QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

10

(1981)

giuffrè editore milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI

(1981) Tipografia MORI & C. S.p.A. - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

PAGINA INTRODUTTIVA

Il decimo Quaderno ha ormai una forma compiuta, ed è tempo di scrivere il consueto breve rigo di viatico iniziale; un Quaderno come gli altri, ma che ha il privilegio di segnare una scansione temporale di qualche rilievo, che forse non va passata sotto silenzio.

Se infatti lo storico sa bene che dieci anni sono un esiguo granello di tempo, il redattore sa invece che nella vita di un foglio culturale il decennio, e soprattutto il primo decennio, è un lungo spazio da percorrere irto di rischi e di ostacoli.

In dieci anni i dottori e i pratici del vecchio diritto comune identificavano il *longum tempus*, ossia un decorso greve di conseguenze giuridiche, che consentiva alle situazioni di acquisire stabilità, di metter radici durevoli e profonde. Sorge spontanea la insidiosa domanda se gli anni accumulati alle nostre spalle abbiano davvero realizzato per noi un *longum tempus* nella accezione degli antichi maestri, e altrettanto spontanea si affaccia una pronta risposta: che sia oggi possibile constatare la profonda radicazione dei nostri Quaderni, il loro naturale inserimento nella cultura storico-giuridica europea — e forse non soltanto europea — è un fatto coglibile in tutta la sua oggettività.

I varii volumi si sono succeduti con le cadenze previste senza artificiose forzature; si è costantemente e senza fatica mantenuto l'impegno primitivo di ospitare apporti originali e culturalmente validi nel pieno rispetto delle varie scelte ideologiche. E la lista dei collaboratori è stata sempre folta di autorevoli studiosi, in un largo panorama esorbitante di gran lunga le frontiere nazionali italiane sino a fare del nostro foglio — grazie anche al pluralismo linguistico puntigliosamente accolto e difeso malgrado i

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

grossi oneri che comporta — una Rivista a carattere squisitamente internazionale.

Ma un altro quesito incalza in questo momento di sguardi retrospettivi e di provvisorii bilanci: fino a che punto l'usura del tempo ha eroso o modificato il nostro modesto ma limpido programma diffuso tra amici e colleghi nell'estate del 1971?

Dieci anni fa lo storico del diritto medievale e moderno che muovesse da una insoddisfazione per la posizione e il ruolo della sua disciplina in relazione alle diverse discipline limitrofe, aveva di fronte a sé almeno due possibilità immediate di azione intellettuale: o di orientare il proprio apporto nel tentativo di contribuire a un rinnovato dialogo fra gli storici del diritto e coloro che più legittimamente potevan chiamarsi 'giuristi'; o di approfondire i legami tra storia giuridica e i molti rivoli confinanti delle varie angolazioni storiche e sociali. Poteva cioè identificare il bersaglio e aggiustare il tiro o al di qua o al di là dei bastioni altissimi della cittadella murata del diritto.

La nostra scelta fu allora netta e precisa. Si scelse di privilegiare l'azione all'interno del giuridico e si preferì — per espresse ragioni — muoversi prevalentemente a livello del 'pensiero', cioè della più alta rappresentazione simbolica dei dati giuridici. Appariva questo come un autentico terreno d'elezione: nel campo della 'scienza' infatti si marcava maggiormente la continuità tra presente e passato, l'insofferenza a confinazioni provinciali, e l'incontro con i 'giuristi' vi sarebbe stato più agevole per l'inevitabile compenetrarsi — che si sarebbe realizzato nel nostro discorso — tra le architetture tecniche e le loro fondazioni storiche, teoretiche, ideologiche. Senza contare che parlar di 'pensiero giuridico' era anche una scelta di metodo: significava prender le distanze da quel grossolano positivismo che ogni storico del diritto, forse inconsciamente ma gelosamente, poco o molto, nutre dentro di sé e che la ventata idealistica non ha mai valso ad incrinare; implicava fiducia nel secolare lavorio intellettuale degli *iurisprudentes*, spesso legulei e mestieranti, spesso servi ossequenti del potere costituito, ma spesso anche interpreti acuti dei segni dei tempi e partecipi primarii nella costruzione dei complessi edificii storici. Il rischio che il nostro universo giuridico galleggiasse nuvolescamente sui pinnacoli dei campanili era, d'altra

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parte, fugato dall'intendimento sempre perseguito di verificare idee e idealità nel contatto dissacrante col groviglio sotteso di fatti, istituzioni, ideologie. Anzi, il nostro osservatorio, a queste condizioni, si rivelava tale da permetterci più d'ogni altro la percezione della globalità dell'esperienza giuridica in tutta la ricchezza delle sue sfaccettature.

Fu una scelta che taluno avrà potuto giudicare passatista, talaltro carente di sensibilità culturale. Guardando a ritroso questi dieci anni, nei quali è scorso un tratto non irrilevante del divenire della riflessione epistemologica nelle scienze umane, quella scelta genera in noi compiacimento e ci appare lungimirante. Oggi, la ripeteremmo senza una esitazione; oggi, la riaffermiamo come nostro programma e progetto nel prossimo decennio per due fondamentali motivi.

Per riaffermare, su un piano di politica culturale, un campo d'azione ancora tutto o quasi da percorrere, appena toccato in quest'ultimo decennio dal lavoro nostro e di chi come noi ha avvertito una pari sensibilità; continuare nella ferma testimonianza che il sapere giuridico ha una intrinseca ineliminabile storicità e che il nostro posto è, prima di tutto, accanto al giurista a sensibilizzarlo, ad ammonirlo del rischio di considerare il diritto vigente *sub specie aeterni*, a far risaltare che la dimensione tecnica è soltanto una delle dimensioni del suo sapere e che il diritto è, in primo luogo, espressione fedele d'una civiltà che vive in tutta pienezza la sua storia.

Per riaffermare, poi, una identità dello storico del diritto, una sua collocazione non equivoca. In quest'anno di grazia 1981 i semplicismi grotteschi, che con inconsapevole saccenza aveva ostentato a Roma, nel 1963, Arnaldo Momigliano dal podio di un autorevole congresso storico-giuridico internazionale, mostrano la loro inadeguatezza culturale, mentre lo storico del diritto rivendica a sé una specificità che può discendergli soltanto dalla non-deformazione della sua natura, dalla non-dispersione del suo oggetto di ricerca, dalla definizione dei suoi appropriati e puntuali strumenti di conoscenza che analizzano, comprendono, filtrano l'indistinto sociale.

Solo che, dopo dieci anni di esperienza, il programma e il discorso dei Quaderni si possono e si debbono arricchire; né la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fedeltà a un felice progetto iniziale deve impedire di procedere oltre, di cominciare a lanciare sguardi non fuggevoli al di là degli spalti della cittadella, a tessere rapporti con chi lavora in terreni vicini. Coscienza dell'autonomia e fedeltà a una non abdicabile specificità non debbono significare chiusura, impermeabilità, contemplazione narcistica della propria purezza. Lo storico del diritto sa per primo che un simile atteggiamento è costato alla scienza giuridica di ieri una separazione rovinosa dalle grandi correnti portanti della circolazione culturale e che, se qualcosa bisogna deporre, è proprio la condizione psicologica di chi si sente perennemente assediato e si trova inevitabilmente condannato a uno stato inerte di difesa e di conservazione.

Nel decennio che abbiamo, a Dio piacendo, di fronte vorremmo soltanto rendere più complessa la nostra azione insistendo sì sulla linea metodica che ci è propria e congeniale ma prevedendo fin d'ora escursioni *extra moenia* in quelle zone di confine da cui si può registrare un'immagine diversa, forse impietosa ma provocante, del pianeta del diritto. Nel ' Quaderno ' dodicesimo, che coprirà l'anno 1983, sarà avviato un primo tentativo di siffatto colloquio: Alberto Febbrajo, cólto e sensibile sociologo del diritto, in grazia del ricco e complesso osservatorio che gli è professionalmente peculiare, affronterà il problema dei nessi culturali tra sociologia e storia del diritto stimolando e coordinando interventi di giuristi e soprattutto di sociologi. E sarà un primo esperimento, cui altri — in altre direzioni — dovranno seguire.

Queste le scelte metodiche che guideranno la prossima vita dei ' Quaderni '. A un più modesto livello organizzativo, un'altra sembra opportuna alla Redazione. Fino ad oggi un contrassegno del nostro foglio può identificarsi nella opzione per il volume a tema unitario, la quale si è fondata sull'esigenza di organici approfondimenti monografici evitando l'immagine deteriore di una Rivista che funge soltanto da serbatoio di materiali spesso troppo eterogenei.

A un esame spassionato, una siffatta opzione si è rivelata senza dubbio pròvvida, e senza dubbio va mantenuta. È parso tuttavia che l'applicazione rigida del criterio monografico abbia anche il risvolto negativo di privare la Rivista di tutta una messe di apporti che, giacché non canalizzati al tema unitario prescelto,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non possono essere accolti. Negli anni scorsi è infatti capitato di non poter dar corso, per questa sola ragione oggettiva, alla pubblicazione di saggi pregevoli; con un conseguente impoverimento del patrimonio ideale dei 'Quaderni'.

D'ora in avanti si vorrebbe seguire una strada mediana, alternando, di anno in anno, volumi eterogenei a volumi a contenuto monografico. Al 'Quaderno' 1980 dedicato a Savigny fa riscontro il presente 'Quaderno' 1981 che accoglie saggi a vario contenuto, ed è già in cantiere il 'Quaderno' 1982 interamente rivolto invece a tentar di chiarire il nodo della *persona moralis* all'interno d'una cultura giuridica, come quella moderna, dominata da un pesante individualismo. Ci auguriamo che questa concreta soluzione possa corrispondere alle complesse e contrastanti esigenze sopra segnalate e costituire una forma organizzativa scientificamente adeguata per la vita futura della Rivista.

Per il resto, i 'Quaderni' resteranno fedeli all'immagine, che il lettore ha, in dieci anni, collaudato e anche apprezzato, sì che il prossimo decennio si pone realmente (e ciò è nei nostri più schietti intendimenti) all'insegna di una sostanziale continuità.

Potrebbe esser questo il momento di tanti doverosi ringraziamenti nominativi a tutti coloro che ci hanno consentito di varare e portare innanzi la fatica redazionale: ai Redattori, ai Collaboratori scientifici, soprattutto agli Autori che ci hanno riserbato una fiducia così grande. Tali ringraziamenti sono impliciti, proprio perché non vogliamo che questa pagina dedicata al nostro comune lavoro, ai nostri bilanci, ai nostri progetti cada nella melica di un vieto cerimoniale.

Ma un grazie va qui scritto, e nominativo: alla Casa Editrice Giuffrè e, in particolare, al suo Consigliere Delegato Franco Rossi per la attenzione e la comprensione sempre dimostrateci; alla Tipografia Mori & C. e, in particolare, al suo Direttore Francesco Mariani, nei quali abbiamo sempre trovato non soltanto egregia competenza tecnica, ma altresì generosa disponibilità.

Un'espressione di gratitudine si impone infine per la Facoltà giuridica fiorentina, che non ha mai lesinato il suo aiuto alla nostra iniziativa.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Modelli e dimensioni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ANNA MARIA BATTISTA

IL PRIMO TOCQUEVILLE SULLA « DEMOCRAZIA POLITICA »

(in margine ad un saggio recente)

I. In un saggio apparso di recente su Tocqueville vedo riproposto un tema che sembra scontato, ma che invece è, a mio avviso, uno dei massimi nodi ancora irrisolti della *Democrazia in America*: quali siano i sentimenti reali nutriti dal suo autore verso la democrazia politica, verso un sistema ispirato cioè a un principio allora ritenuto allarmante: la sovranità del popolo (1). Si tratta di un saggio assai bello, in cui Francesco De Sanctis contempla un Tocqueville dialettico, attento ad analizzare il fenomeno sociale primario dei nostri tempi — l'evolvere dell'« égalité » — nelle sue diverse linee di sviluppo, sensibilissimo quindi ai fattori storico-ambientali che ne diversificano gli esiti. In questo quadro di ricerca, l'esperienza americana sarebbe per il giovane aristocratico la fase dell'incontro con una soluzione politica democratica, scaturita da una storia di libertà e di auto-governo. Secondo una traccia già fissata da De Caprariis, ma qui svolta con più ricca problematica, De Sanctis legge quindi la prima parte della *Democrazia in America* — quella dedicata alle leggi costituzionali e alla vita politica degli Stati Uniti — in una chiave sostanzialmente positiva, riscontrandovi il segno dell'acquisizione a cui giunge Tocqueville del « valore » del principio democratico colto nella sua capacità di imprimere uno sviluppo dinamico al progresso sociale. E a tale quadro egli oppone l'altra faccia della riflessione

(1) Francesco De Sanctis, *Le régime nouveau. Saggio su Tocqueville*, Napoli 1979.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tocquevilliana: la coscienza che il processo sociale egualitario ha in Europa un'altra origine e un'altra storia e che le sue linee di sviluppo lasciano intravedere non già l'affermarsi di una partecipazione politica vitale e diffusa, ma invece il fenomeno opposto: la crisi dei princìpi democratici in nome di una esigenza rischiosa e degradante di tutela e di sicurezza.

Posto in questi termini, ogni problema sembrerebbe essere pacificamente risolto, ogni contraddizione sanata. L'opzione tocquevilliana corrisponde — nel discorso di De Sanctis — alla scoperta del « valore » di un sistema fondato sull'autogoverno, della sua superiore « giustizia »: una scoperta che nasce sul piano empirico nel corso del suo viaggio in America, ma che poi trova la sua sistemazione teorica compiuta in quei capitoli della *Dem.* I, in cui vengono messi in luce gli effetti positivi derivati dall'estensione dei diritti politici a tutti i cittadini (crescita dello spirito pubblico, maggiore adesione collettiva al dettato della legge, progresso del dinamismo sociale). Garanzia di nuovo civismo, la democrazia politica — vien detto ancora — è anche e soprattutto agli occhi di Tocqueville garanzia di libertà, anzi « la sola forma in cui la libertà può esprimersi nel mondo moderno ».

Non me ne voglia De Sanctis di avere così schematizzato il suo discorso assai più ricco e problematico; ma mi conceda che il suo Tocqueville filo-democratico ha nelle grandi linee questi tratti. Perché discuterne? Perché esso sembra tracciato — mi si perdoni l'immodestia — con l'obiettivo rivolto, in termini di confronto dialettico, ad un Tocqueville tutto diverso — dominato dalla coscienza che la democrazia risponda ad una necessità e non già a un « valore » — che io avevo proposto in un saggio di alcuni anni fa (2). Era il mio — quello di allora — un discorso incompleto, che attendeva una occasione o forse uno stimolo a tornare sull'argomento, a riflettere ancora su quel momento della ricerca tocquevilliana — il più noto, il più apparentemente scontato — che si sviluppa nel primo tomo della *Democrazia in America* (3). Torniamo quindi a leggere — grazie all'intelligente pro-

---

(2) A. M. Battista, *Lo 'stato sociale democratico' nell'analisi di Tocqueville e nelle valutazioni dei contemporanei*, in *Il pensiero politico* 1973, pp. 336-395.

(3) Mi valgo dell'edizione delle opere tocquevilliane edita da Gallimard

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vocazione di De Sanctis — la vecchia *Dem.* I; vecchia perché risolta fin nei manuali quale « summa » della concezione liberal-democratica nella sua versione anglosassone, quasi « madre nobile » del pensiero politico moderno, che suscita universale rispetto, ma ormai scarso interesse.

Il piano sviluppato nell'opera è notissimo: Tocqueville dichiara di voler assumere come campo di ricerca le leggi istituzionali e i metodi di governo realizzati in una democrazia in atto — quella degli Stati Uniti d'America — al fine di analizzarne i vantaggi, le difficoltà, i rischi, e di poter così offrire elementi di riflessione alla scienza politica europea, ancora ferma ad un ottuso, aprioristico rifiuto di un sistema, che — volenti o nolenti — va ormai accettato come il solo rispondente all'evoluzione sociale in corso. Questo è il taglio di ricerca della prima opera politica tocquevilliana: nuovo, anzi realmente geniale nella sua impostazione, nella lucida volontà di analizzare un tema tanto scottante — amato, discusso, odiato — con l'ottica fredda, imparziale dell'analista politico. Ciò che discuto, quindi, non è la novità metodologica della *Dem.* I — essa è innegabile — ma invece la qualità dei risultati raggiunti, perché, a mio avviso, il primo Tocqueville dal suo studio « scientifico » della democrazia politica nella versione americana non riesce a trarre elementi utili ad una rifondazione teorica del sistema democratico, sì da andare oltre ai paradigmi concettuali tipici della cultura costituzionale europea; non riesce cioè fondare teoreticamente quella congiunzione tra democrazia e libertà, su cui si svolgeva allora in Francia, in tutta Europa, un dibattito sostanzialmente bloccato.

Il mio discorso si svilupperà secondo tre momenti argomentativi: *a*) analisi del processo logico che conduce Tocqueville ad accettare la democrazia politica, visto nei suoi nessi con il taglio di lettura da lui applicato alla storia del processo di trasformazione sociale in atto; *b*) analisi degli strumenti concettuali che egli adotta nel suo vaglio dei singoli istituti della democrazia americana, al fine di stabilire se e in che misura egli sia in possesso di schemi teorici diversi da quelli elaborati dalla cultura costituzionale

---

(= O.C.), ricorrendo a queste abbreviazioni per indicare il primo e il secondo tomo della *Démocratie en Amérique*: *Dem.* I e *Dem.* II.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

europea, ancora ferma ai termini di una netta antinomia tra democrazia e libertà; *c*) riflessione sul discorso svolto nella *Dem.* I sulla « tirannide della maggioranza » — il massimo scoglio concettuale a un incontro tra democrazia e liberalismo — messo a fuoco quale cartina di tornasole sugli effettivi risultati teorici cui è pervenuta un'opera, come quella tocquevilliana, ispirata all'esigenza di aprire infine un discorso positivo sulla sovranità popolare.

Ma una simile ricerca, proprio perché dedicata a un tema tanto abusato da non rispondere più ad una identità concettuale precisa, esige una premessa che ne definisca con rigore i termini fin nel loro aspetto lessicale. Va detto intanto che qui è in causa il giudizio di valore di Tocqueville sulla « democrazia politica », e non già sulla « libertà- partecipazione »: la confusione tra i due piani avviene sovente, dando origine a risultati spesso fuorvianti, perché altro è affermare il proprio diritto di intervento nella vita pubblica come l'aspetto più alto, più completo della vita umana, altro è sostenere che tale diritto non vada accordato soltanto alle « élites » del paese, ma anche alla massa di tutti i cittadini (4). Ora dire che Tocqueville è teorico della « libertà-partecipazione » significa affermare cosa ovvia; era questo un valore vissuto intensamente fin da secoli lontani dalla cultura aristocratica, poi, in tempi più recenti, dalla cultura borghese, come appannaggio esclusivo di ceto; ma ormai si trattava di prendere posizione nei confronti di uno sviluppo nuovo di questo principio, che ne trasformava totalmente la valenza politica; si trattava di accettare il suffragio universale, ed accettandolo, di veder così nascere un sistema di potere nuovo, che veniva identificato allora — con semplice radicalità — con l'avvento della sovranità *reale* del popolo. Perché ciò va detto: la nozione « democrazia politica » nel primo Ottocento non aveva ancora subìto l'usura delle tante smentite che verranno poi dalla storia, ma configurava una realtà politica dai contorni precisi: l'imporsi nello Stato del potere deci-

(4) Preciso che per libertà-partecipazione intendo l'accezione classica del concetto: il diritto di partecipare alla gestione della vita politica dello Stato. Per gli sviluppi assai più complessi di questa nozione, valutati alla luce dei risultati recenti della scienza politica, cfr. l'intelligente saggio di C. CIPOLLA, *Tocqueville: il teorico della partecipazione*, Bologna 1978.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sionale del « popolo », e cioè degli strati inferiori della popolazione, una massa in cui si ravvisava l'impreparazione, l'incultura tipica di una ' razza ' di uomini per secoli esclusa da ogni forma di partecipazione alla vita pubblica. Ciò spiega perché il principio democratico avesse allora una portata ben altrimenti incisiva di quel che non abbia oggi, in un'epoca come la nostra dominata da un diffuso scetticismo sulla consistenza reale della formula « popolo sovrano », e sul suo possibile avvento in un pur indeterminato futuro. Allora simili dubbi non esistevano, sicché alla nozione di « democrazia politica » corrispondevano reazioni e timori assai concreti, come concreta era l'immagine di questa nuova forza, pericolosamente pronta a sostituirsi alle « élites » nella direzione politica. E dubbi sul carattere reale della sovranità del popolo non ne nutriva neppure Tocqueville; anzi egli contempla negli Stati Uniti proprio la verifica di una simile ipotesi, fino a introdurre la sua analisi della società politica americana con questa descrizione emblematica: « de nos jours le principe de la souveraineté du peuple a pris aux Etats-Unis tous les développements pratiques que l'imagination puisse concevoir[...]. La société y agit par elle-même et sur elle-même. Il n'existe de puissance que dans son sein; on ne rencontre même presque personne qui ose concevoir et surtout exprimer l'idée d'en chercher ailleurs. Le peuple participe à la composition des lois par le choix des législateurs, à leur application par l'élection des agents du pouvoir exécutif; on peut dire qu'il gouverne lui-même, tant la part laissée à l'administration est faible et restreinte, tant celle-ci se ressent de son origine populaire et obéit à la puissance dont elle émane » (5). Ecco quindi il primo tratto dell'accezione tocquevilliana della

(5) *Dem.* I, parte I, cap. IV, p. 56. E ancora *Dem.* II, parte II, cap. I, p. 177. Gli strumenti teorici del primo Tocqueville erano quelli tradizionali. Ecco la sua definizione concettuale del principio della sovranità popolare chiaramente mutuata da Rousseau: « chez les nations où règne le dogme de la souveraineté du peuple chaque individu forme une portion égale du souverain et participe également au gouvernement de l'Etat [...]. Dans tout ce qui concerne les devoirs des citoyens entre eux, il est donc devenu sujet. Dans tout ce qui ne regarde que lui-même, il est resté maître: il est libre et ne doit compte de ses actions qu'à Dieu » (*Dem.* I, parte I, cap. V, p. 63). Si tratta di un Rousseau — è ovvio — calato in una matrice individualista.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« democrazia politica »: un sistema di potere in cui viene a realizzarsi una effettiva, reale sovranità del popolo. Il secondo tratto è ugualmente significativo: per « popolo » egli intende non già un indefinito corpo sociale, e neppure la totalità dei cittadini, ma un preciso soggetto nuovo di potere: i non-abbienti, « les pauvres », come egli dice. Sono infatti costoro — i poveri — a costituire in ogni paese, in ogni epoca, sotto ogni latitudine, la grande maggioranza della popolazione, sicché il suffragio universale, premiando la forza numerica, conferisce loro il dominio politico: Tocqueville lo afferma più volte, convinto che i non-abbienti lo eserciteranno — come sempre avviene, quando si è politicamente forti — ai fini dei loro interessi di parte. Tra i tanti passi utili, ne cito questo, tra i più significativi: « l'on m'arrête encore en disant: qui a jamais imaginé de charger les pauvres de faire seuls la loi? Qui? Ceux qui ont établi le vote universel. Est-ce la majorité ou la minorité qui fait la loi? La majorité sans doute; et si je prouve que les pauvres composent toujours la majorité, n'aurai-je pas raison d'ajouter que dans les pays ou ils sont appelés à voter, les pauvres font seuls la loi? Or il est certain que jusqu'ici, chez toutes les nations du monde, le plus grand nombre a toujours été composé de ceux qui n'avaient pas de propriété, ou de ceux dont la propriété était trop restreinte pour qu'ils pussent vivre dans l'aisance sans travailler. *Le vote universel donne donc réellement le gouvernement de la société aux pauvres* » (6). E ancora: « en Amérique ce sont les pauvres qui font la loi, et ils réservent habituellement pour eux-mêmes les plus grands avantages de la société » (7).

Ora ci è chiaro quindi cosa Tocqueville avesse in mente quando parlava di « democrazia politica »; ed è nozione precisa: un regime politico fondato sul suffragio universale, che realizza una forma

---

(6) *Dem.* I, parte II, cap. V, p. 218. Il corsivo è mio.

(7) *Dem.* I, parte I, cap. II, p. 44. Il concetto-chiave — quello della preminenza degli interessi dei poveri in una democrazia — è sovente ribadito: « lorsque les riches seuls gouvernent, l'intérêt des pauvres est toujours en péril; et lorsque les pauvres font la loi, celui des riches court de grands hasards. Quel est donc l'avantage de la démocratie? L'avantage réel de la démocratie n'est pas, comme on l'a dit, de favoriser la prospérité de tous, mais seulement de servir au bien-être du plus gran nombre » (*Dem.* I, parte II, cap. VI, p. 243). Lo stesso in *Dem.* I, parte II, cap. V, pp. 205, 222, 229; cap. VI, p. 251.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

reale di sovranità popolare, e dà origine a un sistema di potere in cui regna effettivamente sovrana, in ogni atto di governo, la volontà della maggioranza della popolazione, e cioè dei ceti più poveri del paese, che si farà interprete degli « interessi del maggior numero ». Questo è quindi l'oggetto della riflessione di Tocqueville, il problema che egli pone al centro della *Dem.* I, di cui oggi torniamo a discutere, nell'intento di capire quali fossero i suoi sentimenti reali sulla democrazia politica, quali i suoi strumenti di giudizio, quali i risultati a cui perviene nel suo sforzo di convincere i contemporanei che era lì — in un sistema politico inutilmente esorcizzato — che si giocavano i destini delle società future. E mi si consenta di partire dalle conclusioni di quel mio vecchio saggio da cui è mosso il discorso qui aperto (8); sostenevo allora e sostengo oggi che nel piano argomentativo della *Dem.* I il tema primario è il riscontro di un fenomeno sociale — la trasformazione delle società moderne in forme livellate e egualitarie — mentre la democrazia politica può dirsi tema derivato, che discende — quale esigenza logica — dai risultati dell'analisi sociale, sì da costituire oggetto di una ricerca svolta su un piano freddamente avalutativo. Non già opzione politica, istanza etica, non già « valore », la democrazia politica diventa l'oggetto della ricerca tocquevilliana in base a questo ragionamento: se l'evolvere dell'eguaglianza delle condizioni è l'evento decisivo dell'evo moderno, se tale può dirsi il fattore di una rivoluzione inarrestabile, livellante ogni ceto, ogni gerarchia, ogni « élite », ebbene allora esiste — ed è inutile illudersi — un gravissimo problema politico. È il problema che Tocqueville lucidamente si pone nel cap. III della *Dem.* I — quali conseguenze politiche discendano necessariamente da un simile processo sociale — pervenendo a concludere che non esistono ormai molte soluzioni politiche aperte alle società dei suoi tempi; ne esistono solo due, le sole che corrispondano alla progressiva scomparsa di differenze sociali profonde: privare tutti i cittadini dei diritti politici, ovvero concederli a tutti; lasciare che si affermi una autocrazia uniformemente oppressiva, ovvero fondare una democrazia politica. Un simile dilemma impone a Tocqueville una risposta obbligata: egli accetta senza

(8) BATTISTA, *Lo 'stato sociale democratico'*, cit., p. 349 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esitare la democrazia, anzi si propone di analizzarne il fondamento — come in vitro — lì dove sembra aver realizzato i migliori esiti. Ma al termine della sua indagine — nel cap. IX della *Dem.* I — egli torna a chiarire la logica del suo discorso: affrontando lo studio della democrazia in America, egli ha inteso rispondere a una necessità che nasce dalla storia; inutile è illudersi sulla stabilità di altre formule istituzionali che vogliano ancora imporre nella vita politica superiorità di censo, gerarchie sociali tradizionali: esse saranno fatalmente travolte dal processo sociale egualitario. Meglio è piegarsi quindi ad accettare la democrazia politica: con i suoi difetti, con le sue disfunzioni, con i suoi stessi rischi, essa è la sola formula istituzionale che risponda alla struttura nuova della società, la sola, almeno, che conceda agli uomini del nostro tempo la speranza di una rischiosa, imperfetta ipotesi di libertà. Così l'avallo della democrazia politica diventa lo sbocco di un ragionamento svolto con lo sguardo sempre fisso all'altra alternativa — assai più allarmante — aperta alle società in via di livellamento: il predominio di un despota facilmente capace di affermare il suo dominio su una moltitudine di uomini sempre più uguali. Questa — nelle grandi linee — quindi la mia proposta di lettura della *Dem.* I: essa trova oggi una singolare conferma in una lettera edita di recente, scritta da Tocqueville a Kergorlay nel 1835, in cui egli — nell'evocare la stesura della *Dem.* I — così ne indicava all'amico la struttura, il piano argomentativo svolto. Ecco il testo: «je suis profondément convaincu qu'on puisse l'être de quelque chose dans ce monde que nous sommes irrésistiblement entraînés par nos lois et par nos moeurs vers l'égalité presque complète des conditions. Les conditions étant égales, j'avoue que je n'aperçois plus d'intermédiaire entre un gouvernement démocratique (et par ce mot je n'entends pas la république, mais un état de société ou tout le monde prendrait plus ou moins part aux affaires) et le gouvernement d'un seul, s'exerçant sans contrôle [...]. Je ne doute pas un instant que nous n'arrivions avec le temps à l'un ou à l'autre. Or je ne veux pas du second. Si un gouvernement absolu parvenait jamais à se fonder dans un pays démocratique par son état social et démoralisé comme la France, on ne peut concevoir quelles seraient les limites de la tyrannie [...]. Reste donc le premier. *Je n'aime*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

guère non plus celui-là; mais je le prefère cependant à l'autre; et d'ailleurs, si j'échoue à atteindre celui-là, je suis assuré que l'autre ne me manquera jamais. *Entre deux maux, je choisis donc le moindre* » (9). La concordanza con il mio schema di lettura non potrebbe essere più stretta: Tocqueville esplicitamente riconosce di essersi posto il problema della democrazia politica *solo* perché convinto che il processo sociale egualitario non lasciava molte altre soluzioni aperte, se non quella — paurosa — del dispotismo autocratico, e ammette quindi di aver optato per la democrazia, « che pure egli non ama affatto », come si può scegliere « un male minore ». Così la dura dizione tocquevilliana dà forma, con chiarezza inequivocabile, ad un atteggiamento mentale che io avevo preferito ipotizzare in forme più caute, meno drasticamente risolutive.

Ma allora — e qui torna opportuno il discorso di De Sanctis — come si spiega che Tocqueville non riesca ad andare oltre a un simile giudizio sulla democrazia, pur avendone verificato e apprezzato in America i tanti aspetti positivi? « Un male minore »: eppure egli — è verissimo — ne aveva riconosciuto i pregi, sia negli appunti di viaggio, sia nella *Dem.* I, attribuendo al sistema politico democratico la carica di politicizzazione, di impegno civile, di dinamismo riscontrata nella società americana; più volte ne aveva vantato gli effetti sullo spirito pubblico, sulla moralità collettiva.

Sta di fatto che fermarsi a questo tipo di valutazioni, agli « elogi » che cadono sovente nel discorso della *Dem.* I su alcune conseguenze positive della democrazia politica, significa — a mio avviso — assumere un'ottica di ricerca priva di un reale sbocco risolutivo. Il punto è un altro: è l'esigenza di ricostruire la *teoria costituzionale* di Tocqueville, lo schema teorico cioè che egli applica nel valutare i singoli istituti della democrazia politica. Ci si avvedrà allora che egli, pur non ignorandone gli aspetti positivi, contempla una costituzione fondata sulla sovranità popolare secondo i moduli della scienza politica liberale classica:

---

(9) Lett. di Tocqueville a L. de Kergorlay [1835], in *Correspondance de A. de Tocqueville et de L. de Kergorlay*, O.C., vol. XIII, Paris 1977, p. 373. Il corsivo è mio.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

strumenti teorici questi che non gli consentono di rimuovere sostanzialmente quella preclusione di fondo che opponeva allora il liberalismo alla democrazia.

II. In effetti, la scienza politico-costituzionale che si afferma tra sette-ottocento all'interno della cultura liberale poggia su un assioma molto semplice: la democrazia politica — il regime istituzionale fondato sul principio della sovranità popolare — tende *necessariamente* a concentrare tutti i poteri dello Stato nell'assemblea legislativa, l'organo deliberante che più direttamente discende dalla volontà del popolo. Questa peculiare forma di concentrazione dei poteri vien vista come l'origine di un nuovo tipo di dispotismo di emanazione popolare, tale da compromettere gravemente le garanzie e le libertà individuali, sicché lo sforzo teorico della nascente scienza costituzionale si indirizzerà proprio a contemplare tutta una serie di meccanismi atti a limitare il temuto strapotere del legislativo, ovvero la forza decisionale del popolo, rafforzando invece gli organi meno dipendenti dalla volontà della maggioranza: l'esecutivo e il giudiziario.

Il « mito » tutto negativo del popolo che legifera nell'assemblea, forte di un potere senza ostacoli, di una potenza illimitata, domina la cultura borghese di primo Ottocento; è il problema primario di una generazione che in tale immagine proietta nuove diffidenze e paure, rese più acute dal ricordo di eventi recenti: i tempi della dittatura giacobina, che sembravano aver calato tragicamente nella realtà moderna formule antiche di tirannide popolare. Strano a dirsi: proprio dal più improbabile dei « miti », quello sempre smentito dalla storia — dall'ipotesi di un popolo realmente sovrano dettante la sua volontà nella legge — nasce il problema massimo della cultura costituzionale al suo sorgere, quello che ne orienta — come polo di riferimento negativo — le soluzioni e le proposte. È problema che trova la sua prima sistemazione teorica nelle tesi svolte dagli autori del *Federalist*, la cui linea argomentativa è tutta orientata in una sola direzione: contrastare, nel dibattito sulla Costituzione dell'Unione, ipotesi istituzionali, in cui potesse configurarsi un allargamento eccessivo delle facoltà e dei diritti assegnati agli organi legislativi, sì da realizzare una forma di concentrazione dei poteri. Basterà un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

solo brano di Madison a chiarire lo spirito informatore di questa grande battaglia pubblicistica che inciderà profondamente sugli sviluppi della nostra storia costituzionale: « non sembra che essi si siano mai posti il problema di tale pericolo: quello rappresentato da atti di usurpazione delle assemblee legislative, che, radunando ogni potere nelle loro mani, attuerebbero necessariamente una tirannide non dissimile da quella che tanto si teme a causa di possibili abusi da parte dell'Esecutivo » ([10]). La diffidenza che ispira la forza di un organo — come il Parlamento — espressione diretta della volontà popolare emerge fin nell'arida prosa del legista con evidenza psicologica inequivocabile. « Nel caso di una repubblica o democrazia rappresentativa, dove i poteri e le prerogative del magistrato sono accuratamente limitate — scrive ancora Madison — e dove il potere legislativo è affidato a una Assemblea che, contando sulla popolarità di cui gode, nutre una assoluta fiducia della propria potenza, il popolo dovrà rivolgere la propria diffidenza contro l'ambiziosa intraprendenza di un organo, verso il quale dovranno essere usate tutte le cautele » ([11]). Di qui il grande tema del *Federalist*; l'elaborazione di una serie di formule istituzionali, studiate come argini alle inevitabili tendenze proprie delle democrazie ad accentrare negli organi legislativi una somma eccessiva e rischiosa di poteri. E gli argini proposti sono quelli che diventeranno poi classici nella cultura costituzionalistica del liberalismo: *a*) rigida adozione di un sistema parlamentare bicamerale, che elevi un necessario diaframma — grazie al duplice scrutinio delle leggi — nei confronti della volontà dell'elettorato ([12]);

([10]) *Il federalista*, 48 [Madison], traduz. ital. a cura di Mario D'Addio e Guglielmo Negri, Bologna 1980, p. 379. Cfr. l'identica posizione di Hamilton: « si è già parlato, e anzi si è insistito sulla tendenza degli organi legislativi ad accaparrarsi i poteri e a ledere i diritti degli altri settori dell'ordinamento costituzionale e si è già detto come una semplice delimitazione dei confini di ciascuno non sia assolutamente sufficiente: si è pur sostenuto e dimostrato come sia necessario invece che ciascuno possa disporre di armi costituzionali per difendersi » (*Il federalista*, cit., 73, p. 551).

([11]) *Il federalista*, cit., 48 [Madison], p. 380.

([12]) Cfr. *Il federalista*, cit., 62 [Hamilton o Madison], p. 469: « d'altro canto la necessità dell'esistenza di un Senato è indicata anche [...] dalla tendenza di tutte le singole e numerose assemblee a cedere all'impulso di improvvise e violente passioni, e a farsi trarre da capi faziosi a decisioni sconsiderate e dannose ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

b) rafforzamento dell'esecutivo attuato su due piani: il ricorso ad un sistema complesso di elezioni a due gradi, tale da garantire all'eletto una certa autonomia di azione nei confronti del voto popolare, e la definizione di una sfera ampia e prefissata di attribuzioni garantite dalla legge; *c*) difesa dell'assoluta inamovibilità e autonomia degli esponenti del potere giudiziario.

Su questi temi, o meglio sulla forza e sulle prerogative del Parlamento — l'organo elevato a simbolo del potere del popolo — si delineeranno nel corso della rivoluzione francese gli schieramenti di opinione, le grandi battaglie che opporranno i politici moderati a quelli democratici. E si giungerà al momento decisivo di questo conflitto, alla breve vittoria di una assemblea sovrana — la Convenzione — che segnerà invece la sconfitta senza appello della teoria costituzionale giacobina e l'affermarsi definitivo della teoria opposta — quella di cui si è detto — tanto la storia di quel tragico anno — dal 1793 al 1794 — sembrò dare convalida, punto per punto, alle tesi di chi si era battuto contro l'estensione eccessiva del principio democratico e quindi contro il primato di una assemblea legislativa unica.

Dice benissimo Saitta — nel tracciare i problemi politico-istituzionali che si imposero subito dopo la caduta di Robespierre e che vennero affrontati dalla Commissione degli Undici nel 1795: « d'altra parte la commissione si preoccupò pure di porre un freno all'onnipotenza del corpo legislativo. Spingevano a ciò, più che ragioni storiche, il ricordo e l'esperienza di un passato assai recente. Come spesso avviene, si finì con lo scambiare l'effetto con la causa, con il cristallizzare quella che era stata una concreta e determinata situazione storico-politica in un semplice istituto giuridico, e così si finì per vedere retrospettivamente la causa della dittatura montagnarda nell'unità del corpo legislativo. Non era questa l'opinione del solo Boissy d'Anglas o della sola Commissione degli Undici, ma era la convinzione comune di pubblicisti e gazettieri: quasi tutta l'opinione pubblica era orientata in tal senso » (13).

---

(13) A. SAITTA, *Costituenti e Costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale* Milano 1975, p. 443; Saitta scrive giustamente più oltre: « un ulteriore limite a l'onnipotenza del corpo legislativo sarebbe dovuto venire, secondo la Commi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

E quando, dopo la fase napoleonica, la Francia tornerà ad affrontare il problema della sua costituzione, il grosso nodo teorico rimarrà sempre lo stesso: contenere entro limiti precisi il potere legislativo, come identica rimarrà la motivazione a monte: pervenire così a rendere meno rischioso il principio della sovranità popolare. Anzi allora — nella cultura borghese della Francia post-rivoluzionaria — simili tesi pervengono infine ad assumere un preciso e lucido connotato di difesa di classe, meno chiaramente identificabile in un contesto — come quello settecentesco — in cui convivevano in una artificiosa commistione gli interessi borghesi e quelli dei ceti poveri della popolazione. Ma ormai, dopo la Rivoluzione, si delinea lucida la coscienza dei ceti produttivi di essere pervenuti ad una nuova forma di egemonia sociale — quella del « merito », della « tecnica », della « ricchezza » — che andava difesa, avendo ben chiara la nuova situazione di forza all'interno della società: il declino senza ritorno del potere conflittuale della vecchia aristocrazia, e il delinearsi invece di un nuovo possibile avversario in quel ceto popolare, un tempo privo di identità nel grande amalgama del ' terzo stato ', ora pericolosamente mosso da aspirazioni sempre più ambiziose di intervento politico. In questo specifico clima storico-sociale, lo sforzo teorico dei costituzionalisti borghesi si muoverà all'interno di due direttiva precise: *a*) contenere il potere legislativo, o meglio limitare la forza di quella branca del Parlamento eletta a suffragio diretto, contemplando, accanto alla Camera dei Deputati, una Camera Alta, i cui membri — i discendenti dell'antica, odiata aristocrazia — diventavano ora, per un singolare risvolto della storia, utili strumenti del disegno costituzionale borghese; *b*) dare ampie prerogative di intervento politico e di controllo alla Corona e alla Magistratura, a quei poteri dello Stato cioè, la cui investitura, sottratta al principe elettivo, garantiva l'esistenza di una autonoma sfera di giudizio nei confronti della pressione della volontà popolare.

Ora questi due princìpi-base si rinvengono — sia chiaro — non soltanto nelle opere di chi, come Chateaubriand e in larga

---

sione, da un rafforzamento del potere esecutivo, ed in tal senso essa formulò il suo progetto » (p. 444).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

misura anche i « doctrinaires », contemplavano così un regime di equilibrata transizione tra il vecchio ordine e il nuovo; ma sono l'asse portante della costruzione istituzionale del massimo teorico del nuovo liberalismo. Parlo di Benjamin Constant, il cui *Cours de politique constitutionnelle* può essere letto come il documento-base della nuova scienza costituzionale borghese, tanto esso ne alimenterà gli sviluppi, con indiscusso prestigio, per circa un mezzo secolo. Ora in Constant gli argomenti del *Federalist* contro la tirannide parlamentare tornano senza varianti notevoli, esposti però in una chiave più chiaramente anti-democratica; come torna Montesquieu, ma utilizzato anch'esso per definire non già una neutra esigenza di « balance of powers », ma un sistema di controlli utili a contenere la rischiosa volontà di potenza di ceti sociali sempre più larghi. Emblematico del suo pensiero è questo suo ragionamento che — nell'evocare un recente passato — dà forma quasi visiva a quel complesso universo mentale, fatto di volontà di dominio, di diffidenza verso il popolo, di insicurezza, tipico della nuova « élite » affermatasi con la fine dell'« ancien régime »: « la seconde cause de nos défiances actuelles contre l'élection directe *c'est qu'aucune de nos constitutions n'avait assigné de bornes au pouvoir législatif*. La souveraineté du peuple absolue, illimitée avait été transmise par la nation, ou du moins en son nom, comme c'est l'ordinaire, par ceux qui la dominent, à des assemblées représentatives. Il dut en resulter l'arbitraire le plus inoui. La constitution (in nota: La constitution dite de l'an 3) qui, la première, mit un terme à ce dispotisme, ne *restreignait pas encore suffisamment le pouvoir législatif*. Elle ne consacrait ni l'indispensable véto du pouvoir royal, ni la possibilité non moins indispensable de la dissolution des assemblées représentatives; elle ne garantissait pas même, comme certaines constitutions américaines, les droits les plus sacrés des individus contre les empiétemens des législateurs. *Doit-on s'étonner que le pouvoir législatif ait continué de faire du mal?* » (14). Si tratta di un discorso chia-

(14) B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, Bruxelles 1851, I, cap. IV, pp. 90-91, il corsivo è mio; ma cfr. anche: « une assemblée qui ne peut être réprimée ni contenue est de toutes les puissances la plus aveugle dans ses mouvements, la plus incalculable dans ses résultats pour les membres mêmes

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rissimo che torna invariato nel corso di tutta l'attività pubblicistica di Constant: proprio il potere dello Stato che nel corso della lunga lotta anti-assolutista dei secoli passati era stato invocato sempre come simbolo di libertà, di emancipazione politica, proprio il Parlamento, diventa ora sinonimo di pericolo; ciò spiega perché si ricorra al principio dinastico, un tempo contestato, per invocare il diritto di « veto » della Corona, e la sua facoltà di sciogliere le Camere, qualora vi emergessero tendenze rischiose (15). Ciò spiega perché — torno a dirlo — si ricorra all'antistorico recupero degli antichi avversari, degli aristocratici, proponendo la creazione di una Camera Alta, i cui membri, in nome della loro autonomia da mandati elettorali, sono elevati a garanti di un equilibrio pericolosamente compromesso dai possibili cedimenti della Camera dei Deputati alle « passioni popolari » (16). Eppure

---

qui la composent [...] Une assemblée dont la puissance est illimitée est plus dangereuse que le peuple » (*Principes de politique*, in B. CONSTANT, *Oeuvres*, Bibliothèque de la Pléiade, 1957, p. 1126); e ancora: « il faut donc que les assemblées représentatives subsistent libres, imposantes, animées. Mais il faut que leurs écarts puissent être réprimés. Or la force répressive doit être placée au déhors » (ivi, p. 1128).

(15) Il tema è affrontato ampiamente nel cap. II del *Cours*, *Des prérogatives royales*. Constant afferma il principio: « la sanction royale est nécessaire pour que les résolutions des assemblées représentatives aient forme de loi »; e lo chiarisce sulla base di un solo argomento: « si en divisant ainsi le pouvoir, vous ne mettez point de bornes à l'autorité législative, il arrive qu'une classe d'hommes fait les lois sans s'embarasser des maux qu'elles occasionnent » (*Cours*, cit., I, cap. II, p. 65). La stessa motivazione è usata per difendere il diritto regio di sciogliere la camera elettiva. Al principio-base « le roi peut ajourner les assemblées représentatives et dissoudre celle de ces assemblées qui est élue par le peuple » segue la spiegazione di una simile tesi: una chiara denuncia dei rischi che l'esistenza di un Parlamento elettivo, non sottoposto a un condizionamento esterno, necessariamente comporta: « une assemblée qui ne peut être réprimée ni contenue est de toutes les puissances la plus aveugle dans ses mouvemens, la plus incalculable dans ses résultats, pour les membres mêmes qui la composent. Elle se précipite dans des excès, qui, au premier coup-d'oeil, sembleraient s'exclure » (ivi, p. 68). Cfr. la stessa tesi in *Principes de politique*, cit., cap. III, *Du droit de dissoudre les assemblées représentatives*, pp. 1124-28.

(16) « Cette chambre héréditaire — scrive C. all'interno di un ampio ragionamento in favore della « pairie » — est un corps que le peuple n'a pas le droit d'élire et que le gouvernement n'a pas le droit de dissoudre » (*Cours*, cit., I, cap. IV, p. 85). Lo stesso aveva affermato nei *Principes*: « dans la pairie héréditaire les pairs

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— si rifletta ancora — quest'organo che sembrava ispirare diffidenze tanto profonde, sì da polarizzare ormai l'attenzione critica dei nuovi costituzionalisti — il Parlamento — assai difficilmente poteva configurarsi allora come espressione di una orgogliosa, aggressiva volontà di popolo: eletto su basi rigorosamente censitarie, esso rifletteva una realtà dai tratti assai più grigi e pacati, esprimendo, per logica convergenza di classe, gli interessi dei ceti borghesi, dei « proprietari », come Constant vorrà precisare ([17]).

---

deviennent forts de l'indépendance qu'ils acquièrent immédiatement après leur nomination; ils prennent aux yeux du peuple un autre caractère que celui de simples déléguées de la Couronne » (*Principes de politique*, cit., cap. IV, p. 1130; ma cfr. tutto il cap. *D'une assemblée héréditaire et de la nécessité de ne pas limiter le nombre de ses membres* (pp. 1129-32). Il ruolo autonomo di una aristocrazia sottratta all'incidenza della volontà popolare è valorizzato inoltre dal Constant, quando egli assegna alla Camera dei Pari la messa in accusa dei Ministri. Cfr. *Principes de politique*, cit., cap. IX, p. 1168: « la mise en accusation des ministres est, dans le fait, un procès entre le pouvoir exécutif et le pouvoir du peuple. Il faut donc pour le terminer, recourir à un tribunal qui ait un intérêt distinct à la fois et de celui du peuple et de celui du gouvernement et qui néanmoins, soit réuni par un autre intérêt à celui du gouvernement et à celui du peuple. La pairie réunit ces deux conditions. Ses privilèges séparent du peuple les individus qui en sont investis. Ils n'ont plus à rentrer dans la condition commune. Ils ont donc un intérêt distinct de l'intérêt populaire ».

([17]) Non si riflette abbastanza su un dato preciso: che Constant indica nei proprietari terrieri i soli cittadini capaci di esercitare rettamente il diritto di voto, escludendo da tale diritto tutte le altre categorie dello Stato. Cfr. il cap. VI dei *Principes de politique* cit., pp. 1145-54. Esso è tutto fondato su questo concetto: « la constitution même reconnaît ce principe, puisqu'elle accorde des représentants, non seulement au territoire, mais à l'industrie. J'avoue que si le résultat de cette disposition eût été de mettre de pair la propriété foncière et la propriété industrielle, je n'aurais pas hésité à la blâmer. La propriété industrielle manque de plusieurs des avantages de la propriété foncière, et ces avantages sont précisément ceux dont se compose l'esprit préservateur, nécessaire aux associations politiques » (p. 1149). Dunque proprio Constant, che ha sempre sostenuto il ruolo dinamico e propulsivo dell'industria, quando è in causa il diritto di voto, ovvero la garanzia dell'ordine costituito, preferisce lo spirito conservatore del proprietario terriero a quello più moderno e inquieto dell'industriale. Non solo; egli esclude nettamente dall'esercizio dei diritti politici gli intellettuali, i cultori di professioni liberali, a meno che essi non possano vantare titoli di proprietà: « les professions libérales demandent plus que toutes les autres peut-être, pour que leur influence ne soit pas funeste dans les discussions politiques, d'être réunis à la propriété. Ces professions si recommandables à tant de titres, ne comptent pas toujours au nombre de leurs avantages celui de mettre dans les idées cette justesse pratique

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Eppure a costui non basterà l'esistenza di simili garanzie: egli chiederà che venga fissato per legge il carattere gratuito della carica di deputato, ricorrendo al sistema classico, applicato fin dalla antichità, per escludere i non-abbienti dall'esercizio del potere [18].

Sostenendo questi argomenti non si riteneva allora di parlare contro i princìpi dell'« égalité » e della giustizia; radicatissimo era infatti il convincimento che spettasse di diritto alla « nuova aristocrazia » della ricchezza farsi interprete degli interessi di tutta la nazione ed escludere così — come riconosce tranquillamente Constant — 28 milioni di francesi da ogni forma di intervento politico: « la loi des élections est éminemment aristocratique; elle restreint les droits politiques à moins de cent mille hommes sur 28 millions de Français. Mais c'est l'aristocratie de l'aisance, de l'industrie, de la propriété, c'est à dire une aristocratie qui a pour base les principes naturels et conservateurs de la société. C'est pour cela que la nation l'aime, car la nation n'est pas démagogique » [19].

E la sicurezza che il sistema censitario rispondesse a un ordine giusto *in assoluto* si traduceva in una nuova scienza costituzionale che — forte dei princìpi teorici già esposti — era in grado di costruire un implacabile meccanismo critico nei confronti del sistema democratico. Esso poggiava su un sillogismo abbastanza semplice: la democrazia è quella forma istituzionale che fa sca-

---

nécessaire pour prononcer sur les intérêts positifs des hommes » (p. 1153). Sembrano lontanissimi i tempi pur vicini in cui i « philosophes », gli intellettuali, erano indicati come i soli retti interpreti degli interessi collettivi. Su ciò una considerazione si impone: questa era dunque la Camera elettiva, composta dai soli proprietari fondiari, che sembrava ancora a Constant tanto temibile, da esigere tutta quella serie di condizionamenti cui egli dedica una attenzione prioritaria.

[18] CONSTANT, *Cours*, cit., I, cap. IV, pp. 115-6: « il est désirable que les fonctions représentatives soient occupées, en général, par les hommes sinon de la classe opulente, du moins dans l'aisance. Leur point de départ est plus avantageux, leur éducation plus soignée, leur esprit plus libre, leur intelligence mieux préparée aux lumières. La pauvreté a ses préjugés comme l'ignorance. Or, si vos représentants ne reçoivent aucun salaire, vous placez la puissance dans la propriété et vous laissez une chance équitable aux exceptions légitimes ».

[19] CONSTANT, art. dell'11 novembre 1819, apparso sulla « Renommé », in *Recueil d'articles*, a c. di E. Harpaz, Genève 1972, II, p. 1306.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

turire tutti i poteri dello Stato — il legislativo, l'esecutivo, il giudiziario — da un'unica fonte decisionale, dalla volontà popolare dettata dal suffragio universale. Si tratta di un sistema quindi che, proprio perché fondato su tale univoca matrice d'indirizzo, di per sé esclude l'esistenza di quelle forme di condizionamento contemplate — come si è visto — dai giuristi liberali quali freni necessari nei confronti della volontà di potenza del corpo elettorale e dell'organo che più direttamente ne interpreta i voti: il Parlamento. Impensabile è infatti — si affermava — la presenza, lì dove vige la democrazia politica, di garanzie costituzionali che sottraggano l'esecutivo e il giudiziario all'onnipotente pressione decisionale del popolo; impensabile, perché questi organi discendono anch'essi direttamente o indirettamente dalla volontà del corpo elettorale, sicché la sfera della loro autonomia di decisione permane assai ristretta, come minima appare la loro facoltà di contrastare le decisioni della maggioranza, di cui il Parlamento è l'interprete. *Ergo*: la democrazia politica costituisce di *per sé* — quali che siano le forme contingenti della sua attuazione — una forma nuova di dispotismo, quella dalla fisionomia più allarmante, in un'epoca come la nostra che vede affermarsi in tutti gli atti dello Stato il segno di un univoco indirizzo: la volontà e le esigenze della maggioranza dei cittadini, rispondenti ad una logica di potere necessariamente prevaricatrice nei confronti delle istanze delle minoranze, ovvero delle « élites » del paese.

Questa argomentazione è — lo ripeto — il caposaldo della scienza costituzionale liberale di primo Ottocento: fissata in modo esemplare da Constant ([20]), imposta dalla tribuna parlamentare

---

([20]) Cito, a puro titolo indicativo, alcuni passi rispondenti a un tema sempre presente nell'opera politica di Constant: « lorsqu'on établit que la souveraineté du peuple est illimitée, on crée et l'on jette au hazard dans la société humaine un degré de pouvoir trop grand par lui-même et qui est un mal en quelques mains qu'on le place. Confiez-le à un seul, à plusieurs, à tous, vous le trouverez également un mal » (*Principes de politique* cit., cap. I, p. 1104; lo stesso in *Cours*, cit., I, cap. X, p. 179). « La souveraineté du peuple n'est pas illimitée; elle est circonscrite dans les bornes qui lui tracent la justice et les droits des individus » (ivi, p. 1110). « Le peuple qui peut tout est aussi dangereux, plus dangereux qu'un tyran, ou plutôt il est certain que la tyrannie s'emparera du droit accordé au peuple » (*Cours* cit., I, *Développemens*, cap. I, p. 184).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da Royer-Collard ([21]), essa torna in forma pressoché analoga in opere politiche, in scritti letterari, nei « pamphlets » dei polemisti, nei discorsi accademici; costituisce la trama segreta delle grandi ricostruzioni storiche di Guizot e di Thierry ([22]). L'evocazione della tirannide della maggioranza costituisce il grande tema retorico con cui le nuove « élites » tentano di esorcizzare una nuova paura incombente, il sentimento spesso inconfessato che sottende tanti nobili discorsi ispirati al nome della libertà: la paura che l'estensione dei diritti politici ai non-abbienti si traduca in una effettiva minaccia per la proprietà privata, conferendo ai poveri una formidabile arma contro una ricchezza al tempo stesso ambìta ed odiata. Constant, nel sostenere il principio censitario dei diritti politici, lo ammette apertamente, quasi cedendo infine ad uno

([21]) La condanna della democrazia come sinonimo di tirannide è tema classico di Royer-Collard. Cito alcune sue formule incisive: « l'égalité politique est-elle la juste et nécessaire conséquence de l'égalité civile? Deux fois la démocratie a siégé en souveraine dans notre gouvernement; c'est l'égalité politique qui a été savamment organisée dans la constitution de 1791 et dans celle de l'an 3. Quels fruits ont- elles portés? Au dedans l'anarchie, la tyrannie, la misère, la banqueroute, enfin le despotismo » (ROYER-COLLARD, *Sur l'hérédité de la Pairie*, séance du 4 oct. 1831, impr. de la Chambre des Députés, pp. 18-19). « La souveraineté du peuple n'est que la souveraineté de la force et la forme la plus absolue du pouvoir absolu [...]. La volonté d'un seul, la volonté de plusieurs, la volonté de tous: ce n'est que la force plus ou moins puissante » (ivi, p. 10). Ma la sua polemica anti-democratica più articolata si legge in *Sur l'article I^er de la loi des élections* (extraite du *Moniteur* du 29 mai 1820, Jacquart).

([22]) Le opere storiche classiche in materia — quelle che si propongono di mostrare il processo evolutivo della civiltà moderna congiunto con il principio del governo rappresentativo su basi censitarie — sono quelle di Guizot (*Histoire des origines du gouvernement représentatif en Europe*) e di Thierry (*Essai sur l'histoire de la formation et des progrès du tiers-état*); ma Guizot si impegnerà direttamente più di Thierry in una lunga battaglia politica contro la formula democratica. Il suo argomento-base è quello di Constant: « voilà donc la souveraineté du peuple encore une fois transformée, elle n'est plus que la souveraineté de la majorité. Que devient-elle sous cette nouvelle forme? La minorité est-elle en effet dévouée en esclave à la majorité? Ou bien serait-ce que la majorité a toujours raison, sait parfaitement et ne veut jamais que le bien? L'iniquité d'une part, l'absurdité de l'autre » (F. GUIZOT, *Des moyens de gouvernement et d'opposition dans l'état actuel de la France*, Paris, l'Advocat, 1821, p. 144). È tesi che rimarrà invariata fino alla sua tarda opera — *De la démocratie en France* — scritta nel 1849, nell'intento di riaffermare ancora l'esclusivo diritto dei proprietari ad esercitare i diritti politici.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stimolo di brutale chiarezza: « remarquez que le but *nécessaire* des non-propriétaires est d'arriver à la propriété: tous les moyens que vous leur donnerez, ils les emploieront dans ce but. Si à la liberté de facultés et d'industrie que vous leur devez, vous joignez les droits politiques que vous ne leur devez pas, *ces droits dans les mains du plus grand nombre serviront infailliblement à envahir la propriété* » ([23]).

Ma lasciando aperto a monte il discorso sui moventi aperti o segreti della teoria anti-democratica propria della scienza costituzionale di primo Ottocento, un punto rimane fermo e incontestabile: tale teoria era pervenuta a costruire un meccanismo concettuale compiuto, dotato di una sua interna logica, di perfetta potenza dimostrativa, tale da definire un invalicabile spartiacque tra il sistema liberale e quello democratico. Rimuoverlo implicava necessariamente l'elaborazione di un meccanismo argomentativo altrettanto compiuto, che giungesse a distruggere quel concetto-base su cui poggiava il nuovo discorso costituzionale, la sua arma contro ogni ipotesi di incontro tra libertà e democrazia: il concetto di « tirannide della maggioranza ».

Ora — lo sanno fin gli orecchianti in materia — Tocqueville è passato alla storia per aver lui infine operato questo storico incontro, per aver saldato magistralmente — con la sua analisi comparativa dell'esperienza politica americana — i princìpi del liberalismo con quelli democratici. Sarà. Personalmente io ho serii dubbi in proposito, di cui mi permetto oggi — pur consapevole dell'invincibile stabilità dei luoghi comuni — di esporre le motivazioni.

([23]) CONSTANT, *Cours*, cit., I, cap. VII, p. 145. Il corsivo è mio. Simili timori trovano origine — è chiaro — dal ricordo dei « furori » anti-borghesi dei moti giacobini. Ottima interprete di questi sentimenti è M.me de Staël; cfr. *Considérations sur les principaux événemens de la révolution française*, parte III, cap. IV, Paris 1817, II, p. 113: « une sorte de fureur c'est emparée des pauvres en présence des riches et des distinctions nobiliaires ajoutant à la jalousie qu'inspire la propriété, le peuple a été fier de sa multitude et tout ce qui fait la puissance et l'éclat de la minorité ne lui a paru qu'une usurpation ». Sulla copertura ideologica di questa esigenza concreta di difesa della proprietà personale, cfr. le pagine assai acute di P. GROSSI, *' Un altro modo di possedere '. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano 1977, *Introduzione*, pp. 5-39.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sappiamo già dove cadesse il disaccordo che opponeva la prospettiva di Tocqueville a quella dei liberali classici, ad un Constant, a un Guizot, ad esempio; sappiamo che, a differenza di costoro, egli considerava la democrazia politica un sistema costituzionale, che, volenti o nolenti, andava accettato. A lui, aristocratico per nascita, per formazione sociale, era impossibile condividere il convincimento tipico delle « élites » borghesi che il processo della storia fosse ormai giunto a un assetto definitivo: quello realizzato, nel segno del progresso civile dei tempi, con il predominio di una nuova « aristocrazia », quella giusta infine, espressione di una ricchezza, di una tecnica, di un sapere personalmente, faticosamente conquistati ([24]). A lui la storia svelava invece un altro disegno dalle proiezioni assai più complesse ed inquietanti: l'affermarsi invincibile di un processo sociale egualitario che, dopo aver distrutto le antiche gerarchie, avrebbe alla lunga sconfitto anche le ambizioni egemoniche della « nouvelle aristocratie » — quella del censo — per istaurare infine il regno della massa, di una moltitudine di uomini dai tratti sempre più omogenei e uniformi. Tutta la sua riflessione si muove all'interno

---

([24]) La sicurezza che si fosse giunti così a una forma ottimale e definitiva del processo politico moderno — quella del primato del « merito » — era comune ai grandi interpreti del pensiero borghese. Di ciò ho scritto in *Lo ' stato sociale democratico ' nell'analisi di Tocqueville*, cit.; vorrei aggiungere che si amava parlare allora della borghesia come di « une nouvelle aristocratie », per appropriarsi fin nella forma lessicale dei « valori » e del ruolo della vecchia « élite ». Cfr. GUIZOT, *Des moyens de gouvernement*, cit., cap. VII, p. 157: « quand les vrais avantages que recherchait le peuple en réclamant l'égalité sont obtenus, les classes inférieures elles-mêmes s'apaisent. Elles s'établissent dans leur meilleure situation. *La nouvelle aristocratie* qui s'est formée a des intérêts qui leurs sont communs et les protège en se défendant ». CONSTANT, *Des aveux échappés aux ennemis de la loi des élections*, in « La Minerve Française », in *Recueil d'articles*, cit., I, p. 1136: « la *seule aristocratie* qui soit possible en France est celle qui naît de la nature des choses, c'est à dire une *sorte d'aristocratie mobile* fondée sur la propriété ». Simili analisi si riscontravano persino in autori — come Michel Chevalier — di formazione sansimoniana: « la société européenne est *aristocratique* [...]. La société américaine est essentiellement et radicalement une démocratie » (M. CHEVALIER, *Lettres sur l'Amérique du Nord*, Paris, Gosselin, 1836).

Sul « mito » aristocratico e sull'illusione borghese di esserne l'erede tutto è da scrivere; un'introduzione al problema rimane l'opera straordinaria di OTTO BRUNNER, *Vita nobiliare e cultura europea*, trad. ital., Bologna 1972.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di una simile lettura della storia, di cui amo citare la sintesi emblematica in un passo straordinario per efficacia stilistica che si legge nell'*Introduzione* alla *Democrazia in America*: « serait-il sage de croire qu'un mouvement social qui vient de si loin pourra être suspendu par les efforts d'une génération? Pense-t-on, qu'après avoir détruit la féodalité et vaincu les rois, la démocratie reculera devant les bourgeois et les riches? » ([25]). Questa affermazione segna una singolare rivincita del pensiero aristocratico su quello borghese: la risposta di chi si rifiuta di condividere la fiducia dei « bourgeois et des riches » di rappresentare ormai il ceto vincente, e di essere in grado di contenere — in una armonica compensazione degli interessi reciproci — le spinte egualitarie emergenti dal corpo sociale. Tocqueville sa che « l'égalité » — il processo sociale livellatore di cui contempla la storia dal Medio Evo all'oggi — non si arresterà affatto — come si credeva allora — alla equiparazione dei diritti civili, ma imporrà alla lunga la sua legge anche nel campo dei diritti politici, piegando alla logica della democrazia una classe politica impreparata, perché ottusamente ferma al rifiuto di una realtà amara, forse, ma inevitabile. Tale ragionamento — lo sappiamo — introduce l'analisi dedicata nella *Dem.* I alle forme istituzionali e politiche con cui si è realizzata in America la democrazia: Tocqueville intende così offrire ai contemporanei quella « science politique nouvelle », che — come afferma a premessa della sua opera — la storia esige senza che i più sembrino avvedersene.

E fin qui c'è soltanto da prender atto della lucidità di analisi, della straordinaria lungimiranza di questo giovane aristocratico, capace di individuare dall'esterno, senza illusioni, fenomeni e processi sociali allora incompresi o volutamente ignorati. Ma

---

([25]) *Dem.* I, *Introduzione*, p. 4. Si legga, in termini di confronto, la descrizione tracciata da Constant sull'ordine sociale perfetto ormai in via di affermazione: « des bases inébranlables pour les institutions générales, une garantie positive pour les droits individuels, la sûreté pour ce qu'on possède [...] l'harmonie dans l'ensemble, la fixité dans les détails, une théorie lumineuse, une pratique préservatrice, tels sont les caractères du système des principes. Il est la réunion du bonheur public et particulier. Il ouvre la carrière du génie comme il défend la propriété du pauvre. Il appartient aux siècles et les convulsions du moment ne peuvent rien contre lui » (CONSTANT, *Cours*, cit., III, cap. IX, p. 260).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— e questo è il punto — quando poi Tocqueville intraprende a leggere la democrazia politica, prendendo in esame istituti e prassi vigenti negli Stati Uniti, il critico deve registrare un dato sconcertante: che egli applica in questo suo vaglio gli strumenti interpretativi della scienza costituzionale classica, gli stessi di Constant per intenderci; non solo, che tale suo giudizio riflette le stesse diffidenze, le stesse paure da cui traeva origine la tenace opposizione anti-democratica della classe politica post-rivoluzionaria. Anche per lui — lo si è detto — il termine « democrazia politica » non è formula retorica, generica, improbabile; è formula che configura una realtà politica precisa: l'effettiva sovranità dei ceti inferiori della popolazione, che piegherà le leggi e la prassi di governo, secondo la logica di ogni potenza, ai propri interessi di parte. È da tale immagine della democrazia, che poi è quella dei suoi contemporanei, dalla configurazione suggestiva e inquietante di un popolo realmente sovrano, che occorre muovere per individuare le matrici al tempo stesso concettuali ed emotive su cui poggia il giudizio di Tocqueville sulla costituzione americana. Si tratta di uno schema che si muove all'interno dello schema teorico già fissato dal *Federalist* e da Constant, ma, aggiungerei, sviluppato con una vena ancor più dichiaratamente anti-popolare. Identica è la definizione del connotato peculiare, « permanente » — Tocqueville dice — degli ordinamenti democratici, che anche lui individua nella tendenza tipica del potere legislativo ad allargare enormemente la sua sfera di intervento, sì da esigere meccanismi istituzionali che diano forza maggiore all'esecutivo e al giudiziario. « La tendence permanente de ces nations [delle nazioni democratiche] — egli afferma — est de concentrer toute la puissance gouvernamentale dans les mains du seul pouvoir qui représente directement le peuple, parce que, au delà du peuple, on n'aperçoit plus que des individus égaux, confondus dans une masse commune » ([26]). Dunque anche Tocqueville si fa interprete del principio primario della cultura costituzionale del tempo che raccordava la sovranità popolare a un fenomeno *necessario* di concentrazione dei poteri in quell'organo dello Stato — il Parlamento — espressione diretta del corpo sociale; un principio questo

([26]) *Dem.* I, parte I, cap. V, p. 97.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che diventa canone interpretativo centrale nella sua lettura delle leggi costituzionali americane.

Ma l'eccessivo potere del legislativo è da lui visto congiunto con un altro rischio gravissimo, che anzi nel suo discorso assume una importanza-chiave: la dipendenza troppo stretta del deputato dalla volontà dell'elettore, sì da fare del popolo — senza alcuna mediazione — il vero legislatore. È ciò che egli afferma — proprio a mo' di sintesi del suo giudizio sulla costituzione americana — con termini chiarissimi: « deux dangers principaux menacent l'existence des démocraties: l'asservissement complet du pouvoir législatif aux volontés du corps électoral. La concentration dans le pouvoir législatif de tous les autres pouvoirs du gouvernement » ([27]). L'asservimento completo del legislativo alle direttive del corpo elettorale: un problema questo quasi incomprensibile in un'epoca come la nostra, dominata da un problema antitetico, della coscienza latente nell'elettorato di una sostanziale impotenza, esso era invece vissuto nel primo Ottocento con sotterraneo disagio. I teorici del principio parlamentare non potevano negare il fondamento del loro sistema, quello che faceva del Parlamento l'espressione diretta della volontà degli elettori; ma, d'altra parte, le diffidenze che tale matrice « popolare » di indirizzo ispirava erano grandi, sì ché il tema era affrontato nei trattati e nei discorsi parlamentari dell'epoca spesso in termini volutamente generici. Tale non è il caso di Tocqueville, il quale torna a condannare senza mezzi termini ogni tipo di azione parlamentare che si faccia interprete troppo fedele delle direttive dell'elettorato, senza garantirsi quel margine di autonomia necessario per razionalizzare le « passioni » della massa: « il se répand de plus en plus aux Etats-Unis une coutume qui finira par rendre vaines les garanties du gouvernement représentatif: il arrive très fréquemment que les électeurs, en nommant un député, lui tracent un plan de conduite et lui imposent un certain nombre d'obligations positives dont il ne saurait nullement s'écarter. Au tumulte près, c'est comme si la majorité elle-même délibérait sur la place publique » ([28]).

([27]) *Dem.* I, parte I, cap. VIII, p. 158.
([28]) *Dem.* I, parte II, cap. VII, p. 258.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tale può dirsi quindi l'impianto concettuale con cui il giovane aristocratico affronta e valuta la prima carta costituzionale democratica dell'evo moderno; rispondente a due princìpi-base — alla critica dello strapotere del Parlamento e al rifiuto di fare della legge una emanazione diretta della volontà popolare — esso fornisce una chiave di lettura sostanzialmente univoca del discorso costituzionale tocquevilliano. Un primo riscontro di tale ottica di analisi lo si ricava dal giudizio che Tocqueville formula sulle costituzioni dei singoli Stati dell'Unione e di quella federale. Si tratta di un giudizio differenziato che individua in quelle i segni chiari della fatale, rischiosissima tendenza della democrazia a concentrare tutti i poteri nell'organo legislativo, mentre ammira in questa — nel grande disegno costituzionale elaborato a Filadelfia — la saggezza di un ammirevole sforzo di reazione.

È il tema affrontato in un capitolo specifico della *Dem.* I, fondamentale per intendere la prospettiva di Tocqueville in materia: *En quoi la constitution fédérale est supérieure à la constitution des Etats*. I criteri adottati dai costituenti a Filadelfia per limitare «l'estrema dipendenza» dei membri delle assemblee legislative dai loro elettori, per fare del Senato, grazie a un sistema diverso di elezione, un corpo più rappresentativo dell'ingegno e della cultura, per condizionare il legislativo con un forte esecutivo sono messi in risalto con un taglio di discorso che conduce diritto alle seguenti conclusioni: «les démocraties sont naturellement portées à concentrer toute la force sociale dans les mains du corps législatif. Celui-ci, étant le pouvoir qui émane le plus directement du peuple, est aussi celui qui participe le plus de sa toute-puissance. On remarque donc en lui une tendance habituelle qui le porte à réunir toute espèce d'autorité dans son sein. Cette concentration des pouvoirs, en même temps qu'elle nuit singulièrement à la bonne conduite des affaires, fonde le despotisme de la majorité. Les législateurs des Etats se sont fréquemment abandonnés à ces instincts de la démocratie; ceux de l'Union ont toujours courageusement lutté contre eux» ([29]). Questo passo rac-

([29]) *Dem. I*, parte I, cap. VIII, p. 157. Lo stesso in *Dem. I*, parte I, cap. V, pp. 88-89: «en Amérique la législation de chaque Etat n'a devant elle aucun pouvoir capable de lui résister. Rien ne saurait l'arrêter dans sa voie,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chiude i princìpi-base della scienza costituzionale del primo Tocqueville in materia di democrazia politica: è difficile è veramente riscontrarvi una svolta concettuale innovatrice, « une science politique nouvelle ». Sul piano teorico, esso esprime quasi alla lettera i concetti di Constant, che, applicati alla analisi delle leggi americane, conducevano a giudizi anch'essi abbastanza scontati: certo già circolanti. Anni prima un altro viaggiatore francese in America, autore di una cronaca ormai nota appena agli specialisti — Felix de Beaujour — aveva applicato gli stessi schemi concettuali nel suo giudizio della Costituzione dell'Unione, anticipando le parole critiche di Tocqueville. « Les trois pouvoirs qui régissent chaque Etat sont bien distincts et séparés — egli osservava — mais ils sont en général mal balancés l'un avec l'autre et presque tous faiblement constitués [in nota: En général le pouvoir législatif y a trop de force et le pouvoir exécutif trop peu, parce que on craint mal à propos de compromettre la liberté politique], en suite que presque partout le gouvernement manque de force pour faire exécuter les lois » (30).

I timori espressi da Beaujour sono gli stessi di Tocqueville, gli stessi degli esponenti della cultura liberale di fronte all'esperimento politico americano: ammirazione, ma anche oscuro sgomento per i possibili sviluppi in Europa di un « esempio » dai contorni democratici sempre più precisi (31); mentre unanime è

---

ni privilèges, ni immunité locale, ni influence personnelle, pas même l'autorité de la raison, car elle représente la majorité qui se prétend l'unique organe de la raison ».

(30) Felix DE BEAUJOUR, *Aperçu des Etats-Unis*, à Paris, Michaud, 1814, pp. 63-64; Ancora: « ce qui manque essentiellement au gouvernement américain c'est qu'il n'a lui-même aucune garantie suffisante contre le peuple. Si l'on voulait perfectionner ce gouvernement, il faudrait le renforcer et en mieux balancer les pouvoirs pour les maintenir dans un équilibre plus parfait » (ivi, p. 73).

(31) René Rémond ha analizzato in modo magistrale quale fosse l'« immagine » degli Stati Uniti comune alla cultura europea, e ha riscontrato come da una prima fase (dalla fine del '700 al 1830 circa) dominata dal « mito » della libertà americana, si passò ad una fase di ripensamento, quanto l'avvento di Jackson mise meglio in luce le reali matrici democratiche della vita politica americana. Cfr. R. RÉMOND, *Les Etats-Unis devant l'opinion française (1815-1852)*, Paris 1962, II, tutta la IIª e IIIª parte. Si tratta di uno studio fondamentale anche per dare il giusto sfondo al giudizio di Tocqueville sulla costituzione americana.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il consenso con cui viene contemplata nello stesso ambiente culturale l'azione svolta in seno alla Convenzione di Filadelfia dai « federalisti », da coloro cioè che seppero imporsi al partito democratico, affinché l'eccessivo potere degli organi legislativi venisse temperato da un esecutivo dotato di ampie ed autonome facoltà discrezionali. Il « mito » americano si identifica, in realtà, presso l'« intellighentsia » moderata francese con il « mito » di quella raffinata « élite » virgiliana che diresse le sorti dell'Unione al suo sorgere, una « élite » assai vicina per formazione, abitudini, cultura a quella europea, dominata da una stessa istanza di contenere le spinte democratiche emergenti.

Anche qui Tocqueville riflette il clima culturale prevalente; come tutti, egli esterna una ammirazione senza riserve per l'opera svolta da Hamilton, Madison etc. e per le tesi da essi sostenute, fino ad affermare, commentando la vicenda costituzionale del 1787: « le passage des fédéralistes au pouvoir est — à mon avis — l'un des événements les plus heureux qui aient accompagné la naissance de la grande union américaine » ([32]). Solo che a lui costoro appaiono — come afferma subito dopo — espressioni di una società di « élite » in contrasto con i tempi, destinata fatalmente a scomparire per lasciare il posto a politici diversi, più rozzi, più plebei, più democratici, e come tali, rispondenti meglio ai caratteri dell'elettorato, ai gusti di una società in fatale evoluzione egualitaria. « Les fédéralistes luttaient contre la pente irré-

---

([32]) *Dem.* I, parte II, cap. II, p. 181. Sovente Tocqueville torna a esprimere il suo consenso per l'opera svolta dal partito federalista in seno alla convenzione di Filadelfia, consenso confermato dalle citazioni che cadono sovente nella *Dem. I* tratte dal *Federalist*. Ecco alcuni giudizi sui Padri della Costituzione americana: « la grande cause de la supériorité de la constitution fédérale est dans le caractère même des législateurs [...]. J'ai déjà fait observer plus haut que les législateurs de l'Union avaient presque tous été remarquables par leurs lumières, plus remarquables encore par leur patriotisme » (*Dem.* I, parte I, cap. VIII, p. 155). « Lorsque l'insuffisance de la première constitution fédérale se fit sentir, l'effervescence des passions politiques qu'avait fait naître la révolution était en partie calmée et tous les grands hommes qu'elle avait créés existaient encore. Ce fut un double bonheur pour l'Amérique. L'assemblée peu nombreuse qui se chargea de rédiger la seconde constitution renfermait les plus beaux esprits et les plus nobles caractères qui eussent jamais paru dans le Nouveau Monde. George Washington la présidait » (ivi, p. 115).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sistible de leur siècle et de leur pays » (33). In questa frase si colgono bene i segni di quella singolare antinomia in cui si muove il pensiero tocquevilliano: esiste in lui una coscienza lucidissima dell'invincibile evoluzione democratica della società contemporanea che lo induce a giudicare chi tentasse di arginarne la direzione come personaggi in contrasto con la logica della storia; frase si colgono bene i segni di quella singolare antinomia in cui si muove il pensiero tocquevilliano: esiste in lui una coscienza lucidissima dell'invincibile evoluzione democratica della società contemporanea che lo induce a giudicare chi tentasse di arginarne la direzione come personaggi in contrasto con la logica della storia; ma un simile autonomo taglio di giudizio convive in lui con una cultura politica ispirata a schemi mentali sostanzialmente antidemocratici, che lo porta a « leggere » gli istituti e le prassi della democrazia con un metro di giudizio analogo a quello dei liberali moderati, di coloro che pur gli appaiono i vinti della storia, sconfitti dalla « pente irrésistible de leur siècle et de leur pays ».

In questa antinomia risiede, a mio avviso, il vero nodo irrisolto della *Dem.* I: opera scritta per imporre infine ai contemporanei il problema improrogabile della democrazia politica, essa finisce per proporre loro una immagine della democrazia, dei suoi sviluppi, e soprattutto dei suoi rischi, che riflette la stessa ottica anti-popolare della cultura costituzionale europea; dirò di più, per alcuni aspetti, rimane indietro persino ai risultati a cui tale cultura era già pervenuta. Riflettiamo sugli elementi già emersi: la diffidenza che ispira a Tocqueville un regime di autogoverno è il filo rosso unificante ogni tappa della sua analisi delle leggi costituzionali americane; si è manifestata — lo si è visto — nella

---

(33) Ivi. Questa è la descrizione — tracciata negli appunti di viaggio — della fatale scomparsa della vecchia, amata « élite » in America: « toutes les manières d'être et la tournure d'esprit de Ch. Carrol le font ressembler complètement à un gentilhomme d'Europe [...]. Cette race d'homme disparait aujourd'hui après avoir fourni les plus grands hommes à l'Amérique. Avec eux se perd la tradition des moeurs élévés, le peuple s'éclaire, les connaissances s'étendent, une capacité moyenne devient commune [...]. Ces divers effets de la marche de la civilisation et des lumières, dont on se doute seulement en Europe, apparaissent dans tout leur jour en Amérique » (*Voyages en Sicile et aux Etats-Unis*, O.C., vol. V, cahier non alph. 2-3; nov. 1831, p. 121).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

critica svolta ai princìpi fondanti il potere legislativo nei singoli Stati dell'Unione; si manifesta quando egli affronta l'istituto più noto e discusso della Costituzione americana: il suo massimo organo esecutivo, incarnato dal Presidente degli Stati Uniti. In tale organo la cultura politica liberale soleva allora indicare il capolavoro del partito federalista: autonomo dalla volontà della Assemblea legislativa, poggiante su una complessa elezione a due gradi, dotato di un forte e autonomo potere decisionale, l'istituto presidenziale sembrava, in effetti, esprimere il massimo successo di chi si era battuto per limitare lo strapotere dei corpi legislativi voluto dal partito democratico. Eppure a Tocqueville le facoltà accordate dalla Costituzione americana al Presidente appaiono ancora troppo modeste, inadeguate a contrastare le volontà delle assemblee legiferanti; lo afferma più volte con termini inequivocabili: « il ne s'est encore rencontré personne qui se souciât d'exposer son honneur et sa vie pour devenir président des Etats-Unis, parce que le président n'a qu'un *pouvoir temporaire, borné et dépendant* » (34). « Les législateurs américains [...] n'eurent point de peine à établir un *pouvoir exécutif faible et dépendant* » (35). « L'influence qu'exerce le président [...] est sans doute *faible et indirecte*, mais elle s'étend sur la nation entière » (36). Debole, dipendente, condizionato: questi gli aggettivi che ricorrono più sovente nel discorso tocquevilliano sul Presidente degli Stati Uniti, la carica elevata invece a simbolo di lungimiranza politica negli scritti dei costituzionalisti europei, e — in campo opposto — criticata duramente, come emblema di una latente vocazione autoritaria, da chi parlava in nome della vera democrazia. Dotato di attribuzioni limitate e circoscritte, il Presidente dell'Unione appare a Tocqueville inoltre privo di una reale autonomia di decisione nei confronti degli organi legislativi, fino a vedere in lui « un docile strumento nelle mani della maggioranza » (37). E qui

(34) *Dem.* I, parte I, cap. VIII, p. 130.

(35) Ivi, p. 134.

(36) Ivi, p. 137.

(37) Tale discorso — importantissimo — cade a proposito del diritto di rielezione accordato al Presidente uscente, che determina in lui — a dire di Tocqueville — acquiscenza eccessiva ai voleri dell'elettorato: « réeligible, le président des Etats-Unis n'est qu'un instrument docile dans les mains de la majorité. Il aime

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— su questo tema centrale — il discorso tocquevilliano intende andare oltre al dato specifico, al riscontro dei caratteri di un istituto vigente in America; intende fissare invece la legge generale, il vizio tipico dell'esecutivo in ogni regime democratico. « Cette dépendance du pouvoir exécutif est un des vices inhérents aux constitutions républicaines — egli afferma — Les Américains n'ont pu détruire la pente qui entraine les assemblées législatives à s'emparer du gouvernement, mais ils ont rendu cette pente moins irrésistible » (38). È questo un discorso strettamente consequenziale con lo schema teorico fin qui applicato: nel parlare di una dipendenza *necessaria* dell'esecutivo rispetto al legislativo, lì dove vige la sovranità popolare, Tocqueville non fa altro che portare alle sue logiche conseguenze il principio-cardine della scienza costituzionale del tempo, che era anche il suo: l'identificazione della democrazia politica con un fenomeno di accentramento dei poteri nel Parlamento. Solo che egli contempla un simile rischio con occhi ancor più pessimisti; scarsa fiducia gli ispirano i « rimedi » elaborati dai costituzionalisti liberali al fine di controllare le tendenze tipiche delle democrazie: il diritto di « veto », ad esempio, accordato all'esecutivo in materia legislativa, che era stato accolto dalla Costituzione americana, suscitando lo sdegno di chi vedeva così compromesso il libero esercizio del potere legiferante. Ebbene, proprio il diritto di « veto », tardo erede di una tradizione costituzionale settecentesca, a Tocqueville non basta: esso gli appare uno strumento difensivo inadeguato, che, alla lunga, non è in grado di ostacolare il volere di un'assemblea legislativa realmente decisa a perseguire i suoi obiettivi (39).

---

ce qu'elle aime, hait ce qu'elle hait, il vole au devant de ses volontés, prévient ses plaintes, se plie à ses moindres désirs: les législateurs voulaient qu'il la guidât, et il la suit » (*Dem.* I, parte I, cap. VIII, p. 140). E ancora: « le président est placé à côté de la législature comme un pouvoir inférieur et dépendant » (ivi, p. 126).

(38) *Dem.* I, parte I, cap. VIII, p. 123.

(39) *Dem.* I, parte I, cap. VIII, p. 123: « le président est armé d'un veto suspensif qui lui permet d'arrêter à leur passage les lois qui pourraient détruire la portion d'indépendance que la constitution lui a laissée. Il ne saurait pourtant y avoir qu'une lutte inégale entre le président et la législature, puisque celle-ci, en persévérant dans ses desseins, est toujours maitresse de vaincre la résistance qu'on lui oppose, mais le veto suspensif la force du moins à retourner sur ses pas ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La verità è che Tocqueville non riesce ad accettare l'essenza stessa della carica presidenziale e cioè la sua origine elettiva; più volte egli esprime una propensione chiara per il principio dinastico, sostenendo la funzionalità della monarchia ereditaria, in rapporto al regime repubblicano. Non a caso ho usato un prosaico termine tecnico, perché funzionale e null'altro è l'istituto monarchico difeso da Tocqueville; una struttura politicamente opportuna, non già un ideale maturato nel nostalgico ambiente « ci-devant ». La Monarchia che egli ora contempla e propugna non ha nulla in comune infatti — ed egli ne è lucidamente consapevole — con quella « vera », con la Monarchia segnata dal crisma di un prestigio secolare, che regnava su una società piramidale, immobile nelle sue ataviche gerarchie: essa è scomparsa per sempre, insieme ai valori, all'universo mentale, alla società di cui costituiva il vertice emblematico (40). Ormai, in epoca post-rivoluzionaria, di una regalità sconfitta nei suoi caratteri peculiari

---

Lo stesso a p. 129: « en Amérique le président ne peut empêcher la formation des lois; il ne saurait se soustraire à l'obligation de les exécuter. Son concours zélé et sincère est sans doute utile, mais il n'est point nécessaire à la marche du gouvernement. Dans tout ce qu'il fait d'essentiel, on le soumet directement ou indirectement à la législature; où il est entièrement indépendant d'elle, il ne peut presque rien ».

(40) Tocqueville ha sempre distinto la Monarchia dell'« ancien régime » da quella costituzionale come due istituzioni diverse nei princìpi e nei valori, fino a esprimere regimi non confrontabili. Così descrive i caratteri della vecchia monarchia: « quand le pouvoir royal, appuyé sur l'aristocratie, gouvernait paisiblement les peuples de l'Europe, la société au milieu de ses misères jouissait de plusieurs genres de bonheur, qu'on peut difficilement concevoir et apprécier de nos jours. La puissance de quelques sujets élévait des barrières insurmontables à la tyrannie du prince; et les rois, se sentant d'ailleurs revêtus aux yeux de la foule d'un caractère presque divin, puisaient, dans le respect même qu'ils faisaient naître, la volonté de ne point abuser de leur pouvoir » (*Dem.* I, *Introduction*, p. 6). Ecco i termini della frattura tra il vecchio ordine monarchico e le monarchie costituzionali post-rivoluzionarie: « mais quand une fois le prestige de la royauté s'est évanui au milieu du tumulte des révolutions, lorsque les rois se succédant sur le trône, y ont tour à tour exposé au regard des peuples la faiblesse du *droit* et la dureté du *fait*, personne ne voit plus dans le souverain le père de l'Etat et chacun y aperçoit le maître » (*Dem.* I, parte II, cap. IX, p. 327). Si tratta di un discorso complesso che contempla la crisi del « mito » e quindi della forza monarchica anche presso quei regimi europei che ancora mantenevano ferme le vecchie strutture autocratiche, ma prive ormai del necessario supporto sociale ed etico del passato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

permane agli occhi di Tocqueville solo il fondamento istituzionale, la presenza cioè di un capo dell'esecutivo sottratto all'elezione del popolo: una formula che garantisce una maggiore autonomia di azione politica, perché rende il primo cittadino dello Stato meno dipendente — come rischia di essere il Presidente dell'Unione — dalla « direzione della maggioranza ». Ecco ancora un tratto di quella grande paura che, malgrado i propositi filo-democratici di Tocqueville, lo domina, come dominava i suoi contemporanei, e che ora — nel trattare i rischi del sistema elettivo — si esprime nell'immagine di un popolo in preda a passioni instabili, irrazionali, tali da compromettere l'equilibrio dell'esecutivo. Ogni testimonianza riflette una simile ottica, o meglio un simile stato d'animo: dal discorso tutto emotivo che lo fa parlare del momento dell'elezione del Presidente in America come un « momento di crisi nazionale » ([41]) — una sorta di fiera in cui ogni candidato si offre al migliore offerente, alla massa, per ottenerne i consensi — ai discorsi più pacati ma identici nel fondo che elogiano i vantaggi del regime monarchico: una maggiore stabilità, equilibrio, una solida linearità di indirizzo politico; segni tipici questi, agli occhi di Tocqueville, della presenza di un capo dell'esecutivo, il quale, forte di una origine dinastica, è meno succube dell'ambizione tipica di ogni presidente di compiacere ad ogni costo la maggioranza del suo elettorato, e di subirne i « capricci » ([42]).

([41]) *Dem.* I, parte I, cap. VIII, p. 137: « cependant on peut encore considérer le moment de l'élection du président des Etats-Unis comme une époque de crise nationale [...]. Longtemps avant que le moment fixé n'arrive, l'élection devient la plus grande et pour ainsi dire l'unique affaire qui préoccupe les esprits. Les factions redoublent alors d'ardeur [...]. De son côté, le président est absorbé par le soin de se défendre. Il ne gouverne plus dans l'intérêt de l'Etat, mais dans celui de sa réélection; il se prosterne devant la majorité, et souvent, au lieu de résister à ses passions, comme son devoir l'y oblige, il court au-devant de ses caprices ». Lo stesso ivi, pp. 129-30: « ce qu'on reproche, non sans raison, au système électif appliqué au chef de l'Etat, c'est d'offrir un appât si grand aux ambitions particulières et de les enflammer si fort à la poursuite du pouvoir que souvent, les moyens légaux ne leur suffisant plus, elles en appellent à la force, quand le droit vient à leur manquer ».

([42]) Cito solo alcune testimonianze tipiche di un tema ricorrente in Tocqueville: « le pouvoir du Roi, en France, a d'abord sur celui du président, l'avantage de la durée. Or la durée est un des premiers éléments de la force. On n'aime et on

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

III. Giunti a questo punto, è bene mettere a confronto gli elementi emersi fin'ora e riflettervi su, ordinandoli schematicamente:

a) Tocqueville è convinto che l'uguaglianza politica e sociale in evoluzione ovunque finirà per tradursi necessariamente in uguaglianza politica e cioè nella creazione di regimi democratici, e lo afferma, ponendosi così in contrasto con chi continuava a proporre soluzioni fondate su basi censitarie, tali da escludere o limitare la partecipazione dei non-abbienti all'esercizio della vita pubblica.

b) Egli, d'altra parte, però vive sostanzialmente all'interno dell'universo mentale dei suoi contemporanei, la cui immagine di un « popolo sovrano » è la stessa che abbiamo vista emergere — con tratti oscuramente minacciosi — dagli scritti tocquevilliani: una massa effettivamente egemone, spesso passionale, a volte irrazionale, sempre spinta da interessi e da esigenze di parte.

c) Ciò spiega perché egli applichi — nella sua analisi delle istituzioni americane — gli schemi concettuali elaborati dalla scienza costituzionale borghese sulla democrazia politica; il suo taglio di giudizio risponde infatti — lo si è visto — al cardine teorico di tale cultura, all'identificazione del regime democratico, nella sua essenza, con un fenomeno di concentrazione di tutti i poteri dello Stato nel Parlamento — nell'organo che discende più direttamente dalla volontà popolare — la cui forza finisce per configurarsi con una vera e propria egemonia non soggetta a controlli. Il giudizio di Tocqueville sulla fatale, inevitabile debolezza dell'esecutivo in tale regime, sui vantaggi dell'istituto mo-

---

ne craint que ce qui doit exister longtemps. Le président des Etats-Unis est un magistrat élu pour quatre ans. Le roi en France est un chef héréditaire. Dans l'exercice du pouvoir exécutif, le président des Etats-Unis est continuellement soumis à une surveillance jalouse [...]. Le Roi de France est maître absolu dans la sphère du pouvoir exécutif » (*Dem.* I, parte I, cap. VIII, p. 126); e ancora: « lorsque le chef du gouvernement est élu, il en résulte presque toujours un défaut de stabilité dans la politique intérieure et extérieure de l'Etat » (ivi, p. 131); « les monarchies héréditaires ont un grand avantage: l'intérêt particulier d'une famille y étant continuellement lié d'une manière étroite à l'intérêt de l'Etat, il ne se passe jamais un seul moment où celui-ci reste abandonné à lui- même » (ivi, pp. 130-31); « le système de l'élection appliqué au chef du pouvoir exécutif chez un grand peuple présente des dangers que l'espérience et les historiens ont suffisamment signalés » (ivi, p. 129).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

narchico, sull'esigenza primaria di garantire l'autonomia degli organi giudiziari altro non sono che logici corollari, discendenti dal principio-primo del suo discorso costituzionale; un principio, a dire il vero, adottato con radicalità peculiare, tanto da riflettere — lo si è visto — una vena anti-popolare ancor più accentuata che in altri scritti politici coevi pur assai critici sulla democrazia (43).

E allora — ci si chiede ed è interrogativo centrale di questa ricerca — se tale era il suo universo teorico, se tali erano i suoi sentimenti, di quali strumenti concettuali poteva Tocqueville valersi per realizzare l'obiettivo della sua opera, per rimuovere cioè quella preclusione rigida che opponeva liberalismo a democrazia? E aggiungo: come poteva egli, che ne condivideva le premesse-base, smontare quel meccanismo perfetto elaborato dai politici borghesi, che conduceva dritto alla nozione di « tirannide della maggioranza » e all'ostracismo quindi dell'ideologia democratica in nome della libertà?

La risposta a questi interrogativi cade ormai scontata, anche se certo spiacerà a molti; ma occorre infine ammetterlo: il primo Tocqueville non ha innovato sostanzialmente la scienza politica dell'epoca; non era certo enunciando alcuni aspetti positivi, alcuni vantaggi di una vita politica democratica (dinamismo, spirito pubblico etc.) che si poteva giungere a sciogliere il massimo nodo concettuale di tale cultura: occorreva rifondare su basi nuove il concetto di « democrazia » e congiungerlo — a livello teorico — con quello di « libertà ». Ora questo Tocqueville non era in grado

---

(43) Un discorso a parte meriterebbe la cautela senza entusiasmo con cui il primo Tocqueville promuove la causa della libertà di stampa, un principio questo, invece, di cui tutti i liberali del tempo — primo tra gli altri il Constant — erano ardenti difensori. « J'avoue — egli scrive — que je ne porte point à la liberté de la presse cet amour complet et instantané qu'on accorde aux choses souverainement bonnes de leur nature. Je l'aime par la considération des maux qu'elle empêche bien plus que pour les biens qu'elle fait » (*Dem.* I, parte II, cap. III, p. 185). Questa cautela riflette i timori di Tocqueville sulla possibile forza di incidenza esercitata dalla stampa sulle passioni dell'elettorato, posizione che si presenterà in termini esattamente antitetici nella *Dem.* II. Sulle tesi ugualmente problematiche esposte nella *Dem.* I sui partiti, cfr. il saggio fondamentale di N. MATTEUCCI, *Il problema del partito politico nella riflessione di A. de Tocqueville*, in *Il pensiero politico*, 1968, pp. 39-92.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di farlo: non lo consentiva la sua formazione teorica, e la natura stessa della sua struttura mentale, su cui agivano immagini, reazioni, paure tipiche della generazione post-rivoluzionaria.

Ed, in effetti, il problema della « tirannide della maggioranza », dell'esito necessariamente oppressivo di ogni democrazia, permane nella *Dem.* I problema statico e invariato: oggetto di un capitolo specifico dell'opera dal titolo significativo — *De l'omnipotence de la majorité et de ses effets* — esso segna il momento di massima chiarificazione di tutti gli aspetti antinomici del pensiero tocquevilliano già emersi: la testimonianza- chiave del suo esito irrisolto. Ricostruiamone il ragionamento: Tocqueville si dichiara convinto — come lo erano Constant, Guizot, Royer-Collard — che quando l'origine del potere è unica ed è sottratta ad ogni controllo, come avviene nelle democrazie, allora il dispotismo è inevitabile: esso scaturisce *necessariamente* dall'assenza di ogni forma di condizionamento nei confronti della forza del « popolo », solo, onnipotente « sovrano ». Aggiungo: le leggi e la prassi politica americana non sono valse a smentire questo suo schema teorico, anzi lo hanno convalidato; egli vi ha riscontrato — lo si è visto — rischiosissimi segni di una forma nuova di concentrazione dei poteri di origine popolare, ed ora — giunto al momento-chiave della sua ricerca — quello che ne affronta l'interrogativo centrale, egli sintetizza i risultati di tante pazienti analisi, di tanti riscontri in una formula apodittica: « la majorité a donc aux Etats-Unis une immense puissance de fait et une puissance d'opinion presque aussi grande; et lorsqu'elle est une fois formée sur une question, il n'y a pour ainsi dire point d'obstacles qui puissent, je ne dirai pas l'arrêter, mais même retarder sa marche, et lui laisser le temps d'écarter les plaintes de ceux qu'elle écrase en passant » ([44]).

È un fatto: la realtà politica americana non ha fornito a Tocqueville strumenti utili a risolvere il rapporto teorico tra democrazia e liberalismo; egli lo afferma esplicitamente ([45]). Non solo:

([44]) *Dem.* I, parte II, cap. VII, p. 259.

([45]) Ecco un altro indice conclusivo delle sue osservazioni: « lorsqu'un homme ou un parti souffre d'une injustice aux Etats-Unis à qui voulez-vous qu'il s'adresse? A l'opinion publique? C'est elle qui forme la majorité; au corps législatif? Il re-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tale sua analisi su dati empirici ha acuito il suo convincimento che lì dove regna la sovranità popolare, lì si afferma nelle leggi e nell'azione di governo una logica politica che non premia le superiorità dell'ingegno, della cultura, della ricchezza del paese, ma persegue invece solo gli interessi e le esigenze della maggioranza della popolazione e cioè dei ceti inferiori. « L'empire moral de la majorité — egli continua — se fonde en partie sur cette idée qu'il y a plus de lumière et de sagesse dans beaucoup d'hommes réunis que dans un seul, dans le nombre des législateurs que dans le choix [...]. L'empire morale de la majorité se fonde encore sur ce principe, que les intérêts du plus grand nombre doivent être préférés à ceux du petit » (46).

Ma se persino gli Stati Uniti, sovente celebrati in Europa come simbolo di libere istituzioni, sembrano a Tocqueville convalidare i princìpi classici della cultura costituzionale del tempo e riproporre l'immagine della natura intrinsecamente oppressiva, illiberale della democrazia, allora che strada rimaneva a lui aperta per assolvere il compito, direi la missione da cui era mossa la sua opera: convincere i contemporanei ad accettare nella democrazia il prodotto della legge vincente della storia? Come dare a questo sistema politico ormai imposto da un processo sociale inarrestabile il suo avallo, il crisma di un uomo libero? Che su un simile interrogativo si giocasse il senso, la ragione stessa della sua opera Tocqueville ne è acutamente cosciente, e di soluzioni ne tenta due, o meglio sviluppa due linee argomentative per uscire da una simile « impasse ». La prima risponde allo sforzo teorico di pervenire a definire il « limite », il « principio-argine » da opporre alla onnipotenza della maggioranza in democrazia. Egli non ignora — e lo dichiara lucidamente — che a lui è preclusa la soluzione classica, la teoria della divisione dei poteri nella versione elabo-

---

présente la majorité et lui obéit aveuglement; au pouvoir exécutif? Il est nommé par la majorité et lui sert d'instrument passif; à la force publique? La force publique n'est autre chose que la majorité sous les armes; au jury? C'est la majorité revétue du droit de prononcer des arrêts; les juges eux-mêmes, dans certains Etats, sont élus par la majorité. Quelque inique ou déraisonnable que soit la mesure qui vous frappe, il faut donc vous y soumettre » (ivi, p. 263).

(46) Ivi, p. 258.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rata allora, che, come si è visto, proponeva una sorta di contemperamento tra i singoli poteri dello Stato, rispondenti alla composizione pluralistica del corpo sociale, onde arginare così ogni forma di egemonia politica. A lui è preclusa, perché fin dalla premessa della sua opera egli si è dichiarato convinto che la struttura sociale egualitaria in via di sviluppo implicava di per sè una fonte unica del potere politico — la volontà popolare, o meglio la sua maggioranza — sì da escludere l'ipotesi di quei meccanismi istituzionali prefiguranti una « divisione dei poteri ». La sua posizione qui è esplicita e coerente con la sua peculiare lettura dei fenomeni sociali in atto: « ce n'est pas que, pour conserver la liberté, je croie qu'on puisse mélanger plusieurs principes dans un même gouvernement, de manière à les opposer réellement l'un à l'autre. Le gouvernement qu'on appelle mixte m'a toujours semblé une chimère » (47).

Vano è quindi illudersi che l'« argine » scaturisca da un meccanismo di contrapposizione sociale, come vano è ipotizzare forme di democrazia temperata, ispirate alla formula del « governo misto ». La democrazia politica è, agli occhi di Tocqueville, nella sua essenza costitutiva, un regime corrispondente ad una struttura sociale sostanzialmente omogenea e livellata, in cui agisce una matrice unica ed onnipotente di potere politico: il popolo, ovvero la sua maggioranza.

Ma allora dove fissare la linea di difesa della libertà individuale, dei diritti dei singoli? E Tocqueville trascrive la sua lucida consapevolezza di essere giunto qui al punto chiave della *Democrazia in America* in una frase straordinaria anche e soprattutto perché velata da una sottile, eppur chiarissima vena di impotenza: « je

(47) *Dem.* I, parte II, cap. VII, p. 262. Già negli appunti di viaggio T. aveva espresso la sua sfiducia sulle formule « miste » difese dai costituzionalisti del tempo: « il y a deux états sociaux qui se conçoivent nettement: dans l'un, le peuple est assez éclairé et se trouve dans des circonstances telles qu'il peut se gouverner lui-même. Alors la société agit sur elle-même. Dans l'autre, un pouvoir extérieur à la société agit sur elle et la force de marcher dans une certaine voie. Ces deux principes sont clairs et les conséquences s'en déduisent facilement et avec une rigueur logique. Mais il y a un troisième état social dans lequel la force est divisée, étant tout à la fois dans la société et extérieure à la société; celui-là ne se comprend qu'avec peine en théorie, n'existe que péniblement et laborieusement en pratique » (*Voyages*, cit., 27 janvier 1832, pp. 258-59).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

regarde comme impie et détestable cette maxime, qu'en matière de gouvernement la majorité d'un peuple a le droit de tout faire, et pourtant je place dans les volontés de la majorité l'origine de tous les pouvoirs. Suis-je en contradiction avec moi-même? » ([48]). In questo interrogativo risiede la grandezza dell'uomo; poi lo sviluppo del suo ragionamento è tutto un fallimento: un infelice tentativo di dare una risposta teoretica ad un problema politico. Leggiamo quindi che il solo « argine » allo strapotere della maggioranza, che possa essere ipotizzato, lì dove vige una democrazia, è la « giustizia », un principio la cui fondazione filosofica appare a Tocqueville evidentemente oscura, tanto che egli ne parla come di una sorta di « communis opinio » di tutto il genere umano, a cui l'infelice, oppresso dalla tirannide popolare, dovrebbe appellarsi per ottenere ragione degli abusi subìti. Ma meglio di ogni commento vale in questo caso la lettura del passo, in cui Tocqueville si avventura, lui che ha sempre evitato per principio le definizioni astratte, su tale via scivolosa: « il existe une loi générale qui a été faite ou du moins adoptée non seulement par la majorité de tel peuple, mais par la majorité de tous les hommes. Cette loi, c'est la justice. La justice forme donc la borne du droit de chaque peuple. Une nation est comme un jury chargé de représenter la société universelle et d'appliquer la justice, qui est sa loi » ([49]). Chiaramente ispirata alla teoria del « senso comune » di Lamennais, ma avulsa dal contesto filosofico proprio dell'abate bretone ([50]), questa singolare nozione di giustizia, dalla matrice imprecisa (« *fatta* o almeno *adottata* dal genere umano »), priva di ogni esatta connotazione razionale o etica, sarebbe, quindi, secondo Tocqueville, il solo principio capace di ostacolare la tirannide della maggioranza, la sola difesa del singolo. No. Non era certo ricorrendo a tale improbabile arbitraggio del genere umano contro

---

([48]) *Dem.* I, parte II, cap. VII, p. 261.

([49]) Ivi, pp. 261-62.

([50]) Sulle fonti tradizionaliste del pensiero di Tocqueville ho scritto in *Lo ' stato sociale democratico '*, cit. e in *Lo spirito liberale e lo spirito religioso. Tocqueville nel dibattito sulla scuola*, Milano 1976, ma è problema che meriterebbe uno studio specifico. Assai interessante il saggio di D. COFRANCESCO, *Tocqueville e il pensiero conservatore*, in *Controcorrente*, 1974, pp. 11-40.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'oppressione che Tocqueville poteva sperare di vincere le diffidenze dei suoi contemporanei verso la democrazia, di dissipare le tante incognite sui suoi rischi, di cancellare l'immagine inquietante di un popolo sovrano che impone alle minoranze la sua legge.

Più valida semmai può dirsi la seconda linea argomentativa che egli sviluppa: una linea questa empirica, relativista, che viene svolta nel capitolo VIII — il successivo — sotto il seguente titolo: *De ce qui tempère aux Etats-Unis la tyrannie de la majorité.* Qui il discorso si apre a considerare i possibili fattori specifici agenti presso i singoli paesi, fattori storici, sociologici, politici che possono incidere, limitandone la portata e gli effetti, sul processo democratico della concentrazione dei poteri. L'America, ad esempio, ne presenta alcuni che — a dire di Tocqueville — hanno « temperato » il potere dispotico della maggioranza (il decentramento amministrativo, l'autorità sociale goduta dagli uomini di legge, l'adozione, in materia civile e penale, del giurì). Altrove, in altri paesi, potranno esistere fattori diversi, rispondenti a diverse realtà geografiche e politiche, capaci anch'essi di svolgere questo ruolo salutare di condizionamento del potere popolare. Tocqueville dalla teoria è qui sceso — ed è soluzione felice — alla fase dell'aggiustamento concettuale, del compromesso; il suo discorso — va detto e precisato — non innova nulla, lascia intatti gli schemi concettuali della scienza costituzionale del tempo ed il suo implacabile cardine: la nozione di « tirannide della maggioranza »; ma apre infine, contemplando possibili « varianti » nei processi socio-politici in atto, spazi nuovi di speranza, ipotesi imprecisate, ma possibili di libertà ai paesi democratici.

Ma un compromesso resta: è quanto Tocqueville sa di essere in grado di proporre ai francesi del suo tempo, nel momento in cui passa a delineare una ipotesi di democrazia rispondente alle esigenze della realtà socio-politica francese: « est-il donc impossible de concevoir un gouvernement fondé sur les volontés réelles de la majorité, mais où la majorité, *faisant violence aux instincts d'égalité qui lui sont naturels*, en faveur de l'ordre et de la stabilité de l'Etat, consentirait à revêtir de toutes les attributions du pouvoir exécutif une famille ou un homme? Ne saurait-on imaginer une société démocratique où les forces nationales seraient plus centralisées qu'aux Etats-Unis; où le peuple exercerait *un empire moins directe et*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

moins irrésistible sur les affaires générales, et où cependant chaque citoyen, revêtu de *certains droits*, prendrait part, *dans sa sphère*, à la marche du gouvernement? » (51). Fin nella forma lessicale di taglio ipotetico, dubitativo, questo passo rivela la lucida consapevolezza di Tocqueville di proporre una soluzione che non è una soluzione, priva come è chiaramente di basi concettuali solide: una sorta di singolare, patetico appello alla maggioranza, affinché faccia un atto di buona volontà, rinunci alla logica che gli è propria, « ai suoi istinti », e conferisca il potere esecutivo a un Sovrano, lasciando ai cittadini « alcuni diritti », che ognuno eserciterà nella « sua sfera ». Così, con questa blanda allusione a ipotesi di diritti differenziati e specifici, era il principio stesso dell'« égalité » — cardine concettuale della *Democrazia in America* — a entrare in crisi; ma ciò avveniva con formule volutamente generiche, tali da lasciare appena intravedere l'imbarazzo dell'autore e l'ampiezza del compromesso da lui proposto.
Torna ora significativa alla memoria l'amara ammissione di Tocqueville all'amico Kergorlay — la democrazia « come male minore » — il cui reale significato risulta infine chiaro: testimonianza di sofferta consapevolezza che l'antinomia tra democrazia e libertà rimaneva irrisolta nell'ambiguità di una formula aperta e rassicurante.

Eppure io sono convinta che vada vista qui, in una risposta, che poggia su un compromesso e non già su una soluzione teorica, l'origine della straordinaria fortuna riscossa dal primo tomo della *Democrazia in America*. Opera che aveva il merito indiscusso di imporre infine all'opinione pubblica un problema primario della generazione post-rivoluzionaria — quello sottaciuto, perché troppo minacciosamente presente — l'avvento della democrazia politica, essa lo aveva fatto però in termini che rimanevano all'*interno*

---

(51) *Dem.* I, parte II, cap. IX, p. 324. Il corsivo è mio. La stessa formula imprecisa e ipotetica in *Dem.* I, parte II, cap. VII, p. 264: « supposez au contraire un corps législatif composé de telle manière qu'il représente la majorité sans être nécessairement l'esclave de ses passions; un pouvoir exécutif qui ait une force qui lui soit propre et une puissance judiciaire indépendante des deux autres pouvoirs; vous aurez encore un gouvernement démocratique, mais il n'y aura presque plus de chances pour la tyrannie ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'universo mentale dei contemporanei, con un discorso che rifletteva sostanzialmente i loro schemi mentali, le loro paure, i loro princìpi. Apriva orizzonti, senza sconvolgere i tratti essenziali di panorami familiari; proponeva soluzioni senza intaccare a fondo convincimenti radicati, lasciava intravedere speranze, che si sovrapponevano quasi inavvertitamente ad altri discorsi tocquevilliani, ai problemi da lui posti e lasciati insoluti.

Ma giungerà un momento tuttavia — e sarà tra breve — in cui i contemporanei non capiranno più Tocqueville; e ciò avverrà quando egli offrirà loro una nozione tutta diversa della democrazia politica, frutto di schemi mentali totalmente estranei all'ottica prevalente, vissuta infine come « valore », anzi come la massima esperienza della libertà umana. Siamo nel 1840: l'apparire del secondo tomo della *Democrazia in America* non rinnova il clamoroso successo riscosso dalla prima parte dell'opera; anzi nei commenti trapela, imbarazzato, il convincimento che l'autore già tanto celebrato non abbia questa volta saputo rispondere alle aspettative dei suoi lettori; ciò si traduce in parecchi elogi blandi, di prammatica, in alcune caute critiche, e soprattutto in molta indifferenza ([52]). L'origine di una simile reazione nasce da un fatto molto preciso: questa volta Tocqueville aveva svolto un discorso tutto *all'esterno* dell'universo mentale dei contemporanei. Una più matura riflessione sui caratteri della società egualitaria emergente e sulla psicologia nuova di una massa sempre più omogenea lo avevano indotto a contemplare in chiave tutta diversa il destino politico dei popoli moderni, a ipotizzare altri rischi per la libertà umana, altre minacce per l'autonomia dell'individuo. Scompare ormai dal suo sfondo mentale quell'immagine che pure aveva dominato i suoi pensieri nella stesura della *Dem.* I: la configurazione di un popolo realmente « sovrano », orgoglioso della sua potenza, forte del suo potere di esprimere nella legge il segno della sua volontà. A tale immagine, pur dotata di un suo sinistro fascino, se ne sovrappone ora una tutta diversa,

([52]) Il solo forse che seppe individuare la genialità delle tesi esposte nella *Dem.* II fu Stuart Mill, come è bene messo in luce da D. Cofrancesco (*Introduzione* a John STUART MILL, *Sulla « Democrazia in America » di Tocqueville*, Napoli 1971).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

assai meno trionfale, apparentemente più rassicurante, in realtà, ai suoi occhi assai più paurosa: quella di una massa composta da uomini sempre più uguali per gusti, abitudini, convincimenti, sempre più coscienti di essere tutti ugualmente deboli; migliaia, milioni di monadi, impotenti ad esprimere il pur minimo segno della propria volontà politica, lucidamente consapevoli di essere tali e pur soddisfatti di questa tranquilla condizione comune di impotenza. E da tale scoperta della fisionomia sconosciuta di una società democratica scaturisce la nuova grande paura di Tocqueville: ben lungi dal temere ormai un popolo orgogliosamente egemone, capace di far sentire nelle assemblee parlamentari la sua voce, di imprimere nella legge la sua volontà, egli teme l'affermarsi di una tendenza opposta — saggia e degradante — la spinta collettiva ad abdicare a prerogative e a diritti, e a delegarli allo Stato, a una amministrazione in cui sembra realizzarsi la figura del padre, garante di sicurezza e di tutela.

Ormai lo schema costituzionale della scienza politica del tempo che era stato anche il suo, non ha più senso per questo nuovo Tocqueville; anzi egli ne invertirà i termini ([53]). Il grande tema della *Dem.* I — limitare il potere eccessivo detenuto in ogni democrazia dagli organi legislativi per potenziare invece l'esecutivo in nome di una garanzia di libertà — viene capovolto; il rischio incombente è visto ora proprio nell'estensione massima che nelle società in via di livellamento tende *necessariamente* ad assumere l'esecutivo, attraverso gli organi della sua amministrazione: quasi

---

([53]) Contro la tesi prevalente — quella che vede la distinzione tra la *Dem.* I e la *Dem.* II negli argomenti affrontati, i primi politici, i secondi sociologici — ho già sostenuto che le due parti dell'opera tocquevilliana hanno, a mio avviso, ambedue una prioritaria ispirazione *politica* e che la diversità scaturisce non già dalla tematica oggetto di analisi, ma dalla antinomia delle soluzioni *politiche* proposte (A. M. BATTISTA, « *La democrazia in America* » *di Tocqueville. Problemi interpretativi*, in *La Cultura*, 1971, pp. 165-200; ma prima di me, S. DRESCHER, *Tocqueville's two ' Democraties '*, in *Journal of the History of Ideas*, 1964, pp. 201-216). Ora su questa linea, cfr. il bel saggio di CIPOLLA, cit. Una felice conferma alla mia tesi trovo nello splendido scritto di F. FURET, *Tocqueville et le problème de la Révolution française* (in *Penser la Révolution française*, Paris, 1978), in cui viene messa bene in luce la chiara evoluzione del pensiero politico tocquevilliano (p. 190 e sgg.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un polipo mostruoso, che, con l'avallo complice dei sudditi, allarga sempre più le sue prerogative, le sue facoltà, i suoi doveri. E proprio quel Tocqueville che nella *Dem.* I aveva invocato maggiori poteri per il massimo rappresentante dell'esecutivo, per il Sovrano, spingendosi persino oltre alle tesi del pensiero moderato, giunge ora a scrivere: « je ne doute pas que dans les siècles de lumières et d'égalité come les nôtres, les souverains ne parvinssent plus aisément à réunir tous les pouvoirs publics dans leurs seules mains, et à pénétrer plus habituellement et plus profondément dans le cercle des intérêts privés que n'a jamais pu le faire aucun de ceux de l'antiquité » (54).

E allora contro tale minaccia — la più temibile per la libertà umana, perché tale da distruggere fin le radici della personalità individuale — Tocqueville scopre infine il volto libero della democrazia politica, il suo intrinseco « valore »; e si batte perché si affermi — contro l'appiattimento di un vivere passivo, sereno, protetto — una aspirazione collettiva ad autogestire il proprio destino politico, facendo sì che ognuno, anche il più umile cittadino, diventi oggetto attivo, responsabile, cosciente della propria dignità, del proprio diritto di scelta e di rischio.

C'è da dire però che forse neppure ora Tocqueville è giunto a risolvere il massimo problema teorico dei suoi tempi, a fissare il raccordo tra democrazia e liberalismo: il suo è ormai un discorso esistenziale più che politico « stricto sensu », in cui la libertà polirica diventa « mito », o meglio miraggio di riscatto, tanto più esaltata, tanto più chiara è in lui la coscienza che le tendenze all'abdicazione collettiva agiscono nelle società egualitarie con una logica implacabile; un miraggio che però permane ai suoi occhi come il solo obiettivo degno di una opzione di vita (55).

---

(54) *Dem.* II, parte IV, cap. VI, p. 323. E ancora, tra i tanti passi citabili: « il est évident que la plupart de nos princes ne veulent pas seulement diriger le peuple tout entier; on dirait qu'ils se jugent responsables des actions et de la destinée individuelle de leurs sujets, qu'ils ont entrepris de conduire et d'éclairer chacun d'eux dans les différents actes de sa vie, et, au besoin, de le rendre heureux malgré lui-même » (*Dem.* II, parte IV, cap. V, pp. 312-3).

(55) Sulla libertà come esigenza etica, come espressione dello spirito aristocratico tocquevilliano, leggo le pagine interpretative più belle in N. MATTEUCCI, *Introduzione* a A. DE TOCQUEVILLE, *Scritti politici*, Torino 1969, pp. 65-66.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma di questo nuovo, straordinario Tocqueville si dovrà tornare a scrivere e a lungo; forse lo farò, almeno lo spero, per rispondere agli argomenti che certo saprà oppormi, con la sua logica elegantemente sottile, il mio amico Francesco De Sanctis.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARIO MONTORZI

I PROCESSI CONTRO FILIPPO MAZZEI ED I LIBERALI PISANI DEL 1799

(ragguagli bio-bibliografici su un ritrovamento archivistico)

Il recente, rinnovato interesse editoriale e scientifico per la figura di Filippo Mazzei trova una motivazione ricorrente nel fascino della sua personalità cosmopolita e tende conseguentemente a mettere in evidenza il carattere irrequieto ed erratico della sua personalità (1). È questo, indubbiamente, il dato saliente

---

LEGENDA

ACMLi: *Archivio del Cimitero della Misericordia, Livorno*;
APVcp: *Archivio Parrocchiale di Vicopisano (Pisa)*;
ASFi: *Archivio di Stato di Firenze*;
ASPi: *Archivio di Stato di Pisa*;
BCGVlt: *Biblioteca Comunale « Guarnacci », Volterra*;
BLLi: *Biblioteca Labronica, Livorno*;
BNCFi: *Biblioteca Nazionale Centrale, Firenze*;
BUPi: *Biblioteca Universitaria di Pisa.*

(1) Numerosi gli scritti che si sono recentemente occupati di Filippo Mazzei, molti dei quali a carattere puramente celebrativo. I contributi critici più importanti restano: S. TOGNETTI BURIGANA, *Tra riformismo illuminato e dispotismo napoleonico. Esperienze del « cittadino americano » Filippo Mazzei. Con appendice di documenti e testi*, Roma 1965; A. AQUARONE, nella sua *Introduzione* alla ristampa delle *Memorie della vita e delle peregrinazioni del fiorentino Filippo Mazzei*, Milano 1970, I, pp. 5-24. Una nutrita edizione di inediti mazzeiani si è avuta recentemente, in concomitanza colla scadenza del bicentenario degli Stati Uniti d'America, in: M. MARCHIONE, *Philip Mazzei: Jefferson's « Zealous Whig »*, New York 1975 (si deve però lamentare che la parte più interessante di quest'opera consista prevalentemente di sole riproduzioni fotografiche degli inediti, a volte persino di difficile lettura come, ad esempio, alla p. 107; molto utile e dettagliata, invece, la rassegna delle fonti manoscritte e della bibliografia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di un'avventurosa vicenda personale tesa fra le corti d'Europa e le colonie del Nuovo Mondo che si interruppe soltanto quando il Mazzei si ritirò in Pisa nel giro ristretto di poche e fidate amicizie, mettendo a loro disposizione il proprio patrimonio di affascinanti ricordi di viaggiatore e la propria ricca corrispondenza con l'Italia e con l'estero, piena di notizie interessanti e di succose indiscrezioni politiche (2).

Quello del Mazzei fu un pensionamento in provincia che aveva in sé qualcosa di emblematico: in quella vivace Pisa di fine Settecento, scissa fra gli entusiasmi « giacobini » della scolaresca universitaria, dei suoi professori e della nascente borghesia moderata da una parte (3), e le tensioni « sanfediste » di una plebe urbana

---

alle pp. 67-69). La pubblicazione di molte delle carte dell'archivio privato del Mazzei stesso, pervenuto per discendenza femminile alla famiglia Maruzzi di Pisa, è stata curata in: G. GUELFI CAMAJANI, *Un illustre toscano del Settecento. Filippo Mazzei, Medico, Agricoltore, Scrittore, Giornalista, Diplomatico*, Firenze 1976 (inediti dell'archivio Maruzzi erano già stati pubblicati in: H. R. MARRARO, *Philip Mazzei and his Polish friends*, estratto dal « The Quarterly Bulletin of the Polish Institute of Arts and Sciences in America », April 1944, s.n.t.); anche lo studio del Camajani reca una nutrita rassegna bibliografica, destinata ad integrare quella fornita dalla Marchione (pp. 215-223). Ancora di M. MARCHIONE, *Filippo Mazzei « livornese »*, in « La Canaviglia. Livorno nella storia, nella narrativa, nell'arte », III (1978), pp. 98-100, con la pubblicazione di alcuni inediti livornesi. Puramente celebrativo è invece I. IMBERCIADORI, *L'opera di Filippo Mazzei per la nascita e l'adolescenza degli Stati Uniti*, in « *Dall'età preindustriale all'età del capitalismo* », Parma 1977, pp. 203-210.

(2) Sulla vita pisana del Mazzei, cfr.: F. MAZZEI, *Memorie*, cit., II, pp. 408 ss.; S. TOGNETTI BURIGANA, *Tra riformismo*, cit., p. 7 e nt. 1; BNCFi, *G. Capponi*, 384, fo. 481v, ss.: lettere a Re Stanislao di Polonia scritte dal Mazzei dal suo soggiorno pisano a partire dal 27 settembre 1792. Il 23 marzo 1800, interrogato dal ministro processante, il copista dello studio Castinelli Vittorio Ceccarelli avrebbe dato questa colorita descrizione di come il Mazzei portava le sue informazioni agli amici pisani: « Il Mazzei veniva nello studio Castinelli per lo più nei giorni di posta; andava col D.e Giuseppe Castinelli nel suo stanzino, sentivo che discorrevano tra loro, e questionavano di nuove vittorie, vedo che il Mazzei portava dei fogli, ma cosa questi contenessero, che cosa discorressero io non lo so da vero. Dal Castinelli stava il Mazzei qualche volta a desinare » (BCGVlt, *Archivio Maffei*, 122, *Processo Mazzei*, fo. 5v).

(3) L'Università di Pisa, che fu considerata centro di irradiazione di idee eterodosse fin dalla prima metà del Settecento [F. SBIGOLI, *Tommaso Crudeli e i primi Frammassoni in Firenze*, Milano 1884; rist. an. Bologna 1967, p. III dell'appendice, e pp. VI, XVII-XXI, XXXVI-XXXVII; N. RODOLICO, *Stato e Chiesa*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tradizionalmente rissosa, superstiziosa e violenta dall'altra parte (4), quel vecchio carico di vitalità nonostante i suoi settant'anni rap-

in Toscana durante la Reggenza Lorenese (1737-1765), Firenze 1972 (rist. xerogr.), pp. 2-19], sebbene essa non fosse ancora affrancata del tutto da « premesse teologiche e filosofiche di natura conservatrice » (A. MAZZACANE, *Carmignani Giovanni*, in « *Dizionario biografico degli italiani* », Roma 1960 ss., XX, p. 415), ebbe un ruolo importante nella preparazione di una classe politica toscana di idee riformatrici. Parte attiva di tale processo furono alcuni fra i suoi professori più vivaci, come Francesco Vaccà, con i suoi figli Andrea e Leopoldo, e come Tito Manzi. Della figura e dell'importanza di questi insegnanti si farà cenno più oltre, per ora basti soltanto registrare la memoria del legame ideologico che univa quei docenti ai loro allievi. Francesco Vaccà « ... in qualcuna delle lezioni, che dava ai suoi scuolari, faceva ad essi distinguere quanto pregievole fosse il governo democratico in cui non vi era distinzione di titoli, e che la libertà e l'uguaglianza erano le basi sopra delle quali si fondavano le principali leggi degli uomini nel di cui cospetto tutti erano uguali niuno eccettuato, e che *soltanto l'abilità era considerata nel nuovo sistema* ... » (ASPi, *Università di Pisa*, B. II. 8, fo. 88r-89r, 88v in partic., lettera del 9 settembre 1799 al Supremo Tribunale di Giustizia; analogo testo, *ivi*, fo. 90r-91v, lettera al Vicario Regio di Pietrasanta; il corsivo è aggiunto). Evidentemente, tale messaggio politico doveva riuscire assai bene accetto a chi, come quegli studenti, era animato dalla cultura di una borghesia professionale che aveva preso lentamente consistenza ed autonomia politica durante la stagione delle riforme leopoldine, con l'impulso da esse dato alla nascita di un ceto di funzionari e professionisti abile e preparato (N. CARRANZA, *L'Università di Pisa e la formazione culturale del ceto dirigente toscano del Settecento*, in « Bollettino storico pisano », XXXIII-XXXIV, 1964-1966, pp. 469-537, p. 479 e nt. 22 in particolare). Le lezioni di Francesco Vaccà in cui quel professore si lasciava andare a simili tirate ideologiche terminavano non di rado nel tripudio e con l'applauso della scolaresca (cfr. ancora: ASPi, *Università di Pisa*, B. II. 8, fo. 88v-89r). Tanto forte era l'unione che legava gli studenti ai professori novatori, che Tito Manzi avrebbe scritto, in una sconfortata lettera a suo zio Giuseppe Antonio Slop, professore anch'egli all'Università di Pisa [cfr.: G. TURI, « *Viva Maria* ». *La reazione alle riforme leopoldine (1790-1799)*, Firenze 1969, p. 130 e nt. 2]: « ... sapete ... ch'era già gran tempo che il mio essere nauseato avea detto un tacito addio alle cose dell'Università, ché non mi ci riteneva ormai più che il piacere sì giusto, sì permesso e sì poco di vedermi amato ed apprezzato dalla mia scolaresca » (BUPi, *ms. 167*, ins. 20, lettera di T. Manzi a G. A. Slop del 6 agosto 1799).

(4) La frattura politica fra l'Università ed il resto della cittadinanza è registrato in una lettera di Leopoldo Vaccà a Tito Manzi (ASPi, *Carte Manzi*, V, ins. « Leopoldo Vaccà a Tito Manzi », Pisa, il 27 marzo 1799): « A Pisa ... si manifesta della divisione fra gli scolari, che son pieni di patriottismo, e i Pisani, che son pieni di pregiudizj e d'ignoranza ». La violenza della plebe pisana fu sperimentata in prima persona dagli ex-municipalisti pisani, quando, arrestat

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

presentò con la sua ironica bonomìa ed il suo affabile paternalismo il punto di riferimento di una cerchia ristretta e vivace di giovani intellettuali riformatori.

Egli non si intromise mai nelle cose pubbliche e si limitò piuttosto — come disse poi significativamente il Bargello di Pisa — a farla « da Socrate », discorrendo amabilmente nella libreria Migliaresi (5) o nei salotti dei liberali pisani (6) degli

---

e rinchiusi in carcere, si videro sottoposti alle violenze di essa, e lasciarono nelle loro lettere un sofferto resoconto delle angherie e degli insulti ricevuti (cfr.: ASPi, *Carte Manzi*, V, lettere del Conte Andrea Agostini Venerosi a Tito Manzi, lettera nr. 5; Pisa, dal Carmine, 19 agosto 1799); una vivace testimonianza delle intemperanze dei popolani pisani in quell'epoca è conservata anche in una anonima postilla manoscritta apposta all'esemplare di F. GAETA, *Relazione delle sacre funzioni eseguite in Pisa in rendimento di grazie all'Altissimo per la prodigiosa liberazione della Toscana dalle armi francesi*, Pisa 1799, conservata in BUPi *misc. 938, op. 10*: « ... il docilissimo ⟨popo⟩lo pisano faceva le pattuglie con forche, manovelle etc. ⟨arre⟩stavano spontaneamente senza ordine del Governo, in⟨som⟩ma in quel tempo tutto era lecito, e qual peggiore ⟨anarchia⟩ è mai stata peggiore di questa? » (le integrazioni fra parentesi uncinate suppliscono alle mutilazioni inferte al testo dal taglierino del legatore).

(5) « Tenevano sinedrio in detta bottega e gabinetto » di Luigi Migliaresi l'abate Pietro Manzi, il senatore Francesco Maria Gianni, Luigi Schippisi, il « figlio maggiore di Francesco Adorni », Ottavio Morandini, Vincenzo Pugli, l'impiegato postale Guerci, Pietro Bevilacqua, l'abate Bucci; dopo l'arrivo dei Francesi, nel 1799, si aggiunsero ad essi i municipalisti Castinelli e Certellini (ASPi, *Università di Pisa*, B. II. 8, *Copialettere nr. 31*, fo. 97v-98v; lettera al Supremo Tribunale di Giustizia di Firenze del 17 marzo 1800, concernente le testimonianze di Ranieri Favilli e Francesco Montelatici). Dell'avventurosa vita di Luigi Migliaresi, prima impiegato in una banca a Costantinopoli e poi, a Livorno ed a Pisa, culto ed erudito libraio e editore, parla con abbondanza di notizie: F. TRIBOLATI, *Un novellatore toscano del secolo XVIII*, in « La nuova antologia », XXVII (1874), pp. 537-580, pp. 554-561 in particolare. Sullo smercio praticato dal Migliaresi di opere francesi sin dal 1795, cfr.: C. MANGIO, *Politica toscana e rivoluzione. Momenti di storia livornese. 1790-1801*, Pisa 1974, p. 98 e p. 171 e nt.; sull'attività editoriale di lui: F. VICENTINI, *Notizie sulle stamperie pisane dalle origini al 1800*, in « Bollettino storico pisano », VIII (1939), p. 48 e nt. 1.

(6) Nelle carte processuali e nei rapporti di polizia è rimasta qualche traccia della ridotta vita mondana e politica condotta da Filippo Mazzei a Pisa. Se ne ricava l'immagine di un'esistenza abbastanza monotona e paesana, ove le riunioni politiche si mischiano volentieri con le chiacchiere di salotto e si tengono prevalentemente, oltre che nei luoghi deputati alle relazioni sociali, nelle case dei varî amici, in maniera assai familiare e domestica, con le donne che parlano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

avvenimenti che si verificavano in quei tempi tumultuosi ed impressionanti. Ed a tale appartato ruolo di illuminato consigliere ed informatore paterno il Mazzei seppe mantenersi fedele anche

---

da una parte per conto loro e gli uomini dall'altra che discorrono di politica. Del resto, si vive in un luogo piccolo, perciò è « d'impossibilità dimostrata — come dirà Tito Manzi al ministro processante che lo interrogherà appunto sui suoi rapporti con il Mazzei — il poter assegnare il tempo, le occasioni di aver veduto le persone in un paese come Pisa in cui è sì facile d'incontrarsi al teatro, al caffè ed al passeggio. Il Mazzei in tutto il tempo della mia conoscenza, venuto due, o tre volte a trovarmi in aria di complimento, sarà stato incontrato mille volte per via » (ASPi, *Carte Manzi*, IV, fascicolo del processo contro Tito Manzi, interrogatorio di lui, domande nr. 90-98, fo. 204v-206v). Dopo la stagione turbolenta dell'insorgenza e della repressione antidemocratica, le riunioni abituali ripresero, quasi come una naturale conseguenza della ripristinata normalità della vita sociale, « nelle case Vaccà, Castinelli, Manzi, Palmieri, Andreini, e nelle botteghe Giamanaggi (!), Peverata e Mantellassi ... » (ASPi, *Commissariato, appendice*, 24, Rapporto del Bargello di Pisa del 2 ottobre 1801). Fu anzi nel corso di esse che si tentò di riorganizzare le fila del gruppo moderato pisano nel quadro delle nuove istituzioni toscane. La sera di sabato 7 novembre 1801, in casa di Filippo Mazzei in via della Carriola a Pisa, si discusse a lungo del nuovo Re d'Etruria: tra i molti c'erano Luigi Certellini con sua moglie, che già era stato municipalista di Pisa (G. TURI, « *Viva Maria* », cit., p. 157, nt. 1; per la detenzione da lui sofferta durante la repressione: ASPi, *Commissariato, appendice*, 10, ins. I, suppliche della moglie di lui del 9 e 12 ottobre 1799), Giuseppe Castinelli, il Provveditore dell'Uffizio dei Fossi Bernardi e Vincenzio Bardelli. L'ambiente era generalmente diffidente nei confronti della bigotta monarchia borbonica ed il Certellini cercò di smuovere gli animi dei patrioti pisani, sostenendo che « le cose per loro non anderanno male, che bisognava tenere una buona condotta: che il re non era anche esperto delle cose di Stato, ma che col tempo lo sarà: che i suoi ministri non erano tanto contrari ai patriotti, eccettuato il sig.re Viviani ... »; egli cercò anche di fugare i timori di quei suoi amici che, appena sortiti dalle repressioni del « Viva Maria », temevano ora nuove discriminazioni ed umiliazioni. Quelle parole e la sua insistenza, che traspare anche dalle confidenze dell'informatore della polizia, ottennero qualche risultato positivo, tanto che il Bargello avrebbe annotato: « il d.o Certellini, nel tempo che si è trattenuto qua ha tenuto dei segreti colloqui con diversi patriotti, e particolarmente con Castinelli, Tito Manzi, Vaccà ed altri, e la di lui presenza gli ha fatti ravvivare » (ASPi, *Carte Manzi*, IV, Rapporto del Bargello di Pisa del 13 novembre 1801). Quelli di cui resta traccia nei rapporti di Polizia sono dunque i primi tentativi in Pisa di creare una solidarietà politica di segno moderato, che fosse tale da darsi anche un minimo di organizzazione. Ma i tempi non erano ancora maturi e, del resto, gli umori dei salotti pisani erano in realtà decisamente critici nei confronti del « governo chiarentino », al punto che l'eco polemica delle conver-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel 1799, quando arrivarono in città le truppe della Francia repubblicana: mentre le gazzette gli tributavano generici onori e davano notizia della stampa del suo opuscolo sulla mendicità (7), il viaggiatore di Poggio a Caiano, fattosi ormai scettico e disincantato (8), non chiese l'investitura di alcuna carica pubblica (9), né si fece avanti a fornire pubblici sostegni alle traballanti ed impotenti istituzioni « giacobine » pisane (10).

---

sazioni tenute in casa Giacomelli ed in casa Vaccà, con interlocutori i varî Lazzerini, Vaccà, Castinelli, Bernardi, il professore di anatomia Paolo Mascagni e Filippo Mazzei, sarebbe di lì a poco rimbalzata nuovamente all'orecchio del Bargello di Pisa (ASPi, *Carte Manzi*, IV, Rapporto dell'11 dicembre 1801; altra notizia di riunioni in casa del cerusico Uccelli, *ivi*, in un rapporto del 15 gennaio 1802; su Filippo Dario Uccelli cfr., *infra*, nt. 17).

(7) Cfr. « Gazzetta Universale », nr. 52, 11 messifero VII (29 giugno 1799), p. 508, ove si definisce il Mazzei come persona sollecita « continuamente del bene de' suoi simili e del modo di salvare l'umanità indigente e di togliere al cuore, e agli occhi del filosofo umano, lo spettacolo doloroso dell'uomo mendico ». Cfr. anche « Il monitore fiorentino », II trimestre, nr. 6, 14 messifero VII (2 luglio 1799), pp. 23-24. Fu Bernardo Lessi a consigliare al Mazzei la pubblicazione dell'opuscolo sulla questua (F. MAZZEI, *Memorie*, cit., I, p. 268; II, pp. 387-388), che fu stampato poi dal Migliaresi stesso (F. MAZZEI, *Riflessioni su i mali provenienti dalla questua e su i mezzi di evitarli*, Pisa 1799); recentemente esso è stato nuovamente edito in appendice al volume della Tognetti Burigana (*Tra riformismo*, cit., pp. 59-92).

(8) Questo fu un punto di forza della successiva difesa processuale del Mazzei: « Io sotto il Governo Francese — disse infatti nel suo interrogatorio del 30 gennaio 1800 — sono stato un ente passivo, né mi sono mescolato in cosa alcuna ... » (BCGVlt, *Archivio Maffei*, 122, Processo Mazzei, fo. 7r, in fi.).

(9) Era stata una scelta metodica del Mazzei, da lui seguita anche in America, quella di rifuggir dalle cariche pubbliche, scegliendo piuttosto di « esser di qualche utilità, impiegando il tempo a scriver delle idee utili, e discuterle nelle conversazioni private d'uomini sensati » (F. MAZZEI, *Memorie*, cit., I, p. 233): fu appunto questo lo stile cui il Mazzei si sarebbe sempre adeguato.

(10) È possibile raccogliere agevolmente significative espressioni relative all'impotenza delle istituzioni « giacobine » direttamente dalle parole dei municipalisti stessi: Iacopo Nardi, preso da un momento di scoramento, avrebbe invocato, di fronte al pericolo di anarchia, « un governo provvisorio dei Caligoli dei Neroni degli Eligabali (!), ma un governo. Tutto è meglio che niente, e la nostra Municipalità è uguale a niente » (ASPi, *Carte Manzi*, V, ins. « Lettere di Iacopo Nardi a Tito Manzi », lettera nr. 5, da Pisa, 5 aprile 1799). Ed anche il moderatissimo Fanucci (cfr. ASPi, *Commissariato, appendice*, 10, ins. I, supplica di G. B. Fanucci del 22 ottobre 1799; G. TURI, « *Viva Maria* », cit., p. 153, nt. 4; p. 157, nt. 1) cercherà di discolparsi adducendo proprio il fatto che le munici-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dopo la loro caduta e la fuga dei Francesi, il Mazzei si limitò poi soltanto a commentare con favore le imprese e la figura del generale Moreau, su cui forniva agli amici pisani Castinelli (11) e Vaccà le notizie che gli comunicavano da lontano i suoi corrispondenti (12). Fu una prova ulteriore del suo singolare intuito

---

palità erano « magistrature vicine al nulla » (G. B. FANUCCI, *Mio rendimento di conto al Principe ed alla nazione*, Pisa 22.VII.1799, stamperia Prosperi, foglio volante). Lo stesso Manzi municipalista, il 17 aprile 1799, confiderà all'amico Paolo Greppi: « Se tu potrai gradatamente preparare la mia dimissione dovrò alla tua amicizia un'obbligazione di più; io non ho salute per molto occuparmi, e nessun talento per occuparmi con utilità delle cose a cui mi chiama l'impiego che mi han destinato »; già il 9 marzo, del resto, si era lasciato sfuggire una frase significativa: « io comincio a sentirmi proprio scoraggito » (copia delle due lettere in: BUPi, *ms. 828, A. D'Ancona. Scritto per Tito Manzi. Carteggio di lui, notizie biografiche*, lettere nr. 12 e 13, fo. 271v).

(11) Su Giuseppe Castinelli, cfr.: S. TOGNETTI BURIGANA, *Tra riformismo*, cit., p. 14, nt. 16 e, da ultimo, la documentata voce di M. TIMPANARO MORELLI in « *Diz. Biogr. ital.* », cit., XXII, pp. 181-183. Il suo opuscolo *Prudente consiglio ai Toscani. Discorso I* (s.l., 1799), di netta ispirazione leopoldina (cfr. pp. 21-22), fu ampiamente criticato nella citata lettera di Iacopo Nardi, secondo il quale esso non faceva male « che alla reputazione dell'estensore » (lettera cit., *supra*, nt. 10). Figlio del Dottor Giovanni, Giuseppe Castinelli esercitava la procura in Pisa e si era laureato in quell'Università il 23 maggio 1782 (ASPi, *Univ. di Pisa*, D. II. 8, atto nr. 1395, fo. 93r); la sua residenza era a Cisanello (L. VACCÀ GIUSTI, *Dal bene il meglio* ..., Pisa 1888, p. 35); sostituì temporaneamente tra il 1800 ed 1801 Tito Manzi nella cattedra pisana di diritto criminale [Francesco VACCÀ?], *Istoria delle variazioni e peripezie accadute nell'Università di Pisa dal dì 28 novembre 1800, fino al 27 giugno 1801*, s.n.t., pp. 9 e 41; F. BUONAMICI, *Della scuola pisana del diritto romano o dei più chiari professori di diritto romano nella Università di Pisa dalla sua origine all'anno 1870*, in « Annali delle Università toscane », XIV (1874), p. 28, p. XV e nt. 92; E. MASSART, *Tito Manzi professore nell'Università di Pisa (1793-1801)*, in « Bollettino storico pisano », XXXIII-XXXV, 1964-1966, pp. 313-346, 322 in part.). Sullo studio Castinelli, cfr. anche: ASFi, *Segreteria di Gabinetto*, 158, ins. 6, Parere della Magistratura dei Consoli del Mare di Pisa del 6 giugno 1806 (al Dr. Giovanni Castinelli ed al Dr. Luigi Papanti « sogliono i negozianti di Livorno affidare la difesa delle loro cause » in materia di diritto della navigazione).

(12) ASPi, *Carte Manzi*, IV, fascicolo del processo contro Tito Manzi, fo. 14v; testimonianza di Giovan Battista Tempesti, studente di legge: « ... gli dirò di più che antecedentemente all'invasione della Toscana veniva spesso allo studio Castinelli un noto Filippo Mazzei ... e confabulava segretamente con d.o Lazzerini, e il d.e Giuseppe Castinelli e Andrea Vaccà nella stanza istessa del Castinelli, e per quanto potessi intendere esso Mazzei portava delle novità e delle lettere

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

politico, che gli aveva fatto capire una volta di più come stesse girando il corso degli avvenimenti: infatti quel generale rappresentava l'ala vincente del partito dell'ordine e della moderazione che di lì a poco avrebbe preso il potere in Francia con il colpo di stato del 18 brumaio, dal Moreau stesso favorito ed appoggiato [13].

Ma quel continuo discorrere di politica venne ben presto in odore di « giacobinismo » presso l'arcigno e sospettoso Bargello di

---

in francese contenenti affari di governo, giacché le sentivo leggere qualche volta, ma poi non capivo che qualche parola, giacché io non so la lingua francese, e lette che aveva il d.o Mazzei queste lettere che portava, confabulavano tutti tra di loro, ma non so cosa dicessero perché si ritiravano in d.a stanza, e ciò seguiva sì di giorno, che di sera, giacché il d.o Mazzei era in casa Castinelli, ma poi non so in che modo avesse dette lettere il Mazzei né da chi gli fossero scritte e mandate, e intanto io dico che potessero contenere affari di governo, perché, letto qualche periodo, il d.o Mazzei parlava in italiano e intendevo allora qualche parola che mi faceva capire che fossero fogli contenenti novità di governo per rapporto ai Francesi, ma siccome l'uscio di detta stanza ove seguiva detto colloquio era socchiuso, non intendevo mai bene, e non mi azzardavo ad accostarmi troppo per non esser veduto ». Bartolomeo Lazzerini, membro della Municipalità pisana (ASFi, *Segreteria di Gabinetto*, 674, Diario di Ansano Perpignani, 18 giugno 1799), era nativo di Treggiaia presso Pontedera; si laureò *in utroque* il 21 maggio 1793 (ASPi, *Università di Pisa*, D. II. 8, fo. 139r; atto nr. 2194) ed entrò nel ruolo dei sostituti procuratori il 28 settembre 1795 (ASFi, *R. Consulta*, 867, *ad nomen*), passando poi in quello dei procuratori nel 1802, il 23 dicembre (*ivi*); nel frattempo, durante l'occupazione francese del 1799, egli era stato nominato Soprintendente generale a tutti i Tribunali amministrativi, pubblici e comunitativi sottoposti alla Municipalità pisana (ASFi, *Segreteria di Gabinetto*, 675, Diario Perpignani, cit., vol. II, 7 dicembre 1799). Sotto la monarchia borbonica, il Lazzerini avrebbe tentato di ottenere la nomina a curatore perpetuo nel Magistrato dei Consoli del Mare di Pisa per le cause di avaria e danno dato (ASFi, *Segreteria di Gabinetto*, 158, ins. « Rappresentanza della Consulta relativa alla Cancelleria dei Consoli del mare »). Nel periodo napoleonico egli sarebbe poi divenuto Presidente del Tribunale di Prima istanza e, durante il tempo della Restaurazione, sarebbe stato attentamente sorvegliato dalla polizia granducale [M. Luzzati, *Orientamenti democratici e tradizione leopoldina nella Toscana del 1799. La pubblicistica pisana*, in « Critica storica », VIII (1969), pp. 466-509, in particolare p. 477 e nt. 21; A. Baretta, *Le società segrete in Toscana*, Bologna 1978 (rist. an. dell'ediz. del 1912), p. 107].

[13] A. Soboul, *La rivoluzione francese*, tr. it., Bari 1966, II, pp. 552-553; cfr. anche: « Nouvelle Biographie Générale », Paris 1857 ss., XXXVI, coll. 483-495, 487-488 in particolare; G. Six, *Dictionnaire biographique des généraux et amiraux français de la Révolution et de l'Empire (1792-1814)*, Paris 1934, II, pp. 227-228.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pisa e valse perciò a coinvolgere il Mazzei stesso nella repressione poliziesca e giudiziaria che — alla cacciata dei Francesi — colpì tutti i Pisani sospetti di simpatie democratiche.

Fino ad oggi, gli atti di questi processi antigiacobini, ed in particolare di quello contro Filippo Mazzei, erano rimasti sconosciuti quasi completamente (14): ciò a causa delle precauzioni che il Commissario di Pisa Gherardo Maffei (15), tacciato ripetuta-

---

(14) Finora, l'unica notizia che s'aveva del processo pisano del Mazzei era dovuta al Mazzei stesso, ché egli ne parlò con compiaciuta noncuranza in una lettera al suo illustre amico americano Thomas Jefferson del 6 dicembre 1800, continuata il 5 febbraio 1801 (conservata in: Library of Congress, Washington, *Th. Jefferson's Papers*, vol. XXVII). Essa, già parzialmente pubblicata e tradotta in H. R. MARRARO, *Unpublished Mazzei's Letters to Jefferson* (in « The William and Mary College Quarterly », 3ª serie, I, ottobre 1944, e II, gennaio 1945, p. 387), è stata da ultimo pubblicata, nella parte riguardante il processo del Mazzei, in S. TOGNETTI BURIGANA, *Tra riformismo*, cit., pp. 12-13, nt. 14. Le uniche carte ripetutamente studiate, nelle filze dei processi contro i « giacogini » pisani, sono quelle del voluminoso fascicolo degli atti contro Tito Manzi (APSi, *Carta Manzi*, IV), cfr.: BUPi, *Tesi*, 776, G. TACCHI, *I Francesi a Pisa nel 1799* (tesi di laurea circa del 1910; inedita); S. TOGNETTI BURIGANA, *Tra riformismo*, cit., pp. 12-13, ntt. 14-15; E. MASSART, *Tito Manzi professore nella Università di Pisa*, cit., *passim*; G. TURI, « *Viva Maria* », cit., *passim*.

(15) Gherrado Maffei, appartenente ad una famiglia nobiliare volterrana « punto amata nel paese volendosi dare dell'aria e dell'autorità sopra le altre » (PIETRO LEOPOLDO D'ASBURGO LORENA, *Relazioni sul governo della Toscana*, a cura di A. SALVESTRINI, Firenze, 1969-1974, III, p. 230), entrò al servizio nella marina toscana circa nel 1766 (ASPi, *Carte Manzi*, V, inst. « G. Maffei a Tito Manzi », lettera di G. Maffei da Pisa, il 31 maggio 1799); quindi, a detta sua, fu proposto da Acton « per passare a Napoli prima di qualunque altro toscano » (ivi). Ma tale richiesta, in realtà, non dovette avvenire per particolari meriti di servizio, giacché nel 1775, prendendo in esame la situazione dell'amministrazione livornese, Pietro Leopoldo avrebbe annotato le lamentele del capitano Acton sull'indisciplina del Maffei (PIETRO LEOPOLDO, *Relazioni*, cit., III, p. 290). Dalle dipendenze dell'Acton — che evidentemente non ne desiderava più la vicinanza — il Maffei passò quindi alla Segreteria di Stato come segretario per gli affari di guerra (ASPi, *Carte Manzi*, V, ins. e lett. citt.). Anche qui, però, ebbe modo di emergere il suo carattere scontroso, poco adatto alla condizione di subordinato; ne resta memoria negli appunti presi da Pietro Leopoldo nel 1790, poco prima di lasciare la Toscana: « Capitano Maffei, uomo di talento e capacità, in specie nei dettagli, esatto, ma anche lui ha i suoi amici a cui ha piacere di far godere la sua protezione, benché in piccole cose, ma non è punto unito col Generale Strasoldo » (PIETRO LEOPOLDO, *Relazioni*, cit., I, p. 89). Con un eufemismo velato di involontaria autoironia, il Maffei avrebbe definito quel suo carattere

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente di slealtà e tradimento dai municipalisti pisani ([16]), prese per porre al sicuro una materia scottante come il contenuto di

come il frutto di una sua « maniera d'agire senza la minima esteriorità » (ASPi, *Carte Manzi*, V, ins. e lett. citt.). Certo è che egli incarnò la figura del nobile di provincia reazionario e bigotto, sensibile soprattutto alle questioni di prestigio e decoro personale. Come confessava infatti in quella lettera conservata nelle Carte Manzi, egli non aveva esitato durante il suo soggiorno pisano a indebitarsi oltremisura per mantenere il tenore di vita consono alla carica da lui ricoperta: al punto che gli era poi toccato rivolgersi impaurito alla Municipalità pisana perché intercedesse a suo favore presso i Francesi che lo volevano privare dello stipendio. Dimentico di tale intercessione, e, forse, ancor più inacerbito contro i democratici per avergli messo a repentaglio posto, carriera e stipendio, il Maffei avrebbe poi infierito con inaudita acrimonia contro quei municipalisti cui egli aveva già indirizzato le sue richieste d'aiuto.

([16]) I libri della Municipalità pisana, al momento della partenza dei Francesi, furono dai municipalisti Agostini e Nardi sigillati e inviati al Maffei; nello stesso tempo, si pubblicò un indirizzo in cui, reinvestendo il Commissario dei suoi poteri, i municipalisti lo costituivano depositario di quei libri stessi, confidando che in base ad essi si sarebbe potuto documentare ampiamente la loro rettitudine disinteressata di amministratori. « Vane misure! — avrebbe però sconsolatamente annotato l'Agostini stesso in una lettera al Manzi — ... confidenza mal a proposito esternata a riguardo d'un traditore! Quell'essere debole, abietto e meschino non solo ha soppresso l'indirizzo stampato, con cui al passare dei Francesi gli è stata da noi rimessa l'autorità già toltagli al loro arrivo in Toscana; ma ha impedito pur anco, per quanto ho luogo di credere, che si stampi la lettera da cui risulta la consegna fattagli dei tre libri, che sono le armi, con cui dovremo combattere contro i nostri nemici. Fremo di sdegno in pensando che un'anima vile e ambiziosa, come costui, non si prepari di già a negare d'avergli ricevuti, o a simularne sotto qualche pretesto lo smarrimento ... » [ASPi, *Carte Manzi*, V, ins. « Lettere del Conte Agostini Venerosi (Andrea) a Tito Manzi », lettera nr. 1, del 22 luglio 1799, « Dal luogo del mio asilo »]. La diffidenza esternata dall'Agostini in quella lettera era ben motivata, ma anch'egli fu poco accorto, ché si lasciò convincere proprio dal Maffei a costituirsi. Mal gliene incolse: contravvenendo ai patti, il Commissario di Pisa lo fece imprigionare assieme ai suoi colleghi, sottoponendolo poi ad un trattamento rigoroso e severo e non garantendogli neppure i diritti della difesa (ASPi, *Carte Manzi*, V, ins. cit., A. Agostini a T. Manzi, lettera nr. 4, Pisa, dal Carmine, 8 agosto 1799). I condannati all'esilio furono dal Maffei espulsi immediatamente dopo la sentenza, senza il « compenso legale dei 15 giorni » e senza il passaporto, in esito a processi camerali ove era loro stato completamente impedito di difendersi (*ivi*). « Animalaccio », lo definì l'Agostini (*ivi*) e fu forse il più moderato, ché Lorenzo Manzi, con colorito disprezzo, lo aveva definito come « un magistrato che, per quanto cogl., pure è in grado di essere informato » (ASPi, *Carte Manzi*, V, ins. « Lettere di Lorenzo Manzi a Tito Manzi », lettera nr. 25, 3 luglio, s.a., ma 1799). Di Gherardo Maffei

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quelle carte processuali ([17]). Egli, infatti, non le lasciò nel Tribunale del Commissariato pisano, ma preferì portarle via con sé e le ripose in seguito nel suo archivio di famiglia, poi versato presso la Biblioteca Comunale « Guarnacci » di Volterra.

---

si veda anche una lettera a G. A. Slop del 30 aprile 1800, in ordine alle traversie politiche dello Slop stesso (BUPi, *ms. 167*, ins. 16).

([17]) Sulle vicende delle filze processuali asportate dal Commissario Gherardo Maffei, cfr. la nota manoscritta del Dott. Raffaello Scipione Maffei, in: BCGVlt, *Arch. Maffei*, 102. I pezzi dell'Archivio Maffei di maggior interesse per l'argomento che ci interessa sono in particolare tre: nr. 26, *Atti economici per attentati contro la sovranità e ordine pubblico (1799)*; nr. 102, *Processi politici del 1799*; nr. 122, *Processi politici al Tribunale di Pisa nell'anno 1802*. Tra i numerosi processati, si segnalano in particolare: Giovanni Domenico Anguillesi (su cui cfr.: N. CARRANZA, in « *Dizionario biografico degli italiani* », cit., III, pp. 314-315, *ad vocem*), per il quale fu così deciso: « avvertirsi seriamente a sfuggire in qualunque altro riscontro sino l'apparenza di non leale verso il suo Sovrano, e far ritirare nelle forme tutte le copie del di lui opuscolo intitolato *Ai cittadini Oratori del popolo Pisano*, per quindi gettarsi pubblicamente alle fiamme » (BCGVlt, *Arch. Maffei*, 102); il Dott. Giovanni Castinelli, che se la cavò a buon mercato con la decisione: « oltre un serio avvertimento, non molestarsi di vantaggio » (BCGVlt, *Arch. Maffei*, ms. 102); il cerusico dott. Filippo Dario Uccelli, settore dell'Università, che aveva pubblicato con rimaneggiamenti un'*Istruzione d'un cittadino a' suoi fratelli meno istruiti* del Cesarotti (Pisa, Peverata 1799, pp. 29; su F. D. Uccelli, cfr.: ASPi, *Università di Pisa*, B. II. 8, fo. 94rv; ASPi, *Carte Manzi*, IV, rapporto del Bargello di Pisa del dì 15 gennaio 1802), subì il seguente verdetto: « ferma stante la perdita dell'impiego e l'inabilitazione a qualunque altro regio e comunitativo, condannarsi ad esser rinchiuso per sei mesi nella Fortezza di Pistoja e quindi all'esiglio dal Granducato a beneplacito, colla pena di un anno di carcere e della reincidenza non obbedendo » (BCGVlt, *Arch. Maffei*, 102); Giovanni Rosini, professore di Belle lettere nell'Università pisana (cfr.: M. FERRUCCI, *Elogio del Cav. Professore Giovanni Rosini recitato il dì 11 novembre 1855*, in « Annali della Università toscana », parte prima, scienze noologiche, IV, 1855, pp. 23-51, in particolare pp. 38-39, ntt. 1-3 per notizie biografiche; A. v. REUMONT, *Biographische Denkblätter nach persönlichen Erinnerungen*, Leipzig 1878, pp. 142-184; G. NANNINI, *Vita ed opere di Giovanni Rosini, letterato pisano del sec. XIX*, Pisa s.a.), cui aveva nociuto la pubblicazione sia pure anonima di un suo componimento « patriottico » ai tempi della Municipalità pisana: [G. ROSINI], *Inno alla Libertà*, s.n.t., ma Pisa 1799; attribuz. ms. in BUPi, *misc. 311, op. 6*. Egli però non risentì granché della procedura a suo carico, che si risolse ben presto in un « non esser luogo a procedere per le resultanze degli atti » (BCGVlt, *Arch. Maffei*, 102). Non è purtroppo possibile render dettagliata informazione di tutte le altre procedure conservate nelle tre voluminose filze.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A rileggerne oggi gli atti, il processo contro Filippo Mazzei pare per la verità un episodio abbastanza banale (18): il consumato viaggiatore e uomo di mondo che aveva conosciuto gli intrighi delle corti di Francia e di Polonia ebbe indubbiamente buon gioco a rispondere con ostentata ed evasiva noncuranza alle domande fin troppo innocue di quel « ministro processante » ingenuo e bigotto, forse perfino intimorito dalla fama e dalle dignità ricoperte in passato da quel singolare imputato.

Se ci decidiamo quindi a dar notizia del ritrovamento di quegli atti è soltanto per colmare una lacuna di carattere documentario in una biografia così suggestiva e ricca di fascino. In realtà, ciò che conta di più è il contorno di quel processo, il singolare campione umano e sociale che balza fuori vivace quant'altri mai dall'*entourage* « giacobino » in cui fu coinvolta quasi per caso la persona del Mazzei.

La limitata economia di questa breve comunicazione non può che dare un saggio frammentario e limitato dell'interesse di quelle carte; certamente, però, i « giacobini » pisani di quell'epoca — così come sono ritratti nei documenti finora sconosciuti dell'Archivio Maffei ed in quelli già ampiamente noti delle carte Manzi di Pisa — potranno offrire allo studioso la singolare ventura di analizzare da vicino la fase critica del processo di evoluzione culturale e sociale di una *élite* politica profondamente legata alla ideologia riformatrice della Toscana lorenese.

Appare abbastanza evidente anche ad una prima sommaria analisi di tale massa documentaria che da quelle vicende sconvolgenti prese le mosse un vero e proprio processo di aggregazione sociale e culturale, che avrebbe alla lunga portato ad una profonda modificazione del costume politico di quella intellettualità di provincia: la politica avrebbe cessato infatti di essere il retaggio di un gruppo ristretto di notabili e funzionari, per divenire invece l'oggetto dell'impegno « militante » ed attivo di un'intera

---

(18) Anche il risultato del processo fu del tutto irrilevante, dato che il Tribunale decise del Mazzei « ammonirsi convenientemente che ad ogni nuovo segno di sentimenti favorevoli per la democrazia saranno prese sopra di esso misure efficaci, con farsi vegliare intanto diligentemente sulla sua condotta » (BCGVlt, *Arch. Maffei*, 102).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

classe emergente, che stava maturando un'autonoma coscienza sociale e tentava di esprimere tale sua autonomia attraverso appropriate forme di organizzazione culturale e politica.

Senza anticipare frettolosamente i risultati di una ricerca che richiederà ben altro impegno ed approfondimento, possiamo per il momento tentare di accreditare una simile prospettiva di studio ponendo in rilievo le figure di alcuni dei personaggi che emergono con più netto vigore dalla cerchia delle amicizie mazzeiane e dalla schiera dei pisani inquisiti per « giacobinismo ». Il discrimine tra il vecchio mondo dei notabili ed il nuovo impegno organizzativo e militante di quei giovani intellettuali pare infatti incarnarsi sovente nella biografia e nella fortuna sociale di alcuni di quei patrioti.

Si pensi soltanto al differente destino che toccò da una parte ai membri della famiglia Vaccà, che furono celebrati organizzatori di cultura e promotori nella nascente borghesia toscana di un attivo impegno politico e ideologico ([19]), e, dall'altra parte, alla fortunosa ed amara vicenda di Tito Manzi; questi, infatti, che era all'epoca professore di diritto criminale nello Studio pisano, avrebbe continuato ad incarnare l'ideale individualista dell'avventuriero settecentesco, avvezzo più agli intrighi delle corti e dei ministeri, che all'impegno politico in quei *clubs* ed associazioni che furono quasi le matrici dei moderni partiti politici.

È indubbiamente significativa la parabola della vita del Manzi, che per tanti versi è ancor oggi oscura e controversa: da brillante professore, fornito di un inquieto e passionale temperamento di *Stürmer*, a ministro del regno di Re Gioacchino, a corrispondente poi dei napoleonidi esiliati, a confidente infine del Metternich, costretto in un'amara solitudine e malvisto sia dai liberali che dagli Austriaci ([20]).

Del resto, appare abbastanza evidente che l'esperienza politica di quegli anni va assumendo formule e moduli organizzativi profondamente nuovi. I rapporti del Bargello cominciano a contemplare un neologismo che arriva d'Oltralpe ed accenna inequivo-

([19]) Sulla famiglia Vaccà Berlinghieri, si veda l'*excursus* bio-bibliografico nr. 1 in appendice.

([20]) Su Tito Manzi, si veda l'*excursus* bio-bibliografico nr. 2 in appendice.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cabilmente ad un nuovo modo di impegnarsi nelle cose pubbliche: anche a Pisa, si comincia a parlare di *clubs* e riunioni abituali di persone unite da un legame ideologico.

Ed è in questo progressivo modificarsi del costume politico che forse deve collocarsi anche l'apparizione di un altro fenomeno organizzativo in altri tempi inusitato per Pisa: protetta dalle armi napoleoniche, si apre in casa dell'ebreo Aghib una loggia massonica, frequentata per lo più da ufficiali francesi e da qualche pisano, tra i quali Ottavio Morandini, che non si è lasciato atterrire dai timori e dalla diffidenza che circondano quella associazione ([21]).

Ciò che rappresenta il vero elemento di novità, al di là degli apparati rituali ([22]), è il fatto che nella loggia convivano gli

---

([21]) ASPi, *Commissariato, appendice*, 24, Rapporti del Bargello di Pisa del 14 dicembre 1801 e del 19 marzo 1802. Sono possibili aderenti alla loggia i pisani Ottavio Morandini, Ippolito Tiribilli, impiegato in dogana, e Vincenzio Bardelli. Altro rapporto del Bargello di Pisa del 2 aprile 1802, relativo alle protezioni che garantivano gli aderenti alla loggia che fossero cittadini francesi, in: ASPi, *Carte Manzi*, IV. Sul Tiribilli, cfr.: F. FERRARI, *Le prime Loggie di Liberi Muratori a Livorno e le persecuzioni del Clero e della Polizia. Spigolature d'archivio con documenti inediti*, rist. an., Livorno 1973, p. 20; sul Morandini, cfr.: A. BARETTA, *Le Società segrete*, cit., p. 107.

([22]) Questa la descrizione dell'interno della loggia, dopo la parziale effettuazione della decorazione di essa commissionata a dei pittori locali: « Una di dette stanze è stata dipinta da Nabili, Bani ed altro pittor romano ad uso teatrale col celo (!) rappresentante una tribuna in tela trasparente; da una parte è il sole, dall'altra la luna, nel centro le stelle. In mezzo a detta tribuna vi è il trono del presidente e lateralmente tre colonne simbolo della stabilità, colle sue gradinate di manganella per trentasei seggiole per parte. Tutto comparisce a notte con lumi trasparenti dietro la tribuna medesima. In altre due stanze doveva dipingersi delli scheletri, una grotta, ed altre figure analoghe alla loggia ... ». Nello stesso rapporto, si designano come capi della loggia « monsieur Chevalier comandante d'Artiglieria, monsieur Rombò fornitore francese (ora partito per Pistoja) e un emigrato pure francese di cui peranche non è noto il nome » (ASPi, *Carte Manzi*, IV, Rapporto del Bargello di Pisa del 26 febbraio 1802). Sulla diffusione di loggie massoniche in Toscana ad opera del Murat e sulla contemporanea nascita di società segrete filoinglesi, cfr.: G. DREI, *Il Regno d'Etruria*, Modena 1935, pp. 54-57. Sui progressi della massoneria nella vicina Livorno, cfr.: C. MANGIO, *Politica toscana e rivoluzione*, cit., p. 144 e nt. 132. Su Carlo Ottavio Morandini, cfr.: ASFi, *Presid. Buon Governo*, 228, affare 181 del periodo granducale del 1799 (sua partecipazione all'erezione dell'Albero della Libertà

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ufficiali napoleonici, il « democratico » Morandini e, con ogni probabilità, anche un emigrato francese, l'avvocato Villecrose, da tempo noto per le sue idee monarchiche ([23]). La cosa può forse stupire, ma certamente non è priva di significato: la Massoneria, durante il Settecento, ha fornito un tessuto connettivo al mondo cosmopolita e nobiliare dei viaggiatori e propagatori di idee come il Mazzei ([24]); ora, inserita in un contesto fortemente istituzionalizzato come quello francese, essa si trova a costituire il punto di confluenza e di ritrovo di persone diverse per estrazione sociale e politica, animate dall'evidente fine di favorire, attraverso il misticismo egalitario che anima quella società, un'omologazione culturale al di sopra delle differenti culture di ceto ([25]).

---

in Vico; copia di una sua « ode » recitata per l'occasione); « Il monitore fiorentino », nr. 23, 1° Fiorile VII (20 aprile 1799), p. 91 (cronaca più succinta dello stesso avvenimento); C. MANGIO, *Politica toscana*, cit., p. 273 e nt. 281.

([23]) « Il presidente della consaputa loggia frammassonica si rileva essere l'avvocato Villecrose, francese, uno dei primi emigrati di Francia e che, per il suo attaccamento alla monarchia, fu tanto perseguitato dai democratici, allorché trovavasi a Livorno, inclusive col precetto d'esilio della Toscana nel termine di ore 24 per ordine del governo francese » (ASPi, *Commissariato, appendice*, 24, Rapporto del Bargello di Pisa del 5 marzo 1802). Sulla figura di Villecrose, che forse fu un nobile abate francese emigrato, già pensionato ed agente degli inglesi, cfr.: C. FRANCOVICH, *Albori socialisti nel Risorgimento. Contributo allo studio delle società segrete (1776-1835)*, Firenze 1962, p. 18 e nt. 37. La loggia pisana, nonostante vi avesse parte anche tale soggetto probabilmente filoinglese, era emanazione della massoneria francese: « Si pretende che i capi di questa loggia abbiano ricevuta la costituzione delle madri loggie di Marsiglia ... » (ASPi, *Commissariato, appendice*, 24, rapporto del Bargello di Pisa del 12 marzo 1802).

([24]) Sulla funzione di coagulo di tendenze e culture diverse svolto in Europa dalla Massoneria settecentesca, cfr.: E. FRESCHI, *L'utopia nel Settecento tedesco*, Napoli 1975, pp. 82-83. Della Massoneria pisana si è anche occupato *per incidens* F. CATALANO, *Patrioti e giacobini a Pisa e a Bologna nel 1802-1803*, in « Belfagor », IX (1954), pp. 445-446 in particolare. Altre notizie sulla loggia massonica pisana, sorta dapprima in casa di Aghib e poi trasferita nella « Dispensa vecchia », in: ASPi, *Carte Manzi*, IV, Rapporto del Bargello di Pisa del dì 18 dicembre 1801; ASPi, *Commissariato, appendice*, 24, Rapporti del Bargello di Pisa dei giorni: 22 gennaio, 22 febbraio, 19 marzo 1802.

([25]) Il ruolo politico del misticismo massonico è analizzato in: R. DE FELICE, *Note e ricerche sugli « Illuminati » e il misticismo rivoluzionario (1789-1800)*, Roma 1960, pp. 48-50. Acute osservazioni al riguardo anche quelle di G. BERTI, in « Rivista Storica Italiana », LXXVI (1964), pp. 825-826.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questi tentativi di inserzione di gruppi massonici in Pisa e Livorno sono forse da ricondurre ai primi sforzi di promuovere un'alleanza politica tra gli elementi più illuminati della tradizione d'Antico Regime ed i nuovi liberali. Non è dato di sapere quanto questa ipotesi, che pure non è incredibile, possa considerarsi vicina al vero, ma è comunque certo che, anche se quella loggia del 1801 non riuscì ad allignare nel diffidente ambiente pisano ([26]), a molti parve essere quella la linea organizzativa da seguire per far sì che la « rivoluzione » fosse « assisa sul trono della moderazione e condotta con saviezza » ([27]).

Son proprio le carte di un processo celebrato in Pisa in quello stesso 1800 contro lo studente Pietro Cercignani ([28]), che sarebbe diventato già nel 1806 uno degli appartenenti di maggior rilievo alla Massoneria livornese, a restituirci gli appunti di un discorso che il giovane tenne nel 1799 ai suoi colleghi nel caffè dell'Ussero ([29]) in Pisa. Già allora le sue parole mettevano in evidenza

---

([26]) Un'altra loggia massonica avrebbe in seguito funzionato in Pisa nel 1806, presso l'Ospedale dei Francesi. Vi aderivano impiegati italiani e francesi di detto ospedale e, inoltre, il chirurgo Gaeti, un certo Gori pisano e due forestieri dimoranti a Pisa, tali Bougard e Sobolowski. La sede era nella casa dell'ebreo Montel, ove una donna, « avendo avuto luogo di vedere una volta fuggiascamente l'interno della stanza dell'adunanza, aveva osservato molti fogli sul tavolino e sparsi ancora in terra, una figura con la testa di morto al muro sotto una finestra con intorno dei candellieri (!) e candele ed altre cose che non seppe specificare » (ASPi, *Commissariato, appendice*, 29, fo. 267r-270v).

([27]) *Il repubblicano per massima ai popoli dell'Etruria*, Pisa 1799, p. 14; il Luzzati (*Orientamenti democratici*, cit., p. 480) ne ipotizza l'attribuzione a Giovanni Salvatore De Coureil.

([28]) Su Pietro Cercignani, si veda l'*excursus* bio-bibliografico nr. 3 in appendice.

([29]) Tra la fine del Settecento ed i primi decenni dell'Ottocento, l'Ussero fu al tempo stesso caffè ed albergo: vi scesero infatti viaggiatori famosi, come il Mazzei stesso ed il Casanova (F. MAZZEI, *Memorie*, cit., II, p. 405; G. CASANOVA, *Storia della mia vita*, tr. it., Milano 1964 e ss., IV, p. 210, nt. 9 del curatore dell'edizione italiana P. CHIARA). L'aneddoto del Cercignani potrebbe far pensare che già allora quel locale fosse punto di ritrovo di studenti e patrioti. Quando però — verso il 1830 — l'Ussero cambiò gestione, il nuovo proprietario fu ritenuto una spia della polizia: per ritorsione, gli studenti liberali promossero il boicottaggio del locale (ASPi, *Auditore di Governo*, 33, ins. « Affari di polizia anni 1832-1833 », minuta di una lettera del 18 novembre 1832, inviata con ogni pro-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come stessero maturando le direttive di un simile indirizzo politico:

> « È dovere dunque dei democratici di ... cooperare al mantenimento del buon ordine. Di più: è loro interesse. È la quiete e il buon ordine, e non i sanguinosi rumori di una rivoluzione, al sostegno del buon governo. Le rivoluzioni sono accompagnate sempre da dei delitti e dalle stragi. Queste rendono sempre numerosi ceti di persone malcontente perché ne sentono il peso, ed in conseguenza alieni dalla causa della democrazia. Ecco dunque che coi rumori e colle sedizioni non si fa che allontanare dalla causa di un governo delle persone che forse vi sarebbero state molto portate » ([30]).

Era questa la linea di condotta fondamentale che avrebbe preso piede nell'opinione comune della borghesia moderata e che, riuscendo a superare le varie vicissitudini della storia politica toscana, avrebbe poi determinato la nascita del movimento liberale risorgimentale.

La bonaria ed acuta figura del settuagenario Filippo Mazzei resta ormai estranea a tutte queste vicende: egli ha fatto politica con i suoi viaggi, le conversazioni, le lettere; questi giovani, invece, faranno politica con un impegno comune organizzato su una ristretta base geografica, in funzione di un principio nazionale. E proprio dallo studio del variegato campionario umano di quei « giacobini » di provincia, che conobbero tra il 1799 ed il 1800 le ire del Commissario Gherardo Maffei, potrà forse balzare fuori il tramite per ricostruire con maggior dettaglio e precisione l'orizzonte culturale e sociale entro cui maturarono i semi nuovi dell'esperienza risorgimentale in Toscana.

---

babilità al Presidente del Buon Governo; altra minuta del 21 dicembre 1832 indirizzata allo stesso; rapporto del Capitano Bargello di Polizia del 12 dicembre 1832 con annesso l'esemplare di un volantino ms. diffuso dagli studenti per incitare al boicottaggio).

([30]) BCGVlt, *Arch. Maffei*, 122, Processo Cercignani, Rapporto del Bargello di Pisa del 30 ottobre 1799.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

APPENDICE

A) *Il rapporto del Bargello di Pisa sul comportamento di Filippo Mazzei* (BCGVlt, *Arch. Maffei*, 122).

Rapporto A di 24 Settembre 1799

Evvi da qualche tempo in questa città certo Signore Filippo Mazzei, toscano, abitante in via Carriola, stato in America ed in altre parti del mondo, ed in ultimo si è stabilito qui in Pisa. Questo soggetto, corredato di sentimenti repubblicani, amava con eccesso la Democrazia, per cui, e per aver luogo di poterne trattare, era del club del Migliaresi, nella di cui bottega intervenivano tutti quei soggetti forniti di perverse massime, ove si formavano dei conciliaboli e dei progetti in favore della Libertà. Amico intrinseco di Castinelli e dei Vaccà, era sovente alle loro case a tenere conferenze sopra questa materia poiché, essendo stato in America dove esiste il governo repubblicano, la pretendeva da Socrate e, per conseguenza, da render ragione sopra questo particolare, seguendo la sua inclinazione a quest'aborrito sistema.

Si era anche determinato di dare alle stampe un liberculo, come di fatti lo diede, trattante le riflessioni sui mali provenienti dalla questua e sui mezzi da evitarsi, che si esitava dal suo amico Migliaresi ed in altri negozi di sua corrispondenza, come resulta dall'avviso tipografico segnato nella Gazzetta Universale de' 29 Giugno prossimo passato 1799, per ostentare in tal guisa i suoi sentimenti portati al repubblicanismo.

L'istesso avviso lo reputa autore dell'opera classica intitolata « Ricerche istoriche e politiche sopra gli Stati Uniti d'America settentrionale », caratterizzandolo per uno degli attori della rivoluzione di America, per cui erasi meritata l'amicizia dei primi fondatori della Libertà francese.

Nemico acerrimo dell'Inglesi, altrettanto portato a garentire le operazioni dei Francesi, in guisa che, nel suo capo, compariva Morau (!) per uno dei migliori conduttori d'armata, talché, quando gli giungeva in giorno di posta di Genova delle notizie, si portava da Castinelli e quivi coi Vaccà teneva dei conciliaboli in tutto ciò che riguardava gli affari della Repubblica, rapporto alle vicende della guerra.

Andrea Fabbrini Bargello

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

B) *Interrogatorio di Filippo Mazzei, imputato di «giacobinismo»* (BCGVlt, *Arch. Maffei*, 122).

A dì 30. Gennaio 1800. [...]

Cost. pers. av.

Un uomo vestito pulitamente all'uso di città *etc.* al quale monit. fu

D. Delle sue qualità personali.

R. Mi chiamo Filippo Mazzei, figlio di Domenico Mazzei, nativo del Poggio a Cajano, dimoro in Pisa dal fine dell'anno 1792., ho 70. anni, ho moglie ed una figlia piccola, vivo delle mie rendite e sono Consigliere intimo del fu Augusto Stanislao di Pollonia (!) e Ciambellano del medesimo.

D. Se sappia e s'imagini la causa del suo presente [esame].

R. Io non l'imagino.

D. Qual sia stato il contegno tenuto da L. C. in tempo del governo francese in Toscana e quali amicizie abbia coltivate e quali luoghi pubblici abbia frequentati.

R. Io, sotto il governo francese, sono stato un ente passivo, né mi sono mescolato in cosa alcuna ed ho deplorato la disgrazia del mio paese. Le amicizie che ho coltivato in tempo della [invasione] sono state le medesime che avevo prima dell'invasione. Io sono intervenuto ai luoghi pubblici nei giorni della Democrazia come vi andavo innanzi, se non che vi assistevo con l'aflizione dello spirito a motivo dei disastri che eramo costretti a soffrire.

D. Se L. C. abbia conosciuto e tenuto corrispondenza con alcun partitante del sistema francese *et qual.*

R. Io ho trattato col Dottor Giuseppe Castinelli, perché egli era mio procuratore ma, quando ho avuto occasione di parlar seco lui di cose politiche, ci siamo trovati di differente consiglio. Ho trattato così Andrea Vaccà e con il Lazzerini: il primo avea obbligato la mia gratitudine per avermi salvata la moglie da una pericolosissima malattia; il Lazzerini era il mio notaro e seco ho maneggiati gl'interessi della mia famiglia. Ad ambedue, poi, professo una particolare stima, a motivo dei talenti che li distinguono e, come amante delle scienze, sono stato ammiratore della loro abilità e solo gli ho compianti allorché li veddi ingolfarsi nella carriera repubblicana che, per la pratica che avevo nelle cose del mondo, per le cognizione acquistate alle Corti diverse presso le quali sono stato, comprendevo che non era il sentiero da battersi da persone di senno.

D. Se L. C. abbia pubblicato alcuno scritto in tempo della Democrazia toscana *et qual.*

R. Ho pubblicato un libretto, il cui titolo è «Riflessioni sui mali provenienti dalla questua, e sui mezzi da evitarli».

D. Se sappia che di detto libro sia stato parlato in alcun foglio o gazzetta repubblicana *et qual.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

R. Io non sono informato, né so che del mio suddetto opuscolo ne sia stato parlato in alcun pubblico foglio, perché non leggo mai gazzette. Sono però persuaso che da quel mio libretto risalteranno chiaramente i giusti sentimenti che io nutrisco e qual sia la mia maniera di pensare intorno al bene della società.

Dl.e Che della amicizia che L. C. ha confessato di avere con il Dottor Castinelli, con il Vaccà, con il Lazzerini, la Corte ha motivo di credere che L. C. medesimo fosse addetto al partito democratico, che dai nominati individui pubblicamente si sosteneva, per il che sono rimasti processati e puniti dalla Giustizia, onde *etc.*

R. Io sono stato amico del cuore e dei talenti del D.r Castinelli, del Vaccà, e del Lazzerini; ma sono poi stato contrarissimo alle loro opinioni politiche. La nostra amicizia era molto antica e, quando il cuore me l'avesse permesso, sarebbe stata una somma imprudenza se io l'avessi stroncata in quei critici tempi.

Dl.e Che la Corte ha motivo di confermarsi nel sentimento che L. C. fosse uno dei partitanti e fautori del sistema repubblicano dai Francesi introdotto, perché come tale vien dipinto ed encomiato in una gazzetta, nella quale, oltre all'elogio della sua persona, si tesse ancor quello dell'opuscolo da lui dato alla luce, che però *etc.*

R. A me non costa che sia stato fatto alcun elogio della mia persona in fogli pubblici o, se esistono, io non vi ho avuto la minima parte e mi dispiace di non averlo potuto impedire, perché simili elogi fanno piuttosto torto, perché tendono a supporre contro l'autore medesimo e a riputarlo colmo di vanità.

Monit. li fu riletto l'esame *etc.* quale firmò di proprio pugno

Filippo Mazzei mano propria

Indi fu licenz. dopo fattagli l'intimazione dell'arresto in casa fino a nuova disposizione, d'ordine *etc.*

D.r. Ercole Farolfi Coadiutore Delegato.

C) *Excursus bio-bibliografici.*

1) *Rassegna bibliografica sulla famiglia di Francesco Vaccà Berlinghieri.*

A parte la pur interessante e documentata operetta celebrativa di Laura VACCÀ GIUSTI, *Andrea Vaccà e la sua famiglia. Biografie e memorie*, Pisa 1878, mancano degli studî approfonditi sul ruolo svolto nella cultura e nella vita politica toscana da Francesco Vaccà Berlinghieri e dai suoi figli Leopoldo, Giuseppe e Andrea, in vario modo legati al contempo alla storia dell'Università pisana ed a quella del movimento liberale italiano. L'indole di questa breve comunicazione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non consente certamente di affrontare in questa sede l'analisi delle loro figure e della loro importanza; si consenta tuttavia di supplire parzialmente alla lacuna storiografica con una breve rassegna bibliografica: su Francesco Vaccà Berlinghieri (Ponsacco, 1732 - Montefoscoli, 1812), lettore di chirurgia teoretica a Pisa dal 1766 al 1803, cfr.: F. TANTINI, *Pensieri, reminiscenze ed elogj*, Amburgo 1833, pp. 193-209 (sua biografia; alle pp. 195-199 il catalogo della sua produzione scientifica); E. MICHELI, *Storia dell'Università di Pisa dal MDCCXXXVII al MDCCCLIX*, in « Annali delle Università toscane », XIV (1879), pp. 53-54 (*idem*); L. VACCÀ GIUSTI, *Andrea Vaccà*, cit., pp. 3-17 (*id.*); una supplica inedita del padre di lui, il Dottor Giovanni Andrea Vaccà, in: ASFi, *Segreteria di finanze sec. XVIII*, 1072, ins. « Ponsacco », fasc. « salariati ». Su Leopoldo Vaccà Berlinghieri (Pisa, 1768 - Lerici, 1809), lettore di fisica sperimentale a Pisa dal 1795 al 1799 e poi ufficiale superiore nell'esercito napoleonico, cfr.: *Sur la vie et les ouvrages de Léopold Vacca*, introduzione anonima, firmata *par un capitain français*, a Léopold VACCÀ BERLINGHIERI, *Examen des opérations et des travaux de César au siège d'Alesia*, Lucque 1812, p. 3-54 (biografia, con catalogo delle sue opere); E. MICHELI, *Storia*, cit., p. 70 (biografia, con il catalogo delle pubblicazioni scientifiche); L. VACCÀ GIUSTI, *Andrea Vaccà*, cit., pp. 21-37 (biografia), poi ripubblicata a parte in *Biografia del Dottor Leopoldo Vaccà di Ponsacco-Pisa*, Pontedera 1881; una sua lettera inedita al bibliotecario francese Miller in: BNCFi, *Autografi palatini*, I, 151, da Pisa, il 13 maggio 1796. Su Giuseppe Vaccà Berlinghieri (Pisa, 1772 - Pisa, 1803), lettore di diritto civile a Pisa nel 1803, cfr.: L. VACCÀ GIUSTI, *Andrea Vaccà*, cit., pp. 43-44. Su Andrea Vaccà Berlinghieri (Pisa, 1772 - Pisa, 1826), lettore in Pisa di clinica esterna dal 1803 al 1826, cfr.: « Gazzetta di Firenze », 1826, nr. 108, p. 104 e nr. 128, p. 6; G. CARMIGNANI, *Necrologia* [di A. Vaccà], in « Nuovo giornale de' letterati », Parte scientifica, XIII (1826), fasc. 29, pp. 144-146; R. COMANDOLI, *Storia della malattia per la quale morì il cav. Professore Andrea Vaccà Berlinghieri*, Pisa 1826; G. BARZELLOTTI, *Elogio χειροτέχνικον del Cav. Andrea Vaccà Berlinghieri pubblico Prof. di clinica esterna nell'I. e R. Università Pisana scritto dal D. Giacomo Barzellotti P.P. di Medicina pratica nell'I. e R. Università di Pisa e letto ai suoi discepoli nel novembre 1826*, Pisa s.d.; *Cenni biografici intorno Andrea Vaccà Berlinghieri*, Trento 1827, anonimo; G. ROSINI, *Tributo di dolore e di lode alla memoria del professore Andrea Vaccà Berlinghieri Cav. del merito di S. Giuseppe ec. ec.*, seconda edizione, Pisa 1827; G. MONTANI, sua recensione ai due scritti citati del Barzellotti e del Rosini in « Antologia », XXV, gennaio-febbraio-marzo 1827, pp. 101-136; L. VACCÀ GIUSTI, *Andrea Vaccà*, cit., pp. 47-84; L. VACCÀ GIUSTI, *Dal bene il meglio*, cit., (si tratta di scritti, necrologie ed elogi di interesse prevalentemente biografico). A. BARETTA, *Le*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

società segrete, cit., pp. 107 e 123; A. LINAKER, *La vita e i tempi di Enrico Mayer. Con documenti inediti della storia della educazione e del Risorgimento italiano (1802-1877)*, Firenze 1898, I, p. 105; P. PRUNAS, *L'Antologia di Gian Pietro Vieusseux. Storia di una rivista italiana*, Roma-Milano 1906, pp. 63 e 166; E. MICHEL, *Maestri e scolari dell'Università di Pisa nel Risorgimento Nazionale (1815-1870)*, Firenze 1949, pp. 7, 40-41 e nt. 2 (con notizie relative all'impegno civile e politico di A. Vaccà). V. MONTI, *Epistolario*, Firenze 1928-1931, VI, p. 259, lettera di Samuele Jesi a Vincenzo Monti, da Lucca, il 14.II.1827; U. CARPI, *Letteratura e società nella Toscana del Risorgimento. Gli intellettuali dell'« Antologia »*, Bari 1974, p. 122 (sulle vicende relative all'elogio funebre del Vaccà scritto dal Giordani). G. ROSINI, *Pel solenne discoprimento del cenotafio scolpito dal Thordwalsen alla memoria di Andrea Vaccà nel gran Camposanto pisano la mattina del dì XIV febbrajo 1830*, in *Opere*, Pisa 1837, pp. 183-207; P. delle C., *Intorno al monumento di Andrea Vaccà Berlinghieri, ed alla inaugurazione del medesimo nel Campo Santo pisano il dì 14 febbraio corrente*, in « Antologia », XXXVII (febbraio 1830), fasc. 110, pp. 108-112; *Ragguaglio di quanto è avvenuto in Pisa, pel monumento in marmo, eretto nel Camposanto di questa città, alla memoria del defunto professore Andrea Vaccà Berlinghieri, cavaliere dell'Ordine del Merito*, Pisa 1830, poi recensito ne « Il nuovo giornale de' letterati », XX (1830), fasc. 49, pp. 74-78 (redazionale) e fasc. 50, pp. 153-157 (a firma Y.); R. TEMPESTI (probabile pseud. di Giovanni Carmignani), *Lettere di Ranieri Tempesti, Introduttore e guida de' forestieri nel Campo Santo pisano al Sig. P. delle C.*, Pisa s.d.; G. VIEUSSEUX, *Intorno al monumento di Andrea Vaccà, articoli anonimi estratti dal Nuovo Giornale de' Letterati di Pisa ed osservazioni del Direttore dell'Antologia*, in « Antologia », XXXVII (1830), fasc. 111, pp. 161-173; L. VACCÀ GIUSTI, *Andrea Vaccà*, cit., pp. 99-107 (sul monumento funebre ad A. Vaccà del danese A. Thorwaldsen, attorno al quale si accese tra i letterati toscani un'accanita disputa sull'arte neoclassica). Della produzione non scientifica di A. Vaccà, si veda in particolare: *Risposta del Citt. Andrea Vaccà ai suoi calunniatori*, ne « Il monitore fiorentino », nr. 32, 12 fiorile VII (1° maggio 1799), p. 134, pubblicato anche come opuscolo a sé dalla stamperia Peverata a Pisa nel 1799 (un esemplare in: BUPi, *misc. 711, op. 10*). Due sue lettere inedite a Gino Capponi, una delle quali relativa alla salute di Pietro Colletta, che era stato visitato dal Vaccà stesso, in: BNCFi, *G. Capponi*, XIV, 35 (Pisa, 10 febb. e 10 nov. 1826); altra lettera inedita a Lorenzo Marmoni, Presidente del Collegio chirurgico di Firenze, in: BNCFi, *Carteggi varî*, 121, 38 (Pisa, 30 gen. 1807). Dopo la morte di Andrea Vaccà, il salotto di casa rimase aperto per merito della sua vedova Sofia Caudeiron, ed ospitò tra l'altro anche Giacomo Leopardi durante il suo soggiorno pisano, cfr.: lettere di G. Leopardi a G. P. Vieusseux: da Pisa il 16 novembre e il 31

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dicembre 1827 (in: G. LEOPARDI, *Tutte le opere*, Firenze 1969, I, pp. 1299 e 1305). Per ulteriori indicazioni bibliografiche, relative soprattutto alla personalità scientifica di Leopoldo e Andrea Vaccà, cfr.: ARCHIVIO DI STATO DI PISA, *Catalogo della mostra storica dell'Università di Pisa (29 maggio - 31 ottobre 1946)*, a cura di Mario LUZZATTO e Bruno CASINI, Pisa 1946, pp. 40-46.

2) *Silloge biografica di Tito Manzi.*

1769: nasce a Pisa o nel suo contado da Filippo Manzi e da Flavia Doddsworth;

1784, 14 agosto: invia al Bettinelli copia di un suo studio critico sul Metastasio (copia della lettera di accompagnamento in: BUPi, *ms. 828*, cit.; l'originale è nei carteggi bettinelliani della Biblioteca Comunale di Mantova);

è poi studente a Pisa con Giuseppe Bonaparte e Cristofano Saliceti;

1789, 4 giugno: si laurea *in utroque* all'Università di Pisa (ASPi, *Univ. Pisa*, D.II.8, atto nr. 1873, fo. 121v);

fa quindi le sue pratiche legali presso l'avvocato Frullani di Firenze;

1791: suoi primi tentativi per ottenere una cattedra nello Studio pisano;

1792: pubblica la biografia di G. Vecchiani in « Memorie istoriche di più uomini illustri pisani », Pisa 1790-1792, IV, pp. 303-350;

1793-1799: professore di Diritto Criminale all'Università di Pisa;

1796: subisce un processo camerale per il contenuto egalitario delle sue lezioni;

1796-1797: il governo toscano lo adopera per missioni presso i Saliceti, inviato napoleonico in Italia;

1799: entra a far parte della Municipalità pisana; alla partenza dei Francesi fugge poi a Venezia, ove viene arrestato e estradato a Firenze per il processo (ASPi, *Carte Manzi*, IV);

1800: è liberato del carcere al secondo arrivo dei Francesi; si trova colpito da un grave dissesto economico, a causa del fallimento di alcuni banchieri toscani;

1801: viene giubilato come professore all'Università di Pisa;

1806: segue a Napoli gli amici G. Bonaparte e C. Saliceti. Ivi diviene, fin dalla data della sua fondazione, segretario generale del Consiglio di Stato; con il Cuoco, il Venanson, il Taddei, fonda nell'estate il « Corriere di Napoli », che avrà vita fino al 1811, anno della sua forzata fusione con il salicetiano « Monitore napolitano »;

1808: appartiene all'Accademia Pontaniana, fondata in casa di Giustino Fortunato sr.;

1808-1815: entra a far parte della commissione nominata dal Murat per riordinare l'istruzione pubblica; collabora con il Cuoco alla redazione del *Progetto di decreto per l'ordinamento della Pubblica Istruzione nel Regno di Napoli*;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1812, 25 aprile: viene nominato giudice della Gran Corte di Cassazione; in seguito, è anche nominato Consigliere di Stato;

1813-1814: inviato in missione a Roma, segue poi a Bologna e Reggio il Murat; è tra coloro che convincono Re Gioacchino all'alleanza con l'Austria;

fa parte in seguito della Commissione per la riforma del codice penale e di procedura penale;

1815: abbandona Napoli dopo la caduta del Murat; prende successivamente contatto con il Metternich, su incarico del quale svolge un viaggio esplorativo negli stati italiani;

comincia il suo carteggio con i napoleonidi in esilio;

rientra infine a Firenze ove, nella sua casa, viene fondata la Società letteraria di storia patria;

1817-1818: suo carteggio con Vincenzo Monti relativo alle polemiche letterarie sul purismo linguistico;

1818: fornisce a Gino Capponi, in procinto di partire per un lungo viaggio, numerose lettere commendatizie;

1820, 16 luglio: è a Milano, ospite di V. Monti;

1836, 27 giugno: muore in Firenze.

BIBLIOGRAFIA: « Gazzetta di Firenze », 1836, nr. 82 di sabato 9 luglio, p. 4 (necrologio di T. Manzi); V. MONTI, *Opere*, a cura di G. A. MAGGI, Milano 1839-1842, VI, pp. 314, 325-327 e *passim*; F. BUONAMICI, *Della scuola pisana del diritto romano*, cit., pp. XV-XVI, nt. 93; F. PALERMO, *Pietro Colletta uomo di stato e scrittore*, in « Archivio storico italiano », III (1856), n.s., pp. 61-78; E. MICHELI, *Storia*, cit., p. 48; *Mémoires, documents et écrits laissés par le prince de Metternich*, Paris 1880, III, pp. 76-93 (rapporto presentato dal Metternich su informazioni fornitegli da T. Manzi dopo la sua missione in Italia del 1815); F. TRIBOLATI, *Un novellatore*, cit., p. 537 e pp. 551-552; G. CARMIGNANI, *Carmignani e Manzi nella storia del diritto penale. Notizie tratte da documenti editi ed inediti a cura di Giuliano Carmignani*, Pisa 1889, *passim*; A. NERI, *Gino Capponi e Vincenzo Monti*, in « Antologia italiana. Rivista quindicinale », Genova 1886, I, 1, pp. 18-27, 18-19 in partic.; A. LUMBROSO, nell'*Introduzione* di « Miscellanea napoleonica », Roma 1898, serie V, p. XIX, seguito nt. 2 da p. XVIII; F. NICOLINI, *Niccola Nicolini e gli studi giuridici nella prima metà del secolo XIX*, Napoli 1907, pp. 145-146, 152; B. CROCE, *Una lettera di Tito Manzi a Giustino Fortunato*, in « Il Risorgimento italiano », VI, 1913, pp. 720-723; A. D'ANCONA, *Memorie e documenti di storia italiana dei secc. XVIII e XIX*, Firenze 1914, pp. 517-522; G. FORTUNATO, *L'ultimo autografo politico di Re Gioacchino Murat*, in « Rassegna nazionale », anno XXXIX, II[a] serie, fasc. del 1° maggio 1917, pp. 2-15, in particolare 11-15; N. CORTESE, *Tito Manzi e gli avvenimenti toscani e napoletani del 1799 e del 1815*, in « Studi di storia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

napoletana in onore di Michelangelo Schipa », Napoli 1926, pp. 583-602, 583-591 in particolare; V. MONTI, *Epistolario*, a cura di A. C. BERTOLDI, Milano 1928, IV-VI, *passim*; D. SPADONI, *La conversione italiana del Murat*, in « Nuova rivista storica », XIV (1930), pp. 217-252, in partic. 231-233 e nt. 1; P. PEDROTTI, *Le vicende di una lettera di Napoleone inviata da S. Elena a Maria Luisa*, in « Rassegna storica del Risorgimento », XVIII (1931), pp. 637-674, in partic. 640-644; P. PEDROTTI, *Tito Manzi era una spia dell'Austria?*, in « Bollettino storico pisano », IX, 1940-1941, pp. 111-120; C. DE LAUGIER, *Concisi ricordi di un soldato napoleonico*, a cura di R. CIAMPINI, Torino 1942, pp. 95 e 108; P. PEDROTTI, *I rapporti di Tito Manzi col governo austriaco in alcuni documenti viennesi*, estratto dalla « Rassegna storica del Risorgimento », XXIX, fasc. I, gennaio-febbraio 1942, Roma 1942, p. 6 e nt. 2; ARCHIVIO DI STATO DI PISA, *Catalogo*, cit., p. 41; N. NADA, *Il Regno di Napoli nell'età della Restaurazione secondo i giudizi di Tito Manzi*, in « Rassegna storica del Risorgimento », XLVIII (1961), pp. 627-645, 628-629 in partic.; S. TOGNETTI BURIGANA, *Tra riformismo*, cit., pp. 13-14; E. MASSART, *Tito Manzi*, cit., pp. 315-316 e 323 ss.; A. VALENTE, *Gioacchino Murat e l'Italia meridionale*, Torino 1965, p. 255 e ntt. 4 e 5; G. CAPRA, *Il giornalismo nell'età rivoluzionaria e napoleonica*, in « La stampa italiana dal Cinquecento all'Ottocento », a cura di V. CASTRONOVO e N. TRANFAGLIA, Bari 1976, pp. 505-506.

Il ricco carteggio di Tito Manzi è andato in gran parte disperso; cfr. comunque: BNCFi, *N.A.*, 906.IV.25, nr. 2, Tito Manzi a Fortunata Sulgher Fantastici, da Pisa, il 4 ottobre 1789; BUPi, *ms. 167*, ins. 20, Tito Manzi a Giuseppe Antonio Slop, il 6 agosto 1799; BUPi, *ms. 775, Autografi Rosselmini Gualandi*, ins. 110, Melchiorre Delfico a Lorenzo Manzi, da Napoli, il 16 novembre 1810 (si parla di Tito Manzi e dei Vaccà); BNCFi, *G. Capponi*, IX, 37, nr. 1 (T. Manzi a Gino Capponi, da Firenze, il 30 ottobre 1818) e nr. 2 (T. Manzi a Gino Capponi, s.l., 1 nov. 1818, in francese); BNCFi, *G. Capponi*, XX.8.8 (T. Manzi al Gen. Lagouvoujon in Parigi, da Firenze il 31 ottobre 1818, lettera commendatizia per il Capponi); BUPi, *ms. 775, Autografi Rosselmini Gulandi*, ins. 257 (Vincenzo Monti a Tito Manzi, Milano, 30 dicembre 1818; cfr.: V. MONTI, *Epistolario*, cit., V, pp. 144-145; A. NERI, *Gino Capponi*, cit.) ed ins. 214 (Luigi De Potter a Tito Manzi, da Parigi il 7 maggio 1823); BNCFi, *Carteggi Vieusseux*, 61.102 (T. Manzi a G. P. Vieusseux, da Pisa, forse nel dicembre 1832). Numerose copie di lettere di Tito Manzi a Paolo Greppi, trascritte dagli esemplari custoditi nell'archivio della famiglia Greppi, sono conservate in: BUPi, *ms. 828, A. D'Ancona. Scritto per Tito Manzi. Carteggio di lui, notizie biografiche* (lettere a Paolo Greppi, comprese tra il 1798 ed il 1799; vi si trovano interessanti notizie relative alle esperienze politiche ed alle vicende sentimentali del Manzi in quel periodo); nella stessa busta delle carte D'Ancona è anche la copia di una lettera di T. Manzi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'abate Bettinelli (Pisa, 14 agosto 1786), relativa ad uno studio giovanile del Manzi sul Metastasio, estratta dai manoscritti e carteggi bettinelliani della Biblioteca comunale di Mantova (cfr. A. D'ANCONA, *Memorie e documenti*, cit., pp. 519-520, nt. 1). Uno speciale cenno a parte meritano le lettere conservate in BNCFi, *Palatino 1206* (« *striscia* » *1368*), contenenti numerosi documenti, in parte editi, in parte inediti, relativi alle vicende del Manzi durante gli ultimi tempi del regno murattiano ed al successivo carteggio da lui tenuto con i napoleonidi in esilio. Vi sono inoltre delle missive di Carolina d'Austria, moglie di Ferdinando II, ch'ella scrisse dal suo esilio palermitano attorno al 1808 ad un suo emissario bene introdotto negli uffici governativi del Regno di Murat. A tali lettere è acclusa anche la copia di un'altra compromettente missiva riservata, il cui originale si dice conservato nell'archivio di Lord Vernon: in una breve epigrafe, il copista ne identifica il compiacente destinatario nella persona dello stesso Tito Manzi. Il patriota pisano era forse in contatto per qualche oscuro motivo con la regina di Borbone in esilio? Il problema storico è tutto da chiarire. Interessanti notizie e giudizî sulla figura del Manzi sono infine rinvenibili in una lettera di Emanuele Greppi ad Alessandro D'Ancona, conservata in BUPi, *ms. 884, Lettere di scrittori, amici e discepoli ad A. D'Ancona*, lettera nr. 90 (Milano, 7 marzo 1883).

3) *Silloge biografica di Pietro Cercignani.*

1781, 22 ottobre: nasce a Vicopisano da Filippo Cercignani di Pomarance, Vicario « destinato » di quel paese, ed Elisabetta di Benedetto Traversari da Portico; lo tiene a Battesimo Giovan Battista Mortani di Santa Sofia, Vicario uscente di Vicopisano (APVcp, *Liber baptizatorum ab anno 1755 usque ad annum 1813 D.*, atto nr. 976);

1798-1799: studia all'Università di Pisa, ove frequenta fra l'altro il corso di diritto criminale di Tito Manzi, proprio nel periodo in cui si fanno più forti i toni egalitarî e democratici delle lezioni da lui impartite agli studenti (ASPi, *Univ. Pisa*, 128, fo. 526r-527r, rassegne di P. Cercignani);

1799, 30 ottobre: un rapporto del Bargello di Pisa lo dipinge come moderato e riferisce di un suo discorso tenuto agli altri studenti nel Caffè dell'Ussero (BCGVlt, *Arch. Maffei*, 122);

1799-1800: suo processo per « giacobinismo », conclusosi con la seguente decisione: « correggersi più d'una indifferenza mostrata e di un rischio al quale spontaneo si espose che di genio democratico » (BCGVlt, *Arch. Maffei*, 102);

1801, 19 novembre: si laurea *in utroque*, dopo che in un primo tempo gli era stata negata la facoltà di laurearsi a causa della chiusura dello Studio per l'occupazione francese (ASPi, *Univ. Pisa*, D.II.8, fo. 170r, atto nr. 2746; ASPi, *Univ. Pisa*, 128, fo. 526r-527r);

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fa in seguito le sue pratiche legali presso lo studio Sermolli di Firenze;

1804: apre il suo studio di procuratore legale in Livorno;

1806: è venerabile di una delle loggie massoniche livornesi;

1807: rifiuta la nomina a Procuratore Imperiale offertagli dal Presidente della Corte Imperiale;

avvia in seguito una lucrosa attività professionale in Livorno;

nel periodo della Restaurazione è tenuto costantemente sotto sorveglianza dalla polizia granducale a causa della sua passata attività massonica e filo-liberale;

1848, 28 marzo: è chiamato alla presidenza della « consultazione » di esperti legali eletta in Livorno per risolvere i problemi derivanti dall'applicazione della nuova legge elettorale e tutelare anche il diritto di voto dei singoli elettori;

è poi eletto deputato al Parlamento nazionale toscano e ne diviene anzi il Presidente provvisorio, fino a che non ne è eletto il Presidente effettivo nella persona di Giuseppe Cosimo Vanni;

1848, 28 agosto: interviene nel Comitato segreto del Parlamento assieme al Deputato Rontani contro la proposta di dichiarare a Livorno lo stato d'assedio;

1848, 20 settembre: prende nuovamente la parola in difesa della sua città;

1848, 18 ottobre: prende la parola in Parlamento a favore del diritto di riunione, con un intervento in cui facilmente si intuisce l'eco delle persecuzioni da lui subite in passato per la sua appartenenza massonica;

1856, 10 febbraio: ridotto ormai in miseria dalla sua prodigalità, muore per apoplessia a Livorno (ACMLi, *Libro delle sepolture, periodo ottocentesco*, alla detta data); è seppellito con poca spesa il giorno dopo ma, di lì a poco, si organizza una colletta per apprestargli una tomba più decente; viene quindi dissepolto l'8 marzo e traslato in un loculo privilegiato del Cimitero della Misericordia di Livorno; détta la lapide il Guerrazzi dal suo esilio in Corsica.

BIBLIOGRAFIA: Scritti legali e discorsi di Pietro Cercignani: *Per i signori Groen e figlio contro i signori Danty e Antony. Informazione di fatto e di ragione e risposta alla consultazione che comincia « In dipendenza »*, Livorno 1822 (a stampa; unico esemplare noto in: BLLi, *misc. B. 37, nr. 21*); *Informazioni di fatto e di ragione per il sig. Andrea Fantozzi contro la Società Svizzera e LL. CC. e risposta alla consultazione che comincia « Pervenne in Alessandria »*, Livorno 1822 (BLLi, *Misc. B. 87, nr. 13*); *Le assemblee del Risorgimento. Atti raccolti e pubblicati per deliberazione della Camera dei Deputati. Toscana*, Roma 1911, I, pp. 28, 30-49, 656; II, pp. 82-83, 334, 438. Notizie relative a P. Cercignani in: *Nuova guida*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

civile e commerciale della città e porto-franco di Livorno, Livorno 1845, p. 41; Antonio MANGINI, *Per i funerali di Pietro Cercignani avvocato. Orazione funebre*, Livorno s.d., ma 1856; F. D. GUERRAZZI, *Lettere*, a cura di G. CARDUCCI, Livorno 1882, II, p. 252; F. PERA, *Nuove curiosità inedite o rare*, Firenze 1899, p. 406; Adolfo MANGINI, *Avvocati e giornalisti, XVI marzo MCM*, in « *Livorno nell'Ottocento. Prima serie di letture fatte al circolo filologico nel mese di marzo MCM ...* », Livorno 1900, pp. 105-138, in particolare 110-111; F. FERRARI, *Le prime loggie*, cit., p. 21; A. BARETTA, *Le società segrete*, cit., pp. 35 e 42; Adolfo MANGINI, *La vita forense di F. D. Guerrazzi*, in F. D. GUERRAZZI, *Memorie legali e scritti giuridici*, Livorno 1923, pp. 1-216, in particolare le pp. 68, 143 e 167.

Poscritto e additio alla nt. 1: Quest'articolo era già in tipografia, quando si è aggiunto alla pur nutrita bibliografia mazzeiana un solido contributo scientifico, ricco di inediti parigini e toscani: Edoardo TORTAROLO, *Filippo Mazzei agente virginiano in Europa. I rapporti con il Conte di Vergennes*, in « Rivista storica italiana », XCII (1980), pp. 707-735.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La dimensione giuridica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI

SIR HENRY S. MAINE E L'*ANCIENT LAW* (*)

Il 1861 è una data importante per la cultura giuridica inglese: in quell'anno apparve infatti un libro che avrebbe costituito un momento significativo nella formazione di più di una generazione di studenti e di giovani studiosi di diritto. Mi riferisco ad *Ancient Law* di H. S. Maine. Va anche detto, comunque, che l'importanza di tale opera trascende nettamente il campo della scienza giuridica: essa, forse non meno del *Primitive Marriage*, di pochi anni più tardo di J. F. Mc Lennan, segna infatti l'inizio di una nuova e fondamentale fase nelle scienze sociali in Inghilterra, potendosi datare da qugli anni «the first great stage of ethnological theory» (1).

(*) Per questa ricerca sono state necessarie varie indagini nelle biblioteche inglesi: ciò è stato possibile grazie al contributo finanziario del CNR.

(1) Così scrive SOL TAX, *From Lafitau to Radcliffe Brown: A Short History of the Study of Social Organization*, in F. EGGAN ed., *Social Anthropology of North American Tribes*, Chicago, 1955, 450 s., cfr. anche pp. 451 ss. Su questa fase fondamentale di crescita della nuova disciplina, si v. anche T. K. PENNIMAN, *A Hundred Years of Anthropology* (1ª ed. 1935) rist. 3ª ed., London, 1970, 115 ss.; E. E. EVANS-PRITCHARD, *Social Anthropology* (1951), rist. 1979, tr. it., *Introduzione all'antropologia sociale*, Bari, 1972, 36 ss.; 48 ss.; H. R. HAYS, *From Ape to Angel* (1958), tr. it., *Dalla scimmia all'angelo*, Torino, 1974, 34 ss.; P. MERCIER, *Histoire de l'anthropologie* (1966), tr. it., *Storia dell'antropologia*, Bologna, 1972, 44 ss. (dove peraltro si tende a distinguere eccessivamente H. S. Maine dall'antropologia evoluzionista pp. 51, 64); G. DUNCAN MITCHELL, *A Hundred Years of Sociology*, tr. it., *Storia della sociologia moderna*, Milano, 1971, 52 ss.; J. O. BREW ed., *One Hundred Years of Anthropology* (1968), Cambridge (Mass.), 1972, 121 ss. Di più ampio respiro il disegno sviluppato in D. MARTINDALE, *The Nature and Types of Sociological Theory* (1960), trad. it., *Tipologia*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nel libro di M. si studia dunque il « diritto antico », come annuncia il suo titolo. Ma di quale diritto e di quali società, dobbiamo chiederci, M. veniva tracciando le linee evolutive dalle più lontane origini? Il problema, su cui molti studiosi si sono impegnati, non è di poco conto perché, come è noto, riguarda direttamente i limiti di generalizzazione cui il giurista inglese ha ritenuto di doversi attenere nel corso della sua analisi. Appare infatti incerto se M. si sia « proposto in origine il più ambizioso tentativo di una generale ricostruzione dell'evoluzione dei più antichi stadi delle società umane, o si fosse piuttosto limitato a indagare la storia di un particolare gruppo di popoli, gli indoeuropei » (2).

Conviene chiarire immediatamente che è difficile dare a riguardo una risposta semplice e del tutto soddisfacente. Giustamente annotava infatti a tale proposito un brillante studioso inglese, J. W. Burrow, in una sua ricerca esemplare sulla *Social theory* nell'Inghilterra vittoriana, che M. ha oscillato, in *AL* fra « una rigida posizione determinista » atta a proporre uno schema evolutivo generalizzabile per tutte le società umane, e uno studio storicamente più determinato e circoscritto, sia pur caratterizzato da « paragoni audaci » e « generalizzazioni ' brillanti ' ». Il che, spiega sempre Burrow, è dovuto al fatto che M. « non era un pensatore sistematico » e non era quindi in grado di riconoscere con

---

e storia della teoria sociologica, Bologna, 1968, in particolare i Capp. II e III. Fondamentale infine appare ora l'analisi vivace, talvolta provocatoria, sempre però molto informata e puntuale e con notevole retroterra culturale, di M. HARRIS, *The Rise of Anthropological Theory. A History of Theories of Culture* (1969), trad. it., *L'evoluzione del pensiero antropologico*, Bologna, 1971, Capp. V-VII, cfr. in particolare pp. 166 ss. (sull'evoluzionismo e su Spencer), 202 ss. (sul metodo comparativo) e 222 ss. (sul concetto di ' sopravvivenze '). Recentemente è apparso in Italia un buon inquadramento del problema nell'introduzione di U. FABIETTI, a *Alle origini dell'antropologia*, Torino, 1980, un'antologia di scritti ottocenteschi da lui stesso curata. Sebbene molto datato e, per molti versi del tutto superato, se non altro per il tipo di critiche alla sua più generale impostazione che possono essere proposte in scritti come quelli di Harris, resta di grande suggestione il panorama tracciato da R. H. LOWIE, *The History of Ethnological Theory*, New York ecc., 1937, 19 ss.; 39 ss.

(2) Cfr. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Società e istituzioni del mondo antico nella storiografia della seconda metà dell' '800*, in *IVRA*, 27, 1976, ora in *La terra in Roma antica*, I, Roma, 1981, 205 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chiarezza «il conflitto tra gli elementi storici e quelli scientifici del suo bagaglio intellettuale» (3). Se queste appaiono le conclusioni più verosimili, almeno in prima approssimazione, esse tuttavia non ci esimono dalla necessità di un complessivo riesame del problema allo scopo di comprendere meglio, da una parte le preoccupazioni e gli interessi che ispiravano il lavoro di M., dall'altra il valore che, obiettivamente, *AL* assunse sulla cultura europea della seconda metà dell' '800 (4).

1. Non credo sia inesatto sostenere che uno degli scopi principali di M., in *AL*, fosse quello di recuperare alla concretezza dell'indagine storica una problematica sino ad allora riservata alla speculazione filosofica: la sola che si era appunto interrogata sulla natura delle più antiche forme di organizzazione sociale e giuridica dell'umanità. Sin dalla brevissima introduzione posta all'inizio della prima edizione della sua opera, M. afferma però che lo scopo centrale di questa «is to indicate some of the earliest ideas of mankind as they are reflected in Ancient Law» (5). Questa enunciazione ci fa intuire come la polemica mainiana contro gli apriorismi e le astratte speculazioni che avevano caratterizzato le correnti razionaliste e illuministe e in particolare il moderno giusnaturalismo, non comportasse comunque un radicale

---

(3) Cfr. J. W. BURROW, *Evolution and Society*, Cambridge, 1970, 164. Il erillante studioso inglese coglie perfettamente un elemento di fondo nella impostazione di M. quando, ivi, scrive che in questi vi era una costante tendenza «especially likely to become apparent when he was not under attck and hence was able to forget about the Aryans, towards general explanations of social change».

(4) Su questo punto si v. in particolare, fra gli autori già citati in nt. 1, LOWIE, *History*, cit., 49 ss.; HAYS, *Dalla scimmia*, cit., 35 s., pur con qualche imprecisione, e, anch'esso abbastanza superficiale, DUNCAN MITCHELL, *Storia*, cit., 65 ss. Di particolare complessità e ricchezza l'analisi svolta da M. HARRIS, *Evoluzione*, cit., 194 s.; 256 ss. Fondamentale poi anche su questo punto BURROW, *Evolution*, cit., 142 ss.

(5) H. S. MAINE, pref. alla 1ª ediz. di *Ancient Law*, London, 1861, v, corrispondente a p. IX di *Ancient Law* nella seconda edizione con le note di F. POLLOCK, London, 1930. Nelle note seguenti citerò quindi la prima edizione e, fra parentesi tonda, l'ediz. del 1930. Fra parentesi quadra ritengo utile citare infine le pagine della traduzione francese di *Ancient Law*: *L'ancient droit*, Paris, 1974. Nell'Europa continentale infatti, non sempre è agevole trovare nelle biblioteche — ad es. in quelle italiane — le più importanti fra le molteplici edizioni inglesi dell'opera di M., mentre in genere appare abbastanza diffusa la traduzione francese.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cambiamento di oggetto dell'indagine, rispetto alla tradizione precedente, limitandosi piuttosto a proporre un diverso orientamento metodologico (6). In sostanza, sin dalla enunciazione iniziale ora ricordata, M. non rinuncia a un livello abbastanza alto di generalizzazione cui portare la sua analisi: si tratta sempre di studiare le più antiche forme in cui le società umane si sono organizzate e le loro successive trasformazioni. Diversamente dai giusnaturalisti e dalle dottrine contrattualistiche, M. ritiene però di poter fondare tale ricerca sul terreno solido della storia attraverso un sistema di comparazioni da una parte e la ricerca di sopravvivenze delle più antiche forme giuridiche e sociali dall'altra. Vedremo in seguito quanto tale presunzione mainiana possa ritenersi esatta e in che limiti quindi si possa accettare la precisazione a suo tempo effettuata da Sir F. Pollock, secondo cui M. non avrebbe mai inteso, nel suo libro, « to account for the ultimate origin of human laws » (7), origini che, comunque, sarebbero sfuggite a qualsiasi indagine storica.

Le società e i diritti ' primitivi ' cui M. rivolge la sua analisi sono costituiti, oltre che dal diritto romano, dalla Grecia antica, dagli antichi diritti germano-barbarici e dalle istituzioni degli antichi indù e in particolare da quelle Leggi di Manu il cui recupero alla conoscenza storica era ancora abbastanza recente. Come si vede, gli esempi concreti cui M., in modo pressoché esclusivo, si richiama, nello studio dell'*Ancient Law* e della sua evoluzione appartengono tutti a popoli indoeuropei. Ed agli indeuropei M. si rifà, nel corso del suo libro, non di rado come punto di riferimento della sua analisi (8). Ciò che giustifica le precisazioni avan-

(6) Scrive M. che quando egli aveva iniziato il suo insegnamento, destinato a raccogliersi poi nel libro del '61, « the background was obscured and the route beyond a certain point obstructed by *a priori* theories based on the hypothesis of a law and state of nature » (*Dissertations on Early Law and Customs*, London, 1883, 192 s.). Questa valutazione che M. ci prospetta, trovava allora sostanzialmente concorde buona parte dei suoi contemporanei. È oggi per noi difficile accoglierla *in toto* e il suo valore consiste soprattutto nella luce che essa getta sulle prospettive di M. e sugli echi suscitati dal suo libro.

(7) Così F. POLLOCK, pref. a MAINE, *AL*, XIV.

(8) Cfr. *AL*, 11 (10) [11]; 135 s. (151) [128]. Con maggiori elementi di ambiguità il riferimento che si incontra a p. 123 (139) [116] su cui tornerò in nt. 15. Più espliciti invece altri due passaggi del discorso mainiano dove l'analisi dei fenomeni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zate in seguito dallo studioso inglese, preoccupato di ridimensionare la portata originaria di *AL* onde evitarne il diretto e non favorevole confronto con le opposte interpretazioni di McLennan e di Morgan, circa gli stadi di sviluppo della *Ancient Society* (9). Ed è proprio questa limitazione di *AL* alla storia dei popoli che ho sopra ricordato che ha indotto molti successivi studiosi ad accogliere nella sostanza le precisazioni di M. (10). Restava così

---

giuridici e sociali primitivi appare esplicitamente limitata ai popoli indeuropei: p. 150 (164) [142 s.] e 268 s. (289 s.) [252 s.], in cui effettivamente le strutture patriarcali appaiono riferite esclusivamente agli indoeuropei. Si noti infine come, praticamente nello stesso contesto, M. si riferisca prima all'Europa, come suo specifico interesse: p. 10 (9) [9], e poi alle società « of the further Asia » e ai popoli dell'Impero persiano: p. 10 s. (9 s.) [10].

(9) Le successive prese di posizione di M. si questo argomento mi sembra mostrino un sostanziale mutamento di rotta da parte dell'a. Particolarmente rilevanti in tale senso appaiono il Cap. VII di H. S. MAINE, *Dissertations on Early Law and Custom*, London, 1883, 192 ss., nonché la prefazione alla 10ª ed. di *AL*, del 1884. Mi sembra si possa così constatare il progressivo abbandono da parte di M. della famiglia patriarcale come schema generale di interpretazione delle società primitive e il suo ripiegare su una linea di maggior prudenza, volta appunto a delimitare la portata originale degli enunciati contenuti in *AL*. Comunque, anche in questa seconda fase, M. cerca, appena possibile, di svalutare gli argomenti dei suoi avversari e in particolare di McLennan, come si può constare nell'articolo relativo all'opera postuma di questi, pubblicato anonimo (come consuetudine molto diffusa allora e in quel tipo di riviste) sulla *Quart. Rev.*, 162, 1886, 183 ss. Sulla esatta posizione di M., si v., oltre a Burrow già citato in nt. 3; PENNIMAN, *Anthropology*, cit., 118 s., e soprattutto M. HARRIS, *Evoluzione*, cit., 243 ss.

(10) Si v. in tal senso, oltre a LOWIE, *History*, cit., 51 s., P. MERCIER, *Storia*, cit., 51, 63 s., condizionato peraltro dal suo stesso tentativo di separare M. dagli orientamenti evoluzionisti, nonché, sempre nel senso di circoscrivere la portata di *AL*, DUNCAN MITCHELL, *Storia*, cit., 66. Più cauta invece appare l'interpretazione di K. BOCK, *Theories of Progress, Development, Evolution*, in T. BOTTOMORE-R. NISBET edd., *A History of Sociological Analysis*, London, 1979, 68, anche se il confronto fra il carattere delle comparazioni effettuate da M. e il metodo di Weber necessiterebbe di maggiore approfondimento. Mi sembra inoltre influenzato dalla successiva evoluzione di M. il giudizio di C. K. ALLEN, pref. a MAINE, *AL*, London, 1931, XIX ss. Anche E. A. HOEBEL, s.v. *Maine, Henry Summer*, in *International Encyclopaedia of Social Sciences*, ed. D. L. SILLS, IX, s.l. (ma USA), 1968, 530, sembra spingersi verso conclusioni non del tutto convincenti circa il carattere non unilineare della rappresentazione maininana. Conclusioni che, a loro volta, mi sembrano legate alla limitazione di *AL* alla prospettiva ' ariana '.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in ombra, però, quella ambiguità del discorso mainiano, sempre polarizzato fra richiami a specifici modelli storici e generalizzazioni estreme, ricerca di leggi generali apparentemente valide per *ogni* società umana che ho già ricordato nella pagine precedenti.

Non solo questa diversa valutazione è giustificata dalla costante tendenza che si può riscontrare in *AL* alla enunciazione di leggi generali che regolano lo sviluppo delle società umane, dai richiami insistenti ad una ' mentalità primitiva ', all' ' uomo primitivo ' da indagare e per cui farne risaltare la peculiarità rispetto alle realtà più civilizzate ([11]). È la stessa limitazione ai popoli indoeuropei che in M., anche se evidente, risulta abbastanza indeterminata, non trovandosene mai, in *AL*, una precisa giustificazione. Al contrario in un paio di passaggi molto significativi noi possiamo cogliere abbastanza bene la sostanziale incertezza di M. sui confini precisi della sua stessa analisi. Esemplare appare

---

([11]) Vi sono in *AL* una serie di espressioni e di immagini che per quanto naturali in un libro volto a indagare fenomeni arcaici non per questo sono meno significative della tendenza alla generalizzazione che qui si cerca di mettere a fuoco. Così non irrilevante in tal senso appare il continuo riferimento alla umanità nella sua ' infanzia ', all' ' infanzia ' del diritto ecc. dove fra l'altro molto chiara è l'eco di una lettura naturalistica e organicistica del processo storico: cfr. ad es., *AL*, 4 (3) [4]; 19 (17) [18]; 42 (46) [41]; 48 (55 s.) [47]; 73 (85) [70]; 75 (86) [72], 77 (89) [74]; 98 (107) [93]; 171 (194) [163]; 183 (204) [174]; 204 (223) [193]; 220 (245) [208]; 255 (277) [240]; 265 (287) [250]; 316 (341) [299]; 362 (382) [343]; 368 s. (390 s.) [348 s.]; 371 (393) [351]. La ' società primitiva ', il ' diritto primitivo ' e la ' mentalità primitiva ' in *AL* vengono richiamate e descritte senza limitazioni etnico-culturali, ma come categorie generalizzabili: cfr. *AL*, 7 (6) [6]; 60 (66) [58]; 127 (143) [120]; 365 (385) [345]; 367 ss. (389 ss.) [347 ss.]; 372 (393) [352]. Sono queste categorie che permettono di cogliere la specificità di tali fenomeni rispetto alla società moderna e che permetterebbero di studiare questi popoli ' primitivi ' senza preconcetti moderni e senza giudizi di valore: cfr. *AL*, 119 s. (136 s.) [112]. Di qui la ricorrente proposizione in *AL* di schemi interpretativi uniformi, ad es. 183 (204 s.) [174], 275 s. (295 s.) [259 s.], più o meno direttamente influenzati dalla tendenza ad associare la società ' primitiva ' a forme più elementari e rozze di idee: cfr. esplicitamente in tal senso *AL*, 311 (337) [295]. È in questo contesto che l'accento poggia fortemente sulle peculiarità delle idee ' primitive ': ad es. p. 326 (351) [309]. Così ricorre inevitabilmente il riferimento agli « early phenomena of law » in termini generali, cfr. 2 (2) [2], 227 s. (252) [215], contrapponendo così ai tanto criticati schemi giusnaturalistici una visione non meno aprioristica e generalizzante: si v. ad es. 310 ss. (337 s.) [294 s.].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in tal senso un passo di *AL* dove appunto la teorizzazione di una legge generale di sviluppo secondo cui dall' ' era dei re ' si sarebbe passati a quella delle aristocrazie, è proposta da M. per la storia « if not of all mankind, at all events of all branches of the Indo-European Family of nations » (12). Le conclusioni ricavate dalla storia di alcuni popoli potrebbero dunque essere estese anche a tutta l'umanità: ma su questo punto, che è centrale per comprendere la portata stessa *AL*, M. lascia il problema aperto senza prendere chiaramente posizione. Ciò che non può non essere fonte di dubbi se si considera come, la stessa limitazione ai popoli indoeuropei, del materiale trovato nel libro non sia assoluta. In *AL* infatti incontriamo anche menzione di istituzioni e tradizioni di popoli non indoeuropei: da quelle del mondo mussulmano, alla ripetuta citazione delle tradizioni ebraiche (13).

Proprio in ordine a queste ultime noi vediamo ulteriormente confermata la incertezza di cui ora discorrevo. È indubbio infatti che la documentazione offerta dall'Antico Testamento — testimonianza che aveva non poco contribuito a influenzare il modo di pensare e le concezioni degli storici e dei giuristi protestanti (14) — poteva confermare in modo significativo una delle tesi di fondo di *AL* circa il carattere ' patriarcale ' della società primitiva (15).

Della rilevanza dell'Antico Testamento M. appare del resto bene consapevole: e tuttavia egli si mostra quanto mai circospetto nella sua utilizzazione. Pur deprecando infatti la tendenza, ancora forte ai suoi tempi, a svalutare questa come fonte di conoscenza storica, egli evita di pronunciarsi sul suo valore documen-

---

(12) *AL*, 11 (10) [11].

(13) *AL*, 122, 124 (139, 140 s.) [116 s.], 197 (217) [187]. Cfr. anche p. 242 s. (265) [228 s.], sulle istituzioni del moderno Egitto e della Turchia.

(14) Lo stesso M., in seguito, nel Cap. VII del suo libro *Dissertations on Early Law and Customs*, London, 1883, 197, affermerà che la c.d. ' teoria patriarcale ', già presente nel pensiero greco, sarebbe stata dimenticata nel Medioevo, « if it had not been kept alive by its corrispondence with Scriptural account of the Hebrew Patriarchs ». Sulla particolare rilevanza dell'Antico Testamento nei paesi anglosassoni, giustamente F. POLLOCK, pref. a MAINE, *AL*, XXII.

(15) Anzi, scrive M., non vi è alcun dubbio che la stessa teoria patriarcale « was originally based on the Scriptural history of the Hebrew patriarchs in Lower Asia » (p. 122 (139) [116]).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tario ([16]), ma soprattutto egli rinuncia a fare un uso consistente delle notizie bibliche senza affatto chiarire i motivi di tale cautela.

([16]) M. in sostanza chiarisce come lo stretto collegamento della teoria 'patriarcale' con la tradizione biblica abbia contribuita a svalutare quella presso la maggior parte dei moderni studiosi « of social phenomena ». Sin qui appare chiara l'eco di polemiche, alcune del resto di seguito ricordate dallo stesso M. (che appunto nella pagina seguente cita la controversia fra Filmer e Locke). Più oscuro il seguito del discorso: perché infatti continuare ancora oggi a sottovalutare il significato storico dell'Antico Testamento? Forse perché esso appartiene alla civiltà semitica e quindi non è generalizzabile a tutta la storia umana? Si noti che un interrogativo del genere è pur possibile dato il valore letterale dell'affermazione di M. *AL*, 123 (139) [116]: « even now there is perhaps a disposition to undervalue these accounts [scil. quelli relativi alla storia ebraica presenti nell'Antico Testamento], or rahter to decline generalising from them, as forming part of a Semitic people ». Immediatamente di seguito M. sposta infatti il suo interesse verso i popoli indoeuropei senza quindi chiarire il suo pensiero sulla legittimità o meno di questa limitazione del valore delle Sacre Scritture che pure ha messo in evidenza. D'altra parte appare anche necessario inquadrare questo problema nella atmosfera della società vittoriana, in cui le forze che, anche e livello delle organizzazioni culturali, si ponevano a difesa di una interpretazione letterale dell'autenticità delle Sacre Scritture non erano né deboli né sconfitte. Basti ricordare come, proprio in quello scorcio di tempo, nel 1860, la successione a H. H. Wilson nella cattedra di sanscrito di Oxford fosse stata negata a F. M. Müller, il filologo tedesco già da anni vivente e operante in Inghilterra e nella stessa Oxford e che aveva raggiunto una notevole fama e prestigio, anche come docente. A lui fu preferita una personalità di minore rilievo, M. Monier-Williams, contro il parere di tutti gli specialisti, proprio in considerazione degli orientamenti religiosi di Müller che, pur sincero protestante, era aperto a una tendenza a riconoscere alle sacre Scritture, proprio al fine di confermarne una loro intrinseca e 'soprannaturale' verità, il valore di documenti storici « whose character had been decisively influenced by the times at which its various books had been written and by the people whose sacred writings they were » (così J. W. BURROW, *The Uses of Philology in Victorian England*, in *Ideas and Institutions of Victorian Britain*, ed. R. ROBSON, London, 1967, 183). Contro F. M. Müller che, legatissimo al Barone Bunsen, può considerarsi vicino agli ambienti — o addirittura « a kind of sub-species », secondo la formulazione di BURROW, *op. cit.*, 184 — degli anglicani liberali, si mobilitò l'elettorato allora competente per la nomina dei nuovi professori (tutti i vecchi masters of arts iscritti nei registri dell'Università), composto in buona parte di preti di campagna e il 7 dicembre 1860 Monier-Williams fu eletto con 833 voti contro i 610 a favore di Müller.

M. dunque, in ultima analisi, segue anche lui la tendenza, che egli stesso evidenzia, a non utilizzare appieno la testimonianza dell'Antico Testamento, o,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non mi sembra infatti che possa considerarsi adeguata spiegazione di ciò la osservazione mainiana secondo cui, se è nella lettura dell'Antico Testamento che vanno rintracciate le origini della teoria patriarcale, è anche vero che « i documenti relativi all'antico diritto provengono quasi esclusivamente dalle istituzioni di società appartenenti alla razza indoeuropea ». M. infatti non esclude l'Antico Testamento per una preventiva delimitazione del campo di indagine ai soli indoeuropei, ammettendone quasi, al contrario, la illimitata estensibilità, almeno in via potenziale. Non appare possibile infatti altra conclusione dalla esplicita affermazione mainiana per cui la maggior difficoltà « at the present stage of the inquiry, is to know where to stop ». Resta appunto incerto a quale razza di uomini « it is *not* (il corsivo è dell'a.) allowable to lay down that the society in which they are united was originally organised on the patriarcal model » ([17]). Con queste considerazioni, abbastanza ermetiche, M. chiude il suo discorso, evitando quindi di chiarirne il punto centrale costituito dalla sua possibile estensione e generalizzabilità.

2. Come vedremo, vi sono elementi importanti che possono aver contribuito a questa ambiguità. Per ora conviene limitarci a constatare tale atteggiamento e ad analizzarne le conseguenze all'interno della stessa ricerca mainiana. In questa infatti si può constatare le rinuncia ad un pur possibile allargamento di orizzonti, nell'analisi delle situazioni di partenza, a quei popoli ' pri-

---

forse più probabilmente, a trovare un organico e coerente insieme di prove, circa l'esistenza di determinate forme sociali arcaiche a l d i f u o r i delle Sacre Scritture, anche se poi profondamente concordante con queste. In questo senso egli non sembra dunque distanziarsi da quegli atteggiamenti da lui stessi ricordati e ispirati o allo « strongest prejudice against Hebrew antiquities », oppure allo « strongest desire to construct their system without the assistence of religious records ». La spiegazione che mi sembra più probabile è che egli non volesse far proiettare sulla sua ricostruzione storica l'ombra di un dibattito assai grave sul valore storico delle Sacre Scritture. Il risultato pratico, comunque, è che in tal modo noi non siamo in grado di sapere se questa sostanziale esclusione è o meno legata allo specifico campo di indagine prescelto dall'a. o, addirittura, se essa effettivamente sussista.

([17]) *AL*, 123 (140) [116].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mitivi ' che i viaggi e le scoperte geografiche avevano fatto incontrare agli europei nella varie parti del mondo. M., forte di una solida cultura classica acquisita negli anni di intenso studio a Cambridge, preferisce, per le origini, rifarsi in modo pressoché esclusivo ai modelli omerici, riconoscendo fra l'altro che tale testimonianza, meglio forse della documentazione in sanscrito, ancora in parte da decifrare, poteva permettere di risalire ad una fase iniziale dell'umanità, ricostruendo così « the early forms of jural conceptions » ([18]).

Naturalmente non vi è alcun motivo che, di per sè, possa far considerare illegittima e pretestuosa la limitazione degli orizzonti effettuata in tal modo da M. Il punto di incertezza, lo ripeto, è costituito dal fatto che poi egli evitava di dare una risposta esplicita a dei quesiti che il taglio stesso della sua ricerca finiva col sollecitare.

Le leggi evolutive individuate da M. per la realtà del mondo indoeuropeo e che gli permettono di analizzare queste come valori omogenei, anche se differenziati, possono o no essere estese anche al di fuori di tale cerchia a tutti i gruppi umani? E se questo non è, quali altre leggi governeranno questi altri popoli e quali sono i motivi che spiegano l'esistenza di leggi diverse di sviluppo?

I due quesiti sono naturalmente distinti e M. poteva evitare il secondo. La mancata soluzione del primo, invece, come abbiamo visto, oscurava la portata e il significato complessivo di *AL* agli occhi dei contemporanei e, starei per dire, perfino agli occhi dello stesso suo autore. Certo, lo ripeto, resta abbastanza evidente la tentazione in costui ad andare oltre i confini del mondo indoeuropeo per proiettare le leggi da lui scoperte ed enunciate, sia pure in modo indeterminato e sostanzialmente dubitativo, nell'ambito della storia di tutta l'umanità.

Se M. può comunque evitare una risposta chiara in proposito, ciò è possibile anche grazie alla specifica prospettiva in cui egli si colloca anche per quanto concerne il rilievo dato all'unità indoeuropea. È indubbio infatti che, in *AL*, l'orientamento di fondo non sia tanto quello di ricostruire la più antica realtà giuridica, il diritto ' delle origini ' insomma, quanto quello di mettere a fuoco i

([18]) *AL*, 3 (2) [3].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

processi che hanno caratterizzato il passaggio da questa situazione iniziale ai successivi livelli dell'esperienza giuridica. *AL* è teso cioè a tracciare la « law of progress » del diritto primitivo e si pone quindi in termini essenzialmente dinamici.

Per questo motivo il criterio fondamentale, nella classificazione delle società umane, introdotto da *AL* è quello fra società ' progressive ' e società ' stazionarie '. È questa contrapposizione che riassorbe e, in qualche modo, sistematizza la distinzione fra indoeuropei e altri popoli. Ed infatti, in concreto, per M. sono ' progressive ' solo le società indoeuropee, anche se non è vero il contrario. Vi è, come vedremo nel successivo paragrafo, un'importante eccezione costituita dalla società indù, società stazionaria per eccellenza e tuttavia appartenente al ceppo indoeuropeo. Ed è proprio questa eccezione che impedisce a M. di fondare il carattere progressivo o meno delle varie società su basi etniche costringendolo ad imboccare una strada più complessa. Una strada che, come vedremo, lasciava aperta la possibilità — su cui peraltro M. non si pronuncia esplicitamente — che i fattori causali dell'arresto dell'evoluzione della società indù fossero i medesimi anche per tutte le altre società stazionarie non indoeuropee.

3. Scrive dunque M., nelle pagine introduttive di *AL*, che la ricostruzione storica da lui proposta in quest'opera concerne esclusivamente « the progressive societies »: società che sono in numero estremamente limitato nella storia dell'umanità. « In spite of overwhelming evidence, it is most difficult for a citizen of western Europe to bring thoroughly home to himself the truth that the civilisations which surrounds him is a rare exception in the history of the world », aggiunge di seguito M. ([19]). Carattere ' progressivo ' della società e « civilisation » sono dunque qualificazioni che possono fra loro identificarsi, ciò che permette in ultima analisi di risolvere un'incertezza che può essere suscitata dalla distinzione mainiana fra società ' progressive ' e non. Non è infatti ben chiaro se tale criterio distintivo riguardasse nel complesso lo sviluppo delle varie società o si limitasse alle loro forme di or-

([19]) *AL*, 22 (29) [22].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ganizzazione giuridica. Non va infatti dimenticato che M. ritiene a ragione di poter distinguere questi due aspetti, riconoscendo l'esistenza di forme di sviluppo sociale cui non si accompagnava una corrispondente crescita delle forme giuridiche ([20]).

È anche vero che questa classificazione delle società umane dal punto di vista del loro carattere ' progressivo ' resta singolarmente indeterminata in *AL*, considerando l'importanza da essa assunta. Siffatta qualificazione sembra proposta essenzialmente in via empirica e su basi meramente intuitive. Del resto, sostiene M., la stessa « difference between the stationary and progressive societies is, however, one of the great secrets which inquiry has yet to penetrate ». L'unico punto fermo su cui, come ho già accennato, M. insiste è che « the stationary condition of the human race is the rule, the progressive, the exception » ([21]).

Queste premesse ci possono dunque far comprendere meglio l'approssimativa identificazione fra società progressive e popoli indoeuropei che abbiamo visto effettuata da M., con riferimento in particolare all'Europa occidentale. Inutile neppure ricordare il valore latamente politico di questa interpretazione e il segno ideologico di cui essa è carica. All'esplicito eurocentrismo di M. — abbastanza ovvio del resto — corrisponde la preoccupazione dell'autore di spiegare la più grave e clamorosa eccezione all'identificazione delle società progressive con le indoeuropee. Mi riferisco evidentemente al caso già da me ricordato della civiltà indiana: una società ' stazionaria ' per eccellenza. Ma per spiegare adeguatamente il modo in cui M. cerca di giustificare questa particolarità, occorrerà accennare rapidamente più in generale agli schemi interpretativi proposti dal giurista inglese.

Un problema centrale, per lo storico delle forme giuridiche primitive appare l'identificazione di quelle leggi generali dell'evo-

---

([20]) *AL*, 23 (30) [23]: « there has been material civilisation, but, instead of the civilisation expanding the law, the law has limited the civilisation ». Si vede quindi, da questa affermazione, che M. ha presente una duplice ipotesi. Lo sviluppo civile infatti determina infatti lo sviluppo del diritto. Ma è vero anche l'opposto: che cioè una particolare evoluzione del diritto può determinare il blocco di crescita del complessivo assetto sociale.

([21]) *AL*, 23 s. (30) [23 s.].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

luzione cui ho già fatto più volte cenno. L'esistenza di organizzazioni familiari anteriormente alla formazione della società civile e poi l'affermarsi di questa nella forma di monarchie diffuse in tutti i popoli giunti allo stesso stadio evolutivo, destinate in una fase ulteriore ad essere soppiantate dalle aristocrazie è lo schema sinteticamente proposto da M. per queste società primitive. Rispetto a tale tipo di evoluzione un momento fondamentale, per quanto concerne più da vicino l'esperienza giuridica, è costituito dall'emanazione dei primi codici legislativi.

Questi in effetti costituiscono una tappa obbligata che segna la storia di « almost every civilised nation in the world »: di coloro cioè cui, come si è visto, è di fatto ristretto l'interesse dell'a. L'emanazione di questi codici primitivi rappresenta in effetti un importante momento di progresso rispetto alle forme più antiche di vita giuridica che M. identificava nella preminenza del singolo giudizio e nel ruolo del capo politico di giudice della singola controversia ([22]). In verità, sostiene M., contrariamente a quanto si è indotti a ritenere, tale tipo di ordini non si fonda su consuetudini consolidate, ma le precede. La consuetudine dunque, così come l'idea stessa di una legge e del legislatore come fonte di ordini generalizzati e astratti, rivolti a tutta la comunità sono il risultato di una successiva evoluzione ([23]). È a questo stadio di sviluppo della vita giuridica che sembrerebbe corrispondere, nella rappresentazione di M., il passaggio dalle monarchie alle aristocrazie. Aristocrazie che si pongono come depositarie della conoscenza del diritto che assume un valore consuetudinario ([24]). Nella fase successiva — si noti la forte schematizzazione in senso

---

([22]) *AL*, 4 ss (3 ss.) [3 ss.].

([23]) *AL*, 6 (5) [5]: « This notion of a divine agency, suggesting the Themistes and itself impersonated in Themis, must be kept apart from other primitive beliefs ... The conception of the Deity dictating an entire code or body of law, as in the case of Hindoo laws of Manu, seems to belong to a range of ideas more recent and more advanced ». E ancora più chiaramente, p. 7 s. (7) [7 s.], M. chiarische che, « in the infancy of mankind », manca l'idea di una legislazione e nello stesso legislatore « law has scarcely reached the footing of custom; it is rather a habit ».

([24]) *AL*, 9 ss. (9 ss.) [9 ss.].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

unilineare che M. dà al suo discorso — si perviene infine alla fase delle codificazioni, cui dianzi facevo riferimento ([25]).

Ora proprio i tempi e il modo in cui questo nuovo stadio evolutivo si viene affermando, sostiene M., sono determinanti ai fini dei successivi sviluppi della vita giuridica. Ove infatti il processo di codificazione fosse avvenuto in ritardo, ciò avrebbe comportato un complesso fenomeno di ristagno e l'irrigidimento delle forme giuridiche secondo gli schemi più arcaici, bloccandosi così ogni successiva possibilità di crescita di questi stessi sistemi giuridici ([26]). Non interessa qui solo verificare la validità di siffatta

---

([25]) *AL*, 19 s. (17 s.) [13 s.].

([26]) *AL*, 16 ss. (14 ss.) [15 ss.]. In queste pagine M. tende a tracciare una distinzione fra la storia delle società occidentali, in cui l'elemento plebeo, precocemente « in the history of Commonwealth », riuscì a imporre la redazione scritta delle leggi vigenti, rompendo il monopolio aristocratico. Al contrario, nei paesi asiatici, anche per l'esistenza di comunità più ampie — qui vi è la proposizione di un'altra legge sociologica di carattere generale per cui quanto più è ampia la diffusione di un'istituzione, tanto più questa è durevole — le aristocrazie locali, più religiose che militari, riuscirono a conservare il potere più a lungo. Ciò comportò un più efficace monopolio « of legal knowledge », da parte loro e l'elaborazione di raccolte non già di leggi effettivamente vigenti, ma di « rules which the priestly order considered proper to be observed ». Mentre dunque il codice delle XII Tavole si colloca in un momento in cui la società romana esce dalla ' barbarie ' e costituisce uno strumento fondamentale dell'ulteriore progresso civile e giuridico, il Codice di Manu evidenzia quei « dangers which may be absolutely fatal to its progress in civilisation ». La sua tarda elaborazione infatti si verifica quando già una prematura applicazione dell'analogia — « the most invaluable of instruments in the maturity of jurisprudence » — ha bloccato e deviato lo sviluppo giuridico di una società « in its infancy ». Proibizioni e prescrizioni vengono dilatate ed estese permettendo uno sviluppo degli aspetti formalistici e sempre più irrazionali delle norme giuridiche distolte, proprio con un uso perverso dell'analogia da parte delle aristocrazie religiose, dalla loro funzione originaria « From these corruptions — conclude dunque M. — the Romans were protected by their code ... compiled while usage was still wholesome, and a hundred years afterwards it might have been too late », al contrario la codificazione indiana mostra che essa fu effettuata « after the mischief had been done ». Nel prosieguo della analisi, M., p. 75 s. (86 ss.) [71 s.] evidenzia un altro pericolo, che si verifica molto più raramente. Esso si ha se la evoluzione del diritto e la sua emancipazione dal formalismo primitivo si realizza troppo precocemente. Un esempio in tal senso è dato dalla storia greca, dove appunto il verificarsi di tale processo ebbe immediati e benefici effetti sulla comunità. E tuttavia, conclude M., inseguendo sempre e direttamente un ideale di giustizia, i Greci e i loro tribunali finirono col rendere impossibile

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interpretazione e la sua capacità di spiegare adeguatamente il destino del diritto e della società indù — che di ciò si trattava in primo luogo. Per noi è infatti forse ancora più importante sottolineare la preoccupazione che ispirava M. nel riconoscere al processo di codificazione una duplicità di sbocchi possibili, in senso ' progressivo ' da una parte, nel senso di un successivo ristagno dall'altra. In *AL* infatti si doveva dar conto, all'interno di un'ipotesi sostanzialmente unilineare di evoluzione del diritto e delle società umane (o almeno delle indoeuropee), di una profonda diversità di esiti e di situazioni in cui, in concreto, tali società venivano a trovarsi nel corso della loro storia.

Naturalmente gran parte di queste potevano e venivano effettivamente interpretate da M. come l'esistenza di più stadi lungo la stessa linea evolutiva percorsa in tempi e con diversa rapidità dai singoli popoli, nel superamento della loro ' infanzia '. Ma alcune più profonde differenze e, soprattutto, il fatto che alcune società si fossero venute organizzando in forme che si erano mostrate incapaci di evoluzione lungo il corso di periodi estremamente estesi di tempo richiedevano un'apposita spiegazione perché questa « legge di sviluppo » che si voleva avesse un carattere generale potesse considerarsi valida in assoluto.

È quello dunque che M. fa, tenendo presente in particolare l'esempio più clamoroso di questo mancato sviluppo, costituito dalla società indù. Delle altre innumerevoli società ' stazionarie ', prevalentemente non indoeuropee, M. sembra invece disinteressarsi completamente. Su questo punto si dovrà tornare più ampiamente nelle ultime pagine di questa ricerca.

Una conseguenza di non poco rilievo della identificazione ora esaminata fra società ' progressive ' e popoli indoeuropei — legata del resto a quell' ' eurocentrismo ' cui si è già fatto cenno —

---

ogni forma permanente di legalità: p. 75 s. (86 ss.) [71 ss.]. Ma questo pericolo conclude M., è in verità assai meno frequente di quello contrario, che è stato oggetto dell'analisi che ho ricordato per sommi capi all'inizio di questa nota e che consiste appunto nel prolungarsi e nell'accentuarsi della « rigidity of primitive law » in stretta e precoce « association and identification with religion ». A questo pericolo solo « one or two races » si sono sottratte « by a mervellous fate » e il loro patrimonio ha quindi « fertilised a few modern societies »: p. 77 s. (89 [74].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

appare la sostanziale svalutazione di un insieme di culture e di civiltà già da tempo oggetto di uno specifico interesse da parte degli europei. Di particolare rilievo, in tal senso, è l'atteggiamento di M. verso i popoli dell'estremo Oriente. Così dunque alla Cina, in tutto il libro, per quello che mi consta, è dedicato un solo rapidissimo cenno, nella parte in cui sono svolte le argomentazioni qui esaminate. Il giurista inglese riconosce qunidi che in questo paese vi è stato un certo sviluppo, ma esso sembra essersi arrestato ben presto, poco più avanti dello stadio evolutivo raggiunto dall'India braminica « because the civil laws are coextensive with the ideas of which the race is capable » (27). Come si può constatare il discorso qui si viene sfaldando a livelli di eccessiva indeterminatezza e approssimazione.

Questo disinteresse e questo sostanziale distacco ci fanno cogliere, forse meglio di esplicite teorizzazioni il radicale mutamento di atteggiamento e di umori di M. e della sua epoca rispetto a quelle che erano le idee correnti nell'Europa illuminista del '700 e all'immagine allora diffusa della elevata civiltà cinese.

4. Una volta messo a fuoco il valore assunto dalla storia degli ordinamenti e della scienza giuridica europea in quanto espressione delle società progressive per eccellenza, era inevitabile che il diritto romano assumesse un ruolo tutto particolare: quello di un modello ottimale, sia come sistema capace del massimo sviluppo e di amplissima crescita — ' progressivo ' quindi per eccellenza — sia come il retaggio culturale di una società estremamente dinamica e ' progressiva ', e fondamento dei moderni ordinamenti europei: di quelle società dunque cui la qualifica di ' progressivo ' per M. si applica in modo esclusivo.

Ed è dunque la conoscenza e lo studio del diritto romano una chiave per comprendere in che modo e per quali ragioni certe società hanno conosciuto uno sviluppo particolare rispetto alla restante parte dell'umanità priva del « desire that its civil institutions should be improved » (28). Esso, ripeto, ha in *AL* il duplice valore di modello di sviluppo in senso ' progressivo ' e di

(27) *AL*, 23 (30) [23].
(28) *AL*, 22 (29) [22].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fondamento dei processi di crescita di altre esperienze giuridiche, compresa quella anglosassone, proprie dei moderni popoli 'progressivi'.

Il valore documentario del diritto romano appare dunque teorizzato sin dalle prime pagine del libro. Esso consiste essenzialmente nell'ampiezza del panorama offerto, nel fatto che in questo « body of laws » il più antico passato sia presente e parzialmente conservato, intrecciandosi così con le forme nuove e più vitali, destinate addirittura a costituire il parziale fondamento degli ordinamenti moderni. Tali caratteristiche permettono a M. di spingersi indietro, nella ricostruzione della più oscura realtà delle origini, ma soprattutto di analizzare da vicino le forme e i fattori del cambiamento e delle trasformazioni.

Nella già citata prefazione alla prima edizione di *AL*, M. si spinge addirittura ad affermare che la sua opera non avrebbe potuto essere redatta se egli non avesse potuto utilizzare un materiale di studio come il diritto romano « bearing in its earliest portions the traces of the remote antiquity, and supplying from its later rules the staple ot the civil institutions by which modern society is even now controlled » (29).

Questa rivalutazione del diritto romano era, a sua volta, uno degli effetti di una più ampia riqualificazione degli studi giuridici in Inghilterra che, lungo il '700, sino a tutta la prima metà del secolo scorso, si erano ridotti ad una pratica scolastica caratterizzata da un empirismo abbastanza grossolano e dal disinteresse o dal sospetto verso qualsiasi tentativo non già di riflessione teorica o storica, ma di una semplice sistemazione e razionalizzazione (30).

Tale ripresa avvenne tenendo anche d'occhio (senza peraltro alcuna immediata imitazione data anche la peculiarità dei si-

---

(29) *AL*, VII (IX) [XXIII].

(30) Su ciò si v. W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, XII, London, 1938, 77 ss.; 100 s., e XV, London, 1965, 223 ss.; E. CAMPBELL, *German Influences in English Legal Education Jurisprudence in the 19th Century*, in *Univ. of West. Austr. Ann. Law Rev.*, 4, 1857-59, 358 s.; 363 ss.; G. FEAVER, *From Status to Contract*, London-Harlow, 1969, 19 ss.; P. STEIN, *Legal Evolution, The Story of an Idea*, Cambridge ecc., 1980, 78 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stemi di insegnamento, oltre che la profonda diversità delle tradizioni giuridiche inglesi) il tipo di studi e i contenuti che caratterizzavano le Università continentali, prime fra esse quelle tedesche, assurte già allora a fama internazionale (31). É bene comunque precisare che, se certamente *AL* si colloca all'interno di questo rinnovato interesse per la storia della scienza giuridica e per il diritto romano in Inghilterra e ne costituisce un momento molto significativo, ciò non significa che il suo contenuto e il metodo adottato da M. corrispondessero poi agli schemi della secolare tradizione romanistica continentale. Al contrario, *AL* solo in parte appare riflettere e recepire tematiche e orientamenti della scienza giuridica europea contemporanea. Gli stessi accostamenti, insistentemente effettuati in seguito, di M. all'insegnamento di Savigny e alla scuola storica tedesca sono forse più mediati di quanto sovente non si sia pensato (32).

Possiamo qui limitarci a constatare che la concezione e la preparazione stessa di un'opera come *AL*, nel corso degli anni '50, si era verificata in occasione dell'insegnamento romanistico che M. era venuto impartendo prima a Cambridge e poi agli *Inns of Court* di Londra, dove, a partire dal 1852, a M. era stato affidato l'insegnamento di *Jurisprudence* e *Civil Law*. È in occasione delle *public lectures* impartite allora nella solenne Hall del Middle Temple di Londra che il giovane e brillante giurista incominciò a esporre le idee destinate a trovare poi forma definitiva in *AL* (33).

---

(31) Su questo aspetto si v. in particolare E. CAMPBELL, *Influence* cit., 358 ss. Ivi, p. 365 ss., indicazioni interessanti circa gli sviluppi dell'insegnamento romanistico in Inghilterra nella seconda metà dell' '800.

(32) Si v. però, per una valutazione più attenta e con accostamenti corretti, P. VINOGRADOFF, *The Teaching of Sir Henry Maine*, Inaug. Lecture, London, 1904, ora in *Collected Papers*, II, Oxford, 1928, 180; J. STONE, *The Province and Function of Law*, London, 1947, 451 ss. Di maggiore interesse appaiono poi gli accostamenti sovente effettuati di M. alla problematica e al metodo di R. v. Jhering: cfr. in tal senso F. POLLOCK, pref. cit. a M., *AL*, XIII; H. KANTOROWICZ, *Savigny and the Historical School of Law*, in *LQR*, 53, 1937, 333, nonché BURROW, *Evolution* cit., 142.

(33) Mentre invece, nelle *private lectures*, M. tendeva a impartire un insegnamento più direttamente romanistico, prendendo a base le Istituzioni da Gaio,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

5. Sgombrato il campo dalla particolare vicenda di questo ceppo indoeuropeo in Asia che proprio non può essere interpretato come 'progressivo', M. può dedicarsi in modo esclusivo, come abbiamo visto, alle società progressive, da identificare in sostanza con la civiltà europea nel corso della sua storia. Di queste dunque occorrerà individuare i meccanismi che permettono e regolano questo stesso sviluppo, o meglio, che permettono di adeguare alla loro evoluzione l'insieme delle forme giuridiche.

Anche intorno a tale quesito M. può offrire un modello organico, costituito da una tripartizione, ricavata principalmente dalle vicende del diritto romano, ma estensibile anche alle altre società progressive. Di volta in volta infatti si susseguono diversi fattori che permettono il costante adeguamento del diritto alle nuove realtà ed esigenze sociali. Nella fase più arretrata lo strumento principale sarebbe dunque rappresentato dalle finzioni legali, intese nel senso più estensivo, più ampio quindi di quello che esso aveva nella scienza giuridica romana. In una seconda fase, già segnata da un più elevato livello di civilizzazione, è l'equità ad assolvere a tale funzione e, infine, in uno stadio ancora più avanzato, tale ruolo è svolto dalla legislazione ([34]).

Sebbene talvolta due di questi fattori si trovino a operare insieme, e talvolta, in qualche sistema giuridico, uno di essi sia mancato, aggiunge M., è comunque certo che il loro ordine di successione è quello enunciato; in nessun caso esso « has changed or inverted » ([35]). Come si vede, in *AL* la presenza di regole uniformi e di schemi fissi ha un ruolo centrale.

---

ritrovate non molti anni prima dal Niebuhr. Cfr. su ciò M. E. GRANT-DUFF, *Sir Henry Maine, A Brief Memoir of his Life*, London, 1892, 13 s.; F. HARRISON, *Autobiographic Memoirs*, I, London, 1911, 152; 157; II, 76. Da quest'ultimo risulta che la sua frequentazione di M. avvenne intorno al '57 e che allora le sue *lectures* anticipavano *AL*. Grant-Duff tende a spostare questa datazione verso il '53, ma è abbastanza vago. Su questo punto comunque un'autorevole e persuasiva indicazione è ora in G. FEAVER, *op. cit.*, 41, che ci riporta alla metà degli anni '50. Molto più scettico sarei invece sulla tendenza a ritrovare l'origine di *AL* in una fase ancora precedente dell'insegnamento mainiano: quello impartito a Cambridge, e terminato nel 1854.

([34]) *AL*, 25 ss. (31 ss.) [25 ss.].

([35]) *AL*, 25 (31) [25].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non interessa qui seguire M. nella complessa analisi che egli svolge a proposito del modo di operare e del significato di questi diversi meccanismi. Sarà infatti sufficiente ricordare, da un lato, come sia sempre il diritto romano a costituire la parte principale e più estesa delle testimonianze utilizzate in tal senso da M. Dall'altra è opportuno ricordare come, nell'analizzare il valore innovativo e l'azione dell'equità nel diritto romano, M. avesse occasione di addentrarsi, nel corso del III Cap. di *AL*, in una approfondita discussione del significato del diritto naturale, accanto al *ius gentium*, per i Romani e alle profonde modifiche che tale nozione ha subito ad opera dei moderni ([36]). È proprio in questo contesto che si ha la severissima e impegnata presa di posizione mainiana contro l'uso degli schemi giusnaturalisti fatto in Francia in età moderna, che ho già ricordato ([37]). Ivi il discorso storico sembra servire a M. per deideologizzare la stessa rappresentazione che della società « di natura » era stata data da un certo filone della riflessione giuridico-politica dell'illuminismo.

La ricerca svolta nel corso del III Capitolo non interessa direttamente il nostro discorso: non si può qui seguire M. nella sua ricostruzione della genesi, in Roma, di un diritto equitativo, né del *ius gentium*. Trascurando quindi sia le indubbie forzature presenti nelle pagine di M. sia gli spunti storiograficamente più interessanti, mi limiterò a sottolineare un carattere più generale di questa parte di *AL* rappresentato dalla costante preoccupazione del suo autore di interpretare la storia e l'evoluzione del diritto romano sulla base dei più complessi movimenti e caratteri di tutta la società di cui esso era espressione ([38]).

([36]) Cfr. *AL*, 49 ss. (56 ss.) [47 ss.].

([37]) Cfr. in particolare *AL*, 86 ss. (97 ss.) [82 ss.].

([38]) Sono pagine interessanti, per un romanista, quelle che M. dedica alla storia del *ius gentium* e alla scienza giuridica romana (pp. 45 ss. (53 ss.) [44 ss.]). Non vi è alcun effettivo approfondimento in senso tecnico dei problemi rispetto al livello delle conoscenze romanistiche dell'epoca e però una duplice qualità le caratterizza. Anzitutto dobbiamo notare la chiarezza e la capacità di M. di cogliere i nessi centrali di un complesso processo storico. In secondo luogo la specifica prospettiva da cui i fenomeni sono studiati e descritti dà al discorso mainiano sul diritto tardo repubblicano in Roma il carattere di una ' storia filosofica ', secondo le grandi tradizioni scozzesi del XVIII secolo, pure apparentemente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In questo senso è indubbio che il saggio del giurista inglese travalicava i limiti di uno stretto tecnicismo (che del resto egli aveva escluso in partenza dai suoi orizzonti ([39]), tendendo a leggere le vicende stesse del diritto romano in termini più generali, come storia della cultura o, addirittura, come storia 'sociale'. Certo in tal senso le forzature, se non gli errori interpretativi in cui incorre M. non sono del tutto insignificanti ([40]), e tuttavia appare ben comprensibile e giustificato l'ordine di priorità scelto da

---

abbastanza lontana dal metodo e dagli schemi che dominavano la scienza romanistica nell'Europa continentale.

([39]) Cfr. *AL*, VII (IX) [XXIII-XXIV].

([40]) Ho in mano la copia di *AL* un tempo di proprietà di P. De Francisci, da me acquistata dal dr. Chellini. Vari sono i punti interrogativi e le annotazioni critiche che De Francisci veniva tracciando ai bordi delle pagine di *AL*. Mi sembra non del tutto privo di interesse ricordarne alcune: così a p. 1 (1) [1], un punto interrogativo commenta la frase mainiana indubbiamente imprudente anche per la sua epoca: « except in one particular, no institutions anterior to the twelve Tables were recognised at Rome ». Due punti interrogativi, a p. 15 s. (14) [15], commentano l'affermazione mainiana secondo cui le tracce di intervento sistematico nelle XII Tavole farebbero pensare ad un intervento della scienza greca « who enjoved the later Greek experience in the art of law-making ».

Un altro punto interrogativo commenta l'affermazione di M. secondo cui i codici nelle società asiatiche sarebbero intervenuti in una fase più tarda che nelle società occidentali (p. 17 (15) [16]), e quella secondo cui i Romani sarebbero stati protetti dai pericoli di involuzione, che segnarono invece la civiltà indù, dalla loro codificazione (p. 20 (18) [19]. Altri punti interrogativi accompagnano le affermazioni di M. circa la natura degli antichi *responsa* come « explanatory glosses on authoritative written documents » (p. 33 (39) [33], sul carattere di Gaio, Ulpiano, Paolo e Papiniano (p. 41 (46) [41]), e sull'interpretazione che gli stessi giuristi romani più tardi, sotto la influenza della filosofia greca, vennero dando al significato del *ius gentium* e sul ruolo del pretore nel restaurare il presunto stato di natura (p. 57 (63) [55]). Un altro punto interrogativo, a p. 128 (144) [121], commenta la affermazione secondo cui « the aggregation of families forms the Gens or House, the aggregation of Houses makes the Tribe », nonché la successiva tesi secondo cui poche tracce di arcaismi possono individuarsi nella ricostruzione giustinianea (p. 168 (179) [159]). Di notevole interesse poi appaiono le numerose sottolineature e le annotazioni di De Francisci lungo il Cap. V, dedicato appunto alla enunciazione della 'teoria patriarcale'. È questo infatti un argomento cui il romanista italiano, influenzato profondamente dalla problematica bonfantiana, era particolarmente sensibile e su cui sono evidenti le numerose concordanze.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

M. e l'aver così costretto la stessa ricostruzione romanistica in una prospettiva storiografica più generale ed ampia.

Il nome di M. è stato non di rado accostato a quello di un grande romanista tedesco: R. v. Jhering: sebbene per molti aspetti la loro opera diverga profondamente, vi sono alcune preoccupazioni di carattere generale ed alcuni quesiti di fondo perseguiti dai due autori che giustificano ampiamente questo accostamento. Certo, M. con più decisione di Jhering (e qui il peso di una elevata tradizione degli studi romanistici non poteva non giocare fortemente su quest'ultimo) si allontana da uno studio degli istituti del diritto romano per affrontare la storia dei fenomeni giuridici come forme sociali riproponibili e confrontabili. E tuttavia nell'opera di entrambi l'analisi dei fenomeni giuridici non resta chiusa in sè, tendendo a sfociare nella definizione di leggi generali che regolano la vita e lo sviluppo del diritto in quanto tale, come fenomeno universale (41).

È proprio grazie a questa costante tendenza alla generalizzazione che, infine, appare legittimo e possibile l'uso di un sistema di spregiudicati confronti fra forme e fenomeni giuridici appartenenti a popoli ed epoche diverse (42). Aggiungerei poi che una

---

(41) Lo spunto mi sembra sia soprattutto di F. POLLOCK, pref. cit. a M., *AL*, XVIII, dove appunto egli sottolinea come Savigny e i suoi immediati successori avevano a che fare solo col diritto romano, trascurando quindi del tutto la « comparative investigation of archaic legal Systems ». Al contrario Jhering aveva come M. sviluppato i suoi interessi « on the evolution of modern from archaic law ». Ma io aggiungerei che l'opera di Jhering presenta un elemento di consonanza più profondo con *AL*, per quanto concerne la totale relativizzazione del diritto romano come fenomeno storico e comparabile: la sua trasformazione in un modello insomma. Su altri collegamenti fra Jhering e M. si v. *supra* nt. 32.

(42) È abbastanza superfluo citare alcuni esempi di questi continui riferimenti e confronti che caratterizzano tutto il libro nel suo progressivo sviluppo. È forse più interessante sottolineare, anche in relazione a quanto ho già avuto occasione di osservare circa l'originario ambito di riferimento della ricerca mainiana, che il tipo di confronti che si svolgono nel libro, per quanto esteso, segue schemi ben determinati. Da una parte infatti è il diritto romano a costituire il punto di riferimento centrale, sia per i suoi caratteri arcaici che per il valore esemplare del suo processo di crescita e di trasformazione. Dall'altra il più importante termine di confronto, oltre ai diritti dei popoli più civilizzati, di cui le istituzioni inglesi sono

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lettura così ' modernizzante ' del diritto romano non poteva avvenire che in ambito anglosassone, abbastanza lontano dalle influenze della romanistica tedesca. È in un ambiente legato a una tradizione culturale e giuridica estranea all'*usus modernus Pandectarum* che il processo di ' relativizzazione ' del diritto romano poteva essere svolto in modo conseguente, senza mancare del dovuto rispetto a tale oggetto di studio che, come abbiamo visto, anche per M. restava un modello in qualche modo insuperato.

D'altra parte proprio questo suo carattere di modello, nel pensiero di M., si presenta come storicamente determinato. Esso è dovuto al fatto che tale diritto si è venuto sviluppando nel miglior modo possibile per il gioco di un complesso di fattori svoltosi in forma essa stessa ottimale, quasi irripetibile. Si potrebbe dire dunque che per M. il valore esemplare del diritto romano non consiste tanto nei risultati (cui invece da sempre appare fortemente richiamarsi la scienza giuridica continentale), ma nel suo processo di formazione e nei meccanismi che hanno contribuito a ciò: nella sua storia insomma. Proprio per questo potremmo sospettare che, se una parte del successo di M. ai suoi tempi fu dovuto al fatto di aver spiegato ai suoi concittadini che il diritto romano poteva non solo essere oggetto interessante di studio, ma anche utile per la formazione di giuristi di buon livello, per noi oggi è ben più importante un altro aspetto del libro di M. Mi riferisco alla sostanziale relativizzazione del diritto romano stesso ivi effettuata proprio attraverso il modo in cui M. lo viene analizzando come vicenda esemplare. In tal senso io credo che egli anticipasse prospettive di studi più moderne proponendo una giustificazione della persistenza degli studi storico-giuridici e romanistici nelle nostre Università valida proprio per i nostri giorni.

---

inevitabilmente il principale esempio, è costituito da richiami insistenti al diritto indù per risalire a stadi ancora più arcaici di quelli attestati dallo stesso diritto romano. Accanto a questi riferimenti, abbastanza numerosi sono i richiami alle istituzioni della Grecia omerica, del mondo germanico nell'alto medioevo e alla fase più antica del diritto anglosassone. Altri richiami incontriamo infine alle tradizioni giuridiche scozzesi, agli istituti dei popoli mussulmani, dei Turchi, alle tradizioni celtiche e a quelle ebraiche.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

6. Esula dagli orizzonti di questa trattazione un'analisi, sia pure sommaria, delle belle pagine dedicate da M. alle vicende del moderno giusnaturalismo e al successivo affermarsi delle idee circa lo stato di natura. Certo è questo un nodo molto importante di *AL* e appare evidente che l'impegno spiegato dall'a. travalicava, almeno in parte, le pur rilevanti preoccupazioni teoriche, ispirato da valutazioni d'ordine storico e politico che M. del resto non esita a esplicitare.

È indubbio tuttavia che la liquidazione delle teorie contrattualiste e delle teorizzazioni dello stato di natura interessava a M. soprattutto per poter porre il problema della società primitiva esclusivamente su basi storiche. O quelle che, ai suoi tempi e allo stato delle conoscenze, si potevano concepire come tali. Perché una tale operazione divenisse possibile occorreva l'esistenza di uno strumentario concettuale e di una metodologia di cui la storiografia giuridica e, nel complesso, le scienze sociali erano ancora in gran parte sprovviste. Dobbiamo riconoscere che, malgrado gli importanti precedenti, specie nella cultura settecentesca ampiamente valorizzati, ancora di recente, proprio dal punto di vista che qui ci interessa, nel bel libro di P. Stein ([43]), una indagine come quella che costituiva l'oggetto primario del libro di M. era ancora da proporsi. Che peraltro i tempi fossero ben maturi, lo attesta quella singolare fioritura, nell'arco di un decennio, di una serie straordinaria di ricerche destinate a segnare i destini successivi di tradizioni scientifiche plurisecolari come il diritto romano e di scienze allora agli inizi, come la sociologia e l'etnologia. Mi riferisco ai nomi, già da me accostati in una precedente occasione, di Maine, Fustel de Coulanges, Bachofen e Jhering, cui dobbiamo aggiungere, quello di Mc Lennan ([44]).

([43]) Cfr. P. STEIN, *Legal Evolution. The Story of an Idea* cit., 1980, 23 ss.

([44]) Cfr. il mio articolo già citato in nt. 2. La data di pubblicazione di *Primitive Marriage* di J. F. McLennan è il 1865. Giustamente P. STEIN, *Evolution*, cit., 82 ss., sottolinea l'importanza della voce ' Law ', pubblicata da McLennan nella ottava ediz. dell'*Encyclopaedia Britannica*, nel 1857. Gli elementi di anticipazione, rispetto alle teorie e agli orientamenti mainiani, sono significativi e Stein si pone quindi il problema dei reciproci rapporti, escludendo, probabilmente a ragione, una derivazione degli orientamenti di McLennan dalle lezioni di Maine che egli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Lo studio delle forme più remote di organizzazione giuridica e della relativa cultura, secondo M., è possibile solo attraverso l'impiego di uno strumentario che viene componendosi su più piani. Esattamente tre tipi di testimonianze sono quelle di cui dispone lo studioso moderno: anzitutto le osservazioni dei contemporanei su civiltà meno progredite, in secondo luogo i ricordi che i singoli popoli hanno conservato della loro storia primitiva e infine la « ancient law » ([45]). Il primo tipo di testimonianze dipende dalla ineguale rapidità dei vari popoli sulla via del progresso: i più avanzati quindi possono lasciare osservazioni preziose sui caratteri dei più arretrati. L'esempio classico che M. richiama in proposito è costituito dalla *Germania* di Tacito: da tempo al centro di un preciso interesse storiografico, specie nel mondo germanico. Per quanto concerne gli altri due tipi di documentazione occorre osservare che, in verità, M. non approfondisce eccessivamente il discorso. Il terzo tipo di documentazione rischia addirittura di apparire una tautologia: la menzione che ne fa M. si spiega considerando come egli, in verità, si riferisse a quei ' relitti ' sopravvissuti in epoche e in contesti più evoluti e che per ciò risultavano atti a illustrare qualche aspetto della società cui in origine appartenevano, o a quelle più complesse, ma non meno significative testimonianze quali il c.d. Codice di Manu, allora oggetto di vasto interesse nei paesi europei, e le stesse XII Tavole, dove appunto elementi della più alta antichità coesistono con parti più tarde e, in tal senso, meno significative.

Devo dire che le pagine dedicate alla enunciazione di questa metodologia della ricerca sui sistemi sociali e giuridici più antichi non riescono ad assumere, ai nostri occhi un risalto particolare. Più interessante, da questo punto di vista, il tipo di critica che egli svolge al modo in cui altri erano in precedenza venuti indagando la storia delle società più antiche. In particolare nei riguardi di Montesquieu, rispetto a cui peraltro M. ha in generale un atteggiamento sinceramente ammirativo, egli rileva il pericolo insito nella di lui tendenza a interpretare la storia delle istituzioni e delle so-

---

doveva aver frequentato: cfr. STEIN, *op. cit.*, 84 s., ma v. già alcuni cenni in BURROW, *Evolution*, cit., 231 s. e nt. 1.

([45]) *AL*, 120 s. (137 s.) [113 ss.].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cietà umane come del tutto condizionata dalle condizioni esterne. Montesquieu infatti tende costantemente a suggerire « that laws are the creatures of climate, local situation, accident or impostures », partendo da una rappresentazione della natura umana « as entirely plastic » ([46]). Sottovalutando gli elementi di stabilità e di continuità delle società umane, Montesquieu finisce dunque col cadere in un relativismo eccessivo precludendosi la possibilità di dare un significato e di comprendere la stessa storia e i cambiamenti delle singole società umane ([47]). Ed è questo, in ultima analisi, l'elemento di debolezza che M. riconosce alla diversa impostazione di Bentham. Dove appunto il teorico della legge e dei suoi cambiamenti come funzionali alla utilità e al bene comune del genere umano, introduce un elemento che non appare atto a spiegare le trasformazioni del diritto e la sua evoluzione. Bentham infatti, limitandosi a spiegare tali trasformazioni con la coscienza di una mutata utilità della legge, non riesce poi a mettere a fuoco e quindi a spiegare gli altri, più profondi cambiamenti della società che a loro volta hanno ingenerato la coscienza di questa mutata utilità nella legge ([48]).

Quello che a M. interessa insomma è la possibilità di raggiungere una rappresentazione organica e coerente della società primitiva rispettosa di quella ' diversità ', rispetto alle realtà più evolute, che in genere si è sottovalutata da parte degli storici ([49]).

([46]) *AL*, 116 (133 s.) [110].

([47]) In M., in polemica con il grande francese, sostiene invece che « the truth is that the stable part of our mental, moral, physical constitution is the largest part of it, and the resistance it opposes to change is such that, though the variations of human society in a portion of the world are plain enough, they are neither so rapid nor so extensive that their amount, character, and general direction cannot be ascertained » (*AL*, 117 (134) [110]).

([48]) *AL*, 117 s. (135) [111 s.].

([49]) Cfr. *AL*, 119 (136) [112 s.]. Si deve tuttavia avere ben presente, per comprendere questo aspetto, su cui del resto mi sono già fermato precedentemente, che M., pur mettendo a fuoco le caratteristiche peculiari delle società primitive, e dell'uomo ' primitivo ', non traccia separazioni e barriere invalicabili. Non solo questo appare dalla stessa critica a Montesquieu in cui si accentua « the stability of human nature » (*AL*, 116 (134) [110]), ma tale atteggiamento è ribadito poche pagine più avanti. « The lofty contempt which a civilised people entertains for barbarous neighbours — scrive infatti M. —, has caused a remarkable negligence

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ciò è possibile se si parte dalle « simplest social forms in a state near as possible to their rudimentary condition » ([50]). In altre parole, in questo passaggio fondamentale del suo saggio, M. tende ad associare chiaramente la nozione di ' primitivo ' a quella di ' semplice ' o ' elementare '. È questo un elemento che ci aiuta a cogliere quanto di implicito (e di implicitamente ' evoluzionista ') è presente in un tipo di prospettiva che, rispetto alle società ' primitive ', si impone sempre più chiaramente nel corso dell' '800, anche se senza dubbio ha antecedenti anche lontani. Così la ' mentalità primitiva ', la ' società primitiva ' e l'uomo primitivo non sono altro che forme più semplificate — più ' infantili ' — di una realtà matura e, finalmente, ' civile '.

7. Una volta ricondotto il problema della società primitiva ai termini suaccennati, era facile per M. individuare l'elemento più ' semplice ' ed elementare di un sistema sociale e assumerlo, proprio in quanto tale, come il punto di partenza della società civile agli inizi della sua esistenza. E qui si torna a una rappresentazione antica quanto la stessa riflessione occidentale sulle società umane, già codificata nei suoi termini classici ai tempi di Aristotele. È la famiglia il nucleo sociale elementare ed è dunque dalla famiglia patriarcale, immagine che risale ai tempi stessi dei mitici inizi dell'uomo, nella storia della Genesi biblica, cui M. del resto si richiama, che si può far partire la storia delle società umane ([51]).

La famiglia patriarcale, sottoposta all'assorbente *potestas* del suo capo, destinata a persistere lungo le generazioni, fondata apparentemente su un vincolo naturalistico ([52]), costituisce dunque per M. l'embrione della società civile ed esiste prima degli inizi

---

in observing them, and this carelessness has been aggravated at times by fear, by religious prejudice, and even by the use of these very terms — civilisation and barbarism — which convey to most persons the impression of difference not merely in degree but in kind » (p. 121 (138) [114]).

([50]) *AL*, 119 (136) [113].

([51]) *AL*, 123 ss. (139 ss.) [115 ss.]; 128 ss. (144 ss.) [121 ss.].

([52]) M. sottolinea però con forza che questo legame può costituirsi anche in modo artificiale, assimilandosi in tal caso alla forma naturale: cfr. *AL*, 133 (148 s.) [125].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stessi dell'esperienza giuridica segnati, come ricorderemo, dal ruolo dei *themistes* (53). È questo organismo che ha il suo massimo significato p r i m a che si affermi una società civile, con le sue forme giuridiche e politiche, prima insomma che sorga lo stato nei suoi elementi fondamentali assolvendo quindi alle funzioni essenziali che verranno poi attribuite a questo (54).

Un aspetto molto caratteristico del pensiero di M. è che egli, con una forzatura che certamente risente di un generale orientamento evoluzionistico propone uno schema piuttosto semplicistico a proposito della formazione della società civile. M., in effetti non sembra prendere le distanze da uno schema interpretativo come quello da lui formulato nel modo seguente: « the elementary group is the Family, connected by common subjection to the highest male ascendant », nonché « the aggregation of Families forms the Gens or House. The aggregation of Houses makes the Tribe. The aggregation of Tribes constitutes the Commonwealth » (55). L'idea stessa della comunità politica, in origine, comporta, a similianza e sul modello della famiglia, la credenza in un vincolo di sangue che unisce i suoi membri: in effetti essa si è venuta costituendo sul modello stesso della famiglia. Così come la famiglia può estendersi anche a persone non legate da vincoli di sangue, sulla base di una finzione circa la loro esistenza, ugualmente si poteva fingere, per gruppi nuovi di cittadini, che anch'essi discendessero dal mitico comune progenitore che si trovava alle origini stesse della comunità. La conclusione che si può ricavare da tutto ciò, afferma quindi M., « is, not that early societies were formed by descent from the same ancestor, but that all of them

---

(53) Cfr. *AL*, 125 (141 s.) [118].

(54) Questa periodizzazione, nel pensiero di M. (*loco ult. cit.*), è chiaramente presupposta dal fatto che « these early conceptions », se pure appaiono circondate da quel mistero che dovette caratterizzare « a dispotic fathers's commands », derivano tuttavia « from a sovereign », il che, per l'appunto, presuppone la già avvenuta unificazione di più « family groups in some wider organisation ».

(55) Così M., *AL*, 128 (144) [121]. Su questo punto la posizione del nostro giurista appare abbastanza ambigua: egli infatti riferisce l'opinione degli antichi come troppo semplicistica. E tuttavia, di seguito, non solo non sembra distaccarsi da questa, ma, al contrario, finisce col fondarvisi per portare avanti il suo ragionamento.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

which had any permanence and solidity either were so descended or assumed that they were » (56).

È questa, tutto sommato, una considerazione abbastanza singolare. Cosa significa infatti isolare le società primitive più durevoli e solide e affermare per queste (disinteressandosi delle altre: le ' meno durevoli ') la discendenza vera o presunta da un unico capostipite? Dovremmo dunque concludere che il vincolo parentale, vero o presunto, era condizione *non* per il sorgere delle comunità primitive, ma per la loro capacità di sopravvivenza, superando la spinta alla disgregazione? Anche su questo punto M. non chiarisce sino in fondo il suo pensiero che dobbiamo quindi ricavare in qualche modo anche dai suoi silenzi.

Viene qui il sospetto che per M. il problema della origine parentale della comunità politica e sociale e del suo fondamento ultimo in un rapporto di consanguineità non si ponga dal punto di vista della effettività storica. Il giurista inglese non sembra cioè interessarsi tanto alla questione se le più antiche società umane si siano sempre fondate in origine su vincoli di sangue e di parentela, insistendo piuttosto sul fatto che l'idea di un vincolo del genere era, nella comunità primitiva, necessaria alla sua esistenza e ne costituiva la giustificazione ideologica. Quale che fosse il gioco concreto dei fattori che si trovano all'origine della comunità primitiva, essi comunque si sono venuti componendo « on the model or principle of an association of kindred » (57).

La preminenza assoluta del sistema familiare, in questa fase primitiva, è tale da far sì che, se la famiglia patriarcale risulta più antica delle *gentes*, delle tribù e dello stato, essa appare destinata altresì a conservare un ruolo rilevante anche in una fase successiva. Anzi, è proprio su questo aspetto che M. propone la parte più originale e suggestiva della sua costruzione. Con l'organizzarsi infatti della società civile in forme più complesse della semplice famiglia patriarcale, quest'ultima resta comunque l'unità di base della società stessa, che « in primitive times was not what is is assumed to be at present, a collection of *individuals*. In fact, and

(56) *AL*, 131 (147) [124].
(57) *AL*, 131 s. (147) [124].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in the view of men who composed it, it was *an aggregation of families* » (i corsivi sono dell'a.). Mentre nel mondo moderno protagonista e soggetto della vita giuridica è dunque l'individuo, nel mondo antico tale ruolo è svolto dalla famiglia (58).

È questo il punto centrale del pensiero di M. in *AL*, al quale ho già fatto riferimento in precedenza, ed è da siffatta impostazione che deriva la interpretazione generale del processo di evoluzione del diritto come il passaggio « from status to contract ». Tutta la storia del diritto primitivo e della sua evoluzione è la storia del la graduale e faticosa emarginazione di questa originaria protagonista collettiva della vita giuridica e l'emergere dell'individuo singolo come soggetto attivo e indipendente dei rapporti e delle vicende del diritto privato (59).

8. La seconda parte di *AL*, la più estesa e forse più importante è volta a riempire con la concretezza dell'analisi storica, lo schema ora accennato. Naturalmente non seguiremo M. nella trattazione dei vari settori dell'esperienza giuridica primitiva: dal sistema successorio alle forme di proprietà, dall'evoluzione dei rapporti contrattuali al sistema di responsabilità per fatti illeciti. Quello che infatti ci interessa attiene essenzialmente al particolare metodo seguito dall'a. e agli specifici angoli visuali da lui perseguiti.

E in verità ciò che si può cogliere, nei capitoli dedicati alle forme successorie, è la preoccupazione di M. di cercare le radici storiche delle forme giuridiche contemporanee, capovolgendo in

---

(58) *AL*, 126 (142 s.) [119 s.].

(59) Fondamentali appaiono in tal senso le ultime pagine del Cap. V, dove si analizza il progressivo affermarsi dell'individuo al posto della famiglia come « unit of which civil laws take account ». Questo processo è generale in tutte le società ' progressive ', anche se attuato « at varying rates of celerity ». Partendo da un sistema « in which all the relations of Person are summed up in the relations of Family », M. descrive la linea generale di sviluppo verso la piena affermazione di un sistema « in which all these relations arise from the free agreement of Individuals » (*AL*, 168 s. (180 s.) [160 s.]. Questa immagine dell'evoluzione *from status to contract* è penetrata profondamente nella cultura giuridica anglosassone e trova del resto rispondenze notevoli anche nella tradizione continentale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

qualche modo la prospettiva dei moderni ed evidenziando come, anche ciò che sembra più ovvio e 'naturale', in effetti possa essere spiegato solo mediante l'individuazione del processo storico che ha portato alle forme attuali (60). D'altra parte nella stessa forma di successione universale si incontra la conferma della natura non individualistica della società primitiva che abbiamo visto affermata in linea generale da M. Questo tipo di successione *infatti* appare del tutto funzionale all'esigenza di conservare nella sua integrità il gruppo familiare permettendo il passaggio, al momento della morte del *pater*, dell'insieme coeso dei poteri esistenti sulla famiglia e sui beni al suo successore (61). Lo stesso testamento, che pure è più recente della successione *ab intestato*, non è un mezzo di trasferire i beni del defunto, ma di far passare la famiglia sotto un nuovo capo (62).

Spingendosi indietro, verso quella realtà delle origini in cui la famiglia appare ancora l'unica struttura sociale esistente, M. viene quindi mettendo a fuoco la particolare funzione di un istituto che poi, in età feudale, avrà notevole rilievo: la primogenitura.

---

(60) La negazione di quella 'naturalità' di cui parlo nel testo, il carattere storicamente determinato degli istituti studiati da M., sono dimostrati, per quanto concerne le forme testamentarie, sia escludendo che il testamento stesso possa considerarsi un prodotto del diritto naturale (p. 175 s. (197 s.) [167 s.]), sia escludendo il carattere 'naturale' dei principi fondamentali che ne regolano l'efficacia (p. 174 (196 s.) [165 s.]).

(61) Lungi dunque dall'essere 'naturale', il testamento si collega ad un organico sistema fondato essenzialmente sul principio della successione a titolo universale. È attraverso questa figura che M. cerca di cogliere il significato originario del testamento stesso, che non appare più, come nel diritto moderno, principalmente finalizzato ad attuare, nei limiti del possibile, la volontà del testatore, ma a sancire appunto l'esistenza di un successore a titolo universale del *de cuius*: *AL*, 182 (204) [173 s.]. Ora questo principio della successione universale si spiega bene, conclude M., se si tiene conto dei caratteri della società primitiva, dove non rileva l'individuo, ma il gruppo e dove quindi è essenziale per l'esistenza stessa della società, assicurare all'organismo familiare la persistenza di un capo, indipendentemente dalla vicenda dei singoli individui (p. 182 ss. (204 ss.) [174 ss.]). La «inflessibile severità» con cui nel sistema testamentario romano si continua ad applicare il principio della necessaria designazione di un erede, conclude M., sarebbe da solo sufficiente a farci capire «that the theory grew out of something in the primitive constitution of Roman Society», p. 190 (210 s.) [181].

(62) Cfr. *AL*, 194 ss. (214 ss.) [184 ss.].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anche in questo caso il nostro autore si impegna a ribaltare le prospettive tradizionali affermando che l'istituto in questione ha radici ben più lontane di quello della società feudale (63). Mentre infatti la divisione del patrimonio fra tutti i fratelli è il sistema più funzionale nello stadio di sviluppo della famiglia corrispondente agli inizi della società civile, spostandoci più indietro, nella fase anteriore appunto alla società civile, quando la famiglia patriarcale non è solo una comunità domestica ma è anche un'entità politica, il potere del *pater* non si distribuisce fra tutti i suoi figli, ma passa, alla sua morte, direttamente e integralmente al primogenito (64).

È vero che poi, in età medievale, la primogenitura riassume nuova importanza, ma, aggiunge M., ciò è dovuto al fatto che, allora, la società europea regredisce verso forme primitive (65). In una visione secondo cui il progresso si attua lungo un sentiero abbastanza definito, il regresso è quindi concepito dal M. come uno spostamento all'indietro su questo stesso sentiero, verso stadi già superati. È questa una valutazione che si fonda su un assunto fondamentalmente evoluzionista presente in M.

Come il sistema delle successioni, così il regime della proprietà conferma l'assunto mainiano del passaggio dal gruppo all'individuo come soggetti dei rapporti sociali e giuridici. Nelle fasi iniziali della storia umana infatti è la proprietà collettiva, non la proprietà del singolo individuo ad essere la regola, come attesta il confronto con le più antiche testimonianze giuridiche, fra cui M. privilegia notevolmente, in questa parte del suo lavoro, le istituzioni indù (66). La proprietà individuale, conformemente al-

---

(63) Cfr. in tal senso *AL*, 233 (256 s.) [220], in cui pure si evidenzia il collegamento fra feudalismo e primogenitura: v. anche p. 231 s. (255 s.) [218 s.].

(64) Spostandosi dal diritto romano all'esame di istituzioni di società più primitive, M. cerca di individuare una fase più arcaica. Facendo leva sul diritto indù egli conclude che la primogenitura esisteva al posto della divisione fra fratelli « when Patriarcal power is not only *domestic* but *political* » (il corsivo è nel testo): p. 233 s. (257) [220 s.]. E forme ancora più arcaiche si possono supporre, « in which all the ramifying branches of the family tree held together in one organic whole » (p. 234 (258) [221]).

(65) *AL*, 235 s. (259) [222 s.].

(66) M. già in *AL*, 261 ss. (283 ss.) [246 ss.], dà molto rilievo alla comunità di villaggio indiana: è questo un tema su cui, com'è noto, tornerà ampiamente nella

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'evoluzione generale del diritto, si viene affermando solo in un momento successivo, all'interno dell'originaria comunità di villaggio e della comunità domestica (67).

Come bene ha mostrato P. Grossi, un punto centrale dell'attacco di M. alla tradizione scientifica consolidata ai suoi tempi è costituito dalla teoria dell'occupazione, come fonte primaria e originaria della proprietà privata. In tal modo era così messo in discussione un assunto fondamentale di una plurisecolare costruzione teorica tesa a conservare il carattere individuale dei processi di appropriazione dei beni (68).

L'aver capovolto, anche su questo punto, una prospettiva consolidata, permette indubbiamente all'a. di dare un ben diverso risalto alle forme comunitarie che, proprio in quel lasso di tempo, si venivano progressivamente rivalutando anche per quanto concerne la storia dei popoli europei e in particolare dei germanici (69). Va anche detto che, rispetto a questa stessa problematica, M. sembra evitare un ulteriore approfondimento, specie per quanto riguarda il tipo di organizzazione comunitaria da lui assunto come possibile modello per la realtà nelle origini. Nella stessa esperienza europea infatti, non uno, ma diversi erano stati i tipi e gli assetti delle comunità agrarie. In particolare differenze sostanziali erano state individuate fra il tipo di comunità di villaggio proprio del mondo germanico e quello invece dei popoli slavi (70). Queste forme differenziate non attraggono tuttavia la particolare

---

sue successive ricerche, e per cui il suo interesse risulterà tanto più sollecitato dalla sua esperienza indiana.

(67) A queste conclusioni M. giunge, anche in tal caso, applicando una tecnica comparativistica e confrontando quindi le comunità indiane con le tracce di analoghe forme comunitarie presenti in Europa: cfr. *AL*, 265 ss. (287 ss.) [250 ss.].

(68) Cfr. P. Grossi, *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977, 58 ss.

(69) Cfr. su ciò, per una prima approssimazione il mio breve saggio su *Le comunità rurali di Roma arcaica nella storiografia del tardo '800*, in *Studi d'Amelio*, Milano, 1978, ora in L. Capogrossi Colognesi, *La terra in Roma antica*, Roma, 1961, 99 ss.

(70) Su questo punto mi permetto di rinviare ad alcune mie ricerche sui modelli utilizzati da M. Weber nei suoi studi di storia agraria antica e sulla figura di Meitzen, di prossima pubblicazione negli *Annali della Scuola Normale di Pisa* e in *Sociol. del diritto*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attenzione di M. che si limita a sostenere un possibile collegamento fra la comunità di villaggio ed una struttura familiare o parafamiliare come la *gens* fondata sull'idea di un legame di sangue vero o presunto ([71]). A questo livello di generalizzazione le forme comunitarie riguardavano nel complesso tutti i popoli indoeuropei, corrispondendo tanto alla comunità di villaggio indiana, tanto ai villaggi scozzesi, o a quelli slavi (significativamente mancano però esplicite menzioni della comunità agraria germanica, la meno assimilabile ai modelli patriarcali proposti da M.) e quindi proiettabili all'indietro nel tempo anche alla primitiva realtà romana ([72]).

Non che M. fosse inconsapevole della diversità strutturale che queste diverse forme di comunità agraria presentavano fra loro, al contrario. Proprio sulla base di ciò egli infatti avanza un'ipotesi la cui arditezza è moderata solo dal modo sfumato della sua formulazione. È infatti assai verosimile, egli sostiene, anche se « the evidence does not warrant our going so far as this », che queste diverse forme di comunità di villaggio corrispondessero a stadi distinti « in a process of transmutation which has been everywhere accomplished in the same manner ». Comunque sia, si può affermare « that private property, in the shape in which we know it, was chiefly formed by the gradual disentanglement of the separate rights of individuals from the blended rights of community » ([73]). Tornando quindi a quanto egli aveva già accennato nell'analisi delle forme sociali primitive (anche lì senza peraltro giungere a conclusioni definitive in proposito) M. ripropone il possibile schema evolutivo relativo alla famiglia, destinata a espandersi « into the Agnatic group of kinsmen, the Agnatic group dissolving into separate households; lastly the household supplanted by the individual » per immaginare — senza peraltro

---

([71]) In *AL*, 274 (285 s.) [249], troviamo infatti affermato che « the Village Community ... is not necessarily an assemblage of blood-relations, but it is *either* such an assemblage *or* a body of co-proprietors formed on the model of an association of kinsmen ». Cfr. anche *AL*, 266 s. (288) [251].

([72]) Cfr. sulle comunità slave, *AL*, 266 ss. (287 s.) [250 s.] e sulle traccie esistenti in Scozia, *AL*, 268 s. (289 s.) [253].

([73]) *AL*, 269 s. (290) [254].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poterlo sostenere con certezza — che a ciascuno di questi stati corrispondesse « an analogous alteration in the nature of Ownership » (74).

Con questa serie di passaggi sfumati e mai affermati in modo reciso M. finisce col concludere che, comunque, il fondamento stesso della proprietà individuale è da rintracciare nel suo sviluppo dalla proprietà della tribù e questa, a sua volta pone gli stessi problemi che, più in generale, si sono visti a proposito dell'origine stessa della società umane: « what where the motives which originally prompted men to hold together in the family union? » Ed è un problema questo, cui, in fin dei conti, la scienza giuridica non può rispondere da sola, limitandosi quindi a metterlo in evidenza (75).

9. Più all'indietro si va, nell'esperienza giuridica primitiva, più appare evidente che la distinzione tra diritti reali e diritti personali perde di significato (76). Questo punto delle tesi mainiane assume particolare rilievo nel corso degli ultimi capitoli del libro, laddove l'a. passa appunto ad esaminare la vicenda dei rapporti obbligatori e delle sanzioni penali.

Come sappiamo, lo sviluppo della forma contrattuale coincide con la stessa evoluzione dell'ordinamento giuridico. La sua piena espansione è infatti connessa all'affermarsi delle società moderne, con l'attentuarsi di quel complesso di vincoli e di limitazioni che, nelle più antiche società, gravavano sugli individui in relazione al loro *status*. Nelle società primitive, insomma, l'individuo non ha la possibilità di porre in essere liberamente diritti e obblighi, che derivano invece dalla sua appartenenza al gruppo familiare e dalla sua dipendenza dal *pater familias*: dal suo *status* all'interno della società (77). Proprio il carattere storicamente determinato del contratto e dei suoi fondamenti giuridici e morali, sostiene M., permette di negare un altro degli assunti e delle ge-

---

(74) *AL*, 270 (291) [254].

(75) *AL*, 270 (291) [255].

(76) Cfr. in tal senso *AL*, 259 (281) [244].

(77) Scrive infatti M., in *AL*, 311 s. (337 s.) [295], « the point which before all others has to be apprehended in the constitution of primitive societies is that the individual creates for himself few or no rights, and few or no duties ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

neralizzazioni proprie del pensiero giusnaturalista, che vede presente la forza cogente della *fides* sin dalle fasi più antiche dell'esperienza giuridica. Al contrario, il rispetto degli obblighi assunti e della parola data non è un postulato elementare della stessa convivenza umana e non costituisce un presupposto per il formarsi di una società organizzata. Essa, non diversamente da tutte le regole sociali e giuridiche, è invece un portato dello sviluppo storico e dell'esistenza delle società umane (78). Naturalmente la conseguenza più importante dell'impostazione da lui criticata, sostiene M., è quella di poter pensare a un originario 'contratto sociale' fra tutti gli uomini. In tal modo, gli conclude, « the State of Nature had been talked about till it had ceased to be regarded as paradoxical, and hence it seemed easy to give a fallacious reality and definiteness to the contractual origin of Law by insisting on the Social Compact as a historical fact » (79).

La stretta connessione che, nella società primitiva, sussiste fra forme giuridiche destinate in seguito a differenziarsi progressivamente è attestata in modo esemplare, sottolinea M., dalla vicenda della *mancipatio* nel diritto romano arcaico. Questo negozio infatti, che in origine doveva avere essenzialmente la funzione di attribuire un diritto di proprietà, nell'universo informe delle origini assunse un'ulteriore funzione, di costituire un vincolo personale a carico di un cittadino e a favore di un altro, senza che peraltro i Romani avessero chiaro il carattere innovativo di tale allargamento, tanto esso appariva limitato (80). Nell'esperienza giuridica primitiva infatti, si afferma in *AL*, non vi è una forte capacità di distinzione fra concetti e situazioni diverse. Il processo evolutivo del diritto consiste proprio nel « change from general to special », o meglio si realizza attraverso una « specializzazione » dei termini e concetti più antichi (81). Anche in questo caso dunque

(78) Cfr. in tal senso *AL*, 304 ss. (331 ss.) [288 ss.]. Di notevole interesse appare la chiarezza con cui M. contrappone le forme di dipendenza fondate su uno *status* giuridico (schiavitù, servitù della plebe) a quelle derivanti da rapporti contrattuali. Ugualmente significative sono le considerazioni mainiane circa la relatività dei concetti di moralità ecc., cfr. *AL*, 310 s. (337 s.) [294 s.].

(79) *AL*, 310 (336) [293].

(80) Cfr. *AL*, 319 (344) [302].

(81) Cfr. su ciò *AL*, 316 s. (341 s.) [299 s.].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

i caratteri dell' « Ancient law » sono da M. individuati *per differentiam* rispetto all'esperienza giuridica moderna. « An ancient legal conception — specifica infatti lo studioso inglese — corresponds not to one but to several modern conceptions », esprimendo quindi una stessa designazione « a variety of things which in modern law have separates names ».

In seguito l'antico termine, la rappresentazione originaria si ridurranno a designare uno solo dei valori precedentemente ricompresi ([82]). Così in origine i Romani dovevano impiegare un unico procedimento, *per aes et libram*, per tutti gli atti solenni, sia quindi per trasferire un bene che per creare un vincolo personale: ed era indicato come *nexum*. Poi l'idea di contratto si viene distinguendo da quella di trasferimento, ed allora due diversi nomi — *nexum* e *mancipatio* — indicheranno l'antica cerimonia in corrispondenza alle due diverse funzioni ormai distinte fra loro ([83]). Naturalmente è possibile, per questa più arcaica situazione che fra le « two or three legal conceptions ... blended in one » una di queste fosse prevalente e più risalente delle altre. Il fatto poi che con uno stesso termine e con la relativa rappresentazione, per un certo tempo, si esprimesse una pluralità di situazioni, sembrerebbe giustificato essenzialmente sulla base della ' vischiosità ' di un processo di presa di coscienza e cioè per il fatto « that practical changes are accomplished in the law of primitive societies long before men see occasion to notice or name them » ([84]).

La lettura che M. viene dando del processo di differenziazione della sfera contrattuale, nel diritto romano arcaico, da quella dei trasferimenti della proprietà serve, anche in questo caso, a capovolgere radicate prospettive dei teorici dello stato di natura e a battere in breccia, anche da questo punto di vista, gli schemi contrattualisti. Contrariamente infatti a quanto sono venuti sostenendo costoro, che nella società primitiva « property was nothing, and obligation everything », appare più esatta proprio la proposizione opposta, essendo stato il contratto concepito per molto tempo come una vendita ' incompleta ', secondo l'interpre-

([82]) *AL*, 316 (342) [300].
([83]) Cfr. *AL*, 317 s. (342 s.) [300 s.].
([84]) *AL*, 318 (343 s.) [301 s.].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tazione data da M. della vicenda romana primitiva ([85]). Anche su questo punto non mi sembra sia per noi di particolare interesse valutare l'esattezza dell'interpretazione che si dà in *AL* delle vicende e del carattere degli istituti del diritto romano arcaico ([86]). Quello che infatti qui ancora una volta interessa è il tentativo di ricavare dall'analisi di uno specifico fenomeno giuridico caratteri e linee di tendenza generalizzabili a tutte o, comunque, ad una ampia gamma di società primitive.

In verità è abbastanza difficile stabilire sino a che punto la storia dei contratti romani e della loro evoluzione possa effettivamente servire per la costruzione di un modello generale atto a definire « the necessary progress of human thought on the subject of Contract » ([87]). Questa pagina di storia giuridica, riconosce lo stesso M., è infatti troppo poco nota, in tutte le altre società antiche, per potersene ricavare un quadro generale.

Al contrario, la storia dei contratti romani è invece fondamentale per la comprensione dei sistemi giuridici europei dell'età moderna da essi profondamente influenzati. Su ciò M. scrive alcune pagine di grande efficacia che mi sembra possano ancora oggi offrire spunti fecondi.

Accanto ai contratti, nell'esperienza giuridica primitiva, una categoria ugualmente importante di fonti di obbligazioni è costituita dall'obbligo di risarcimento dei danni arrecati da comportamenti illeciti. L'esame di tali illeciti e dei sistemi penali primitivi conclude *AL*, offrendo un tentativo di interpretazione più generale di questo aspetto dell'evoluzione giuridica.

Nel diritto primitivo il sistema penale ha una più ampia estensione, rispetto alla parte civilistica, di quanto non sarà in seguito. Ciò non è dovuto tanto al carattere particolarmente violento della società primitiva, quanto alla relativa povertà degli stessi

---

([85]) Cfr. *AL*, 321 (346) (304).

([86]) Mi riferisco in particolare alla valutazione che si dà a p. 319 ss. (344 ss.) [302 ss.], del significato originario del *nexum* che appare inaccettabile anche allo stato delle conoscenze di cui M. poteva allora disporre. Va comunque tenuto presente che questo è uno dei problemi più oscuri di tutto il diritto romano arcaico e, come tale, atto a stimolare le ipotesi più ardite.

([87]) Così *AL*, 339 (362) [321].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rapporti privatistici, dalla proprietà al testamento, dal contratto ai diritti familiari. Come M. ha illustrato nel corso di tutto il suo libro, il loro sviluppo in qualche modo appare infatti limitato dal ruolo straripante della famiglia patriarcale.

Il diritto penale di questa età primitiva, è da M. interpretato sulla base degli schemi romanistici che, com'è noto, distinguono i *delicta* dai *crimina*. In sostanza, leggiamo in *AL*, i comportamenti illeciti, in questa età sono tutti puniti in quanto rappresentano un'offesa verso gli individui, non verso lo stato: corrispondono appunto ai *torts* inglesi o ai *delicta* romani (88). *Torts* e ' peccati ' hanno dunque una grande importanza nell'' infanzia del diritto ', dove si colpiscono ugualmente colpe verso gli uomini e verso la divinità. Parallela, ma lontana e distinta, sussisteva poi anche l'idea di un'offesa allo Stato. Quando però « the Roman community conceived itself to be injured, the analogy of a personal wrong received was carried out to its consequences with absolute literalness, and the State avenged itself by a single act on the individual wrong-doer » (89). Va detto che in questa prospettiva M. rinuncia praticamente ad altro materiale che non sia il diritto romano, che tende così ad identificarsi con il ' diritto primitivo ' in assoluto.

Agli inizi dunque dell'esperienza giuridica la comunità reagisce ad un torto vendicandosi direttamente sull'offensore: « this is the point from which we start: each indictement is now a bill of pains and penalties ». Si afferma in seguito uno stadio più evoluto, dove la molteplicità dei crimini costringe la magistratura a delegare la repressione a speciali *quaestiones*. Un terzo stadio poi è conseguito quando non si nomina più una singola *quaestio* per ogni reato commesso, ma si provvede a nominare periodicamente dei commissari come i *quaestores parricidii* o i *duumviri perduellionis*, ed infine si giunge all'ultima fase quando le *quaestiones* diventano « permanent Benches or Chambers », essendo i giudici presi da una determinata categoria secondo certe formalità e quando poi « certain acts are described in general language and decla-

(88) Cfr. *AL*, 368 ss. (390 s.) [348 ss.].
(89) *AL*, 372 (394) [352].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

red to be crimes » e colpiti, se commessi, con pene prestabilite (90). Parallelamente a questo processo si ha poi la conversione dei *torts* in crimini e lo sviluppo di un sistema criminale vero e proprio (91).

E tuttavia proprio l'evoluzione complessiva dell'ordinamento giuridico romano fece in pratica scomparire, in questa fase più avanzata, la pena di morte. È molto interessante rilevare come in *AL* si incontri una valutazione non favorevole di tale innovazione. Fondandosi infatti, anche in questo caso, su assunti rigidamente evoluzionisti, M. afferma che « like every other institution which has accompanied the human race down the current of its history, the punishment of death is a necessity of society in certain stage of civilizing process » (92). Proprio il carattere fortuito di questa scomparsa, nel diritto romano, non legata quindi ad una complessiva crescita della civilizzazione a livelli adeguati (ma quali sono poi questi? M. in effetti polemizzando larvatamente con gli stessi riformatori settecenteschi del diritto penale europeo fa sorgere il sospetto che neppure l'Europa di fine '700 apparisse realmente matura per tale innovazione (93) sembrerebbe aver comportato per la società romana e per la stessa vita giuridica conseguenze sostanzialmente negative. Lo storicismo e l'evoluzionismo mainiano non indulgono in generici e astratti giudizi di valore, identificando quindi sempre l'utilità sociale e il bene comune non con valutazioni di carattere universale, ma con situazioni storicamente determinate e legate a una realtà in continua trasformazione.

10. Prima di proseguire l'analisi del metodo e degli schemi applicati da M. in *AL*, non mi sembra inutile dedicare alcune considerazioni al significato complessivo di una delle tesi mainiane destinate ad influenzare notevolmente la storiografia giuridica dei decenni successivi. Mi riferisco alla c.d. teoria ' patriarcale ' che ho già esposto rapidamente nel corso del precedente paragrafo 7.

---

(90) Cfr. *AL*, 385 s. (405) [363 s.].

(91) *AL*, 394 s. (412 s.) [372 s.].

(92) *AL*, 389 (408) [367].

(93) Sintomatici, in tal senso, appaiono gli accenni presenti a p. 387 e 389 (407 s.) [366 s.].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In verità l'importanza di un'idea non sempre dipende dalla sua originalità o dalla complessità e dalla ricchezza delle analisi su cui essa si fonda. La teorizzazione della primitiva società patriarcale fatta da M. era un tipo di rappresentazione facile, suggestivo e sembrava atto a spiegare, almeno ad una valutazione non troppo approfondita, una serie di problemi relativi al diritto primitivo tutt'altro che esigui. Niente di più comprensibile dunque del duraturo successo e degli echi che tale teorizzazione, anche grazie alla successiva mediazione fattane da Bonfante, sollevò nel campo del diritto romano sino ai primi decenni di questo secolo.

In questa sede non voglio certo riprendere una discussione che mi ha visto impegnato a più riprese (94). Mi interessa piuttosto sottolineare in modo adeguato come tutta la sostanza di quella che sarà la teorizzazione bonfantiana delle « forme preciviche » è già presente in *AL*. Non vi è infatti solo la individuazione degli organismi familiari come le strutture originarie, anteriori alla città, ma, affiora addirittura la consapevolezza del carattere sostanzialmente 'politico' assunto dai poteri unificanti del *pater familias* (95). Anche su questo punto dunque la problematica mai-

---

(94) Per una prima indicazione bibliografica sui problemi dei poteri primitivi del *pater familias* romano e sulla struttura della stessa famiglia romana, si v. la mia *Terra in Roma arcaica*, cit., 135 ss. e nt. 1, 5, 6 e 9 con bibliografia.

(95) Questa è chiarissima in un passo di M. che mi sembra opportuno riportare integralmente: « although in India the possessions of a parent are divisible at his death, and may be divisible during his life, among all his male children in equal shares, and though this principles of the equal distribution of *property* extends to every part of the Hindoo institutions, yetwherever *public office* or *political power* devolves at the decease of the last Incumbent, the succession is nearly universally according to the rules of Primogeniture » (p. 233 (257) [220 s.]. Il fatto che le sottolineature nel testo non siano introdotte da me, ma siano presenti nell'originale mi sembra sufficiente a chiarire il fondo del pensiero mainiano in proposito che del resto appare ultiormente esplicitato, nel prosieguo del discorso, quando M. riporta il riferimento alle istituzioni indù alla realtà europea. A p. 234 (257) [221], leggiamo infatti: « comparing these Indian successions with some of the ruder social organisations which have survived in Europe almost to our own day, the conclusion suggests itself that, when Patriarcal power is not only *domestic* but *political*, it is not distributed among all the issue at the parents's death, but is the birthright of the eldest son ». Anche qui il valore di questo passo, nella logica del mio discorso, è accentuato ulteriormente dai corsivi voluti in esso dall'autore. A p. 235 (258) [222], infine, vediamo enunciata l'essenza del *pater* della famiglia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

niana rappresenta una sostanziale anticipazione di quella che verrà riproposta, quasi trent'anni più tardi da P. Bonfante.

Nel descrivere, nel corso del penultimo capitolo del suo libro, la storia dell'evoluzione dei rapporti contrattuali, M., come ho già ricordato, insiste sulla tendenza dell'esperienza giuridica primitiva a raggruppare insieme più nozioni, all'interno di un'unica rappresentazione e designazione ([96]). In quel contesto M. riprende l'immagine della figura del *pater familias* e insiste sul fatto che, per l'appunto, il potere patriarcale costituisce l'esempio evidente di tale tendenza. Esso infatti sembra essere stato assunto come realtà unitaria, designata in modo uniforme: « the Power exercised by the ancestor was the same whether it was exercised over the family or the material property — over flocks, herds, slaves, children, or wife ». Solo in seguito, sostiene M., questa rappresentazione si frantumerà e il potere unitario del *pater* — probabilmente individuato con il termine *manus* — verrà distinto « both in word and in conception, according to the object over which it is exerced » ([97]). Sui beni materiali e sugli schiavi assumerà il valore di *dominium*, sui figli quello di *potestas*, sui liberi subordinati quello di *mancipium*, conservando quello di *manus* sulle donne sposate.

In verità proprio quest'ultimo tipo di rappresentazione, piuttosto che l'originaria ipotesi bonfantiana sembra anticipare la ricostruzione dell'organizzazione familiare romana e dei poteri del *pater* effettuata successivamente al Bonfante, ad opera prima del

---

primitiva, più risalente di quella indù e della romana. « If the Roman Paterfamilias was visibly steward of the family possessions, if the Hindoo father is only jointsharer with his sons — conclude dunque M. — still more emphatetically must the true patriarchal chieftain be merely the administrator of a common fund ». Da questa affermazione potremmo concludere che, per M., il carattere 'sovrano' del *pater* sarebbe stato preceduto da un assetto collettivo dell'organismo familiare, avente a n c h e carattere politico.

([96]) Cfr. *supra*, p. 118 e nt. 81.

([97]) Cfr. *AL*, 317 (342) [300]. È questo uno spunto importante, in *AL*, perché ci permette di cogliere un diretto collegamento di M. con la storiografia tedesca di metà dell'800. È da allora che data, per quanto mi risulta, l'idea che il termine *manus* indicasse nell'età più antica il complesso dei poteri del *pater*: su ciò cfr. la mia *Struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, I, Milano, 1969, 77 s. e nt. 127 e 128. Da notare, anche in questo caso, il probabile collegamento con le posizioni di R. v. Jhering.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

De Visscher e poi, ancora più di recente, soprattutto da alcuni studiosi italiani. Del resto gioca in tal senso sia il valore marginale che, da questo punto di vista, assume nello schema mainiano la distinzione fra *res mancipi* e *nec mancipi* (98), sia il fatto che la natura dei poteri del *pater* è da M. appena sfiorata con l'accenno che ho già ricordato al carattere ' politico ' della famiglia romana nella età delle origini: nella fase ' precivica ' per usare una formula ben nota ai romanisti. Il potere unitario del *pater*, assumeva quindi una connotazione abbastanza vaga, così come, relativamente indeterminato resta tuttora, secondo la mia valutazione, negli orientamenti prevalenti della storiografia romanistica contemporanea.

Vi è un altro aspetto tuttavia del discorso di M. in cui tale autore sopravanza non solo Bonfante, ma, addirittura i più recenti orientamenti dottrinali che ho or ora richiamato. Ed è esso tale da aiutarci, a mio giudizio, ancora oggi in un dibattito abbastanza complesso (99). Si tratta cioè dell'idea che la capacità di distinguere delle nozioni confuse nella pratica è il punto di arrivo di una società pervenuta a un certo livello di sviluppo (100). Accanto a tale concetto occorre richiamare un'altra idea mainiana già da me citata in precedenza. Che le trasformazioni pratiche

---

(98) Cfr. su questo aspetto *AL*, 272 ss. (293 ss.) [256 ss.]; 277 ss. (297 ss.) [262 ss.]. In sostanza M., dell'organizzazione familiare romana arcaica e del complesso di diritti-poteri di cui è titolare il *pater* tende a non dare una rappresentazione analitica. La sua interpretazione finisce quindi col non affrontare i complessi problemi che da un punto di vista strettamente giuridico pone la proprietà arcaica romana e i suoi rapporti con il sistema di poteri sulle persone libere o ' semi-libere ' (mi riferisco in quest'ultimo caso alle persone *in mancipio*) della *familia* esistenti nel diritto romano sin dall'età predecemvirale e che ancora oggi suscitano dubbi e discussioni fra gli specialisti.

(99) Sulla possibilità dei distinguere o meno, in una prima fase, i vari poteri del *pater familias* cfr. le osservazioni di A. CORBINO, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, I, Milano, 1981, 75 ss. e nt. 66, con citazione della precedente letteratura. Per una ulteriore precisazione del mio pensiero, anche rispetto alle valutazioni dell'a. sopracitato, si v. la mia *Struttura* cit., II, Milano, 1976, 551 ss., nonché *La terra* cit., I, 136 ss.

(100) Secondo M. infatti, 315 (341) [299], « the faculty of distinguishing in speculation ideas which are blended in practice » è propria delle società relativamente evolute, mancando invece ai popoli primitivi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cioè, avvengono prima che la coscienza giuridica sia in grado di accertarle e di individuarle mediante una apposita terminologia (101).

Ho infatti il sospetto che un'impostazione del genere contenga un nucleo centrale più fecondo delle prospettive perseguite, sulla scia del Bonfante, da quasi tutta la tradizione romanistica di questo secolo. M. infatti rinunciava consapevolmente a sviluppare l'analisi sul piano delle strutture giuridiche corrispondenti al carattere patriarcale della famiglia romana primitiva. Egli mi sembra insistesse piuttosto sul concreto evolversi della coscienza giuridica collettiva e delle rappresentazioni che essa era in grado di elaborare. Il livello di analisi, di distinzione dei concetti, all'inizio è estremamente basso e per questo situazioni che in qualche modo già funzionano in forma separata, possono essere confuse insieme in una visone unitaria proprio perché leggermente sfuocata.

Una valutazione della società primitiva e della sua capacità di concettualizzare nei modi ora accennati offriva a M. il vantaggio di non impegnarlo in un'analisi ravvicinata dei singoli elementi strutturali del sistema di poteri del *pater* al fine di dimostrarne la loro originaria identità. Il giurista inglese infatti si limitava, con la consueta eleganza, a sfiorare quelle difficoltà su cui invece, la successiva tradizione di studi romanistici, almeno a mio giudizio, avrebbe finito con l'incagliarsi.

È sufficiente in tal senso sottolineare come M. pur riconoscendo come l'istituto della primogenitura servisse alla conservazione della famiglia patriarcale, rendendo possibile la preminenza del *pater familias*, eviti poi di spingersi sino ad una complessiva definizione dei rapporti giuridici a ciò connessi.

Egli cioè non spiega in che modo, concretamente, tale istituto fosse assicurato nel più antico diritto romano. Di contro a tale cautela, non mi sembra affatto casuale che due personalità scientificamente così distanti come Bonfante e Weber, partendo da problematiche affatto diverse, con metodologie lontane e con una diversa sensibilità per gli istituti del diritto romano, e tuttavia ugualmente attente ai problemi di struttura (102), sostenessero

(101) Cfr. su questo punto *supra*, p. 118 s. e 124.

(102) Ciò che si spiega nell'un caso per il carattere stesso dell'analisi storico-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

entrambe, quasi negli stessi anni, la priorità della successione testamentaria rispetto a quella *ab intestato*: l'unico modo possibile in effetti per giustificare l'esistenza di un sistema di primogenitura nella società romana arcaica ([103]). È appena il caso di ricordare come, proprio su questo punto, il sistema ricostruttivo del Bonfante fosse destinato a evidenziare uno dei suoi aspetti di maggior debolezza. E non è causale che, come abbiamo visto, la più recente tematica in tema di ordinamenti familiari romani e della figura del *pater familias* sembri, sia pure inconsapevolmente, seguire piuttosto M., riprendendo gli schemi 'potestativi' o patriarcali, ma sfumandoli ed evitando di addentrarsi in un analisi di tipo strutturale.

11. Mi sembra dunque che si possa cogliere in *AL*, una tematica già sviluppata in modo molto maturo e consapevole (e qui il confronto andrebbe fatto con le indicazioni presenti, negli stessi anni, nel *Geist* di Jhering apparentemente più rapide e succinte). Da questo punto di vista sarebbe un grave errore farsi influenzare dallo stile mainiano così rapido, scarno di citazioni e ancor più povero di indicazioni bibliografiche, di richiami di autori e di opere. In verità, almeno sui problemi della famiglia patriarcale e delle connesse strutture sociali primitive, M. mostra di saper utilizzare e far fruttare molto bene il livello di conoscenze che la scienza giuridica e le nuove discipline volte allo studio della 'scienza dell'uomo' venivano acquisendo in quello scorcio di tempo.

È interessante, da questo punto di vista, osservare come M. anticipasse tutta una nuova problematica, con l'accentuazione

---

giuridica, orientata specificamente verso la ricostruzione di istituti e la conseguente definizione di rapporti e di sistemi di norme, in Weber invece non mi sembra che agisca solo tale atteggiamento, quanto una preoccupazione metodologica più complessa che lo spinge sin da allora verso quella ricerca di 'rapporti necessari' destinata ad avviarlo verso nuovi orizzonti nella stessa ricerca storica.

([103]) Sulla posizione di M. Weber e sulle indubbie analogie, su questo punto, con le successive teorizzazioni di Bonfante, v. la mia rapida indagine su *Max Weber e la 'Römische Agrargeschichte'*, in *Ann. Scuola Superiore Pisa*, ora in *La terra in Roma antica*, cit., 180, e, soprattutto, al mio saggio di prossima pubblicazione in *Sociol. d. dir.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che egli fa dei caratteri peculiari della società ' primitiva '. Lo stesso discorso cui ho accennato nel precedente paragrafo, circa l'evoluzione dei concetti e delle stesse possibilità di rappresentazione e di definizione dei rapporti giuridici, parte per l'appunto dalla coscienza di una distanza fra ' primitivo ' e stadio evoluto della società umana su cui si fonda tutta la problematica di *AL*. La legge e la società antica sono dunque indagate come espressione di una mentalità ' primitiva ' che in qualche modo è diversa e deve quindi essere interpretata secondo schemi concettuali diversi da quelli validi per le società evolute.

Uno degli aspetti più interessanti di *AL* è tuttavia il fatto che questo assunto permette a M. di indirizzare la sua indagine e di giungere a conclusioni originali non solo nei riguardi dell' ' ancient Law ', ma anche delle esperienze giuridiche moderne. Una volta infatti sancita la peculiarità dell'esperienza giuridica primitiva, e avendo quindi messo bene a fuoco il processo evolutivo che segna il passaggio fra il diritto ' antico ' e l'esperienza giuridica moderna, M. appare in grado di cogliere nuovi aspetti di continuità fra antico e moderno.

Ripetutamente egli torna infatti su tale questione richiamando l'attenzione del lettore, con analisi talvolta molto brillanti, sulla persistenza di forme ed elementi ' primitivi ' anche negli ordinamenti giuridici contemporanei ([104]). M. sembrerebbe impegnato a dimostrare non solo che l'evoluzione di un sistema giuridico non fa scomparire radicalmente i fenomeni ' primitivi ', ma che tale persistenza è in qualche modo e in una certa misura ' fisiologica ' e necessaria all'evoluzione stessa del sistema ([105]).

([104]) M., a p. 171 (194) [163], lo enuncia in modo esplicito: « at the beginning of its history (scil. del sistema successorio inglese) we find ourselves in the very infancy of the social state ... while here, at the other extremity of its line of progress, we are in the midst of legal notions which are nothing more than those same conceptions disguised by the phraseology and by the habits of thought which belong to modern times », il che rende difficile comprendere che « ideas which form part of our avery-day mental stock can really stand in need of analysis and examination ».

([105]) Questa forte consapevolezza dei fenomeni di continuità, e una significativa attenzione verso le forme di sopravvivenza di fenomeni arcaici all'interno di sistemi più evoluti si evidenzia soprattutto nel corso del Cap. VI: cfr. *AL*, 172 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ora a me sembra che questa rappresentazione unificante e l'apparente contraddizione fra una forte insistenza sui caratteri peculiari dell'esperienza ' primitiva ' e la individuazione di elementi di continuità e di persistenza del primitivo anche nelle società moderne siano intrinsecamente coerenti con lo schema che appare alla base dell'orientamento storiografico di M., tutto teso a cogliere gli aspetti e i caratteri del « *legal change* ». Aver concentrato l'interesse sui processi di trasformazione dell'organizzazione sociale e sulle leggi che li governano comportava infatti la possibilità di inquadrare fenomeni fra loro anche profondamente diversi in una prospettiva unificante. Invece di una loro radicale eterogeneità se ne coglieva la rispettiva distanza in relazione a una generale scala di sviluppo fondata — almeno per i popoli presi in considerazione — su un'ipotesi di tipo sostanzialmente unilineare.

In tal modo la stessa nozione di ' primitivo ' segna sì un criterio di distinzione fra il presente e il passato dei popoli civilizzati, ma, appunto, in un quadro di continuità. Tale immagine dunque non serve a separare radicalmente le forme ' civilizzate ' e quelle ' primitive ' di organizzazione sociale, ma solo a scaglionarle all'interno di un sistema coerente. Per questo M., una volta sottolineato con insistenza il carattere peculiare degli ordinamenti e dei fenomeni giuridici primitivi, può efficacemente limitare la distanze esistente fra società primitive e società evolute. Lo stesso impiego di termini come « civilisation » e « barbarism », egli infatti sostiene, ha indotto molti nell'erronea convinzione « of a divergence not merely in degree but in kind » ([106]).

Data l'ottica particolare dell'autore, su cui ho già richiamato l'attenzione, questo discorso valeva principalmente — e forse per M. esclusivamente: ma, come vedremo di seguito, il punto è incerto — per la distnza che separa alcuni popoli, i ' progressivi ', dal loro passato. Si applicava cioè in primo luogo ai popoli europei e alla loro storia. È a questi infatti che M. si riferisce nell'abbat-

---

(195 ss.) [164 ss.], anche se M. ha ben chiara la specificità di ogni formazione sociale e la conseguente impossibilità di ricercare meccanici collegamenti e rapporti fra i singoli elementi di ciascuna di esse: cfr. *AL*, 310 s. (337) [294].

([106]) *AL*, 121 (138) [114].

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tere quella « barriera immaginaria » che separa il mondo moderno da quello antico ([107]). Se il suo sguardo si allarga poi a comprendere anche alcuni popoli che, ancora ai suoi giorni, hanno conservato caratteri sostanzialmente ' primitivi ' nella loro organizzazione sociale, ciò è dovuto alla origine comune di questi con le più evolute società europee.

Ora, proprio in relazione a ciò, finisce con l'affiorare, nella nostra lettura di *AL*, un dubbio che investe l'interpretazione complessiva e la portata pratica di tale opera, e che, del resto, non è altro che un riflesso di quell'incertezza sui suoi stessi ' confini ', che abbiamo visto all'inizio di questo articolo.

Non possiamo infatti non chiederci sino a che punto la valutazione mainiana che ora abbiamo incontrato, volta in ultima analisi a limitare e circoscrivere l'abisso che sembrava separare gli antichi popoli ' primitivi ' dalle società ' civilizzate ' si riflettesse su una diversa barriera, più gravida di effetti pratici — in quest'epoca che vede l'imperialismo britannico all'apogeo — quella fra i popoli civilizzati appunto e i contemporanei ' selvaggi '.

La risposta a un quesito siffatto è abbastanza complessa, a mio avviso, e deve partire da una più attenta riflessione sul significato ultimo delle distinzioni che abbiamo a suo tempo incontrato fra società progressive e stazionarie ([108]). Quando infatti M., nelle pagine da ultimo ricordate, tende a limitare le differenze fra fenomeni primitivi e realtà giuridiche e sociali più evolute, egli, non dobbiamo dimenticare, appare sempre muoversi entro un orizzonte interno alla storia di quei popoli che parteciperanno alla successiva storia della civiltà europea. Insomma il confronto fra ' primitivo ' e ' civilizzato ' in M. è effettuato con riferimento ad una materia in partenza omogenea. Resta tuttavia senza risposta, nel suo approccio, il quesito se i fenomeni che caratterizzano le società progressive (tutte indoeuroepe) nei loro stadi più ' primitivi ' siano analoghi o, per lo meno confrontabili con quelli propri delle società ' stazionarie ' cui appartengono, oltre agli indù, tutti i popoli non indoeuropei e quindi

([107]) Cfr. *AL*, 135 (150) [127].
([108]) Cfr. *supra*, §§ 2 e 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anche i popoli 'selvaggi' esistenti ancora nell'età di M. Se a tale interrogativo non si dovesse dare una risposta positiva, allora l'abisso fra 'selvaggi' e popoli civilizzati per qualche verso diverrebbe invalicabile.

In effetti M., con quella ambiguità che ho già sottolineato, non chiarisce questo punto centrale. Vi è al contrario un aspetto della sua analisi che non mi sembra faciliti molto una risposta a tale questione. Se infatti ritorniamo alla trattazione fatta delle società stazionarie, ricorderemo come l'unica vicenda affrontata esplicitamente, sia quella che riguarda il popolo indù. Ora è indubbio che l'analisi dei fattori che hanno giocato in senso stazionario per tale società è certo estensibile anche ad altri popoli stazionari (il cinese ad es.) che sono comunque venuti organizzandosi nella forma di complessi aggregati sociali. Molto meno plausibile appare invece l'applicazione di siffatti schemi interpretativi (e probabilmente M. a ciò non pensava minimamente) a quei popoli assai più 'primitivi' e 'selvaggi' che si venivano scoprendo nelle varie parti del mondo ([109]).

([109]) In sostanza tutta l'analisi effettuata da M. circa i fattori che contribuiscono all'evoluzione positiva dei sistemi giuridici primitivi, da me rapidamente ricordata *supra*, p. 95 s., presuppone situazioni abbastanza complesse che, in partenza, tagliano fuori una serie di società restate a un livello di sviluppo ancora più arretrato di quello preso in considerazione da M. Sotto questo profilo potrebbe indurre in errore il richiamo fatto da BURROW, *Evolution* cit., 167, alla superstizione come l'elemento di blocco delle varie società. La 'superstizione', nell'ottica di un europeo dell'800 avrebbe infatti ben permesso di spiegare tutte le forme di arretratezza, anche dunque quelle dei selvaggi contemporanei. Ma in realtà lo stesso Burrow evidenzia una maggiore complessità del discorso mainiano, tale da circoscriverlo a un campo di indagine più limitato. Di grande efficacia ed acutezza sono poi le pagine dedicate dallo studioso inglese a evidenziare la sostanziale ambiguità mainiana nel costruire i presupposti dei processi di sviluppo o meno delle varie società primitive. Laddove il presupposto implicito di M. è che si verifichi, nel caso delle società stazionarie un regresso dalla situazione di partenza — potenzialmente progressiva e governata da regole razionali — a causa della successiva incomprensione di questa stessa razionalità (p. 167 ss.). In questo modo Burrow, sia pure implicitamente, ricollega, anche da questo punto di vista, il giurista inglese ad altri aspetti del complesso dibattito ottocentesco sulla natura dei popoli 'selvaggi', sulle loro possibilità di progresso e alle relative interpretazioni degenerazioniste o evoluzioniste.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma se le ragioni del loro destino 'stazionario' non vanno individuate nei fattori messi a fuoco da M. (e del resto si ricordi come il giurista inglese rinunciasse esplicitamente a cercare le spiegazioni di siffatto destino) ([110]), allora si dovrà concludere che, secondo un inespresso pensiero di M., il rischio che era solo possibile per gli indoeuropei, in cui, appunto fra costoro, solo gli indù in pratica erano incorsi, era inevitabile per quasi tutti i popoli non indoeuropei, primi fra tutti i moderni 'selvaggi'. Per chiudere con una battuta questo discorso si potrebbe dire che in M. sembrerebbe affiorare la tendenza ad ammettere sì un'origine comune di tutti i popoli, ma a immaginare poi l'infanzia privilegiata di alcuni come inizio di una vicenda di crescita e di progresso, l'infanzia di altri invece come destino permanente e segno di una duratura inferiorità. In tal caso l'indubbio eurocentrismo di M. finirebbe col venarsi di sfumature razziste, dovendosi quindi concludere che, da parte del giurista inglese, si tendesse a negare « to primitive culture the innate potentiality for advancement » ([111]).

Proprio su questo punto così centrale di tutta l'interpretazione mainiana e così 'politicamente' delicato, la già ricordata ambiguità mainiana assume un rilievo tutto particolare. Sino addirittura a renderci incerti se non ci si trovi per caso di fronte ad una prospettiva sostanzialmente antievoluzionista o, comunque, al rifiuto di utilizzare « the idea of progress as an organizing principale » nello studio delle società non indoeuropee ([112]). È evidente infatti che, riducendosi tutta l'interpretazione di M. alla sola storia dei popoli indoeuropei e dovendosi quindi limitare anche la stessa analisi dei meccanismi di blocco dello sviluppo sociale e giuridico e di involuzione ai soli rami indoeuropei dell'Asia, si dovrebbe escludere la presenza, in *AL*, di uno schema evolutivo di tipo unilineare. Lo stesso metodo comparativo adottato

---

([110]) Cfr. *supra*, p. 93 s. e nt. 21.

([111]) Così M. T. HODGEN, *The Doctrine of Survivals*, London, 1963, 13.

([112]) Cfr. HODGEN, *loco ult. cit.*; insisto ancora sul fatto che M. avrebbe dato della 'stazionarietà' dei rami indoeuropei d'Asia una specifica spiegazione, proprio perchè per i soli indoeuropei egli si sentiva in qualche modo tenuto a spiegare una tendenza diversa da quel destino 'progressivo' che sarebbe loro peculiare ed esclusivo attributo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da M., in tal caso, dovrebbe ritenersi applicabile — o quanto meno di fatto applicato da M. — solo agli istituti e alle vicende giuridiche delle 'nazioni' indoeuropee.

E tuttavia, io credo, conclusioni del genere sono troppo drastiche, dando fra l'altro di M. una interpretazione gravida di implicazioni pratiche ([113]) che potrebbe essere ricavata da una lettura univoca di *AL*. In tal modo, attribuendo a M. una valutazione affatto pessimistica e discriminante della condizione dei moderni 'selvaggi' e dei popoli primitivi non indoeuropei si finirebbe col forzare lo schema effettivamente seguito dal giurista inglese in *AL* — che partiva dal dato obiettivo di contrastanti situazioni 'stazionarie' o 'progressive' dei diversi popoli senza cercarne la causa originaria. Si forzerebbe così anche la portata delle successive precisazioni mainiane. In queste infatti non era già l'elemento razziale ad assumere una più definita accentuazione, ma la presenza di linee evolutive diverse per le varie società umane e l'abbandono di una prospettiva sostanzialmente unilineare.

([113]) Si deve considerare che, in tal modo, il discorso mainiano finiva col toccare il complesso problema dell'origine delle diversità razziali. Nella metà del secolo scorso lo scontro fra poligenisti e monogenisti era tutt'altro che sopito e l'idea dell'originaria unità del genere umano che traeva parte della sua forza della tradizione cristiana, si scontrava con l'opposta ipotesi e con il dubbio che le diverse razze umane corrispondessero a specie biologiche diverse. Inutile sottolineare come siffatta problematica, nel suo complesso, avesse più o meno dirette connessioni con importanti aspetti pratici: dalla politica coloniale delle potenze europee alla stessa eliminazione della schiavitù negra che, solo all'epoca di *AL*, può considerarsi definitivamente risolta. Va anche detto che gli echi suscitati dalla apparizione di *AL* e le recensioni apparse in proposito non mostrano affatto, nei contemporanei, la percezione di questa ipotizzata valutazione di M. del tutto pessimistica sul destino dei popoli non indoeuropei. Da parte degli ambienti progressisti inglesi, semmai, altre sono le preoccupazioni suscitate dal libro di M. e tutte volte a difendere la tradizione utilitarista e le posizioni di Austin da quello che poteva apparire (e lo si voleva appunto escludere) una critica radicale di tali posizioni. Si cfr. ad es. la rec. ad *AL*, in *Edinb. Rev.*, 114, 1861, 474 ss., anonima, ma di James F. Stephen, fratello di Leslie Stephen e amico lui stesso di M. In questa, come in altre recensioni apparse in importanti riviste di quell'anno, *AL* è recensita insieme alla seconda ediz. della *Province of Jurisprudence Determined* di Austin, pubblicata postuma dalla vedova.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non è dunque quella ora considerata la strada da percorrere per una migliore comprensione di *AL*, né essa serve, in definitiva, a dissolverne quell'ambiguità sovente sottolineata in queste pagine. E in verità io credo che sia più proficuo partire proprio da quest'ultima caratteristica. Essa infatti, lungi dall'apparire episodica e facilmente superabile, può costituire una vera e propria chiave di lettura di *AL*, rappresentando se non una reale contraddizione del pensiero di M., almeno un nodo non risolto.

12. Com'è noto, il nome di M. e la sua opera del '61 —senz'altro la sua più famosa ed importante — rappresentano un momento molto significativo, se non addirittura l'inizio di un nuovo orientamento nel campo delle scienze sociali e giuridiche indicato come 'metodo comparativo'. Appare ormai evidente come non sia stata direttamente la biologia e la darwiniana «*Origine della specie*» (di soli due anni più recente di *AL*) a costituire il modello scientifico cui M. trasse ispirazione nell'impostare e, direi, nell''inventare' il tipo di analisi che si trova alla base di *AL*. Questa idea, affiorata non di rado in anni più lontani, appare oggi sostanzialmente superata nelle ricerche più recenti e aggiornate. Non mi sembra però neppure che la geologia — scienza peraltro fondamentale nei decenni che qui ci interessano, sia per il metodo adottato, sia per i risultati raggiunti, che avevano permesso di espandere in modo straordinario le cronologia della Terra e delle specie viventi e, fra queste, dell'uomo, rendendo così possibili, fra l'altro, le stesse scoperte darwiniane e quelle della preistoria umana — benché non di rado richiamata in *AL* come esempio di fruttuosa ricerca di 'strati' più antichi, costituisca il principale fondamento epistemologico dell'opera mainiana ([114]).

È piuttosto alla linguistica indoeuropea, o meglio, a quella che allora, in Inghilterra, si chiamava 'filologia comparata' che,

([114]) Sotto questo profilo non concordo dunque con P. STEIN, *Legal Evolution* cit., 88, soprattutto per la formulazione troppo rigida ed esclusiva data dall'a. a una valutazione che pur rettifica, migliorando un precedente giudizio (v. *ibid.*, nt. 24). Sull'importanza della geologia, nei primi decenni del secolo scorso, ben al di là dei confini di una singola branca del sapere si v. le importanti considerazioni di J. W. BURROW, *Evolution*, 108-113.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

accogliendo una giusta indicazione contenuta nell'esemplare ricerca di J. W. Burrow, già da me più volte citata, dobbiamo rivolgerci per trovare la più importante e, secondo me, più diretta influenza metodologica subita da M. ([115]).

Non è facile renderci conto oggi dell'eco straordinaria che ebbero, nel secolo scorso, le scoperte avvenute verso la fine del '700 dell'originaria unità di lingue parlate da popoli fra loro sovente molto distanti per storia, epoca e per localizzazione geografica. L'unità indoeuropea divenne il punto di partenza per infinite speculazioni di carattere storico i cui effetti persistono talora sino ai nostri giorni. Ma non è su questo punto che voglio qui intrattenermi, quanto piuttosto sul significato che il metodo di analisi messo a punto soprattutto ad opera delle prime generazioni di linguisti tedeschi, assunse poi nelle scienze storiche e sociali. In sostanza la scoperta di ' leggi ' che regolavano l'evoluzione delle varie lingue, le trasformazioni fonetiche e le relative forme grammaticali, faceva apparire possibile agli uomini dell' '800 la realizzazione di una loro grande aspirazione: quella di estendere agli studi storici e sociali i metodi delle scienze ' esatte ', di quelle scienze sperimentali che avevano assunto il valore paradigmatico di un modello di ricerca valido in assoluto.

Se a un fenomeno storico come la lingua, prodotto della vita e della storia dell'uomo era possibile applicare un tipo di analisi che permetteva di giungere alla enucleazione di leggi generali e verificabili, non doveva apparire impossibile seguire una strada analoga nello studio di altri aspetti della storia dell'uomo e, quindi, anche del ' suo ' diritto.

Il valore esemplare delle ' leggi ' linguistiche e del tipo di indagine perseguito dai filologi — né si deve dimenticare che il grande scopritore dell'unità indoeuropea, Sir William Jones, conterraneo di M., non aveva limitato il suo lavoro di comparazione

---

([115]) Di ciò del resto appaiono consapevoli alcuni contemporanei: questa è l'indicazione che emerge sostanzialmente dalla recensione anonima (ma attribuita da G. Feaver a Montague Bernard) sulla *Quart. Rev.*, 110, 1861, 117. Ancora più esplicita è la valutazione dell'anonima prefazione alla traduzione francese alle *Dissertations* del 1883: cfr. H. S. MAINE, *Etudes sur l'histoire du droit*, Paris, 1889, p. XII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alle sole lingue ' ariane ', ma lo aveva esteso alle varie letterature e alle religioni ([116]) — hanno dunque avuto a mio giudizio un ruolo non secondario nella concentrazione dell'indagine mainiana sui soli popoli indoeuropei. Ma, a mio giudizio, se ne può rintracciare in M. una conseguenza ancora più profonda.

Verso la metà dell' '800 l'unità linguistica indoeuropea era un dato ormai certo e incontrovertibile, ma della cui genesi e

([116]) Sir William Jones enuncia l'affinità dell'antico indù con le lingue germaniche, nonché con il latino ed il greco sin dal 1786, nel famoso *Third Anniversary Discourse on the Hindus, del 2 Febr. 1786 by the President* (dell'*Asiatik Society*), in *The Works of Sir* WILLIAM JONES, III, London, 1807, 34 s. Già negli anni successivi egli estende la comparazione fra i vari popoli, tentando una storia generale delle loro origini storiche attraverso il linguaggio. Nel *Fourth Anniversary Discourse, ibid.*, 53 ss., dell'anno successivo si esamina infatti la lingua araba, individuandone la eterogeneità rispetto alle lingue ' ariane ', mentre nell' '88, nel *Fifth Anniversary Discourse, ibid.*, 85 ss., sui Tartari, l'a. evidenzia un'altra famiglia linguistica. Da ciò e dalla presenza di questi ceppi linguistici in Iran deriverebbe, secondo Jones, la conclusione che la rottura dell'originaria unità linguistica del genere umano (in conformità con la Rivelazione ancora rispettata in tutta la sua autorità), dovette verificarsi in tale regione. Questo è sostenuto nel corso del *Sixth Discourse, ibid.*, 111 ss., e ribadito poi, nel '90, nel corso del *Seventh Anniversary Discourse, ibid.*, 160 s. Il complessivo tracciato della storia di tutti gli antichi popoli d'Asia si chiude infine con il *Discours the Ninth on the Origin and Families of Nations* (1792), *ibid.*, 185 ss., dove Jones propone una complessiva ricostruzione della storia delle tre famiglie linguistiche (caldeo-sanscrito-tartaro) in concordanza con le Sacre Scritture e l'idea del Diluvio Universale. Nel tenere ferma la data iniziale del 1786 per le scoperte di W. Jones, non seguirei le esitazioni mostrate in proposito da S. N. MUKHERJEE, *Sir William Jones: A Study in Eighteenth-Century British Attitudes to India*, Cambridge, 1968, 95 s., mentre invece va sottolineata la sua considerazione (p. 99) sui limiti metodologici delle ricerche di Jones, che in verità, pur partendo dai dati linguistici, perseguiva un più vasto disegno di comparazione fra i vari elementi delle varie culture. Non solo quindi la lingua era oggetto di confronto, ma anche le mitologie, le religioni e le filosofie, sino addirittura all'architettura e alla scultura. Per un primo approccio alla figura e all'opera di W. Jones, si v. A. J. ARBERRY, *Asiatic Jones*, London-New York-Toronto, 1946, 22; S. K. CHATTERJI, *Sir William Jones (1746-1794)*, in *Sir William Jones. Bicentenary of his Birth*, Commemoration Vol., 1746-1946, Royal Asiatic Society of Bengala, Calcutta, 1948, 92 s.; e soprattutto G. CANNON, *Oriental Jones, a Biography of Sir William Jones (1746-1794)*, London, 1964, 139 ss., nonché, ovviamente, la v. Jones Sir William, in DNB, X, rist., London, 1973, di H. M. S[TEPHANS], 1062 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

differenziazione rispetto agli altri ceppi linguistici — che pure era un problema che allora si poneva con notevole evidenza — non si sapeva dare una spiegazione soddisfacente. Malgrado questa incertezza si può supporre che, in linea generale, da queste prime generazioni di linguisti si ritenesse che il complesso di 'leggi' che essi erano venuti scoprendo nello studio delle lingue indoeuropee potesse e dovesse valere in assoluto per tutte le lingue umane, anche per i ceppi linguistici non indoeuropei. Un'impostazione del genere mi sembra si possa ricavare dalla generale tendenza ad analizzare le varie lingue appartenenti alle diverse grandi famiglie linguistiche con gli strumenti e i concetti elaborati per la prima volta nello studio e nella comparazione delle lingue indoeuropee. Non solo, ma negli anni che qui ci interessano — e per vario tempo anche in seguito —, anche in Inghilterra, era vivissima la discussione intorno all'origine del linguaggio. Discussione del resto che non faceva che riprendere e ravvivare, dopo le grandi scoperte tedesche dell'inizio del secolo, un dibattito ben presente nella cultura settecentesca. Proprio in tale contesto si poteva supporre che, applicando i nuovi metodi della filologia comparata, sia le questioni concernenti l'originaria « Ursprache » degli Indoeuropei, sia addirittura quelle relative all'ancora più nebuloso linguaggio originario di tutta l'umanità primigenia (per coloro che, ovviamente, credevano in una monogenesi delle varie razze umane) potessero essere proficuamente indagate e, finalmente, risolte.

Ebbene, io credo che proprio il fatto che le leggi e le regolarità individuate nella comparazione delle sole lingue indoeuropee valessero e si applicassero in generale anche nello studio delle lingue appartenenti ad altri ceppi linguistici e nella loro reciproca comparazione, possa aiutarci a capire meglio il metodo e le apparenti incertezze di M., facendoci intuire la logica di fondo che lo ispirava nella redazione di *AL*, spingendo anche a quella indeterminatezza di confini a lungo discussa in queste pagine.

Come i linguisti infatti, anche M. parte da una comparazione fra strutture giuridiche appartenenti a quei popoli per cui, appunto, la linguistica aveva stabilito una loro originaria unità. Così come la filologia comparata in relazione agli indoeuropei era venuta individuando le leggi di carattere generale che avevano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

regolato l'evoluzione delle varie lingue, ugualmente sembrava possibile allo storico, attraverso la comparazione dei vari sistemi giuridici fra loro ricostruire le leggi che dovevano regolare la vita e l'evoluzione dei vari diritti appartenenti a questi stessi popoli. Leggi che ne stavilivano una storia insieme differenziata e tuttavia secondo schemi omogenei e, appunto, fra loro confrontabili. D'altra parte queste leggi linguistiche, come si è accennato, se pure individuate attraverso il confronto e lo studio delle sole lingue indoeuropee, apparivano ulteriormente generalizzabili, assumendo in pratica una portata universale: di leggi 'naturali', appunto.

Si può dunque supporre che M., una volta assunto come modello metodologico per la sua ricerca la filologia comparata, si fosse spinto sino ad applicarne anche questa singolarità. Anch'egli infatti aveva cercato, tramite il confronto dei vari sistemi giuridici dei popoli indoeuropei e lo studio della loro storia, di ricavare delle leggi di sviluppo. Non era dunque possibile che anche queste leggi, nel loro campo, travalicassero i limiti della famiglia indoeuropea per assumere, appunto come era avvenuto nella linguistica, un valore più generale, e potendosi quindi applicare allo studio delle vicende giuridiche e sociali di qualsiasi popolo? Come abbiamo visto è proprio questa possibilità che affiora insistente lungo tutto il corso di *AL*. Ed è questa prospettiva che, direi, assume nell'opera il valore di un'ipotesi di lavoro che permette di attribuire ad essa il valore di un inizio, sia pure cauto e sfumato, di quella cultura evoluzionista che dominerà le scienze sociali e l'antropologia dei successivi decenni.

13. Pochissime parole infine per quanto concerne il problema se effettivamente i metodi e i risultati della filologia comparata, negli anni precedenti alla redazione di *AL*, avessero assurto in Inghilterra quel valore paradigmatico e una sufficiente popolarità atte a giustificare l'ipotesi qui avanzata.

È indubbio che, proprio agli inizi degli anni '60, in concomitanza del resto non del tutto casuale con *AL*, questa nuova disciplina, « was becoming fashionable in England », come sottolinea ancora di recente J. W. Burrow. Ciò fu in gran parte il risultato delle *lectures* alla *Royal Institution* di F. M. Müller, il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

grande divulgatore e ' propagandista ' in Inghilterra di tale scienza ([117]), le prime delle quali si svolsero e furono pubblicate proprio nel 1861, l'anno di *AL*. A tale successo, aggiungerei, non dovette peraltro essere del tutto estraneo lo stesso libro di M., che raggiunse subito una grande notorietà e suscitò ampio interesse anche al di fuori della stretta cerchia degli specialisti, e che alla ' filo-

---

([117]) Sulla figura di questo professore tedesco trapiantato in Inghilterra, ad Oxford, v. anzitutto la corrispondente v. Max Müller, Friedrich, di A. M[AC DONELL], in DNB, XXII, Suppl., Oxford, rist. 1973, 1023 ss. Per quanto concerne i suoi dati biografici si v. inoltre *The Life and Letters of the right Honourable Friedrich Max Müller* ed. by his Wife, I, London-New York-Bombay, 1902, 28 s., 52 ss. (soprattutto per i suoi rapporti col Barone Bunsen e la sua venuta in Inghilterra); F. M. MÜLLER, *My Authobiography. A Fragment*, London-Bombay, 1901, 184 s., nonché, sempre sugli stessi aspetti, Baronessa F. BUNSEN, *Memoirs of Baron Bunsen*, II, 2ª ed., London, 1869, 49. Benché non possa essere sottovalutata l'importanza delle *Lectures* di Müller del 1861, è senz'altro possibile che le teorie linguistiche e il metodo propugnato da M. Müller potessero essere noti e influenzare M. già in epoca precedente alle sue *Lectures* del 1861. Mi sembra di particolare rilievo, in tal senso, il saggio di MÜLLER, *Comparative Mythology*, pubblicato in *Oxford Essays* del 1865 (riedito poi in F. M. MÜLLER, *Chips from a German Workshop*, 2ª ed., IV, London, 1895), dove, sin dalle prime pagine, è enunciato il programma di ricostruire la complessiva storia dell'uomo ' primitivo ' attraverso le testimonianze ancora sopravvissute della sua « boyhood » (p. 5). Interessante ivi la esplicita teorizzazione dello stato non ' degradato ' dell'uomo primitivo in accordanza con gli orientamenti cui l'a. era affine (su ciò si v. J. W. BURROW, *The Uses of Philology in Victorian England*, in R. ROBSON ed., *Ideas and Institutions of Victorian Britain*, London, 1967, 198 s.), che, come lo stesso Burrow tende giustamente a dimostrare è orientamento anch'esso presente nell'*AL*: cfr. *supra*, nt. 109. A p. 11 ss., si v. infine l'illustrazione dei metodi della filologia comparata. Cfr. inoltre, dello stesso autore, per gli anni anteriori al 1861, *A History of Ancient Sanskrit Literature so far as it illustrates the Primitive Religion of the Brahamans*, London, 1859, 14 ss.; 17 ss.; nonché *The Veda and Zenda-Avesta* (1853), in *Chips* cit., 2ª ed., I, London, 1868, 62 ss., e *The Languages of the Seat of War in the East, With a Survey of the Three Families of Languages, Semitic, Arian, and Turanian*, 2ª ed., London, 1855, 4 s.; 23 ss. Un elemento interessante, per meglio valutare il significato del modello di scienza rappresentato, allora, dalla linguistica che ho richiamato nelle pagine precedenti, mi sembra infine contenuto nelle *Lectures on the Science of Language* tenute a Londra da tale a. nel 1861 e ivi pubblicate nello stesso anno. Ivi, a p. 22 s., si incontra infatti l'affermazione che la filologia comparata non è una scienza storica ma fisica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

logia comparata ' faceva ripetuti e significativi richiami, ribadendo fra l'altro le specifiche peculiarità della storia degli indoeuropei, e facendo riflettere i numerosi lettori sulla fecondità della nuova disciplina anche al di fuori dei confini specifici ad essa inerenti.

Ma il punto centrale, lo ripeto, è il grado di importanza assunto da essa nei decenni precedenti ad *AL*. Ora non è affatto da escludersi che la precedente attività scientifica di Müller in Inghilterra e i suoi ripetuti interventi nella vita culturale di quel paese fossero già noti a M., come sospetta lo stesso Burrow, negli anni in cui il contenuto di *AL* veniva prendendo corpo nel corso delle sue *lectures* agli *Inns of Court* ([118]). D'altra parte già prima

([118]) Cfr. in tal senso BURROW, *Evolution* cit., 149 s. Per quanto concerne Müller v. *supra* la nt. precedente. Va anche detto che la conoscenza dei risultati e dei metodi della filologia comparata, in Inghilterra, doveva essersi diffusa, negli anni precedenti, anche attraverso altri canali che non quello rappresentato da Müller, ciò che è esattamente sottolineato dallo stesso BURROW, *Uses* cit., 187. Oltre agli aspetti più importanti che verranno ricordati nella nota successiva, va sottolineata la traduzione in inglese di diverse opere tedesche relative a tale materia. Nel 1827 è tradotta l'opera di J. G. HERDER, *Abhändl. über d. Ursprung d. Sprache* con il titolo *Treatise upon the Origin of Language*, London, 1827, mentre il famoso saggio di Fr. Schlegel sulla *Sprache und Weisheit der Indier* dovette essere accessibile al pubblico colto inglese, in un primo tempo, in una traduzione francese del 1837, e solo nel 1849 venne tradotto in inglese nella raccolta miscellanea di F. SCHLEGEL, *The Aesthetic and Miscellaneous Works*, London, 1849, 425 ss. Sempre di Fr. W. v. Schlegel è forse più interessante, per il nostro specifico angolo visuale, volto a cogliere le influenze subite da M. nell'elaborare la sua originale metodologia di ricerca in tema di diritti primitivi, altre opere come la *Philosophie des Lebens* e la *Philosophie der Sprache und des Wortes* tradotte in inglese con il titolo *The Philosophy of Life and Philosophy of Language*, London, 1847, 395 ss., dove si espone il significato e i caratteri di questa nuova *science of language* e dove incontriamo un significativo confronto con un'altra scienza allora di grandissima importanza: la geologia. Per valutare poi il rapporto delle prime generazioni di linguisti tedeschi con la cultura inglese mi sembra opportuno ricordare una polemica svoltasi fra il fratello dell'autore ora citato, A. W. v. Schlegel e il filologo inglese, H. H. Wilson, in relazione alla nomina di quest'ultimo alla cattedra di sanscrito di Oxford. Nella lettera del tedesco si ricorda infatti la ventilata possibilità di una sua nomina — in concorrenza, esclusa peraltro dallo stesso Schlegel, con Wilson — alla suddetta cattedra. Cfr. A. W. v. SCHLEGEL, *Lettre a M. H. H. Wilson*, in *Oeuvres*, III, Leipzig, 1846, 212 ss. (cfr. anche p. 269 ss.).

Quanto poi, più specificamente, alla linguistica indoeuropea, è indubbio che un formidabile progresso in questo settore di studi era stato realizzato con la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del periodo in questione vi erano aspetti sia pure elementari e risultati della linguistica ben diffusi e noti a tutto il pubblico colto inglese: in primo luogo, appunto, la scoperta dell'unità indoeuropea. Queste stesse scoperte linguistiche avevano avuto inoltre anche altri effetti sulla società e sulla cultura inglesi. Mi limiterò fra l'altro a ricordare l'impiego che di tali strumenti era stato fatto dalle prime generazioni di etnologi — uso questo termine con il valore non attuale ma che aveva in Inghilterra verso la metà del secolo scorso — per analizzare e sistemare la

---

conoscenza e l'utilizzazione del sanscrito. Non è dunque privo di interesse ricordare come questa disciplina, che aveva avuto per l'appunto in A. W. v. Schlegel probabilmente il primo professore in tutta Europa, aveva cominciato ad essere insegnata anche in Inghilterra. Nel 1836 F. A. Rosen, già professore di lingue orientali all'University College di Londra è nominato ivi professore di sanscrito, mentre, come ho già accennato, Horace Hayman Wilson è chiamato nel 1832 a ricoprire per la prima volta la cattedra di sanscrito a Oxford, istituita nel 1827 su legato di J. Boden. A Cambridge invece una cattedra di sanscrito sarà fondata più tardi, solo nel 1867 (quest'ultima notizia mi è stata gentilmente fornita dal prof. M. I. Finley).

Un'altra opera che aveva segnato una svolta fondamentale negli studi di linguistica era stata quella di Bopp. Non è dunque privo di significato l'apparire, nel 1845, di una trad. ingl. della sua *Comparative Grammar of the Sanscrit, Zend, Greek, Latin, Lithuanian, Gothic, German, and Slavonic Languages*, a cura di Bastwick e di H. H. Wilson. La prefazione del grande linguista tedesco alla sua grammatica chiariva l'ambito dell'indagine mirante a una « description of the comparative organization of the languages enumerated in the title page, comprending all the features of their relationship, and an inquiry into their physical and mechanical laws, and the origin of the forms which distinguish their grammatical relations » e indicava fra gli obiettivi della ricerca quello di cogliere le « physical and mechanical laws » delle varie lingue, della loro organizzazione e della loro evoluzione.

Mi sembra necessario accennare ad un ultimo punto. Si incontra sovente infatti l'affermazione che le grandi scoperte di Sir W. Jones restarono in Inghilterra praticamente senza seguito e che, solo dopo più di un cinquantennio, grazie soprattutto al già citato F. M. Müller questi studi furono reintrodotti dalla Germania. Per un certo verso questo è senz'altro esatto: i grandi progressi della linguistica, anzi, i fondamenti stessi di questa disciplina vanno senz'altro associati ai nomi dei grandi studiosi continentali degli inizi del secolo: dagli Schlegel a Rask, Schleicher, Lassen Bopp, W. v. Humboldt sino a Pott e al francese Burnouf, per quanto concerne la conoscenza dell'antico iranico. Non è per questo meno vero che, anche nei primi decenni dell' '800, restasse in Inghilterra un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

presenza delle molteplici razze umane e della loro storia ([119]). E ancora, accanto a M. Müller, occorre ricordare altri personaggi, in primo luogo la singolare figura del Barone Bunsen, per diversi anni ambasciatore prussiano in Inghilterra, collegato agli ambienti libera i anglicani, che venivano diffondendo le scoperte dei filologi tedeschi dell'inizio del secolo e stimolando gli interessi per la linguistica comparata, fondando su di essa complessi e, talvolta, abbastanza fantasiosi tentativi di ricostruire la più antica storia dell'umanità, cercando ci conciliare le nuove realtà acquisite dai vari settori della scienza con una interpretazione ' progressista ' e storicizzante — evolutiva — delle Sacre Scritture e della Rivelazione cristiana ([120]).

---

interesse diffuso, anche se non particolarmente approfondito e capace quindi di costituire il fondamento scientifico per un nuovo corso di studi, per la scoperta dell'unità indoeuropea (fra l'altro questo stesso termine sembrerebbe usato, per la prima volta, da un inglese, Th. Young, nel 1813). Mi limiterò a ricordare, oltre ai nomi già citati, in particolare quello di H. H. Wilson, e all'interessante personalità di J. W. Donaldson, su cui v. *infra* nt. 120, la singolare figura di V. Kennedy e quella di maggior rilievo di Ch. Wilkins, autore, agli inizi dell' '800, di una Grammatica di sanscrito.

([119]) Su questo punto cfr. BURROW, *Uses* cit., 188 s.

([120]) Su C. C. I. Bunsen si v. anzitutto BURROW, *Uses* cit., 194 ss., che offre un quadro per noi più che sufficiente. Ai fini del problema specifico qui affrontato vanno ricordate soprattutto le opere che in qualche modo potevano influire su M. nel corso degli anni '50. Di queste mi sembra particolarmente interessante il suo contributo al XVII Meeting della *Br. Ass. f. Adv. of Science*, tenutosi a Oxford nel giugno del 1847. Cfr. il vol. dei *Reports*, London, 1848, 261 ss. (ivi anche un altra relazione di F. M. Müller sulla relazione *of the Bengali to the Arian and Aborigenal Languages of India*). Cfr. soprattutto BUNSEN, *Egypt's Place in Universal History*, I, tr. ingl., London, 1848, dove, nella prefazione si incontra l'affermazione che la filologia tedesca, sin da Schlegel, ha scoperto un metodo « of restoring the genealogy of mankind, through the medium of language ... by taking a large and comprehensive view of organic and indestructible fabric of individual tongues, according to the family to which they belong » (p. VIII). Di ancora maggior rilievo appare comunque, di tale a., *Outlines ot the Philosophy of Universal History applied to Language and Religion*, I, in *Christianity and Mankind, their Beginnings and Prospects*, III, London, 1854, 36 ss.; 50 ss.; 61 s., dove sono proposte importanti indicazioni sul significato metodologico e sulle prospettive della filologia comparata anche ai fini della storia universale della umanità primitiva. In questo volume di *Christianity* è contenuto il Cap. III, scritto da F. M. Müller, sui *Last Results of the Persian Researches in Comparative*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma, andando oltre le pur fondamentali considerazioni avanzate a tale proposito da J. W. Burrow, io credo che, per gli anni di formazione di M., anteriori sicuramente alla concezione e alla elaborazione di *AL*, si possano individuare alcune specifiche influenze. Mi riferisco anzitutto ad un personaggio di un certo interesse che proprio a Cambridge era vissuto alcuni anni prima di M. a che vi doveva aver lasciato qualche traccia. Si tratta di J. W. Donaldson, un filologo di valore, autore di una grammatica greca redatta secondo i metodi della filologia comparata e ispirata ai suoi risultati: il *New Cratylus* ([121]). La prima edizione di tale opera risale al 1839 ed ebbe una notevole diffusione in Inghilterra, ciò che non fa apparire ardita l'ipotesi che il giovane M., negli anni in cui studiava strenuamente i classici e in cui, proprio per la sua preparazione nelle lingue classiche, emergeva in pubbliche competizioni fra gli studenti di Cambridge ([122]), ne avesse avuto dimestichezza. Già in questa prima edizione Donaldson enunciava delle leggi generali relative alla storia delle lingue umane. E in tale prospettiva egli proponeva

---

Philology, dove si sottolineano le somiglianze non solo nella lingua ma anche nella religione e nella mitologia fra la Persia e l'India (p. 112). Cfr. inoltre il Vol. II di *Outlines* cit., in *Christianity* cit., IV, London, 1854, 21 ss.; 80 ss.; 100 ss., e soprattutto, a p. 105 l'estensione dei risultati della linguistica indoeuropea anche alle altre aree linguistiche. Cfr. infine, di BUNSEN, *Egypt's Place* cit., IV, tr. ingl., London, 1860, 32 ss. Della rilevanza del barone Bunsen nella vita culturale e religiosa inglese mi sembra una testimonianza significativa il saggio, pubblicato nella ben nota opera degli ambienti anglicani più aperti, *Essays and Reviews*, London, 1860, di R. WILLIAMS, *Bunsen's Biblical Researches*, 54 ss.

([121]) John W. Donaldson, nato nel 1811, studiò a Cambridge, migliorando la sua già notevole conoscenza del greco e ivi poi passò all'insegnamento come *fellow* e *tutor* del *Trinity College*. In quegli anni, oltre al continuo studio delle lingue classiche egli approfondì la conoscenza della glottologia tedesca. Ciò gli permise, nel 1839, di pubblicare un trattato di greco ispirato a queste più recenti metodologie, segnando così una svolta « in English Scholarship », come verrà affermato in seguito. Esso infatti era il primo tentativo di offrire allo studente inglese « the philological literature of the continent, or to point out the great importance of comparative philology in exploring the grammatical forms of the Greek language ». Sulla collocazione culturale di Donaldson cfr. infine BURROW, *Uses* cit., 192 s.

([122]) Su questi anni di M. e sull'importanza, nella sua carriera di studente a Cambridge, dello studio dei classici, cfr. FEAVER, *Status* cit., 15.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un'ipotesi di analisi e di comparazione delle lingue indoeuropee tale da assumere un valore esemplare, ben al di là della vicenda linguistica, per chi come M., si fosse posto il problema dell'esistenza di schemi generali secondo cui i diritti 'primitivi' o, comunque, quelli degli antichi popoli indoeuropei avrebbero dovuto evolversi (123).

E di nuovo la linguistica indoeuropea con i suoi metodi di indagine fondati sul confronto sistematico fra le varie lingue riappare nella vicenda intellettuale di M. negli anni successivi a Cambridge, all'inizio del suo insegnamento londinese agli Inns of Court: nel periodo dunque più significativo per la concezione di *AL*. É a quell'epoca infatti che risale il rapporto piuttosto stretto con un entusiasta e brillante studioso di filologia celtica (questo gruppo di lingue ormai, dopo molte incertezze, annoverato fra le lingue indoeuropee, anzi che, con tale riconoscimento, aveva contribuito a modificare la denominazione da 'indogermanico' a 'indoeuropeo'), destinato ad avere un ruolo non secondario nella successiva carriera di M. (124).

---

(123) J. W. DONALDSON, *The New Cratylus, or Contribution towards a New Accurate Knowledge of the Greek Language*, Cambridge, 1839 (la 2ª ed. è del 1850: in questa nota io citerò i brani dell'a. secondo le pagine della 1ª ed., avendo peraltro accertato la loro persistenza anche nella 2ª ediz.: entrambe, in teoria, accessibili a M. negli anni del suo insegnamento romanistico, ma essendo solo la 1ª ed. a lui accessibile nei precedenti anni di Cambridge, all'epoca dei suoi maggiori studi delle lingue classiche). Ivi a p. 11 s. (= p. 13 s. della 2ª ed.), incontriamo alcune affermazioni molto significative. « There is in fact — scrive infatti Donaldson — no sure way of tracing the history and migrations of the early inhabitants ot the world except by means of their languages ». Ma se queste, già nel '39 forse potevano considerarsi idee abbastanza correnti anche in Inghilterra, maggior rilievo assumono le sue successive affermazioni secondo cui è attraverso la lingua che possiamo accertare « the stock to which any given nation belonged, and of tracing the changes of populations and of government which it has undergone ». Il linguaggio è infatti « perfectly analogous to Geology; they both present us with a set of deposits in a present state of amalgamation which may however be easily discriminated, and we may be an allowable chain of reasoning in either case deduce from the *present* the *former* condition, and determine by what causes and in what manner the superposition or amalgamation has taken place ». Queste sono teorie forse non troppo originali, e tuttavia è per noi senz'altro suggestiva l'ipotesi che in M. potesse maturare l'idea di estenderle anche al campo dei diritti primitivi. Cfr. anche p. 31; 41 ss.

(124) Si tratta di Whitley Stokes: secondo la testimonianza di un comune

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Queste dunque le condizioni specifiche e alcune delle possibili influenze culturali che si vengono realizzando intorno a M. nel corso degli anni '50: ad esse si deve aggiungere il flusso ininterrotto di informazioni messe a disposizione di questa singolare società vittoriana dalle riviste politico-culturali di quegli anni,

---

amico, Sir M. E. Grant Duff, il primo biografo di M., questi e Stokes dovettero incontrarsi nei primi anni dell'insegnamento di M. al Middle Temple. Egli non era da molto tempo *reader* agli Inns of Court, scrive infatti M. E. GRANT DUFF, *Sir Henry Maine. A Brief Memoir of his Life*, London, 1892, 25, quando « his attention was attracted by the very intelligent questions put to him by one of the students who attended his private lectures ». G. FEAVER, *From Status* cit., 25 s., giunge a supporre che tale incontro sia avvenuto in tempi tali da permettere al giovane allievo di esercitare una sostanziale influenza su M. negli anni di maturazione dei problemi e del metodo che si sostanzieranno in *AL*. Stokes era infatti sin dai suoi anni giovanili un entusiasta seguace dei nuovi metodi della filologia comparata sviluppati in Germania e specialista lui stesso di filologia celtica. L'ipotesi di Feaver appare tutt'altro che improbabile se si tien conto che la data del '55, proposta da lui per l'incontro trova indiretta conferma nei dati biografici di Stokes che possiamo ricavare da R. I. BEST, *Whitley Stokes (1830-1909)*, Memorial Discourse, Dublin, 1951, 3 s., dove risulta che Stokes si laureò a Cambridge nel 1851 e in quello stesso ottobre iniziò a studiare presso l'*Inner Temple*, sino al '55, quando fu ammesso all'avvocatura. Ciò che sposta l'incontro fra il '53 (quando lo stesso Grant Duff, testimone di esso iniziò a frequentare M.) e il '55: un'epoca in cui lo stesso Stokes aveva iniziato a scoprire e ad appassionarsi al nuovo mondo della filologia. Ciò che appare attestato non solo dalle traduzioni e dallo studio delle ballate e delle tradizioni celtiche risalenti già ai primi anni '50 (cfr. R. I. BEST, *Bibliography ot the Publications of Whitley Stokes*, Sonderabdr. *Zeitschr. f. Celtische Philol.*, Halle, 1911, 351-406), ma anche e siprattutto dal suo intenso rapporto col primo professore di sanscrito in Irlanda: R. T. Siegfried (unico elemento di incertezza è la data iniziale di tale rapporto che sembrerebbe all'incirca coincidere con gli anni di studio legale di Stokes: Siegfried è assunto all'Università di Dublino, la città dove lui e Stokes si devono essere incontrati, nel 1855). Su quest'ultimo e sulla sua influenza su Stokes, anche per quanto concerne gli studi di linguistica, cfr., oltre a BEST, *Stokes* cit., 4, quanto scrive lo stesso W. STOKES, nell'ed. *Miscellanea Celtica by the late* R. T. SIEGFRIED, in *Transl. of the Philol. Society*, London-Berlin, 1867, 255 s. Il rapporto fra Stokes e M. sarà poi estremamente duraturo: il primo sarà infatti chiamato dal secondo in India e a lui sarà dedicato, come ricorda Feaver, la *Early History of Institutions*, dove M. utilizzerà ampiamente il patrimonio giuridico celtico. Lo stesso Stokes curerà poi la scelta di *Indian Speeches and Minutes* di M. pubblicata in appendice alla biografia di Grant Duff (e più voluminosa e impegnativa di questa).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il cui ruolo di cemento e di dibattito resta tuttora una delle pagine più interessanti e significative dell'Inghilterra in quel periodo. Da tali riviste i risultati e gli sviluppi degli orientamenti scientifici anche dell'Europa continentale sono seguiti con attenzione ed esposti criticamente ai lettori. Tutto ciò non può dunque non confermare le conclusioni cui già perviene Burrow, secondo cui appare almeno probabile « that comparative philology was, after historical jurisprudence, the chief influence » avutasi su M. ([125]).

Al termine dunque di questo complesso di osservazioni e di analisi, io credo di poter affermare che l'*Ancient Law* di Sir Henry S. Maine (così come nell'Europa continentale lo stesso valore attribuirei ai primi volumi del *Geist* di R. v. Jhering) rappresenti essenzialmente una fase di passaggio e un momento di grandi aperture, di ipotesi storiografiche e di speranze nella possibilità di nuove e più ' scientifiche ' forme di conoscenza della storia delle società umane e delle loro istituzioni giuridiche. Speranze e aperture che finivano spesso col rivelarsi troppo ardite e che, oggi, appaiono decisamente troppo rosee. Nei decenni precedenti noi abbiamo una stagione dominata — in Europa continentale — dalla scuola storica e, in generale dalla ' scoperta ' di un generale progresso delle società umane. Da questa idea del progresso discendeva inevitabilmente la convinzione che siffatta evoluzione, « lenta e graduale », proprio perché sicura e insieme definibile in tali modi, fosse governata da leggi necessarie e universali.

Col passaggio dalla prima alla seconda metà del secolo scorso si chiarisce che il compito precipuo dello studioso e dello storico delle società umane è quello di scoprire e analizzare tali leggi dell'evoluzione sociale. In tal modo — per linee interne — gran parte degli orientamenti storicistici vengono progressivamente assumendo più o meno decise valenze evoluzioniste.

Di questo processo l'opera mainiana del 1861 è un momento molto significativo anche per l'epoca relativamente precoce in cui tali orientamenti assumono in essa evidenza. Ed è proprio alla luce di tali considerazioni che si può dare una più comprensiva valutazione dell'importanza e dell'orientamento di fondo di *AL* e, soprattutto, delle sue stesse oscillazioni e incertezze.

([125]) BURROW, *Evolution* cit., 152.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Va anche detto che M., proprio nel 1861, presenta la massima apertura verso le nuove ipotesi di ricerca da lui stesso in buona parte proposte con uno sforzo originale. In seguito le difficoltà opposte alle sue ipotesi di fondo sulla struttura patriarcale contribuiranno a spingerlo (per il momento non saprei dire sino a che punto esse siano state determinanti in tal senso) a rinunciare a proporsi il tentativo di enunciare delle leggi valide in generale per la storia di tutte le società umane, limitandosi così alle aree apparentemente più 'sicure'. Ma è *AL*, come il già citato *Geist*, con tutte le inevitabili debolezze, se non addirittura per queste stesse debolezze, che ha il grande significato di chiudere una tradizione di studi storico-giuridici e di aprire nuove prospettive e interi campi di ricerca. Quando poi M. preciserà meglio e restringerà i confini del suo libro del '61, la funzione e gli effetti di stimolo e di apertura da questo esercitati saranno già stati tutti pienamente realizzati garantendo al suo autore una fama duratura e meritata.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARIO G. LOSANO

RICERCHE D'ARCHIVIO SU JHERING E GERBER

1. *Presentazione del materiale d'archivio.*

L'edizione tedesca del carteggio tra Jhering e Gerber è in corso di stampa nelle « Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung », pubblicate dalla facoltà di giurisprudenza dell'università di Monaco di Baviera. L'opera consta di due volumi, il primo dei quali contiene il testo delle lettere e le note strettamente necessarie alla sua comprensione, mentre il secondo contiene l'apparato critico. Oltre ad un ampio studio sui due giuristi, questo secondo volume riprende e completa le bibliografie e il repertorio di materiale inedito, che erano già stati in parte pubblicati nell'edizione italiana del carteggio (1). Nel predisporre il materiale per l'edizione tedesca era tuttavia necessario poter vedere almeno l'archivio di Dresda, presso cui si conserva la maggior quantità di documenti inediti di Gerber. Grazie al Consiglio Nazionale delle Ricerche ed alla Akademie der Wissenschaften della Repubblica Democratica Tedesca potei visitare tra il 19 e il 30 gennaio del 1981 gli archivi e le biblioteche di Lipsia e Dresda. Gli appunti presi in quelle due settimane si trasformarono nelle pagine qui riprodotte in italiano. La stesura tedesca del medesimo materiale è inclusa nell'edizione monacense del carteggio.

---

(1) *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*. A cura di Mario G. Losano, Giuffrè, Milano 1977, LXVII-733 pp. Poichè l'ampio apparato dell'edizione italiana ha una validità indipendente dal carteggio, lo si è pubblicato autonomamente: Mario G. LOSANO e Ermanno BONAZZI, *Bibliografie di Jhering e Gerber*, Giuffrè, Milano 1978, VIII-162 pp.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mi è sembrato opportuno presentare anche al lettore italiano il risultato di questa ricerca per almeno due ragioni: in primo luogo, i documenti di cui si parla in queste pagine integrano l'edizione italiana del carteggio tra i due giuristi, completando il quadro di quanto ancora resta da fare in questo settore; in secondo luogo, gli archivi e le biblioteche passati in rassegna non sono molto noti ai ricercatori italiani, cosicchè una breve informazione sul materiale in essi conservato può forse facilitare ricerche future.

Questo lavoro si limita a descrivere i documenti, rinunciando per ora ad una loro valutazione critica. Anche se la tentazione di seguire più da vicino il Gerber ministro può essere forte, non bisogna dimenticare che queste pagine sono destinate ad integrare un apparato scientifico che tracci un quadro di quanto ancora esiste di inedito dei due giuristi. Una ricerca monografica su singoli aspetti illustrati dai documenti individuati sarà benvenuta, ma costituirà un lavoro distinto sia dal presente, sia dal commento al carteggio tra Jhering e Gerber.

2. *Lettere di Jhering conservate a Lipsia.*

Nella Handschriftenabteilung der Universitätsbibliothek der Karl-Marx-Universität, Leipzig, sono conservate le quattro lettere di Jhering elencate qui di seguito. Entrambe fanno parte di collezioni di autografi: la prima è nella raccolta del veterinario Paul Nebauer, mentre le restanti tre sono nella raccolta dell'editore Kurt Taut.

1. Jhering a un ignoto: Wien, 27. März 1872 (Sammlung Nebauer);
2. Jhering a un ignoto: Gießen, 19. April 1868 (Sammlung Taut);
3. Jhering a Zarncke: Göttingen, 1. Oktober 1881 (Jhering annuncia una « bibliographische Notiz » per il « Centralblatt »; Sammlung Taut);
4. Jhering a Zarncke: Göttingen, 29. Mai 1877 (Jhering annuncia la sua nomina a membro dell'Accademia dei Lincei di Roma; Sammlung Taut).

Il nome di Friedrich Karl Theodor Zarncke (1825-1891) ritornerà ancora a proposito della corrispondenza di Gerber conservata a Lipsia. Nella biblioteca citata all'inizio si trova anche un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nachlaß Zarncke: esso contiene soltanto la corrispondenza relativa alle recensioni per il « Centralblatt ». Su questo fondo ritornerò parlando di Gerber al § 6.

3. *Lettere di Jhering conservate a Dresda.*

Nell'Archivio di Stato di Dresda (2) è conservata la lettera di Jhering, scritta a Göttingen il 27 ottobre 1872. Essa venne inclusa nell'edizione italiana del carteggio tra Jhering e Gerber come ultima lettera dell'intera corrispondenza: la si trova pertanto al n. 297 del già ricordato *Carteggio Jhering-Gerber*.

4. *Per un'iconografia di Jhering.*

Presso la Sächsische Landesbibliothek di Dresda è possibile consultare un catalogo dei ritratti (Bildnis-Katalog). Esso contiene l'elenco dei ritratti pubblicati su libri e riviste e consente quindi di tracciare una prima iconografia degli autori di cui ci si occupa. Integrando i dati di quel catalogo con altre informazioni, ho voluto completare le mie precedenti indicazioni sugli scritti di Jhering e Gerber con un primo tentativo di iconografia. Esso non presenta ovviamente carattere di completezza, ma può evitare una non indifferente fatica ad altri ricercatori che non abbiano modo di accedere al catalogo di Dresda.

Tanto per Jhering quanto per Gerber mi limiterò a citare i dati bibliografici, accompagnandoli con un breve commento. Il

---

(2) La denominazione ufficiale di questo archivio sembra oscillante e crea alcune difficoltà agli studiosi: per questo è opportuno chiarire qui le vicende che portarono a modificarne più volte la denominazione. Dal 1834 al 1945 si chiamò « Sächsisches Hauptstaatsarchiv »; dal 1945 al 1965 portò il nome di « Sächsisches Landeshauptarchiv »; dal 1965, infine, si chiama « Staatsarchiv Dresden ». Esso dipende dall'amministrazione degli archivi del Ministero degli Interni della RDT ed è, per grandezza, il secondo di quello Stato. L'Unesco lo annovera tra i 100 più importanti archivi del mondo. Sul suo contenuto, cfr. *Übersicht über die Bestände des Sächsischen Landeshauptarchivs und seiner Landesarchive*. Herausgegeben von der Historischen Kommission bei der Sächsischen Akademie der Wissenschaften im Einvernehmen mit der Staatlichen Archivverwaltung im Ministerium des Innern, Koehler & Amelang, Leipzig 1955, 294 pp.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ripetersi dei medesimi ritratti e la qualità non sempre buona della loro stampa sconsigliano infatti di riprodurli anche in questa sede.

I testi citati per esteso sono stati consultati, mentre ho espressamente indicato quali testi non ho potuto vedere. Alle riproduzioni elencate qui di seguito vanno aggiunte due fotografie di Jhering conservate presso la Stiftung Preußischer Kulturbesitz di Berlino.

— Biographischer Katalog: Rechts- und Staatswissenschaften, enth. u. A. die Bibliothek Sr. Excellenz d. Kgl. Sachs. Staatsministers Dr. C. F. von Gerber, s. l. [ma: Dessau] 1892 (Harrassowitz: Ant. Catalog 182). Sembra che questo catalogo contenga anche un ritratto di Jhering. Tuttavia non mi è stato possibile controllarlo, perchè l'esemplare della Sächsische Landesbibliothek andò distrutto nel 1945.

— *Rudolf von Jhering* [Nekrolog], « Die Gartenlaube. Illustrirtes Familienblatt », 1892, Nr. 42, p. 708. Questo necrologio è accompagnato da un piccolo ritratto di Jhering da vecchio.

— *Rudolf von Jhering* [Nekrolog], « Illustrirte Zeitung », Bd. 99, 1. Oktober 1892, Nr. 2570, pp. 366-368. Piccolo ma bel ritratto del vecchio Jhering.

— « Deutsche Juristen-Zeitung ». Festnummer zur Jahrhundertfeier der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin, XV, 1910, Nr. 20, colonna 1145 s. Il ritratto mostra « Jhering da giovane » e corrisponde ad una delle fotografie conservate alla Stiftung Preußischer Kulturbesitz.

— Richard Meyer, *Viktor Meyer. Leben und Wirken eines deutschen Chemikers und Naturforschers 1848-1897*, Akademische Verlagsgesellschaft, Leipzig 1917, pp. 263-265. È il 4° volume della serie: Große Männer. Studien zur Biologie des Genies. Herausgegeben von Wilhelm Ostwald. Esso contiene non soltanto un piccolo ritratto di Jhering (p. 264), ma anche una dedica di Viktor Meyer a Jhering, nonchè la risposta di quest'ultimo (Baden-Baden, 8. September 1891).

— *Der zweite deutsche Juristentag in Dresden*, « Illustrirte Zeitung », 37, 21. September 1861, Nr. 951, p. 201. L'illustrazione mostra

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

«i membri della prima deputazione permanente del Deutscher Juristentag». Il corrispondente articolo si trova a p. 202.

— *Zwei Koryphäen der deutschen Rechtswissenschaft*, «Illustrirte Zeitung», 76, 26. Februar 1881, Nr. 1965, p. 157. L'intera prima pagina mostra un bel ritratto di Jhering e Windscheid. Il modello per il ritratto di Jhering fu una fotografia di Fr. Hanfstängl di Monaco di Baviera.

— Karl Braun, *Rudolf von Jhering. Eine Zuschrift and den Heraugebern*, «Nord und Süd», XXIX, 1884, Nr. 87, pp. 349-368. Il saggio sostituisce un articolo di Jhering, partito per l'Italia. Il ritratto di Jhering corrisponde ad una fotografia del vecchio Jhering e copre l'intera pagina dietro la copertina. Tra la copertina e l'articolo di Braun si trova però un racconto di Tolstoj, che ostacola il collegamento tra il testo ed il ritratto.

— «Burschenschaftliche Blätter», V, 1891, Nr. 2, p. 33. Il ritratto del vecchio Jhering, insieme con quelli di quattro altri professori, venne pubblicato insieme con una recensione dei *Akademische Taschenbücher für Juristen, Mediciner und Theologen*. Sommersemester 1891, Carl Heymanns Verlag, Berlin.

— Oskar von Hase, *Breitkopf und Härtel*, Breitkopf & Härtel, Leipzig 1919, Bd. 2 (1828-1918), p. 355. Il ritratto di Jhering apre la sezione dedicata alla scienza giuridica.

— Julius Nikolaus Weisfert, *Rudolf von Jhering*, «Die Tide». Norddeutsche Monatshefte (Wilhelmshafen), III, März 1920, Nr. 9, pp. 505-510. Il ritratto del vecchio Jhering si trova a p. 520.

— Ludwigs-Universität Justus Liebig-Hochschule 1607-1957. Festschrift zur 350-Jahrfeier, Gießen 1957, VIII-543 pp. Il ritratto del vecchio Jhering si trova, insieme con altri due, nelle pagine non numerate che seguono p. 8. Karl Engisch (*Gießener Juristen der letzten 100 Jahre*, p. 17) ricorda il ritratto ad olio di Jhering, oggi distrutto, che era conservato nel Seminario giuridico di Giessen.

— P. A. Galbas, *Rudolf von Jhering*, in: *Niedersächsische Lebensbilder*. Bd. 6. Im Auftrag der historischen Kommission heraus-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gegeben von Edgar Kalthoff, August Lax, Hildesheim 1969, pp. 240-257. Il ritratto di p. 240 corrisponde alla fotografia del giovane Jhering conservata presso la Stiftung Preußischer Kulturbesitz.

— Erich Wolf, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Mohr, Tübingen 1963, 4ª ed., p. 624.

Il Bildnis-Katalog della Sächsische Landesbibliothek elenca ancora due ritratti di Jhering, contenuti rispettivamente in « Illustriter Dresdener Kalender », 1894, S. 59, ed in una « Sammlung von Porträts », Carton III (probabilmente una raccolta di ritagli). Entrambi sono andati distrutti durante la guerra. Invece l'indicazione « Daheim », 1894, S. 252 si è rivelata erronea: ad essa non corrisponde alcun ritratto di Jhering.

5. *Documenti di Gerber conservati a Lipsia.*

L'archivio della Juristische Fakultät di Lipsia andò distrutto durante la guerra. L'attività accademica di Gerber può quindi essere parzialmente ricostruita soltanto attraverso la documentazione del Kultusministerium di Dresda, di cui ci si occuperà in seguito.

La Handschriftenabteilung der Universitätsbibliothek der Karl-Marx-Universität, Leipzig, contiene due gruppi di manoscritti di Gerber, il primo dei quali viene illustrato qui di seguito, mentre all'altro è dedicato il paragrafo seguente.

Gerber, come ministro dell'istruzione, si occupò dei problemi connessi con la carriera del professor Gustav Theodor Fechner. La corrispondenza in proposito viene divisa in due parti, una personale, l'altra ufficiale.

— Nachlaß 42:2 : contiene quattro lettere in cui Gerber ringrazia Fechner per gli scritti che gli ha inviato. Si tratta di lettere personali che sembrano di mano di Gerber:

Gerber a Fechner, Dresden, 29. September 1873;
Gerber a Fechner, Dresden, 18. Oktober 1875;
Gerber a Fechner, Dresden, 27. September 1876;
Gerber a Fechner, Dresden, 12. März 1879.

— Nachlaß 42:3 : contiene il carteggio ufficiale complementare al precedente; delle nove lettere conservate, soltanto la prima

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

reca la firma autografa di Gerber. Tutte le restanti hanno la firma del ministro apposta con un timbro e sono stese da scrivani. I testi di Fechner sono brutte copie di domande o lettere inviate al ministero. Anche se questa corrispondenza è irrilevante per la storia di Gerber come giurista, se ne dà qui di seguito l'elenco:

1. Gerber a Fechner, Dresden, 10. April 1872 (firma autografa);
2. Fechner al Ministero (Gerber), [Leipzig], November 1874 (brogliaccio);
3. Fechner al Ministero (Gerber), [Leipzig], Dezember 1874 (brogliaccio);
4. Ministero (Gerber) a Fechner, Dresden, 26. Januar 1875;
5. Fechner al Ministero (Gerber), Leipzig, 29. Januar 1875 (brogliaccio);
6. Ministero (Gerber) a Fechner, Dresden, 3. April 1877;
7. Ministero (Gerber) a Fechner, Dresden, 23. November 1878;
8. Ministero (Gerber) a Fechner, Dresden, 2. April 1879;
9. Fechner al Ministero (Gerber), Leipzig, 7. April 1879.

6. *La collaborazione di Gerber al « Centralblatt ».*

Viene ora esaminato il secondo gruppo di documenti gerberiani conservati alla Universitätsbibliothek di Lipsia.

Alla segnatura Nachlaß Nr. 249 è conservata la corrispondenza di Gerber con Zarncke, redattore del « Literarisches Centralblatt » di Lipsia (3). Le 65 comunicazioni di Gerber hanno varia forma e lunghezza. Una particolarità di questi documenti è legata al modo in cui il « Literarisches Centralblatt » soleva inviare i libri ai recensori. Ogni volume era accompagnato da un formulario a stampa, cui l'editore della rivista o il recensore aggiungevano spesso loro note. Nel materiale elencato qui di seguito si trovano spesso delle strisce contenenti soltanto annotazioni: infatti il formulario a stampa venne tagliato via e Zarncke conservò soltanto il giudizio del recensore sul volume. Il materiale può quindi essere utile sia per conoscere l'opinione di Gerber su singole opere,

(3) Su Friedrich Karl Theodor Zarncke (1825-1891) cfr. *Allgemeine Deutsche Biographie*, vol. 44; cfr. inoltre il § 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sia per individuare sue eventuali recensioni anonime sul « Centralblatt ». Riproduco qui per intero l'elenco del materiale conservato in questo fondo:

1. Leipzig, 10. Februar 1864, formulario a stampa e annotazioni manoscritte;
2. Leipzig, 7. Juni 1864, 1 pagina;
3. Leipzig, 28. Juli 1864, 2 pagine;
4. Leipzig, 30. Juli 1864, 1 pagina;
5. Leipzig, 18. Dezember 1864, 1 pagina;
6. Leipzig, 12. November 1865, 1 pagina;
7. s.l., 6. Dezember 1865, 3 righe (striscia);
8. Leipzig, 28. Mai 1867, 1 pagina;
9. Leipzig, 3. Dezember 1867, 2 pagine;
10. Leipzig, 18. Dezember 1867, 12 righe (striscia);
11. Leipzig, 28. März 1868, 1 pagina;
12. Leipzig, 24. September 1868, 2 pagine;
13. Leipzig, 9. Oktober 1868, 1/2 pagina;
14. Leipzig, 6. Januar 1869, 5 righe;
15. Leipzig, 9. Januar 1869, 6 righe;
16. Leipzig, 10. Mai 1869, 4 righe;
17. Leipzig, 2. Januar 1871, 1 pagina;
18. Leipzig, 26. Juni 1871, 10 righe;
19. Leipzig, 2. April 1871, 2 pagine;
20. Leipzig, 2. Mai 1871, 1 pagina;
21. Leipzig, 8. September 1871, 1 pagina;
22. Dresden, 14. Juni 1872, 4 pagine;
23. Dresden, 21. Juni 1872, 1 pagina;
24. Dresden, 18. Juni 1875, 1 pagina;
25. Dresden, 28. Januar 1876, 1 pagina;
26. Dresden, 6. Februar 1876, 1 pagina;
27. Dresden, 16. Mai 1876, 3 pagine non autografe;
28. Dresden, 15. November 1877, 1 pagina non autografa;
29. Dresden, 10. Dezember 1878, 2 pagine non autografe;
30. Dresden, 15. Juni 1879, 3 pagine;
31. Dresden, 9. Januar 1880, 2 pagine;
32. Dresden, 10. Januar 1880, 1 pagina;
33. Dresden, 17. April 1880, 1 pagina non autografa;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

34. Dresden, 4. Juni 1880, 2 pagine;
35. Dresden, 14. März 1880, 1 pagina;
36. Weimar, 17. Juli 1880, 1 pagina;
37. Dresden, 30. Februar 1881, 1 pagina;
38. Dresden, 14. Januar 1882, 1 pagina;
39. Dresden, 8. März 1882, 2 pagine;
40. Dresden, 30. April 1882, 4 pagine;
41. Dresden, 27. August 1882, 1 pagina;
42. Dresden, 2. November 1882, 1 pagina non autografa, con la minuta della risposta di Zarnke sul rovescio;
43. Dresden, 22. Mai 1883, 4 pagine;
44. Dresden, 18. November 1883, 1 biglietto;
45. Dresden, 14. April 1884, 3 pagine;
46. Dresden, 15. September 1884, 1 pagina;
47. Dresden, 13. Dezember 1884, 1 pagina non autografa;
48. Dresden, 4. Januar 1885, 1 biglietto;
49. Dresden, 15. Juni 1885, 3 pagine;
50. Dresden, 12. Februar 1886, 1 pagina;
51. Dresden, 14. Februar 1886, 1 pagina;
52. Dresden, 22. Juni 1887, 4 pagine;
53. s.l., 22. Februar 1888, 1 biglietto;
54. Dresden, 28. Februar 1888, 2 pagine;
55. Dresden, 18. März 1888, 3 pagine;
56. Dresden, 12. April 1888, 2 pagine;
57. Dresden, 29. Mai 1888, 2 pagine;
58. Dresden, 21. Januar 1889, 2 pagine;
59. Dresden, 12. April 1889, 1 pagina;
60. Dresden, 29. Juni 1889, 1 pagina non autografa;
61. Dresden, 2. Juli 1889, 1 pagina;
62. Dresden, 22. April 1890, 4 pagine;
63. Dresden, 23. April 1890, 4 pagine;
64. Dresden, 22. November 1890, 1 pagina;
65. Dresden, 13. April 1891, 1 biglietto.

7. *Lettere di Gerber nella Landesbibliothek di Dresda.*

Nella Handschriftensammlung della Sächsische Landesbibliothek di Dresda sono conservate numerose lettere di Gerber. Anche

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

se la loro importanza può essere marginale, ne do qui l'elenco completo perchè si tratta di materiale poco noto.

In una cartella di posta varia si trovano varie lettere, sia manoscritte, sia ufficiali. Queste ultime vengono indicate esplicitamente, mentre le restanti, senza ulteriori indicazioni, sono di mano di Gerber:

Dresden, 17. Mai 1890;
Dresden, 13. Oktober 1889;
Dresden, 8. Februar 1882 (ufficiale);
Dresden, 16. Oktober 1883; Gerber al Dr. phil. Wolff (ufficiale);
Dresden, 18. Juni 1880; Gerber al sindaco Dr. Stübel (ufficiale);
Dresden, 18. August 1880;
Dresden, 6. Dezember 1884;
Dresden, 16. März 1884;
Dresden, 24. Februar 1888;
Dresden, 27. Februar 1882;
Dresden, 20. Februar 1873; Gerber a Re Giovanni di Sassonia;
Dresden, 20. Februar 1873; idem (però si tratta di due lettere diverse);
Jena, 22. Dezember 1845, Gerber al Dr. jur. Schuscha.

Nel fascicolo *Eingänge der Ministerien und Gartenbau-Vereine*, Nr. 1-148, si trova una lettera ufficiale di Gerber col numero 59.a: Dresden, 18. März 1887, Gerber (come direttore generale delle Königlichen Sammlungen für Kunst und Wissenschaft) alla Kommission für die Internationale Gartenabausstellung. La lettera si riferisce all'esposizione internazionale di giardinaggio, che doveva aver luogo nel maggio del medesimo anno.

Altre lettere personali e ufficiali sono sparse in vari fondi (4):

— Seidemann's Korrespondenz (Mscr. Dresd. H20): 152: Dresden, 31. März 1874; 153: Dresden, 15. November 1877, entrambe ufficiali.

(4) In una lettera del 10.7.1981 la Sächsiche Landesbibliothek mi segnala che le indicazioni qui contenute vanno integrate con queste altre: Gerber a Adolf Stern, 18.3.1886; Gerber a Pauwels, 19.4.1884, 23.4.1884; 10.2.1886; Gerber a Schnorr von Carolfeld, 2.1.1886; 13.6.1886.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— Korrespondenz an Bibliothekar Dr. Franz Schnorr von Carolsfeld (Mscr. Dresd. n): 78: Dresden, 3. Juni 1883; 79: Dresden, 14. Dezember 1883.
— Briefe an Alphonse Levy (Mscr. Dresd. App. 25): 8: Dresden, 10. April 1885.
— Schnorrs Briefe aus Italien (Mscr. Dresd. n Inv. 70): 12: Dresden, 13. Juni 1886.
— Korrespondenz an Schnorr (Mscr. Dresd. n): 86: Dresden, 21. Januar 1886.

8. *Documenti di Gerber ministro conservati a Dresda.*

Nello Staatsarchiv di Dresda sono conservati sette volumi di documenti del Ministerium für Volksbildung ([5]). Il primo ed il settimo sono irrilevanti per la presente ricerca. Nel volume 2 sono contenuti gli *Akten des Kultusministeriums betr. die Universität Leipzig* (nr. 10001-10283).

Ministerium für Volksbildung, Nr. 10198.
Acta, die Juristen-Facultät zu Leipzig betr., 1832-1899.

Questi atti amministrativi concernenti la facoltà sono dotati di un Indice. Seguendo la numerazione del fascicolo, si rileva che 179 fogli su 215 sono relativi al periodo 1832-1844, cui segue immediatamente un documento col timbro « Ministerium des Cultus, 1. Juli 1882 ». A partire da questo punto si trovano alcune risposte di Gerber relative ai problemi concreti della facoltà di giurisprudenza di Lipsia:

— foglio 181, Dresden, 4. Juli 1882: Gerber comunica alla facoltà che i libri del Juridicum vengono incorporati nella Universitätsbibliothek;
— foglio 188, Dresden, 14. [Juli] 1882: riorganizzazione della biblioteca e retribuzione del bibliotecario;

([5]) Questa denominazione venne introdotta nel 1919; anteriormente, quel ministero si chiamava « Ministerium des Kultus und öffentlichen Unterrichts ». Il riferimento ai documenti si attua indicando « Sächsisches Ministerium für Volksbildung » (anche per documenti anteriori al 1919), seguito da un numero progressivo che individua il singolo documento.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— foglio 194, Dresden, 8. November 1883: tratta dell'uso delle aule per seminari ed approva una « Verordnung der Leipziger Juristenfacultät für die Benützung ihrer Seminar-Zimmer »;

— foglio 196, Dresden, 27. November 1883: due lettere, una diretta alla facoltà, l'altra all'Universitäts-Rentamt (che corrisponde all'incirca ad un odierno Ufficio Ragioneria), regolano la dotazione finanziaria della biblioteca della facoltà;

— foglio 198, Dresden, 20. Dezember 1883: lettera alla facoltà e al Rentamt per approvare la preparazione di un catalogo su schede, ciascuna delle quali verrà retribuita con 10 Pfennig;

— foglio 203 (recto e verso), Dresden, 8. Dezember 1885: due lettere, alla facoltà e al Rentamt rispettivamente, risolvono il problema della retribuzione dei catalogatori. La lettera di Gerber alla facoltà è indirizzata a Binding, direttore del seminario giuridico;

— foglio 208, Dresden, 13. Januar 1887: Gerber scrive a Binding approvando una gratifica per il curatore del Seminario giuridico; la medesima comunicazione va, come al solito, anche al Rentamt;

— foglio 211, Dresden, 8. März 1888: Gerber, Binding e il Rentamt si occupano ancora della gratifica del curatore;

— foglio 212 (verso), Dresden, 11. Juni 1899: sul medesimo tema Gerber scrive ancora a Binding e al Rentamt.

Nei documenti indicati alle ultime tre segnature figura già, accanto al nome di Gerber, quello del suo collaboratore Petzoldt. L'ultima pratica di questa parte reca la data 24. Juli 1890 e le risposte sono firmate da Friedrich Ernst Petzoldt: la vita di Gerber si avviava ormai alla fine.

Ministerium für Volksbildung, Nr. 10198/4.

Acta, die Ersetzung der ordentlichen Professoren bei der Juristenfacultät zu Leipzig betr.: IV, 1849-1864.

L'intero carteggio ufficiale sulla chiamata di Gerber a Lipsia è contenuto dal foglio 194 al 225. L'elenco completo dei documenti reperiti è il seguente:

— fogli 194-197, Leipzig, 9. Dezember 1862: die Juristen-Facul-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tät der Universität Leipzig an das Königliches Ministerium des Cultus und öffentlichen Unterritchts; propone una serie di chiamate, tra cui quella di Gerber;

— fogli 198-199, Dresden, 16. Januar 1863, Falkenstein a Gerber;

— fogli 200-201, Jena, den 18. Januar 1863, Gerber a Falkenstein;

— fogli 203-206, Dresden, 19. Januar 1863, Falkenstein a Gerber;

— fogli 207-208, Jena, 22. Januar 1863, Gerber a Falkenstein (alla fine della lettera compare però la data 21. Januar);

— fogli 209-210, Dresden, 22. Januar 1863, Falkenstein a Graf von Watzdorff;

— foglio 211, Witzleben a Falkenstein, Telegramma da Lipsia 25. Januar 1863: « Unser Weimarer Correspondent berichtet die Berufung Gerbers nach Leipzig. Darf dieß kommen? »;

— foglio 212, Weimar, 24. Januar 1867, Graf von Watzdorff Falkenstein;

— fogli 213-214, Dresden, 27. Januar 1863, von Falkenstein ai ministri incaricati degli affari evangelici; Falkenstein comunica la nomina di Gerber: « Man ersucht daher dieselben um ihren baldgefällige Zustimmung zu dieser Ernennung » (foglio 214);

— foglio 215, Dresden, 4. Februar 1863, i ministri incaricati degli affari evangelici a Falkenstein: viene approvata la chiamata di Gerber;

— foglio 216: bozza del decreto dei Ministri in Evangelicis;

— fogli 217-218, Dresden, 7. Februar 1863, tre lettere del Ministerium des Cultus und öffentlichen Unterrichts rispettivamente alla Facoltà di giurisprudenza, al Senato accademico di Lipsia e a Gerber;

— fogli 219-220, Jena, 15. Februar 1863, Gerber a Falkenstein;

— foglio 221, Jena, 16. Februar 1863, Gerber a Falkenstein;

— fogli 222-223, Dresden, 17. Februar 1863, la notizia della chiamata di Gerber viene ufficialmente comunicata in lettere distinte al Rentamt, al Decano della Facoltà di giurisprudenza ed a due giornali: « Leipziger Zeitung » e « Dresdner Journal »;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— foglio 224, Leipzig, 22. Februar 1863, Hänel (decano) a Falkenstein;
— foglio 225, Leipzig, 23. Februar 1863, Hänel a Falkenstein.

9. *Il Nachlaß di Gerber conservato a Dresda.*

Tra i Nachläße conservati nello Staatsarchiv di Dresda (6) vi è anche quello di Gerber (Saal II, Schrank 14). Poichè dal 1938 vengono redatti indici dei Nachlässe, è possibile ricostruire la storia dell'acquisizione del Nachlaß di Gerber attraverso la nota che Beatrix Reißig ha premesso all'elenco: « Questo fondo di lettere e di atti ufficiali del Ministero del culto della Sassonia [...] venne riversato nell'Archivio di Stato della Sassonia nel 1936-37 dalla figlia di Gerber, Marie von Gerber, di Sondershausen; nel 1938 il fondo venne catalogato ed incluso nei magazzini ». Questo elenco comprende 351 segnature, corrispondenti ad altrettanti gruppi di uno o più documenti. Riporto qui di seguito i gruppi di documenti a mio odierno giudizio più significativi, accompagnando ogni indicazione con il numero d'ordine che individua il singolo gruppo di documenti nel Nachlaß Gerber.

a) lettere indirizzate a Gerber ed ordinate alfabeticamente in base al mittente.

5. 24 lettere del Re Albrecht di Sassonia, in parte senza data (1874-91);
11. 12 lettere del Prof. Baur (1853-87);
15. 7 lettere del Prof. Binding (1877-86);
45. 30 lettere del Prof. Georg Ebers (1873-91);
53. 9 lettere del Ministro von Fabrice (1873-85);
56. 38 lettere del Ministro von Falkenstein (1866-78); minuta della risposta di Gerber del 12.6.1866;
58. 11 lettere del Prof. E. Fein (1846-56); 3 minute di Gerber a lui (1851);

(6) Sui Nachlässe conservati a Dresda, cfr. Woldemar LIPPERT, *Politische und militärische Nachlässe des 18. und 19. Jahrhunderts im Sächsischen Hauptstaatsarchiv*, « Korrespondenzblatt des Gesamtvereins der deutschen Geschichts- und Altertumsvereine », 75, 1927, col. 127-129; *Übersicht der Bestände des Sächsischen Landeshauptarchiv*, Leipzig 1955, pp. 266-269.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

73. 19 lettere del Ministero R. von Friesen (1873-86);
77. 49 lettere del Principe Georg, duca di Sassonia (e poi Re), 1872-91; 2 bozze di risposta di Gerber;
82. 10 lettere del conte von Giech (1857-59);
98. 42 lettere del Prof. von Hahn (1847-88);
109. 2 lettere di Louis von Gemmingen (1861-62);
1 lettera di Julie von Gemmingