendere il diritto di libero esame, di lecita discussione ».

Il valore oggettivamente anti-conservatore di queste prese di posizione, e di altre simili, costò a Zanardelli più di una dura critica: « Il ministro — scriveva già nel 1878 il giornale « L'Opinione », quando Z. era ministro dell'interno — ha un esagerato concetto della libertà e restringe in troppo angusti confini l'azione della legge. Nelle sue teorie che escludono il diritto di prevenire o c'è un equivoco o c'è insigne ignoranza dei diritti e dei doveri di un governo » (cfr. A. COLETTI, *Anarchici e questori*, cit., p. 21). Sull'avversato liberalismo dello Zanardelli ministro dell'interno si può vedere C. VALLAURI, *La politica liberale di Giuseppe Zanardelli dal 1876 al 1878*, Milano, 1967.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la sua scomparsa abbia un effetto quasi liberatorio sui giuristi italiani, finalmente sbarazzati da una sorta di super-io scientifico che li costringeva a defatiganti vie traverse nella razionalizzazione tecnica del sistema repressivo.

Nessuna meraviglia quindi, se parecchi anni dopo, ma in un contesto politico drammatico e decisivo, uno dei suoi vecchi allievi (che della scuola classica aveva assunto quel ruolo di reazione e conservazione proprio non tanto della scuola stessa, quanto delle semplificazioni polemiche dei suoi avversari) poté sprezzantemente riattivarne la memoria per accusarlo di non aver voluto « sporcarsi le mani » ([61]).

Certo, Luigi Lucchini, uno dei più intransigenti ed aggressivi tra i conservatori espressi dalla penalistica italiana di questo periodo, aveva visto con chiarezza — e con il sicuro fiuto dello *chien de garde* di razza — quanto la dottrina di Carrara fosse d'aiuto, nel suo leale liberalismo, a coloro che chiedevano spazio e potere per la loro lotta contro l'assetto politico e sociale voluto dalla borghesia ([62]).

La stessa cosa avevano visto probabilmente anche coloro che nel 1889 vollero il nuovo codice del Regno e coloro che dopo il

---

([61]) L. LUCCHINI, *Delitti politici e delitti comuni*, in *Rivista penale*, LXV, (1922), p. 199.

([62]) Tutta la sua nota è tesa a dimostrare che se si tollera l'azione politica e propagandistica del socialismo si finirà in « quella colossale e paradossale turlupinatura che è il bolscevismo russo, tenuto in piedi dall'incosciente e primitiva selvatichezza delle masse e dall'audacia terroristica dei paranoici dominatori... » (pp. 201-202); e niente menava al bolscevismo — secondo Lucchini — più dell'ingenuo, ma imperdonabile, liberalismo di un Carrara. Rapida giustizia, dunque, dello Stato di diritto, del quadro statutario (pur così limitato e strumentalizzabile a fini illiberali) e delle libertà borghesi. Tempi nuovi e nuove occasioni storiche stavano maturando, e Luigi Lucchini parla — nel 1922 — il linguaggio di chi sta per vincere una partita ingaggiata quasi quarant'anni prima. Non a caso, proprio agli inizi dell'anno, nella stessa *Rivista penale* egli aveva pubblicato un suo scritto dal titolo *Il socialismo militante in Italia è un delitto comune*, documento conseguente ed estremo della sua personale ideologia e della sua adesione al fascismo che « ...tutti l'han veduto e dovuto riconoscere, non fu e non è che una rivolta degli elementi più sani e più vivi, incarnati specialmente nella fresca e ardente gioventù e ispirati dall'eroico ed epico gesto dannunziano, che salvò Fiume all'Italia, contro il disfattismo post-bellico organizzato dai socialisti... » (p. 30).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'90 ne fiancheggiarono l'uso illiberale, valorizzandone (oltre i suoi stessi limiti) il ruolo di difesa dello *status quo*: certo con minor livore rispetto al vecchio *revenant* approdato al fascismo, ma forse con miglior esito e più efficace determinazione.

4. Immediatamente a ridosso della pubblicazione, nel 1889, del nuovo codice penale, la pubblicistica sulle questioni che riguardano il diritto penale politico si infittisce sensibilmente.

Molti tra i giuristi più in vista vengono coinvolti nei lavori delle Commissioni parlamentari e partecipano alle discussioni in aula ([63]), altri mettono mano ai pareri inoltrati dalle facoltà giuridiche, altri ancora contribuiscono dall'esterno, con i loro scritti, alla formazione del codice ([64]).

La vicinanza, e poi il giungere, di una scadenza tanto decisiva, non poteva non avere alcuni effetti importanti nell'atteggiamento di fondo della dottrina penalistica.

([63]) Basterà ricordare, accanto ai Pessina, ai Vigliani, o allo stesso Zanardelli, giuristi del peso di Pasquale Stanislao Mancini (scomparso poco prima della promulgazione del codice), Emilio Brusa, Francesco Faranda, Luigi Lucchini o Giampaolo Tolomei, tutti membri della Commissione incaricata delle modifiche definitive al codice, della quale erano segretari — tra altri — Giovanni Battista Impallomeni e Gabriele Pincherle, entrambi penalisti di valore, insieme a magistrati come Vincenzo Cosenza, Gualtiero Sighele e Raffaele Perla, noti anche come studiosi impegnati nella pubblicistica dottrinale. A quella Commissione vennero aggregati anche penalisti come Francesco Saverio Arabia e Pietro Ellero, molto noti allora come oggi.

Tra i senatori della legislatura che varò il codice, abbiamo poi altri giuristi come Tancredi Canonico, Vincenzo Calenda, Giuseppe Giacomo Costa, Lorenzo Eula e Francesco Auriti, entrambi magistrati, Piero Puccioni e Stanislao A. Manfredi. Tra i deputati, Gabriele Napodano, Enrico Ferri, Pietro Nocito, Ludovico Fulci, Giorgio Curcio e molti altri minori.

([64]) Questi contributi sono richiamati espressamente anche nella documentazione che viene messa a disposizione del Parlamento nell'ultima fase di revisione del codice. Si veda, a questo proposito, tra gli atti relativi ai lavori preparatori che sono stati pubblicati, il volume recante *Proposte, voti ed osservazioni del Parlamento e dei cultori della scienza*, Roma, 1888 (abbiamo potuto consultare solo la bozza di stampa), nel quale ricorrono, tra tanti, anche i nomi di Buccellati, Carelli, Cavagnari, Fisichella, Garofalo, Impallomeni, Lombroso, Majno, Masè-Dari, Pincherli, Pugliese, A. Tamassia, Tolomei, Tuozzi; o quelli di giuristi d'oltralpe come Benedikt, Hermann, Liszt, Teichmann, Wahlberg, Zucker.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Le posizioni di tipo pregiudiziale (poniamo quella di un Carrara) perdono interamente il loro mordente, travolte dalla realtà della codificazione e rese più lontane ed accademiche dalla necessità contingente di misurarsi con le soluzioni pratiche, con i limiti posti dalle pressioni politiche, dagli interessi organizzati, dal confronto delle forze in campo.

Chi ha pensato e scritto *für Ewig* cede il passo a chi sa valutare il momento giusto — poniamo — per l'abolizione della pena di morte, o a chi riesce a bilanciare le idee ed i pregiudizi di un Parlamento fatto di avvocati e di proprietari terrieri, con le esigenze dell'Italia industriale o con certe aspettative della piccola borghesia.

Anche posizioni di mediazione più possibiliste ed accorte come quelle di un Pessina, vengono sensibilmente erose e svalutate. Le grandi operazioni di mediazione possono riuscire infatti ad influenzare seriamente il momento della legislazione, ma vengono meno quando si tratta di gestire un codice ormai in vigore: la mediazione espressa dall'atto costruttivo che molto ha di teorico e deve risolversi nella conciliazione delle ideologie, non vale più nel momento applicativo, là dove si deve arbitrare uno scontro tra forze sociali nel quale lo Stato è portato a prendere *una* delle posizioni in campo.

Con questo non si vuol dire che fino all'avvento del codice il dibattito dottrinale si sia ridotto ai soli punti di riferimento rappresentati da Carrara o da Pessina. A parte la presenza di altri contributi di cui abbiamo già detto, abbiamo negli anni ottanta (e nell'estremo scorcio del decennio precedente) l'affiorare ed il crescere di prodromi dottrinali destinati ad avere un peso negli anni successivi ([65]).

([65]) In particolare: I. FANTI, *Dell'attentato politico contro il Sovrano, i poteri, la costituzione e l'integrità dello Stato*, in *Rivista penale*, XI (1879), pp. 126-141, consistente in un *excursus* comparativo tra il progetto Vigliani ed altri codici vigenti (e no) in Europa, piuttosto scolorito nella sostanza, tutto dedicato ad un'opera di ricostruzione quasi filologica dello stato della questione nella legislazione preunitaria e d'oltralpe; E. BRUSA, *Del delitto politico in rapporto con la estradizione*, in *Annuario delle scienze giuridiche, sociali e politiche*, II (1881), pp. 87-141, studio molto accurato, opera di un giurista di notevole valore e di grandi aperture, che va molto al di là del tema specifico dell'estradizione, per soffer-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Emerge l'esigenza di una repressione adeguata della sedizione anarchica, che dà l'avvio ad una dottrina autonoma, sia pure

---

marsi anche sui termini della *definizione* del reato politico; sempre di E. BRUSA, l'articolo *Le délit politique et l'extradition*, in *Revue de droit international et de législation comparée*, XIV (1882), p. 403 ss., che non siamo riusciti a rintracciare, ma che probabilmente è una rielaborazione, se non una traduzione, del citato scritto dell'81; R. MONCADA, *Il regicidio e il parricidio nel diritto penale*, Catania, 1882, modesto lavoro che si conclude con affermazioni liberali e con un omaggio a Carrara, chiedendo la riforma della legislazione penale politica e la sostanziale abolizione della normativa posta a protezione della persona dei regnanti. « Se il sistema è ingiusto nei princìpi e impotente negli effetti — scrive Moncada — non vi è logica ragione che valga a sostenerlo. Esso, odioso per se stesso, rende odiosa la legge, diminuisce la fiducia del popolo nel governo e desidera urgente una riforma. È tempo ormai di provare che non si calpestano i precetti sacrosanti della Scienza per mostrare con una legge di sangue la maestà del trono e la potenza del regnante, è tempo di bandire dalle nostre leggi il privilegio, che è ingiusto ed inefficace » (p. 133). Un elenco di oltre sessanta attentati (riusciti e no) contro sovrani, eredi ai troni o presidenti di repubbliche, chiude lo studio del Moncada, ribaltando singolarmente — come già era successo con il titolo — lo stile consueto di questo genere di letteratura: ciò che farebbe pensare ad un contributo iperconformista (il regicidio come parricidio) o ad un accorgimento propagandistico per aggravare la repressione (l'elenco « terribile » degli attentati), diviene argomento di tesi opposte (es.: è inutile reprimere, perchè gli attentati restano numerosissimi; tanto vale accentuare l'aspetto permissivo della legislazione penale...); G. MIRAGLIA, *Intorno al carattere differenziale tra i reati politici ed i comuni*, in *Rivista di Giureprudenza*, dir. da G. A. Pugliese, VI, Trani, 1883, fasc. 9-10, pp. 757-760, consistente in una *requisitoria* pronunciata dall'a. (in qualità di Procuratore generale presso una non citata Corte di cassazione), nella quale si nega carattere politico a delitti « rivolti per odio politico contro una classe di persone », per evitare l'applicazione nei confronti di due condannati, di una amnistia concernente, appunto, i reati politici; L. MASUCCI, *Studio intorno alla natura dei reati politici*, in *Diritto e giurisprudenza*, I (1885), pp. 375-409, anche esso dedicato al tema della definizione del reato politico, tanto rilevante ai fini dell'applicazione di provvedimenti d'amnistia e di estradizione. Masucci è uno degli assertori di una nozione elastica, e quindi potenzialmente illimitata, di reato politico, a qualificare il quale basta, secondo lui, il solo fine politico: onde diventano r.p. tutti i reati « comuni » ai quali possa essere connessa anche una semplice *arrière pensée* di tipo politico. Si veda, parzialmente su questa linea, anche il precedente scritto dello stesso L. MASUCCI, *Diritto e delitto di resistenza*, in *Il Filangieri*, IX (1884), spc. p. 178 ss. Infine ricordiamo il lavoro di un grande pubblicista, che ebbe se non il seguito, almeno l'attenzione di molta dottrina penalistica sul tema dei reati politici: si tratta dello studio giovanile di V. E. ORLANDO, *Della resistenza politica individuale e collettiva*, Roma, Torino, Firenze, 1885, vertente soprattutto sulla classificazione di alcuni tipi di « resistenza » (in-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

limitata sostanzialmente, in questa fase, al fiancheggiamento della giurisprudenza; si afferma una letteratura di intervento diretto, di appoggio o di critica a seconda dei casi, sul problema squisitamente politico dell'uso delle forze di polizia nella difesa dell'ordine politico sociale (66); ma soprattutto appare sulla scena la nuova tendenza metodologica inaugurata nel 1874 dall'*Uomo delinquente* di Cesare Lombroso, che rivestirà grande importanza anche sul terreno del diritto penale politico, se non altro per la quantità di interventi specifici cui darà luogo e per la particolare via di uscita da certe contraddizioni che apertamente proporrà (67).

È tuttavia a ridosso della codificazione che si infittiscono gli interventi, anche in materia di reati politici: uno studio di Giorgio Cocuzza è del 1887 (68); sempre nell'87 scrive Pio Barsanti (69)

---

dividuale, collettiva, legale, rivoluzionaria) che fanno da sfondo costituzionale ad altrettanti comportamenti di *dissenso* penalisticamente qualificabili.

(66) Il discorso, aperto sostanzialmente dal Del Lungo con il suo scritto del 1870 sui *reati di mera creazione politica*, è proseguito da G. Bolis, *La polizia e le classi pericolose della società. Studii*, Bologna, 1871, e poi da P. Turiello, *Governo e governanti in Italia*, Bologna, 1882. Le annotazioni più significative sugli abusi polizieschi si trovano però in alcuni saggi di memorie, il più famoso dei quali è certamente quello del Prefetto e Senatore L. Zini, *Dei criteri e dei modi di governo del Regno d'Italia. Lettere e note*, Bologna, 1876, spc. p. 53 ss., seguito nel 1880 dall'altro *Dei criteri e dei modi di governo della Sinistra nel Regno d'Italia*, Bologna, 1880. Della letteratura memorialistica fanno parte anche il libro di F. Giorio, *Ricordi di Questura*, Milano, 1882, del quale avremo modo di ricordare più avanti qualche brano, e quelli di D. Cappa, *Memorie (Trentadue anni di servizio nella polizia italiana*, Milano, 1892; Marius, *La pubblica sicurezza in Italia*, Milano, s.d. (ma dopo il 1894); A. Bondi, *Memorie di un Questore (25 anni nella polizia italiana)*, Milano, 1910; E. Saracini, *I crepuscoli della polizia. Compendio storico della genesi e delle vicende dell'amministrazione di Pubblica Sicurezza*, Napoli, 1922. Fortemente critico nei confronti della maniera poliziesca è anche P. Ellero, *La tirannide borghese*, Bologna, 1879, spc. p. 241 ss., così come lo saranno in seguito F. S. Merlino, *L'Italie telle qu'elle est*, Paris, 1890, e poi *Politica e magistratura dal 1860 ad oggi in Italia*, Torino, 1925, spc. p. 7 ss., 72 ss.; E. Del Cerro, *Misteri di polizia. Storia italiana degli ultimi tempi ricavata dalle carte di un archivio segreto*, Firenze, 1890.

(67) Cfr., più avanti, il § 7.

(68) G. Cocuzza, *Della resistenza individuale e collettiva e della rivoluzione*, Palermo, 1887, che riaffronta i temi dell'opera di V. E. Orlando uscita due anni prima.

(69) P. Barsanti, *Del reato politico. Studio*, Macerata, 1887, poi ripubblicato con lievi modifiche nel *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e lo seguono Alberto Borciani nell'88 ([70]) e Luigi Carelli nell'89 ([71]); negli stessi anni una quantità notevole di altri contributi, generali e specifici, affronta spesso, anche se indirettamente, questo genere di problemi ([72]).

Bisogna dire subito che l'apparizione del nuovo codice sulla scena giuridica italiana genera un effetto di selezione che, respingendo una volta per tutte certe posizioni e realizzandone certe altre (schematizzando: quelle che possono essere fatte risalire ad Enrico Pessina, contemperate dal peso dei *tierratenentes* e di quella che oggi chiameremmo la *silent majority*), offre spazio ad una serie di spinte dottrinali destinate a dividersi secondo tendenze anch'esse relativamente nuove rispetto al passato.

In seguito a questo fenomeno, che si riallaccia a quanto dicevamo qui sopra sul logoramento delle operazioni di conciliazione ideologica, le posizioni di mediazione perdono terreno: tendono a trasferirsi dai contenuti al metodo (si pensi, per esempio, al tipo di mediazione proposto da giuristi come Bernardino Alimena, ispirato da eccletismo tecnico molto più che da volontà di sintesi politica); talora si esprimono in coscienziose ma impotenti rassegne delle posizioni in campo, come nel caso di un Barsanti, o come in quello — comprensibile — di coloro che si cimentarono con l'argomento sul terreno più esplicito della semplificazione divulgativa ([73]).

---

pubbl. da P. Cogliolo, vol. II. 1, Milano, 1888, pp. 237-375, ed ancora autonomamente a Milano nel 1890.

([70]) A. BORCIANI, *Delitti contro lo Stato*, in *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale* (1888), cit., pp. 3-236. Un anno prima, Alberto Borciani aveva pubblicato un altro studio in tema di diritto penale politico, intitolato *Dei reati di ribellione e violenza pubblica. Studio di dottrina e giurisprudenza penale*, Torino, 1887.

([71]) L. CARELLI, *I reati politici*, in *Appunti al nuovo codice penale*, Torino, 1889, pp. 312-386.

([72]) Ricordiamo, tra gli altri, C. ANDREANI, *Del reato politico*, in *Ateneo maceratese*, I (1888), fasc. 6; G. CRIVELLARI, *Concetti fondamentali di diritto penale*, Torino, 1888; A. NEGRI, *Dei delitti contro la libertà*, in *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, (1888), cit., pp. 277-664; V. WAUTRIAN CAVAGNARI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, (1888), cit., pp. 717-782.

([73]) Pensiamo ad alcuni autori di voci d'enciclopedia come R. CRESPOLANI,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Accanto all'usura delle posizioni di mediazione, e non estranei ad essa, altri fenomeni di fondo vengono evidenziati dalla stretta finale della codificazione.

Si afferma la pratica di valorizzare i princìpi nello stesso momento in cui si stabiliscono le prassi destinate a negarli, che è modo apparente e comunque deteriore di intendere la mediazione tra i fondamenti dello Stato liberale e la dichiarata necessità di reprimere il dissenso politico.

Si costruisce un codice parzialmente « permissivo », anche resistendo a pressioni ed opposizioni ([74]), per poi affiancargli una legge di P.S. che assegna poteri enormi alle forze di polizia (con particolare riguardo alle dimostrazioni politiche, alla manifestazione del pensiero e ad altri momenti della vita politica del Paese), e perpetua pratiche famigerate come quella del foglio di via, dell'ammonizione ([75]), della vigilanza speciale o del domicilio coatto:

Delitto politico, in *Enc. Giur. Ital.*, IV. 1; F. CARFORA, *Delitto politico*, in *Digesto italiano*, IX. 1; ID., *Sicurezza dello Stato* (*delitti contro la-*), in *Digesto italiano*, XXI. 3; A. CAPOCELLI, *Alto tradimento*, in *Enc. Giur. Ital.*, I. 2; B. PELLEGRINI, *Sicurezza dello Stato* (*delitti contro la-*), in *Enc. Giur. Ital.*, XV. 2.2; e poi ad altri autori di voci connesse con il nostro problema come A. ANDREOTTI, *Bande armate*, in *Enc. Giur. Ital.*, II. 1; A. BACCAGLINI, *Libertà* (*delitti contro la-*), in *Digesto italiano*, XIV; A. DEL GIUDICE, *Violenza e resistenza all'autorità*, in *Digesto italiano*, XXIV; G. DE ROSA, *Sicurezza pubblica*, in *Digesto italiano*, XXI. 3; P. DUCCESCHI, *Rivoluzione*, in *Digesto italiano*, XX. 2; L. GAMBIRASIO, *Sedizione*, in *Enc. Giur. Ital.*, XV. 2; F. GIORDANI, *Vigilanza speciale dell'autorità di P.S.*, in *Digesto italiano*, XXIV; C. JACHINO, *Esplosioni di comune pericolo*, in *Digesto italiano*, X; ID., *Materie esplodenti*, in *Digesto italiano*, XV. 1; N. NICOLAI, *Resistenza* (*diritto di-*), in *Digesto italiano*, XX. 1; B. PELLEGRINI, *Ordine pubblico* (*delitti contro l'-*), in *Digesto italiano*, XVI.

([74]) Gli attacchi a Zanardelli per la « mitezza eccessiva » del suo codice non vennero solo dal benpensantismo presente nel Paese e largamente rappresentato in Parlamento. Anche la nuova scuola dei positivisti, presentatasi come innovatrice e che spesso si compiaceva di una certa aria di « eresia » che la circondava, attaccò a fondo su questo punto. Basterà citare le pagine di C. LOMBROSO, *Troppo presto. Appunti al nuovo progetto di codice penale*, Torino, 1888, p. 14 ss., sulle quali torneremo tra breve.

([75]) Sull'odioso strumento dell'*ammonizione* ci proponiamo di tornare in un prossimo studio, ora in preparazione, sugli istituti di polizia preventiva in Italia, anche nel quadro della legislazione speciale del 1894 e delle proposte successive. Per ora ci limitiamo ad alcuni rinvii bibliografici. In ordine cronologico ci si può

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che sono tutti strumenti di una *societé de caserne*, piuttosto che attributi di uno Stato che si pretende liberale.

Ma questi sono solo alcuni indizi, tra tanti, di una incertezza e di alcuni timori e remore che l'entrata in vigore del codice dissiperà.

Il primo a rendersi conto del cambiamento in corso e della sua irreversibilità nei tempi brevi è, forse, proprio il Lombroso. Tutto il suo *Troppo presto*, dietro l'apparenza di critiche di set-

---

riferire agli studi di G. BOLIS, *La polizia e le classi pericolose d. soc.*, cit.; L. SAMPOLO, *Sull'ammonizione, e specialmente sulla capacità degli ammoniti*, Palermo, 1878; A. ALPI, *Sull'ammonizione pretoria e suoi relativi progetti*, Prato, 1879; P. ELLERO, *La tirannide borghese*, Bologna, 1879, p. 242 ss.; G. PATTI, *Ammonizione preventiva*, in *Il Filangieri*, IV (1879), p. 551 ss.; L. LUCCHINI, *Gli istituti di polizia preventiva in Italia*, Torino, 1881; V. LOLLINI, *L'ammonizione e il domicilio coatto*, Bologna, 1882; F. GIORIO, *Ricordi di questura*, Milano, 1882; I. SERRA, *L'avvertimento giudiziario surrogato all'ammonizione*, in *Giurisprudenza italiana*, 1886, col. 149; G. GAGLIER, *Sul riordinamento dell'ammonizione di P.S.*, in *Manuale del Funzionario di P.S.*, XXV (1887), p. 73 ss.; L. GHIRELLI, *Considerazioni sulla legge di Sicurezza Pubblica*, Napoli, 1887, che fa seguito ad uno scritto dal titolo *Legge di P.S. pel Regno d'Italia. Commento e voti*, n.l., n.t.; S. DE LUCA CARNAZZA, *La nuova legge di p.s.*, Catania, 1889; E. FERRI, *Sull'ammonizione*, in *Archivio di Psichiatria*, X (1889), p. 21 ss.; C. GATTESCHI, *Dell'ammonizione di p.s.*, Firenze, 1889, preceduto dallo scritto *Sull'ammonizione giudiziaria*, nel *Monitore dei Pretori*, VII (1881); A. AVIGLIANO, *La nuova legge sull'ammonizione*, Lanciano, 1890; S. MERLINO, *L'Italie telle qu'elle est*, Paris, 1890 (cap. III: *Police et tribunaux*, pp. 138-204); G. GALASSI, *Sulla condizione giuridica degli ammoniti secondo la legge cessata, di fronte alla legge nuova*, in *Monitore dei Pretori*, XVI (1890); T. BERTOLLI, *Dell'ammonizione secondo la legge di P.S. del 20 giugno 1890*, Torino, 1892; A. CARCANI, *L'ammonizione, qual è, quale è stata e quale dovrebbe essere*, in *Foro penale*, III (1895), p. 7 ss.; G. APPIANI, *Ammonizione ed amnistia*, in *Foro penale*, V (1896), p. 25 ss.; A. SACCONE, *La legge di Pubblica Sicurezza*, Milano, s.d., ma 1910. Infine, oltre alla precisa voce *Ammonizione* dettata da L. LUCCHINI, per il *Digesto Italiano*, III.1, p. 27 ss., gli scritti di settore di E. CIMARELLI, *L'art. 45 del regolamento sulle ammonizioni e sul domicilio coatto*, in *Manuale del funzionario di P.S.*, XXVI (1888), p. 8 ss.; L. DE SANTIS, *L'obbligo degli ammoniti a non frequentare pubblici ritrovi, rispetto alla abolita ed alla nuova legge di p.s.*, in *Monitore dei Pretori*, XVI (1890), p. 170 ss.; L. CARULLI, *L'art. 111 della legge di P.S.*, in *Cassazione Unica*, VIII (1896), vol. 7, col. 948 ss.; G. BERNARDI, *L'ammonizione e l'art. 133 della nuova legge di P.S.*, in *Monitore dei Pretori*, XV (1889), p. 345 ss.; G. MAINELLI, *L'ammonizione e l'art. 133 della nuova legge di P.S.*, in *Monitore dei Pretori*, XV (1889), p. 289 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tore ([76]) nasconde in realtà una recriminazione di fondo: essere maturato il momento della codificazione quando ancora non si erano sufficientemente affermate le rivendicazioni teoriche della sua scuola.

« Se non ci crediamo abbastanza forti — egli dice — per imporre alle masse e a chi le rappresenta, le nostre opinioni, crediamo però di esserlo abbastanza per chiedere che: una volta una riforma si debba fare, si aspetti a farla; provvedendo intanto per le grandi urgenze con una legge sulle carceri e sulla polizia: *aspettando che le nostre conclusioni siensi potute discutere e giudicare* » ([77]).

Lombroso teme due cose, puntualmente verificatesi: primo, che il codice cristallizzi un tipo di dottrina a lui ostile, inchiodando nell'ordinamento, con un equilibrio delicatissimo di dosaggi e compromessi, un complesso non facilmente rimovibile di princìpi

---

([76]) Lombroso critica, come abbiamo già detto, la « mitezza eccessiva » de sistema delle pene e l'abolizione incondizionata della pena di morte (per lui, la questione della pena di morte è « uggiosa, bizantina e improntata di falso sentimentalismo »). Considera però una « acerbità inutile » la speciale previsione di reato operata per l'aborto o per l'adulterio, e sbagliata, perchè troppo dura, la punizione per l'infanticida (perchè « il danno immediato causato dall'infanticidio... consiste nella soppressione di una esistenza che è così minacciata e nello stesso tempo minacciosa: minacciata per la frequenza di nati morti illegittimi e per la mortalità che colpisce più tardi il trovatello ed in genere il fanciullo non allevato dalla propria madre; minacciosa per l'infamia che porta a questa » (p. 38).

Lamenta la punizione per chi istiga al suicidio o lo favorisce (« la biologia dimostra che nella lotta per l'esistenza soccombono i più deboli, i meno atti alla vita sociale; ed una appunto delle forme di questa sconfitta è il suicidio, che, al dire di Haeckel, è una valvola di sicurezza per le generazioni future, cui risparmia un triste e fatale retaggio di nevrosi, cioè di dolore » (p. 38): e nello stesso ordine di idee vorrebbe che venisse fatto rientrare anche l'omicidio del consenziente.

Critica a fondo il sistema carcerario postulato dal codice (« la mitezza vi ha preso proporzioni pericolose »), rilevandone — stavolta a ragione — l'impraticabilità. Ma il suo dissenso più radicale si esprime sull'unicità del codice; ne avrebbe voluti tre, uno per ognuna delle tre zone storiche dell'Italia, il nord, il centro e il sud con le isole. Si può ben dire che la « scienza » di Lombroso, cavallo di battaglia dei suoi discorsi ed *argumentum terribile* delle sue polemiche, non avesse molto a che fare con la realtà e con la storia che pure non mancavano nell'attrezzatura retorica sua e della sua scuola.

([77]) C. LOMBROSO, *Troppo presto*, cit., p. 70.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e metodologie tradizionali (o classico-liberali); secondo, che dagli equilibri realizzati nel codice rinasca poi, come in realtà avvenne, una *battaglia sull'uso del codice*, il quale appare facilmente strumentalizzabile, proprio grazie ai suoi connotati di ambiguità.

Lombroso sa che questo secondo fenomeno lo costringerà a battersi su di un terreno che non gli è congeniale (schematizzando: quello delle scelte di contenuto, tra una componente conservatrice con la quale egli spesso concorda, ed una componente riformista, alla quale dichiara di sentirsi più vicino).

In realtà, e cercheremo di mostrarne gli indizi, Cesare Lombroso e la scuola positiva verranno a trovarsi in una posizione dottrinale che — vista sotto il profilo oggettivo e senza fermarsi alle scelte di metodo dichiarate — apparirà come la reale « terza scuola » di questo periodo: almeno per quanto concerne i reati politici.

Ma quali sono gli altri due poli dottrinali ai quali il dibattito sul codice ormai vigente darà spazio?

Superate le grandi questioni teoriche (la posizione negativa di Carrara o la pregiudiziale liberale di Pessina e dello stesso Zanardelli) con il compromesso realizzato *nel* codice, la « scuola classica » o ciò che ne resta e che così definiamo per comodità, realizza *con* il codice anche una operazione *ad excludendum* di certe radicali obiezioni che le venivano dalla agguerrita pattuglia positivista.

La battaglia « scientifica » è sostanzialmente vinta, e con il primo gennaio del 1890 cade anche gran parte dell'interesse alla *querelle* su quel genere di questioni. Si tratta ora di gestire il risultato del lungo lavoro degli anni ottanta.

È allora su questo terreno che si ricostituisce un « fronte » unitario delle forze d'ordine che si erano in qualche misura slegate e disarticolate nel momento dello scontro dottrinale. Gli schieramenti riprendono a formarsi non dividendosi più sulle metodologie (o prevalentemente, o apparentemente, su di esse) ma sulle prospettive di applicazione e di uso dello strumento legislativo, posto che anche le realtà politiche e sociali degli anni della preparazione subiscono in quelli dopo il '90 alcuni precisi e decisivi cambiamenti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Emerge poi, sull'altro lato, per opera di giuristi spesso formatisi alla scuola dei Carrara o dei Pessina, ma aperti all'influenza di uomini come Enrico Ferri, una tendenza che definiamo — anche qui per comodità — « socialista » (78).

Lo scontro avviene dunque tra « tendenze », ma bisogna subito mettere innanzi alcune cautele. In primo luogo non siamo in presenza di due schieramenti omogenei, rigidi e perfettamente contrapposti: assistiamo infatti a frequenti cambiamenti di fronte, constatiamo molti casi di eclettismo (anche politico) e verifichiamo più di un episodio di « pendolarismo » tecnico e non solo tecnico. In secondo luogo non si tratta di uno scontro radicale tra chi difende il sistema e chi vuole rovesciarlo: tutta la dialettica si svolge *nel sistema*, entro i confini dei princìpi codificati, ed ha per unico oggetto — o quasi — l'uso applicativo della norma ormai stabilita.

Solo raramente, e quasi all'unico scopo di acquistare maggior forza nella discussione, qualcuno gioca la carte della « riforma penale », in senso « democratico » (o regressivo, a seconda dei casi), ma sempre badando a non scardinare il sistema in quanto tale.

In sostanza, il tipo di scontro al quale assistiamo realizza di nuovo la scissione di ciò che si era voluto mediare e conciliare nel codice; onde ritornano allo scoperto — da un lato — gli interessi della classe dominante e la sua necessità di usare il diritto

---

(78) Una definizione sicura del « socialismo giuridico » italiano, allo stato degli studi sulla questione, è cosa assai difficile. Più difficile ancora è ritagliare all'interno di quel movimento la sua componente penalistica, e noi non cercheremo di farlo in questa sede. A noi basterà individuare a valorizzare certe *tendenze* all'interno del dibattito giuridico sui reati politici per poter tracciare un quadro dinamico della situazione che dia la misura — al livello della dottrina — di uno scontro che esisteva certamente al livello delle forze sociali.

Su alcuni punti caratterizzanti di questo fenomeno dottrinale si possono tuttavia vedere le rapide (e certo per questo non sempre precise) annotazioni di G. NEPPI MODONA, *Una « scuola » dimenticata: il socialismo giuridico nel diritto penale*, in *Giustizia e Costituzione*, 1971, fasc. 4, pp. 29-33, che chiariscono per grandissime linee il senso dell'opera di penalisti come Michele A. Vaccaro, Pietro Ellero, Alfredo Pozzolini o Carlo Manes. Ma crediamo sia anche opportuno rinviare il lettore al prossimo fascicolo di questi *Quaderni fiorentini*, ora in preparazione ed interamente dedicato al « socialismo giuridico ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

penale per la conservazione del proprio potere; dall'altro, le spinte contrapposte provenienti dalle classi soggette, destinate a scontrarsi con la logica del codice ed a rivendicarne una applicazione moderata, non avendo ancora la forza di pretenderne la riforma.

Il numero veramente grande di giuristi « socialisti » che si occuparono *expresse* di reati politici sta poi a mostrare, crediamo, come la questione fosse decisiva nella battaglia per la conquista di maggiore libertà (e quindi di più potere) da parte delle classi subalterne; o almeno mostra come fosse ritenuta tale, non foss'altro che per l'esperienza quotidiana della repressione fatta da tanti di essi, nei partiti democratici ed operai.

5. Prima di entrare nel merito delle discussioni che fecero seguito al codice dopo l'89, sarà bene tornare per un momento alla pubblicistica che immediatamente lo precedette.

Abbiamo già avuto modo di accennare alla debolezza di sintesi come quella operata da Barsanti. Ciò non toglie che, come spesso accade, quelle sintesi abbiano avuto qualche successo e che dietro la tecnica della « rassegna » delle opinioni si celassero reali prese di posizione destinate ad avere poi seguito concreto.

C'è nello studio di Pio Barsanti, per esempio, una serie di « premesse » nei confronti di alcune posizioni di conservazione e d'ordine che si esprimeranno dopo il '90.

Il giurista maceratese non manca di esplicitezza. Per lui « il fondamento del reato politico è nell'offesa alla libertà dei consociati, e più in concreto, alla libertà *della maggioranza* » [79]. Sotto il profilo del suo oggetto, il reato politico è quello

> potenzialmente capace di offendere e di attaccare, o direttamente o indirettamente, quell'organismo politico dello Stato che è accolto e voluto dalla coscienza giuridica *della maggioranza* [80].

e infine, con un passo aggiunto nella seconda edizione del suo studio, chiarisce che

> in senso lato il reato politico è qualunque atto esecutivo che si manifesta coi caratteri della violenza e della frode, poten-

---

[79] P. BARSANTI, *Del reato politico*, cit., (ediz. 1887), p. 43.

[80] P. BARSANTI, *Del reato politico*, cit., p. 85.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> zialmente capace di offendere l'essere, l'integrità del territorio, l'autonomia dello Stato... o il modo di essere, la forma, l'ordinamento, *i pubblici poteri*... sia nei rapporti interni sia nei rapporti esterni; atto esecutivo posto in essere con *intenzione diretta o indiretta, positiva o negativa* di offendere e di attaccare lo Stato o il suo modo di essere ([81]).

C'è in queste brevi definizioni una precisa ideologia del reato politico inteso come strumento di difesa non solo della *classe dominante*, delle forme di governo che essa ha scelto e di tutti gli strumenti ausiliari del suo potere, ma anche della *classe politica* in quanto tale, cioè del potere di coloro in particolare che gestiscono la cosa pubblica in un determinato momento.

Il discorso, poco ricco di sfumature, lascia trasparire un'idea di Stato non astratta o feticistica, ma coincidente con la *maggioranza*: nozione abbastanza generica che vale solo per il discorso indiretto che propone: essere cioè il sistema dei reati politici rivolto istituzionalmente contro le minoranze ([82]).

Dall'altra parte, il realizzarsi dell'infrazione politica in presenza di « un'intenzione diretta o indiretta, positiva o negativa » lascia margini più che sufficienti ai « pubblici poteri » per intervenire a discrezione.

Teniamo allora presenti queste prospettive e volgiamo per un momento lo sguardo ai lavori per il codice.

Nella seduta della Commissione definitiva ([83]) del 28 febbraio

---

([81]) P. BARSANTI, *Del reato politico*, in *Trattato teorico e pratico di diritto penale* (1888), cit., p. 315.

([82]) Questa semplificazione non è nuova nella dottrina. Non ricordato da Barsanti, l'aveva già espressa E. BRUSA, *Del delitto politico*, cit., p. 92: « Tacito o espresso il consentimento dei consociati, esso sta alla base non solo dei rapporti di diritto politico, ma anche dei rapporti di diritto individuale o sociale mero. In una parola legge morale e giuridica è fra i consociati *quella sola delle maggioranze* formate dai consensi taciti od espressi, consensi guadagnati per le vie della persuasione soltanto, od anche con altri mezzi, che nelle circostanze di fatto vi sono intrecciati insieme. In conclusione, posti la società e il Governo per farla ordinata e sicura, sorgono insieme due diritti e con essi la possibilità dei relativi delitti, il comune e il politico... ».

([83]) Istituita con il R.D. 13 dicembre 1888 « con l'incarico di proporre le modificazioni da introdursi nel testo del codice penale... per emendarne le disposizioni e coordinarle tra loro e con quelle degli altri codici e leggi dello Stato, tenuto conto dei voti espressi in proposito nel Parlamento ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1889, il commissario Arabia (84) chiede che nella rubrica del titolo I, libro II, si scriva « *dei delitti politici*, affinché si sappia — prosegue — che i delitti in esso compresi debbano ritenersi reati *politici*. Nel Codice — aggiunge — si parla di reati politici ed in nessun luogo poi si dice quali essi siano. Il che sarebbe importante specialmente pel caso dell'estradizione » (85).

Il primo ad opporsi a questa proposta è il presidente Eula (86) (il suo timore è che si possa pensare che gli unici reati politici siano quelli contemplati in quel titolo), e gli viene in aiuto Emilio Brusa dicendo chiaramente che « essendo impossibile definire i delitti politici, è miglior partito omettere qualsiasi indicazione e qualsiasi definizione. D'altronde — aggiunge poi — non è neppure necessario dichiarare in questo titolo che esso comprende delitti politici. I delitti contro la sicurezza dello Stato non possono non essere delitti politici. E sarebbe pericoloso, come è stato di già osservato, il dire che qui si tratta di delitti politici, perché si escluderebbero da tal novero quelli che indubbiamente pur sono politici, come a mo' d'esempio, i reati di broglio elettorale, se commessi in elezioni politiche » (87).

C'è dunque un andamento parallelo che avvicina la teorizzazione dottrinale alla pratica del legislatore, entrambe suggellate poi nella prassi reale dall'intervento dei giudici.

---

(84) Francesco Saverio Arabia era consigliere di Cassazione a Napoli. Giurista di buon talento, si occupò di questioni processuali (in particolare del problema delle giurie) e fu autore di alcuni fortunati scritti di commento, prima al progetto del codice (*Del codice penale italiano*, in *Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche*, XXI (1887), p. 71 ss.) e poi al codice stesso (*I principii del diritto penale applicati al codice penale italiano*, Napoli, 1891 e *Sull'applicazione del codice penale italiano* (memoria), Napoli, 1893).

(85) F. S. ARABIA, *Intervento 28 febbraio 1889*, in *Verbali della Commissione istituita con Regio Decreto 13 dicembre 1888*, Roma, 1889, p. 245 (verbale n. XVI, seduta del 28.2.1889).

(86) Lorenzo Eula, senatore e magistrato, era stato eletto alla presidenza della Commissione in ragione del fatto che il ministro Zanardelli (presidente nominato dal re) aveva dichiarato di non intervenire alle sedute « volendo lasciar libera la commissione stessa nella scelta del suo presidente, nella determinazione dell'ordine dei suoi lavori e nella discussione »; contemporaneamente erano venute meno le due vice-presidenze (il Vigliani era « trattenuto da impedimento » e Pasquale Stanislao Mancini era morto poco tempo prima dell'insediamento).

(87) E. BRUSA, *Intervento 28 febbraio 1889*, in *Verbali della Commissione*, cit., p. 245.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Noi vediamo la dottrina (conservatrice) tendere ad allargare l'area dei reati politici fino ai limiti estremi consentiti (il che vuol dire estendere al massimo la zona di potere politico direttamente protetta), ma la ritroviamo sempre pronta a chiudersi in un discorso fortemente limitativo ogni volta che le esigenze della repressione lo richiedano. Si va cioè dalle restrizioni di un Miraglia ([88]), fino alle decise estensioni di un Masucci ([89]), o si passa per zone poco definite e sostanzialmente elastiche come quella delineata da Barsanti; tutti questi atteggiamenti hanno in vista l'efficienza della repressione, al punto di essere spesso condizionati — se non esclusivamente determinati — da episodi particolari e fenomeni contingenti.

Ci si aspetterebbe allora dal codice che risolvesse questa incertezza.

Invece noi vediamo i legislatori evitare accuratamente di prendere posizione e caldeggiare apertamente la soluzione equivoca, lasciando all'ulteriore lavorìo della dottrina il compito di accentuare l'incertezza, per dare tutto lo spazio possibile al successivo intervento giudiziario. E la sede stessa (la Commissione), diversa da quella degli studi (che inviterebbe al rigore o alla tergiversazione tecnica) e che non è neanche quella del dibattito parlamentare pubblico (che inviterebbe alla cautela o all'accorgimento tattico), scopre le carte di questa operazione, mostrando gli uomini d'ordine quasi nella disarmata intimità delle loro escogitazioni strumentali.

Il tacito mandato ai giudici di dipanare caso per caso questa matassa ci sembra evidente. Nessuno meglio di una magistratura organica al sistema, dipendente in modo sostanziale dal potere politico, o comunque con esso connivente, può essere delegato a valutare ogni situazione, le persone coinvolte, gli interessi messi in pericolo, l'entità delle forze in campo ed ogni altro elemento tra quelli che devono essere considerati quando si tratta di difendere il sistema politico-sociale su cui riposa il potere costituito.

Così come è chiaro, invece, che una norma precisa, garantista

---

([88]) G. MIRAGLIA, *Intorno al carattere differenziale tra i reati politici ed i comuni*, cit., spc. pp. 759-760.

([89]) L. MASUCCI, *Studio intorno alla natura dei reati politici*, cit., p. 376 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e tassativa, sarebbe strumento cieco — e perciò infido — destinato a fare in prospettiva il gioco degli avversari.

Del resto, il rinvio al momento giudiziario di questo genere di decisioni riposava su di una esperienza ormai annosa e rassicurante.

Aveva cominciato la Cassazione di Napoli, con un intervento del 1868 più volte ripreso e richiamato dalla dottrina (90) a stabilire i primi punti di orientamento sulla questione:

> Attesochè evidentemente erronea è la dottrina, che sia politico l'attentato diretto a portare la devastazione, la strage o il saccheggio contro un comune o una classe di persone, sol perchè scritto sotto il titolo dei reati contro la sicurezza interna dello Stato; a prescindere che la natura dei reati non sempre si può desumere dalla classificazione nei codici, tutt'i reati politici sono contro lo Stato, ma non tutt'i reati contro lo Stato sono politici (91).

Questa massima conferma l'osservazione espressa poco fa'. In realtà in essa si chiarisce solo in apparenza l'essenza dei reati politici: anzi, la complicazione che ne deriva è assoluta, e l'unico risultato oggettivo che ne nasce è il rinvio incondizionato di ogni loro definizione all'interpretazione, caso per caso, effettuata dai giudici; il che, in altri termini, corrisponde all'avocazione giudiziaria della competenza (del *quando*, dell'*an* e del *quantum*) in ordine alla repressione della devianza politica.

Due parole di commento ravvicinato: la Cassazione di Napoli comincia con lo sfilare via dal sistema di riferimento per l'individuazione del reato politico l'unico dato certo (quello che, come tale, preoccuperà in seguito gli Eula o i Brusa): non è detto che un reato sia politico — essa dice — sol perchè scritto sotto il titolo dei reati contro la sicurezza interna dello Stato (92). Quindi

---

(90) Tra gli altri, A. CAPOCELLI, *Alto tradimento*, cit., p. 1905; P. GRIPPO, *Dei reati di guerra civile*, cit., p. 583; G. MIRAGLIA, *Intorno al carattere differenziale tra i reati politici ed i comuni*, cit., p. 758.

(91) Cass. Napoli, 1 luglio 1868, in A. CAPOCELLI, *Alto tradimento*, cit., p. 1905.

(92) Non sfugge l'obiettivo *jeu des rôles* messo in atto da giudici e legislatori. « ...Erronea è la dottrina che sia politico l'attentato... sol perchè scritto sotto il titolo dei reati contro la sicurezza interna dello Stato... », dice la Cassazione. Fa eco il commissario Emilio Brusa: « ...non è neppure necessario dichiarare in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esprime una massima perfettamente rovesciabile e sostanzialmente banale, tutta incentrata su di una nozione di reati politici che resta accuratamente indefinita. L'affermazione « tutt'i reati politici sono contro lo Stato » può anche essere convincente, ma a parte il fatto che negare il reciproco significa — in questo caso — rimettere in discussione la premessa, resta che nessuno può dire in base ad essa quali siano i reati politici. Il che, nel sistema penalistico-politico che precede il codice Zanardelli, non era cosa da poco ([93]).

Da tutto questo discorso emerge, crediamo, un evidente *gioco delle parti*. La dottrina non specifica la nozione del reato politico (o meglio, *è divisa* sulla sua definizione, il che equivale a *nessuna definizione*), quindi il legislatore *non definisce* (Brusa), e procura che non si possa pensare all'esistenza nel codice di una seppur indiretta definizione (il discorso di Eula ripreso da Brusa); però il legislatore infila nel codice la terminologia « reato politico » (es., art. 9 c.p.) e la stessa circola normalmente nell'ordinamento (es., decreti di amnistia); chiude il circolo la Cassazione, che pure non definisce, creando — al contrario — *un sistema aperto a tutte le soluzioni*. Siamo in presenza di un vero e proprio *cache-cache*, nel quale spicca emblematicamente la figura di Emilio Brusa che era, *et pour cause*, insigne giurista, senatore e giudice di cassazione.

La delega ai giudici si qualifica allora in modo preciso: essa non serve ad assegnare alla decisione di un corpo dello Stato una questione irrisolta; essa serve a lasciare provvidenzialmente irrisolta la questione, rinviandola alla sola istanza del potere che per la natura del suo ruolo (per es., il fatto di provvedere *per interpretationem*), per le sue varie articolazioni (non tutti i giudici, e non tutti i livelli di giurisdizione, si esprimono allo stesso modo) ([94]), per la credibilità tecnica che essa conserva anche quando

---

questo titolo che esso comprende delitti politici. I delitti contro la sicurezza dello Stato non possono non essere delitti politici... ».

([93]) Questa sentenza non restò isolata, ma venne specificata, accentuata — ed anche contraddetta — dalla giurisprudenza successiva. Ed era proprio il sistema generale ricavabile da quegli orientamenti giudiziari a costituire la più sicura base di garanzia per i rinvii del legislatore.

([94]) Alle varie articolazioni orizzontali e verticali si aggiunse — fino alla loro

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si contraddice, può lasciarla aperta a tempo indeterminato, pronunciandosi su di essa innumerevoli volte, senza definirla mai una volta per tutte.

6. È tempo ora di riallacciare alle ultime osservazioni il discorso sulle tendenze dottrinali che prendono forma dopo l'apparizione del codice Zanardelli.

Un fenomeno si manifesta immediatamente, al solo scorrere l'inventario dei contributi dottrinali: la sostanziale scomparsa di una dottrina d'ordine o regressiva, unita alla preponderante presenza teorica dei giuristi « socialisti », radicali o della scuola positiva.

Si è infatti realizzata una singolare sintesi di effetti e fenomeni, riconducibili essenzialmente a tre momenti che vogliamo ora velocemente delineare con deliberata forzatura schematica.

In primo luogo una sorta di « effetto codice », che ha portato ad una polarizzazione dei contributi dottrinali ed ha allontanato la dottrina « centrista » dalla problematica dei reati politici.

Noi vediamo alcuni giuristi riconducibili a quest'ultimo schieramento (peraltro mediocri, come Francesco G. S. Lombardi ([95]), Filippo Manduca ([96]), Luigi Masucci ([97]) ed altri minori ([98]), o

---

unificazione — la presenza di cinque Corti di Cassazione (Torino, Firenze, Napoli, Palermo, Roma) e quindi la polivocità degli orientamenti giurisprudenziali emessi da quel livello.

([95]) F. G. S. LOMBARDI, *I delitti di Stato nella storia, nella legislazione e nel codice italiano*, Ariano, 1900.

([96]) F. MANDUCA, *Il nuovo codice penale italiano e i suoi criteri organici*, Milano, 1894. Il M. si mostra tuttavia sensibile alle idee positiviste.

([97]) L. MASUCCI, *Il codice penale italiano studiato con la guida della storia, del diritto, della dottrina, della legislazione comparata e della giurisprudenza*, Napoli, 1891-96.

([98]) Ricordiamo E. PINCHERLI, *Il codice penale italiano annotato*, Torino, 1890; G. A. PUGLIESE, *Il nuovo codice penale italiano*, Trani, 1890; F. S. ARABIA, *I principi del diritto penale applicati al codice penale italiano*, cit.; P. TUOZZI, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice d'Italia*, Napoli, 1893 (con particolare riguardo al vol. terzo); R. CRESPOLANI, *Delitto politico*, cit., e *Dei delitti contro i poteri dello Stato (articoli 117 a 127)*, in *Supplemento* della *Rivista penale*, VII (1898), pp. 44-98; P. E. FROLA, *Delle ingiurie e diffamazioni specialmente in tema di stampa secondo il codice penale italiano*, Torino, 1890, p. 185 ss. Nella edizione del 1903, un intero capitolo è dedicato alle *Offese all'ordine politico e sociale*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

appena di migliore fama come Giulio Crivellari ([99])), concentrarsi nel commento al codice; allo stesso tempo, constatiamo come l'interesse notevole espresso dai giuristi più moderati per i reati politici prima del 1889 (dovuto alla volontà di condizionare il legislatore e di determinare la nascita di un codice « moderato »), viene meno dopo quella data ([100]), restando affidata al codice stesso ed ai giudici, in quanto delegati ad « amministrarlo », la funzione di difesa e conservazione dello *status quo*.

Di segno contrario, ma legato alla stessa origine, l'effetto che il codice ha sui giuristi non omogenei al sistema: essi intensificano i loro interventi nel tentativo di spostare, con il peso di una massiccia produzione interpretativa, gli equilibri in esso stabiliti. Senza contare il fatto che sono sempre quei giuristi a dover intervenire per rispondere alla gestione regressiva delle norme dell'89, messa in atto dalla magistratura in modo sempre più scoperto man mano che ci si allontana da quella data.

Più di una volta vedremo come l'intervento del penalista « progressista » sarà dedicato non tanto a far slittare su di un terreno più favorevole alle classi subalterne l'area di incidenza della norma del codice, quanto piuttosto a recuperare la norma stessa, spostata su posizioni più arretrate (resa più repressiva, o

---

([99]) G. CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia interpretato sulla scorta della dottrina, delle fonti, della legislazione comparata e della giurisprudenza*, Torino, 1890-1898, spc. i voll. V e VII.

([100]) Gli interventi *specifici* sulle questioni del reato politico all'interno di questa tendenza politico-dottrinale si fanno veramente rarissimi. Oltre al già citato articolo di F. G. S. Lombardi, abbiamo la prolusione pisana di G. VACCHELLI, *Concetto giuridico del diritto politico*, Pisa, 1899, nella quale si adombrano elementi che verranno poi sviluppati e valorizzati dalla scuola tecnico giuridica; un saggio di B. CINI, *Il reato politico e particolarmente l'attentato alla vita del Capo dello Stato in rapporto all'estradizione*, Montevarchi, 1900, che si riduce ad una sciatta rielaborazione di motivi già largamente presenti negli scritti — di dieci o venti anni prima — di Pio Barsanti o di Emilio Brusa. Apparirà più tardi il cospicuo studio di G. NAPODANO, *I delitti contro la sicurezza dello Stato*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, dir. da E. Pessina, VI, Milano, 1909, pp. 1-234, abbastanza (e significativamente) aperto alle impostazioni, per esempio, di Nocito e Florian, secondo quello che era lo stile intellettuale *in primis* del direttore della pubblicazione Enrico Pessina, ma troppo impegnato a descrivere e commentare — *ad verbum* — gli articoli del codice da 104 a 138, per dare la misura di un reale impegno politico-dottrinale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spogliata della sua formale « neutralità »), dall'operato dei vari livelli del potere giudiziario.

Da ultimo il tentativo positivista, al cui disegno strategico abbiamo già accennato, con la sua aspirazione a mediare tra le posizioni in campo, spostando lo scontro dottrinale su di un piano diverso da quello del dissenso ideologico e politico.

La sostanziale latitanza di una dottrina moderata, se ci permette di evitare l'esame di dettaglio delle posizioni espresse da qualche esponente minore, non ci esime però da altre due considerazioni.

La prima è che più di un sostegno al sistema penalistico in quanto tale — e quindi all'assetto politico-sociale che lo esprime e che ne è giuridicamente tutelato — viene paradossalmente proprio dai radicali o dai socialisti.

In alcuni caso (la persecuzione *ultra legem* del movimento anarchico, per fare un solo esempio) c'è addirittura una coincidenza perfetta tra le due tendenze; in altri, il sostegno è più implicito, connesso, più che alle scelte di campo, all'accettazione sostanziale dei princìpi fondamentali, delle premesse metodologiche, delle ideologie generali e delle regole del gioco, espressa anche dai giuristi non omogenei all'*establishment*. Del resto, l'attitudine difensiva che caratterizza questi ultimi nella loro opera dottrinale, ha *come presupposto* l'accettazione del sistema e l'assunzione del terreno dell'avversario come terreno di scontro.

Sostegno totale del sistema, ma programmatico e non occasionale, è poi quello espresso dalla nuova scuola positiva, attestata su posizioni apparentemente alternative o presentate (e da molti avvertite) come innovatrici, ma essenzialmente funzionali alla conservazione e garanzia dell'assetto sociale esistente.

La seconda riguarda il ritorno in campo, a partire dagli anni intorno al 1910, della dottrina che abbiamo definito, per intenderci, « moderata ». Corifei di questo ritorno, Arturo Rocco [101]

[101] Con la sua prolusione sassarese del 1910 (*Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, pubblicata nella *Rivista di diritto e procedura penale* (1910), e poi in *Opere giuridiche*, III, Roma, 1933, p. 263 ss.), Arturo Rocco dà la prima veste ufficiale all'indirizzo tecnico-giuridico nella scienza penalistica italiana. Ribadirà poi con maggiore organicità e compiutezza il suo orientamento con *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, che è del 1913.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e Vincenzo Manzini ([102]), presto seguiti da altri autori, nell'ambito di quello che si presentava come l'indirizzo tecnico-giuridico.

Noi non arriveremo, per nostra scelta cronologica, fino a trattare questo indirizzo. Quel che ci basta notare qui è che Rocco e Manzini recupereranno lo spazio di conservazione espresso storicamente dalla scuola classica, accentuandone il ruolo frenante e d'ordine con una doppia operazione: da un lato accusando la scuola classica, nei suoi esponenti storici, di giusnaturalismo, razionalismo, dipendenza metafisica e mancanza di realismo giuridico; togliendo con ciò fondamento alle spinte liberali, riformistiche e spesso antiautoritarie che essa aveva espresso. Dall'altro agganciando la scienza del diritto penale al solo diritto vigente e positivo, cosa che equivale a condurla sulla via della contemplazione dell'esistente, della glossa a ciò che è dato, dell'ossessione tecnicistica, della fuga dalla grande stagione della penalistica *engagée*, e quindi del rifugio nella liturgia delle esercitazioni sui « dogmi », quasi in una scimmiottatura del *mos* dei civilisti.

Si passa cioè dalla grande penalistica civile espressa emblematicamente da Carrara, a quella sorta di civilistica penale tentata studiatamente da Manzini.

Il diritto penale, ancorato saldamente ai 498 articoli del codice e tutto risolto in essi, diviene per ciò stesso uno strumento di assoluta garanzia dell'ordine dato. Così, dietro la cortina fumogena della tecnica ribaltata in scienza, si affermerà l'egemonia dottrinale di Vincenzo Manzini, autentico « man for all seasons », e con essa tornerà la quiete anche nelle agitate questioni del diritto penale politico ([103]).

([102]) Vincenzo Manzini pubblica nel 1911, a Milano, il suo *Trattato di diritto penale italiano*, composto di nove volumi, il quarto dei quali è dedicato ai *Delitti contro la sicurezza dello Stato*. Tuttavia il Manzini dell'indirizzo tecnico-giuridico risalta assai meglio nella seconda edizione del *Trattato*, pubblicata a Torino dal 1920 al 1923.

([103]) La schematicità e la semplificazione che il lettore scorgerà in queste nostre ultime annotazioni, sono da noi avvertite e tuttavia deliberatamente accentuate. Chi scrive sa bene che il giudizio sulla scuola tecnico-giuridica non può essere ridotto all'isolamento del suo nucleo reazionario ed alla forzatura e sottolineatura della quantità di « politicità dell'apolitico » presente in essa. Tuttavia, nella dinamica di scontro tra linee di tendenza che abbiamo scelto come struttura di questo studio, lo spessore politico di ciascuna posizione deve neces-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Abbiamo detto del gran numero di giuristi « socialisti », o comunque aperti alle idee riformiste e « sociali », impegnati sul tema dei reati politici dal novanta in poi.

Accantonando per il momento il problema della influenza che la scuola positiva pure ebbe su quasi tutti i penalisti che metteremo per comodità espositiva nelle file dei « socialisti » (si pensi in particolare a uomini come Enrico Ferri ([104]) o Alberto Borciani ([105]), militanti socialisti — furono entrambi deputati — schierati con la scuola positiva), possiamo ricordare i contributi dati da Pietro Nocito ([106]), Luigi Majno ([107]), Francesco De Lu-

---

sariamente avere una posizione privilegiata. Ed è così che, usando il metodo di isolare gli indizi valorizzandoli *ultra modum* per renderli chiaramente eloquenti, avviene di semplificare eccessivamente fenomeni complessi o di schematizzare, forse più del consentito, processi che non si svolsero in realtà con altrettanta chiarezza e razionalità. Il dichiarato ruolo strumentale che diamo a queste « forzature » tese a delineare la dinamica delle varie ipotesi politico-giuridiche che si contendevano il campo, contribuirà — lo speriamo — a renderle accettabili.

([104]) Enrico Ferri non si è mai impegnato direttamente nelle questioni che riguardano il reato politico (se si escludono una recensione al libro di C. LOMBROSO e R. LASCHI, *Il delitto politico e le rivoluzioni*, pubblicata nella *Tribuna giudiziaria* di Napoli nel 1890 ed il breve scritto *Il regicidio*, in *La scuola positiva*, X (1900), pp. 503-507). Tuttavia molte indicazioni si possono trovare nelle sue perorazioni processuali in occasione di processi politici, stampate in diverse riprese. Ricordiamo quella per il processo di Venezia del 1886 contro i contadini del mantovano accusati di « eccitamento alla guerra civile », stampata con il titolo *I contadini mantovani al processo di Venezia*, in *Difese penali e studi di giurisprudenza*, Torino, 1899, pp. 1-62; e poi ancora *I socialisti e l'art. 247 codice penale*, in *Difese penali*, cit., pp. 198-220; *Un attentato al re (1912)*, in *Difese penali. Studi di giurisprudenza penale*, I, Torino, 1923², pp. 623-646; *Un accesso di febbre rivoluzionaria. L'uccisione di Scimula e Sonzini (1922)*, in *Difese penali*, ult. cit., pp. 647-690.

([105]) A. BORCIANI, *Delitti contro lo Stato*, in *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, pubbl. da P. Cogliolo, cit., pp. 3-236, e *Dei reati di ribellione*, (1887), cit.

([106]) Anch'egli deputato, partecipò attivamente alla preparazione del codice ed intervenne poi con due grossi studi sulle questioni dei reati contro lo Stato: *I reati di Stato con speciale riguardo all'alto tradimento, esaminati nella legislazione, nella giurisprudenza e nella storia*, Torino, 1893, che è la ristampa autonoma della monumentale voce *Alto tradimento*, pubblicata per dispense, a partire dal 1888, nel *Digesto italiano*; e poi *Corso di diritto penale col commento delle relative leggi. Reati contro il diritto politico*, Roma, 1901.

Pietro Nocito non fu mai un socialista, malgrado avesse iniziato la sua atti-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ca ([108]), Michele Angelo Vaccaro ([109]), Carlo Manes ([110]), Adolfo

---

vità politico-forense facendo parte del collegio di difesa degli internazionalisti processati a Firenze nel 1875 per i moti insurrezionali dell'anno precedente (cfr. A. ANGIOLINI, *Cinquant'anni di socialismo in Italia. Storia completa e documentata dal martirio di Carlo Pisacane (1856) al Congresso di Imola (1902)*, Firenze [2], 1903, p. 123). Basterà, del resto, riferirsi al discorso inaugurale che egli tenne nell'Università di Roma nel 1894, pubblicato con il titolo *Lo Stato e il proletariato*, Roma, 1894. In esso Nocito nega la natura di classe dello Stato, critica a fondo socialisti rivoluzionari e riformisti, si oppone ad ogni idea di riforma agraria, ad ogni ipotesi di nazionalizzazione o di gestione socializzata. Propugna invece la soluzione mezzadrile per le campagne (p. 35), la riforma del credito agrario, « una buona legge contro l'usura » (p. 39), la riforma del contratto di pegno e di quello di prestito ad interesse (p. 41), l'incentivazione del cooperativismo (p. 44 ss.), una normativa per gli infortuni sul lavoro (p. 52 ss.) e l'avvio di un sistema di previdenza. Si tratta del programma minimalistico che sarà poi del socialismo bissolatiano e che era piuttosto diffuso nelle teorie sociali dei giuristi (cfr., più avanti, il « programma » di R. Laschi). Esso dimostra, tuttavia, quanto fossero compositi e contraddittori i ranghi del nostro *Kathedersozialismus*.

([107]) Deputato di Milano, Luigi Majno era « giurista di valore e socialista della prima ora », secondo l'opinione di E. CIACCHI, espressa nella rielaborazione di A. ANGIOLINI, *Socialismo e socialisti in Italia. Storia completa ed imparziale del movimento socialista dal 1850 fino al Congresso di Bologna del 1919*, Firenze, 1919, p. 1137 (si tratta del vecchio lavoro di Angiolini, al quale Ciacchi ha aggiunto alcuni aggiornamenti ed ha cambiato il titolo).

Il suo più importante contributo giuridico è certamente il *Commento al codice penale italiano*, Verona, 1890-96, ripubblicato molte volte in seguito per la notevole diffusione che sicuramente ebbe. Noi ci siamo serviti della terza edizione, torinese, che è del 1911.

([108]) F. DE LUCA, *Teorica del punire e dei reati di Stato, con brevi note sul codice penale italiano*, Catania, 1897, e poi, tre anni dopo, *L'anarchia nella sociologia e nella legge penale*, in *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, I (1900), pp. 397-412.

Egli stesso fa riferimento al suo impegno politico (girai la Sicilia, scrive, « per ragioni di propaganda politica, d'organizzazione proletaria e di giornalismo ») in uno scritto, *L'elemento storico nei reati di libidine*, pubblicato negli *Studi Ciccaglione*, II, Catania, 1910, p. 74. Delle persecuzioni poliziesche e giudiziarie cui fu fatto segno all'epoca del processo De Felice per l'insurrezione dei « fasci », ci parla N. COLAJANNI, *Gli avvenimenti di Sicilia e le loro cause*, Palermo, 1895, p. 365 ss.

([109]) Il suo libro più importante, *Genesi e funzione delle leggi penali*, Torino, 1888, ebbe peso notevole nel dibattito penalistico italiano. Critico nei confronti della scuola positiva (quasi unico in questo tra i socialisti giuristi), Michele Angelo Vaccaro dichiara di ispirarsi alla « dottrina del materialismo storico » (*Genesi e*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Zerboglio ([111]), Eugenio Florian ([112]), da personaggi minori come Brunetto Griziotti ([113]) o da giuristi di ispirazione liberal-democratica come Giovan Battista Impallomeni ([114]) e Alfredo Pozzolini ([115]).

---

funzione, 3ª ediz., 1908, p. 8) e conduce effettivamente un discorso ideologico più corretto e rigoroso di altri che dichiaravano lo stesso tipo di osservanza.

Come altri dello stesso indirizzo, M. A. Vaccaro sarebbe poi approdato a ben altre posizioni: in un elogio di Crispi, scritto nel 1927, rivendicherà il fatto di avere fin dal 1923, inneggiato alla « geniale ed illuminata guida del Duce » (M. A. VACCARO, *Crispi. Dal martirio all'apoteosi*, Roma, 1927, pp. 130-131).

([110]) C. MANES, *Capitalismo e criminalità. Saggio critico di sociologia criminale*, Roma, 1912; il cap. III della seconda parte (pp. 317-353) è interamente dedicato al *Delitto politico*.

([111]) Anch'egli deputato socialista, eletto nel collegio di Alessandria, Adolfo Zerboglio esordì in tema di delitti contro lo Stato con un opuscolo *Il regicidio e le sue cause*, Alessandria, 1900, fortemente intriso di luoghi comuni lombrosiani e sostanzialmente teso ad allontanare dal partito socialista la stretta repressiva che avrebbe verosimilmente seguito l'uccisione di re Umberto. Due anni dopo, con lo studio *Dei delitti contro l'ordine pubblico, la fede pubblica e la pubblica incolumità*, vol. IV del *Trattato di diritto penale* dir. da Zerboglio, Florian e altri, Milano, s.d. (ma 1903), il suo contributo alla questione dei reati politici diviene ben più considerevole; anche l'ipoteca lombrosiana si attenua a vantaggio di una più precisa valutazione delle premesse classiste del diritto penale, del resto da lui stesso analizzate — sia pure con una certa disinvolta sinteticità — in un articolo di qualche anno prima: *La lotta di classe nella legislazione penale*, in *La scuola positiva*, VI (1896), pp. 68-79.

([112]) Eugenio Florian fu forse il più prestigioso tra i giuristi « progressisti » che operarono a cavallo tra otto e novecento. Esordì sul terreno delle ideologie giuridiche con l'articolo *Ingiustizie sociali del codice penale*, pubblicato ne *La scienza del diritto privato*, IV (1896), pp. 46-55 e 81-95, la rivista diretta da G. D'Aguanno e A. Tortori, che si presentava già come punto di incontro dei socialisti della cattedra italiani. E non a caso quell'articolo di Florian è fortemente tributario dell'impostazione mengeriana. Influenzato dalla scuola positiva come quasi tutti gli altri esponenti del movimento, Eugenio Florian pubblica nel 1902 in quel *Trattato di diritto penale* che dirigeva insieme a positivisti-socialisti come Zerboglio, Pozzolini, Viazzi, Sighele, il suo *Dei delitti contro la sicurezza dello Stato*, che fu allora, ed ancora oggi è considerato, il più importante studio in materia dopo l'avvento del nuovo codice. Due anni dopo giunge lo studio sui *Delitti contro la libertà*, vol. II, parte II del *Trattato* ora citato, Milano, s.d., ma 1904.

([113]) B. GRIZIOTTI, *Teoria del reato politico*, in *Rinascimento*, Foggia, 1896, fasc. 17-18, pp. 1-36.

([114]) G. B. IMPALLOMENI, *Il codice penale italiano illustrato*, Firenze, 1890-91. Impallomeni era Procuratore del re e fece parte della Commissione definitiva

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si tratta di giuristi acuti, lucidi e combattivi, impegnati però su di un terreno difficile, seriamente condizionati da un codice che sono costretti a subire — quando non si vedono forzati a difenderlo —, sprovvisti di un quadro di riferimento ideologico rigoroso e spesso mossi da spinte contraddittorie: la loro è molto spesso una battaglia di retroguardia, nella quale le occasionali dichiarazioni di principio, provviste sovente di una forte carica di rottura, finiscono incapsulate, e si annullano, in *discorsi di connivenza* interamente costruiti secondo le inflessibili *règles du jeu* del diritto borghese ([116]).

---

per la formazione del codice, come segretario. Chiamato ad insegnare Diritto e procedura penale nell'Università di Roma, pronunziò nel 1905 l'importante prolusione *Funzione sociale del diritto punitivo*, stampata a Roma in quello stesso anno e pubblicata per estratti in *Critica sociale*, XV (1905), pp. 237-38, con il titolo *Il diritto penale è diritto di classe*? Nel necrologio che pronunciò su di lui, Alfredo Pozzolini dice che la sua maturazione politica (finì con l'impegnarsi nel partito radicale) iniziò con la difesa di De Felice nel processo per i fatti del '94 (A. POZZOLINI, *In memoria di G. B. Impallomeni*, Pisa, 1907, p. 8); la cosa ha riscontro nella rievocazione di N. COLAJANNI, *Gli avvenimenti di Sicilia*, cit., p. 333, e si concretò negli scritti di IMPALLOMENI, *Cenni sul ricorso in Cassazione dell'on. De Felice Giuffrida e C.*, Palermo, 1894, ed *I metodi della Corte di Cassazione nel ricorso De Felice e C.*, Torino, 1894.

([115]) Alfredo Pozzolini, membro della direzione del Partito radicale, non fece propri i programmi di riforma dei giuristi socialisti e dichiarò apertamente di dissentire da essi, pur « movendo da un punto di vista sociale ». Il suo progetto di politica del diritto venne definito prima nello scritto *L'idea sociale nella procedura penale. Appunti critici*, in *Archivio giuridico*, LX ed LXI (1898), poi ripubblicato autonomamente (Modena, 1898), ed in seguito nella prolusione pisana del 1908, pubblicata col titolo *Verso il nuovo diritto penale*, Pisa, 1909.

([116]) Queste espressioni non cadono qui a caso. Abbiamo voluto alludere con esse all'ultimo lavoro di A. J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1973, nel quale, sia pure con riferimento al momento « civilistico » del diritto borghese rappresentato dal codice di Napoleone, si dimostra l'esistenza e si descrive il funzionamento di un insieme di regole che sono esse stesse *il diritto* della borghesia. Il discorso di Arnaud è estensibile. È così che l'accettazione di certe convenzioni metodologiche condiziona a fondo il giurista — anche d'opposizione — perchè quelle convenzioni sono *esse stesse* il diritto che egli si propone di contestare, e la loro accettazione vale spesso l'accettazione di quel diritto. Il limite è pressoché insormontabile; per questo, coloro che si attardano a discutere — poniamo — le grandi classificazioni, dividendo i reati in comuni, politici e sociali (Florian), sono dentro una delle regole (la *distinzione*: strumento ideologico, e quindi mistificante, per co-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Una curiosa e paradossale logica li porta a rovesciare la falsa regola giolittiana che stabiliva come precetto di governo di attuare i programmi della minoranza mercè l'appoggio della maggioranza: per merito loro la maggioranza vede realizzato il suo disegno moderato grazie all'apporto di una minoranza impaniata nel codice e costretta a *rivendicare la moderazione* per far fronte alle insidie reazionarie di un potere che viola i patti.

Certo, le dichiarazioni di principio non mancarono tra i giuristi socialisti meglio attrezzati ideologicamente. Scriveva, per esempio, Michele Angelo Vaccaro che

> l'ufficio delle leggi penali non è stato finora quello di difendere la società, vale a dire *tutti i ceti che la compongono, ma segnatamente gl'interessi di coloro in favore dei quali è costituito il potere politico.*
>
> Le leggi penali, per esprimermi con una vecchia formula, ma vera, *tendono a conservare e a difendere l'ordine giuridico costituito...* il fondamento del diritto di punire... è riposto nel *fatto stesso* della *conservazione* del *potere costituito,* ossia dell'ordine giuridico, che ne è l'estrinsecazione...
>
> ciascun popolo... *ha le leggi penali che si merita, cioè quelle che,* secondo lo stato delle cognizioni, *sono ritenute necessarie, e si ha la forza di applicare, per mantenere e difendere un dato assetto sociale* ([117]).

Si tratta di una critica cosciente ma spuntata. Vaccaro non era il primo a porre l'accento sulla natura classista del codice penale, né sarebbe stato l'ultimo. Prima di lui si erano espressi con accenti simili gli stessi esponenti della scuola classica, anche se con linguaggio diverso e senza quel tanto di coscienza dei fini che fa della « preoccupazione » per l'ingiustizia degli ordinamenti un momento di autentica critica politica.

Insieme e dopo di lui, altri — e da sedi talora più solenni ([118])

---

prire — in questo caso — la reale *unità* della repressione; oppure sono dentro una logica *definitoria,* anch'essa regola e condizione del gioco, capace di portare *nel* gioco colui che vorrebbe starne fuori); essi esprimono, con ciò solo, una non sottovalutabile adesione al sistema nella sua interezza, e — d'altronde — non hanno scelta. Anche e soprattutto per questa via *le roi de Prusse* sfrutta per sé il lavoro dei suoi oppositori.

([117]) M. A. VACCARO, *Genesi e funzione,* cit., pp. 85-86.

([118]) Non è certo per caso che, per dichiarare la loro professione di fede giu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— denunciavano gli stessi meccanismi e ne chiedevano la rimozione invocando, insieme, giustizia ed efficienza del sistema.

Considerando

> il carattere di organo di classe che ebbe ed ha lo Stato — scrive Eugenio Florian ([119]) — è evidente che anche la legislazione penale mira soprattutto alla protezione delle classi economicamente dominanti, lasciando debole, deficiente e talora anche mancante del tutto la protezione e la difesa delle classi povere ed economicamente soggette.

E Zerboglio, scendendo più in concreto nel carattere di classe proprio del diritto penale politico, e prendendo le mosse da alcune osservazioni di Anton Menger sull'*ignorantia legis* quale strumento tecnico di un'oppressione di classe, ricorda che

> le gravi pene comminate a quanti si propongano e cerchino di abbattere le istituzioni politiche vigenti sono di interesse particolare della classe dominante.
>
> Perchè queste istituzioni sanciscono col predominio politico di una classe il predominio economico da cui derivano, le disposizioni penali che tendono a guarentirle sono essenzialmente disposizioni penali di classe ([120]).

aggiungendo poi una serie di considerazioni sulla finalizzazione dell'intero ordinamento alla conservazione del potere nelle mani della classe dominante.

---

ridica, per chiedere giustizia a vantaggio delle classi lavoratrici, o magari solo per *épater les bien-pensants*, i socialisti della cattedra scegliessero spesso il *medium* delle prolusioni accademiche. Così fecero, per esempio, Pietro Nocito nel 1894 (*Lo Stato e il proletariato*), « con l'intervento di S. E. il Ministro della Pubblica istruzione »; Alfredo Pozzolini nel 1908 (*Verso il nuovo diritto penale*); Cesare Vivante nel 1902 (*Le influenze sociali nel diritto privato*), anch'egli alla presenza del Ministro e con grande ripercussione negli ambienti politici, stando almeno a quanto ci dice E. CIACCHI, *Socialismo e socialisti*, cit., pp. 718-724; e poi altri come Enrico Cimbali nel 1882 (*Lo studio del diritto civile negli Stati moderni*) e nel 1887 (*Le obbligazioni civili, complemento e forma della vita sociale*); Emanuele Gianturco nel 1891 (*L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*); Pietro Cogliolo nel 1882 (*La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato*), G. Chironi sempre nel 1882 (*Il diritto civile nella sua ultima evoluzione*) e nel 1886 (*Sociologia e diritto civile*), G. B. Impallomeni nel 1905 (*Funzione sociale del diritto punitivo*).

([119]) E. FLORIAN, *Ingiustizie sociali del codice penale*, cit., p. 48.

([120]) A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, cit., p. 77.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non le sole norme penali, « nella nota tendenza alla severità pei delitti contro gli averi a preferenza che per quelli contro persone » valgono ad avvantaggiare una delle due classi in lotta, ma anche quelle procedurali, e così gli apparati del potere, i loro abusi tollerati, i loro privilegi ([121]).

Zerboglio avverte lucidamente due fenomeni ai quali abbiamo già accennato alcune pagine più indietro. Avverte l'uso che il sistema fa della magistratura e degli altri corpi dello Stato per rendere più apertamente « di parte » un codice nato con propositi di compromesso; così come si rende conto del ruolo delle *prassi reali* nel distorcere le norme a vantaggio di chi ha il potere:

> Spesso — egli scrive — le leggi penali, in sé, sono buone per tutti, ma è negli attriti e nel meccanismo del loro tradursi in pratica che finiscono per riuscire a vantaggio degli uni rispetto agli altri. Spesso inoltre non possono essere che come sono ed è a dispetto della stessa volontà cosciente del legislatore, per causa della piattaforma di divisione economica di classi su cui riposano, che assumono il carattere di disposizioni di privilegio ([122]).

Non diverse sono le espressioni di un Manes ([123]) o quelle,

---

([121]) « La lotta di classe si manifesta nell'intreccio delle complicazioni processuali malamente superabili da chi non possiede; nella nota tendenza alla severità pei delitti contro gli averi e preferenza che per quelli contro persone; nella non rara corruzione delle magistrature a giovamento di imputati danarosi; nella impunità di criminali autentici, ma *asserviti*, nella politica, nelle amministrazioni, nelle banche, alla classe capitalistica; *nelle leggi di eccezione intese a spazzar via in modo più spiccio ed arbitrario gli avversari dell'ordine costituito; nelle polizie specialmente adibite a inquisire, rincorrere i cosiddetti sovvertitori, creando talora complotti, attentati, violenze per giustificarne la persecuzione* » (A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, cit., p. 78).

([122]) A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, cit., p. 78.

([123]) « Se cotesta legislazione di classe è meno brutalmente evidente nei nostri codici, in quanto essi non possono mirare più alla dominazione e alla costrizione individuale dei singoli, come avveniva nel regime a schiavi e a servi, necessaria essendo la libertà individuale alla nuova forma di produzione... essa è invece più ampiamente e astutamente applicata anche in leggi diverse dalla legge penale (dazi protettori, tasse a larga base sul consumo delle merci di uso popolare, imposta proporzionale, ecc.).

Nel nostro istesso codice penale... a che tendono quegli articoli 405, ultimo valletto della intangibilità più assoluta della proprietà, 189 sulla « radunata sediziosa », 247 sul meraviglioso eccitamento all'odio fra le classi sociali, col cor-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pur meno aggressive, di un De Luca ([124]), o di altri esponenti della tendenza, penalisti e no ([125]). Uno di essi, recuperando le teorie di Francesco Carrara e scegliendo per esse un preciso significato, opera addirittura una singolare saldatura tra due momenti opposti della critica agli equilibri di potere moderati che si esprimevano in Italia, dimostrando ciò che anche a noi è parso di poter adombrare, e cioè la presenza di una carica riformista e progressista in quello che abbiamo chiamato l'*iperliberalismo* della tendenza carrariana all'interno della scuola classica ([126]).

> Lo Stato — scrive Griziotti — non rappresenta gli interessi comuni di tutta la società, ma quelli di una sola parte di questa, interessi che sono quasi sempre contrarii a quelli delle parti non rappresentate nello Stato. Lo Stato rappresenta la classe che ha il monopolio del reddito, e quindi del potere politico, e quindi ancora il monopolio della legislazione (p. 11)...
>
> Le istituzioni giuridiche possono cambiare, le disposizioni legislative, seguendo l'evolversi ed il mutarsi delle istituzioni, possono atteggiarsi in mille modi diversi, ma sempre il movente ultimo che sta alla base del movimento evolutivo del diritto sarà l'interesse di classe, l'interesse della classe al potere e legiferante.
>
> Solo di fronte a questo interesse, non sociale ma di classe, trova la propria spiegazione, la propria giustificazione, il giure emanato dalle classi dirigenti, perchè la *formola giuridica non significa che protezione al mantenimento dello stato sociale esistente*. L'istituzione giuridica... non è altro che un'arma... impugnata dalla classe dominante per potersi conservare al potere. *E quest'arma s'affila naturalmente nel giure punitivo ed in particolare nel reato politico* (p. 19)...
>
> Ed allora noi ci domandiamo: è lecito determinare il carattere delittuoso di un fatto alla stregua del *timore* che concepisce una classe, che è l'assoluta minoranza numerica nello

---

teggio di altri minori, se non alla difesa del capitalismo economico e politico? » (C. MANES, *Capitalismo e criminalità*, cit., pp. 126-127).

([124]) F. DE LUCA, *Teorica del punire e dei reati di Stato*, cit., p. 31 ss.

([125]) Ci limitiamo a ricordare G. SALVIOLI, *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo*, Palermo [2], 1906, p. 76 ss.; A. POZZOLINI, *L'idea sociale*, cit., p. 38 ss.; C. VIVANTE, *Le nuove influenze sociali nel diritto privato*, Roma, 1902, p. 13 ss.; G. B. IMPALLOMENI, *Funzione sociale del diritto punitivo*, cit.

([126]) B. GRIZIOTTI, *Teoria del reato politico*, cit., pp. 2-3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> Stato, per la sola ragione che ad essa, o meglio al sistema economico da essa voluto, il fatto è contrario?... Con codesto sistema si viene a confondere il pericolo della pubblica tranquillità col disturbo della quiete, non pubblica, ma di chi sta al potere (p. 35) » ([127]).

Non bisogna però dimenticare che questi giuristi avevano alle spalle una tradizione composita, che era partita dagli stessi *leaders* del socialismo politico italiano ([128]), era stata filtrata attraverso personaggi sconcertanti dal punto di vista ideologico come Pietro Ellero ([129]), o decisamente mistificatori e negativi — sotto ogni profilo — come Achille Loria ([130]), incanalandosi infine in un alveo dalle rassicuranti ascendenze europee (basti pensare alla diffusione avuta in Italia dall'opera di Anton Menger ([131])); si aggiunga che essi stessi, in più di un caso, praticavano l'ideologia socialista anche nell'attività politica pratica. La loro

---

([127]) B. GRIZIOTTI, *Teoria del reato politico*, cit., pp. 11, 19, 35.

([128]) Basterà ricordare scritti famosi come quelli di F. TURATI, *Il delitto e la questione sociale. Appunti sulla questione penale*, Milano, 1882 e di E. FERRI, *Socialismo e criminalità*, Torino, 1883, o come quello di L. BISSOLATI, *La ipocrisia del nuovo Codice penale*, in *Critica sociale*, I (1891), pp. 10-11.

([129]) Si veda, per es., P. ELLERO, *La tirannide borghese*, Bologna, 1879, spc. pp. 232-241, o le invettive contro la logica di classe incentrata sulla proprietà privata presenti ne *La questione sociale* (1874), Bologna [3], 1889, p. 32 ss.

([130]) Ci riferiamo soprattutto ad A. LORIA, *Verso la giustizia sociale*, I., *Nel tramonto di un secolo (1880-1904)*, Roma [3], 1920 (la prima ediz. è del 1904), contenente tra gli altri il saggio *Movimento operaio e legislazione sociale*, che è del 1901 (pp. 391-413); influenza particolare su alcuni giuristi socialisti (per es. il Griziotti) ebbe poi lo studio *Les bases économiques de la constitution sociale*, Paris, 1893. Anche Florian (*Ingiustizie sociali*, cit., p. 48) e Manes (*Capitalismo e criminalità*, cit., p. 127) si riferiscono all'analisi fatta da Achille Loria in quello studio, in ordine alla natura di classe dello Stato.

([131]) Non sarà inutile ricordare che già nel 1894 viene tradotto in Italia *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, che è del 1892-93 (tr. it. di G. Oberosler, col titolo *Il diritto civile e il proletariato. Studio critico sul progetto di un codice civile per l'impero germanico*, Torino, 1894), mentre la *Neue Staatslehre*, che è del 1903, è tradotta nel 1905 (tr. it. di O. Lerda Olberg, col titolo *Lo Stato socialista*, Torino, 1905).

C'è da aggiungere che altre opere importanti di Menger, come *Das Recht auf den Vollen Arbeitsvertrag in geschichtlicher Darstellung*, circolavano nella traduzione francese (con la prefazione di C. Andler), come ci testimonia B. DONATI, *Il socialismo giuridico e la riforma del diritto*, Torino, 1910, p. 15.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

coscienza dei meccanismi classisti che condizionano il diritto penale non poteva non porsi e non esprimersi in qualche modo.

Dove l'impegno delle analisi però veniva meno, era nella prosecuzione tecnica del discorso sui reati politici.

Valgono allora, o possono essere parzialmente recuperate, le sprezzanti parole che Antonio Labriola riservò loro — relegandoli in una nota del suo *In memoria del manifesto dei coministi* — forse volendo riecheggiare in Italia cose che prima Marx e poi Engels avevano detto nei confronti del *Kathedersozialismus* tedesco ([132]); o acquista ulteriore credito la resistenza che alle pretese di quei « pochi eretici... veri rompicolli » aveva già opposto Claudio Treves, ricordando che le riforme giuridiche possono essere realizzate solo dalle masse operaie, che « il socialismo non può venire che dall'opera degli interessati » e che « il movimento socialisteggiante che ha commosso i cultori del diritto, e che ancora a quando a quando si fa sentire, è sterile » ([133]).

Sta di fatto che quando i Nocito, i Florian, i De Luca, scendono nel concreto dell'analisi dei delitti contro lo Stato in specie, o dei reati politici in genere, il loro discorso non esce dagli schemi usuali, dai riti esegetici o dalle liturgie scientifiche dell'epoca, rappresentate dall'*excursus* storico o — per i più spericolati — dalla comparazione etnologica, condotta peraltro senza alcuna esigenza di rigore o criticità, secondo i modi suggeriti dallo stile espositivo di Cesare Lombroso.

Può nascere così un certo dibattito anche *all'interno* della tendenza che stiamo esaminando, esattamente alla maniera e nei termini in cui si articolava, poniamo, all'interno della « vecchia scuola »; con il risultato di mettere in ombra le motivazioni di fondo ed i dissensi politici ad esse connessi, per valorizzare invece

---

([132]) Cfr. C. U. SCHMINCK, *Stato di diritto e movimento operaio. Per la storia del diritto penale politico in Italia*, in *Studi storici*, XI (1970), pp. 465-66. Per il passo, del resto notissimo, presente nello scritto di A. LABRIOLA, *In memoria del manifesto dei comunisti (1895)*, rinviamo all'edizione curatane da V. Gerratana ed A. Guerra nella raccolta *Saggi sul materialismo storico*, Roma, 1964, p. 26.

([133]) C. TREVES, *Socialismo e diritto civile*, in *Critica sociale*, IV (1894), pp. 313-14, così citato in P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico*, II. *Crisi e tramonto del movimento*, in *Politica del diritto*, I (1970), p. 387.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lo scontro sui dogmi, sulle definizioni, sulle interpretazioni concettuali o terminologiche.

Così, se Nocito esordisce nel suo studio sui *Reati contro il diritto politico*, affermando che

> chiamo col nome di reati contro il diritto politico i reati che non solo offendono il diritto politico propriamente detto, cioè l'esistenza e la costituzione dello Stato o società politica, ma anche quei reati che senza essere per la loro natura politici *hanno un'importanza politica*, cioè interessano la costituzione politica perchè servono a garantirla, e tali sono i reati contro le pubbliche libertà ([134]).

Florian, dal canto suo, articola con maggior rigore la distinzione tra *delitti politici* e *delitti contro lo Stato*, valorizzando poi la nozione di *delitto sociale* ([135]), cioè una *terza* specie di infrazioni « politiche » che consente di trattare, per esempio, l'attività degli

---

([134]) P. NOCITO, *Reati contro il diritto politico*, cit., p. 3.

([135]) E. FLORIAN, *Delitti contro la sicurezza dello Stato* (citiamo, come già avvertito, dall'edizione del 1915), pp. 27-28 e 134-136: « I delitti contro lo Stato occupano, quindi, il primo posto nella scala dei fatti punibili.

Però cotesta locuzione va intesa, alla stregua del Cod. pen. nostro, in senso proprio e ristretto.

Difatti, sotto un certo punto di vista tutti i reati sono contro lo Stato... ogni reato è lesione o minaccia dell'ordinamento giuridico, di cui è centro ed organo supremo lo Stato. Onde devonsi intendere qui i delitti che attaccano beni ed interessi giuridici dello Stato *direttamente*...

Se non che è d'uopo enunciare fin d'ora un'altra locuzione, con cui quest'ultimo gruppo di delitti si volle indicare: la locuzione è quella, nota e celebre, di *delitti politici*. Però cotesta locuzione *delitti politici* non ebbe e non ha un significato comune e preciso: alcuni assegnano ai delitti politici una sfera più ampia, altri più ristretta di quella propria dei delitti contro lo Stato suindicati; altri, ancora, dicono che *delitti politici* e *delitti contro lo Stato* sieno la stessa cosa e le due locuzioni coincidano.

Noi ne discuteremo in appresso; per ora ci basti notare che, secondo noi, le due locuzioni non coincidono punto e che la formula *reati politici* significa assai meno che *reati contro lo Stato* » (pp. 27-28).

Quindi, così delinea i « delitti sociali »: « Della espressione *delitti sociali* è avvenuto come della locuzione *delitti politici*: dapprima con quella espressione si designavano i delitti che avessero, quale oggetto proprio, diritti ed interessi non di singoli, bensì diritti ed interessi di collettività. In altre parole, delitti sociali si consideravano quelli, nei quali pubblico fosse il danno immediato...

Successivamente, formata la categoria dei delitti *politici*, in questa vennero

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anarchici, alla stregua della delinquenza comune: il che facilita ovviamente la repressione antianarchica (e non solo quella ([136])),

il più delle volte confusamente compresi anche i delitti diretti contro gli istituti essenziali di una determinata organizzazione sociale, cioè, i *delitti sociali*.

Da ultimo, infine, i *delitti sociali* acquistavano una concezione ed una disciplina propria e peculiare...

...i maggiori impulsi a formare una teorica sui *delitti sociali* vennero dagli attentati commessi ad opera degli anarchici, fautori ed esecutori della così detta propaganda col fatto » (pp. 134-36).

([136]) Come ricorda lo stesso Florian, fu J. G. Bluntschli nel 1880 a chiedere per primo che fossero distinti i delitti politici da quelli « sociali » ai fini dell'estradizione, perchè le ragioni che suggeriscono di negare l'estradizione dell'autore di reati politici, vengono a cadere in presenza del movimento anarchico, che configura una sorta di « pirateria » dei tempi moderni e che va perseguito al di là della « legalità internazionale » (cfr. E. FLORIAN, *Delitti contro la sicurezza dello Stato*, cit., p. 136, che però data erroneamente l'intervento del Bluntschli al 1882).

Da notare che Bluntschli non parla affatto, nella sua mozione, di rei o di reati: parla di *conspirateurs communistes ou nihilistes*, cioè di *oppositori politici*, radicali quanto si voglia, ma oppositori.

Le tesi di Bluntschli ebbero rapido successo e suggerirono alla dottrina di più di un paese l'*escamotage* dei delitti « sociali ». Così, dopo aver avuto l'adesione immediata di giuristi illustri come F. VON HOLTZENDORF, *L'estradizione*, in *Rivista penale*, XV (1881), pp. 301-308 o F. DE MARTENS, *Traité de droit international*, Paris, 1887, esse vennero riprese e si affermarono qualche anno dopo, in concomitanza con il crescere della paura per « lo spettro che si aggira per l'Europa » ed in significativa coincidenza con la crisi dell'internazionalismo anarchico.

Le riprende M. A. ROLIN, *La répression des attentats anarchistes. Etude de législation comparée*, in *Revue de droit international et de législation comparée*, XXVI (1894), pp. 125-152. Anche Rolin parte dagli anarchici ed arriva ai più pericolosi *socialistes et collectivistes*, oggetto reale della preoccupazione repressiva, colpito in blocco con l'*ennemi anarchiste* che costituisce il provvido pretesto di tutta l'operazione (cfr. in particolare, pp. 128-129).

Lungo la stessa linea si muoveranno poi in molti: per restare ai soli giuristi d'oltralpe, ricordiamo A. DEYAL, *Der Anarchismus u.d. Lösung der sozialen Frage im Verhältnis zur Rechtspflege*, Berlin, 1894; L. EMANUEL, *Der Anarchismus und seine Heilung*, Leipzig, 1894; F. GRIVAZ, *L'extradition et les délits politiques*, Paris, 1894; R. JOSSEAUME, *Etudes sur les lois contre les menées anarchistes*, Paris, 1894; A. NAQUET, *Discussion du projet de loi tendant à réprimer les menées anarchistes*, Paris, 1894 (i lavori di Josseaume e Naquet riguardano espressamente la legge speciale votata in Francia nel 1894); M. P. FABREGUETTES, *De la complicité intellectuelle et des délits d'opinion. De la provocation et de l'apologie criminelle. De la propagande anarchiste*, Paris, 1894-95; R. GARRAUD, *L'anarchie et la répression*, Paris, 1895; A. LENZ, *Der Anarchismus u.d. Strafrecht*, in *Zeitschrift f. die gesamte Strafrechtswiss.*, XVI (1896); H. SEUFFERT, *Anarchismus u. Strafrecht*, Berlin, 1899.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

toglie a certi oppositori quell'aura popolare e quella simpatia temute proprio da Florian (137) ed evita al giurista che vuole estradare l'anarchico (e non solo l'anarchico), o non amnistiarlo, o farlo giudicare da un giudice togato invece che da una giuria popolare, l'arduo compito di dimostrare che il suo reato non è politico; basterà dimostrare — cosa infinitamente più facile — che si tratta di *delitto sociale*. La definizione di delitto sociale è infatti nelle opere dei giuristi, è stata commisurata sul delitto anarchico (e sulle associazioni anarchiche considerate ormai associazioni di malfattori) e si attaglierà perfettamente al caso.

In ciò è uno dei limiti, o se si vuole uno degli indizi di connivenza con il sitema, espressi da certi giuristi « progressisti ». Se l'articolo 9 del codice penale vieta l'estradizione dello straniero « per i delitti politici (e) per i reati che a questi sono connessi » basterà trovare la via di una ulteriore suddistinzione che smembri uno dei due termini *politico-comune* facendone gemmare un terzo. La tecnica definitoria dei giuristi non conosce ostacoli quando si tratta di operazioni di questo genere.

Ad altri basterà scovare un filo nel discorso che, a metà tra il giudizio politico e la ferma manifestazione di sdegno morale, consenta di formulare in termini giuridici un'opzione, tutta ispirata al principio *law under order*, tale da qualificare certe forme di dissenso come reati comuni *tout court* (138).

---

(137) E. FLORIAN, *Delitti contro la sicurezza dello Stato*, cit., pp. 72-73.

(138) È questa la linea espressa in Italia da quella che abbiamo individuato come « penalistica moderata ». Ci riferiamo, per esempio, alle opinioni espresse da: F. MANDUCA, *Il delitto anarchico e il diritto penale italiano*, in *Giustizia penale*, V (1899), p. 225 ss.; A. MOSCATELLI, *I delitti politici e gli attentati anarchici in materia di estradizione*, in *Rivista penale*, XLIX (1899), pp. 356-366; P. TUOZZI, *Corso*, III, cit., pp. 28-29; G. NAPODANO, *I delitti contro la sicurezza dello Stato*, cit., p. 82 ss., il quale respinge la classe dei *delitti sociali*, con cui si vorrebbe aggirare la questione mentre in sostanza la si aggrava rischiando di fare « del delitto anarchico un delitto *speciale*, e molto più... un delitto d'*eccezione* ». In realtà, il senso delle affermazioni di N. non porta inevitabilmente all'equazione delitto anarchico - delitto comune.

« Quando si guardi — egli scrive (p. 83) — ai fatti commessi dal partito anarchico di azione, non con l'intento di abbattere l'ordine politico e sociale esistente, per cui ci vorrebbe ben altro, ma nello scopo di mostrare la potenza di un partito che si allarga ed ingrandisce, e pretende riformare la organizzazione sociale, al-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Altri, tra i « progressisti », forse con maggiore obiettività, cercano compromessi ([139]). Ed accanto ad un Manes che con un misto di realismo e di testimonianza ideologica riduce alla sua sostanza di scontro di classe la natura del reato politico ([140]), troviamo « socialisti » come Emanuele Gianturco, che nella veste di ministro Guardasigilli presentava, il 2 febbraio 1901, un progetto di legge per la repressione del movimento anarchico ([141]), nel quale

---

lora ci troviamo di fronte a dei delitti che, come tutti gli altri, prendono nome e figura dall'obietto, cioè dal bene giuridico contro cui sono diretti.

E però sono delitti di Stato, se aggrediscono l'ordinamento politico; delitti contro la pubblica amministrazione, contro l'ordine pubblico, contro la incolumità pubblica, contro le persone o la proprietà, se aggrediscono la pubblica autorità, organizzano associazioni criminose o seminano lo squallore con gli incendii, le devastazioni e gli omicidii ».

([139]) Vediamo per esempio Francesco De Luca esporre la tesi secondo la quale gli anarchici possono essere divisi in « due ordini...: i *pugnalatori* o *bombardieri* e gli associati per la rivoluzione. La delinquenza dei *propagandisti col pugnale e con la bomba* è indiscutibile, perchè eglino con i loro atti criminosi offendono il sentimento, ormai generale ed *organico*, che condanna gli attentati alla vita altrui... Viceversa, *il mezzo prescelto dagli altri anarchici, desiderosi di far* sparire con un commovimento generale Stato e proprietà privata, è ben diverso dalla bomba e dal pugnale, maneggiati nel modo poco sopra cennato: il mezzo è la rivoluzione, i cui caratteri specifici non destano l'orrore che si concepisce all'annunzio dell'esplosione di una macchina infernale... Breve: con le aggressioni della *propaganda col fatto* s'assalgono dei cittadini, impreparati a reagire, con la rivoluzione si mira ad abbattere i poteri dello Stato, sempre pronti a respingere gli attacchi degli avversarii, di guisa che il *primo fatto è un reato comune, il secondo è un delitto politico* » (F. De Luca, *L'anarchia nella sociologia e nella legge penale*, in *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, I (1900), pp. 406, 409).

([140]) C. Manes, *Capitalismo e criminalità*, cit., pp. 348, 350: « pur restando sempre delitto di classe, il delitto politico è dunque oggi essenzialmente il delitto della classe proletaria e lavoratrice e di coloro che le camminano al fianco. È questa la nuova posizione che esso ha assunto nel regime economico-sociale che chiamiamo capitalismo, il quale ha contribuito ad allargargli la base per due vie diverse: rendendolo il delitto tipico della classe più numerosa che ... prepara il suo avvento e deve lottare per ciò; e svelando ... le cause e le ragioni delle profonde antitesi sociali che generano appunto la lotta fra le classi che il capitalismo acutizza ... »; « il carattere nuovo del delitto politico è il suo industrializzarsi progressivo, il diventare il delitto tipico della classe lavoratrice ». Cfr. E. Florian, *Delitti contro la sicurezza dello Stato*, cit., p. 164.

([141]) La proposta ebbe 11 giorni di vita, cadendo alla caduta del governo Saracco che l'aveva presentata. Con essa, lo stesso Gianturco che si era battuto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rinverdiva più di uno degli *specialia criminis* che avevano fatto triste, qualche secolo prima, la fama del sistema del *crimen laesae maiestatis*.

Quella proposta di legge dava impunità al complice denunciante, istituiva la deportazione come pena complementare, portava a due (da cinque) il numero di persone sufficienti a costituire un'associazione (anarchica) di malfattori, puniva la provocazione a delinquere anche segreta (mentre il codice chiedeva l'ovvio requisito della pubblicità), vietava i resoconti dei dibattimenti processuali sulla stampa, la pubblicazione di foto di anarchici, la sottoscrizione in favore degli arrestati e dei condannati ([142]), guardandosi bene — infine — dal definire il « reato » di anarchia; tanto che a molti tornò alla mente l'uso che Crispi aveva fatto delle leggi del luglio 1894 contro il partito socialista e che lo stesso Gianturco aveva allora previsto ed avversato ([143]).

Siamo dunque davanti ad un ventaglio di posizioni che verifica una volta di più i due presupposti dai quali siamo partiti iniziando il discorso sullo *Strafrechtssozialismus* italiano: la non

---

nel 1894 contro certi aggravamenti della legge sui provvedimenti di pubblica sicurezza voluti da Lucchini e da Crispi « per colpire gli anarchici », propone una linea certamente peggiore di quella crispina, non foss'altro che per il diritto speciale che stabiliva, in grave contrasto con le pur lievi garanzie statutarie e con il già pesante sistema del codice.

([142]) Onde impedire — dichiarò — « che si formi e che acquisti forza ed efficacia di azione, quel così detto ' temperamento anarchico ' che trae il suo alimento sopra tutto dalla delinquenza dei minorenni, e da quella morbosa vanità che costituisce la triste celebrità di certi assassini: essi si esaltano al pensiero che il loro nome sia strombazzato negli angoli più remoti del mondo, con fotografie, biografie, sottoscrizioni dopo processi ampi e rumorosi. E noi vogliamo reprimere questa vanità che è caratteristica del temperamento anarchico, vietando resoconti dei dibattimenti, pubblicazione di fotografie, e sottoscrizioni (...), e tutto quanto possa alimentare questa insaziabile e sciagurata vanità ». (E. GIANTURCO, *Discorso 2 febbraio 1901*, in *Discorsi parlamentari*, Roma, 1909, p. 93).

Si noti come il « socialista » che doveva ben conoscere il valore di solidarietà e di sostegno che avevano le sottoscrizioni di denaro tra i lavoratori a favore dei prigionieri politici (spesso attivate per rendere operante il loro diritto alla difesa col pagamento delle spese processuali) mistifichi la realtà, ricorrendo ad una delle deduzioni « scientifiche » di marca lombrosiana, quale la « vanità del temperamento anarchico ».

([143]) E. GIANTURCO, *Discorso 11 luglio 1894*, in *Discorsi parlamentari*, cit., p. 71 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

omogeneità e la difficile circoscrivibilità della « scuola » ed il suo « collaborazionismo » con il sistema repressivo (144).

Tale « collaborazionismo » trova però, in alcuni giuristi socialisti, un *risvolto positivo*.

Abbiamo già detto della necessità in cui spesso si trovarono quei giuristi di resistere alle degenerazioni del sistema repressivo ed all'uso settario che di esso veniva fatto dalla magistratura: ebbene, esiste un tipo di connivenza con la logica del codice che permette di sfruttarne fino al limite massimo le contraddizioni e le pieghe o, se si vuole, i momenti di più pronunciato liberalismo.

È ciò che fa, per esempio, Luigi Majno, quando allarga il più possibile l'area dei reati politici, avendo in vista non l'ampliamento dell'intervento politico-repressivo dello Stato, ma il massimo sfruttamento di quei « privilegi » procedurali che il liberalismo di Zanardelli aveva preservato per i reati politici.

> I delitti contro la sicurezza dello Stato — scrive Majno (145) — sono indubbiamente delitti *politici*. Ma... altri ve ne sono

(144) Tale « collaborazionismo » diviene addirittura iniziativa repressiva attiva quando si tratta di combattere il movimento anarchico. Abbiamo già accennato a questo fenomeno e ne abbiamo visti alcuni aspetti poco sopra. Esso si può spiegare, crediamo, con due valutazioni che si legano alla rottura, avvenuta negli anni ottanta, tra internazionalisti e socialisti. La prima si può esprimere nel motto « pas d'ennemis à gauche », e consiste nella volontà di limitare, anche usando gli strumenti repressivi dell'avversario comune, l'influenza delle dottrine libertarie in mezzo alle masse lavoratrici italiane. La seconda riguarda la « rispettabilità » del partito socialista che non vuole essere coinvolto nell'avventurismo anarchico e nella repressione che esso provoca. A quest'ultima vanno probabilmente imputati i frequenti interventi anche di socialisti giuristi che prendono le distanze dai più compromettenti « fatti » anarchici (pensiamo allo scritto di A. ZERBOGLIO, *Il regicidio e le sue cause*, Alessandria, 1900, o a quello di E. FERRI, *Il regicidio*, in *La scuola positiva*, X (1900), pp. 503-507, suscitati dal clamoroso episodio di Monza). Si aggiunge a tutto questo l'avversione ideologica propria della tradizione marxista nei confronti del « gesto » politico e dell'uso della violenza individuale nella lotta per il potere: i socialisti fanno propria in forma ufficiale quella avversione e si comportano di conseguenza. Anche se ciò non comporta necessariamente, crediamo, l'assumere il ruolo di fiancheggiatori della repressione; non foss'altro che per l'esperienza, già fatta più volte, della poca disposizione del potere costituito a fare eccessive distinzioni tra i suoi oppositori, una volta che la repressione abbia avuto via libera.

(145) L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, I, cit., art. 104 (§ 618), p. 387 e nota 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

> in altri titoli del codice penale ed in leggi speciali, ai quali si conviene, nei congrui casi, la qualifica di delitti politici. Nel senso che il *concetto di reato politico non si limiti a quanto concerne la forma di governo*, ma si estenda a tutto quanto riguarda le *istituzioni economico-sociali negli svariati loro rapporti...* e nel senso che il *fine politico dia carattere di reato politico anche a fatti aventi materialità di reato comune* (146).

L'intento « difensivo » di Luigi Majno non si manifesta soltanto in sede di definizione del reato politico.

Cosciente del rischio rappresentato dal momento interpretativo ed applicativo del codice, ed avvertendo che già all'atto del suo approntamento il legislatore aveva rettificato in senso meno liberale le premesse di Zanardelli (147), lo vediamo invocare i lavori preparatori al fine di precostituire una base ermeneutica che dia maggiori garanzie, specie per quanto attiene la materia dei reati d'opinione (148).

Critica a fondo il frequente ricorso agli « stati d'assedio » e gli abusi che vi sono connessi (149), l'uso illiberale ed antisocialista

---

(146) Cfr. lo stesso L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, I, cit., art. 9 (§ 54), p. 39.

(147) « Noi non crediamo che il legislatore italiano sia sempre attento rigorosamente agli accennati criteri (*allude ai criteri liberali esposti nelle relazioni del Guardasigilli Zanardelli*): esso prevede, infatti, ipotesi che nella indeterminatezza della loro definizione giuridica risentono ancora dell'antico modo d'intendere il reato politico: ipotesi, nelle quali mal si saprebbe vedere configurato un attacco costituente eccesso punibile, secondo gli stessi concetti assunti a base dal legislatore nostro: per es., la associazione di cui nell'art. 251 del codice penale ». (L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, I, cit., art. 104 (§ 619), p. 389).

(148) « ...le solenni dichiarazioni contenute nei lavori preparatorii quanto all'indole relativa e mutabile del reato politico e quanto al riserbo che il legislatore ha inteso di imporsi in questa delicata materia, dovrebbero valere a moderare il senso della legge, dove il testo letterale apparisse prestarsi alla creazione e repressione dei reati d'opinione » (L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, I, cit., art. 104 (§ 619), p. 389). Sul tema dei reati di opinione richiamiamo l'attenzione del lettore sulla precisa analisi fatta da C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., spec. pp. 19-45.

(149) « Pur troppo, alla indeterminazione delle disposizioni concernenti i delitti contro la sicurezza dello Stato e contro l'ordine pubblico, si aggiunge replicatamente il guaio di vedere affidati questi delicati giudizi al criterio di tribunali militari durante quelle complete eclissi dei diritti statutari e delle elementari li-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degli articoli 247 ([150]) e 251 del codice penale, così come l'altrettanto illiberale pratica della legislazione speciale (« leggi in cui la politica ha eclissato la serena concezione del diritto; provvedimenti violatori anche delle norme costituzionali » ([151])).

Anzi, mostrando una notevole capacità di utilizzare a scopi difensivi persino gli strumenti più energicamente offensivi dell'avversario, arriva alla conclusione che quella legislazione speciale ([152]), posta a perseguimento delle associazioni miranti a

---

bertà, che furono gli *stati d'assedio*. Tribunali non solo contrari, per la stessa istituzione loro, agli art. 6 e 71 dello statuto, ma anche inadatti per altre ovvie ragioni, e perchè facilmente tratti ad usare in qualsiasi modo degli articoli indicati nei bandi del Commissario straordinario, che è un generale, e a definire la gravità dei fatti in rapporto non tanto alla loro instrinseca entità quanto agli eventuali eccessi della repressione alla quale gli stessi giudici concorsero come militari ». (L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, I, cit., art. 104 (§ 619), p. 389.

Sullo « stato d'assedio » e sulla sua dubbia statutarietà s'erano pronunciati anche E. BRUSA, *Della giustizia penale eccezionale ad occasione della presente dittatura militare*, in *Rivista penale*, XXXIX (1896), p. 413 ss.; C. GATTESCHI, *Intorno alla proclamazione dello stato d'assedio e all'istituzione di tribunali militari*, in *Legge*, I (1894), p. 393 ss.; A. MAJORANA, *Lo stato d'assedio*, Catania, 1894; P. CONTUZZI, *Stato d'assedio*, in *Digesto italiano*, XXII. 2.

([150]) Diceva l'art. 247 che « chiunque, pubblicamente, fa l'apologia di un fatto che la legge prevede come delitto o incita alla disobbedienza della legge, ovvero incita all'odio fra le varie classi sociali in modo pericoloso per la pubblica tranquillità, è punito con la detenzione da tre mesi ad un anno e con la multa da lire cinquanta a mille ». « È doloroso a constatarsi — commenta Majno — che troppe volte la giurisprudenza dimenticò i motivi ufficiali della legge, secondo cui l'art. 247 *non è applicabile per una semplice propaganda di idee: e confuse col delittuoso incitamento all'odio la semplice constatazione ed analisi del fatto economico della lotta di classe* — attribuendo a quest'ultima parola l'indebito significato materiale di un violento conflitto, e alla legge una portata che il legislatore dichiarò di non volere. E vi è ancora di peggio, per dimostrare che *l'articolo 247 è praticamente adoperato come arma politica*, e non altrimenti: mentre, infatti, dell'art. 247 si fece largo uso ed abuso nella pratica dei tribunali, *sempre lo si applicò per scritti o discorsi ritenuti incitatori contro la borghesia, mai per scritti o discorsi contro il proletariato*: nè il confronto delle forme di linguaggio è sempre a favore di chi scrive o parla per la classe dominante ». (L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, II, cit., art. 247 (§ 1234), p. 44).

([151]) L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, II, cit., art. 251 (§ 1253), p. 58.

([152]) Si tratta essenzialmente della legge 19 luglio 1894, n. 316 (il cui art. 5

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« sovvertire per vie di fatto gli ordinamenti sociali » aveva conseguito un effetto: « Le associazioni in essa previste, e per le quali si era sentito dal potere legislativo il bisogno di disposizioni speciali, non si possono (anche per un argomento di diritto positivo) ritenere colpite da alcuna delle vigenti disposizioni del codice penale » (153).

Un'impostazione che, mutuata nel modo, e nel tipo di sillogisma utilizzato, dallo stile della magistratura — tendeva a mettere al sicuro i socialisti nei confronti di un uso spregiudicato, da parte della stessa magistratura, dell'articolo 251 del codice penale.

Inutile dire che Luigi Majno non rimase solo nello svolgimento di un simile lavoro difensivo.

Potremmo rifarci a momenti dell'opera di Adolfo Zerboglio (154), o di G. Battista Impallomeni (155), o di altri ancora.

Quel che conta, crediamo, è l'aver delineato tendenze, velleità e limiti di una corrente di giuristi che, mossa da un'ideologia politica vissuta e professata lontano dalle cattedre, tenta di guadagnare una sua posizione nella gestione dottrinale del codice: per fare da punto di riferimento alla quotidiana lotta difensiva delle classi lavoratrici e per indicare insieme, attraverso la critica dell'esistente e con l'abbozzo di un programma riformatore, la via della « legislazione socialista » dell'avvenire.

7. Abbiamo già detto del peso che ebbero nel « socialismo giuridico » penale le teorie della « nuova » scuola positiva.

Moltissimi degli esponenti della « sinistra penalistica » italiana professano apertamente o mettono comunque in pratica le metodo-

---

venne utilizzato contro le associazioni socialiste), dichiarata in vigore fino al 31 dicembre 1895; della legge 17 luglio 1898, n. 297 che richiamava in vigore la 316 fino al 30 giugno del 1899, e del decreto legge 22 giugno 1899, n. 227, dichiarato decaduto dalla Cassazione con sentenza 20 febbraio 1900. Majno non esamina, in questa sede, le altre leggi del 19 luglio 1894, la 314 e la 315, rivolte principalmente contro il movimento anarchico.

(153) L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, II, cit., art. 251 (§ 1253), p. 58.

(154) In particolare nello studio *Dei delitti contro l'ordine pubblico*, cit., p. 37 ss.

(155) Rinviamo alla ricostruzione della sua critica all'art. 247 fatta da C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 33.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

logie di Ferri e di Lombroso: Borciani, Zerboglio, De Luca, Manes, — e gli stessi Florian e Majno — ne sono tributari.

Ciò non toglie che esista un discrimine di fondo tra la tendenza « socialista » (alla quale possiamo certamente associare anche i nomi di positivisti come Rodolfo Laschi ([156]) o Alberto Borciani, a tacere dello stesso Ferri) e la componente di stretta osservanza lombrosiana, che è poi quella meno (o solo occasionalmente) impegnata nello specifico giuridico, tutta tesa com'è alla costruzione della nuova « scienza » antropologico-criminale.

Tale discrimine si pone a nostro avviso, oltre che in forza di alcuni *contenuti* della nuova scuola (o, se si vuole, in ragione di certe sue *rivendicazioni*), anche — e soprattutto — in conseguenza dell'*atteggiamento obiettivo* che, a prescindere dalle dichiarazioni o dalle intenzioni, il lombrosismo veniva ad assumere nel quadro della penalistica italiana.

Abbiamo già accennato, nel § 4, alla presa di posizione espressa da Lombroso all'apparire del nuovo codice, con il suo *Troppo presto*. In quello scritto sono sintetizzate alcune delle decisive discriminanti nei confronti della tendenza socialista: il malcelato rammarico per la « precoce abolizione » della pena di morte; una sfiducia diffusa (quando non un'avversione che copre con ragioni « scientifiche » un latente atteggiamento razzista) nei confronti delle classi subalterne; una disposizione generale alla « selezione biologica » (il dilemma *forti-deboli*) che riproduce con allucinante chiarezza il meccanismo di selezione sociale alimentato da tutti i dilemmi (*ricchi-poveri, colti-analfabeti, dirigenti-diretti*) tipici della società di classe.

Questi contenuti sono però mascherati da una cortina fumogena fatta di argomenti « scientifici »: per lo più statistiche attinte a caso, e senza possibilità di controllo per nessuno, notizie etno-

---

([156]) Rodolfo Laschi è co-autore, insieme a Lombroso, del famoso studio *Il delitto politico e le rivoluzioni in rapporto al diritto, all'antropologia criminale ed alla scienza di governo*, Torino, 1890. In particolare, si devono interamente a lui il capitolo storico-giuridico dell'opera, e quello sui mezzi di « prevenzione economica » del reato politico.

Già nel 1885 era uscita una sua *Relazione* sul tema del « delitto politico » negli *Actes du premier Congrès international d'anthropologie criminelle*, Roma, 1885, pp. 37-40 e 379-389.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

logiche filtrate dalla curiosità per l'esotico, continui riferimenti ad un mondo antico di maniera, teorie che vengono « provate » con interpretazioni suggestive di fenomeni isolati.

In più, e sempre dal punto di vista dei socialisti che se ne fanno influenzare, gioca a vantaggio dei positivisti lombrosiani, l'aria di eresia che li circonda, l'avversione che riescono a suscitare tra i conservatori (Luigi Lucchini usciva inutilmente dai gangheri pensando a loro), il loro dichiarato « filoneismo », la loro « religione del progresso » e — soprattutto — il loro legame organico con certi aspetti deteriori della cultura socialista: da un certo male inteso darwinismo fino alle influenze di Spencer o di Comte.

Tutti elementi che alimentano l'equivoco (che non reggerà tuttavia a lungo) e mettono in ombra le differenze di fondo.

Quello che però qui ci interessa mettere in luce è l'obiettiva scelta strategica contenuta nell'approccio analitico lombrosiano.

Al dilemma tra democrazia ed autoritarismo, allo scontro tra tolleranza liberale e repressione conservatrice e reazionaria, egli risponde con una teoria del reo e del reato politico che è, paradossalmente, più radicalmente conservatrice di quella espressa — tanto per intenderci — dai Lucchini o dai Vigliani.

In sostanza la sua teoria si fonda sul presupposto (« scientificamente » costruito) che *coloro che commettono reati politici non possono essere che pazzi o comunque malati*. Rovesciata, questa affermazione suona — paradossalmente — che per mettersi in radicale dissenso con il potere costituito bisogna essere, per l'appunto, pazzi o malati. Esplicitata, essa dice — sostanzialmente — che *le istituzioni, le manifestazioni, le azioni del potere costituito sono talmente ineccepibili che solo un pazzo o un malato possono avversarle.*

La ricostruzione può apparire schematica e forzata. Uno sguardo ravvicinato al discorso di Lombroso servirà a mostrare come non si tratti di una ricostruzione paradossale.

Il primo indizio della « anormalità » del dissenso politico è costituito, per Lombroso, dall'apparire sulla scena politica dei comunisti e degli anarchici.

> Vediamo — egli scrive — al di sopra del repubblicano e del socialista, che hanno una giusta ragione storica ed economica d'esistere, far capolino il comunista e l'anarchico, che sono e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si dichiarano la negazione più completa dello Stato, rinnegando persino i doveri di cittadino, e che vogliono distruggere, d'un tratto, quei legami che rendono l'uomo attuale relativamente felice ([157]).

Ma questa è solo la premessa, o forse un'anticipazione del risultato finale, di un discorso che — per voler essere scientifico — si svolge per accurate tappe successive.

Questo ci consente di verificare strada facendo il peso coerentemente conservatore della dottrina lombrosiana.

Indizio sicuro è, per esempio, la sua teoria della rivoluzione, che sarebbe « un effetto lento, preparato, necessario... espressione storica della evoluzione », il cui essenziale carattere è un « moto lento e graduato... ragione di successo, perchè è tollerato e subìto senza scosse...; dato un assetto di popolo, di religione, di sistema scientifico che non sia più corrispondente alle nuove condizioni, ai nuovi risultati politici, ecc., essa li cambia col minimo degli attriti e col massimo del successo » ([158]).

Hostem sub tegmine agnosco: questo discorso ha ascendenze precise. Risalendo lungo il filo che lo attraversa, si potrà vedere che, passando per i più conservatori tra gli esponenti della scuola storica tedesca, per Rivarol e per Joseph De Maistre, si arriva all'altro capo di esso e ci si trova Edmund Burke, il capostipite — ed il simbolo — del reazionarismo del secolo XIX.

C'è infatti in tale discorso la negazione di ogni intervento sulla realtà, l'affermazione dell'impossibilità delle riforme, la constatazione di un progresso *naturale* delle cose che è lento ed impercettibile, e che non va forzato con l'impaziente intervento riformatore, perchè questo sarebbe un sacrilego e temerario affronto che la politica, superba, farebbe alla natura, giusta e giustiziera. Tutti temi burkiani, diremmo, classici.

Di qui, naturalmente, la condanna lombrosiana della « rivolta », artificiosa forzatura, e del rivoltoso, in quanto elemento « innaturale », fuori dell'ordine delle cose, evidentemente tarato, o alterato nel suo equilibrio ([159]).

([157]) C. LOMBROSO, R. LASCHI, *Il delitto politico*, cit., p. 9.

([158]) C. LOMBROSO, R. LASCHI, *Il delitto politico*, cit., pp. 31-32.

([159]) « Studiando il reato politico in senso antropologico, abbiamo notato

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Specificando il suo ragionamento, Lombroso svela il ruolo decisivo che sulle rivolte hanno il calore eccessivo, le montagne elevatissime, i terreni giurassici, la fame (ma come fattore antagonista: « Quando le forze del popolo sono consunte dalla fame, esso è men disposto ad usare dell'energia che gli rimane in tumulti sanguinosi » (p. 85)), nonchè i capelli neri, la macrocefalia, la pazzia endemica ed epidemica ed altre escogitazioni « scientifiche » dello stesso genere.

Si avvede anche, scoprendolo in Machiavelli — che non omette di citare — che « un Governo in cui il benessere pubblico sia negletto e gli onesti perseguitati, è causa di rivolta e di rivoluzioni » (p. 185).

Finalmente, dopo oltre 350 pagine di analisi « scientifiche », arriva ad una sistemazione del concetto di « rivolta » ([160]) e passa all'aspetto *giuridico* della questione.

Inizia col chiedere pene più gravi per i reati politici rispetto al loro relativo omologo « comune »: nel senso, per esempio,

---

come l'opposizione violenta ad un organismo politico voluto dalla maggioranza, che è normalmente misoneistica, sia *antinaturale*; e tali siano tutti quei moti bruschi e di breve durata, che sono le rivolte, a cui pochi sognatori ed anomali, od una sola classe partecipano... La legge naturale si lega qui alla giuridica; e come offende la prima chi si oppone al misoneismo politico della maggioranza, così è reo dinnanzi alla seconda colui, che colla violenza attacca il diritto della maggioranza a voler conservato l'organismo politico da essa costituitosi » (C. LOMBROSO, R. LASCHI, *Il delitto politico*, cit., p. 426). Sulla « patologia » dell'oppositore politico si può vedere ora, M. R. WALDMAN, *The Revolutionary as Criminal in 19th Century France: a Study of the Communards and « Deportés »*, in *Science and Society*, XXXVII (1973), fasc. 1.

([160]) « In complesso le ribellioni si osservano in rapporto e dipendenza col clima. Avvengono più frequentemente nei paesi elevatissimi o molto caldi, nei colligiani, in epoche di carestia, quando questa poi non sia eccessiva, nei popoli brachicefali, bruni, e sono in rapporto strettissimo coll'alcoolismo e colle stagioni calde; e sorgono e si spengono subitamente, e sono numerosissime.

E piccole cause (il non intervenire ad una processione) diedero luogo a rivolte, al contrario delle rivoluzioni, che partono da cause multiple e profonde.

La donna vi prende ben maggior parte che nelle rivoluzioni; ed all'inverso che in questa vi partecipano o una o poche classi, e le sêtte, e i criminali e i pazzi molto più che i geniali, fino ad assumere forma epidemica.

E le ribellioni spesseggiano nei popoli senili, che, esauriti da antiche e ripetute civiltà, non si prestano più all'evoluzione, e nei barbari ». (C. LOMBROSO, R. LASCHI, *Il delitto politico*, cit., p. 377).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che « ...se sarà pure opportuno collocare i reati di saccheggio e di devastazione fra i reati contro la proprietà, quando non rivestano il carattere di ostilità di una classe sociale contro l'altra, allorchè questo si riveli, *occorre evidentemente una speciale e più severa sanzione*, che tuteli lo Stato da questi attentati, di cui è evidente il contraccolpo nel campo politico » (p. 146). Naturalmente, la pena andrà commisurata al tipo di reo politico in questione, e sarà diversa nella quantità, nella qualità e nel modo, a seconda che si sia in presenza di criminali-nati, di pazzi o mattoidi, di rei occasionali o per passione o geniali (p. 442 ss.).

Quindi, svolgendo tutto il discorso sul filo della « legge della maggioranza, che è in fondo legge di natura » (p. 428), chiude con una sua definizione del delitto politico così enunciata:

> Delitto politico è per noi ogni lesione violenta del *diritto costituito* della maggioranza, al *mantenimento* e al rispetto dell'organizzazione *politica, sociale, economica*, da essa voluta (p. 437).

Una definizione che non poteva dispiacere, per esempio, alla Corte di cassazione, agli altri gradi della magistratura, al Ministro degli interni ed al Capo della polizia, che avrebbero avuto il solo ed agevole compito di assegnare un largo significato all'aggettivo « violenta »; del resto, esso era già ampiamente annullato dalla presenza, *ultra codicem*, del *rispetto* (dell'organizzazione politica, economica e sociale costituita), la lesione del quale può essere considerata « violenta » senza che sia stata provocata da niente di fisico, di materiale o di fraudolento.

Ma il nodo del discorso d'ordine di Cesare Lombroso è nella sua *elusività* rispetto al dilemma originario posto a base della questione del reato politico.

Allo scontro tra la dichiarata natura liberale dello Stato italiano e la sua pratica repressiva, autoritaria ed intollerante, egli non risponde cercando di recuperare il primo polo della dialettica o accettando il secondo, così come — tra contraddizioni, debolezze ed errori — avevano pur cercato di fare le altre tendenze presenti in campo ([161]).

([161]) Può essere indicativo quanto egli stesso dichiara nell'introduzione alla prima edizione di un altro suo studio, *Gli anarchici*, Torino, 1894: « Mi aspetto — scrive — che questo libro, pubblicato, come i *Tre tribuni*, come l'*Antisemitismo*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Egli si sposta su di un terreno diverso, non cercando termini politici per la sua risposta, ma architettando una soluzione « scientifica » che gli risparmi l'onere di pronunciarsi.

Se la questione si risolve tutta nella follia o nella degenerazione fisica dei protagonisti ([162]), e se l'αἰτία rispetto a ciò che

---

e come il *Delitto politico, completamente fuori dell'ispirazione dei partiti che dilaniano il nostro paese*, ne corra la stessa sorte: raccolga, cioè, il mal volere di tutti ».

([162]) Scrive F. FERRAROTTI, *Prefazione* alla ristampa de *Gli anarchici*, Roma, 1972, p. 31, che « ...lungi dal trovare fatti nuovi e nuove vie esplicative della condotta anarchica, Lombroso trova puntualmente la conferma delle sue tipologie del delinquente, chiaramente elaborate e stese a tavolino, con un deduttivismo così sbrigativo che s'allontana di assai poco dal senso comune corrente e che costantemente corre il rischio di cadere in quel vago culturologismo, sia pure a sfondo biologico, in base al quale vasti, importanti movimenti storici a carattere collettivo... sono irresponsabilmente ridotti a pura espressione individuale di insofferenza, di malattia (epilessia specialmente), di altruismo o di neofilia, sempre di fanatismo, vengono cioè psicologicizzati e individualizzati in modo da renderli scientificamente inesplicabili e politicamente privi di senso ».

Scendendo in dettaglio, possiamo vedere che *leaders* e militanti di movimenti, fenomeni o episodi di dissenso politico, vengano così classificati e « spiegati »: « Nel *partito anarchico* — inizia Lombroso (*Il delitto politico*, cit., p. 250) — troviamo... molti tipi di delinquenti. L'austriaco Stellmacher, con mandibole e zigomi voluminosi, mancanza di barba, occhi fieri (!); Dürschner, con oxicefalia e submicrocefalia, faccia assimetrica, orecchia voluminosissima e ad ansa... Poi Kammerer, con seni frontali sporgenti, zigomi, faccia allungata, madibole (!), poca barba, capigliatura folta (!); Pini, d'anni 37, uno dei capi degli anarchici di Parigi, fratello di una pazza, appare dalla fotografia con poca barba, con fronte sfuggente, enormi seni frontali, mascelle enormi, orecchie lunghissime.

Prendendo una fra le rivolte più antigiuridiche (!), la Comune di Parigi, troviamo su cinquanta fotografie di comunardi che possediamo, 23 con fisionomie normali, 11 con qualche anomalia, 6 con completo tipo criminale (12%), 5 con tipo pazzesco... ».

Riferendosi ancora ai comunardi, trova « ... Ducasse, dinoccolato, con occhi sgranati, bocca fessa, voce che mette i brividi (segni degenerativi codesti come quelli di Folaine e Vermorel che balbettano, di Courbet e di Arnauld che vocalizzano)... (p. 256) ».

« Nei capi dell'89 troviamo Mirabeau bellissimo, ma col naso torto, e Marat, Carrier, Jourdan con completo tipo criminale; Fouquier-Tinville, mandibole enormi e capelli foltissimi, Péthion e Lameth fronte sfuggente; S. Just e Taboc d'Egloutine, senza barba; Robespierre, Danton e Merlin de Thionville, naso camuso » (p. 252).

Tornando agli anarchici, fa l'ipotesi che « ...anche il Most, ...ora capo degli anarchici di Nuova-York, avrebbe dei caratteri criminali, confermati dalla man-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

accade va ricondotta alla natura, allora il probelma cessa di essere politico, viene messo in conto al fato, si presenta come inelut-

---

canza di senso morale, scolpita in questa sua frase: *l'amore della madre e l'affetto della donna che vi ama sono un egoismo colpevole* » (nella quale frase invece, chi volesse usare la sua stessa disinvoltura critica, potrebbe trovare l'indizio di una acuta capacità dell'autore nel precorrere — se non ci sbagliamo — certe intuizioni di alto valore culturale che saranno poi di Siegmund Freud).

Prosegue nella sua casistica e giunge alla « *Epilessia politica*. La connessione della criminalità congenita coll'epilessia ci spiega la frequenza nei rei politici di quei casi che chiamerei di *epilessia politica* » (p. 273). Attacchi di epilessia sono all'origine dell'opera di Maometto e di quella di San Paolo. Tra i *rei politici pazzi* elenca Cola di Rienzo (« gli storici tutti ricordano il suo *fantastico* (e noi diremo megalomane) sorriso » (p. 283)), e poi Lutero, che « ...andava soggetto a sofferenze che egli attribuiva alle arti del demonio, ma che dalla stessa sua descrizione appaiono di orgine psicopatica: tale l'ambascia... la vertigine, la cefalea, sussurri alle orecchie (vertigo di Ménière?) e più tardi, a 38 anni, allucinazioni acustiche... », Ignazio di Loyola, Girolamo Savonarola, Masaniello.

Non potevano mancare, tra i rei politici pazzi, altri esponenti della Comune, e così vengono ricordati « Pillotin, faccia pazzesca, mancanza di barba, fronte sfuggente, zigomi voluminosi. Régère, occhi vitrei, tipo semi-pazzesco. Peyronton, tipo pazzesco, fronte sfuggente, zigomi voluminosi, capelli abbondanti. Pothier, tipo mezzo pazzesco, calvo, occhi spaventati ».

Comprensibile anche la particolare attenzione che egli dedica al « pazzo » Davide Lazzaretti, del quale gli sfuggono interamente le componenti di rivolta sociale e l'uso tutto contadino della mediazione religiosa nella lotta politica (cfr., in questa linea, A. Moscato, *Riforma religiosa e riforme sociali nel movimento millenarista di Davide Lazzaretti*, in A. Moscato, M. N. Pierini, *Rivolta religiosa nelle campagne*, Roma, 1965, pp. 25-140).

Tra i *mattoidi politici* elenca Sbarbaro, perchè antiparlamentare, Caporale, perchè usando il sasso per i suoi attentati (ne aveva tirato uno contro un generale) mostra retrogradismo, e cioè « il ritorno all'antica arma silicea ». Sono mattoidi anche alcuni anarchici che usano « ...esagerata sobrietà, tantoché Bosisio si nutre di polenta senza sale, Passanante di solo pane, Guiteau di nocciuole, come spesso Lazzaretti di due patate... » (p. 307). Mattoide è Louise Michel (« ...parenti bizzarri... strana passione per le bestie... gatti, cani, uccelli... »), mentre quello di Nobiling (che aveva attentato alla vita dell'imperatore di Germania nel 1878) era un caso di *suicidio indiretto*, manifestazione dello stesso mattoidismo.

Ma il tocco decisivo è nella valutazione dell'incidenza numerica dei « criminali » in alcuni fenomeni storici che Lombroso crede bene di non adombrare con statistiche che disdirebbero.

« In Italia — scrive a p. 250 — fra 521 martiri del nostro risorgimento, ... riscontrammo: 454 normali, 64 anomali di cui 23 con due caratteri degenerativi, 3 con deciso tipo criminale, dunque 0,57%, una proporzione, cioè, del quadruplo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tabile e giustifica l'elusione ([163]): o va risolto con pratiche di « igiene sociale ».

La realtà è, ovviamente, diversa. Le tesi di Lombroso ne danno un'immagine mistificata, esplicitandosi poi lungo le linee conservatrici di cui abbiamo mostrato gli indizi ed offrendoci il quadro complessivo di un'opera che, mentre offre da un lato una radi-

---

minore di quella del tipo criminale fra gli onesti, che si valuta al 2%; si noti anzi, come fra questi 3 con tipo criminale, Pasquale Sottocornola fosse poi onestissimo... ».

« Nei martiri cristiani la fisionomia criminale è una strana eccezione (S. Paolo) smentita dalle biografie ». Eccettuati in questo modo Risorgimento e Cristianesimo, Lombroso aggiunge che « Anche fra 31 nichilisti celebri troviamo ...la stessa scarsezza del tipo criminale (1 con 3 caratteri, 3 con 2, 5 con 1 carattere, sopra 31 esaminati), confermata dalla vita intera che si può riassumere tutta in un intenso, fervente altruismo »: l'iniziale inspiegabilità di questa statistica tanto favorevole per un movimento come quello nichilista, si chiarisce due pagine sopra, là dove è detto che « Nel nichilismo vedemmo già la prevalenza dei nobili e in genere delle classi colte... professionisti... impiegati governativi, ecclesiastici, avvocati e medici, letterati, studenti e pittori... ». Il conto torna.

Rinviamo infine alla lettura di interventi specifici, sempre di Lombroso, su aspetti particolari del delitto politico e del suo manifestarsi. Il saggio *Gli anarchici*, Torino, 1894, ora ristampato (Roma, 1972), contiene lo stesso genere di argomentazioni ora passate in rassegna, con frequenti ripetizioni letterali rispetto alle cose già scritte ne *Il delitto politico*. Lo schema è ancora fondato sulla distinzione, all'interno degli esponenti anarchici (o socialisti, o comunardi), tra criminali, epilettici, isterici, pazzi, mattoidi, suicidi indiretti, rei passionali, altruisti, neofili. Discorsi paralleli anche in *Tre tribuni*, Torino, 1887, dedicato in particolare a Masaniello, Cola di Rienzo, Lazzaretti, Coccapieller, Passanante, Guiteau; già nel 1883 aveva pubblicato a Roma, per i tipi di Sommaruga, il libretto *Due tribuni studiati da un alienista*, dedicato in particolare a Cola di Rienzo ed al Coccapieller, ma contenente anche un capitolo intitolato *Una nuova teoria psichiatro-zoologica delle rivoluzioni* ed un altro recante *Esempi di matti politici*, nel quale si dilungava su Loyola, Lutero, Savonarola, Lazzaretti, Masaniello.

Molte di queste « tesi » si ritrovano spesso anche in altri lavori di Lombroso (quasi a prova di un ennesimo « tic nervoso intellettuale », da aggiungere a quello di cui parla F. FERRAROTTI, *Prefazione*, cit., p. 27): *Genio e follia*, Torino, 1882; *Pazzi ed anomali*, Città di Castello, 1885; *Palimsesti del carcere*, Torino, 1891: spc. pp. 146 ss., 258 ss., 269 ss.

([163]) La parola greca *αἰτία*, che vuol dire *causa* significava in origine *colpa*. Rappresenta l'indizio di una mentalità per la quale « la legge naturale si presenta ancora quasi come una proposizione giuridica » (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, tr. it. di M. G. Losano, Torino, 1966, p. 104). Tale mentalità sta a fondamento del determinismo (compreso quello lombrosiano) e della convinzione che certe connessioni fenomeniche siano in sostanza ineluttabili.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cale alternativa metodologica agli studi penalistici (consegnando anche più di un elemento valido e vitale al loro patrimonio), tende a garantire, dall'altro, l'assetto politico-sociale esistente.

Conservazione strutturale come conseguenza di una innovazione nella sovrastruttura, nuovo metodo e vecchia realtà: risultati non casuali di un'opera che si inserisce a pieno diritto in quel fenomeno culturale che Antonio Gramsci avrebbe definito come « lorianismo », rimproverandogli disorganicità, assenza di spirito sistematico, trascuratezza nello svolgimento dell'attività scientifica, assenza di centralizzazione culturale; fenomeno nel quale il Loria non era « un caso teratologico individuale », ma un esponente tra altri di « quello strato di intellettuali positivisti che si occuparono della quistione operaia e che erano più o meno convinti di approfondire e rivedere e superare la filosofia della prassi » ([164]).

Cesare Lombroso sconta questi limiti: e li sconta sul duplice terreno dell'arretratezza politica e della scarsa serietà scientifica, esercitando tuttavia sui suoi seguaci e su tutti coloro che da lui rimasero influenzati (furono tanti, specie nella prima cultura socialista), una indiscutibile egemonia. Valgono quindi ancora le parole di Gramsci ed il suo giudizio a proposito del peso avuto da un Achille Loria sulla cultura del suo tempo: « che egli sia diventato un pilastro della cultura, un « maestro » — scrive Gramsci con osservazioni che calzano perfettamente anche per il Lombroso — e che abbia trovato « spontaneamente » un grandissimo pubblico, ecco ciò che fa riflettere sulla debolezza, anche in tempi normali, degli argini critici che pur esistevano: è da pensare che in tempi anormali, di passioni scatenate, sia facile a dei Loria, appoggiati da forze interessate, di traboccare da ogni argine e di impaludare per decenni un ambiente di civiltà intellettuale ancora debole e gracile » ([165].)

Tra i lombrosiani più ortodossi non furono pochi quelli che si occuparono di delitti e delinquenti politici. Anche tra di essi,

---

([164]) A. GRAMSCI, *Gli intellettuali e l'organizzazione della cultura*, Torino [6], 1955, p. 169.

([165]) A. GRAMSCI, *Gli intellettuali*, cit., p. 173.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

però, occorre fare qualche distinzione di orientamento politico, se non anche di credibilità e serietà scientifica.

Così, non metteremo sullo stesso piano il socialista Borciani (positivista sensibile alle categorie lombrosiane [166]), ma ben diversamente cosciente delle ragioni politiche e sociali che legittimano il dissenso *anche violento* [167]) e « l'illustre Garofalo (lombrosiano) che in un libro di 300 pagine combatte il socialismo appellandosi al Loria ed anche ad Asturaro » [168]); né appaieremo Rodolfo Laschi, socialista, al quale si deve uno dei capitoli più seri, se non l'unico, del libro scritto insieme a Lombroso [169]), ed Ettore Sernicoli, Questore di Roma, inviato a Parigi nel quadro

---

[166] A BORCIANI, *Delitti contro lo Stato*, cit., p. 29 ss.

[167] « Le rivoluzioni e le rivolte — egli scrive — tentate semplicemente o riuscite, possono essere o no *legittime*. La violenta insurrezione contro il governo costituito, non può proscriversi per ciò solo che è violenza: vi hanno delle rivoluzioni che sono, nonostante la forma, atti a miglior titolo chiamati di giustizia di quello di certe inique sentenze pronunciate con tutte le solennità dei riti giudiziari...

Rovesciare un governo che la grande maggioranza non ritiene più adatto ai bisogni e alla civiltà della nazione, è *difendersi* (violentemente, sia pure, ma è difendersi) contro i pochi che profittando del potere e della forza di cui sono depositari pretendono di imporre la loro volontà » (A. BORCIANI, *Delitti contro lo Stato*, cit., p. 9).

[168] È un passo di una lettera di Antonio Labriola a Friedrich Engels, scritta il 3 marzo 1895 ed ora pubblicata in A. LABRIOLA, *Lettere ad Engels*, Roma, 1949, p. 197. Il « libro di 300 pagine » è quello, appunto di R. GAROFALO, *La superstizione socialista*, Torino, 1895. Garofalo affronta espressamente il tema dei reati politici, applicando ad essi la sua teoria sui *delitti naturali* e *delitti convenzionali*, nella *Criminologia*, Torino [2], 1891, p. 41 ss.

[169] È il cap. III della parte seconda de *Il delitto politico e le rivoluzioni*, cit., pp. 467-496, nel quale si indicano i *Mezzi preventivi del reato politico. Profilassi economica*. In esso Laschi affronta i temi della *questione sociale* ed avanza una serie di proposte di riforma economica e sociale per risolverli: dalla cogestione industriale alla cooperazione agricola; dalla riforma del sistema creditizio a quella dei sistemi scolastico ed ospedaliero. Propone la generalizzazione delle società di mutuo soccorso, fino ad arrivare ad aperte proposte di collettivizzazione e di altre forme di « socialismo di Stato »; chiede l'abolizione del diritto alla successione per i parenti lontani e per gli estranei, nonché tasse fino all'80% per la trasmissione delle eredità. Propugna una radicale riforma del sistema tributario, l'avvento di leggi per la protezione del lavoro, contro gli infortuni e per la previdenza sociale; invoca un sistema capace di dirimere equamente i conflitti di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della repressione internazionale del movimento anarchico ed autore di due volumi « pieni di furberia, di malignità e di bugie, ma scritti in una forma ingenua ed attraente » ([170]).

D'altronde, la pesante egemonia di Lombroso sul *milieu* degli antropologi criminali rende poco interessanti le voci di quegli autori che non si distaccano da lui per sottolineare l'aspetto più strettamente *giuridico* della questione, come fecero Luigi Carelli ([171]), Ferdinando Puglia ([172]) o Emanuele Carnevale ([173]), né valorizzarono il momento politico-sociale di essa, come abbiamo visto fare al Laschi o come fa in certe sue pagine il Borciani ([174]).

---

lavoro; chiede provvedimenti contro l'emigrazione, contro la povertà, e per risolvere il problema dell'abbandono dei fanciulli e dei vecchi.

Si tratta del classico « programma » socialista, con tutti i suoi limiti riformistici, ma oggettivamente (dato il momento) massimalista. In più, esso viene presentato *ad mala vitanda*, caldeggiato per tener quieti gli operai, per far diminuire gli scioperi, togliere argomenti ai mestatori, assicurare una pace operosa e così via. Tuttavia, e questo ci pare l'elemento più importante, esso mostra che Laschi crede alla possibilità di risolvere per la via delle riforme economico-sociali il problema della conflittualità politica. Il che vuol dire che egli ascrive a cause non precisamente *naturali*, e certo non *ineluttabili*, il fenomeno del « delitto politico ».

([170]) È ancora Antonio Labriola che così scrive ad Engels il 23 novembre del 1894 (cfr. A. LABRIOLA, *Lettere a Engels*, cit., pp. 173-74). Stavolta allude a E. SERNICOLI, *L'anarchia e gli anarchici. Studio storico e politico*, Milano, 1894.

([171]) L. CARELLI, *I reati politici*, in *Appunti al nuovo codice penale*, Torino [2], 1889, pp. 312-386.

([172]) F. PUGLIA, *Manuale di diritto penale secondo il nuovo codice penale italiano*, 2 vol., Napoli, 1890.

([173]) E. CARNEVALE, *La questione della pena di morte nella filosofia scientifica*, Torino, 1888, e *Una dottrina sociologica del delitto* (*G. Tarde*), Trani, 1891.

([174]) È forse pensando alle parole di Rodolfo Laschi che, ponendosi la domanda sul *che fare* riguardo ai problemi connessi con la criminalità politica Alberto Borciani così si esprime: « Quale rimedio? Lo addita la nuova scuola, invitando legislatori e criminalisti a spingere lo sguardo oltre i ristretti confini del codice penale ed insistendo perchè invece di bearsi, come sino ad ora fecero, nella dolce illusione di poter salvare il mondo col moltiplicare i casi di delinquenza politica, col rimaneggiare il sistema delle pene, collo aguzzare l'ingegno in cerca di nuove formule scientifiche e giuridiche, pensino a tradurre in atto quei miglioramenti nell'ordine sociale e politico che corrispondono ai reali bisogni del civile consorzio e che, da soli, varranno ad assicurare la tranquillità generale » (A. BORCIANI, *Delitti contro lo Stato*, cit., p. 32).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È così che ci paiono realizzare solo parziali aggiustamenti delle tesi di fondo del « maestro », gli studi di Scipio Sighele ([175]), quello di Gaetano Angiolella ([176]) e gli stessi contributi di Gaspare Virgilio ([177]), che pure avevano per certi aspetti precorso le dottrine lombrosiane (« incunaboli delle nuove dottrine » li definisce Lombroso stesso), salvo poi ad allinearsi a quelle dottrine a partire dall'episodio Passanante del 1878, che possiamo considerare come il punto d'avvio della letteratura positivistica in tema di reati e rei politici ([178]).

Occorre dire subito che l'autore che spicca sopra agli altri e la cui opera contiene gli spunti più vivi, è proprio il questore Sernicoli.

([175]) S. SIGHELE, *La delinquenza settaria. Appunti di sociologia*, Milano, 1897, preceduto da *Il delitto politico*, Bologna, 1891 (estr. dall'*Archivio giuridico*, XLVI (1891)), poi ripubblicato in S. S., *Idee e problemi di un positivista*, Milano[2], s.d., ma 1907, pp. 199-235, che passa in rassegna le tesi esposte nel *Delitto politico e le rivoluzioni* di C. Lombroso e R. Laschi.

Scipio Sighele fu un discreto sociologo, e malgrado le lodi senza riserve che rivolge al Lombroso, la sua dipendenza da lui non è assoluta. Le sue osservazioni sono assai spesso di miglior lega rispetto a quelle del « maestro «, e raramente cadono nel gratuito o si presentano immotivate ed arbitrarie. Lo stesso suo stile scientifico è più sobrio ed attento, e raramente conosce *débordements* di tipo lombrosiano.

([176]) G. ANGIOLELLA, *Delitti e delinquenti politici. Appunti*, Milano, 1903.

([177]) G. VIRGILIO, *Saggio di ricerche sulla natura morbosa del delitto e sulle sue analogie colle malattie mentali*, Roma, 1873, contemporaneo, quindi, dell'*Uomo delinquente* di Cesare Lombroso. Il *Saggio* di Virgilio venne ripubblicato a cura dello stesso Lombroso col titolo *Sulla natura morbosa del delitto. Saggio di ricerche*, Torino, 1910.

Rispetto a Lombroso, Virgilio accentua l'aspetto medico-psichiatrico dell'indagine (poi valorizzato anche nello studio su Passanante); la sua analisi ne acquista in rigore e credibilità.

([178]) Accanto allo studio di G. VIRGILIO, *Passanante e la natura morbosa del delitto*, che è del 1878 e che venne ripubblicato da Lombroso insieme al *Saggio*, nel 1910, abbiamo infatti gli articoli di C. LOMBROSO, *Considerazioni sul processo Passanante*, in *Giornale internazionale di scienze mediche*, IX (1879), fasc. 3 e 4 e *Su Passanante*, postilla pubblicata nel medesimo *Giornale*, 1879, fasc. 9; L. TARANTINI, *Difesa di Giovanni Passanante*, Napoli, 1879, e la stessa *Perizia sullo stato di mente di Giovanni Passanante*, Reggio Emilia, 1879; infine V. ROSSI, *Il fattore economico nei moti rivoluzionari*, in *Archivio di Psichiatria*, IX (1888), fasc. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A lui ed al suo libro vogliamo dedicare qualche pagina in chiusura di questo scritto, non solo per la buona qualità del suo intervento, e non tanto per il peso giuridico di esso, del resto relativo, quanto per il valore insieme di testimonianza e di indizio che autore ed opera rivestono. Testimonianza del punto di vista della repressione, rappresentata qui da uno specialista intelligente e preparato; indizio di una mentalità destinata poi ad affermarsi nei regimi totalitari d'Italia e d'Europa e che altra non è se non la mentalità del « tutore dell'ordine » di professione, che bada al suo fine e non ha esitazioni sui mezzi, perchè crede in modo assoluto alla conservazione come valore e non si fa fuorviare da scrupoli di nessun genere.

Il questore Sernicoli rappresenta un momento dell'*éternel policier* e per questo deve avere spazio particolare nella nostra ricostruzione.

Il lavoro di Sernicoli, anche se accortamente seminato di (credibili) falsificazioni, è il frutto di una grande informazione posta a servizio di un uomo che aveva compreso molti dei meccanismi e dei retroscena del movimento anarchico e socialista, che certo non erano allora di facile decifrazione.

Lo studio, condotto con stile brillante, si apre con una lunga ricostruzione storica, tesa insieme a saldare in un unico « movimento eversivo » socialisti, anarchici e comunisti, ed a mostrare movimento e protagonisti in luce abietta, perchè incutano timore e smuovano la borghesia che sembra invece, a Sernicoli, voler schivare la lotta. Tutto questo, si badi bene, non nel modo grossolano e con l'iconografia d'appendice in voga in quegli anni: Sernicoli non mostra anarchici di maniera, sanguinari e spietati, o comunisti d'oleografia, brutali ed assetati di vendetta. I suoi strumenti sono « la storia » ed un uso sapiente della retorica dei « fatti ».

La seconda parte del lavoro è dedicata agli aspetti politici del problema ed all'individuazione dei mezzi migliori per la repressione del dissenso.

Attento nelle analisi e senza esitazioni nella scelta di campo ([179]),

---

([179]) Basta sentire come conclude una rapida e non sprovveduta analisi del pensiero politico di Marx. « Questi, — scrive — in riassunto, i principii del Marx

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si mostra conseguente nel tenere una linea di realismo; indica nella repressione *efficiente* e non controproducente la via per risolvere i problemi connessi con l'acutizzarsi in Europa della lotta di classe.

Il suo positivismo è strumentale: alla fine di un capitolo sul *delinquente politico*, tutto costruito su schemi mutuati da Lombroso, si dichiara « fra quelli che accettano molte delle sue premesse, ma che ne derivano conseguenze diametralmente opposte » ([180]): protesta, infatti, contro l'opinione « dell'illustre professore di Torino » che vorrebbe risparmiare agli anarchici « la pena capitale non solo, ma anche le pene più gravi, e soprattutto le ignominiose » ([181]). « È sul serio — risponde Sernicoli — che a mezzo dell'anno 1894, il Lombroso si lascia scappare dalla penna le parole *pene infamanti*? » ([182]): egli, dal canto suo propone la restaurazione della pena di morte, sostenendola con ragionamenti strettamenti politici ([183]) e come mezzo di *igiene sociale*, l'unico capace di interrompere la progenie degli « eversori per istinto di nascita ».

Ciò che invece non è strumentale, ma fondamentale nelle sue analisi e proposte, è la precisa percezione del pericolo rappresentato dalla « marea socialista »: il suo libro è continuamente attraversato da avvertimenti ed appelli alla borghesia, perchè smetta di sostenere gli eversori con sottoscrizioni, o leggendo la loro stampa ([184]), alimentando tendenze sovversive nella letteratura ([185])

---

che l'implacabile freddezza ed il rigoroso metodo scientifico fanno uno dei più pericolosi, se non il più pericoloso forse, fra gli scrittori che consacrarono l'ingegno ai danni della società » (E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., I, pp. 66-67). Il fiuto del poliziotto di rango, unito allo stile brillante dell'alto funzionario *cultivé*.

([180]) E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 54.

([181]) C. LOMBROSO, *Gli anarchici*, riediz. 1972, cit., p. 149.

([182]) Così ha tradotto, da una versione francese, le parole *condamnations ignominieuses* (E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 50).

([183]) E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 53 ss.

([184]) E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 185, p. 188.

([185]) « Se un romanziere, un drammaturgo, debbono presentarci un furfante, non dubitate che lo sceglieranno nella aristocrazia, nella borghesia, nel clero; il prototipo di tutte le virtù sarà invece un modesto operaio. Se un giornale — anche conservatore — deve annunziare — puta caso — che una truffa è stata commessa, se l'autore di essa è un operaio, intitolerà l'articoletto: *Un truffatore*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

o, peggio ancora, diffondendo « i peggiori princìpi del socialismo » nelle scuole elementari o dalle cattedre delle università (186): i privilegi che vengono dai cittadini e dai contribuenti a questi « apostoli di opinioni che non sono le loro (vuole dire « dei contribuenti »), educatori che predicano l'espropriazione delle loro (i.c.s.) proprietà », andrebbero aboliti con legge.

> Mi si risponderà, — prosegue — che una legge che colpisse i maestrucoli socialisti e rispettasse i *gros bonnets* dell'insegnamento sarebbe iniqua, e che questi ultimi non si possono toccare perchè sono guarentiti da un'inamovibilità che permette anche loro di porsi alla testa di tumultuanti e di saccheggiatori, senza che i numerosi emolumenti che percepiscono sieno diminuiti di un soldo.
>
> Lo so. E rispondo che questa dell'inamovibilità dei professori è una delle prime leggi che converrebbe abolire.

Sernicoli, che è un lucido reazionario (sia detto *pour plaisanter*, ma la sua traduzione del termine Restauration è *Ristorazione*: II, p. 53), applica una sorta di spirito sistematico nel suo arco di proposte, senza lasciare indietro nulla. Coglie i punti nodali dello Stato liberale e li mette sotto il tiro di una critica distruttiva.

Avverte, per esempio, che bisogna preservare i detenuti dal contatto con i rivoluzionari (187), e che bisogna tenere l'esercito lontano dalle popolazioni; raccomanda « al Ministro della Guerra di usare ogni diligenza perchè non un anarchico, non un socialista rivoluzionario arrivi ad infiltrarsi nelle file dell'esercito e perchè quelli che già vi sono ne sieno sollecitamente eliminati » (188).

Invita lo Stato a non indulgere troppo nei confronti degli operai, che non ne hanno bisogno (189), a porre termine « all'insana

---

e basta; ma se invece il truffatore è un conte, un avvocato, un canonico, non dubitate che il giornale, in omaggio all'uguaglianza delle classi sociali, vi metterà in bel grassetto, il titolo: *Un conte, un avvocato, un canonico truffatore* » (E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 231).

(186) E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 287 ss.

(187) E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, pp. 212-13, 245.

(188) E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 245.

(189) Porta a sostegno di questa affermazione, tra l'altro, una sua teoria sul *comfort* del lavoro in miniera, fondata sull'osservazione che — malgrado le dicerie sulle esplosioni di *grisou* ed i miti tendenziosi sull'insalubrità di « quei buchi neri

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diffusione data all'istruzione pubblica » (190), a non cedere, infine, alle ubbìe delle « cosidette leggi sociali »:

> A mio avviso — chiarisce — il vento socialista che passa oggi sull'Europa, e che non ha risparmiato né il Vaticano di Roma, né lo Schloss di Berlino, è una delle cause principali della crisi economica che si aggrava su tutto il mondo e della diffusione dei miasmi che ammorbano l'atmosfera politica e sociale.
>
> La situazione è tale che lo Stato non può fare la menoma cosa a vantaggio delle classi meno abbienti senza fare in pari tempo un male maggiore del bene che si proponeva di fare (191).

Le questioni, per lui, si risolvono altrimenti. Da buon reazionario classico, Ettore Sernicoli non trova di meglio che riproporre la Santa Alleanza: al posto del nemico giacobino il nemico socialista, al posto della civiltà dell'Europa cattolica, le proprietà dei borghesi e il loro Stato.

Occorre, dichiara, che gli Stati d'Europa si coalizzino, che smettano di accapigliarsi per questioni di prestigio e guardino al vero pericolo che li minaccia. Egli nota dovunque, « nelle questioni interne, la stessa noncuranza del pericolo sociale. Pare che la storia si ripeta, — osserva — e tutti i Parlamenti d'Europa ricordano oggi quei buoni greci che bizantineggiavano sulla transustanziazione mentre Maometto II era alle porte » (192). Bisogna superare, insiste, i dissensi internazionali davanti al nemico comune.

> Quale parigino onesto — si chiede — non avrebbe preferito che le truppe tedesche fossero entrate a Parigi, nel 1871, piuttosto che subire il dominio di una plebaglia sfrenata ed ebbra di sangue?... (193).

---

profondi parecchie centinaia di metri » — « il numero dei minatori aumenta continuamente », e che « mentre sono frequentissimi gli agricoltori che abbandonano il loro mestiere per darsi a quello di minatore, non vi ha esempio di un solo fra i minatori che, pentito, abbia lasciato la miniera per ritornare ai campi » (E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 290).

(190) E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, pp. 286-87.

(191) E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 281.

(192) E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 291.

(193) E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, pp. 292-93.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

E poi, in termini espliciti:

> Dico il vero, se un giorno la rivoluzione americana (*allude ai moti del luglio 1894*) accennasse a trionfare, sarebbe opera di saggia politica, da parte dell'Europa, il coalizzarsi per ischiacciarla, per soffocarla nel nascere, perchè davvero tutte le nostre questioncelle europee sarebbero ben piccola cosa innanzi al predominio della plebe americana formata dai detriti di tutte le plebaglie europee.
>
> E, davvero, sarebbe tempo che tutte le potenze d'Europa si stringessero contro il comune nemico, non prefiggendosi come scopo la lotta contro l'anarchia — perocchè una coalizione europea contro l'anarchismo assomiglierebbe all'opera di chi levasse un esercito per distruggere le volpi che gli mettono a ruba il pollaio — ...ma, contro tutti i nemici dell'ordine sociale, comunque piaccia loro di intitolarsi, e proponendosi, come scopo finale, il trovar modo di contenere nei giusti limiti le cosidette rivendicazioni operaie.

Quindi scopre ulteriormente le carte, mostrando ancora il realismo e la lungimirante concretezza di cui gli abbiamo dato atto, e chiarendo una volta per tutte che

> gli anarchici veramente pericolosi non sono i Ravachol, i Vaillant, gli Henry, i Lega, i Caserio, delinquenti a metà pazzi, che possono fare qualche vittima, ma che scompaiono rapidamente; sono gli anarchici permanenti, cioè gli agitatori delle Società operaie e delle Camere del lavoro... ([194]).

Così, delineata l'ideologia di fondo che lo ispira, indicati i nemici veri, la strategia da seguire, gli errori della borghesia e i doveri che competono agli Stati, passa ai dettagli giuridici: pene più gravi per i reati politici che per i comuni ([195]), introduzione

---

([194]) E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, pp. 293-94.

([195]) E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 201 ss. L'argomento adottato da S. mostra quanto egli sia convinto del fatto che il diritto penale è un'occasione offerta alla polizia per affermare il suo potere, piuttosto che una delle manifestazioni della coscienza e della volontà, se non dei cittadini, almeno dello Stato in astratto. Il reo politico, egli sostiene, va punito più gravemente del reo comune perchè ha dalla sua, in compenso, la simpatia dei cittadini. Ciò che crea sdegno ed esecrazione — poniamo un efferato crimine comune — può essere punito più lievemente di ciò che appare ispirato da fede ideale o da sete di giustizia: infatti il primo crimine avrà una sanzione sociale che al secondo mancherà, onde alla pena giuridica deve essere affidato il compito di ristabilire l'equilibrio afflittivo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del *bando* per i rei politici che hanno scontato la loro pena detentiva ([196]), punizione per le manifestazioni di pensiero anarchiche, perchè « i princìpi dell'anarchismo conducono necessariamente al delitto » e non meritano il privilegio della libertà di espressione.

Aggiunge che occorre stroncare la « perniciosa consuetudine che va infiltrandosi nei tribunali e nei giurati, cioè quella di considerare come un'attenuante per un delitto qualsiasi il fatto di essere stato commesso in occasione di sciopero o di qualsivoglia altro ammutinamento operaio ». Al contrario, dice Sernicoli, « io non esito a proporre un articolo in virtù del quale tutti i delitti di qualsivoglia natura, commessi in occasione ed in connessione di scioperi, manifestazioni od ammutinamenti operai, saranno puniti con le pene portate dal codice penale, aumentate dalla metà ai due terzi » ([197]); e che « sieno con assai maggior rigore puniti coloro che, non essendo operai, si mescolano agli scioperi ed ai movimenti operai per il solo motivo di intorbidare le acque e pescarvi poi a loro bell'agio » ([198]).

Le sue proposte di riforma non si arrestano qui. Inframezzando il suo scritto con una serie di affermazioni « liberali » (ispirate più a realismo che a vero spirito di tolleranza, e spesso tendenziose, come « libero l'operaio di scioperare, libero l'imprenditore

---

È una tesi aberrante, ma, nella logica del questore Sernicoli, essa serve a creare un meccanismo che scoraggi la « delinquenza politica »: infatti, siccome nel reato politico « alla pena inflitta dai tribunali non va congiunta ...la pubblica disistima, occorre che essa (la pena) sia gravissima », per poter bastare da sola a tener lontani i cittadini da quel genere di reati (p. 202).

([196]) « Io credo, per esempio, che l'Olanda consentirebbe senza troppe difficoltà, a permetterci di sbarcare i nostri banditi nella parte della Guiana che le spetta, e dico sbarcare, e non deportare, perchè nel mio concetto si tratta di un bando e non di un domicilio coatto.

Il governo coglie l'anarchico con due delicatissime dita, lo mette a bordo di un bastimento che fa vela, puta caso, per Surinam; colà giunto, lo pone a terra, consegnandogli anche, se povero, un gruzzolo uguale a quello che costerebbe il suo mantenimento per un anno in un carcere del Regno, e poi lo lascia libero di andare dove vuole e di fare ciò che vuole, ricordandogli soltanto che la terra d'Italia gli è vietata per sempre, provvedimento che, tra parentesi, non può neppur chiamarsi pena, quando viene applicato a chi professa l'antipatriottismo » (E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, pp. 211-12).

([197]) E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, pp. 217-18.

([198]) E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 221.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di licenziarlo »), dopo aver denunciato la falsità dell'alternativa « prevenzione o repressione » con l'assunzione della regola « *reprimere è prevenire* », passa alla proposizione di ulteriori rimedi « tecnici »: abolizione delle giurie popolari nelle Corti di assise, per i reati politici (« a chi giova poi tanto rigore di leggi, quando, in pratica, l'energia dei giurati chiamati a giudicare siffatti reati dura giusto tanto tempo, quanto il fumo dell'ultima bomba? » Non è serio « confidare a dodici droghieri o salumai il diritto di impancarsi a giudici in siffatte materie » ([199])); abolizione del beneficio della non estradabilità per reati politici; per l'abolizione dell'associazionismo sovversivo introdurre la pena anche per i congiunti che favoriscono l'affiliato ad una associazione proibita (pena esclusa dall'art. 249, secondo comma, del c.p.), e toglierla per gli affiliati che denuncino all'autorità l'esistenza dell'associazione (magnifica occasione, quest'ultima, per gli « agenti provocatori », che possono così promuovere un'associazione proibita, e poi incolpare i « provocati », godendo di legittima immunità); porre fine alla « sciagurata pratica delle amnistie, soprattutto per i reati politici »; vietare la pubblicazione nella stampa dei resoconti processuali e dei nomi dei magistrati, in occasione di processi politici ([200]). Da ultimo, a coronamento di tante innovazioni, i « libretti degli operai »:

> Questi libretti dovrebbero rilasciarsi gratuitamente a tutti gli operai... e porterebbero in fronte, oltre alla fotografia dei titolari, un *estratto del loro casellario giudiziario*. Vi sarebbero inoltre numerosi fogli in bianco, su cui *ogni mese il padrone dell'operaio annoterebbe le sue osservazioni, ed egualmente vi apporrebbero le loro le autorità*, ogni qual volta l'intestato avesse a che fare con esse.
>
> Ogni operaio recherebbe quindi seco una specie di *curriculum vitae* che *permetterebbe ai principali di conoscere quelli che fossero veramente degni di essere occupati* ([201]).

Sono tutte indicazioni da meditare.

Il lettore che guardi attraverso ed oltre le pagine di Sernicoli si accorgerà che la quasi totalità dei suoi suggerimenti sarebbe

([199]) E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, pp. 229-30, e poi anche p. 243 ss.
([200]) E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 244.
([201]) E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, pp. 294-95.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stata accolta nella legislazione speciale e nel codice penale che rimpiazzeranno il « sistema Zanardelli » di lì a qualche decennio.

Non si tratta, ovviamente, né della capacità di anticipazione di uno scrittore di rango, né del suo personale grado di influenza scientifica, né, tanto meno, di una casuale combinazione da mettere in conto agli imprevedibili capricci della storia. Si tratta semplicemente della logica permanente che sottostà alle scelte del potere costituito, quando esso si sente minacciato dal « nuovo », che non comprende e che lo spaventa, e reagisce accentuando e difendendo con violenza quanto ha in sé di « vecchio » e di rassicurante.

La crescita operaia degli anni novanta e la *domanda di giustizia* che saliva dal mondo del lavoro, sono paragonabili allo sviluppo ulteriore degli anni dal 1919 al 1922 ed alla *domanda di potere* che ne derivò: in entrambi i casi, anche se con diverso successo, le classi dominanti risposero con la maniera forte: episodica e sostanzialmente perdente nel primo caso, istituzionalizzata in un regime, e vincente, nel secondo.

Quel che si può dire dell'opera di Sernicoli, così come di quella di giuristi, antropologi-criminali, e — perchè no — giudici, prefetti e questori a lui vicini, è che essa contribuì, con altri fattori, a creare un clima generale di insoddisfazione nei confronti del sistema, in mezzo ai ceti borghesi. Venne insinuata in essi una crescente sfiducia nelle istituzioni, nella classe politica, nella legislazione esistente e nell'efficienza della sua applicazione. Un processo di logoramento investì progressivamente lo schema liberale dello Stato, insieme ai princìpi di tolleranza, di pluralismo politico, di apertura alla battaglia delle idee, che pure erano il suo primo fondamento ideale. Il quadro istituzionale nel suo insieme e le regole del gioco postulate dallo Stato di diritto ne uscirono progressivamente screditati. Un complesso di risultati che i fautori dell'« ordine », sempre attenti alla realtà, coscienti dei suoi meccanismi profondi, esperti degli umori degli strati sociali frustrati dal progresso delle cose e pronti alla reazione irrazionale, non avrebbero mancato di mettere a frutto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARIO PISANI

QUATTRO CIRCOLARI SULLA PUBBLICITÀ DEL DIBATTIMENTO

1. Spunti sulla pubblicità del dibattimento (dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana). — 2. La circolare Varè del 3 novembre 1879. — 3. La circolare Ferraris del 5 ottobre 1891. — 4. La circolare Rocco del 26 marzo 1928. — 5. La circolare Zoli del 2 aprile 1952.

1. Nello stabilire che « Le udienze dei tribunali in materia civile e i dibattimenti in materia criminale saranno pubblici conformemente alle leggi », l'art. 72 dello Statuto albertino dava eco, in modo solenne ed impegnativo, ad un punto fermo della problematica illuministica (1), che la rivoluzione francese aveva imposto all'attenzione dei legislatori.

Per quanto più direttamente concerne la materia penale (2), la prevista pubblicità del dibattimento, ponendosi agli antipodi rispetto al canone della segretezza, tipico del processo inquisitorio, si ispirava al più ampio disegno ottocentesco volto ad attuare forme molteplici di pubblico controllo sull'esercizio dell'autorità (3).

A suo tempo un grande pubblicista aveva discusso la tesi, arrivando da par suo a conclusioni nettamente positive, se la pubblicità dei giudizi penali convenisse alla monarchia (4). Orbene:

---

(1) Per tutti v. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § VII (2ª ed. a cura di Calamandrei, Firenze, 1950, p. 191).

(2) Sull'improprietà della formula — usata nell'art. 72 dello Statuto — « materia criminale », di derivazione francese, v. BORSANI e CASORATI, *Codice di proc. pen. ital. commentato*, vol. IV, Milano, 1879, p. 62.

(3) RACIOPPI e BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, vol. III, Torino, 1909, p. 578.

(4) ROMAGNOSI, *Se la pubblicità dei giudizi criminali convenga alla monarchia*, in appendice a *Genesi del diritto penale*, Milano, 1857, p. 794 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ad un secolo di distanza il lettore della vigente Costituzione poteva magari chiedersi se... la pubblicità dei giudizi penali convenga alla repubblica, posto che l'art. 72 dello Statuto non ha trovato puntuale riscontro nella nuova Carta fondamentale.

Ad un tale interrogativo, peraltro, non è difficile trovare una risposta persuasiva. Dai lavori preparatori della Costituzione, invero, emerge che non si era ritenuto necessario statuire esplicitamente un principio in materia: e ciò per la sua indubbia e indubitata rispondenza al comune modo di sentire i problemi del processo penale in regime di libertà (5).

La Corte costituzionale, d'altro canto, ha avuto modo, in due occasioni, di precisare il suo pensiero al riguardo. Una prima volta (sent. n. 25 del 1965) essa ha detto che la pubblicità del dibattimento è « garanzia di giustizia, come mezzo per allontanare qualsiasi parzialità; ed anche le norme che disciplinano i casi nei quali, a tutela di svariati interessi, è necessario derogare al principio della pubblicità, debbono attenere al retto funzionamento della giustizia, bene supremo dello Stato, garantito anch'esso dalla Costituzione ».

Più di recente (sent. n. 12 del 1972) tale presa di posizione è stata ribadita dalla stessa Corte, la quale, non senza far presente che da nessuna delle norme costituzionali sottoposte al suo esame sia posta la regola della pubblicità dei dibattimenti, ha però ritenuto che questa regola « sia coessenziale ai principi ai quali, in un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, deve conformarsi l'amministrazione della giustizia che in quella sovranità trova fondamento (art. 101, primo comma, Cost.) » (6).

Al quale ultimo rilievo se ne può forse aggiungere un altro, tratto dal comma 3° dell'art. 102. Se è vero, infatti, che alla legge ordinaria è demandata, da parte dei costituenti, la determinazione dei « casi » e delle « forme » della « partecipazione *diretta* del po-

---

(5) MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 6ª ed., Padova, 1962, p. 851. V. anche CRISAFULLI, *Profili costituzionali del diritto processuale*, in *Stato e dir.*, 1941, p. 41.

(6) In tale prospettiva v. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, t. IV, Pisa, 1832, p. 327 ss.; FAIRÉN GUILLÉN, *Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso*, in *Rev. de derecho procesal*, 1957, p. 83.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

polo all'amministrazione della giustizia », questo ultimo attributo (« diretta ») — tanto più nel quadro di una democrazia di tipo « partecipativo » (art. 3, comma 3°, Cost.) che prevede come regola la pubblicità delle sedute delle Camere (v. art. 64, comma 2°, nonchè art. 72, comma 3°, Cost.) — sembra dare implicitamente per scontato ed acquisito quel tipo di partecipazione *indiretta* del popolo che, per l'appunto, è resa possibile da un regime di pubblicità delle udienze (7).

È chiaro, ad ogni modo, — e non per nulla era previsto nell'art. 72 dello Statuto albertino (« conformemente alle leggi ») — che spetta al legislatore ordinario farsi carico anche della concreta e dettagliata disciplina concernente le pubbliche udienze.

Orbene: vigente lo Statuto, per tre volte — rispettivamente nei codici di rito del 1865, del 1913 e, da ultimo, del 1930 — il legislatore del processo penale è intervenuto a disciplinare la pubblicità del dibattimento, ogni volta variando e precisando il quadro della tutela.

Ciò premesso in linea di considerazioni generali, nelle pagine che seguono ci proponiamo di abbozzare uno svolgimento in qualche modo parallelo all'indicata evoluzione normativa, così come esso risulta, attraverso specificazioni e precorrimenti, dal testo di alcune circolari emanate, in epoche diverse, da quattro ministri della giustizia. In tal modo, entro una prospettiva piuttosto inconsueta, intendiamo portare un modesto contributo alla storia della pubblicità del dibattimento nella legislazione italiana.

2. Apre la serie la circolare emanata, il 3 novembre 1879, dal ministro guardasigilli Daniele Varè, poco prima che avesse fine il breve gabinetto Cairoli (14 luglio - 19 novembre 1879).

È il caso di ricordare che, secondo il codice del 1865, le udienze penali dovevano essere pubbliche, a pena di nullità, « salvi i casi espressamente eccettuati dalla legge », e peraltro con questa sola specificazione aggiuntiva: « Nondimeno, se la pubblicità può es-

(7) Sulla posizione del pubblico al dibattimento come testimone (collettivo) ad atti processuali, nell'accezione di cui all'art. 159 c.p.p. 1930, v. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. I, 2ª ed., Roma, 1949, p. 223; GIARDA, *Appunti sulla figura del « testimonio ad atti processuali »*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1968, p. 416.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sere pericolosa per la morale, o pel buon ordine, a cagione della natura dei fatti, la corte, il tribunale o il pretore potrà, sulla richiesta del pubblico ministero od anche d'ufficio, ordinare che il dibattimento abbia luogo a porte chiuse » (art. 268).

La circolare Varè, inoltrata « ai signori primi presidenti e procuratori generali delle Corti d'appello » (8), ha per oggetto i giudizi innanzi alle Corti d'assise, e muove dall'intento di arginare le spese di giustizia, « in Italia assai più forti di quanto, pel medesimo titolo, siano gravati i bilanci di altri Stati, dove le istituzioni giudiziarie hanno il medesimo tipo e simili le norme ». « Certamente — aggiunge il ministro — non cadrebbe mai nel pensiero di alcuno il volere fare risparmi a scapito della scoperta del vero e dell'illuminata giustizia, ma è convinzione degli uomini più competenti che alla maggiore spesa assai spesso sia ben lungi dal corrispondere un migliore servizio ».

Seguono diverse « raccomandazioni », per l'appunto volte al miglioramento del « servizio »: si raccomanda una più lunga durata oraria nonchè un più utile impiego delle udienze; si esorta, poi, ad evitare la sovrabbondanza « nel numero dei testimoni da portare all'udienza » (9); si fa appello, inoltre, al senso di responsabilità « degli ufficiali del Pubblico Ministero », con un preciso richiamo alla « sobrietà nelle arringhe ». « Sia pure eletto il linguaggio — si dice —; ma sia sbandita ogni appassionata retorica ed ogni sforzo per commuovere gli animi... A fronte di una logica semplice e severa, da parte del Pubblico Ministero, è sperabile che anche da parte dei difensori si otterrebbe qualche diminuzione di discussioni soverchiamente prolungata, e che mancherebbe il pretesto di irritanti invettive ».

Le deprecate invettive offrono il passaggio verso il tema della pubblicità dei giudizi: un tema, dunque, che viene affrontato per

---

(8) Essa è pubblicata in *Monit. dei trib.*, 1879, p. 1126 (con questa annotazione anonima: « Ecco una buona volta qualche cosa di serio. Ma purtroppo è una stonatura nel concerto generale »).

(9) Il ministro lamentava, in proposito, che in alcuni casi erano stati citati testi (e periti) a carico dell'erario, nell'interesse di alcune parti, « le quali non solo mancavano di prova per la propria indigenza, ma davano col fatto la dimostrazione del contrario, facendo viaggiare da un capo all'altro d'Italia illustri difensori ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

via indiretta, con esclusivo riferimento alle Corti d'assise, ma senza timori reverenziali suggeriti dalla garanzia statutaria.

Scrive il guardasigilli: « Tutto, nell'esercizio della giustizia, deve essere serio e composto a quella gravità che indica il rispetto. Perciò non posso astenermi da un'altra raccomandazione verso i presidenti delle Corti d'assise. La pubblicità dei giudizi penali è una preziosa conquista della civiltà moderna, cui nessuno vorrebbe menomare. L'azione della magistratura deve poter conoscersi da tutti i cittadini, a tutela dei quali è diretta. Ma sarebbe uno strano equivoco il confondere la pubblicità con lo spettacolo. La giustizia si rende per soddisfare al primo dei bisogni sociali, non per appagare la curiosità degli oziosi. Importa adunque che alle Corti d'assise sia conservata l'indole propria, e che nulla si faccia per alterarne lo scopo. Le sale della Corte d'assise debbono essere *aperte al pubblico*: ma le sale sono quelle che sono, ed è poco conveniente operare in esse apprestamenti per singoli processi, affine di allettare le turbe ad accedervi. L'accusato, fino a che condannato non sia, si presume innocente; è un cittadino infelice di cui non è lecito aggravare le condizioni, degradandolo a figura da scena, come le bestie feroci che si espongono al circo » [10].

Sulla base di queste limpide e fermissime puntualizzazioni, la circolare passa a toni più risoluti: « Prego i presidenti e i procuratori generali di far cessare codeste costumanze, che da qualche tempo purtroppo vanno introducendosi. Ho sentito di tribune costrutte per le quali furono distribuiti biglietti di prima e di seconda classe. Codesti apparati teatrali repugnano al decoro della magistratura di una nazione civile. Le udienze che assumono codesto carattere contrario alla solenne tranquillità della giustizia, rendono più difficile il già tanto difficile compito dei presidenti, poichè le turbe, più intente al loro piacere che all'augusta funzione sociale che sta compiendosi, manifestano troppo spesso le proprie impressioni e le proprie simpatie, obbligando il capo della Corte a distrarsi dagli altri suoi doveri per vigilare al mantenimento del silenzio ».

---

[10] Nell'ultimo inciso trapela un riferimento all'uso delle gabbie in udienza per gli imputati detenuti: una pratica (v. PISANI, *Uomini in gabbia*, in *Arch. pen.*, 1968, I, p. 430) non del tutto scomparsa ai giorni nostri.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'ostracismo per il processo — spettacolo è quindi, già in questa circolare, preciso ed anzi perentorio (11). Le aule d'udienza (ma per molto tempo verranno chiamate, anche nel linguaggio legislativo, « sale d'udienza ») « sono quelle che sono », e spesso — si aggiunga per parte nostra — presentano tribune di tipo teatrale, donde ci si compiace di seguire il processo con vezzosi ed invadenti binocoli, acciocchè nessuna sfumatura dello spettacolo vada perduta (12). Ma — dice almeno il ministro, sottacendo il resto — non si facciano « apprestamenti per singoli processi », nè si sollecitino curiosità e vanità mediante distribuzione di biglietti d'invito (13), nè si faciliti il turbamento della « solenne tranquillità delle udienze », attraverso la manifestazione (più o meno rumorosa) di impressioni e di simpatie da parte del pubblico (14).

3. Anche nella seconda circolare, emanata il 5 ottobre 1891 dal ministro Luigi Ferraris (n. 7704-1258), il nostro problema è affrontato in via indiretta, muovendo da una tematica più ampia (15). La circolare — che non fa più esclusivo riferimento alle Corti d'assise — muove dal proposito di combattere, anche per i suoi riflessi d'ordine finanziario, il « prolungarsi, senza necessità,

---

(11) Nello stesso senso v. MINGHETTI, *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, 2ª ed., Bologna, 1881, pp. 142-232.

(12) In tal senso v. CAPRIOLO, *La giustizia penale in corte d'assise*, Torino, 1915, p. 156.

(13) Avevano scritto BORSANI e CASORATI, *op. cit.*, vol. IV, *cit.*, p. 63: « È uso invalso non soltanto presso di noi, ma anche in altri paesi, che il presidente possa distribuire dei permessi a coloro che vogliano intervenire alle udienze. Quest'uso derivato dalla necessità di rendere possibile l'intervento alle udienze a certe classi di persone che possono averne titolo particolare, e che se ne asterrebbero ove dovessero mescolarsi colla moltitudine, non sempre ordinata e riguardosa, non è contrario alla legge, semprechè vi sia una parte abbastanza ampia della sala d'udienza, l'accesso alla quale non trovisi vincolato a permesso di sorta ». In termini analoghi (« ... dovendosi avere anche riguardo a' costumi ed agli usi della società... ») v. SALUTO, *Commenti al cod. di proc. pen. per il Regno d'Italia*, vol. III, 2ª ed., Torino, 1877, p. 13.

(14) Sull'applauso come adesione attiva del pubblico alla somma delle idee che gli vengono rappresentate, v. SOURIAU, *Situation dramatique et participation collective*, in AA. vari, *Théatre et collectivité*, Paris, 1953, p. 56.

(15) Il testo della circolare è pubblicato nel *Bollettino ufficiale del Ministero di Grazia e Giustizia e dei Culti*, recante la data del 7 ottobre 1891 (n. 40, p. 389).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dei dibattimenti penali », e si fa carico, in tale ordine di idee, di formulare alcune « avvertenze ».

Dopo aver sottolineato, rispettivamente in tema di riduzioni delle liste dei testimoni e di risoluzione delle questioni incidentali, le precise direttive derivanti dalle norme del codice, il ministro — non senza richiamare le « assennate osservazioni » contenute nella precedente circolare Varè — con maggior ampiezza sottopone ad esame « l'abuso introdottosi di una pubblicità privilegiata delle udienze », indicato come « un'altra causa che indirettamente influisce sulla durata dei dibattimenti ».

Scrive il ministro Ferraris: « ... la pubblicità è una garanzia, in quanto alla possibilità di accessione a tutti, però essa non importa che nelle sale destinate ai dibattimenti debba introdursi chiunque il voglia, quando anche esse siano già affollate, e possa un ulteriore agglomeramento di persone essere cagione di inconvenienti; a questo deve e può in tanti modi provvedere l'autorità disciplinare del Presidente.

Presso altre nazioni vi è un posto privilegiato per gli addetti al Foro, con che vestano la toga, e da questo forse nacque l'uso di destinare posti speciali a coloro che si presentano con un biglietto che suole rilasciarsi dal Presidente.

Questo uso degenera in abuso. Non ne profittano le funzioni giudiziarie, anzi vi scapitano ben sovente, nella solennità e nella serietà; le udienze, cambiate in spettacoli di curiosità malsana, sono, per altra conseguenza, causa non ultima di distrazioni, di fuorviamenti e di prolungamenti dei dibattimenti.

Sia pure che ai Presidenti debba essere lasciato il mezzo di provvedere, in casi eccezionali, alla presenza di certe persone; ma, anzitutto la sala delle udienze non deve mai essere affollata in modo da impedire l'azione dell'autorità del Presidente; quello poi che può riuscire contrario alla vera pubblicità, e non autorizzato da alcuna prescrizione di legge, è la normale destinazione dei posti privilegiati, soprattutto l'ammissione di persone alle quali o la ragione del sesso o la condizione sociale dovrebbero piuttosto consigliare di astenersene, anzichè far nascere il morboso desiderio di assistere a' dibattimenti penali » [16].

---

[16] Due anni dopo CAVAGNARI, *La pubblicità del dibattimento e l'educazione*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« Confido — conclude il guardasigilli — che i signori Presidenti vorranno penetrarsi di queste considerazioni e provvedere a che, se non immediatamente, almeno a poco a poco, si procuri che nessun posto speciale venga assegnato per motivo che non abbia stretta attenenza con lo scopo del dibattimento e che non sia, nello stesso tempo, consentaneo alla imparzialità della giustizia ».

Mediante questa seconda circolare la specificazione dei limiti alla pubblicità del dibattimento fa, dunque, un ulteriore passo avanti: non solo devono vietarsi appositi apprestamenti per singoli processi (impianto di tribune, distribuzione di biglietti di duplice categoria), ma si deve fare in modo che, « almeno a poco a poco » (concessione dalla quale si arguisce trattarsi di pratica ben consolidata, anche se *extra legem*), nessun posto privilegiato o speciale, nella « sala » di udienza, venga assegnato a chi non abbia alcun titolo che possa dirsi collegato alle finalità di una giustizia imparziale.

4. Le due circolari, e i problemi che esse avevano affrontato, non sfuggono alle attenzioni e all'impegno tesi verso l'elaborazione di un nuovo codice, quale viene poi approvato, dopo un lungo *iter*, nel 1913.

In particolare, nel comma 3° del nuovo art. 375 si verrà appunto a stabilire — dando forza di legge a quelle che erano state delle semplici, anche se autorevoli, « raccomandazioni » ed « avvertenze » — che « Nelle sale d'udienza non possono essere riservati posti speciali, salvo quelli che il presidente ha facoltà di assegnare ai rappresentanti della stampa » ([17]).

---

del carattere, in *La Scuola posit.*, 1892, p. 219, scriverà: « Anche ai processi si va per divertirsi, per procurarsi nuove emozioni, per trovare un altro modo di soddisfare e di calmare il nervosismo, malattia dei nostri tempi ». (Seguirà uno scritto polemico di FLORIAN, *ibid.*, p. 319, e una replica dello stesso CAVAGNARI, *ibid.*, p. 507).

([17]) Riferendosi all'identico precetto proibitivo contenuto nell'art. 420 del progetto 1905, il ministro Finocchiaro-Aprile faceva presente nella sua relazione al re (se ne veda il testo, al n. 67, riportato in *Commento al codice di proced. pen.*, a cura dell'Utet, vol. III, Torino, 1915, p. 590), che con quel divieto si era provveduto « contro l'intollerabile teatralità dei dibattimenti cui le nostre aule di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma nello stesso codice la disciplina delle udienze dibattimentali — delineata in modo scarno nel codice 1865 — si era venuta arricchendo di altre preziose specificazioni.

Nell'art. 373 « l'interesse pubblico » era stato affiancato alla morale ed all'ordine come ulteriore oggetto di una tutela in pratica funzionante da limite alla garanzia della pubblicità dell'udienza. Si aggiungeva, inoltre, l'obbligo di procedere a porte chiuse « se l'imputato presente non abbia compiuto i diciotto anni e non vi sia, o non sia presente, alcun coimputato di età superiore ».

Inoltre, nel già citato art. 375 era stato previsto il divieto d'ingresso « nelle sale di udienza » a chi fosse stato noto come « ammonito, vigilato speciale, ozioso o vagabondo » (comma 1°), nonchè (comma 2°) ai minori degli anni diciotto ([18]).

Da ultimo, con l'art. 383 erano state stabilite alcune precise norme di comportamento per i partecipanti all'udienza: stare « a capo scoperto, con rispetto ed in silenzio »; inoltre — e nelle di-

---

giustizia hanno deplorevolmente dovuto soggiacere per insufficienza di disposizioni legislative ».

Le nuove disposizioni, peraltro, mentre per diverso tempo non hanno interrotto la prassi dei biglietti d'invito (solo più tardi caduti in disuso: v. A. DE MARCHI, *Cesare Beccaria e il processo penale*, Torino, 1929, p. 146, nota 1), sono state poi portate fino all'esasperazione, nel senso che mai più ci si è dati carico di approntare, per il generico pubblico ammesso in aula, dei posti a sedere (sull'opportunità di mettere in rapporto la capienza delle aule alla possibilità di far sedere confortevolmente il pubblico v., invece, il *Report of Special Committee on Publicity in Criminal Trials*, in 24, *Minnesota L. R.*, 1960, p. 480). Insomma: divieto di posti speciali è venuto significando, fino ai giorni nostri (salvo rarissime eccezioni), che... tutto il pubblico che sta in aula deve starci in piedi.

Orbene: psicologia ed esperienza dicono che il pubblico in piedi è più recettivo, rispetto a quello che sta seduto, al contagio dei sentimenti e delle emozioni (v. DESCOTES, *Le public de théâtre et son histoire*, Paris, 1964, p. 11; GAUTHIER-FLORENNE, *Le public et la foule*, in *Théâtre et collectivité*, cit., p. 39, e, *ivi*, la citazione del sociologo Tarde: « Une foule assise est une foule à moitié »), e pertanto più facilmente potrà essere nella situazione di recare disturbo alla serenità del dibattimento.

([18]) Sulla scarsissima applicazione, in concreto, di tale disciplina v. E. FERRI *Sociologia criminale*, vol. I, Torino, 1929, p. 536; M. FINZI, *La pubblicità delle udienze penali*, in *Giust. pen.*, 1954, I, c. 279.

Contro il divieto, specie con riferimento agli infradiciottenni, v. F. DE LUCA, *La pubblicità del dibattimento e il nuovo codice di procedura penale*, in *Il progresso del dir. crim.*, 1913, p. 70.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

verse statuizioni era dato cogliere un riflesso potenziato dell'ormai remota circolare Varè — non fare « tumulto », « cagionare disturbo », nè « fare in qualsiasi modo segno di approvazione o disapprovazione ».

Non era stata invece raccolta l'idea, nonostante che qualcuno si fosse adoperato per propugnarla ([19]), di escludere dalle sale d'udienza, in modo netto ed esplicito, addirittura tutte le rappresentanti del « gentil sesso » ([20]).

Se, per ipotesi, il legislatore avesse disposto in tal senso, molto probabilmente non si sarebbe verificato l'episodio giudiziario che, dopo aver trovato eco in Parlamento, doveva dare spunto ad una nuova circolare in materia, a firma del ministro Alfredo Rocco.

Sarà bene, per ragioni di semplicità, riferire quel caso giudiziario negli stessi termini che risultano dagli atti parlamentari ([21]). Nella seduta del 22 marzo 1928 veniva data lettura, alla Camera dei Deputati, di un'interrogazione presentata dall'on. Manaresi per conoscere « se, di fronte alle repugnanti manifestazioni di morboso sentimentalismo date dal pubblico femminile nel recente processo alle assise di Milano dopo la istrionica difesa di quell'arcangelo difensore del matricida Pettine che Bologna ricorda come partecipe alla maggioranza social-comunista che assassinò sul suo scanno Giulio Giordani, non ritenga di vietare al pubblico femminile l'accesso alle aule severe della giustizia ».

Le « repugnanti manifestazioni » venivano così precisate dallo stesso interrogante: « ... Sta di fatto, ed è bene che la Camera

---

([19]) Dopo aver lodato il divieto per i minorenni di prender parte alle udienze penali, nella seduta del 29 febbraio 1912 il sen. Marinuzzi (v. *Commento al cod. di proc. pen.*, cit., vol. III, cit., p. 125) così si esprimeva con riferimento alla futura disciplina del codice: « vietate anche alle donne, date loro il suffragio (*sic*), ma vietate che intervengano ai dibattimenti... ».

([20]) Assai vivida è l'immagine di STENDHAL, *Le Rouge et le Noir* (trad. D. Valeri), Firenze, 1965, p. 522: « ... Súbito la sua attenzione fu attratta da dodici o quindici belle signore che riempivano le tre logge sopra gli scanni dei giudici, proprio di fronte alla sedia dell'imputato. Volgendosi verso il pubblico, vide che anche la tribuna circolare sovrastante all'anfiteatro era piena di donne: per la maggior parte eran giovani e gli sembravano molto belle: avevano gli occhi accesi e pieni d'ansia ».

([21]) *Atti Parlamentari - Camera dei Deputati* — Legislatura XXVII — 1ª sess. (tornata del 22 marzo 1928), p. 8801.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fascista lo ricordi, che al processo Pettine di Milano, nel quale si giudicava un individuo che aveva tagliato a pezzi e rinchiusa in un baule la madre, ed aveva per due giorni gozzovigliato sul cadavere ancora caldo, alla fine dell'arringa dell'avvocato difensore, Genuzio Bentini, che noi bolognesi non possiamo dimenticare essere stato partecipe di quella maggioranza socialcomunista che assassinò Giulio Giordani sul suo banco (*applausi*) il pubblico femminile scoppiava in un delirio di applausi e sventolando i fazzoletti, trattenuto a stento dai carabinieri, tentava di abbracciare l'oratore (*Vivi commenti*) » (22).

E l'interrogante insisteva: « ... parlo per il pubblico femminile, parlo per la donna che per noi è regina di dolcezza e madre della casa e della famiglia, per la donna che, in queste occasioni e in questi ambienti, sembra perdere il pregio magnifico della sua bella femminilità per trascendere ad atti in cui il sentimento istintivo prevale troppo.

Io penso che occorra riesaminare leggi ed usi inveterati di fronte alla necessità di mantenere la severità ed il tono nelle aule delle nostre Corti d'assise. Noi dobbiamo impedire che questi processi nei quali veramente si agitano le più tragiche passioni, e sui quali si appuntano gli occhi avidi delle giovani generazioni, si tramutino in drammi ad effetto; noi dobbiamo cercare di evitare che le aule della giustizia diventino veramente aule di un teatro in cui si applaude al bell'oratore, e si dimentica la madre uccisa e squartata indegnamente dal figlio, per tramutare in una oscena farsa quello che è l'altro atto di una dolorosa tragedia ».

L'eco dell'interrogazione non si spense sùbito dopo i verbalizzati consensi ed applausi, anche perchè, avendo il sottosegretario (Mattei-Gentili) mantenuto la promessa di riferire al guardasigilli, in quel momento assente, in merito alla « non facile » questione, già quattro giorni dopo, il 26 marzo 1928, veniva emanata un'apposita circolare (n. 2202) « concernente la disciplina delle udienze penali » (23).

Così esordisce il ministro Rocco: « L'esercizio del magistero

---

(22) Per un cenno alla figura di Genuzio Bentini come « speleologo delle passioni aberranti » v. DE MARSICO, *Penalisti italiani*, Napoli, 1960, p. 183.

(23) *Bollettino Ufficiale*, cit., in data 30 marzo 1928 (n. 13, p. 213).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

penale, nella sua fase più saliente quale è quella del dibattimento, esige la rigorosa osservanza delle forme dalla legge stabilite, perchè alto sia il prestigio dell'Amministrazione della giustizia e perchè particolare forza educativa derivi dall'opera di repressione del delitto.

L'aula di giustizia deve acquistare sempre più il carattere di tempio austero, e l'esercizio della solenne funzione svolgersi con l'assoluto rispetto che ad essa compete.

Ogni malsana curiosità deve arrestarsi alla soglia dell'aula stessa, ed essere repressa qualsiasi manifestazione non confacente alla serietà e serenità dei giudizi ».

Segue poi l'invito, rivolto ai primi presidenti ed ai procuratori generali delle Corti d'appello, a voler impartire « rigorose istruzioni, affinchè nelle sale d'udienza:

1°) sia applicato l'uso delle porte chiuse, senza esitazione, ogni volta che, come dispone l'art. 373 Codice procedura penale « la pubblicità a cagione della natura dei fatti possa nuocere alla morale, all'ordine od all'interesse pubblico »;

2°) sia impedito l'accesso, d'intesa con la Pubblica Sicurezza, non soltanto agli ammoniti, vigilati speciali, oziosi e vagabondi, ma anche a coloro che, comunque, risultino di disonesta condotta, e ciò in modo speciale per le donne ([24]);

3°) non siano riservati posti speciali, salvo quelli che il Presidente abbia fatto assegnare alla stampa;

4°) sia repressa, a norma dell'art. 383 Codice di Procedura penale, severamente qualsiasi manifestazione del pubblico ».

A parte qualche dettaglio d'ordine applicativo, le istruzioni si riducevano — come si vede — ad una serie di richiami circa l'applicazione delle vigenti norme del codice 1913, nonchè, più in particolare, circa l'estensione di una di esse — il comma 1° dell'art. 375 — fino a farne derivare (non certo in sintonia con l'art. 72 dello Statuto) un impedimento ad accedere all'« aula di giustizia » anche alle persone « di disonesta condotta », specialmente — e l'accentuazione dà un'eco smorzata al citato intervento parlamentare — a quelle di sesso femminile.

([24]) Il divieto doveva valere solo per le prostitute — si chiederà argutamente M. FINZI, *op.* e *loc. ult. cit.* — o anche per le signore maritate, con amante?

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma al ricordo della circolare, e del caso che l'aveva provocata, lo stesso Alfredo Rocco, per sua esplicita dichiarazione, di lì a poco attingerà argomento per una nuova eccezionale previsione di deroga al carattere pubblico dell'udienza: quella relativa alla « riprovevole curiosità » ([25]), poi consacrata, nonostante qualche dissenso ([26]), nel vigente art. 423, comma 2°, c.p.p. ([27]).

5. L'ultima circolare in materia — essa reca come oggetto: « Dibattimenti penali » — fu emanata dal ministro Adone Zoli il 2 aprile 1952 ([28]), e quindi sotto il vigore del codice Rocco, nonchè della Costituzione repubblicana. Ne aveva fornito l'occasione il progressivo accentuarsi di un « morboso interessamento del pubblico a gravi episodi di criminalità, non privi di particolari ripugnanti ».

Nota il guardasigilli: tale interessamento, o « malsano desiderio », se non può giustificare limitazioni diverse da quelle stabilite *ex lege*, non può d'altronde far dimenticare la portata di quelle limitazioni ([29]).

([25]) In tal senso v. — anche per il richiamo alla poetica riprovazione del Carducci con riferimento al processo Fadda — la *Relazione sul progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. VIII, Roma, 1929, p. 82.

([26]) Nell'ambito della 3ª Sottocommissione parlamentare (v. *Lavori preparatori*, cit., vol. XI, Roma, 1930, p. 176) si era svolta, al riguardo, una discussione tra i commissari G. B. Madia e V. Manzini.

([27]) Un caso singolare di ritenuta applicabilità della norma, da parte di un pretore, è quello documentato nel volume biografico *Sandro Pertini: sei condanne, due evasioni*, (a cura di Faggi), Milano, 1970, pp. 241 e 266 (« ... essendosi verificata una notevole affluenza di pubblico che si accalcava anche nelle scale..., affluenza forse determinata dalla qualità del Pertini di detenuto politico » ecc.).

([28]) Si tratta della circolare n. 37, pubblicata nel cit. *Bollettino* addì 31 maggio 1952 (n. 10, p. 288).

([29]) Dopo aver ricordato la circolare del ministro della giustizia francese che, nel 1926, vietava gli « inviti » alle udienze penali, e richiamava l'attenzione su alcune norme del *Code d'instruction criminelle*, L. WERTH, *Cour d'assises*, 7ème ed., Paris, 1932, p. 189, così commentava: « Vous qui n'avez jamais assisté à une audience de justice, vous êtes tout d'abord étonné à la pensée qu'un president puisse hésiter à faire application d'un article du code d'instruction criminelle ou de n'importe quel code. Vous croyez à la rigoureuse austérité du rite judiciaire. Vous ne savez pas comment se combinent à l'audience le formalisme judiciaire,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Di queste ultime il ministro si sforzava di indicare le molteplici cause finali così scrivendo: « Che le aule giudiziarie siano trasformate in sale di pubblico spettacolo non può essere tollerato non solo per la solennità con la quale deve essere celebrato il dibattimento, non solo per la serenità del giudizio, che non dovrebbe essere turbato da una folla parteggiante per la vittima o per l'imputato, non solo per ragione di igiene ma anche per riguardo al giudicabile, che, come avvertiva il mio predecessore nel lontano 1879 (circolare 3 novembre 1879 — Gab. n. 243 — 840) « è un cittadino infelice di cui non è lecito aggravare la condizione degradandolo a figura da scena, come le bestie feroci che si espongono al circo ».

L'antica tematica — la lotta contro la teatralità del dibattimento — ritorna dunque, dopo l'accentuazione delle finalità del pubblico interesse, ad attingere ad un'ispirazione d'ordine personalistico. Non poteva oltretutto dimenticare il ministro — nè può dimenticarlo l'interprete o l'operatore giuridico di oggi, anche quando dovesse porsi il problema della pubblicità mediata del dibattimento ([30]) — che l'art. 27, comma 2°, della Costituzione repubblicana impone di non considerare l'imputato colpevole prima della « condanna definitiva » ([31]).

---

les passions et les préjugés, la bonne foi et l'erreur critique, le verbalisme et le souci du fait, le code et la vie ».

([30]) In argomento v., anche per indicazioni bibliografiche, PISANI, *La ripresa televisiva delle udienze dibattimentali*, in *Ind. pen.*, 1970, p. 511.

([31]) In ordine a tale prospettiva v. CARNELUTTI, *La pubblicità del processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, p. 7; C. MASSA, *La pubblicità e l'oralità del dibattimento*, in *Ann. Università di Macerata*, 1961, p. 154.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Letture

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Adda B. BOZEMAN, *The future of law in a multicultural world*, Princeton, Princeton University Press, 1971, p. 216.

Nella cultura giuridica italiana di questi anni s'è di frequente rilevato un mutamento: verso la conoscenza del diritto anglosassone americano e inglese, a preferenza di quello tedesco o francese. Ma essa rimane chiusa, nel suo etnocentrismo, ai riferimenti che vengono da più lontano o da più vicino, dai sistemi legali dell'Africa o dell'Asia o di altri paesi. Se si escludono il Mazzarella, che ha coltivato, nei primi tre decenni di questo secolo, studi di etnologia giuridica, oltre ad insegnare materie romanistiche, e alcuni pochi altri autori di studi di diritto africano e di diritto mussulmano, non v'è stato e non v'è chi aggiunga alla nostra cultura giuridica quell'ulteriore « spessore » che potrebbe venirgli dall'esame dei sistemi e delle culture giuridiche arabi e cinesi e africani ecc. Quest'opera da Terpandro non interessa un certo tipo diffuso di cultura « alternée, et généralement triennale » perchè richiede lavori grandiosi: ne siano prova quelli che si compiono in Francia in questi anni sulle culture giuridiche e i tipi istituzionali di molti paesi d'Africa e quelli che si stanno iniziando, sempre in Francia, sulla Cina.

L'aggiornamento culturale presente nei programmi di lavoro dei giuristi d'oggi, non richiede solo recuperi ed esami critici del nostro passato ma anche « scoperte ». Di queste « scoperte » è pieno il libro di Bozeman, che contiene un'analisi delle « culture » giuridiche dell'occidente, del medio oriente islamico, dell'Africa a sud del Sahara, dell'India (e delle regioni asiatiche influenzate dall'India) e della Cina.

Non mancano i confronti tra le varie culture (e lì viene di frequente rilevata la difficoltà di traduzione di parole e di idee da un'area culturale all'altra), ma mancano le indicazioni sul futuro del diritto in un mondo multiculturale. Se si eccettuano le ultime sei pagine del volume, al titolo del libro non è tenuto fede. In queste ultime pagine, l'autore afferma che la nuova era nei rapporti internazionali è caratterizzata da movimento, rivoluzione e disordine, anzichè stabilità, legittimità ed ordine. L'estensione del diritto internazionale alla sfera del diritto privato è un « exercise in futility » perchè si assisterà piuttosto a una contrazione del dominio del diritto e a una « deescalation of legal rhetoric », come è mostrato dalla crescente distanza tra i sistemi legali e la realtà. Al contrario, vi sarà un declino del diritto internazionale, sotto la spinta delle culture africane ed asiatiche, meno fidu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciose di quella occidentale in accordi e patti tra stati sovrani ed indipendenti.

Ma questa è la parte meno sviluppata e più discutibile di un libro che ha altri meriti: quello, principalmente, di fornire un quadro d'insieme (e una ricca serie di rinvii e riferimenti, anche bibliografici) delle cinque aree culturali prescelte.

Si potrebbe — è vero — rilevare anche una certa ristrettezza di campo: ad esempio, il diritto dei paesi oggi uniti nell'Unione delle repubbliche socialiste sovietiche presenta caratteri autonomi, che non si possono ascrivere nè ad un modello occidentale nè ad un modello di tipo indiano. Almeno la prima attribuzione pare smentita da studi come quello di Berman sulla giustizia e sul diritto sovietici, dai quali emerge il loro carattere autoctono, preesistente alle istituzioni rivoluzionarie, che anzi sono risultate modellate dalla « cultura » istituzionale preesistente.

Ma anche questo è un rilievo minore, se commisurato alla ricchezza di questo libro sotto altri profili, di analisi delle culture prescelte come oggetto di esame. Di queste culture, la prima è più nota: quella « occidentale ». Fondata sul diritto scritto, codice simbolico di concetti precisi, ha al centro l'individuo ed è nettamente separata da altri ordini normativi, come quello filosofico, religioso o etico. In questo tipo di cultura, diritto e ordine vanno di pari passo: su di essi sono fondati i limiti al potere del governo. Ma questa cultura è anche chiusa nella sua concezione uniforme ed etnocentrica.

Tutt'altri caratteri ha la cultura del medio oriente islamico: qui l'identità nazionale e statale è elusiva e fluttuante; tra norme religiose e norme giuridiche non c'è separazione; concetti come quelli di contratto e di persona giuridica, almeno nei sistemi puri delle origini, non esistono: nella comunità si identifica una guida, un « leader », che ha trovato espressione per lungo tempo nei califfi, successivamente entrati in crisi; e una burocrazia complessa. Non è presente nè una vera e propria divisione dei poteri nè un alto grado di corrispondenza delle norme alla realtà: ciò che importa è la forza del « leader » e della burocrazia amministrativa.

Questa cultura ha influenzato l'Africa a sud del Sahara, ma non fino al punto da produrre cambiamenti profondi nella strurtura primitiva. Quest'ultima è costituita principalmente da valori negro-africani; è fondata su migliaia di piccole comunità, rette da norme non scritte a da due livelli politici: quello locale (patriarchi, consiglio degli anziani, ecc.) e quello del re o dell'imperatore: ma quest'ultimo non si è mai veramente imposto al primo. L'individuo conta molto poco, perchè l'accento è sul gruppo e sulle relazioni tribali che dominano ogni aspetto della vita e sono dirette principalmente alla conservazione della comunità e al mantenimento dell'ordine pubblico. I conflitti sono risolti da una quantità di corpi, assemblee, cortei, che non ammini-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

strano un diritto scritto. Il governo centrale è di regola privo di poteri di intervento e di un sostegno nazionale, ed incerto circa gli stessi confini territoriali.

Anche la cultura indiana ha subito molte influenze, pur restando in sostanza autonoma, nella concezione del diritto di casta, che assume la diseguaglianza come principio base. Qui è assente una distinzione tra diritto pubblico e diritto privato e il potere reale assoluto è esercitato principalmente a mezzo del diritto di punire. La stabilità è assicurata da un elaborato sistema di « governi locali » autonomi e dotati di privilegi. L'idea di Stato-nazione è estranea a quest'area: vi sono piuttosto numerose relazioni tra gruppi guidati da monarchie aggressive. L'influenza mussulmana e specialmente quella inglese rappresentano uno dei più notevoli tentativi di trasformare il sistema legale tradizionale, tentativo realizzato specialmente attraverso il « Civil Service ».

Diversa la situazione della Cina perchè caratterizzata da un forte concetto di unità, sia pur temperato dal carattere mutevole del territorio. Si tratta di un'unità dominata dal confucianesimo e dai legalisti. Il primo insisteva principalmente sul mantenimento dello « status » e su una società divisa in livelli sociali separati. Le norme legali intervengono a un livello sussidiario, come sistema di sanzioni per chi non rispetti le norme etico-religiose. I « legalisti » operarono specialmente attraverso la burocrazia, con un ambizioso programma di codificazione del diritto. La burocrazia fu organizzata dai « legalisti », in luogo del sistema confuciano di controlli gerarchici indiretti, in modo egualitario, su base pubblica con funzionari « professionali » pagati con stipendi (e non più con emolumenti).

Questo — esposto molto sommariamente — il contenuto principale di un'opera che dà certamente un contributo notevole all'analisi comparata delle culture giuridiche.

Certo, in questo lavoro è presente l'intento pratico: qui e là è trasparente lo scopo di fornire una guida alla comprensione di situazioni « nazionali » per i rapporti internazionali; l'attenzione è spesso richiamata sugli errori dell'imposizione a culture africane ed asiatiche di schemi occidentali e sulle difficoltà delle relazioni internazionali tra culture che danno significati diversi a espressioni come « pace », « guerra », « ordine » ecc. Ma questo non deve meravigliare, se di recente Gabriele Crespi Reghizzi ha messo l'accento sullo scopo pratico costantemente presente anche nella storia del diritto comparato (*Una recente introduzione al diritto comparato*, in *RTDP*, 1972, n. 4, pp. 2168 e 2170). Colpisce piuttosto qualche concessione, qui e lì, alla precettistica: proprio le difficoltà rilevate nell'analisi interculturale, che è appena agli inizi in molti paesi, dovrebbero suggerire almeno una pausa nel tentativo di fornire consigli. Anche perchè questo tipo di analisi, se si allarga in ampiezza, sembra piuttosto povera al livello della com-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prensione storica dei fenomeni: questi appaiono in un succedersi che non tiene conto del mutamento nel tempo e che quindi induce troppo spesso ad accostare, nell'ambito di una stessa « cultura », istituti di ieri a quelli di oggi, quasi che si ripetessero senza modificazioni.

SABINO CASSESE

Domenico CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 581.

1. Si propone l'A. di verificare l'esistenza di un terreno di collegamento e di intesa tra « il principio di buona fede nei negozi » o meglio tra i discorsi che hanno avuto per oggetto le condizioni di uso e di impiego di detto principio e « il sapere giuridico nel suo complesso » ossia la scienza del diritto privato *tout court*.

Compito certamente non facile e reso ancora più arduo in considerazione del fatto che, sul punto, a risultare in certa misura prevalenti sono più le reticenze e i silenzi che le dichiarazioni di favore o sfavore. Ma anche questo, si potrebbe osservare, è il segno della ideologia degli interpreti e la « storia » deve anche fare i conti con questa realtà, non certo ignorarla.

L'aver prescelto un tale angolo di visuale, definito dall'A. medesimo « a tutta prima assai angusto » (p. IX), ha tuttavia anche un suo « costo »: v'è il rischio di forzare la lettura di esperienze e atteggiamenti passati entro schemi del momento presente, coinvolgendo tali esperienze in discorsi un po' « esterni ». Mi spiego. V'è un uso, se così si può definire, « moderno » del principio o criterio di buona fede, che tale principio vuol raccordare a valori che non sono quelli gius-privatistici ma di tipo diverso, emergenti ad es. dalla Costituzione e dal tipo di lotta politica che l'ha generata; ora è logico che l'uso che del principio di buona fede si è avuto nel sette e ottocento sia stato qualitativamente diverso; bisogna dunque andar cauti nell'interpretare le esperienze passate avendo magari negli occhi quelle presenti.

2. Che dunque la chiave di « lettura » del criterio di buona fede prescelta dall'A. sia una chiave « moderna » o meglio una delle « possibili » chiavi può risultare ad es. dalle pagine del primo capitolo dell'opera dedicato a « Giusnaturalismo e scuola dell'esegesi ». Il *leit motiv* di tale capitolo è che la previsione del principio di buona fede nei codici ottocenteschi e, primo fra tutti, nel *code Napoleon* è manifestazione evidente di quella linea compromissoria, se non esplicita, tacita, lungo la quale si sono incontrati e/o scontrati i principi razionalistici del giusnaturalismo e le esigenze dello Stato moderno unitario ossia la ragione di Stato [a tale compromesso ha dato anche una mano la tendenza romantica, assai viva in Germania, rivolta a contrapporre il « diritto privato tedesco » allo *ius commune* (p. 9)].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tale compromesso era del resto già anticipato, sul finire del seicento, dal Domat quando quest'ultimo aveva distinto le leggi immutabili del diritto naturale da quelle, *umane* e *arbitrarie*, imposte dai sovrani: *la buona fede* appartiene alle prime giacché deriva dalla *naturalis ratio* e non dall'arbitrio degli uomini; per essa non v'ha luogo a dispensa né ad eccezione.

L'innesto dunque della buona fede nei « codici » ispirati ai dogmi della proprietà e della libertà di obbligarsi, pilastri giuridici dell'industrialismo nascente, perpetua il compromesso descritto nella misura in cui sembra contrapporre all'*individualismo* « di un corpo di norme che vuol essere omogeneo » (p. 39) « il motivo contrario della socialità e dell'aiuto reciproco » (p. 43). La presenza di essa « frantuma l'armonia del testo, così coerentemente perseguita, e impedisce all'individualismo di raggiungere le punte estreme dei suoi sviluppi » (p. 39). E se anche le norme sull'equità e sulla buona fede avrebbero dormito un lungo sonno in attesa di tempi migliori, esse, tuttavia, racchiudevano « una forza segreta, che i giuristi avrebbero stentato per lungo tempo a riconoscere e che in prosieguo sarebbe apparsa veicolo di un sentire opposto all'individualismo, consentendo in un clima lontano per eventi e per spirito dal secolo diciannovesimo, il parziale recupero della solidarietà nei rapporti obbligatori » (p. 44).

Un tale compromesso era del resto ben visibile nelle interpretazioni giusnaturalistiche del *code Napoleon*, stante « la loro attitudine a scorgere negli articoli sulla buona fede e sull'equità lo spiraglio aperto al *ius naturae*, la breccia attraverso cui i comandi perenni della ragione si attualizzano e assicurano il continuo ricambio dell'ordine giuridico... » (p. 44). L'art. 4 del *code civil*, là dove vieta al giudice di rifiutarsi di giudicare eccependo l'oscurità o l'insufficienza della norma di legge, poteva bene consentire l'ingresso ai poteri equitativi del giudice quando la norma di legge non dispone al riguardo (Locrè).

Ma, immediatamente più tardi, anche codesta *integrazione-compromesso* « accenna al declino » allorquando a risultare vincente è « un atteggiamento ossequioso e passivo » nei confronti del codice o meglio della « volontà generale » che vi si trova espressa (p. 58), il che segna storicamente l'avvento di un indirizzo definito *esegetico* (*école de l'exégèse*) che teorizza il culto della legge scritta e polemizza contro qualsiasi applicazione o interpretazione di essa che possa anche lontanamente far sospettare dell'esistenza di una preferenza ideologica o di una istanza politica e cioè della volontà dell'interprete. In tale nuovo contesto, principii, come quelli di buona fede e di equità, sembrano avviarsi al tramonto, anzi fornire addirittura uno strumento prezioso per inaugurare una totale inversione di rotta, nel senso di « regole che spingono ad eseguire puntualmente gli accordi » (p. 72) e a rispettare gli obblighi assunti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In tutta questa vicenda l'elaborazione del codice nostro, del 1865, non brilla certo per originalità e inventiva: la assoluta sua fedeltà al modello francese non è certo minimamente oscurata dal fatto che i principii di buona fede ed equità sono ora ospitati in un unico articolo (art. 1124) anziché in due (artt. 1134 e 1135), come nel codice francese, col che si otteneva « un singolo precetto omogeneo, connettendo la *bona fides* all'*aequitas* » (p. 86) e nulla di più e di diverso.

Si è detto all'inizio che quella di Corradini è una delle possibili chiavi, non l'unica, di « lettura » del rapporto tra *code civil* e principio di buona fede. Potrebbe insistersi invece sulla *congenialità* dei principii descritti alla nuova filosofia degli scambi e del traffico, quale uscita dalla rivoluzione francese, nella misura in cui l'impiego del principio di buona fede avrebbe potuto assai bene saldarsi con l'esperienza del diritto romano nel quale l'*officium* del giudice, chiamato a giudicare *ex fide bona*, aveva la funzione di sorreggere l'autonomia delle parti. non già di contrastarla, sovrapponendovi valutazioni diverse (1).

E, del resto, più in generale ciò ben si accorda col fatto che un codice classico della società borghese, come il *code civil*, aveva evidentemente scelto la via di prendere come base, per il proprio diritto dei traffici, « il primo diritto mondiale di una società produttrice di merci, il diritto romano » (*Engels*). Non a caso del resto, tra le due grandi sistemazioni disponibili all'epoca, quella del Domat e quella del Pothier, il *code*, almeno per quanto riguarda il dir. patrimoniale, doveva scegliere quest'ultima, assai più vicina al grande modello del diritto romano e assai meno influenzata da premesse giusuaturalistiche. Ma, in tal caso, è evidente che gli articoli sulla buona fede e sull'equità più non dovranno apparire come « eccezioni sconcertanti » rispetto ad un impianto totalmente diverso (p. 39); saranno più realisticamente strumenti di un diritto contrattuale omogeneo che ha anche bisogno delle sue « valvole » per attutire i contrasti e per evitare che l'incontro tra i contraenti si tramuti molto spesso in uno scontro, dal quale l'una parte esca annientata e l'altra vincente, scompaginando in tal modo l'equilibrio raggiunto. Il principio di buona fede risponde bene a questo scopo. In questa direzione hanno funzionato i principii o criteri descritti; lontana è dunque qualsiasi idea del « sociale » o di « altro » che non sia il tornaconto o l'utile degli stessi soggetti-contraenti visti come soggetti-protagonisti del rapporto di scambio, che è un microcosmo a suo modo, non aperto « all'esterno ». Può darsi, come si è detto, che la versione « giusnaturalistica » di tali principii sia stata diversa (non è da sottovalutare ad es. l'influenza di certo giusnaturalismo di estrazione cristiana o teologica) ma è molto probabile che un codice, come

(1) Basta richiamare le « drei Funktionsschichten » distinte da WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des par. 242 B. G. G.*, Tübingen, 1956 (sul quale v. le riflessioni di ESSER, *Par. 242 und Privatautonomie*, in *Juristen Zeitung*, 1956, p. 556 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quello *Napoleon*, che voleva essere il codice della rivoluzione borghese e cioè dei nuovi soggetti-possessori di merci, abbia prestato maggiore attenzione al più remoto precedente costituito dal diritto romano anziché alle lusinghe del diritto di natura, anche se più vicine nel tempo (2).

3. Ma sorte migliore non doveva ricevere il principio di buona fede neanche con la crisi della esegesi e con l'avvento della pandettistica (cap. II). Permangono infatti nella pandettistica tedesca « i due motivi che nell'Ottocento, a partire dall'*école de l'éxegese*, hanno suggerito, con varia intensità ed equilibrio nutevole, di rimuovere l'attenzione dalle norme sulla buona fede nei contratti: da un canto, v'è la paura dei giudizi di valore, che induce alla reticenza al cospetto dei canoni elastici, ove dominano le scelte assiologiche e la purezza scientifica rischia di dissolversi; dall'altro v'è l'individualismo che sollecita a considerare intangibili i voleri delle parti e non tollera che il magistrato possa arricchirli e correggerli attraverso una interpretazione in grado di aggiungere al rapporto originario oneri non previsti (pp. 181-192). La pandettistica è « il contrappunto teoretico » al fenomeno dell'industrialismo che tende alla razionalizzazione dei rapporti economici « tramite il calcolo preventivo degli scopi da raggiungere e degli sforzi indispensabili per soddisfarli » (p. 177). Il che rende spiegabile che essa non abbia fatto buon viso a principii, come la buona fede e l'equità, che, richiedendo un giudizio assiologico, sembravano contrastare con la domanda di certezza e chiarezza che veniva dai nuovi rapporti socio-economici. Se, dunque, sotto l'impero dell'indirizzo esegetico, era stato il pedante « commento » della lettera della legge il peggiore nemico di ogni valorizzazione dei principii descritti, ora, sotto il cielo della pandettistica, pur tramutandosi quel commento in *sistema* e cioè in metodo sistematico di indagine, le cose non mutano giacché il *sistema* è anch'esso nemico di principii sfuggenti ed elastici che ostacolano « l'obiettività del conoscere » (p. 167).

Il BGB, « tardo figlio della pandettistica », come taluno l'ha chiamato (Wieacker), tende dunque a perpetuare quello stesso « compromesso » inaugurato un secolo prima dal *code civil*: nella misura in cui codifica il principio di buona fede e correttezza (part. 242), « rompe il discorso rigido del testo e corrode alla base l'autonomia del sistema, connettendolo al mondo antinomico della prassi e agli impulsi ideologici che l'accompagnano » (p. 196).

Forse, però, anche questa diagnosi avrebbe bisogno di una qualche rettifica. È da ritenere infatti che un secolo (tra il *code* e il BGB) non

(2) Del resto, ogni « codice » recepisce quei principii che meglio si adattano ai suoi scopi: dal giusnaturalismo il *code* riceve il principio della efficacia immediatamente traslativa del mero consenso (art. 1583) nonchè quello dello scioglimento del matrimonio per divorzio (art. 227), dalla tradizione romanistica la disciplina delle obbligazioni (artt. 1134 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sia passato senza lasciare traccia profonde. Se il *code*, dunque, aveva costituito l'espressione di un sistema di valori omogenei, che erano quelli dell'economia di mercato, e cioè dei valori di scambio (e non di uso) ([3]), il BGB rappresentava, al contrario, un tentativo di mediare « diversi sistemi di valori, che non avevano potuto amalgamarsi nella storia sociale tedesca del 19. secolo » ([4]). Le componenti c.d. « sociali » del BGB sono il riflesso di tale eterogeneità di valori. Ma anche qui per « sociale » deve evitarsi ogni equivoco. Molto spesso le norme c.d. « sociali » vanno incontro a legittime preoccupazioni del liberalismo « maturo », affinché i rapporti di produzione o di scambio si svolgano nel rispetto delle « regole del gioco » e degli elementari princípi morali ([5]). Con tutta probabilità a tali norme appartiene anche il par. 242.

Comunque, resta vero che la subordinazione del rapporto obbligatorio al rispetto del principio di buona fede (par. 242) rappresentava una concessione-compromesso per una duplice ragione: quanto *al contenuto*, perché mediava un tipo di valore diverso da quello strettamente egoistico che istituzionalmente era alla base dei rapporti di scambio; quanto *alla forma* ed *al metodo*, perché rappresentava sconfessione di quel metodo sillogistico che la pandettistica aveva esaltato ([6]). Forse, è questo secondo aspetto a rivelarsi più decisivo dell'altro, e tale si rivelerà nel lungo periodo. Il distacco dalla vicenda del *code civil* dovrebbe dunque risultare evidente: non sono infatti le formule quelle che contano ma il contesto socio-culturale entro il quale esse sono inserite e si muovono: dietro il BGB, si è detto, v'era una tavola di valori che non si presentava omogenea e c'era stato un *Methodenstreit* che aveva visto impegnate le Scuole e i più grandi giureconsulti dell'epoca. Nulla di simile era dato intravedere nella storia del *code civil*. Logico dunque che anche le medesime formule ricevano un suono sensibilmente diverso.

4. Sul finire del diciannovesimo secolo « la lotta contro le premesse assiologiche che prima conduceva i giuristi a tenersi lontano

---

([3]) Tali valori, prodotti dall'economia di scambio e ad essa quindi congeniali, sono quelli di *eguaglianza*, di *libertà*, di *universalità*. V. al riguardo GOLDMANN, *L'illuminismo e la società moderna*, Einaudi, 1967, pp. 33-55.

([4]) WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*[2], 1967, p. 479.

([5]) Significativa è ad es. la circostanza che la seconda commissione incaricata del progetto del BGB abbia rifiutato di integrare il par. 138 (che prevede il c.d. *Wuchergeschäft*) con il richiamo all'*ordine pubblico*, ritenendo dunque decisiva, per la nullità del negozio, la sola « riprovevolezza soggettiva » (par. 138, II co.) (*subjective Verwerfbarkeit*).

([6]) Osserva tuttavia come, anche sotto l'impero del giuspositivismo, il dogma della « sussunzione » (di un fattispecie concreta sotto una astratta) non abbia mai avuto incondizionata validità, data la presenza dell'analogia *legis* e di quella *iuris* nonché di « Kleine Reservationen ungeschriebenen Recht », WIEACKER, *Gesetz und Richterkunst*, Karlsruhe, 1958, p. 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dalle clausole in bianco, si acqueta o si smorza, poichè affiora la consapevolezza che gli apprezzamenti personali e le scelte politiche, alla cui stregua l'interprete indaga le leggi e le applica alle singole fattispecie, non si eliminano con una generica condanna » (p. 318). « Alle istanze dell'individualismo si sostituiscono le istanze della solidarietà e dello aiuto reciproco » (*ivi*). In tale rinnovato contesto vien fuori il rilancio della buona fede come fonte di obblighi e di oneri « e non più quindi un simbolo retorico o un principio che consolida la intangibilità degli accordi » (p. 319). Gli avversari da battere sono ora l'individualismo dei codici ottocenteschi e gli schemi che la pandettistica ha tramandato (*ivi*).

È questo l'inizio di un discorso più generale che si misura con « le tendenze anticoncettualistiche » che contrassegnerebbero l'inizio del secolo nuovo. Ma è da chiedersi fino a che punto istanze siffatte o meglio l'emergere di un atteggiamento di tipo diverso divenga veramente un disegno coerente e preciso, dando vita ad una inversione di tendenza nei contenuti e nei metodi.

Ed è, sotto questo profilo, che andrebbe osservato come già il fatto che istanze siffatte non siano condivise da molti ma restino privilegio di pochi — del che ha piena consapevolezza l'A. quando, in favore di esse, non può che allineare *alcune* dottrine e *alcune* pronuncie di giurisprudenza (p. 319) —, sicchè il « personale » giuridico continua a svolgere il ruolo di sempre e coè di consigliere del principe e il principe sono « le strutture del capitalismo industriale », anche se « inquiete » (p. 341), e l'alta dirigenza politica, — già questo fatto, cioè, non dovrebbe consentire di dare risposta positiva alla domanda così formulata. A ciò giova aggiungere che, se anche qualche pronuncia « preziosa nella sua esemplare rarità » (p. 322) è sulla via di dare forza e vigore a norme del tipo di quella contenuta nell'art. 1124, facendo uscire la buona fede dal lungo torpore, è questo il segno che il sistema consente anche ad ammettere qualche « zona franca » — e tale sarà quella delle obbligazioni e dei contratti — fermo restando però che, in altri settori « più caldi », come quello ad es. della politica ecclesiastica (a proposito ad es. del sequestro dei beni della chiesa), qualsiasi interpretazione *ex fide bona* sarebbe rimasta *off limits* (p. 327). Ed è anche un bene che sia stato così, stante il fatto che qui l'attività delle Corti sarebbe stata in favore dell'*ancien régime* e non certo del progresso e dei ceti subalterni. Questo vuol dire che anche il giuspositivismo e il metodo che ad esso si ispira cambia colore in relazione al contesto entro il quale si trova a operare, e cioè non è sempre « cattivo ».

Venendo dunque agli esempi che dovrebbero testimoniare il nuovo atteggiamento delle Corti, è da osservare come, anche a tale riguardo, non è sufficiente registrare fenomeni genericamente connotati come « revisione equitativa del negozio o risoluzione di esso essendo mutate le circostanze d'origine » (p. 322) se non si approfondisce e chiarisce

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in quale direzione, a difesa di quali interessi o di quali classi sociali, ciò avvenga.

Una volta entrati in questo ordine di idee, potrà essere interessante scoprire, ad esempio, che, in qualche fattispecie (in quella decisa dalla Corte di App. di Bologna il 17 luglio 1876), l'interesse protetto è quello del creditore e cioè sono le ragioni (della difesa) del credito ad avere la meglio e potrebbe anche perciò dubitarsi che la soluzione rampolli « dalla regola sull'*honeste vivere* e dal bisogno di comportarsi con animo probo nei traffici giuridici » (p. 329).

In altra situazione lo interesse difeso è quello del proprietario contro l'enfiteuta (p. 330); ma è da osservare che, a quell'epoca, l'enfiteusi era segno di progresso e la proprietà « assenteista » di regresso; sicchè non si saprebbe proprio come qualificare la posizione del Bianchi e della Corte torinese, se avanzata o arretrata (7).

Quanto alla critica rivolta da Vittorio Scialoja alla Cass. Torino del 21 luglio 1908, a prescindere dal fatto che lo stesso Scialoja difendeva il debitore nel processo, era evidente che a prevalere, secondo l'autorevole giureconsulto, dovevano essere le ragioni della proprietà (del debitore) anzichè quelle del creditore (che aveva proceduto con leggerezza alla vendita del pegno) (p. 339). E qui il richiamo della buona fede potrebbe anche essere un *obiter dictum*.

Equivoca è anche « l'importanza predominante dell'uso forense » esaltata e teorizzata dal Piola-Caselli (p. 341) nel senso di una migliore alleanza tra giurisprudenza e dottrina (p. 342), quando poi all'illuministica osservanza del precetto di legge doveva sostituirsi la applicazione giudiziale « costante e uniforme dei codici » (p. 344), dove tale uniformità avrebbe dovuto essere garantita da giudici delle varie Cassazioni del Regno.

Maggiore interesse, almeno per la prospettiva che si vuole seguire, riveste invece il discorso su « buona fede e contratto di lavoro » (pp. 396-415). Qui, effettivamente, nell'assenza di una normativa al riguardo (unica norma esistente, quella dell'art. 1628), l'interprete è chiamato a svolgere una funzione creativa, « a stabilire una serie di regole del contegno e a determinare gli obblighi che le parti sono chiamate ad adempiere » (p. 403). *Aequitas e bona fides* acquistano dunque rilievo e risalto. A prescindere dallo equivoco richiamo al rapporto di lavoro che sarebbe una *societas vitae*, Ludovico Barassi propone una applicazione estensiva dell'art. 1124, quanto all'equità: « chi non vorrà porre tra i doveri morali che la comune coscienza giuridica ritiene obbligatori, in questo rapporto eminentemente fiduciario e intimo, che è

(7) Potrebbero utilmente richiamarsi i rilievi di Gramsci sotto la rubrica « L'enfiteusi » ora in *Passato e Presente*, Editori Riuniti, 1971, pp. 252-53, dove l'affermazione che « dato il carattere di prestazione perpetua il contratto dovrebbe essere scrupolosamente osservato, e lo Stato non dovrebbe intervenire mai ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la locazione di opere, quello per cui colui che appresta un ambiente di lavoro... è tenuto a fornire un ambiente sano, scevro da vizi, non pregiudizievoli all'operaio? ». Ma non mancano, specialmente nella nota (n. 2) che accompagna l'interrogativo surriferito, aggiunte di *se* e di *quando* che riducono, e di molto, la buona « disponibilità » dell'A. [il datore non ha l'obbligo di apprestare gli strumenti ma, *se li appresta*, li deve « dar buoni »] sicchè bene ha fatto la legislazione vigente a rompere ogni indugio, codificando testualmente il principio (art. 2087 c.c.). E, per finire, resta anche il fatto che quella stessa *bona fides*, se per taluno (per la Corte di Appello di Milano) impedisce di licenziare il lavoratore senza preavviso (p. 409), per altri (CHIRONI), impedisce anche a quest'ultimo di abbandonare senza giustificato motivo il servizio (p. 407).

5. Mentre sullo scorcio del secolo decimonono, nel nostro Paese, quelle correnti che si richiamano al « socialismo giuridico » muovono guerra all'individualismo del codice civile nel segno della socialità del diritto, lanciando l'idea di un « codice di diritto privato sociale » (E. Cimbali) [8], in Germania, all'inizio del ventesimo secolo, il *Methodenstreit* doveva svilupparsi polemicamente nella direzione del superamento del positivismo legale ma, questa volta, non in nome del didiritto naturale e ideale o di un supposto diritto sociale « ma in nome dello stesso diritto applicato dai Tribunali dello Stato » (*giusliberismo*) [9].

Il socialismo giuridico è uno strano miscuglio di solidarismo umanitario e sociologico coniugato ad un organicismo che si raccorda alle idee evoluzionistiche di moda a quell'epoca (Cogliolo); in talune sue più responsabili e meditate versioni o sotto-versioni, esso si fa portavoce del programma di fare del diritto privato uno strumento di « democrazia economica (VIVANTE) e sbocca in una pratica riformistica tra i cui obiettivi è in primo piano il recupero della legislazione speciale (ad es. di quella sul lavoro) a livello di « codice » (E. GIANTURCO).

Il giusliberismo invece non si propone alcuna *instauratio ab imis* del diritto privato: esso, come si è detto, non si misura con i temi politici della riforma del diritto e dello Stato ma con quelli, apparentemenenti più *tecnici* e *neutri*, del *metodo* per interpretare e applicare il diritto e cioè tenta il recupero di quest'ultimo per mezzo di un rivoluzionamento delle metodologie tradizionali in direzione del primato della decisione del giudice (*Eizelnentscheidung*) sulla norma astratta di legge. Di qui la definizione che il Weber ha dato del giusliberismo come di una *Ständesideologie* dei giuristi.

---

[8] Cfr. sul punto P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico*, in *Politica del diritto*, 1970, pp. 241 e 387 ss.

[9] V. il capitolo sul giusliberismo in LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 217.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ciò posto, non è dunque da stupirsi che sui temi del metodo e delle clausole in bianco l'indirizzo che si è definito del « socialismo giuridico » non offra granché per chi voglia compulsarlo a questo riguardo. Al limite, verso l'obiettivo di una « rifondazione del diritto privato in senso sociale » tirava più un giuspositivismo di segno diverso (codice del capitale + codice del lavoro) anzichè la proposta di un metodo di tipo diverso che « aprisse » all'interprete e ai giudizi valutativi di esso e cioè, in povere parole, al potere creativo del giudice. Dunque, sì avversario del metodo dommatico, dell'« uso abusato della logica », delle vuote costruzioni giuridiche, ma non già di tutto il rispetto che meritava la Signora legge (e quindi lo Stato) sia pure in un contesto diverso e con compiti anche diversi (ad es. lo Stato-legislatore sociale).

Diverso è invece il discorso per il giusliberismo, per il quale la critica al dogma *della completezza* delle norme consegnate alle leggi ed ai codici passava prevalentemente (anche) attraverso l'affermazione del carattere *indeterminato* degli stessi precetti legali: le c.d. *clausole generali* e i *concetti-valvola* appartengono a questa categoria di precetti. Non a caso uno dei *topos* della letteratura giusliberistica sono appunto i *Königliche Paragraphen* del BGB sulla buona fede (Fuchs). Qui spunti concreti nel libro del Corradini non mancano e sono copiosi (pp. 485-502), seppure sarebbe stato augurabile che l'analisi fosse più estesa (non viene menzionata ad es. l'analisi assai accurata del Wurzel, *Das juristische Denken*) e andasse più nel profondo e cioè con un maggiore scandaglio delle tecniche interpretative elaborate dai teorici del « movimento ». L'analisi ne avrebbe guadagnato in concretezza e spessore.

6. « La buona fede come problema politico » (p. 531): avrebbe dovuto costituire il *leit-motiv* dell'intera ricerca, invece appare in sordina e nelle ultime pagine. Eppure, la convinzione « come solo dal contesto politico tragga impulsi e contenuti la buona fede e come non necessariamente coloro che la respingono siano i paladini della democrazia mentre coloro che la valorizzano nei suoi molteplici aspetti dovrebbero essere considerati responsabili o complici dei governi autoritari » (p. 563) è convinzione preziosa ed avrebbe dovuto guidare l'intera ricerca a cominciare dal primo capitolo, animarla ed orientarla sin dall'inizio. Ad es., a questo riguardo, è sacrosantemente vero che il principio di buona fede non è una ricetta che vada bene per tutte le salse: nell'epoca del nazional-socialismo, il richiamo della « buona fede », con funzione non già correttiva bensì sostitutiva dell'autonomia del soggetto, si rivela come uno strumento di comodo, destinato a consentire l'ingresso a criteri di valutazione riconducibili *auf das Volksganze* e cioè alla ideologia nazional-socialista ([10]); consolidatasi però

([10]) Di Majo, *Nazionalsocialismo e diritto privato*, in *Democrazia e diritto*, 1970, p. 465 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'organizzazione nazista « si verifica un ritorno alle teorie del giuspositivismo rigido e si proclama che il giurista deve riferirsi alla lettera delle norme e preoccuparsi di non tradirne il senso nella ricostruzione dei concetti » (p. 556).

Ma è da chiedersi, allora, se non è altrettanto vero che anche la « svolta storica » effettuata dalla scuola della esegesi, con particolare riguardo alla influenza di essa sul problema della buona fede (p. 54) e la sua diffidenza verso di questa, non debba essere valutata *politicamente* in senso *positivo* e *progressista* nella misura in cui tale svolta significava liberazione da tutta una eredità di *ancien régime* che dietro le false istanze della ragione e della equità contrabbandava la conservazione dell'ordine esistente in termini di difesa del frammentarismo e particolarismo del corpo sociale contro la « volontà generale » formulata dai Parlamenti dell'epoca.

Con la pandettistica il giudizio politico torna ad essere diverso nella misura in cui è evidente che il ripudio di princípi, come quello di buona fede, è congeniale ad una ideologia stabilizzatrice e razionalizzatrice delle strutture esistenti. I rapporti di produzione e scambio, in via di progressivo consolidamento, hanno bisogno di un quadro di riferimento preciso: in tale quadro il principio di buona fede è evidentemente un fuor d'opera. E, così proseguendo, l'ideologia nazional-socialista utilizza spregiudicatamente la carica anti-positivistica lasciatale in eredità dal giusliberismo per poi tornare ad essere positivista e statualista quando ha consolidato il potere.

È questa la prova migliore che il giudizio « politico » sulla buona fede non può darsi in assoluto, una volta per tutte, ma solo sulla base del contesto politico dal quale essa trae « impulsi e contenuti » (p. 563). È questa dunque la chiave con cui affrontare la lettura del « criterio della buona fede e della scienza del diritto privato ».

ADOLFO DI MAJO

Guido FASSÒ, *Vico e Grozio*, Napoli, Guida, 1971 (« Studi vichiani », 7).

Il recente contributo di Guido Fassò alla benemerita collana di Studi Vichiani diretta da Pietro Piovani si ricollega al precedente studio su *I 'quattro auttori' del Vico* (Milano, 1969), in cui avanzò l'ipotesi che Grozio fosse un autore 'per la metà', e individuò nell'influsso groziano un momento *giuridico* nel processo di formazione della filosofia vichiana. Tale interpretazione non risultò gradita ai cultori di storia della filosofia, legati ai pregiudizi della storiografia idealistica secondo cui i quattro autori erano « illusioni della immaginazione ». Appariva inspiegabile la partecipazione del giusnaturalista Grozio al processo di formazione della filosofia di Giambattista Vico: se questi infatti — nella *Autobiografia* — ricomprende Grozio tra i quattro autori,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non gli risparmia le critiche nella *Scienza nuova*. Fin dal primo libro Fassò insistette sull'apporto positivo della dottrina groziana, che offrì a Vico i presupposti per individuare la connessione fra filosofia (scienza del *vero*) e filologia (scienza del *certo*). Un vichiano attento come Pietro Piovani giudicò quella interpretazione « la più persuasiva ricostruzione critica dei rapporti tra Vico e Grozio ».

La principale conclusione del saggio qui recensito è che Vico interpreta vichianamente Grozio: « il Grozio a cui il Vico è grato non rappresenta il giusnaturalismo moderno, ma quella concezione storicistica del diritto naturale — il diritto naturale *delle genti*, o *delle Nazioni* — che del giusnaturalismo settecentesco è l'antitesi » (p. 105). Ma Grozio ha potuto aiutare Vico nello stabilire un rapporto tra ' vero ' e ' certo ', in quanto era un Grozio *frainteso*; solo dopo il 1720 Vico si accorse dell'astratto antistoricismo del giurista olandese. Il Grozio insomma, la cui filosofia ci è divenuta familiare attraverso l'interpretazione dei suoi commentatori, è estraneo — secondo Fassò — non solo a Vico, ma alla cultura napoletana pre-vichiana: e, a tale problematica è dedicato il capitolo introduttivo « Grozio nel previchismo napoletano ». Le testimonianze relative alla conoscenza di Grozio vengono attentamente esaminate da Fassò, allo scopo di provare l'interesse della cultura napoletana piuttosto per gli aspetti tecnico-giuridici, non connessi con le premesse filosofiche del suo giusnaturalismo: « ... prima di aver letto Tomasio o il Barbeyrac — e nel Seicento ovviamente nessuno li aveva letti — non era facile scorgere in Grozio più che un umanista ispirato, appunto, agli Stoici ed a Cicerone, ricollegantesi a quella dottrina ciceroniana della *vera lex recta ratio naturae congruens* che proprio un Padre della Chiesa, Lattanzio, aveva salvato dalla dispersione del *De re publica*, perché gli era apparsa enunciata da ' una voce quasi divina ' » (p. 15). L'incomprensione del Grozio autentico emerge in modo particolarmente eloquente — secondo Fassò — da un singolare passo del Valletta (p. 23), che attribuisce erroneamente al filosofo olandese una definizione del diritto naturale, in cui si avverte la presenza simultanea di motivi tomistici, e occamistici; si legge, tra l'altro, che dalla *lex aeterna primaque* « derivatur lex naturalis inserta in animis hominum, et in tota natura rerum, quae est Dei eiusdemque directrix, nec violari potest nisi a Deo ». Tale definizione pare piuttosto tolta da una opera della seconda scolastica.

Fino al 1720 insomma Vico non si sarebbe accorto del razionalismo di Grozio: nella dedica al principe Eugenio di Savoia della edizione italiana del *De iure belli ac pacis*, l'Advocatus Neapolitanus (in cui Dario Faucci ha ritenuto che si possa riconoscere Vico) scrive che si tratta del diritto che « Divina providentia inter omnes homines constituit ». Prima del 1720 insomma i riferimenti sono quasi tutti elogiativi, e qualche dissenso si riferisce a punti particolari: nel *De uno* Grozio è presentato come « gravissimus philosophus et philologus prae-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stantissimus ». Ma quale fu il Grozio che Vico aveva in mente scrivendo l'*Autobiografia?* Secondo Fassò, Vico avrebbe interpretato vichianamente il *De iure*, ricavandone l'idea non giusnaturalistica della storicità del diritto naturale. Non ci è qui possibile seguire i vari passi, su cui Fassò richiama l'attenzione del lettore. Un principio metafisico affermante l'unità di universale e di individuale, di razionale e di storico, poteva essere ricavato dall'interpretazione vichiana di un paragrafo del primo libro dell'opera groziana, nel quale si afferma: « esse aliquid iuris naturalis probari solet tum ab eo quod prius est, tum ab eo quod posterius ». Torneremo successivamente sui riferimenti relativi al *senso comune*, la cui nozione è centrale nella filosofia vichiana.

La rivalutazione del quarto autore del Vico significa su un piano generale la scoperta dell'elemento giuridico nella sua filosofia: e Fassò contrappone una interpretazione ' giuridica ' ad una interpretazione ' politica ', che recentemente ha voluto scorgere un significato politico nella contrapposizione *aequitas civilis - aequitas naturalis*, contenuta nel *De uno*. « Ora tale contrapposizione è proprio la prova di quello che era l'interesse del Vico riguardo al fenomeno del diritto: essa costituisce infatti la posizione del problema... del rapporto tra il diritto nella lettera della sua formulazione positiva... e l'immanente contenuto razionale di esso, il suo *vero*, che si manifesta nel diritto come equità » (p. 72). Vorremmo aggiungere, a tal proposito, che tale contrasto è anche alla base della teoria retorico-giudiziale della *interpretatio* (ed in particolare della controversia giudiziale denominata *scriptum et sententia*) che Vico ben conosceva quale maestro di retorica: basti consultare le troppo trascurate *Istituzioni oratorie* (Napoli, 1865, p. 29 ss.). La considerazione del momento retorico-dialettico potrebbe forse apportare ulteriori prove a favore della tesi di Fassò: non è la topica il veicolo di una filosofia *more iuridico?* Certo è che la stessa attività del Vico come maestro di retorica ha finito per apparire un incidente senza conseguenze nel processo di maturazione della sua filosofia. Potremmo avanzare l'ipotesi che a Vico lo stesso Grozio apparve anche legato alle tecniche di quel ragionamento topico, che aveva esaltato nel *De nostri temporis studiorum ratione*. Vorremmo richiamare l'attenzione sulla prefazione al *De uno*, in cui si afferma a proposito di Grozio: « ... si eius principia ad exactae criticae trutinam expendantur, magis probabiles verisimilesque quam necessariae sunt et invictae rationes » (Prol., 9); e non sembra casuale che tale affermazione si trovi nel contesto di una comparazione tra Grozio ed il giurista e dialettico Goveano, l'avversario di Ramo e restauratore del vero significato della concezione aristotelica della dialettica, intesa come logica dell'opinione e del probabile. E — se ciò non bastasse — nello stesso *De uno* (Prol., 5) la teoria groziana dell'interpretazione è ricollegata alla dottrina retorica della controversia giudiziale (a quella teoria degli *status* che fu oggetto — come Vico ci ricorda nell'*Autobiografia* — di una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lezione nel concorso per la Cattedra di eloquenza): « ... Hugo Grotius doctrinam de interpretatione magna ex parte rhetorum praeceptis, quae de statibus caussarum tradunt, illustrat ». Nella dottrina vichiana del senso comune vi è l'eco — come suggerisce Fassò (p. 91) — del pensiero di Grozio, secondo cui la causa per cui popoli diversi giudicano di diritto naturale la stessa cosa « vix ulla videtur esse posse praeter sensum ipsum, communis qui dicitur ». Saremmo propensi a pensare che Vico nella lettura del *De iure* (Prol., 8), in cui si sottolinea la funzione assiologica di quella attività rivolta a conservare la società « humano intellectui conveniens » — fosse portato a scoprirvi la concezione classica, aristotelica dell'*intelletto* come intuizione immediata, senso comune, coscienza del giusto e dell'ingiusto. Non è questo il luogo per indagare i rapporti tra intelletto, prudenza e topica nella etica aristotelica, che Vico ben conosceva: certo è che nelle sue dispense sulla retorica (p. 6) afferma che il senso comune è « omnis prudentiae, eloquentiae norma ».

Vorremmo dire infine che la tesi di Fassò, secondo cui il Grozio vichiano è un Grozio frainteso rappresenta un punto di partenza fecondo per una revisione non solo del pensiero vichiano, ma anche della tradizione giusnaturalistica: e la conclusione finisce per essere accettata anche da chi — come Mastellone (« Il pensiero politico », 1972, p. 358) — dissente su questioni particolari. Se Grozio ha indicato la via per stabilire un rapporto tra certo e vero, non può essere messa in discussione la rilevanza del momento giuridico nel pensiero vichiano. E, nel quadro di questo contesto, saremmo incoraggiati ad una rivalutazione dell'elemento retorico-dialettico, dato che la tradizione retorica — a cui si ricollegava Vico maestro di eloquenza — era impegnata ed orientata giuridicamente.

ALESSANDRO GIULIANI

Ernst FUCHS, *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform.* vol. I, a cura di A. S. Foulkes, Aalen, Scientia Verlag, 1970, pp. 516,

Chi avrebbe detto, intorno al 1910, che, sessant'anni dopo, un catalogo del tipo di quello dello Scientia Verlag avrebbe compreso, in mezzo a classici della dogmatica e monumenti dell'erudizione giuridiche tedesche, la ristampa in tre grossi volumi (1) dei libri o libelli

(1) Mentre scrivo (ottobre 1972) è imminente la pubblicazione del secondo volume; il terzo apparirà nel corso del 1973. Il primo volume contiene, oltre la presentazione dell'editore, il testo integrale di due libri (*Schreibjustiz und Richterkönigtum*, 1907; *Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, 1909) e di quattro articoli tratti dall'appendice al libro *Juristischer Kulturkampf* (1912) che verrà ristampato nel secondo volume. Qui di seguito citerò con la paginazione della ristampa (abbreviazione *GS*), che comunque riproduce anche la paginazione originale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di combattimento di Ernst Fuchs? Certo, la *pietas* del figlio Albert S. Foulkes, curatore dell'opera e autore di un'ampia prefazione (2), ha avuto la sua parte in questo rilancio, completato da un'altra ristampa curata dallo stesso Foulkes e da Arthur Kaufmann presso l'editore Müller (3); ma non avrei dubbi sulla rispondenza tra *pietas* soggettiva e situazione culturale oggettiva. La lettura di Fuchs è ancor oggi largamente giustificata e stimolante, anche quando le pagine concitate, irriguardose, a volte semplicistiche del « profeta di Karlsruhe » sembrano (ma sembrano soltanto!) sfondare porte ormai aperte o cozzare invano e barbaramente contro rispettabilità ormai inattaccabili. Piuttosto, qualche riserva si può fare sul piano letterario: non sempre il gusto di Fuchs (nelle citazioni, per esempio) è provvedutissimo; non sempre la sua fede di libero pensatore progressista si testimonia nel migliore dei modi e col migliore dei corredi apologetici; non sempre la bontà dello stile (pur « kernig und körnig », come ha scritto Radbruch, lodandolo) è pari a quella delle intenzioni. Ma ripeto: Fuchs può essere letto, *va* letto.

Se mai, ci si può chiedere se la dose di lettura che le *Gesammelte Schriften* prescriverebbero non sia eccessiva. Avviene, con queste raccolte, come con i grossi microsolchi, nei difetti e nei pregi. L'unità naturale di lettura è il libro, in quanto è stato pensato e scritto come totalità, in un tempo interno suo proprio; nel libro di libri l'irradiamento della singola opera sbiadisce.

---

(2) Albert S. Foulkes, secondo figlio di Ernst Fuchs, nato il 7 ottobre 1893 a Karlsruhe, non ha potuto vedere il compimento dell'opera: è morto improvvisamente, per un attacco cardiaco, il 5 agosto 1972 a Sydney, dove aveva dovuto emigrare nel 1939 in seguito alle persecuzioni razziali. Dopo aver servito come volontario nella prima guerra mondiale, e avere conseguito il dottorato in diritto a Heidelberg nel 1923, esercitò l'avvocatura in associazione col padre fino alla sua morte (1929), poi in proprio, tra difficoltà divenute progressivamente insostenibili. In Australia fu costretto — per necessità, contro la sua naturale inclinazione — a svolgere attività commerciale; nel 1961 poté riprendere la pratica e lo studio del diritto forzatamente interrotti; per alcuni anni ebbe una *research fellowship* presso la facoltà giuridica di Sydney. Tra i suoi scritti: *On the German Free Law School*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1969, pp. 367-417; *Gustav Radbruch in den ersten Jahrzehnten der Freirechtsbewegung*, in *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Göttingen 1968, pp. 231-241; *Ernst Fuchs und die Freirechtsschule. Ein Lebensbild*, in *Gerechtigkeitswissenschaft* (vedi n. 3), pp. 225-259. Alcune traduzioni e le ampie prefazioni ai voll. I e II delle *GS* di Fuchs completano il quadro di un impegno culturale particolarmente generoso e coerente.

(3) *Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre*, Karlsruhe, 1965. Oltre all'introduzione di Kaufmann, al *Lebensbild* di Foulkes e a una bibliografia quasi completa delle opere tuttora rintracciabili (sulle lacune di tale bibliografia cf. FOULKES, in *GS*, I, p. 25 s.), la raccolta contiene un ampio estratto del libro che Fuchs considerava il suo più riuscito (*Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, 1908; mancano numerosi commenti a sentenze del *Reichsgericht*, che verranno forse pubblicati in seguito) e sei articoli, tra cui l'importante sintesi del 1929, *Was will die Freirechtsschule?*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

D'altra parte, se si persevera, può accadere — come segnalava Proust per i libri di Bergotte — che a poco a poco l'essenza dell'autore, dappertutto presente e in nessun luogo preciso afferrabile, venga incontro e intorno al lettore come una familiarità oscura-sicura, dolce quanto al corpo la coperta di buona lana in cui non si sa come ancor più, come infinitamente raggomitolarsi, rincantucciarsi. In questo mistero d'intimità vige la gioia delle sempre nuove, inesauribili conferme che l'autore dà di se stesso, del suo essere-così-e-non-poter-essere-altrimenti; la gioia della segreta-evidente identità tra le manifestazioni diversissime o contraddittorie; quella insomma che è forse il più sottile nell'amore: la gioia della pienezza dell'ecceità.

Ma riscuotendoci da questi abbandoni letterari, decisamente eccessivi nel caso di Fuchs, faremo bene a concentrarci sulla portata propriamente giuridica della sua opera. Ho già avuto modo di presentare abbastanza ampiamente Fuchs nell'ambito di una ricostruzione del giusliberismo soprattutto tedesco degli inizi del '900, al quale egli appartenne come uno dei rappresentanti più significativi, certo il più significativo nell'impersonare il dinamismo specifico, il più efficace nell'appiccare dappertutto quello che allora veniva sentito come il « fuoco » del *Freirecht*; mi limito quindi, per questo aspetto della personalità di Fuchs, a rinviare a quanto scritto allora (4). Qui vorrei integrare il quadro con qualche accenno agli aspetti meno immediatamente giusliberistici del suo pensiero, cioè appunto a quel secondo, ma non secondario ordine di problemi che il titolo della raccolta indica col termine *Rechtsreform*.

Per Fuchs la riforma, necessaria e santa come una crociata, e di natura anzitutto morale e culturale, doveva investire l'esperienza giuridica integralmente, dalla redazione delle leggi alla loro applicazione, dall'insegnamento universitario al tirocinio pratico e all'esercizio della magistratura e dell'avvocatura, dallo stile e dal linguaggio giuridici al sentimento e al concetto stessi del diritto.

È anzi da quest'ultimo punto che occorre partire, per intendere unitariamente gli altri. Il canone interpretativo di risalire all'intuizione fondamentale, valido per ogni pensatore, anche il più razionalista e raziocinante, vale a maggior ragione per Fuchs, che è un intuitivo sintetico in cui tutto muove da un'immagine-forza costantemente presente. Questa intuizione motrice è: *una moderna società di uomini virili e veraci, gioiosi di lavorare e di scegliere, padroni del proprio ambiente di vita*. Ad essa, come al criterio ultimo di valutazione, tutto viene riportato.

In una simile società, il diritto è ovviamente ridotto al minimo, se inteso come metro esterno, cultura a parte: si concentra in pochi

(4) *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, cap. III. Alla traduzione tedesca (*Geschichte des Freirechts*, Frankfurt, 1972) ha collaborato in misura decisiva A. Foulkes.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

principii essenziali, si realizza come conoscenza e giudizio reciproci già nel quotidiano; sfrondata drasticamente la legge, recisa ogni escrescenza di litigiosità come ogni escrescenza dottrinaria. Al tempo stesso il diritto è sviluppato al massimo: perché permea ed intride ogni atto di vita con la naturalezza di un'irrorazione sanguigna ossigenante. *Diritto vicino*: così riassumerei ciò che sta a cuore a Fuchs, l'esigenza forse più autenticamente sua, alla quale il giusliberismo metodologico si coordina benissimo, ma senza soverchiarla e senza soppiantarla mai. Un uomo fatto come Fuchs non poteva amare di amore una metodologia (5).

Diritto vicino significa molte cose. Per esempio leggi comprensibili dai destinatari. « Mostruoso » è invece l'esoterismo del *BGB*, inaccessibile senza commento agli stessi giuristi, privo, nelle descrizioni di fattispecie, di ogni evidenza plastica, « buono solo nelle materie di cui non si occupa », « vertice della vecchia scolastica sofistico-dialettica e punto di partenza di una anche peggiore neoscolastica », tirannico « papa cartaceo » che proclama infallibilmente un « diritto morto straniero ». Il *BGB* non è diritto di popolo, è diritto di giuristi romanisti imposto al popolo. E quasi lo stesso vale dell'ordinamento processuale civile, della *ZPO*. L'antitesi sono i grandi libri moderni di diritto, il Codice Napoleone, il Codice civile svizzero di Huber, la *ZPO* austriaca redatta da Klein ispirandosi all'insegnamento di Menger; ma un'antitesi molto più radicale è proposta, seguendo Schmölder, da Fuchs: abolire quasi completamente i codici sostituendoli con una legislazione per principii di pochissimi articoli, almeno per quella parte del diritto che è *Weistum* e non semplicemente *Einrichtung*, che cioè si fonda sull'esperienza, saggezza, coscienza dei consociati e non sull'esigenza pratica di stabilire una regola precisa e uniforme quale che sia (*GS* 158 ss., con significativi progetti di articoli in materia civile e processuale civile).

Diritto vicino significa, a monte, *Volkstümlichkeit*, popolarità della scienza giuridica da cui i codici nascono. Ora, non vi è nulla di più *volksfremd* e *weltfremd*, nulla di più distante, di più straniato dalla gente e dalla vita, dai traffici, dal sano senso comune, della « pandettologia » in cui si avvolgono fino alla « cecità » e alla « morte sentimentale » gli « scribi », il « clero » (*die Rechtspfaffen*) della scienza giuridica ufficiale. Questa è scienza non della società viva giuridicamente ordinantesi, ma della compilazione giustinianea: *soziologisch* (il cui uso non *wertfrei*, ma *entschieden wertbetont* da parte di Fuchs suscitava le critiche dei puristi) è formato appunto in voluta correlazione con *pandektologisch* (6) più che in riferimento alla sociologia come scienza co-

(5) Vedi infatti, per una conferma, la veemente autodifesa dall'accusa di fare pura metodologia: *GS*, p. 221 s.

(6) Cf. p. es. *GS*, p. 147: « Die Wissenschaft für das Entscheidende bei der Rechtsfindung, nämlich für das Rechtsempfinden, ist nicht die Pandektologie, sondern die Soziologie ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stituita (non si trattava tanto, a mio parere, di sostituire la giurisprudenza con la sociologia, quanto di sostituire una giurisprudenza pandetto-logica con una socio-logica, logos sulla società).

Diritto vicino significa dunque messa al bando e impietosa ridicolizzazione dell'astrusità, frivola (*kindisch*) quanto insondabile, dello spirito pesante e pedante (*Geist der Schwere und der Pedanterie*), della logica fittizia e senza cuore, del sapere separato, del linguaggio impopolare e scolastico (Fuchs fu attentissimo ai fatti linguistici), della mania citatoria di una pseudoscienza sepolcrale. Forse più delle invettive fuchsiane colgono nel segno le osservazioni ironico-fattuali, come quelle, ancora godibili, sull'autorità della carta stampata (*GS* 224), sullo studioso compitare gli *status quaestionis* in dottrina (*GS* 225), sulle ' conquiste ' e ' scoperte ' della dogmatica (*GS* 249 ss.). E diritto vicino significa, per converso, scienza aderente alla realtà viva degli individui da un lato, del rapporti e degli istituti dall'altro: perciò « psicologica e sociologica ». La coppia delle due maggiori scienze umane, sistematicamente snobbate dalla normologia pura della giurisprudenza tradizionale, viene reclamata da Fuchs infaticabilmente e con un'abbastanza precisa divisione di compiti: la psicologia, scienza dell'individuo, interviene essenzialmente nell'accertamento del fatto (raccolta e valutazione delle testimonianze anzitutto; ma anche rilevazione dei bisogni e degli interessi reali delle parti, delle peculiarità del caso singolo); la sociologia, scienza dell'uomo associato e delle strutture, oltre a integrare e ampliare l'accertamento del fatto, dà conto dei giudizi di valore e delle prassi normative maturati nel corpo sociale (7).

Ma Fuchs avverte che la separazione tra il diritto e la vita e la cultura moderne si origina ancora più a monte, alle fonti stesse della formazione giuridica, anzi della formazione pregiuridica dei professori e dei magistrati. Nel periodo di tirocinio cosiddetto ' pratico ' presso i tribunali, l'apprendista giudice è ormai un chierico, un separato: i suoi incontri coi problemi di vita sono compassati, stentati, dall'altra parte del tavolo; e presto l'imminenza dell'esame di Stato (puro sbarramento costruzionistico-nozionale) lo piega nuovamente al giogo pandettologico, a quella tipica virtù burocratico-germanica della passività devota che palesa qui il proprio « crasso materialismo » carrieristico (*GS* 75; cf. 49). Quanto alla formazione universitaria che precede l'assessorato, essa non può che riprodurre le caratteristiche della scienza giuridica ufficiale già descritta (tra i rimedi di tipo organizzativo-pedagogico, Fuchs ebbe molto a cuore l'idea delle ' cliniche ' giuridiche per l'esame di casi reali). Ma la fonte originaria del male sta nell'insegnamento liceale e ginnasiale, che Fuchs, facendo proprie le rivendi-

(7) Una citazione tra le tante: *GS*, p. 212: « Und doch ist das Soziologische auf dem Gebiet der Rechtsermittlung das einzig warhhaft juristische, genau so wie es auf dem Gebiet der Wahrheitsermittlung das Psychologische ist ». Cf. p. 165 s., p. 187 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cazioni più drastiche del modernismo pedagogico, vorrebbe sconvolgere dalle fondamenta (*GS* 34-53).

Snaturato, depersonalizzato, separato, l'assessore comincia infine a giudicare. Ma neppure nel processo, momento pratico per eccellenza, diritto e vita giungono a riunirsi. Diritto vicino significherebbe oralità (meglio, anzi, immediatezza) e pubblicità del processo: queste note mancano completamente nella fase più delicata, nell'istruttoria, che è scissa dalla fase dibattimentale. Diritto vicino significherebbe poter far valere da sé, con le proprie parole, le proprie ragioni: ma l'obbligo umiliante del ricorso all'avvocato (*Anwaltszwang*) stabilisce un altro diaframma insuperabile tra il popolo e i suoi giudici. Diritto vicino significherebbe massimo di responsabilità giurisdizionale ai cittadini non giuristi, specie se competenti nella materia da dibattere: il giudizio dei ' pari ' non farebbe che sanzionare i criteri di comportamento già validi nel paese reale e nei singoli ambiti professionali, sarebbe più rapido, più calzante e non meno temuto di quello dottrinario. La prova la danno del resto i casi sempre più numerosi e importanti di ricorso all'arbitrato; modello al quale tutti i processi dovrebbero avvicinarsi. Un passo in questa direzione sarebbe quello di abolire la separazione innaturale tra avvocatura e magistratura, reclutando i giudici tra i migliori avvocati. Si avrebbero così dei giudici ricchi di un'ampia, diretta esperienza di vita e degli avvocati seri, meno interessati alla vittoria del proprio cliente o peggio alla lunghezza del processo e più solleciti degli interessi generali.

Altri aspetti della ' lontananza ' del diritto acutamente rilevati da Fuchs: le motivazioni delle sentenze consistono troppo spesso in citazioni di precedenti o di contributi dottrinali, che respingono la responsabilità della decisione su ignoti lontani nel tempo, esonerando il giudice dal dover dire apertamente, faccia a faccia: « *io* penso così » (*GS* 119); i dibattiti si svolgono in segreto (*GS* 182), nascondendo al cittadino il travaglio della decisione e le ragioni della sua condanna, che apprenderà solo più tardi, da una motivazione artificiosamente costruita *ex post*; il giudice, finita la causa, se ne lava le mani e si stacca per sempre dalla vicenda (dal dramma) del condannato: meglio sarebbe se dovesse portare insieme con lui il peso della decisione presa, vivendogli accanto come, almeno in qualche misura, fa l'avvocato (*GS* 122 e 126-127); i giudici non sono esperti dei luoghi e delle persone (*orts- und personkundig*, *GS* 124): occorrerebbe invece un giudice « cresciuto organicamente con il suo circondario » (*mit seinem Bezirk... organisch verwachsener Richterkönig*, *GS* 126) e — perché no, se il diritto è *veramente* vicino? — eletto dal popolo (*ivi* 125).

L'analisi potrebbe proseguire, ma rischierebbe di far perdere di vista l'intuizione fondamentale, che occorre ora richiamare. Il diritto intuito da Fuchs è un diritto che a tutti i livelli (normazione, attuazione forense e negoziale, riflessione scientifica) e in tutti i suoi aspetti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(struttura, contenuti, linguaggio) sia tutt'uno con la *vita* (ossia con la vita *moderna*, quale Fuchs la concepisce); un diritto, quindi, che generi un umanesimo professionale nuovo, fondato, anziché sull'esoterismo e il logicismo, sulla partecipante cordialità, sulla veracità, la vocazionalità, la personalità. Questo ideale contiene elementi così ovviamente sani e validi, che non occorre insistervi. Può essere avanzata se mai qualche riserva che renda l'adesione più realisticamente consapevole.

Ci si può chiedere, per esempio, se e come, posta l'identità tra ordinamento giuridico e società civile nel senso di un prevalere del profano, del *Laie*, sul giurista, del *gesunder Menschenverstand* sulla tecnica, sia ancora giustificabile quella « santità » del diritto e degli uffici giuridici cui Fuchs tante volte si richiama (8). È, o non è, il diritto, portatore di *autonomi* valori? In che cosa si distingue la giustizia da un comporsi meccanico od organico di interessi in conflitto? Entro che limiti il giurista in quanto giurista può porsi in contrasto con le tendenze, magari le tentazioni, della propria società? Tra formalismo impermeabile al sociale e naturalismo sociologico puro c'è forse una terza via: Fuchs non la traccia, tutt'al più la postula.

In senso inverso si potrebbe osservare che sfuggono a Fuchs alcuni *limiti* essenziali del diritto. La società giuridica, o anche giusta, non sarà mai la società 'umana' senz'altro: si richiede un ordine più libero, più spirituale, più intimamente e personalmente unitivo di quello giuridico. Per l'inconcusso illuminismo di Fuchs, « patriota democratico nello spirito del '48 », nello spirito cioè della « sinistra borghese » (9), l'avvento del diritto giusto sarebbe verosimilmente tutt'uno con l'avvento del bene.

Nasce l'impressione che Fuchs abbia ignorato le riserve sul giuridico avanzate dai fenomenologi e teologi del diritto spiritualisti suoi contemporanei per la stessa ragione per cui ha ignorato sia la condanna anarchica, sia il radicale sospetto socialista e marxista sul diritto: e cioè per la sua *Weltanschauung* di libero pensatore borghese, portavoce dell'illuminismo imprenditoriale e commerciale contro il clericalismo pandettologico, che gli precludeva da un lato la considerazione dell'ipotesi di una (secrétaniana, tolstoiana o sohmiana) società dell'amore e d'altro lato l'analisi dei condizionamenti di classe del diritto e dello Stato, della componente ideologica di quella dogmatica giuridica che detestava e ridicolizzava come *honnête homme*, su un piano

---

(8) Cf. *GS*, p. 54: « Der höchste und schönste Beruf im Staate, nämlich T r ä g e r d e s R e c h t s zu sein » (cf. p. 32); 83: « Der berufsmässig das Recht vertretende Stand, der an idealer Gesinnung von keinem überboten werden darf » (cf. p. 87: « heiliges Amt »).

(9) FOULKES, *GS*, pp. 19 e 22. Per questo e per molti altri aspetti (esercizio dell'avvocatura, età della « scesa in campo » contro la scienza giuridica ufficiale...) Fuchs ricorda v. Kirchmann.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quasi esclusivamente culturale ([10]). Inoltre, Fuchs si è quasi completamente disinteressato dei *contenuti* del diritto e di una riforma sul piano politico-normativo.

Qualche dubbio potrebbe anche avanzarsi, sempre nella valutazione dell'*ideale* di Fuchs, a proposito del suo conclamato modernismo, non solo per il drastico rifiuto della filologia in tutte le forme, ma anche per la glorificazione di un ' progresso ' e di una ' emancipazione ' che appaiono oggi problematici. E naturalmente, scendendo a discutere nei dettagli le singole proposte (ri)organizzative di Fuchs, molte cose ci sarebbero da dire.

Rimane, al termine della lettura, oltre alla *tranche de vie* insostituibile, materiata di osservazioni penetranti sul mondo giuridico del tempo (che è ancora in buona parte il nostro tempo), l'effetto benefico dell'incontro con un pensiero più simpatico e luminoso, forse, che profondo, ma inguagliato nella capacità di suscitare la sacrosanta esigenza, democratica e culturale insieme, di una detecnicizzazione di tutto il detecnicizzabile, di uno smantellamento dell'involutezza universitaria e forense, dell'acutezza ([11]), dell'acribia ([12]) giuridiche superflue; rimane il messaggio (appena credibile! ma Fuchs ce lo fa credere) che il mestiere giuridico è mestiere caldo e gioioso, uno dei mestieri più belli: sempre che lo s'intenda come sensato governo di situazioni umane difficili — da cui ogni pedanteria sia esclusa; come rigoroso ministero di rettitudine — da cui ogni venalità sia esclusa.

I volumi successivi delle *Gesammelte Schriften* arricchiranno di strati e prospettive ulteriori la conoscenza (oggi impossibile attraverso le

---

([10]) I rapporti col socialismo andrebbero meglio precisati. Fuchs ebbe rapporti personali e di comune militanza giusliberista con numerosi socialisti; cita volentieri Voltaire, Comte, meno frequentemente L. Feuerbach o Menger; non una sola volta, direi, Marx o Engels. In qualche caso oppone recisamente sociale e socialista, p. es. *GS*, p. 109: « Ich meine das ' sozial ' hier in seinem eigentlichen Sinne, nicht im Sinne von sozialistisch. Denn der Vorwurf der Klassenjustiz trifft unsere Richter nicht. Im Gegenteil sind sie mit einem guten Tropfen sozialen Oels gesalbt und sie stehen mit ihren Sympathien im allgemeinen auf seiten des wirtschaftlich Schwachen ». A parte la malinconica formuletta, allora corrente, del *Tropfen sozialen Oels*, bisogna pur dire che lo stile è integralmente borghese e che non vengono recepite neppure le istanze del socialismo giuridico. È poi abituale in Fuchs l'affermazione che la riforma deve partire dall'uomo, non dalle strutture: *men not measures*: « Jede gründliche und wirksame Reform... ist im Grunde moralischer Art » (*GS* p. 158). L'autore preferito di Fuchs è Nietzsche, interpretato come il grande profeta-liberatore (liberatore, naturalmente, non dall'oppressione di classe, ma dal legalismo codino, dalla meschinità piccolo-borghese e dalla pedanteria dottorale).

([11]) *GS*, p. 116 (citando Ehrlich): « Der Scharfsinn ist die unfruchtbarste unter den Gaben des menschlichen Geistes... »; p. 118: « Die... Scharfsinnigkeit (Spitzfindigkeit) und Schulgelehrtheit unserer ' klassischen ' Jurisprudenz hat aber nur Kopf, kein Herz ».

([12]) Cf. *GS*, p. 249 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sole biblioteche italiane) di una personalità cui credo spetti, pur con i suoi limiti, un posto tra i 'nuovi padri' del pensiero giuridico del '900.

LUIGI LOMBARDI VALLAURI

Francesco GALGANO, *Le società di persone - società in genere - società semplice - società in nome collettivo - società in accomandita semplice*, « Trattato di diritto civile e commerciale diretto dai professori Antonio CICU [...] (e) Francesco MESSINEO [...], vol. XXVIII, Milano, Giuffrè, 1972, pp. XXIII-447.

1. Il commercialista, tra tutti i cultori delle discipline giuridiche privatistiche, è forse quello avvezzo a confrontar più spesso l'esperienza giuridica d'oggi con quella del passato: per riscoprire il nesso di continuità che le lega, e soprattutto per dare una spiegazione appagante a certe particolarità del diritto commerciale che universalmente si sogliono attribuire al terreno storico in cui dapprima esso germogliò. In fondo quest'affezione naturale del commercialista per la storia fa tutt'uno in lui con la netta affermazione della « specialità » della sua disciplina; entrambe tanto spesso cospirando a dar fisionomia concreta e confini precisi a questa branca dell'ordinamento e del saper giuridico. Né va dimenticato che questo interesse storico ha un suo oggetto particolare che tende a distinguere ancor di più il commercialista, per esempio, dal civilista. Quest'ultimo, infatti, quando sente il bisogno d'appoggiare il suo ragionamento alla storia, è quasi istintivamente (e per lunga educazione) portato a rifarsi all'esemplare romano cristallizzato nel *Corpus* giustinianeo; sicché quasi tralascia l'esperienza dell'età intermedia, alla quale — semmai — si richiama solo come ad una lettura, magari incolta e fuorviante, delle fonti romane. Il commercialista, invece, avverte chiaramente che, se vuol comprendere appieno la specialità del suo oggetto d'indagine e le ragioni ultime di questa specialità, deve rifarsi alla storia; e, per l'appunto, in quell'età intermedia che il civilista è tentato di dimenticare, alle fonti legislative formalmente svincolate dall'esemplare giustinianeo. Insomma, la comprensione del diritto commerciale come *jus mercatorum* (o *mercaturae*), sembra passar necessariamente attraverso la comprensione dell'esperienza storica (a partire, per lo meno, dal basso Medioevo) in quel che essa ebbe di più originale e di non riconducibile, almeno formalmente, al grande filone romano e romanistico.

Naturalmente quest'esigenza, pur acutamente avvertita, può esser soddisfatta in più modi; nel senso che il riferimento al dato storico può esser fatto con criterî profondamente diversi. In realtà, è agevole notare che, se talvolta ci si rivolge alla storia curiosi solamente di conoscere un precedente, tal'altra invece quest'interesse si fa più vigile e più motivato, colorando di sé tutto il ragionamento dell'interprete,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e quasi aggiungendogli una nuova (e non secondaria) misura. In pratica, altro è utilizzare il dato storico come premessa incolore oppure come semplice argomento tolto per dimostrare la fondatezza del proprio assunto o la debolezza di quello altrui; ed altro è assumere la prospettiva storica come ineliminabile punto d'osservazione da cui muovere per una ricostruzione veramente coerente dell'esperienza odierna, come modo proprio — cioè — del ragionamento giuridico.

Ora, il passaggio dall'uno all'altro modo d'intendere la prospettiva storica — anche da parte dei commercialisti — non è, certo, né in sé facile né di fatto agevolmente compiuto, anche se può esser facilitato da quell'interesse specifico di cui dicevamo or ora.

In questo senso il libro del Galgano, di cui vogliam qui discorrere, può davvero dirsi esemplare; per lo meno da un punto di vista metodologico, come cosciente tentativo di superare il momento (diciamo così) grezzamente comparatistico nell'utilizzazione dei dati storici, per arrivare invece, sempre giovandosi di quei dati, a una più profonda comprensione delle nervature portanti dei singoli istituti e di tutto l'ordinamento; che è poi, come ognun sa, l'unico modo di coglier fino in fondo la *vis ac potestas* degli uni e dell'altro al di là della *littera*, apparentemente aprospettica, che li ricopre.

Di questa sua scelta di metodo il G. fa partecipe il lettore fin dalla prefazione. « Ho voluto conservare, anche in questo volume, l'impianto storico-giuridico che avevo dato ai miei primi lavori sulle società di persone; ho voluto conservarlo per una ragione specifica, che va oltre la generica utilità dell'indagine storico-giuridica. La ragione specifica è nella peculiare attitudine che il dato storico manifesta, in tema di società di persone, ad « entrare » in un discorso che ha per oggetto il diritto vigente; peculiare attitudine che deriva, a sua volta, dalla sostanziale identità di funzione economica e, quindi, di strutture giuridiche delle attuali società di persone rispetto ai loro modelli originari » (pp. VII-VIII). È una scelta indubbiamente felice, che ben può essere condivisa; ma, al di là della sua fondatezza, è dato cogliere in questo discorso del G. l'emergere netto di quella duplicità nel modo d'intendere la prospettiva storica di cui si diceva dianzi: non sapremmo, infatti, spiegar diversamente quella distinzione tra *generica utilità* e *ragione specifica* volutamente posta in tanto rilievo. Della qual distinzione non è tanto il genere e la specie ad offrire il criterio, quanto piuttosto una diversa qualificazione (e, per ciò stesso, funzione) che la prospettiva storica viene ad assumere nelle maglie del ragionamento del giurista. E non è, poi, detto che questa funzione sia meglio assolta in questo o in quel campo specifico d'indagine: indispensabile ovunque, sol che l'interprete la sappia intendere, essa di fatto può emergere più chiaramente quando l'interprete stesso si muova in un settore nel quale egli sia in grado di offrire una riflessione più matura ed originale. Che per il G. questo settore sia quello delle società di persone è cosa

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vera e ben nota; ma che non ha a che fare, ci sembra, con una reale attitudine del dato storico a offrir materia e lume, qui meglio che altrove, alla ricostruzione del sistema del diritto vigente.

2. Certo si è, però, che nel discorrer di società commerciali, il riferimento storico affiora con particolare facilità: le Compagnie del Dugento e del Trecento come matrice dell'odierna società in nome collettivo, la Commenda (nelle sue varie forme) all'origine della società in accomandita semplice; e, poi, l'affermarsi del moderno capitalismo come terreno da cui presero forma le società di capitali. Son riferimenti ovvî ed abusati, come tutti sanno; ma, soprattutto, equivoci e sostanzialmente fuorvianti nella misura in cui posson diventare (e, di fatto, assai spesso diventano) « precedenti » inerti e di pura curiosità erudita per l'interprete d'un codice nel quale quei singoli istituti — tra loro così diversi per origine — si ripresentano nelle maglie d'un sistema assolutamente privo d'ogni prospettiva. La vigilanza dell'interprete storicamente non sprovveduto, dunque, ha un suo preciso valore solo se gli dà un nuovo « modo di lettura » dei dati offerti dall'esperienza, e non già se si limita a offrir materia per uno sterile contrappunto tra l'odierno e il passato alla vana ricerca di rapporti di generazione. Né questa vigilanza può identificarsi con una generica « sensibilità storica » che appesantirebbe d'un'erudizione in più il ragionamento del giurista: il quale, costretto da questa sua pretesa virtù a comparare in lungo e in largo, sarebbe tentato ancor di più — e più sottilmente — di cercar nella storia così addomesticata gli argomenti migliori delle sue conclusioni.

La questione reale — che attiene *ex toto genere suo* al metodo dell'indagine giuridica — è un'altra, e si pone certamente al di là d'ogni dualismo « contrappuntistico ». Essa consiste nel ricercare un metodo di analisi dell'esperienza giuridica odierna che sia — ad un tempo — storicamente vigile e tecnicamente provveduto; sicché, per restare al concreto, sia possibile leggere il codice (putacaso: le norme in materia di società) ridando la sua collocazione in prospettiva storica ad ognuno degli istituti che i codificatori hanno appiattito nel loro reticolo bidimensionale; ed insieme interpretando con sicura diagnosi giuridica i singoli dati, qualunque sia il piano su cui ognuno di loro si colloca in questa prospettiva storica. L'interprete, insomma, deve evitare gli abbagli che gli potrebbero derivare dal prender per vero e non fallace quel reticolo di cui ora si diceva (e che può fare apparir simili istituti tra loro remotissimi); ma, nello stesso momento, ha da tenersi lontano da qualunque falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea diagnosi giuridica (1), perché questa falsità non potrebbe

(1) È fin troppo ovvio il riferimento al BETTI, *Falsa impostazione...*, in: « Studî in onore di Vincenzo Arangio Ruiz », vol. IV, Napoli, 1953, pp. 81-125.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poi non tradursi immediatamente in errore interpretativo dell'esperienza giuridica nel suo complesso.

Tentiamo d'applicar questo discorso al tema delle società commerciali. E partiamo, com'è ovvio fare e come il G. ha fatto, dalla riconosciuta esigenza di ragionare d'ognuna di queste società *juxta propria principia*, considerando cioè il loro odierno assetto come un momento della loro evoluzione storica, senza compiere estrapolazioni innaturali e falsanti. Ma proprio questa impostazione impone una corretta definizione preliminare della *causa societatis* nei suoi connotati essenziali, perché alla sua stregua dovrà poi condursi tutta la ricostruzione intepretativa nelle sue molteplici prospettive.

Ora, anche a volersi limitare alla *causa* delle società commerciali (vista, come si deve, nel suo naturale contesto storico), non si può fare a meno di notare che essa rappresenta la « riduzione a fattor comune » — fatta *ex post* e per non tenui ragioni — di due *causae* tra loro certo connesse ma pur sempre differenti.

La prima si può definire come la coassunzione, da parte di più soggetti, della medesima impresa commerciale in sostanziale parità reciproca, che può di volta in volta variare (per dir così) solo quantitativamente in ragione della varietà dei conferimenti (e, conseguentemente, dell'imputabilità dei rischi e dei vantaggi che dall'esercizio dell'impresa possono derivare). La seconda è individuabile in un conferimento da parte di uno o più soggetti nell'altrui impresa (che resta tale malgrado questo conferimento) allo scopo di inserire quel capitale nella gestione dell'impresa che ne è destinataria per trarne un vantaggio che sia proporzionato, per un verso all'ammontare dell'apporto, e per un altro all'utile complessivo dell'impresa medesima. Questa seconda *causa*, ovviamente, non include né una partecipazione del conferente alla gestione dell'impresa, né una sua assunzione dei rischi al di là della somma versata.

Può non esser difficile spiegare i motivi che hanno condotto all'unificazione di queste due *causae societatis*, essendo individuabile un loro *genus proximum*: che consiste nella confluenza di più capacità economiche per realizzare un complesso d'affari a cui i singoli sarebbero da sè soli incapaci di far fronte coi loro mezzi personali. Ma per lo meno altrettanto chiare sono le differenze specifiche: perché altro è fondere insieme le capacità imprenditoriali d'ogni socio per creare una struttura d'impresa che tutte le unifichi sintentizzandole appieno; ed altro che qualcuno, provvisto di capacità imprenditoriali ma non altrettanto di mezzi economici, cerchi di provvederseli *aliunde* attraverso conferimenti fatti da persone che siano disposte a una cointeressenza *ab externo*. Sul piano degli effetti potremmo dire — mutuando, a sproposito, una terminologia romana — che la prima delle due *causae* realizza un *foedus aequum* e la seconda un *foedus iniquum*: nella prima, cioè, le posizioni dei socî sono sostanzialmente pari, ed analoghi gli effetti (utili

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e rischi) che ad essi dal vincolo sociale derivano; nella seconda, invece, le posizioni reciproche sono su piani diversi, sicché anche gli effetti riproducono alternativamente (per la gestione e per i rischi) questa *iniquitas* iniziale.

Da questa impostazione si deve prender le mosse anche per intendere (*juxta propria principia*, si diceva dianzi) il processo di formazione delle varie figure di società commerciali. Le diverse opinioni sono note, e non è certo il caso di ripeterle qui. Gioverà solo osservare che quelle diversità si attenuano assai (e, fors'anche, si vanificano) se la questione s'imposti tenendo presente quella duplicità di *causa societatis* di cui or ora si discorreva: perché allora molte apparenti difficoltà d'interpretazione si risolvono.

Nessun dubbio che alla prima *causa* siano riconducibili le Compagnie da cui prese vita quella che oggi si definisce società in nome collettivo. Nate come comunioni familiari — come momento economico-imprenditoriale della più complessa organizzazione della famiglia — da questa matrice trassero i loro connotati più caratteristici: la sostanziale parità dei socî, la comunione in ordine alla ditta (il *nome collettivo*, per l'appunto, che era semplicemente il nome della famiglia), la comune responsabilità dei socî stessi nei confronti dei terzi che avevano riposto il loro affidamento nel nome e nel patrimonio della famiglia di cui quella che definiamo società commerciale non era che un elemento perfettamente integrato nella più ampia struttura. Ma l'autonomia sempre più netta del momento imprenditoriale rispetto alla più complessa istituzione familiare determinò ben presto l'assunzione nell'impresa di compagni che non erano membri della famiglia ma che vennero a trovarsi in una posizione in tutto simile a quella dei compagni-parenti (compresa l'applicabilità nei loro confronti delle regole sulla spendita del nome della Compagnia, diventato così da patronimico ditta, e sulla comune responsabilità illimitata). Ora, se lo storico non-giurista può legittimamente ricercare una chiave interpretativa di questo *iter* apparentemente così singolare, il giurista la trova agevolmente in quella *causa societatis* intorno a cui (per dir così) si cristallizzò e prese assetto coerente ed autonomo il gruppo familiare in quanto impresa mercantile. E i singoli momenti di questa sorta di geminazione di istituzioni — su cui non ci soffermeremo e che ha fatto sorgere tanti dubbî e tanti contrasti d'opinione — si palesano perfettamente intelligibili se visti in questa prospettiva.

Né il discorso muta se passiamo sull'altro terreno (ben più accidentato di polemiche) della seconda di quelle *causae societatis*. Anche qui non gioverà ridire le molte opinioni che sono state espresse: se la società in accomandita sia nata sul ceppo più antico della Compagnia come sua « variante », o se sia stata il prodotto della stabilizzazione della *commenda* e della *societas maris*. Si tratta, in sostanza, di falsi problemi: ché storicamente non ha gran senso interrogarsi sulle pre-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cedenze, quando un istituto trova — com'é nel nostro caso — la sua tipicità *ab intus*, nella sua struttura, nello scopo a cui è ordinato e che ne determina l'assetto normativo. Somiglianze e diversità, in questa prospettiva, si collocano e si giustificano su ben altro piano che non sia quello, solamente cronologico, d'una *histoire événementielle* (2).

In questa chiave è da leggere il terzo capitolo del libro del G., dedicato a *società di persone e società di capitali*: pagine nelle quali la prospettiva storica entra felicemente nel vivo del ragionamento giuridico, illuminandolo dal di dentro. Il *primo confronto fra società di persone e società di capitali* (§ 20, pp. 69-73) è condotto su un piano puramente istituzionale, e non è quindi il caso di soffermarci ad esaminarlo in questa sede. Ma subito dopo il discorso si articola in una prospettiva maturamente storica, quando il G. ragiona di *origine storica e funzione economica delle società di persone* (§§ 21-22, pp. 73-85). Non si può non convenire col G., quando afferma, per esempio, che « nella rappresentazione *sincronica* che di esse fa il codice civile, società di persone e società di capitali tendono a presentarsi quali specie di un medesimo genere: il genere è la società; società di persone e società di capitali ne sono le specie » (p. 74). Certo nel concetto di società commerciale le *differentiae specificae* pesano assai più del *genus proximum*, ultimo venuto a rimettere insieme — sotto un unico « titolo » di codice — realtà geneticamente e strutturalmente tanto diverse: ad unir le quali l'art. 2247 è un ponticello che mostra tutta la sua fragilità di creatura posticcia imposta da artificiose ragioni di coerenza sistematica. Il problema semmai è di vedere se l'incongruenza più grave sia, agli occhi del giurista, la *reductio ad unitatem* fra società di persone e società di capitali (certo legate ciascuna ad un preciso stadio di sviluppo della nostra società), o non piuttosto quella che ha portato a confondere tra loro quelle due *causae societatis* di cui abbiam già discorso in queste pagine; e che si trovano tra loro confuse anche all'interno di ognuna di quelle due categorie — società di persone e società di capitali — che il G. presenta invece come dati primigenî. In altri termini, ha ben ragione il G. di ricollocare in prospettiva storica società di persone e società di capitali, quelle riconnettendo al cosiddetto primo capitalismo e queste al capitalismo moderno (pp. 76-77). Ma, e l'osservazione puntualissima è del G., lo sviluppo odierno delle società di capitali — per esempio — si indirizza ad « una progressiva concentrazione del potere economico [...] nelle mani di pochi, detentori della maggioranza

(2) Aveva, a nostro giudizio, còlto lucidamente nel segno il Lattes quando scriveva: « In mezzo alle molteplici forme di contratti sociali usate nel commercio del Medio Evo [...] si può fare una distinzione fra le società in cui tutti i membri non solo contribuivano una quota di capitale, ma anche cooperavano con l'industria personale, e quelle altre specie in cui s'ammettevano pure soci capitalisti esenti da ogni obbligo di lavoro attivo » (A. LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano, 1884, p. 154).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle azioni (e, non di rado, di una frazione di capitale inferiore alla maggioranza) ed alla estromissione dalla direzione dell'impresa della moltitudine degli azionisti di minoranza » (p. 77). Questo processo, oggi in pieno svolgimento, ben si colloca nella logica interna della storia delle società di capitali splendidamente ricostruita dal G. (§§ 23-24, pp. 85-97): una storia che tende ad esaltare la funzione dell'amministratore come reale imprenditore ed a comprimere quella del socio fino a ridurlo a impotente conferitore di denaro in un'impresa non più sua e di cui sta perdendo inesorabilmente il controllo. Ora, però, questa storia può ben esser letta secondo il suo divenire cronologico (certo non distinguibile dalla più ampia storia del capitalismo moderno). Ma, utilizzando quella certa chiave della *duplex causa societatis*, il giurista è forse in grado di offrire un'interpretazione rigorosa e coerente di questa complessa vicenda sur un piano qualitativamente diverso da quello puramente *historisant* su cui pur si sarebbe tentati di restare. Poiché non sembra dubbio che questa storia sia legittimamente riconducibile al progressivo riemergere (all'interno delle società di capitali) di quella seconda *causa societatis* che, nell'età del primo capitalismo, s'era mirabilmente « cristallizzata » nella figura tipica dell'accomandita. Ci risparmieremo ulteriori prolissità: basterà rileggere le penetranti notazioni conclusive del G. (§ 25, pp. 98-100) per convincersene appieno e per intendere quanto sia stato sterile (e, fors'anche, semplicistico) il tentativo dei codificatori di rapportar tutto a quel « generalissimo » art. 2247 in un patetico sforzo di sistematizzare in superficie un'esperienza ben altrimenti complessa. Ma questo è un rilievo che va al di là del discorso sulle società per azioni; che vale perfettamente, ad esempio e per ragioni assolutamente analoghe, in materia di società in accomandita, come anche il G. nota in altro luogo (p. 374).

La ricostruzione storica che il G. fa ragionando delle società di persone e del primo capitalismo (§ 22, pp. 77-85) può esser condivisa nelle sue linee essenziali (sottacendo, magari, qualche minuta diversità di pareri). Una cosa ci sembra, però, di dover notare: l'aver qui limitato lo studio alle Compagnie — rinviando inspiegabilmente alla sede « speciale » un più frettoloso discorso sull'*origine storica della società in accomandita semplice* (§ 97, pp. 372-373) — ha privato queste pagine della loro naturale intrinseca completezza, riducendole in qualche modo a una specie di « premessa storica » di vecchia maniera. Solo, infatti, ricomponendo il quadro nella sua interezza — compagnia ed accomandita — si può comprendere convenientemente come, fin dal basso Medioevo, quando l'esperienza giuridica europea tipizzò la *societas* commerciale dandole l'assetto che noi oggi chiamiamo *di persone*, questo fece distinguendo nettamente le due possibili (e tra loro inconfondibili) *causae societatis*. Ed è inutile soggiungere che unicamente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una visione globale del quadro storico ce ne consente una lettura intimamente coerente, e, di conseguenza, l'utilizzazione non estrinseca di questa lettura per ricostruire in modo « diacronicamente » prospettico la nostra odierna esperienza. D'altronde la riprova di questa fondamentale « unità » dello sforzo — che deve impegnare l'interprete lungo gl'inscindibili assi ortogonali della « sincronia » e della « diacronia » — ci è offerta dallo stesso G.: il quale, forse, non avrebbe affermato che « la società in nome collettivo occupa, nel sistema delle società, la posizione di *tipo generico* di società commerciale » (p. 301), né che quella in accomandita è « una variante della società in nome collettivo » (p. 371), se avesse tenuto unitariamente presente l'entroterra storico di questi due tipi di società.

La parte del libro dedicata alla società semplice si apre con un capitolo in cui si discorre della *società semplice come tipo di società e come prototipo delle società di persone* (pp. 131-139). Sostiene il G. che « la società semplice è, come tipo di società, una *invenzione* del codice civile italiano del 1942: essa non ha precedenti nella nostra tradizione legislativa, né trova riscontro in corrispondenti figure di altre legislazioni » (p. 132). La società semplice occupa — nota ancora il G. — il posto che prima era occupato dalla *societas* di tipo romano (la c.d. società civile), mentre la società semplice si modella su quelle di tipo commerciale pur essendo destinata a tutti gli scopi non connessi all'attività imprenditoriale. Il codice civile del 1942 avrebbe, insomma, operato una inversione di tendenza rispetto al vecchio codice di commercio che aveva invece — al dire del G. — derogato ai principî romanistici per le società in nome collettivo ed in accomandita (p. 136). L'innovazione operata dal legislatore del 1942 è forse collegata all'unificazione tra la codificazione civile e quella commerciale: ma ciò che sembra di dover notare — proprio in prospettiva storica — è la novità di riferimento da cui è nata la società semplice soppiantando la vecchia società civile. In altri termini, è il processo storico che interessa ed offre una chiave interpretativa perfettamente appagante: fino al 1942 per le attività non commerciali era restata viva e vitale l'antica *societas* di stampo romano; il legislatore del 1942, giustapponendo per necessità di sistema (conseguente all'unificazione dei due codici, civile e di commercio) società civile e commerciale, constatò che la prima aveva esaurito la propria carica di vitalità storica, mentre le era sopravvissuta l'esigenza sociale ed economica che ne giustificava l'esistenza. Nacque così la nuova società semplice, esemplata su quella commerciale, per le ragioni anche tecniche che il G. pone attentamente in luce (pp. 133 ss.). La novità è certo innegabile e di notevole portata: una antica dicotomia è stata così superata, anche se non si può certo dire che nel codice di commercio le società in nome collettivo e in accomandita rappresentassero solamente una deroga ai principî romanistici in materia di società.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. Di grande interesse ci è parso il capitolo in cui si discorre di *società con e società senza personalità giuridica* (parte I, cap. IV, pp. 101-121): non tanto per i risultati a cui si perviene in quelle pagine, quanto per il modo in cui l'indagine è condotta, per come la prospettiva storica entra senza residui nel vivo del ragionamento. Non ci attarderemo a ripercorrere la strada fatta dal G.: ci limiteremo a notare che, se non si può non consentire con chi ha parlato di « evaporazione » del concetto di personalità giuridica come strumento validamente ordinatore dei dati dell'esperienza, possono pure esser leciti taluni rilievi. Non v'è dubbio che — come il G. sottolinea — sia impresa sterile quella di voler giustificare l'attribuzione o no della personalità alle singole figure di società sulla base di motivi attingibili da un'interpretazione piattamente sistematica dei dati legislativi. In realtà la differenza personalità-non personalità non può esser compresa che in prospettiva storica: limitandoci, cioè, a constatare quando l'ordinamento ha approntato per un tipo di società lo strumento della « personalizzazione » e quando invece non l'ha approntato. Che, poi, queste soluzioni storicamente diverse e apparentemente contrastanti si ritrovino giustapposte nella struttura « sincronica » d'un codice, è cosa che può creare difficoltà solo all'interprete sprovveduto. Il quale, da un lato non può dimenticare le differenze fra società dotate di personalità giuridica e società che ne sono prive; e, d'altronde, non può portare rigorosamente alle logiche conseguenze questa pur non secondaria diversità: nascono di qui tutta una serie di soluzioni ingegnose (che il G. enumera) che si riducono al tentativo — suggerito magari anche da alcune norme codificate — di creare come che sia una specie di « surrogato » alla personalità giuridica che sia applicabile alle società di persone. Ma il dilemma resta insoluto: lo si risolve solo prendendo atto, sul piano concreto, di quella certa *evaporazione*; e giustificando storicamente (nell'unico modo possibile, cioè) le sopravvissute differenze di trattamento legislativo.

Per convincersi appieno di tutto questo non c'è che da leggere la gustosissima rassegna di giurisprudenza fatta dal G. (§ 29, pp. 115-121): dove si ha la prova del fatto che i giudici, utilizzando di volta in volta in modo retoricamente spregiudicato e chiaramente contraddittorio l'*argumentum* della personalità, giungono a dare motivazione formalmente accettabile a pronuncie tra loro del tutto contrastanti. Ora, quando un concetto viene costretto a una funzione così modesta, è segno evidente che esso è fuori del circuito vivo dell'esperienza giuridica, e perciò non più seriamente utilizzabile (3). D'altronde è chiarificatore constatare come, su questo piano della « soggettivizzazione », le idee siano dovunque assai confuse; basta pensare al processo semantico del termine *ditta*: dall'accezione in cui è usato negli artt. 2563 e

(3) Sicché meraviglia che li G. stesso lo usi come argomento talvolta decisivo: cfr. pp. 213-214.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

seguenti del codice del 1942 (e, prim'ancora, nell'art. 88 del codice di commercio) all'uso corrente che oggi la « pratica » ne fa, recependone pienamente l'accezione *volgare* (« la Ditta *X* in persona del titolare *Y* »). Si dirà che questi sono svarioni dovuti manifestamente ad ignoranza del diritto vigente; ma il pratico avrà, forse, buon gioco a dimostrare che — svarioni o no che sembrino al purista — questi fatti (linguistici e giuridici insieme) ben si collocano in quella certa prospettiva di *evaporazione* del concetto di personalità giuridica riferita alle società (e, più in generale, alle imprese) commerciali.

4. Un cenno a parte meritano in questa sede le digressioni storiche che qua e là si trovano nel libro del G.: ci fermeremo su due in particolare, che più di altre colpiscono il lettore (o, per lo meno, hanno colpito noi). La prima è dedicata alla *formazione storica del sistema di amministrazione disgiuntiva* (§ 46, pp. 167-174). Essa s'inserisce in un capitolo in cui l'a. tende a dimostrare che è vano artificio ricorrere allo schema del mandato per giustificare il modo d'amministrazione della società in nome collettivo (trasferito poi, per le ragioni che abbiam visto dianzi, alla figura — apparentemente più generale — della cosiddetta società semplice) nel caso in cui l'amministrazione non spetti a tutti i socî. Non ci arrischieremo a dare un giudizio sulla dimostrazione del G. nel suo complesso: è un problema troppo arduo per essere affrontato così, *incidenter tantum*. Ma sulla digressione storica crediamo di poter esprimere un meditato dissenso. In sostanza la tesi del G. è la seguente: il « diritto medievale » conosceva il principio di amministrazione disgiuntiva (per le società di persone, ovviamente), e nello stesso tempo ignorava il diritto di opposizione del socio dissenziente (p. 168); è ben vero che « l'amministrazione disgiuntiva era giustificata dai teorici del diritto intermedio con la finizone di un tacito mandato reciproco ad amministrare, implicito nel contratto di società » (p. 169), ma sembra al G. che « la teoria che fondava l'illimitato potere del socio sulla presunzione di un tacito mandato dei consoci è, già per diritto intermedio, da respingere » (p. 170). La conclusione sembra discendere con la forza dell'ovvietà: « spogliate da tale sovrastruttura teorica, le fonti del diritto intermedio rivelano, in realtà, il dato normativo per il quale, nell'ambito dell'amministrazione, a ciascun socio era concesso d'imporre la propria volontà agli altri soci » (p. 171).

Ora, lo storico del diritto non può consentire né con l'impostazione di questo discorso, né con le sue conclusioni. Che il « diritto medievale » (a parte l'infelicità di questa espressione) sia identificabile con le norme statutarie non ci sentiremmo certo di sostenere, né che l'*interpretatio* dell'età del diritto comune sia rapportabile alle norme statutarie stesse in modo analogo a come lo è la nostra dottrina alla legislazione vigente: ond'è che quell'*interpretatio* non può in alcun modo esser ritenuta una « sovrastruttura teorica » rispetto alle fonti legisla-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tive. Questo essendo fuori d'ogni possibile discussione, non ha senso per noi oggi domandarsi se i Dottori del diritto comune avessero ragione o torto nell'elaborare questa o quella teoria, così come appare non corretto giudicare queste stesse teorie a seconda della loro rispondenza o no a quello che sembra essere il contenuto normativo delle fonti del *jus proprium*. Ma neppure le conclusioni dell'*excursus* ci convincono: quali che fossero le norme statutarie, è ben comprensibile che i Dottori « traducessero » tutto nei termini soggettivi della *voluntas contrahentium*, ipotizzandone magari una *tacita* pur d'arrivare a poter giustificare ogni effetto giuridico come determinato dalla libera volontà dei privati contraenti, capace come tale di realizzare le proprie statuizioni al di fuori d'ogni schema preordinato. È, questo, un discorso troppo generale che va ben oltre il nostro assunto. Valga l'avervi appena alluso, e basti solamente notare che esso si colloca su una linea che porta alla moderna formulazione del cosiddetto « dogma della volontà »: in fondo quella certa giurisprudenza, che afferma che « si deve presumere l'esistenza d'un mandato reciproco ad amministrare fra i soci d'una società di fatto » e della cui sopravvivenza il G. si stupisce (p. 171, nota 19), altro non è che un'eco remota e certo non cosciente di quelle voci di Bartolo e di Baldo che al G. son parse solamente propugnatrici di teorie da respingere.

Un'altra digressione il G. la dedica al *fallimento dei soci illimitatamente responsabili nella storia delle società di persone* (§ 91, pp. 343-348). La conclusione a cui perviene è che, per le legislazioni dell'età intermedia, non si potesse parlare di fallimento della società (e di estensione di questo fallimento ai socî), ma unicamente di fallimento dei socî estensibile dall'uno all'altro in virtù del vincolo sociale: che è cosa pacifica e ad oggi non controversa. Qualche dubbio, semmai, potrebbe nascere a proposito di storia dei presupposti del fallimento (pp. 347-348); ma non sarebbe un dubbio grave: basterà dire che forse l'*iter* seguito dai legislatori ebbe una sua intima coerenza come sforzo continuo di chiarificazione che alfine riuscì a « liberare » il vero presupposto del fallimento — l'insolvenza — dai suoi (più o meno consueti) sintomi.

5. Questo nostro discorso è andato forse un po' troppo per le lunghe. Gli è che ce ne dava l'occasione un libro, nel quale la prospettiva storica ha felicemente superato lo « steccato » delle solite premesse per entrar nelle maglie del ragionamento e dargli vita ad ogni passo. Ciò comporta la convinzione che non con il collezionare precedenti inerti il giurista si avvantaggia nella propria indagine; ed è inutile dire quanto chi scrive condivide questa convinzione. Una lettura come questa offre la prova lampante di come storico del diritto e cultore di diritto positivo si possano utilmente incontrare in modo autentico sullo stesso campo di lavoro, utilizzando il medesimo strumentario

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

culturale e mossi dagli stessi interessi. Nella misura in cui questi incontri diventeranno consueti, avremo davvero una *koinè*; che non sarà certo babelica confusione di còmpiti, ma fitto e fecondo colloquio tra giuristi: quel colloquio che fu posto in esergo di questi « Quaderni ».

UMBERTO SANTARELLI

Alessandro MALINVERNI, *Lineamenti di storia del processo penale* (appunti dalle lezioni), Torino, Giappichelli, 1972, p. 65.

È certamente difficile rendersi conto del grado di civiltà di un popolo se si ignora la legge del processo penale e se non se ne conoscono le modalità colle quali se ne fa concreta applicazione, una volta posto che queste e quella siano davvero — com'è d'altronde probabile — il fenomeno più importante di convivenza organizzata. Ma è ugualmente difficile venire a capo di alcuni profili pur strettamente tecnici del processo se non si indaga nel *background* ideologico delle regole giuridiche: se si rinuncia, cioè, a ricercare di quelle regole l'origine storica. Gli stessi principi dell'accusa e dell'inquisizione, troppo spesso immaginati come formule pure, si combinano invece, proprio nella storia, in tipi intermedi; e d'altra parte taluni istituti del processo inquisitorio non sono a loro volta meno lontani dalla sensibilità moderna di quanto non potrebbero esserlo le ordalie delle tribù germaniche (fondate, come si sa, sul presupposto che la divinità fosse sempre presente al processo e che essa non potesse lasciare soccombente l'innocente, con conseguente garanzia di una decisione ineccepibile dal momento che la prova realizzava la devoluzione a Dio della decisione del caso). Ed è precisamente la storia del processo degli ultimi sette secoli a svelare la relazione tra i procedimenti conoscitivi del giudice e la cultura del suo tempo: si pensi al valore della prova predeterminata dalla legge nonchè alla ' esattezza ' della decisione ' garantita ' da una serie di assiomi, quali il maggior valore della testimonianza dell'uomo rispetto a quella della donna, o di quella del chierico rispetto a quella del laico. Per tacere della fittissima trama di presunzioni intessuta dalla legge per ' misurare ' il peso degli indizi. E quando l'imputato — come appunto in siffatto contesto — è considerato il depositario di una verità da spremere, è agevole dedurre (così come si è effettivamente dedotto, sia pure arbitrariamente) che, posti gli indizi, il resto possa anche essere ottenuto coi tormenti (sempre affascinanti, sul punto, le splendide e documentate pagine di Fiorelli sulla tortura giudiziaria in diritto comune, pubblicate ormai sono vent'anni). Nè varrebbe richiamare il principio secondo il quale le confessioni non potevano essere raccolte *in tortura seu formidine tormentorum* o dovevano quanto meno essere ratificate dopo un congruo tempo: poichè, in fondo, nulla di sostanzialmente dissimile da quella regola alquanto farisaica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

professa ancor oggi l'opinione dei più (e non soltanto in dottrina ma anche in giurisprudenza), allorquando ritiene che la confessione estorta sia valutabile dal giudice (quasi che la fattispecie dell'atto trovi il proprio nucleo in una dichiarazione purchessia piuttosto che in una dichiarazione resa spontaneamente e comunque non sollecitata dall'uso di pressioni indiscutibilmente illecite).

Tuttavia, nonostante la dimensione non esclusivamente giuridica ma pure umana e morale di non pochi dei problemi del processo penale e della loro storia, se si eccettuano le testè ricordate e approfondite indagini di Fiorelli (sul lugubre capitolo della tortura) e la classica fondamentale Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XII siècle iusqu'à nos jours (Parigi, 1882) di Esmein, non solo molti settori risultano storicamente inesplorati ma, per soprammercato, raramente nel disegno sistematico offerto sugli istituti vigenti sembra emergere nello studioso la preoccupazione di dar ragione del perchè di una determinata normazione: che quasi mai balza fuori all'improvviso, come Minerva dalla testa di Giove, ma è il più spesso risultato — per discutibile e censurabile che possa apparire — di tradizioni secolari lungamente custodite ed alle quali anche i moderni legislatori si illudono talora di potersi saldamente ancorare.

Un primo tentativo di approccio alla storia delle nostre istituzioni processuali sembra pertanto essere offerto da questi brevi « appunti » del Malinverni, i quali, pur nati nella scuola e a questa esclusivamente destinati, schiudono al lettore suggestivi scorci sulle vicende che hanno contrassegnato nel tempo la procedura penale: dal diritto romano (cap. I) e barbarico (cap. II) al diritto dell'alto medioevo (cap. III), del basso medioevo, del rinascimento e delle grandi monarchie (cap. IV) fino al diritto moderno (cap. V). Le finalità didattiche dell'opera giustificano naturalmente le sue modeste proporzioni e la lineare semplicità del discorso che ne costituisce il contenuto. Ma il procedurista che non sia del tutto inesperto saprà ugualmente scorgervi, operando gli opportuni indispensabili collegamenti, più di un'annotazione significativa.

Un primo spunto è dato ad esempio dall'art. 72 del nostro ordinamento giudiziario, per il quale, come si sa, « il pretore inizia ed esercita l'azione penale per i reati di sua competenza e provvede a quanto altro rientra nella funzione del pubblico ministero »: per cui, secondo l'opinione comunemente ricevuta, il pretore sarebbe pubblico ministero sino a un certo istante, poi giudice; così che anche nel procedimento di pretura sarebbe rispettato il canone *ne procedat judex ex officio*. In realtà il pretore altro non è che una sopravvivenza del processo inquisitorio, ossia un organo nel quale coesistono le funzioni di accusatore e di giudice e che ha il suo precedente remoto nei « judicia extra ordinem » propri del regime imperiale, dove il funzionario che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

raccoglieva le prove mediante *inquisitio* pronunciava poi anche la sentenza. Ecco pertanto una ipotesi nella quale il richiamo storico dovrebbe disincantare il cultore del diritto vigente dalla supposta onnipotenza delle parole, dissuadendolo così dall'architettare formule più o meno bizzarre per nascondere la realtà.

Non priva di rilievo è poi la circostanza che tanto nell'alto medioevo (sec. V-XI) quanto nel basso medioevo (certamente fino al sec. XIII) la deposizione resa in istruttoria dai testi di accusa avveniva in presenza dell'accusato, che poteva così svolgere « interrogationes »: il nostro codice di procedura penale non consente invece alle parti private di assistere, per mezzo del difensore, all'interrogatorio dei testi in istruttoria, salvo si tratti (ma l'innovazione sul punto è dovuta a una recente pronunzia della corte costituzionale) di testimoni c.d. a futura memoria. Il che non toglie che l'assoluzione fosse difficilissima da ottenere: data la natura del procedimento inquisitorio, che si risolveva (specialmente nella fase ' speciale ') in una sorta di partita a due fra giudice e imputato, l'assolutoria veniva interpretata come sconfitta del giudice, e pertanto si spiega che questi, disponendo di mezzi istruttori di estrema efficacia (quali la tortura), potesse ottenere dall'imputato e dai testimoni le prove sufficienti a « giustificare » una condanna.

Ma un'altra osservazione torna qui pertinente: una decisione pronunciata in base a regole legali (che ignorano il dubbio prima ancora di lasciarlo insoluto) susciterebbe oggi non poche inquietudini. Sembrerebbe infatti preferibile un maggior numero di decisioni ingiuste a un sistema nel quale la questione di fatto fosse risolta secondo gli assiomi imposti dal legislatore, interessando, più che la verità, la ricerca della conclusione veridica. Solo così, del resto, può razionalmente spiegarsi il divieto del ricorso a certi mezzi di indagine: se si trattasse soltanto di procedere ad una ricostruzione veritiera del fatto non vi sarebbe alcuna plausibile ragione per negare ingresso, ad esempio, alla narcoanalisi e ad ogni altro strumento o mezzo inteso ad esplorare la psiche. Vero è che la inammissibilità di siffatti mezzi non dipende tanto dalla assenza o asserita assenza di garanzia di verità (forse che una siffatta garanzia è offerta dalla testimonianza o dalla consulenza tecnica?), quanto dalle premesse ideologiche degli ordinamenti di impronta liberale, ove è giustamente interdetta una qualsiasi intrusione che non lascerebbe alcuna possibilità di difesa. Perfino nelle mani degli inquisitori — ha rilevato Cordero — l'imputato usufruiva di un tenue margine di difesa; solo che avesse resistito alla tortura sarebbe infatti scampato alla condanna; ma certamente questo più non avverrebbe quando un giudice medico di anime fosse in grado con qualche arnese diabolico di indagare nella mente dell'inquisito.

La spiegazione che il Malinverni offre del sistema delle prove legali appare tuttavia, sul piano storico, convincente, poichè detto sistema « all'epoca in cui sorse e si affermò, costituì una grande conquista

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per la tutela dell'accusato, e per la stessa conformità del giudizio al vero. Il sistema delle prove legali e della verità formale, per mezzo di esse affermata, aveva appunto lo scopo di accertare con maggior sicurezza la verità materiale. I giudici, infatti erano allora assai frequentemente corruttibili e, comunque, si temeva grandemente che essi si lasciassero ingannare dai sentimenti. D'altro lato occorreva pure dare qualche garanzia all'imputato (ed ai testi) specialmente in considerazione della possibilità di applicare la tortura, ed al fatto che la sanzione conseguente alla condanna consisteva di norma nella pena capitale. La ' stima giuridica ' del valore di una prova costituiva appunto un contrappeso ai pericoli che il procedimento inquisitorio con la sua segretezza, gli immensi poteri dell'inquisitore, la tortura, nonchè gli arbitrii e la fallibilità dei giudici presentavano per l'accusato » (pp. 38-39).

Va peraltro da sè che l'a. spiegando la ragione pratica che può aver in concreto suggerito l'adozione di quel sistema e di quei metodi, non ha per ciò stesso approvato nè questi nè quello, concludendo egli piuttosto — tra la storia e la cronaca delle irrequiete riforme legislative di questi ultimi anni — con la affermazione che « sino a quando il nostro sistema politico rimarrà caratterizzato dalla libertà, l'evoluzione del processo non potrà che accentuarsi in senso accusatorio » (p. 65). Discorso lungo e difficile, e la soluzione prospettata in termini generali forse anche empirica, ma sicuramente preferibile — ed è trasparente al riguardo la legittima ostilità dell'a. — ai metodi *engagés* di Torquemada.

ALBERTO CRESPI

Johannes J. MANZ, *Emer de Vattel. Versuch einer Würdigung*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1971, p. 189.

El libro de Manz sobre Vattel se sitúa en el contexto de un renovado interés por la historia doctrinal del derecho internacional público que, si sigue dirigiéndose ampliamente hacia los teólogos y juristas españoles y otros « precursores de Grocio » de los siglos XV, XVI y XVII, se ha hecho extensiva en los últimos decenios a los clásicos de los siglos XVII y XVIII, en particular a los partenecientes a la escuela del derecho natural. Por lo que respecta a Vattel, no sería exacto, sin embargo, hablar de un « redescubrimiento », pues el propio autor puede apoyarse, entre otros, no sólo en los antiguos estudios monográficos de A. Mallarmé (1904) y H. Staub (1921), sino también en los más reicentes de E. Reibstein (1958), P. P. Remec (1960) y P. Guggenheim (1967), por no referirnos a obras generales como el *Völkerrecht* (tomo I, 1958) del ya mencionado Reibstein. Es de advertir, por otra parte, que este mismo historiador del pensamiento se ocupa asimismo de Vattel en orden al problema del origen del poder y la libertad ciu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dadana (que también trata Manz) en el tomo II de su *Volkssouveränität und Freiheitsrechte. Texte und Studien zur politischen Theorie des 14.-18. Jahrhunderts* (Friburgo de Brisgovia y Munich, 1972). Manz, por su parte, describe su propósito implícitamente en el subtítulo de su libro: « ensayo de valoración » de la obra del clásico suizo de nuestra disciplina.

Donde ya está prácticamente dicho todo, es en lo relativo a la vida de Vattel: las pesquisas de Manz le han confirmado lo que ya sospechara, a saber, que la biografía de su paisano E. Béguelin (1929) es exhaustiva (p. 11).

Aunque el autor se interesa especialmente por el pensamiento de Vattel sobre el derecho de gentes, non descuida ni mucho menos su concepción filosófico-jurídica general, recordándonos que, con Barbeyrac y Burlamaqui, es Vattel el tercer representante suizo del iusnaturalismo en el siglo XVIII. Vattel, por su parte, se inserta en la línea de pensamiento de Leibniz y de Wolff. Y aunque más vinculado al segundo en cuanto iusinternacionalista, está más próximo, sociológicamente, del primero; pues como él, fue hombre de mundo en contacto con los negocios públicos, y además, diplomático al servicio de uno de los Estados alemanes medios — en su caso, Sajonia — como ministro residente en Berna y luego encargado de los asuntos exteriores del Electorado. No careció ciertamente Vattel de vocación docente, pero la Academia de Neuchâtel, prometida por el Rey de Prusia cuando Neuchâtel quedó vinculado dinásticamente a dicho reino en una unión personal, no llegó a convertirse en realidad.

Al tratar de fijar el lugar de Vattel entre los postgrocianos, se ha ceñido el autor, con una timidez sin duda excesiva, a la caracterización de las tendencias llevada a cabo por Remec, que no puede sustituir, a nuestro juicio, exposiciones histórico-doctrinales generales de perspectiva más amplia. Al « positivismo » de un Zouch, un Bynkerskoek y sobre todo un Moser, no se contrapone tanto, con Hobbes y Pufendorf, el « iusnaturalismo », cuanto un iusnaturalismo que Verdross (*Völkerrecht*, 5ª ed., 1964, pp. 102 s.) califica de « puro » y que cabe denominar asimismo « excluyente »; porque también la tradición « grociana », a la que pertenecen Wolff y Vattel (Manz podría haber añadido a Leibniz) es iusnaturalista. El título del tratado de Vattel es harto elocuente al respecto. Lo que ocurre es, que la igual que Grocio — y que los teólogos-juristas españoles de los siglos XVI y XVII —, sus representantes admiten, junto al derecho de gentes natural, un derecho de gentes positivo que lo desarrolla, y por eso llamó Verdross « sintética » a esta corriente. El propio Manz reconoce que entre los « positivistas » de los siglos XVII y XVIII sólo Moser descarta totalmente el derecho natural, profesando los demás un positivismo « moderado » que pone el acento sobre el derecho positivo, mientras los « grocianos » lo ponen sobre el derecho natural. En todo caso, ha de adscribirse a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dicha corriente y no a la « positivista » (como hace el autor, pp. 34 y 35) a Jorge Federico de Martens. No es poco paradójico el hecho de que en esta línea de pensamiento precisamente se llevasen a cabo entonces, por obra de Leibniz, Dumont, Barbeyrac y Martens, las primeras grandes colecciones generales de tratados internacionales y otros documentos de derecho público positivo (1). La excesiva dependencia con respecto a Remec explica sin duda, en la configuración de las escuelas « clásica » y « racionalista » del derecho natural, afirmaciones tan obvias que no parece necesario recordarlas-así, que « Grotius ist nicht der Begründer einer Naturrechtslehre » (p. 38) — o incompletas — por ejemplo, el propio iusnaturalismo de la teología moral española se apoyaba en una tradición que se remontaba a Aristóteles, pasando por los estoicos (de tanta resonancia también en Grocio) y Santo Tomás de Aquino. Por lo demás, estamos plenamente de acuerdo con Manz cuando delimita claramente el iusnaturalimso de Wolff y de Vattel del de Grocio, debido a su racionalismo.

En este aspecto, ofrece especial interés para el iusinternacionalista el capítulo II de la II parte, consagrado a los escritos filosófico-jurídicos de Vattel, menos conocidos que su *Droit des gens*, pero que constituyen el fundamento de su obra principal. Observa el autor con razón que si bien Vattel afirma la insuficiencia de la ley natural para llevar las sociedades humanas a su perfección e insiste, por consiguiente, en la necesidad de leyes positivas complementarias, « no son los convenios internacionales ni las leyes estatales internas lo que le interesa, sino el derecho natural instituído por la naturaleza y que obliga por igual a todos los hombres y todas las naciones » (p. 54). Hecho, éste, hasta cierto punto insólito en un práctico de la diplomacia y la política exterior, el cual, por lo demás, declara que escribe su libro para los soberanos y sus ministros. Y eso que Vattel, a diferencia de Grocio, y no digamos de los clásicos españoles, disponía ya de las recopilaciones de Leibniz, Dumont y Barbayrac a que antes hemos aludido.

Aventaja Vattel a Grocio en su distribución de la materia. Esta no se basa ya en la distinción entre guerra y paz, sino en la índole de los sujetos y de sus relaciones; con la única inconsecuencia, que oportunamente señala Manz, de ocuparse de la diplomacia el último libro (el IV), al mismo tiempo que del restablecimiento de la paz, siendo así que es un órgano de las relaciones interestatales normales. En cambio, no nos parece tan negativo (relativamente) el hecho de que Vattel consagre todo el libro I a « la Nación considerada en sí misma », o sea, a materias de derecho constitucional y administrativo. Grocio, en el otro extremo, había embebido su derecho de gentes propiamente dicho (equivalente al moderno derecho internacional) en un derecho

(1) Remitimos a nuestro articulo « Geschichte der Staatsverträge und Völkerrecht », en: *Internationale Festschrift für Alfred Verdross*, hrsg. von R. Marcic, H. Mosler, E. Suy, K. Zemanek, München-Salzburg, 1971, pp. 509 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de gentes de contenido tradicional, que abarcaba materias no sólo de derecho público interno, sino también de derecho privado general. En este sentido, si Montesquieu había dado ya una definición tajante del derecho de gentes en cuanto derecho internacional en su acepción moderna (« la loi politique des nations considérées dans le rapport qu'elles ont les unes avec les autres », *De l'esprit des lois*, X, 1), fue Vattel quien elaboró su primera exposición de conjunto, propiamente clásica.

Las disquisiciones en torno a los conceptos de derecho de gentes « necesario » (o « interno »), equivalente al « natural », de derecho de gentes « voluntario » y de derecho de gentes « arbitrario » (que constituyen, ambos, el derecho de gentes positivo), esclaracen la posición de Vattel. Esta difiere de la de Wolff, al no admitir una *civitas maxima* como fundamento natural del derecho voluntario y susituir dicha categoría por la de una *société des nations* laa, en la que las naciones retienen todos los derechos que no hayan delegado, y cuyo consentimiento tácito es la base del derecho de gentes voluntario. Cabría señalar la afinidad entre la *civitas maxima* de Wolff y el *orbis* de Vitoria, sustraído también en cuanto a su existencia a la voluntad de los Estados y cuya autoridad es suficiente para dictar leyes entre los pueblos. En la misma línea se acentúa la formalización, la no-discriminación material, en la teoría de la guerra, por cuanto borra prácticamente la distinción entre el beligerante justo y el injusto en aras de una humanización del *ius in bello*.

Un punto controvertido es el del alcance del concepto de soberanía en Vattel. La soberanía ofrece para el jurista y filósofo suizo una primera vertiente, interna, consistente en un poder de decisión que reside en el conjunto de los ciudadanos, los cuales pueden delegarlo en unos pocos o uno solo, según el esquema trdicional. Ello implica una superación de todo patrimonialismo estatal. En cuanto a la tolerancia, de la que Vattel fué portavoz, quedó relativizada a los ojos de sus contemporáneos por su severa crítica de la Iglesia romana, que contrasta con la actitud de Leibniz. El liberalismo de Vattel, que Manz entronca repetidas veces con su tradición patria, no le impide propugnar un soberano fuerte: de ahí la falta de una división de poderes y de frenos y contrapesos al poder, siendo así que Vattel escribe diez años después de la aparación del *Esprit des lois*. Es imprecisa, por otra parte, la doctrina de Vattel sobre el derecho de resistencia de los ciudadanos al poder tiránico, admitido en principio. Despiertan la simpatía del lector a este respecto las alusiones que, pensando en el clima « contestatario » de la juventud actual, hace Manz, a la preocupación de Vattel por una autolimitación de la libertad, con el fin de que ésta no ponga en peligro la necesaria cohesión social.

Con la tradición historiográfica, ve Manz la aportación doctrinal más importante de Vattel en la afirmación clara y rotunda de la igual-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dad soberana de los Estados. Para juzgarla debidamente, hemos de tener presente que, si ya la sostuvieron con no menor energía Vitoria y Suárez (aplicando el principio, en particular, a las sociedades políticas y a las *gentes* no-cristianas del Nuevo Mundo), hubo de tropezar con resistencias tenaces, incluso en la doctrina: todavía se opondrá a esta igualdad Lorimer en el último tercio del siglo XIX, en sus *Institutes of the Law of Nations* (1883-84). Para Vattel, la igualdad es consecuencia directa de la independencia, cuya expresión jurídica es la soberanía. Ahora bien, en la medida en que es operante el derecho natural, la soberanía vatteliana, según Manz, queda limitada. Pero no sabemos hasta qué punto podemos seguirle por esta vía interpretativa del pensamiento de Vattel. Si el postulado de Vattel de la igualdad jurídica de los Estados en tanto que soberanos es actual al nivel del derecho internacional común (la Carta de la Organización de las Naciones Unidas emplea la expresión « igualdad soberana » de los Estados), no es menos cierto que la *civitas maxima* wolffiana, en la línea del *orbis* vitoriano, está más abierta a las tendencias « supranacionales » que en el ámbito regional, especialmente en el europeo, se manifiestan y abren camino hoy. Y esta opción de Vattel, por realista que fuese en su momento histórico — de claro auge de la soberanía —, explica en buena parte la opinión generalizada que ve en él a un precursor, cuando menos, de la noción de soberanía absoluta. En realidad, como « honnête homme » ilustrado del Antiguo Régimen, su « relativización » de la soberanía ¿no se deberá más a factores sociológicos y psicológicos, en una sociedad internacional predominantemente monárquica y culturalmente muy solidaria, sin el impacto del nacionalismo que caracterizaría la centuria siguiente, que a razones estrictamente lógico-jurídicas? En todo caso, el autor se nos antoja a menudo innecesariamente apologético en su exposición, sobre todo cuando se trata de distanciar intelectualmente a Vattel de su maestro Wolff.

Consecuencia lógica del concepto de soberanía era el principio de no-intervención, como lo era el ya mencionado de la no-discriminación entre beligerantes en la guerra. Aun admitiendo la posibilidad de una intervención en casos extremos, es evidente que Vattel reduce su alcance. Es de observar que en este punto el futuro, en la Europa de la Restauración, seguiría un camino distinto en nombre de la legitimidad dinástica, hasta imponerse finalmente aquel principio en la segunda mitad del siglo XIX. Encontró en cambio, por razones obias, suelo propicio desde el comienzo en América, cuando ésta hubo logrado su independencia.

Si en la consideración crítica de Vattel hemos aludido a cierto acento apologético por parte de Manz, compartimos plenamente, en cambio, la refutación que hace de los juicios de van Vollenhoven sobre nuestro autor, y muy en particular la de su comparación con Grocio y de los términos peyorativos que aplica al iusinternacionalista de Neuchâtel.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Desde la época en que van Vollenhoven escribió sus *Trois phases du droit des gens* (1919), se ha colocado al « milagro de Holanda » en su justo lugar entre los clásicos anteriores, a los que tanto debe, y los posteriores. De Vattel, que figura brillantemente entre éstos, puede decirse que « publicizó » — por expresar la cosa de algún modo — el derecho de gentes grociano, sacudiéndose el lastre de las citas eruditas, tantas veces ociosas y que tienden a sustituir, en la obra del jurista de Delft, la argumentación racional.

Nos parece especialmente acertada la parte final del libro que comentamos, dedicada a la « significación permanente » del *Droit des gens* de Vattel, a lo que podríamos llamar, remedando parte de un título famoso de Croce, lo « vivo » de dicha obra.

Fue ésta sin duda la más traducida. En España, si bien las versiones directas vinieron tarde (hubo cinco entre 1820 y 1836, dos de ellas editadas en Francia), en realidad los *Elementos del derecho público de la paz y de la guerra* (2 vols., 1771) de Joseph de Olmeda y León no eran otra cosa que una interpretación personal del *Droit des gens* de Vattel (2). Ahora bien, si con razón destaca Manz el influjo doctrinal ejercido por Vattel en los Estados Unidos de América, habría que añadir que no fué menos sintomático el que ejerció también en Suramérica. Así, es significativo que la obra que abre brillantemente la la literatura iusinternacionalista iberoamericana del siglo XIX se inspire en Vattel más que en otro precursor alguno. Los *Principios de derecho de gentes* del gran polígrafo Andrés Bello (1832), que en las dos ediciones posteriores que vieron la luz en vida del autor (la última de las cuales es de 1864) se titulan *Principios de derecho internacional,* citan o mencionan a Vattel 67 veces, siguiéndole entre los internacionalistas: Wheaton (63 veces), Kent (46), Phillimore (35), Schmalz (23), G. F. de Martens (21) y Grocio (sólo ya 14), mientras los nombres de Pufendorf y de Wolff aparecen 6 y 3 veces respectivamente. En todo caso, el impacto de la obra de Vattel sobre la doctrina no fué tan a la zaga del que hizo sentir sobre la práctica como pudiera creerse.

Al destacar el autor la importancia de Vattel para la elaboración del moderno derecho de la neutralidad, pisa un terreno firme. En realidad, Vattel en este punto sacaba sencillamente las consecuencias de su teoría de la guerra y su relativización de la distinción entre los beligerantes por razón de la justicia de su causa. Pero no cabe decir en rigor que Vattel introdujera el concepto de « neutros » o de « neutralidad ». A lo sumo, volvió a introducirlos, clarificando su noción con referencia a Grocio y a Bynkershoek (como señala Manz, p. 183). En realidad, la neutralidad había sido claramente analizada y expresamente denominada con este término por Maquiavelo, por Bodino,

(2) Véase A. Herrero Rubio, *Don Joseph de Olmeda y León,* Valladolid, 1947; y « Le droit des gens dans l'Espagne du XVIIIe siècle », en: *Recueil des cours* de l'Académie de Droit International de La Haye, 81 (1952-II).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

y muy especialmente por Giovanni Botero, que le consagró un opúsculo — el primero, que sepamos —. Y confirma lo que acabamos de apuntar con respecto a Vattel el hecho de que la teoría de la neutralidad se formulase con perfil autónomo por tratadistas de la política, menos sensibles a la cuestión de la « justicia » de la guerra que a la de su « conveniencia » (así, en Maquiavelo y en Botero), a diferencia de lo que ocurre en el campo de los teólogos y juristas, ocupando Bodino a este respecto un término medio, al tratar de hacer de la neutralidad, reconocida por los beligerantes, una institución al servicio de la sociedad internacional (3).

Al término de su libro, esmaltado de simpáticas invocaciones a talantes individuales y colectivos actuales y de muestras de compenetración sinceramente expresadas con su gran compatriota, el autor cumple su propósito inicial de ofrecernos, sobre la base de un estudio directo y del repaso de las fuentes indirectas existentes, un balance, o más exactamente una valoración de la personalidad y la obra de Vattel. « El gran mérito de Vattel consiste a nuestro entender en el hecho de que con sus conocimientos filosóficos y jurídicos se acercó con imparcialidad a las obras de sus precedeceroses, especialmente a la de Wolff, desenvolvió sus ideas, completándolas y mejorándolas en parte y en parte rechazándolas, y presentó el conjunto — revestido en su lenguaje elegante y flúido — a los prácticos de su tiempo de manera nueva y sugestiva »; y como consecuencia de su difusión y aceptación entre los prácticos, precisamente, en una fase de la historia del derecho internacional en que la doctrina desempeñaba por naturaleza un papel más relevante que el que hoy le corresponde como fuente del derecho, muchos de los principios expuestos por Vattel « se han convertido — por su reconocimiento en la vida de relación interestatal — en *normas del derecho internacional positivo* » (p. 188). Suscribimos de buen grado, a guisa de conclusión, este juicio de la recapitulación de Manz, cuya aportación a la historia doctrinal del derecho internacional público es tanto más oportuna, cuanto nuevas son las tareas con que éste se enfrenta hoy a escala mundial, y necesitadas las esperadas soluciones, en un contexto tan distinto del de Vattel (más propiamente europeo que incluso el de los clásicos españoles y de Grocio), de una compleja síntesis de tradición y de reforma. Y Vattel es uno de los exponentes máximos, en cierto modo *el* Clásico, de la tradición en el mundo jurídico-internacional de la modernidad.

ANTONIO TRUYOL SERRA

(3) Cf. nuestro estudio « Botero's *Discorso della neutralità* in seiner Beziehung zur Neutralitätslehre bei Macchiavelli und Bodin », en: *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Wien, nueva serie, VIII (1957-58), pp. 449-460; reproducido en castellano (« El *Discorso della neutralità* de Botero en su relación con la teoria de la neutralidad en Maquiavelo y Bodino ») en la revista *Documentos*, de Caracas, núm. 4, 1961, como introducción a la traducción castellana del opúsculo de Botero por Luciana de Stefano.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Materiali per una storia della cultura giuridica, raccolti da Giovanni TARELLO, vol. II, Bologna, Il Mulino, 1972.

« Sempre più frequentemente — scriveva qualche anno fa' Giovanni Tarello [1] — proviene a chi professa la filosofia del diritto, da parte di gruppi di giuristi sempre più numerosi, l'invito ad occuparsi del metodo della *scienza giuridica* e delle *valutazioni* o dei *valori* dei giuristi ». L'invito, notava T., viene spesso rivolto strumentalmente, e spesso riceve accoglienza ambigua, o risposte elusive, da parte di chi scambia il metodo dei giuristi con le loro professioni di metodo o i loro « valori » con i valori che essi dichiarano. Dei *trompe-l'oeil*, cioè, in cambio di domande strumentali o mal poste.

Superare gli equivoci, ed i pericoli, di questa situazione, significava — e significa — uscire dall'obbligato gioco delle parti al quale una radicata concezione della scienza giuridica ha costretto giuristi « positivi », filosofi e storici del diritto: significava, cioè — e significa — abbattere gli artificiosi steccati che separano una « disciplina » dall'altra, oltrepassando la fase delle reciproche consultazioni tra specialisti di settori diversi, per dare inizio a quella del lavoro in comune tra di essi, su terreni comuni di indagine.

Passa per questa via, è innegabile, anche la rottura dell'antico isolamento culturale della scienza giuridica, e — felice conseguenza — prende da essa avvio la rottura di un isolamento ulteriore: quello della storia del diritto all'interno della scienza giuridica.

Più di una iniziativa si è posta su questo terreno negli ultimi anni. La stessa riscoperta del lavoro interdisciplinare, e la rivalutazione del momento « organizzativo » della cultura, hanno favorito lo spirare di un vento nuovo intorno alla scienza giuridica e dentro di essa. Lo avvertono i giuristi « positivi » più attenti (il che vuol dire anche i più aperti alla ricerca di nuove vie di comprensione del loro stesso lavoro quotidiano, perchè più insoddisfatti di esso e meno disposti al grande *jeu des dupes* nel quale li hanno condotti per lungo tempo le resistenti teorie sulla « astoricità delle tecniche »); e lo avvertono i filosofi — e gli storici — che sentono insieme l'emarginazione delle loro « discipline » (ricorrente risultato, del resto, quello di trovarsi *ai margini*, per coloro che a lungo cercano di essere *al di sopra*), e l'esigenza di dare un contributo non elusivo né irrimediabilmente tardivo a quell'opera che bene è stata detta *di riaggancio* fra il giurista (e le sue tecniche) e la società (e il suo divenire).

Non esitiamo a dire che Giovanni Tarello, al quale si deve — con i *Materiali* — una (*and not least*) delle iniziative su questo terreno, testimonia con la sua biografia scientifica questo salutare rimescolamento dei ruoli. Filosofo, si è fatto giurista « positivo » per capire e vivere l'esperienza culturale oggetto naturale del suo lavoro, appro-

[1] G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Milano, 1967, p. 11.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dando infine alla storia, terreno privilegiato della riflessione sul diritto e via obbligata per la sua comprensione.

Ha dunque ragione Norberto Bobbio (2) quando dice che con i *Materiali* egli si è proposto di trasformare un suo risalente progetto individuale in una impresa di gruppo. Le trame, infatti, si ripetono, e coloro che intuirono a suo tempo il valore del progetto, nitide vedono oggi le direttrici dell'impresa e ne apprezzano i pregi.

Certo, mettere insieme contributi diversi, talora disparati, se corrisponde alla logica per così dire « alluvionale » che si cela dietro lo stesso nome dei *Materiali*, è anche operazione che si offre completamente al rischio di rinverdire la spenta tradizione degli *Archivi*, che furono testimonianza di un modo di intendere l'organizzazione della cultura tutto legato ad una concezione « campionaria » dell'interdisciplinarietà. Così come l'avventurarsi tra i primi per sentieri appena battuti o ancora da segnare, porta con sé e sconta interamente le inevitabili incertezze di linea, il valore diseguale dei contributi, o la malsicura coerenza di alcuni di essi con lo spirito stesso dell'iniziativa che li ha accolti.

Ma i *Materiali* crescono, hanno puntuale e significativa presenza, testimoniano un fervore di opere che ormai hanno perfino smesso di *registrare*, perchè hanno cominciato a *suscitarle*. L'iniziativa *produce* cultura, prende sempre più sicura forma e maturando si affina.

Aggiungiamo a tutto questo che Giovanni Tarello non è di quelli che, fiutato il vento, hanno cominciato a strofinarsi alla storia. È semmai tra quelli che il vento lo hanno suscitato e vengono alimentandolo, onde è possibile isolare nella sua iniziativa alcuni caratteri che seriamente possono contribuire ad una prima ridefinizione del ruolo culturale dello storico del pensiero giuridico.

Pensiamo, per esempio, al valore di « sprovincializzazione » che hanno da un lato, l'assunzione della *cultura giuridica* come centro dell'attenzione critica e dall'altro l'abbandono della prospettiva italocentrica, che non è solo problema di scelta dei temi di lavoro, ma ha con sé non secondari risvolti metodologici. Pensiamo al respiro che quasi tutti i contributi ricevono dalla messa in opera di mezzi culturali mutuati da sistemi del sapere diversi da quelli storici e giuridici strettamente (o angustamente) intesi. Pensiamo a quanto di nuovo suscita in chi fa storia, nel suo metodo, nella sua capacità critica (e quindi comprensiva), una diversa considerazione dello stesso fenomeno giuridico, non più pensato come « oggettivo » in contrapposizione alla « soggettività delle ideologie », ma visto per quello che è: uno dei momenti culturali nei quali si esprime la generale dialettica tra le varie forze e concezioni presenti nelle diverse società.

---

(2) N. Bobbio, *Recensione* a questo numero dei *Materiali*, in *Rivista di filosofia*, LXIII (1972), p. 257.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pensiamo, infine, che assai provvidamente iniziative come quella coordinata da T. riescono a coinvolgere i giuristi « positivi » in una preliminare (ma anche post-liminare, o verificatoria) opera di apprezzamento storico dell'oggetto del loro lavoro; molti di essi vedono così che la storia è (anche o soprattutto?) affar loro, e che il conseguimento di una coscienza della « storicità del sapere giuridico » non è delegabile ad altri o ad altri rinviabile, perchè quella storicità è momento *interno* della loro ricerca, ed è ineluttabilmente *presente* nel loro ragionamento, per quanto « tecnico » esso appaia, e per quanto « sulle tecniche » sembri dispiegarsi.

Ne viene un ulteriore e per gli storici assai apprezzabile chiarimento. Infatti, questo genere di aperture e la rottura della *splendid isolation* della storia giuridica (che poi altro non è se non il nome che gli isolati trionfalisticamente danno al cordone sanitario posto a perpetuare il loro internamento) realizzano due risultati giusti ed a loro modo giustizieri: restituire alla filologia il suo prezioso ruolo ancillare e rifare dell'eruditismo — o della disinteressata archeologia dei dati — un ideale luogo di estraniazione, di rifugio, di dotto rasserenamento. E lo stesso insistere sulla storia delle esperienze giuridiche moderna e contemporanea, ha paradossalmente — pur se la cosa è del tutto chiara agli addetti a questi lavori — un valore innovativo e rompe con una delle più radicate abitudini del *milieu*, quasi proponendosi come ardita sperimentazione metodologica.

Contenuti nuovi, quindi, ma non solo questo. Anche lo schierarsi a tutti i costi dalla parte delle innovazioni può essere solo l'effetto di una *routine* classificatoria o di un luogo comune del giudizio critico, se esso non è confortato da contenuti vitali, fertili e quindi positivi.

Nessun problema, sotto questo profilo, viene da questa iniziativa. Noi pensiamo che il materiale offerto da T. e dai suoi collaboratori, pur con qualche momento di flessione dovuto alla forza d'inerzia di certi modi storiografici (in qualche intervento prevale un descrittivismo coscienzioso che non regge il passo con il vigore critico di certi altri), sia — per usare il linguaggio dell'edilizia proposto da Bobbio — di ottima tenuta. Con esso sarà ben possibile rinnovare gli « edifici pericolanti ed inservibili » che disseminano il nostro paesaggio storiografico, anche se sarà forse necessario un ulteriore sforzo di razionalizzazione nei suoi confronti. Nel senso che sarà forse necessario coordinare tono e valore del materiale che si verrà aggiungendo in futuro, inquadrarlo in un disegno coerente di rinnovamento storiografico ed usarlo di conseguenza. Né dubitiamo che questo avverrà, perché — se non ci sbagliamo — ci sono segni che mostrano il fatto che questo sta già avvenendo. Evidentemente, e giustamente, come il saggio Qoheleth dell'Ecclesiaste, anche T. sa che vi è un tempo per raccogliere pietre e un tempo per scagliarle.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Scendiamo ora in dettaglio (3). Riccardo Guastini, autore del saggio *Il lessico giuridico del Marx liberale (gennaio 1842 - primavera 1843)*, è di quelli che, per restare nell'immagine dell'Ecclesiaste, raccoglie le sue pietre in un modo che corrisponde in tutto allo scagliarle. Se non ci sbagliamo, il suo scritto finirà per porsi al centro delle questioni che riguardano la ricostruzione del Marx « giuridico », e bisognerà d'ora in poi — come si dice — farci i conti.

G. si muove lungo una linea ben caratterizzata, già espressa o abbozzata in altre occasioni (4), e che non è solo di ricostruzione dell'immagine del « rein Marx », ma è anche larga di suggerimenti politici, di allusioni pratiche, di opzioni strategiche. Qualche caduta di stile (per esempio là dove sembra compiacersi di poter additare quasi inedite mende nella prassi politica dei partiti comunisti europei e, severo, stigmatizza), ma nell'insieme una riproposizione lucida e rigorosa, che convince.

Questo scritto ci risarcisce, intanto, della trascuratezza con cui si è affrontato fino ad ora, le poche volte che lo si è fatto, il problema dal Marx giuridico (diverso da quello — più difficile da legittimare — del Marx « giurista »). Attacca certi usi tattici che di quel Marx si sono tentati, critica il costume di riferirsi genericamente al « Marx giovane » (individuandolo negli scritti fino al 1845, che variamente sono articolati e distinti), ci mostra un assai credibile Marx « coerentemente borghese e giuspoliticamente liberale », assegnandogli insieme — quasi in

(3) Ci limiteremo a qualche osservazione su alcuni dei saggi contenuti nel volume. Degli altri diamo qui soltanto notizia, secondo l'ordine in cui appaiono stampati. F. De Marini Avonzo scrive in tema di *Pagani e cristiani nella cultura giuridica del V secolo*; V. Piergiovanni, sulla *Lesa maestà nella canonistica fino ad Uguccione*, e poi G. Rebuffa, *Jean Bodin e il « Princeps legibus solutus »*; M. G. Losano, *Undici lettere inedite dal carteggio fra Jhering e Gerber*; C. Roehrssen, *Pierre-Joseph Proudhon ed il formarsi dell'anarchismo come teoria sociale*; S. Castignone, *Vilhelm Lundstet. Nuove ricerche sul realismo giuridico scandinavo*; ed infine F. Lombardi, *La « logica dell'esperienza » di J. Willard Hurst. Storiografia giuridica e jurisprudence.*

(4) Di R. G. ricordiamo gli scritti che abbiamo avuto modo di leggere e che rappresentano forse — ma è possibile sbagliare — la sua completa scheda bibliografica: del 1970 sono *Les classes et les nations à l'ère de l'impérialisme*, in *L'homme et la société*, n. 18 (1970), pp. 91-98, poi rifuso con aggiunte in *Problemi del socialismo*, XIII (1971), pp. 496-508, e *Garantismo e programmazione democratica. A proposito di Della Volpe e del dellavolpismo* (coautore R. Levrero) in *Classe*, n. 3 (1970), pp. 309-335; del 1971: *Lenin e lo Stato: una critica e un'apologia*, in *Politica del diritto*, II (1971), pp. 139-156; *Teoria e fenomenologia dello Stato capitalistico*, ibidem, pp. 781-807; *La « teoria generale del diritto » in URSS. Dalla coscienza giuridica rivoluzionaria alla legalità socialista*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* racc. da G. Tarello, I (1971), pp. 329-508; del 1972, una recensione ad U. Cerroni, *Metodologia e scienza sociale*, in *Rivista di Filosofia*, LXIII (1972), pp. 150-153; del 1973: *Fondamenti teorici del cosiddetto « uso alternativo del diritto » nel marxismo*, in *L'uso alternativo del diritto*, II. *Ortodossia giuridica e pratica politica*, a cura di P. Barcellona, Bari, 1973, pp. 3-14 ed il prosieguo dell'analisi sul Marx « giovane » (*Il lessico giuridico di Marx 1843-1844*), sempre nei *Materiali*, III.1 (1973), pp. 349-515.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un esorcismo che valga a propiziargli comprensione e scuse — la rassicurante qualifica di « giovanissimo ».

Il discorso di G. muove dalla struttura epistemologica del discorso di Marx (e lì si inserisce il prezioso rendiconto rappresentato dal suo lessico-indice del Marx giovane-liberale); delinea lo sbocco liberal-giusnaturalistico di quel discorso sul piano giuridico e ridimensiona più di uno tra i momenti storiografici che sembravano ormai definitivamente accreditati. Usa, in quest'opera di « rivisitazione » storiografica, un vasto strumentario analitico ed argomentativo: mostra come certe tecniche retoriche usurpino il posto che spetta alla realtà; scova le strumentalizzazioni politiche occulte che tentano di contrabbandare senili cedimenti cercando nel giovane Marx nobilitanti ascendenze; destratifica acquisizioni storiografiche ormai incallite, rimettendo a nudo — quasi restaurate — realtà interpretative che ci restituisce in tutta la loro evidenza.

Tutto questo, passando in rassegna il lessico giuridico del Marx dei primissimi passi, impegnato a fare i suoi conti con la sua formazione di base — che è giuridica —, con le contraddizioni dello Stato renano, con il difficile svolgersi della presa di potere della borghesia tedesca. G. sviscera « con intelligente (non pedantesca) meticolosità » (Bobbio) gli scritti in tema di libertà di stampa e censura, quelli sui furti di legna, quelli sulla scuola storica o sui profili « burocratici » offerti dai problemi dei vignaiuoli del Reno, ritagliando in essi con cattivante precisione e con riflessioni convincenti, un Marx liberale, « prescrittivo » e non sistematico nel suo approccio con il diritto: quel Marx che avrà di lì a poco la sua prima « mutazione » con la *Kritik des Hegelschen Staatsrechts* (terminata nel 1843, nell'estate), e che finirà « marxista » solo dopo una serie di acquisizioni metodiche ed in seguito ad importanti rovesciamenti di attitudine (pensare al Marx *descrittivo* della maturità, a fronte del Marx di queste pagine, che ha toni piuttosto imputabili al *Sollen*).

Stefano Rodotà ripubblica in questo numero dei *Materiali* un articolo (*Scienza giuridica ufficiale e definizioni della proprietà*) che era già apparso poco più di un anno prima nella rivista, da lui diretta, *Politica del diritto* (dicembre 1970, n. 3, pp. 463-478). Questa circostanza avvalora, sia pure casualmente, l'impressione che questo scritto, come quello di Tarello di cui parleremo tra breve, ci ha immediatamente suscitato: che è quella di trovarci davanti ad una sorta di provvida « letteratura di richiamo », destinata a ricordare — o a tener vivo — l'elementare accorgimento di non lasciarsi fuorviare dalle etichette (molto spesso utilizzate per storiche « truffe »), e di non presumere — comunque — che i fenomeni di superficie rispecchino in tutto, e per principio, i meccanismi e le realtà del fondo.

Rodotà sceglie il tema esemplare della legislazione speciale ottocentesca (con riguardo particolare all'espropriazione per pubblica uti-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lità), mostrando ciò che si venne formando dietro la cortina del diritto pubblico — davanti alla quale si erano (ovviamente) arrestati i civilisti — e dimostrando come l'espropriazione per pubblica utilità, che parrebbe il contrario, altro non fu se non un'ulteriore ostia offerta al principio della inviolabilità del diritto di proprietà.

Il discorso è assai semplice e scorre con sicura chiarezza. Bastava guardare oltre certe artificiose intercapedini, avverte R., per rendersi conto che dietro la nozione di « proprietà » si celvano due tipi di proprietari: quelli gravitanti all'indietro, legati a posizioni che oggi diremmo « di rendita », e quelli proiettati in avanti, caratterizzati come *produttori* nella stessa misura in cui i precedenti possono essere definiti come meri *proprietari*. Tutto stava nell'espropriare i primi a vantaggio dei secondi, mostrando però — come sempre — che l'utilità era « pubblica ». Ecco quindi un attacco alla proprietà che viene dal mondo dei proprietari, razionalizzazione che può anche essere scambiata per eversione, ma che altro non è se non un episodio del più generale processo attraverso il quale i ceti dinamici, produttivi, « capitalistici », hanno assunto l'egemonia nelle società del secolo passato.

Egemonia contrastata, a quanto pare. Il libello anticomunista sulla proprietà di L. Adolphe Thiers viene significativamente diffuso in duecentomila copie (R. non si pronuncia sulla notizia, ma così pare che sia stato veramente), dopo che l'*establishment* francese post-quarantottesco ha chiamato a raccolta ed a gara tutta la scienza del Paese: segno del timore che certi processi interni di spostamento di potere potessero essere scambiati per rotture « rivoluzionarie » e del terrore che — se non controbilanciati a dovere — potessero diventarlo veramente; ed anche segno, ci si consenta, dell'antica tendenza borghese a valersi della « scienza » ma a fidarsi di più della sua mercificazione: il borghese è certamente tranquillo se sa di avere buoni filosofi dalla sua (specie se si pensa al complesso di inferiorità che gli deriva dal sapere generalmente ottimi quelli dell'avversario), ma non lo è completamente finché non ha anche *semé du fric* per « vincere » la battaglia delle idee.

Letteratura « di richiamo », dicevamo. E questo non solo per gli avvertimenti di cui R. dissemina il suo intervento, esprimendoli apertamente o attraverso l'esempio che viene dal suo modo di valutare ricostruzioni e ricostruire valutazioni. È letteratura « di richiamo » anche perchè invita a lavorare con le mani nel presente mentre con gli occhi si guarda al passato. Il grumo delle rendite e dei parassitismi, non solo economici, e quanto contro di esso si viene preparando anche all'interno del sistema di cui siamo oggi protagonisti, è luogo ricorrente negli interventi del R. « storico del presente »: e ben sappiamo che vedere come certe dinamiche si svolsero nel passato è anche capire come altre simili si svolgono ora, e vale a spiegarlo. Il giurista veste i panni dello storico per mostrare — in una sorta di uso traslato della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

storia, ricondotta quasi in forma di apologo ad un ruolo pedagogico — quali panni dovrebbe a sua volta vestire il politico, cioè l'operatore, di qualsiasi provenienza professionale, che ha a che fare e a che vedere con la realtà e con la sua trasformazione.

Con *Sistemazione e ideologia nelle «loix civiles» di Jean Domat*, Giovanni Tarello inizia, in senso verticale, un lavoro di revisione storiografica già largamente avviato, nel senso orizzontale, nell'area cronologica che va, appunto, da Jean Domat alle soglie della rivoluzione francese.

Le tecniche di questa revisione sono familiari a chi ha già avuto modo di meditarle ed apprezzarle ad altro proposito: T. fruga negli angoli, e non si lascia sviare dalle apparenze di facciata.

Di Jean Domat, *homo unius operis*, vede il modo mistificante di descrivere il diritto vigente, l'uso equivoco della terminologia di base (*mens ratio-esprit*), il valore portante dello schema utilizzato, il quale finisce per *entrare* nei contenuti che dovrebbe limitarsi ad organizzare. Di lui ricostruisce aperture culturali (la linguistica di Port-Royal) e polemiche latenti; ne intuisce nuclei di precorrimento rispetto alla codificazione e momenti genetici nei riguardi della ideologia borghese. Il lavoro di scavo gli consente di recuperare frammenti eloquenti, lo porta a frantumare — con scelta deliberata — più di una equivoca aggregazione di vecchi reperti e gli consente infine una sicura e limpida ricomposizione del materiale portato in luce.

Un lavoro, ci consenta T. un'immagine forse anche a lui cara, che ci fa ripensare alla « vecchia talpa » di cui qualcuno parlava augurandole, come noi facciamo a lui ed ai suoi *Materiali*, di avere energie ed opportunità per scavare ancora, ed a fondo.

MARIO SBRICCOLI

Reimund SCHEUERMANN, *Einflüsse der historischen Rechtsschule auf die obersirichterliche gemeinrechtliche Zivilrechtspraxis bis zum Jahre 1861* (Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft, Heft 17), De Gruyter, Berlin, 1972, XII u. 127 pp.

Die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts gehört zu jenen Gegenständen, denen sich die deutsche juristische Literatur der Gegenwart mit besonderer Intensität zuwendet. Mit Recht, denn jenseits aller kritischen Abgrenzung und erst recht jenseits billiger Polemik muß als dauernde Einsicht festgehalten werden, wie ungemein anregend — anregend auch noch in ihren Aussparungen — jene Hochform dogmatischer Jurisprudenz der Epoche von Savigny bis Windscheid für jeden bleiben wird, der sich für die Reflexion über die Möglichkeiten des Rechtsdenkens offenhalten will. Und dennoch sind an die Beschäftigung mit der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts Fragen

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zu stellen, unter anderen die Frage, inwieweit sie eine Beschäftigung mit dem geltenden Recht des 19. Jahrhunderts ist. Die Frage drängt sich nicht nur deswegen auf, weil es um eine fast ausschließlich gemeinrechtlich orientierte Rechtswissenschaft geht, für die der Umstand, daß zwei Drittel Deutschlands nicht nach gemeinem, sondern nach partikulärem, vor allem preußischem, französischem und sächsischem Rech lebten, eine Quantité négligeable war; sie stellt sich vielmehr auch für die gemeinrechtlichen Gebiete Deutschlands als Frage nach den Zusammenhängen zwischen Wissenschaft und Praxis des Rechts.

Diese Praxis kennenzulernen, ist freilich ungleich schwieriger, und man wird nicht fehlgehen in der Annahme, daß die gewisse Vorliebe für die Auseinandersetzung mit der Wissenschaft auch darin gründet, daß diese sich in den überall greifbaren Lehrbüchern, Monographien, Aufsätzen und Flugschriften leicht erschließt, während die Praxis — im Zusammenhang mit dem hier zu besprechenden Buch sei darunter ausschließlich die Rechtsprechung der obersten Gerischtshöfe verstanden — zwar auch unsere Bibliotheken füllt, aber noch der Aufschlüsselung in mühevoller und uneigennütziger Kleinarbeit bedarf, wenn ihre Inhalte bekannt werden sollen.

Die Arbeit von Scheuermann, eine von dem Münsteraner Rechtshistoriker Rudolf Gmür angeregte und unter seinen strengen Qualitätsanforderungen ausgereifte Dissertation, ist der erste Versuch überhaupt, in dieser Richtung vorzudringen, und, wie das Ergebnis zeigt, ein erfolgreicher und zu weiteren Forschungen ermutigender Versuch. Über den Einfluß der gemeinrechtlichen Theorie auf die Gerichtspraxis hat es bis jetzt nur Mutmaßungen gegeben, die in der Einschätzung von Maß und Wert dieses Einflusses kraß divergierten, den Versuch einer Fundierung anhand von Nachweisen aus der Rechtsprechung allerdings in seltener Übereinstimmung vermissen ließen (S. 3-9). Scheuermann hat sich zum Ziel gesetzt, diesen Einfluß auf die höchstrichterliche Rechtsprechung zum gemeinen Zivilrecht an exemplarischen Materien zu überprüfen. Zeitliche Grenze seiner Untersuchung ist das Jahr 1861, das Todesjahr Savignys. Auf den ersten Blick erscheint dies als eine sinnfällige Zäsur, auf den zweiten Blick dann freilich als ein mehr zufällig gewählter Einschnitt, da das Datum für die Wissenschaftsgeschichte insofern belanglos ist, als die Ablösung der historischen Rechtsschule durch den wissenschaftlichen Positivismus bereits vor der Jahrhundertmitte anzusetzen ist. Letztlich muß man die Berechtigung dieser Grenzziehung aber doch voll akzeptieren. Erstens wäre das zur Auswertung bereitstehende gedrucke Material — Sch. hat rund 250 Bände Entscheidungen herangezogen (Zusammenstellung auf S. 115-117) — erheblich geringer, wenn er sich auf die erste Hälfte des Jahrhunderts beschränkt hätte, weil erst im zweiten Jahrhundertdrittel die Veröffentlichung der Judikatur in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Entscheidungssammlungen (die wichtigste Reihe, « Seufferts Archiv », beginnt 1847) verbreitete Übung wurde. Zweitens ist das Todesjahr Savignys das Jahr vor dem Erscheinen der ersten Auflage von Windscheids Pandekten, und dies ist ein Datum von keineswegs nur symbolischer Bedeutung. Hatte nämlich die historische Rechtsschule davon, wie tatsächlich Recht gesprochen wurde, nicht wirklich Notiz genommen, so setzt mit Windscheids Lehrbuch eine Literatur ein, in der die Praxis sich vollauf ernst genommen und in wichtigen Fragen widergespiegelt fand (S. 12). Eine Untersuchung über das Verhältnis zwischen Theorie und Praxis dürfte daher wohl für das spätere 19. Jahrhundert unter vielfältig anderen Aspekten zu schreiben sein als für die Zeit Savignys.

Sch. prüft im ersten Teil seines Buches den Einfluß von Grundanschauungen der historischen Rechtsschule auf die Rechtsprechung. Die der Praxis des 18. Jahrhunderts als rein « antiquarisches » Postulat erschienene Forderung, das Recht in seiner geschichtlichen Entwicklung zu begreifen, wird etwa ab 1840 in Urteilsbegründungen bejaht und befolgt (S. 19-26). Naturgemäß ist die Zahl solcher Urteile nicht groß, und zweifelhaft bleibt in allen Fällen das Gewicht solcher historischen Exkurse für die Entscheidungsfindung. Als Zeugnis dafür, daß eine Juristengeneration die Führung auch der Rechtspraxis übernommen hatte, die sich Offenheit gegenüber Anliegen und Theorien der historischen Rechtsschule über die Zeit der akademischen Ausbildung hinaus bewahrt hatte, sind sie jedoch von großem Interesse.

Die Forderung nach quellengemäßer Behandlung des Rechts blieb gleichfalls nicht gänzlich ungehört. Es gibt Urteile mit textkritischen Ausführungen und selbst Urteile, die die griechischen Texte des Corpus iuris heranziehen (S. 29-33). Der in der historischen Schule mit der Forderung nach Rückkehr zu den Quellen vielfach verbundene romanistische Purismus, dem die Weiterentwicklung des römischen Rechts durch die mittelalterliche und neuzeitliche Doktrin eingestandener-oder uneingestandenermaßen als negative Entwicklung erschien, fand allerdings bei den Gerichten keine Gegenliebe. Sch. kann auf breiter Quellengrundlage nachweisen, daß es keinerlei Bereitschaft gab, um des « reinen » römischen Rechts willen von der Anwendung eines durch vielfache Brechungen hindurchgegangenen und nun in gewandelter Form geltenden Rechtssatzes abzugehen (S. 43-46). Romanistischer und ebenso germanistischer Begeisterung stand die Gerichtspraxis sehr nüchtern gegenüber. Die überaus häufige Zitierung von Autoren der historischen Schule (S. 46-58) war kein Zeichen für Distanzlosigkeit, und charakteristisch ist Sch.'s Befund, daß im untersuchten Zeitraum neben Savignys « System des heutigen römischen Rechts » die Pandekten von Thibaut das am häufigsten herangezogene Werk blieben. In dieselbe Richtung weist die Beobachtung, daß die Praxis an dem Versuch festhielt, Entscheidungen aus der « Natur der Sache » — eine

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

für das späte Naturrecht kennzeichnende Formel — heraus zu begründen (S. 62-74).

Nicht das Bekenntnis zu einem wissenschaftlichen Programm, sondern ausschließlich das Urteil über die Praktikabilität jeder einzelnen Theorie dürfte für die Gerichte bei der Übernahme oder Ablehnung von Gedanken der historischen Schule letztlich leitend gewesen sein; das ist jedenfalls die Vermutung, zu der Sch. den Leser mit dem ersten Teil seines Buches hinführt. Der zweite Teil gilt der Bestätigung dieser Vermutung anhand dreier mit glücklicher Hand ausgewählter Sachkomplexe, nämlich der Lehren vom Gewohnheitsrecht, vom abstrakten dinglichen Vertrag und vom Vertrag zugunsten Dritter. Die Auffassung Savignys und Puchtas, daß die Geltung von Gewohnheitsrecht nicht auf dem Faktum der Gewohnheit, sondern auf der diesem Faktum als Motiv vorausgehenden Rechtsüberzeugung beruhe, hat sich nach Sch.'s Feststellungen bei den Gerichten voll durchgesetzt (S. 85-93). Sie kam ja den Bedürfnissen der Praxis entgegen. Sie entband die Parteien und die Gerichte davon, einzelne Übungsakte zu behaupten und im Streitfall nach Grundsätzen des Tatsachenbeweises zu überprüfen, was angesichts der Strenge der überkommenen Beweisanforderungen oft zu Zufallsergebnissen führte, und sie gestattete dem Gericht die Verwertung der Überzeugungen lebenserfahrener Personen und vor allem eine relativ freie Bewertung solcher Überzeugungen. — Savignys Übereignungslehre, nach der die traditio ein abstrakter dinglicher Vertrag ist, liefert das Beispiel einer Theorie, deren Resonanz in der Praxis im umgekehrten Verhältnis steht zu der großen Bedeutung, die ihr in der Theorie und später für die Formulierung des BGB beigemessen wurde. Sch. erblickt den Grund der Schwierigkeit, in Urteilsbegründungen überhaupt eine Bezugnahme auf diese Theorie zu entdecken, mit Recht darin, daß es nur einen sehr begrenzten Bereich von Fällen gibt, in denen sie zu Ergebnissen führen kann, die von den Resultaten der älteren Lehre von titulus und modus acquirendi abweichen. Nur insgesamt drei Entscheidungen aus der Zeit bis 1861 machen sich eindeutig Savignys Theorie zu eigen (S. 100-103). Ob dies jeweils entscheidungsrelevant war, ist nach dem von Sch. Mitgeteilten nicht sicher. Richtig ist seine Feststellung, daß diese wenigen Urteile die These, die Praxis habe die neue Lehre befolgt, nicht stützen; der Gegenbeweis kann aus denselben Gründen freilich ebensowenig erbracht werden. — Die von der Doktrin des 18. Jahrhunderts akzeptierte, von Savigny und den an ihm orientierten Romanisten aber als quellenwidrig verworfene Lehre, daß Verträge zugunsten Dritter zulässig seien, ist schließlich ein Beispiel, an dem sich zeigt, wie die Gerichte um der Ergebnisse willen unter den ihnen von der Wissenschaft angebotenen Konstruktionen und Begründungen ihre Auswahl trafen. Die Wirklichkeit vor allem des Lebensversicherungsvertrages verlangte Respektierung. Nicht Savigny, wohl aber die

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Autoren des Usus modernus sowie der Germanist Beseler wurden dem gerecht und konnten so für diejenigen Gerichte, die sich nicht einfach mit der Berufung auf ständige Rechtsprechung begnügen wollten, als literarische Gewährsleute dienen (S. 107-110).

Praktikabilität als Maßstab, an dem die Arbeit der historischen Schule seinerzeit von den Gerichten gemessen wurde — das könnte zu weiterem Nachdenken anregen: Wenn von der Theorie des 19. Jahrhunderts nicht alles, aber doch Manches und Wichtiges in die Praxis einging, dann könnte es sein, daß die Theorie jenseits der Programme und wohl vor sich selbst verborgen von Prinzipien wenigstens mitbestimmt wurde, die die vielberufene Kluft zwischen Theorie und Praxis geringer und vor allem in ganz anderem Licht erscheinen lassen, als Savigny, der sie bekanntlich beklagt hat, glauben wollte. Das Buch von Sch. zeigt, daß die Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts unsere Aufmerkasamkeit verdient.

GERHARD OTTE

Dieter SCHWAB, *Die 'Selbstverwaltungsidee' des Freiherrn vom Stein und ihre geistigen Grundlagen. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der politischen Ethik im 18. Jahrhundert* (Giessener Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 3), Frankfurt a.M., Athenäum Verlag, 1971.

Il contributo dell'autore, esclusivamente ideengeschichtlich, muove da un tema ('Selbstverwaltung') del riformismo liberal-conservatore di Karl von Stein e procede in due direzioni successive: indica le implicazioni concettuali di quel tema all'interno della Ideenwelt del riformatore prussiano e, successivamente, ricostruisce la preistoria (non l'archeologia), i 'precedenti' del tema stesso in non pochi e importanti autori del '700 inglese, francese e tedesco.

'Selbstverwaltung', situata al centro della progettazione politica del v. S., si annette un'etica dell'entusiasmo (alla Shaftesbury), del valore pedagogico della legge, della rilevanza del bene comune, del primato morale dell'attività: dominante, la contrapposizione dualistica di individuo e società. L'etica politica del v.S. si risolve in fondo nella ricerca di strumenti idonei a superare quella frattura: 'Selbstverwaltung' fra i principali. La stessa critica al dispotismo e alla burocrazia risulta essere fondata sulla decisione etica di diffidare di quelle forme istituzionali in quanto incapaci di realizzare il passaggio dall'individuo 'egoisticamente' orientato all'individuo disposto al perseguimento del bene comune. Il 'patriottismo etico' che l'autore attribuisce al v.S. è così il quadro etico-politico al cui centro si colloca 'Selbstverwaltung'.

Delineate così le principali coordinate del mondo politico-ideale del v.S., l'autore passa al secondo e, nell'economia della ricerca forse prin-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cipale, compito: ritrovare in vari autori settecenteschi i temi del v.S., prima e fuori del suo progetto politico, in contesti e formulazioni anche divergenti, ma tali da poter permettere un nesso storico-ideale con il riformatore prussiano. Questo percorso all'indietro si svolge sulla base, ci sembra, di tre presupposti espressamente o tacitamente indicati dall'autore: un nesso ' biografico ' fra il ' precedente ' (autore) e il v.S., in genere discusso attraverso la verifica della presenza (o assenza) delle (o di alcune) opere del ' precedente ' nella biblioteca del v.S.; un nesso ' tematico ' di fondo fra i due termini di paragone, che, pur potendo essere variamente forte debole o debolissimo, permetterà pure di regola un giudizio di (un qualche grado di) continuità. Queste due condizioni (espresse) ne implicano una terza (sottaciuta): l'enucleazione dei temi ' in paragone ' dalla contestualità storica specifica (nel senso più vasto), in cui quei temi significavano, e la loro ri-enunciazione formale-astratta.

Su questa falsariga, l'autore passa a ricostruire i possibili rapporti fra il v.S. e i ' predecessori '. Si indicano così in Shaftesbury e Hutcheson le premesse teoriche, se non il contenuto politico immediato, del progetto steiniano: condividono tutti il sentimentalismo etico, la connessione fra etica e politica, il privilegiamento del bene comune sull'accentuazione del bisogno individuale alla Hobbes-Mandeville ecc.; Home, Ferguson e Paley vengono di seguito e insieme presentati come coloro che traducono in termini politici più precisi le premesse hutchesoniane e si connettono per questa via al v.S. (utilitarismo — di Paley — a parte). Hume e Smith costituirebbero poi la divaricazione « primär individualistische » della scuola del ' moral sense ' (« eticamente patriottica » nell'altra diramazione) e vengono qui in considerazione più per un nesso di discontinuità col v.S. che di rilevante vicinanza alla posizione di quest'ultimo. Non si può non osservare di sfuggita come la ricerca dei ' precedenti ' si chiuda dentro una monotona combinatoria di concetti. Continuando secondo lo stesso stile di pensiero, l'autore esamina Montesquieu (rifiuto del dispotismo + connessione fra etica e politica = v.S.; assenza di un progetto di riforme ± v.S.) e Rousseau: qui il rapporto di continuità col v.S. si fa più debole fino a contrarsi in pochi luoghi comuni per Helvetius riprendendo quota infine con la fisiocrazia. Dei tedeschi si considerano Feder, Garve, Kant, Fichte.

Distribuiti così nel tempo e nello spazio i ' precedenti ' steiniani, l'autore dedica la seconda parte, a nostro avviso la migliore, alla diretta esposizione del pensiero del riformatore prussiano. Vi si affrontano temi di notevole rilievo storico e teorico (il rapporto società(-nazione)-stato, il problema della burocrazia, degli Stände): temi - inutile ricordarlo — che costituiranno l'oggetto di decisivi approfondimenti teorici nella prima metà dell'ottocento tedesco, ma che già avevano alle spalle contributi analitici rilevanti: nell'Illuminismo scozzese (Fer-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

guson, ma non certo da solo) e prima sostanzialmente tutti i tentativi giusnaturalistici (lockiani ecc.) di comprensione, progressivamente sempre più approfondita, della società civile (-borghese). È in questo tipo di 'precedenti', non più formali-astratti ma riletti dentro una ricchissima contestualità sociale e ideale, che avremmo voluto vedere impegnata la ricostruzione storiografica dell'autore. Questi ci dà ancora alcune utili indicazioni sul concetto di « öffentliche Meinung » nel v.S. (ma avremmo ritenuto utilizzabile l'intelligente e poco sostituibile lavoro di J. HABERMAS, *Strukturwandel der Oeffentlichkeit*, Neuwied, 1962, tr. ital., Bari, 1971) e giunge, nella terza ed ultima parte, a chiudere l'esposizione del pensiero steiniano su, diremmo, 'proprietà e partecipazione al potere': luogo obbligato e centro di gravitazione di tutto il pensiero delle 'origini del liberalismo classico', verificato dall'autore, oltre che dal v.S., nella scuola del 'moral sense' e nella Fisiocrazia.

PIETRO COSTA

Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*; 2., neubearbeitete Auflage, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, pp. 659.

Che questo libro del Wieacker meriti uno dei primi posti tra le opere storico-giuridiche degli ultimi due decennî, è innegabile; e, d'altronde, agevole a dimostrare. Per un periodo come l'età moderna, a cui gli storici del diritto hanno lungamente guardato con un tal quale complesso di superiorità (e, comunque, con sostanziale disinteresse), il lavoro del W. — pur con la sua *besondere Berücksichtigung* all'esperienza giuridica tedesca — s'era imposto fin dalla prima edizione per il suo disegno unitario ed originale in cui coerentemente venivano a comporsi le *Grundlagen* medievali, la *Rezeption* del diritto romano comune, il *Vernuftrecht*, la Scuola storica, la Pandettistica, il Positivismo e la sua crisi. Era facile constatare che difficilmente si sarebbe trovata in altri lavori una simile complessità di panorama in cui la vastità dell'informazione si congiungesse altrettanto felicemente col rigore dell'impianto.

L'accoglienza che alla prima edizione venne riservata confermò appieno il suo valore e il suo merito d'aver colmato una innegabile grave lacuna. Basterà riferirsi soltanto ad alcune valutazioni che dell'opera del W. furono fatte e che, per la loro ampiezza e per l'autorità dei loro autori, ci sembrano particolarmente significative.

Emilio Betti (SDHI, XVIII [1952], 291-299) colse magistralmente i punti nodali del libro, da quelli movendo per una serie d'acutissime notazioni ulteriori. In tema di « recezione », per esempio, quando, condividendo appieno la definizione che il W. ne aveva data, osservò che « essa merita di essere attentamente considerata anche per le diagnosi positive e negative che per essa sono rese possibili » (292) e di cui offrì

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un saggio vivissimo ed illuminante. Oppure a proposito dell'influenza dell'Umanesimo sulla recezione del diritto romano, che concluse rilevando come il valore ultimo d'ogni *rinascenza* « consiste in una reviviscenza interpretativa, che conduce a riscoprire oggettivazioni tramontate o quiescenti, riportandole sull'orizzonte dell'attualità » (294).

Wolfgang Kunkel (ZSS, RA, LXXI [1954], 509-539), che discusse il libro del W. insieme a quello del Wesenberg (simile per tema, ma assai diverso per contenuto), non poteva non apprezzarne appieno il valore anche come strumento didattico nelle Facoltà giuridiche tedesche dove si era sperimentalmente compresa l'insufficienza del solo insegnamento romanistico e germanistico ad offrire l'ineliminabile supporto storico per la comprensione del diritto privato vigente (509). Questo anche perché le forze storiche fondanti dell'esperienza giuridica dell'età moderna, autenticamente europee, non possono esser comprese in una chiave « dualistica », che giustapponga (o contrapponga) diritto romano e diritto nazionale (509-510). Questo favore di fondo del Kunkel non escludeva certo i dissensi sui singoli punti, ma offriva una motivazione singolarmente puntuale per un complessivo totale consenso.

Diverso fu il tono della recensione di John Gilissen (TVR-RDH, XXIV [1956], 84-90), che pur riconobbe che quest'opera del W., al confronto delle altre simili, era il solo contributo approfondito (e d'alto interesse) allo studio della storia del diritto privato moderno (84). Ma subito dopo l'interesse del recensore parve attratto da preoccupazioni definitorie: essere, questo libro del W., una storia, più che del diritto privato moderno, delle fonti e del pensiero giuridico (*ivi*). E queste preoccupazioni condussero il critico a porsi il problema di quale importanza si debba riconoscere ai diversi « fattori di evoluzione » del diritto privato moderno; presupponendo una differenza tra scienza giuridica e « diritto vivente », e, sul piano della dinamica storica, una « influenza » della prima sul secondo (87). Di qui una serie di interrogativi circa l'importanza dei singoli « fattori » nel convincimento che la storia del diritto è anzitutto una storia del diritto positivo cristallizzato di volta in volta nelle leggi, nelle consuetudini, nella prassi giurisprudenziale (88). Da qui derivava tutta una serie di riserve sul libro del W., le quali, pur presentate come marginali, in realtà derivavano da una diversità nel modo d'intendere il còmpito dello storico del diritto e l'oggetto stesso della sua ricerca.

Diversità di pareri, come si vede; e, soprattutto, diversità d'angolo visuale, pur se fu unanime il riconoscimento dell'alto valore dell'opera.

Quindici anni dopo la prima, comparve la seconda *neubearbeitete* edizione. Raramente una seconda edizione ha così ben meritato questo attributo di *neubearbeitete*: non solo per la mole quasi raddoppiata (dugentottanta pagine su seicentocinquantanove son nuove di zecca), ma per l'accresciuta complessità del disegno.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La prima parte — che nella vecchia edizione era dedicata alle *Grundlagen* (I ed., pp. 7-62) e conteneva anche un paragrafo d'introduzione generale (I, pp. 7-9) — è stata largamente riveduta. Le due pagine d'introduzione son diventate tredici, sono state sistemate come autonoma *Einleitung*, (II ed., pp. 13-25) e vi sono stati rifusi, in forma del tutto nuova, i §§ 1-2 della prima edizione (I, pp. 7-16). L'intera prima parte ha assunto un titolo più puntuale (*Die mittelalterlichen Grundlagen der neueren Privatrechtsgeschichte*) e una struttura nuova: le prime pagine dedicate alle origini della cultura giuridica europea (I, § 3, pp. 15-25) hanno preso maggior respiro (II, § 2, pp. 26-43) e si sono arricchite d'un prezioso *Excurs* intorno al concetto di « continuità » (II, pp. 43-45); il discorso sulla genesi della scienza romanistica medievale (I, § 4, pp. 26-37) si è significativamente allargato all'origine della scienza giuridica europea (II, § 3, pp. 45-70) ed hanno trovato un'autonoma collocazione alcune nuove pagine sulla scienza canonistica (II, § 4, pp. 71-80) e quelle relative alla letteratura consiliare (II, § 5, pp. 80-96) che nella precedente edizione avevano avuto assai minore spazio e diversa collocazione (I, § 5, I, pp. 37-41).

La ricostruzione storica della *Rezeption* è, forse, la parte dell'opera che ha subito la revisione più radicale. Nella prima edizione, infatti, le era dedicata solo la seconda parte del libro che s'intitolava *Die Rezeption der europäischen Rechtswissenschaft in Deutschland* (I, pp. 63-132), mentre nella seconda edizione il discorso si fa ben più ampio e complesso, diviso tra la seconda — *Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland* (II, pp. 97-203) — e la terza parte — *Der Usus modernus und der Abschluss der praktischen Rezeption* (II, pp. 204-248) —. Né si tratta solo d'un ampliamento, per dir così, quantitativo; in realtà tutta la struttura portante di queste due parti è mutata rispetto alle corrispondenti pagine della prima edizione, e quasi diremmo che è mutato l'angolo visuale: non si spiegherebbe altrimenti il diverso modo di definir l'oggetto stesso della *Rezeption*, ché altro è parlar di *europäische Rechtswissenschaft* ed altro discorrer di *römisches Recht*.

La parte dedicata al *Vernuftrecht* non ha subito grandi variazioni tra la prima (I, pp. 133-216) e la seconda edizione (II, pp. 249-347). Non che questa sia una ristampa di quella, però: ché, anzi, la revisione è stata puntualissima e non v'è quasi riga che non ne porti il segno (senza considerare l'apparato bibliografico aggiornatissimo).

Quasi raddoppiata per quantità, ma sostanzialmente immutata nella sua struttura generale, la parte dedicata alla Scuola storica alla Pandettistica e al Positivismo (I, pp. 217-305; II, pp. 348-513); a proposito della quale non si può fare a meno di notare una differenza d'intitolazione, che ci sembra non poco significativa, tra *zivilrechtlicher* e *nationalstaatlicher Positivismus*. Ma, anche qui, non è certo il caso di fermarsi a questo rilievo estrinseco e a grandi linee: basterebbe leggere, in questa seconda edizione, le pagine dedicate alla scoperta della

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

storicità (II, § 20, II, pp. 353-359) o quelle sulla Scuola storica tra Romanticismo e Classicismo (II, § 20, III, pp. 359-367) per aver la misura della novità.

Nell'ultima parte, che ha — anch'essa — conservato in questa edizione una struttura analoga a quella che aveva nella prima (I, pp. 306-361) pur se appare notevolmente ampliata (II, pp. 514-619), il discorso muta in qualche misura di tono (ma non certo di sostanza) rispetto alle altre parti quando affronta la confluenza dell'esperienza storica con quella odierna. E proprio nella perfetta (ed, anzi, illuminante) naturalezza della lettura di questa confluenza il valore dell'opera del W. trova la sua ultima definitiva conferma.

Fermiamo qui il nostro discorso: che ha mirato solo a cogliere alcune tra le novità più evidenti nella seconda edizione di questa ormai celebre storia del diritto privato moderno. Le ragioni che hanno guidato questo rifacimento le ha dette lo stesso W. (II, pp. 7-9), e non è certo il caso d'aggiungervi nulla: se non di rallegrarsi che questo sia — rispetto alla prima edizione — un altro libro ma non il libro d'un altro (II, p. 8).

UMBERTO SANTARELLI

Saggi recenti in tema di Codificazioni - Ragguaglio

Guido ASTUTI, « Il *Code Napoléon* in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successivi », in: Accademia nazionale dei Lincei, *Atti del convegno di studi napoleonici*, I, Roma, 1973, pp. 175-239; Luigi BERLINGUER, *Sui progetti di codice di commercio del Regno d'Italia (1807-1808). Considerazioni su un inedito di D. A. Azuni*, Milano, 1970; Raffaele FEOLA, « Donato Tommasi fra illuminismo e legislazione. Aspetti e problemi della riforma della legislazione nelle due Sicilie », estr. dall'*Archivio storico per le provincie napoletane*, s. III, vol. X (1971), pp. 5-110; Vittorio FROSINI, « Napoleone legislatore » (1970) e « La storiografia giuridica italiana sull'età napoleonica » (1970), in: ID., *Intellettuali e politici nell'età del Risorgimento*, Catania, 1971; Nicola LIPARI, « La codificazione civile », in ID., *Diritto privato*, Bari, 1973; Piergiorgio PERUZZI, *Progetto e vicende di un codice civile della Repubblica italiana (1802-1805)*, Milano, 1971.

Il terzo congresso internazionale della *Società italiana di storia del diritto* (Firenze, aprile 1973) ha offerto fra l'altro una precisa misura del rapido invecchiamento dell'immagine di una storiografia giuridica italiana tutta ancorata, se non all'alto medioevo ed alle annose questioni intorno alle « origini » di questo e quell'istituto, certamente ancora al diritto comune classico, con fortunate ma isolate avventure

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

individuali verso il tempo dell'umanesimo giuridico e la sua *renovatio* della giurisprudenza. Ad altro numero dei *Quaderni fiorentini* un rendiconto e un bilancio critico di quanto il congresso abbia potuto dire sull'età della codificazione ed in particolare sul periodo napoleonico, che forma l'oggetto del presente rapido ragguaglio sulla letteratura apparsa in Italia dal 1970 in qua. Ma sicuramente non ha più corso la formula jemoliana, quasi passata in proverbio, secondo la quale « la Storia del diritto italiano finisce con la scoperta dell'America » (la citava sempre Ascarelli: purtuttavia una consultazione del tutto casuale dell'annuario dell'università di Roma per il 1945-1946 ci rivela uno Jemolo insegnante di questa disciplina nella Facoltà di lettere e filosofia di Roma, mentre preparava il suo *Stato e Chiesa in Italia negli ultimi cento anni*) Già la generazione che sale le cattedre negli anni sessanta appare largamente operosa sul terreno del cosiddetto « Settecento giuridico », con qualche scavo preciso per quanto riguarda i tentativi di codificazione (Piano Mortari sul Granducato di Toscana, Ajello sul Regno meridionale) e ricognizioni sulla sua preparazione intellettuale (Berlinguer, D'Amelio, Ghisalberti, Pecorella). Dal Salvioli in qua, del resto, infrequenti ma apprezzabili contributi delle precedenti generazioni non erano mancati: anche a lasciar da parte certe utilissime edizioni di testi, ad es. muratoriani, basti ricordare per tutti un Astuti, un Donati, un Leicht, un Mor, un Torelli, un Vaccari, un Visconti, oltre al posto specialissimo che va fatto al Viora per le sue *Costituzioni piemontesi*, oltre che per la *Storia delle leggi sui Valdesi di Vittorio Amedeo II*, per il saggio *Sui rapporti fra il Sacro Romano Impero e l'Italia nei secoli recenti*, e per le molte e fortunate edizioni di *Consolidazioni e codificazioni*, dove è proposto uno schema poi generalmente accettato (1). Negli anni sessanta, appunto, si profila la bipartizione dell'insegnamento accademico, sulla falsariga delle facoltà di lettere ma in funzione di diverse esigenze didattiche e culturali, in una Storia del diritto medievale e una Storia del diritto moderno (proposta Paradisi-Cassandro in sede di *Società italiana di Storia del diritto*); alcune discipline collaterali tipicamente modernistiche sono introdotte con la riforma delle facoltà di scienze politiche; la « Storia del diritto italiano moderno e contemporaneo » viene infine inserita negli statuti, per la facoltà di scienze politiche di Padova e da ultimo per quella di sociologia di Trento (2).

Centro di gravitazione di questi nuovi interessi non poteva non essere il fenomeno della codificazione, inteso nel suo senso più ampio e non circoscritto ai codici di diritto privato. Fa ora più che venti anni, nei *Nuovi orizzonti della storia giuridica* di Bruno Paradisi, si

(1) Mario VIORA, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, 3ª ed., Torino, 1967.

(2) Cfr. Bruno PARADISI, « Su una proposta bipartizione dell'insegnamento della storia del diritto italiano », in *Annali di storia del diritto*, X-XI (1966-67).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poteva leggere che quel fenomeno identifica un'età « che già consideriamo come oggetto di osservazione storiografica (e che) 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 conferisce unità » (3). Ma si trattava di uno scritto a carattere programmatico, al quale doveva seguire il necessario sviluppo della ricerca: ancora nel 1954, il centocinquantesimo anniversario del *Code civil* avrebbe visto assente l'Italia, che almeno era stata rappresentata dal Chironi, con il suo saggio « Le Code civil et son influence en Italie » nel *Livre du Centenaire, 1804-1904* (4). Solo nel 1960 la voce « Codice civile (premessa storica) » di Piano Mortari apre nell'*Enciclopedia del diritto* (5) un discorso poi variamente ripreso, in particolare in occasione delle celebrazioni centenarie del codice nazionale italiano del 1865, nell'ambito delle quali si segnalava l'orazione di un civilista come Santoro Passarelli — « Dai codici preunitari al codice civile del 1865 » —, che dal *Code Napoléon* prende le mosse (6). Lo sviluppo, a sua volta, degli studi sull'illuminismo giuridico doveva metter capo all'esame della codificazione napoleonica e di quella sua grande *suite* alla quale si deve riconoscere cospicua influenza sulla cultura pratica del diritto in Italia, la scuola dell'esegesi. Così, alla metà degli anni sessanta, un libro come *Illuminismo e legislazione* di M. Cattaneo (7) appare largamente dedicato alla teoria giuridica della Rivoluzione francese, alla sua riorganizzazione giudiziaria culminante nella creazione della Cassazione, e alle diverse fasi dell'opera di codificazione, dai *cahiers* degli Stati generali al periodo repubblicano-giacobino, (nel quale viene fatto rientrare il secondo progetto Cambacérés, « effetto ritardato dell'ideologia giacobina » all'indomani di Termidoro), a quello

---

(3) « 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 le pp. 137, 194, 205.

(4) Giampietro CHIRONI « Le Code Civil et son influence en Italie », in VARI, *Le Code Civil. Livre du Centenaire 1804-1904*, II, Paris, 1905, p. 761 ss.

(5) Vincenzo PIANO MORTARI voce « Codice (premessa storica) », in *Enciclopedia del diritto*, VII°, Milano, 1960, pp. 227 ss.: cfr. altresì la voce di Antonio AZARA « Codici italiani degli antichi Stati », in *Novissimo digesto italiano*, III, Torino, 1959.

(6) Francesco SANTORO PASSARELLI « Dai codici preunitari al codice del 1865 », in VARI, *Studi per il centenario dell'unificazione legislativa italiana, 1865-1965. Codice civile. Codice di commercio. Codice di procedura civile. Codice della navigazione*, Firenze, 1968, pp. 17-31: cfr. anche la relazione di Rosario NICOLÒ « Dal codice civile del 1865 al codice vigente », ivi, pp. 3-13, per il netto e motivato rifiuto della *idée reçue* di una passiva derivazione del codice dell'unità dal modello francese, e la malinconica notazione che segue: « purtroppo in quest'opera di chiarimento della vicenda legislativa che sta all'origine del nostro Stato unitario, lo studioso del diritto privato trova ben poco conforto dagli storici del diritto... », con quel che segue.

(7) Milano, 1966: v. in part. pp. 97-176.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

termidoriano-direttoriale, al compromesso napoleonico. Che appare qui come una grande transazione fra le « due anime » della codificazione francese: quella illuministica, che ha per sé l'eredità del *droit intermédiaire*, dei grandi principi delle leggi rivoluzionarie, e quella moderata del Portalis, che, se difende l'eredità di Pothier e della tradizione giuridica francese *ancien régime*, segnerebbe anche sul piano del metodo una netta « involuzione ideologica » ponendo al centro della vita giuridica non più la legge, ma il giudice con la sua capacità di adattarla alle circostanze concrete e di guidarne lo sviluppo interpretativo. Sotto questo profilo, l'*école de l'exégèse* rappresenterebbe un « parziale ritorno ad alcune tesi dell'illuminismo giuridico », ed anzi « l'ultimo frutto della dottrina giuridica illuministica e razionalistica », soprattutto a causa dell'interpretazione data all'art. 4 del codice civile nel senso del dogma della completezza dell'ordinamento giuridico. Sullo stesso arco che muovendo dal razionalismo giuridico illuministico raggiunge la scuola dell'esegesi insistono le ricerche di un altro filosofo del diritto, Tarello, tuttora in pieno corso ([8]). Sulle orme di Gioele Solari, tanto Cattaneo che Tarello hanno operato una ricognizione delle vicende dell'idea di codice nel Settecento di raggio europeo; la natura delle ricerche di questi due filosofi del diritto, di attenta sensibilità storica, ricerche che appartengono essenzialmente a una storia della cultura piuttosto che alla storia del diritto positivo, può anche spiegare la « scarsa attenzione dedicata alla dogmatica dei codici di diritto privato, la cui rilevanza per la storia delle ideologie (dalle teorie generali del diritto sino alle scelte politico-legislative) è ben chiara a tutti » ([9]).

Gli anni settanta, alla cui produzione è dedicato questo nostro ragguaglio, vedono scendere in campo in prima persona gli storici del diritto, nel decennio precedente prevalentemente impegnati sui dialoghi politici e giuridici del Settecento, riprendendo il lavoro al punto in cui lo aveva lasciato trenta anni fa Melchiorre Roberti con i suoi studi su *Milano capitale napoleonica* e sui tentativi italiani di codificazione ([10]). Sul limitare del decennio va però ancora collocata, come bilancio del passato e come ripromissione per l'avvenire, la relazione « La storio-

---

([8]) Giovanni TARELLO, *Le ideologie delle codificazione. Dal particolarismo giuridico alla codificazione napoleonica*, Genova, 1969 (dispense); ID., *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, I, Genova, 1970-71 (la prima edizione di questo corso è del 1968. Un'altra ristampa, annunciata per l'estate 1973 si spingerà, fino ai progetti di codice immediatamente anteriori al *Code Civil*); ID., « La ' scuola dell'esegesi ' e la sua diffusione in Italia », in *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, Milano, 1969, pp. 242-276.

([9]) Così la recensione di Giuliana D'AMELIO al corso cit. del Tarello, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, XXI (1972), pp. 1149-1151, la cui critica sembra procedere per altro da una particolarissima accezione del concetto di ideologia, fino ad includervi — al limite — l'intero complesso del diritto materiale.

([10]) Cfr. anzitutto: *Milano capitale napoleonica. La formazione di uno Stato moderno 1796-1814*, I-III, Milano, 1946-47 e « I tentativi per una codificazione italiana nel periodo napoleonico » (1796-1810) in *Jus*, III (1943), pp. 197-212.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

grafia giuridica italiana sull'età napoleonica » di un altro filosofo del diritto, Vittorio Frosini, apparsa dapprima (1970) nella *Rivista italiana di studi napoleonici*, e raccolta poi in volume [11] insieme con altri contributi, da « Napoleone legislatore » a quelli dedicati alla singolare avventura dell'ex-prete Giovanni Gambini, da cattedratico di diritto romano nell'ateneo catanese a capo di gabinetto del Gran Giudice del Regno d'Italia, incaricato della traduzione e adattamento del *Code Napoléon* e di ciò ricompensato con la nomina a giudice di corte d'appello [12]: vicenda che ci riconduce al tema delle nuove basi di reclutamento del ceto dei giuristi in età napoleonica, e a quello strumento centrale che fu al riguardo il romagnosiano *Giornale di giurisprudenza universale*, la prima rivista giuridica italiana [13].

La rassegna di Frosini concludeva esprimendo « la fondata speranza che gli studiosi di storia del diritto italiano indirizzino le loro ricerche verso l'età moderna, e in particolare verso quel periodo davvero cruciale. La nuova generazione, per lo meno, sembra ormai decisamente orientata in questo senso, ed è perciò con tale auspicio per l'avvenire che ci attendiamo negli anni venturi una fresca messe di studi sulla formazione del patrimonio giuridico italiano, di cui siamo tuttora gli eredi e beneficiari » [14]. A quell'epoca, erano già apparse le ricerche biografiche di Luigi Berlinguer sul giurista D. A. Azuni, a Nizza, a Parigi e nella Milano napoleonica, nonché sulla fortuna del suo *Dizionario* oltre atlantico, nella formazione di una dottrina commercialistica e marittimistica nella Repubblica stellata [15]. Ma è del 1970 la sua pubblicazione [16] delle inedite *Osservazioni* dell'Azuni sui progetti di codice di commercio del Regno italico del 1807-1808, corredata di un'ampia introduzione che entra nel merito sostanziale dell'elabora-

---

[11] *Intellettuali e politici del Risorgimento*, Catania, 1971: la rassegna riproduce il testo di una relazione svolta al terzo congresso di studi napoleonici (Isola d'Elba, maggio 1969). Gli atti dei due precedenti congressi del 1962 e 1965 sono riuniti nel volume *Studi napoleonici*, Firenze, 1969.

[12] FROSINI, *op. cit.*, pp. 29-42, 71, 99-108: ed ivi indicazioni bibliografiche sugli studi dedicati a G. Gambini dal Castiglioni, dal Di Carlo e dal Galante Garrone.

[13] Milano, 1811-1814.

[14] FROSINI, *op. cit.*, pp. 67-68.

[15] *D. A. Azuni giurista e politico (1749-1827). Un contributo bio-bibliografico*, Milano, 1966, ricerca fondata su una esplorazione archivistica a largo raggio e che sta ad indicare la potenziale fertilità di risultati di indagini orientate in direzione dei giuristi che dalle regioni italiane annesse furono chiamati a far parte della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato imperiali. Cfr. già, a suo tempo, nei saggi laterziani, quello di Meuccio RUINI su Luigi Corvetto. Ma ancora del BERLINGUER cfr. *D. A. Azuni e gli Stati Uniti d'America*, estr. dagli « Studi Senesi », III, vol. XIII (1964).

[16] *Sui progetti di codice di commercio del Regno d'Italia (1807-1808). Considerazioni su un inedito di D. A. Azuni*, Milano, 1970; l'introduzione al testo delle *Osservazioni* alle pp. 7-84; ma cfr. già gli accenni al contributo dell'*Azuni* all'opera di codificazione commerciale (soprattutto per la parte marittimistica e i libri mercantili) Francese ed Italiano in BERLINGUER, *D. A. Azuni giurista e politico*, cit., pp. 184-187 e 219-228.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione dei codici commerciali a Parigi e a Milano, facendo oggetto di confronto la sistematica generale ed alcuni contenuti normativi dei progetti Gourneau, e Baldasseroni, dei rilievi dell'Azuni e del *Code de commerce*, nel quadro di una corretta considerazione dei tentativi di una autonoma codificazione italiana (tutti gettati nel nulla dalla parola imperiosa di Napoleone, salvandosi solo il codice di procedura penale grazie alla sua ostilità all'istituto della giuria), come un « intenso e rilevante momento nella storia del pensiero giuridico italiano » (17). La consulenza fornita dal giurista nizzardo, richiesto di un parere insieme con il Renazzi ed il Nani dal guardasigilli Luosi, non giocava più le sue carte, come nell'analoga esperienza parigina, su un diritto marittimo « universale », comprensivo delle norme di diritto pubblico e privato destinate a disciplinare la materia, secondo una ispirazione che caratterizzerà nel Novecento il *Codice della navigazione* dello Scialoja: ma continuava a respingere la partizione del codice in tre libri dedicati alle persone, cioé ai commercianti, ai contratti e alle azioni commerciali per fondarne l'articolazione sulla distinzione fra commercio terrestre e commercio marittimo (18). Quanto ai contenuti normativi, lo studio delle *Osservazioni* e, in prospettiva, dell'intero ciclo del tentativo italiano, offre un grande interesse sia sotto il profilo dei dialoghi tecnico-giuridici dell'epoca, sia per quel che riflette della vita economica e commerciale italiana in età napoleonica. L'importazione coattiva del *Code di commerce*, tecnicamente arretrato che fosse, o anche inadatto in questa o quella sua parte della società italiana, obbediva alla logica politica imperiale del blocco continentale: ma, con una osservazione agevolmente estensibile anche alla vicenda della codificazione civile, Berlinguer sottolinea che, opportunamente al di là del procedimento autoritario « la penetrazione politico-ideologica fu ben più ampia, e si arricchì in particolare della larga diffusione che ebbe in quel periodo in Italia la letteratura giuridica francese: oltre ai *codes*, presso i librai si vendevano le loro interpretazioni, i commentari, le applicazioni pratiche, le spiegazioni elementari, i massimari, le *analyses raisonnées*, le *décisions des cours*, i periodici specializzati » (19). La recezione della

(17) Può valere qui l'avvertimento formulato a suo tempo dallo Scialoja e dallo Stolfi sulla continuità fra l'ancora ignorato pensiero giuridico delle scuole italiane dell'età della Restaurazione e delle riforme prequarantottesche e quello della seconda generazione post-risorgimentale: continuità da ricercare, come per un fiume sotterraneo, nel « pensiero legislativo » di una classe di giuristi che, se potè ancora dare qualche prova di sè nel decennio (si ricordi, anche ad es. per la visione di una originale sistematica dei codici civili, il grande *Commentario al Codice di procedura civile per gli Stati sardi*, di Pisanelli, Mancini e Scialoja, svolto in realtà nella chiave di una sorta di « diritto comune processuale » fra i codici di rito dei vari stati preunitari, anticipatore di una possibile fusione) ma venne poi assorbita a lungo dalle necessità di fondazione e organizzazione tecnica del nuovo Stato.

(18) Cfr. BERLINGUER, *Sui progetti*, pp. 13-17 e 70-74.

(19) *Ivi*, p. 80.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giurisprudenza francese, lungo l'intero corso dell'Ottocento italiano o quasi, non ebbe sicuramente minore importanza di quella dei codici di diritto privato. Culturalmente, è interessante che l'autonoma elaborazione legislativa e dottrinale italiana esprimesse con l'Azuni una più netta tendenza alla cosiddetta oggettivizzazione del diritto commerciale, sulla linea storica del trapasso dal diritto dei commercianti a un diritto oggettivo degli atti di commercio, che a sua volta prelude alla fusione dei due corpi normativi in un unico codice di diritto privato, linea suggestivamente indicata da noi dall'Ascarelli ([20]); come interessante (ma in parte contraddittoria con la accennata commistione di norme privatistiche e pubblicistiche) è la delineazione di un autonomo diritto del mare, come aspetto di una tendenziale uniformità internazionale del diritto dei traffici contrapposto allora e poi al « nazionalismo » del *Code de commerce* e da alcuni alla stessa statualizzazione delle fonti del diritto commerciale. Tutti i limiti indicati, non valgono peraltro a infirmare il significato europeo della recezione di quel codice, conservato o imitato da vicino negli Stati italiani preunitari e sostanzialmente, attraverso la mediazione del Codice di commercio albertino del 1842, anche in quello nazionale del 1865, che si limiterà ad inserirvi, derivandoli dalle « leggi di eccezione per gli affari di commercio » del *Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, cinque magri articoli sugli ordini in derrate.

Il Codice Napoleone era stato bruciato in piazza a Palermo per mano del boia, e il Parlamento siciliano del 1813 aveva posto mano ad un codice civile isolano, sull'elaborazione del quale si hanno vaghe notizie ([21]): ma uno studio di R. Feola ha posto ora in luce la visione e l'opera del Tommasi, ministro della giustizia dopo la Restaurazione dei Borboni sul trono di Napoli, ma già verso la fine dell'esilio siciliano della dinastia consigliere di una conservazione di quel codice, sotto il nome di Codice civile napoletano e con riserva di quelle modificazioni che si credessero « più uniformi ai precetti della religione cattolica e più adattate alle nuove circostanze politiche » ([22]). Questa posizione risultò nell'insieme vittoriosa su quella reazionaria del Principe di Canosa che tuonava contro « i codici moderni, che l'abbominio della giurisprudenza », come prova l'elaborazione del codice per le due Sicilie del 1819 della quale (e delle successive vicende fino alla rivolu-

---

([20]) Cfr. Tullio ASCARELLI « Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione », in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, LIX-LX (1952-1953), pp. 36 ss., ora in ID., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, pp. 16 ss. nonchè ID., *Lezioni di diritto commerciale*, I°, Milano, 1955.

([21]) Cfr. Luigi GENUARDI « Il parlamento siciliano del 1812 e la formazione dei codici di leggi per la Sicilia » ne *Il circolo giuridico*, XLVI (1915), pp. 3 ss.

([22]) Raffaele FEOLA « Donato Tommasi fra illuminismo e restaurazione. Aspetti e problemi della riforma della legislazione nelle Due Sicilie » in *Archivio storico per le province napoletane*, III, vol. X (1971), pp. 5-110, cfr. il passo cit. a p. 60.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione del 1848 il Feola ha preannunciato uno studio organico. Questo codice sarà, fra quelli preunitari, il più vicino al tipo francese: se non si tiene conto, naturalmente, della conservazione del Codice Napoleone nel piccolo principato di Lucca avvenuta (con modifiche nei punti scottanti) per decisione del senato lucchese e poi di Maria Luisa, e poi mantenuta (con nuove modifiche) da Leopoldo II nell'annessione al granducato di Toscana, sicché questo territorio sarà il solo a rappresentare una continuità napoleonica in senso anche formale all'atto dell'unificazione italiana.

Di grande momento per la storia dei tentativi italiani di codificazione in età napoleonica è la pubblicazione dei due successivi progetti di codice civile elaborati per direttiva del ministro di giustizia della Repubblica Italiana, Spannocchi nel quadro di una più larga unificazione, inclusiva anche del codice criminale e dei codici processuali. P. G. Peruzzi, al quale ne va il merito, ha dedicato ampie e pazienti indagini archivistiche non solo ai testi-chiave di tale vicenda legislativa, ma anche alla formazione ed alle biografie dei più importanti fra gli uomini di legge che vi ebbero parte, a cominciare dallo Spannocchi e dal De Simoni (già difensore del bartolismo e della vecchia *interpretatio* del diritto comune, contro le « utopie » della codificazione), per venire ai Ristori e ai Signorini, contribuendo per questa parte a quella necessaria identificazione del nuovo ceto giuridico napoleonico e del suo reclutamento, cui si è accennato ([23]). L'ampia introduzione si mantiene entro i confini di una « storia esterna » dei progetti, rinviando ad un successivo studio organico l'analisi della loro sistematica e dei contenuti normativi, limitandosi a sottolineare come si tratti di un accoglimento « con giudizio » dei principi civilistici di derivazione rivoluzionaria, il cui significato è quello di un'iniziativa che « prepara la strada all'applicazione del codice francese in Italia » ([24]). La lettura diretta e il confronto dei due progetti sembrano in realtà promettere molto di più, sia in termini di impostazione concettuale, sia per la chiave di comprensione della struttura sociale del Regno italico che indirettamente essi ci offrono. Sotto il primo profilo, a parte la diversa sistematica rispetto a quella del *Code civil* (proprietà, contratti e obbligazioni sono qui riuniti nel secondo libro, mentre il terzo, che nel modello si intitola ai « modo di acquisto della proprietà » è dedicato invece alle successioni, donazioni e doti, ed al possesso e pre-

([23]) Piergiorgio PERUZZI, *Progetto e vicende di un codice civile della Repubblica italiana (1802-1805)*, Milano, 1971: i discorsi preliminari e i due testi a fronte del progetto occupano le pp. 249-643. Nell'introduzione l'A. ha rifuso con modificazioni ed ampliamenti dettate da nuove ricerche il suo contributo su « Il ministro di giustizia Gran Giudice nazionale Giovanni Bonaventura Spannocchi (1802-1805) », già apparso nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, s. III, vol. XII (1968), pp. 227-271.

([24]) PERUZZI, *Progetto e vicende*, pp. 6-8: sulle ricerche specifiche del progetto, cfr. le pp. 219-253.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scrizione, con un titolo finale sulle « regole di ragione interpretative »: *De regulis juris*), basti qui citare la concezione della proprietà: « Il dominio particolare e parziale de' cittadini sopra le cose ha il suo fondamento nelle leggi dello stato sociale, e quindi deve essere subordinato necessariamente alle leggi della civile Repubblica e all'economia politica di quell'eminente dominio di cui (*sic*) dallo spirito sociale deve essere rivestita la Repubblica a cui i cittadini appartengono » ([25]). Par di leggere Romagnosi. Sotto il secondo profilo, a parte la singolare inclusione nel testo delle società « segrete » o anonime, si vedano ad es. le norme sulle « divisioni dei rustici », o sulla posizione della donna nella famiglia: o l'ancor più caratteristica vicenda per la quale nel passaggio dal primo al secondo progetto i « maestri e istitutori delle scienze e delle arti » sono assoggettati per i loro crediti di lavoro alla prescrizione quinquennale, venendo così assimilati ai medici e agli avvocati anziché, come prima « ai domestici e serventi familiari, ed altri di questa sfera » ([26]).

Nel licenziare queste note, abbiamo potuto consultare in bozze la relazione di Guido Astuti « Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successivi », che appare negli atti di un convegno di studi napoleonici indetto dall'Accademia dei Lincei, e logicamente si completa con l'altra sulla « Codificazione del diritto privato » svolta al congresso internazionale della *Società italiana di storia del diritto* qui ricordato all'inizio ([27]). Si tratta di una analisi a larghissimo raggio, che entra minutamente nel merito normativo dei codici preunitari ed istituisce uno specifico raffronto sistematico e di contenuti fra il *Code civil* ed il codice nazionale italiano del 1865. Un così approfondito esame, che sia pure schematicamente per la prima volta viene tentato in sede storica, è posto a sostegno di una linea interpretativa assai caratterizzata, secondo la quale « non soltanto il sistema generale del codice civile rimase sostanzialmente conforme a quello elaborato dalla Pandettistica del secolo XVIII, ma interi titoli di esso poterono conservare, per molti istituti, la disciplina propria del diritto romano comune, senza rilevanti modificazioni » ([28]). Non tutto e non solo vino vecchio negli otri nuovi, come l'Astuti riconosce: ma sicuramente, nel complesso, vittoria di Pothier, e più ancora del diritto comune romanistico che di un sopravvalutato *droit commun de la France*, sui fermenti e le ambizioni del giusnaturalismo: ciò che spiega la facile acclimatazione del codice, per questa parte, in Italia. Discorso grosso: e sul quale è da prevedere che nei prossimi anni non mancheranno le discussioni.

([25]) Libro II, Titolo I, § 1 (« Del dominio delle cose e come si acquista »), in PERUZZI, *Progetto e vicende*, p. 369: testo senza variazioni nei due progetti.
([26]) *Ivi*, pp. 495; 453, 548, 605; 633 per l'articolo cit. (e cfr. pp. 419 e 539).
([27]) *Atti*, pp. 175-237.
([28]) *Ivi*, p. 189.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dalla parte dei civilisti, infine (che, a parte contributi più remoti, negli ultimi anni si sono a più riprese curvati sulla vicenda storica della codificazione: con Santoro Passarelli e con Nicolò, come si è qui ricordato, ma anche con Rodotà o con Giorgianni) assistiamo in questi anni ad un ritorno di quel tipo di introduzione al diritto privato — alla Nicola Stolfi, per intenderci — che include una ricognizione storica delle basi del sistema vigente, e dunque anzitutto della codificazione. Anzi della codificazione « borghese », come insiste il recentissimo manuale laterziano del Lipari, opera collettiva di una *équipe* di insegnanti che opera in un grande ateneo meridionale ([29]). Ma anche a questo riguardo si apre un discorso di vasta portata, che anzi venne aperto a suo tempo da Pellegrino Rossi con le sue *Observations sur le Code civil comparé avec l'état présent de la société* (1837), ma che oggi è possibile riprendere sulla base, ad esempio, della discussione critica di un Cobban. Se il *Code civil* fu un codice « borghese » lo fu nel senso della borghesia rurale, della proprietà contadina e delle esigenze degli *officiers*: borghesia anch'essi, certo, ma anteriore di assai al decollo industriale della Francia, e sotto molti aspetti più che diffidente nei confronti della stessa borghesia commerciale. Napoleone rifletteva bene questo mondo, con la sua legge fallimentare poi trasfusa nel *Code de commerce*: un mondo, sottolinea Cobban, che sotto alcuni aspetti riuscì a fare della Rivoluzione poco meno che una « controrivoluzione » industriale. Qui il discorso si ricollegherebbe a quello sul *parfum de jansénisme* che un Arnaud come uno Charbonnier ritrovano nel codice: e non può essere sviluppato qui.

PAOLO UNGARI

([29]) Nicola LIPARI « La codificazione civile », in ID., *Diritto privato*, Bari, 1973, pp. 3-59.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Strumenti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ANDRÉ-JEAN ARNAUD

ÉLÉMENTS DE BIBLIOGRAPHIE EN LANGUE FRANÇAISE, SUR L'HISTOIRE DE LA PENSÉE JURIDIQUE MODERNE

1re mise à jour: automne 1972.

Les divisions seront les mêmes que celles de l'an passé:

I. *Dictionnaires, Encyclopédies, Bibliographies.*

II. *Manuels.*

III. *Etudes générales.*

IV. *Etudes spéciales.*

a) sur la relation de quelques notions philosophiques au Droit
b) sur quelques institutions du Droit privé
c) étude des 'mentalités'
d) influence de quelques penseurs sur le Droit

V. *Méthodologie.*

On trouvera ci-dessous la référence des principaux travaux parus entre l'automne 1971 et l'automne 1972, ainsi qu'un certain nombre d'oeuvres qui n'avaient pas été mentionnées dans la précédente livraison.

I.

L'*Encyclopaedia Universalis* s'est augmentée de quatre nouveaux volumes (de 'Migrations' à 'Smith'). Parmi les *Dictionnaires du Savoir moderne* récemment publiés, on notera « L'anthropologie », « Les religions », « L'Histoire » (2 vol.), « La communication ».

II.

La Nouvelle Histoire de la France contemporaine, Paris (Le Seuil), coll. Points-Histoire, t. I: *La chute de la monarchie 1787-1792*, par

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

M. VOVELLE (1971), t. II: *La République jacobine 1792-an II*, par M. BOULOISEAU (1972), t. III: *La République bourgeoise, de Thermidor à Brumaire, 1794-1799*, par D. WORONOFF (1972). Plus près de nous, l'histoire récente: P. SORLIN, *La société française*, II - *1914-1968*, Paris (Arthaud), coll. Sociétés contemporaines, 1972.

On pourra consulter également avec profit le manuel de *Sociologie juridique* de J. CARBONNIER, Paris (A. Colin), 1972, ainsi que, pour une comparaison de systèmes juridiques: TSIEN Tche-hao, *La République populaire de Chine, Droit constitutionnel et institutions*, Paris (L.G.D.J.), 1970; le même auteur a fait paraître dans la nouvelle coll. de poche de la L.G.D.J.: *L'Enseignement Supérieur et la Recherche Scientifique en Chine Populaire* (1972).

III.

1) Capitalisme.

J. BAECHLER, *Les origines du capitalisme*, Paris (Gallimard, 'Idées'), 1971; St. EHRLICH, *Le pouvoir et les groupes de pression. Étude de la structure du capitalisme*, Paris-La Haye (Mouton), 1971.

2) Lumières.

B. KOPECZY, *La France et la Hongrie au début du XVIII^e s. Étude d'histoire des relations diplomatiques et d'histoire des idées*, Budapest, 1971; P. CHAUNU, *La civilisation de l'Europe des Lumières*, Paris (Arthaud), 1971; M. DUCHET, *Anthropologie et histoire au siècle des Lumières*, Paris (Maspéro), 1971; G. GUSDORF, *Dieu, la nature, l'homme au siècle des Lumières*, Paris (Payot), 1972; F. VENTURI, *Europe des Lumières. Recherches sur le XVIII^e siècle*, Paris-La Haye (Mouton), 1971.

3) 1789.

A. GÉRARD, *La Révolution française, mythes et interprétations, 1789-1970*, Paris (Flammarion), 1970; G. LEMARCHAND, « Idéologie et Société dans la France de 1789 », dans *La Pensée*, n° 161 (fév. 1972); A. SOBOUL, *La Civilisation et la Révolution française*, I: *La Crise de l'Ancien Régime*, Paris (Arthaud), 1970; ID., *Précis d'histoire de la Révolution française*, Éd. Soc., nvelle éd., 1972; SOBOUL a donné, enfin, une édition revue et annotée de l'*Histoire socialiste de la Révolution française* de J. JAURÈS, dont le 6^e et dernier tome est sorti, en 1972, des presses des Éd. Soc. à Paris; H. MARTIN, *Recherches sur l'idéologie égalitariste à l'époque de la Révolution: l'abbé Doliviers, curé de Marchamps* (Mém. Ét. Sup., Sorbonne, 1968, dactyl.); J. Cl. HUSSON, *La notion de laïcité dans les procès-verbaux du Comité d'Instruction publique de la Convention* (Mémoire, Nancy-Reims, Lettres/Histoire, 1968, dactyl.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4) Idéologies.

Outre les études précitées de LEMARCHAND et MARTIN, voir: J. BAECHLER, « De l'idéologie », dans *Annales E.S.C.*, 3/1972, pp. 641-664; R. BASTIDE, *Anthropologie appliquée*, Paris (Payot), 1972; Y. BUIN, *L'oeuvre européenne de Reich*, Paris (Éd. Universitaires), 1972; M. PRÉLOT et F. GALLOUEDEC-GENUYS (textes choisis et présentés par), *Le libéralisme catholique*, Paris (A. Colin), 1969.

5) Fondements philosophiques du Droit.

J. L. GARDIÈS, *Essais sur les fondements a priori de la rationalité morale et juridique*, Paris (L.G.D.J.), 1972.

IV. a)

— *utopie*: D. DESANTI, *Les socialistes de l'Utopie*, Paris (Payot), 1970.

IV. b)

— *mariage*: A. DUFOUR, *Le mariage dans l'École allemande du Droit naturel moderne au XVIII*e *siècle. Les sources philosophiques, de la Scolastique aux Lumières. La doctrine*, Paris (L.G.D.J.), 1972.

— *divorce*: M. LANOUE, *La loi du divorce de 1884 et l'opinion française* (Mém. Sorbonne, dactyl., 1968).

— *famille*: D. COOPER, *Mort de la famille* (on citera exceptionnellement des traductions, dans cette bibliographie), Paris (Seuil), 1972; R. D. LAING, *La politique de la famille* (trad.), Paris (Stock), 1972; R. LAING et A. ESTERSON, *L'équilibre mental, la folie et la famille* (trad.), Paris (Maspéro), 1971. Ces travaux permettront au juriste d'aborder le problème de la famille d'un point de vue sensiblement différent de ce à quoi il avait été habitué par les auteurs traditionnels comme R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, nvelle éd., Paris, 1963.

— *autorité paternelle*: G. MAUCO, *La paternité*, Paris (Éd. Univers.), 1971.

IV. c)

P. BARBERIS, *Balzac et le mal du siècle, Contribution à une physiologie du monde moderne.* I - *1799-1829*; II - *1830-1833*, Paris (Gallimard), 2 vol., 1970; L. POLIAKOV, *Le mythe aryen. Essai sur les sources du racisme et des nationalismes*, Paris (Calmann-Lévy), 1971; P. GUIRAL et E. TÉMINE, *La société française (1914-1970) à travers la littérature*, Paris (A. Colin), 1972.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

IV. d)

— BARNAVE: B. GROSPERRIN, « L'image historique du peuple dans la pensée de Barnave », dans *Cahiers d'Histoire*, 1969, nº 2.

— Aug. COMTE: COMTE, *La science sociale*, présent. et introd. par A. KREMER-MARIETTI, Paris (Gallimard), 1972.

— FOURIER: FOURIER, *L'ordre subversif: trois textes sur la civilisation*. Préf. de R. SCHERER; postface de J. GORET, Paris (Aubier-Montaigne), 1972.

— HEGEL: J. M. VINCENT, « De Hegel à Parsons », dans *L'homme et la Société*, nº 21 (jan.-mars 1971).

— d'HOLBACH: Thiry d'HOLBACH, *Le bon sens... ou les idées naturelles opposées aux idées surnaturelles*, Paris, Éd. rationalistes, 1971.

— HURAULT: M. YARDENI, « La pensée politique et sociale de Michel Hurault », dans *R.H.E.S.*, 1968, nº 3.

— LEIBNIZ: M. SERRES, *Hermès: la Communication*, Paris (Éd. de Minuit), 1969; ID., *Hermès II: l'Interférence*, Paris (Minuit), 1972.

— MACHIAVEL: R. G. SCHWARTZENBERG, *Le Prince de Machiavel*, Paris (Seghers), 1972. On se souvient que G. MOUNIN avait brossé un portrait assez neuf de Machiavel dans son livre paru au Club Français du Livre (« Portraits de l'Histoire », nº 13).

— MICHELET: MICHELET, *Oeuvres complètes*, t. I: *1798-1827*, Paris (Flammarion), 1971. L'édition est entreprise par P. VIALLANEIX, et comportera 20 vol., à raison de 2 par an; P. VIALLANEIX, *La Voie royale. Essai sur l'idée de Peuple dans l'oeuvre de Michelet*, nvelle éd., Paris (Flammarion), 1971.

— J. J. ROUSSEAU: ROUSSEAU, *Oeuvres philosophiques et politiques*, t. II: *1755-1762*; t. III: *1762-1772*; préf. par J. FABRE; présentation et notes de M. LAUNAY, Paris (Seuil), 1971; M. GOT, « Etat de nature, raison, progrès selon le ' Discours de l'inégalité ' et ' La Profession de foi du Vicaire... ' », dans *Revue de Synthèse*, 1969, nº 53-54; voir aussi sous SPINOZA.

— SADE: *Système de l'agression. Choix de textes philosophiques* présentés par N. CHATELET, Paris (Aubier-Montaigne), 1972.

— SAINT-JUST: M. DOMMANGET, *Saint-Just*, Paris, 1971.

— M. SANGNIER: P. RAMOND, *Les caractères de la pensée politique de Marc Sangnier* (Mém. Maîtrise Lettres, Aix-en-Provence, Histoire contemporaine, 1968, dactyl.).

— SPINOZA: S. ZAC, « Rapports de la religion et de la politique chez Spinoza et Rousseau », dans *Rev. d'Hist. et de Philo. Religieuses*, 1970, nº 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— VEBLEN: G. FRIEDMANN, « Veblen: un précurseur », dans *Annales E.S.C.*, 5/1971, pp. 977-981; R. ARON, « Avez-vous lu Veblen? », dans VEBLEN, *Théorie de la classe de loisir*, Paris (Gallimard), 1970.

— VICO: V. E. ALFIÉRI, « La philosophie d'un solitaire: J. B. Vico », dans *Critica Storica*, sept. 1968.

V.

M. BARBUT et Cl. FOURGEAUD, *Éléments d'analyse mathématique des chroniques*, Paris (Hachette), 1971; G. BALANDIER, *Sens et puissance*, Paris (P.U.F.), 1971; J. D'HONDT, « L'histoire récurrente », dans *Diogène*, nº 75, juil.-sept. 1971, pp. 26-59.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Indice

pag.

PAOLO GROSSI, *Pagina introduttiva* 1

MODELLI E DIMENSIONI

JACQUES ELLUL, *Réflexions sur la spécificité du droit* 7

CESARE VASOLI, *Enciclopedismo, pansofia e riforma « metodica » del diritto nella « Nova Methodus » di Leibniz* 37

JEAN MAILLET, *Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste* 111

ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *La paix bourgeoise* 147

LA DIMENSIONE GIURIDICA
(lungo l'itinerario della moderna giuspubblicistica)

MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* 179

FRANCESCO DE SANCTIS, *Lorenz von Stein. Un « Realist im idealistischen Mantel »?* 275

MARIO NIGRO, *Il « segreto » di Gerber* 293

MARIO GALIZIA, *Il « positivisme juridique » di Raymond Carré de Malberg* 335

COSTANTINO MORTATI, *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt* 511

FIGURE DELL'ESPERIENZA

GIORGIA ALESSI PALAZZOLO, *Furto e pena: aspetti del dibattito nel tardo diritto comune* 535

MARIO SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento* 607

MARIO PISANI, *Quattro circolari sulla pubblicità del dibattimento* 703

LETTURE

A. B. BOZEMAN, *The future of law in a multicultural world* (S. Cassese) . . 719

D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato* (A. Di Majo) 722

G. FASSÒ, *Vico e Grozio* (A. Giuliani) 731

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pag.

E. FUCHS, *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, vol. I (L. Lombardi Vallauri) 734

F. GALGANO, *Le società di persone, società in genere, società semplice, società in nome collettivo, società in accomandita semplice* (U. Santarelli . . . 742

A. MALINVERNI, *Lineamenti di storia del processo penale* (A. Crespi) . . . 753

J. MANZ, *Emer de Vattel. Versuch einer Würdigung* (A. Truyol Serra) . . 756

Materiali per una storia della cultura giuridica, vol. II (M. Sbriccoli) . . 763

R. SCHEUERMANN, *Einflüsse der historischen Rechtsschule auf die oberstrichterliche gemeinrechtliche Zivilrechtspraxis bis zum Jahre 1861* (G. Otte) 769

D. SCHWAB, *Die « Selbstverwaltungsidee » des Freiherrn vom Stein und ihre geistigen Grundlagen* (P. Costa) 773

F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berucksichtigung der deutschen Entwicklung* (U. Santarelli) 775

Saggi recenti in tema di Codificazioni - Ragguaglio (P. Ungari) 778

STRUMENTI

ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *Éléments de bibliographie en langue française, sur l'histoire de la pensée juridique moderne (1re mise à jour: automne 1972)* 791

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I collaboratori del secondo « Quaderno »

Jacques ELLUL
Professeur d'Histoire des Institutions et des Faits sociaux - Université de Bordeaux

Cesare VASOLI
Prof. Ordinario di Filosofia morale - Università di Firenze

Jean MAILLET
Professeur d'Histoire économique et sociale - Université de Grenoble

André-Jean ARNAUD
Chercheur au C.N.R.S. - Centre de Philosophie juridique, Paris-Panthéon

Massimo Severo GIANNINI
Prof. Ordinario di Diritto amministrativo - Università di Roma

Francesco DE SANCTIS
Prof. Incaricato di Dottrina dello Stato - Università di Teramo

Mario NIGRO
Prof. Ordinario di Diritto amministrativo - Università di Firenze

Mario GALIZIA
Prof. Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico - Università di Firenze

Costantino MORTATI
V. Presidente emerito della Corte Costituzionale italiana, Prof. emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato - Università di Roma

Giorgia ALESSI PALAZZOLO
Ass. Ordinario di Storia del Diritto italiano - Università di Catania

Mario SBRICCOLI
Prof. Incaricato di Diritto comune - Università di Macerata

Mario PISANI
Prof. Ordinario di Procedura penale - Università di Pavia

Sabino CASSESE
Prof. Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico - Università di Urbino

Adolfo DI MAJO
Prof. Ordinario di Diritto civile - Università di Macerata

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Alessandro GIULIANI

Prof. Ordinario di Filosofia del Diritto - Università di Perugia

Luigi LOMBARDI VALLAURI

Prof. Ordinario di Filosofia del Diritto - Università di Firenze

Umberto SANTARELLI

Prof. Ordinario di Storia del Diritto italiano - Università di Macerata

Alberto CRESPI

Prof. Ordinario di Diritto Penale - Università cattolica di Milano

Antonio TRUYOL SERRA

Catedràtico de Derecho internacional pùblico - Universidad complutense de Madrid

Gerhard OTTE

Ord. Professor für deutsche Rechtsgeschichte und bürgerliches Recht - Universität Bielefeld

Pietro COSTA

Prof. Incaricato di Storia delle dottrine politiche - Università di Macerata

Paolo UNGARI

Prof. Incaricato di Storia del Diritto italiano - Università di Roma

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano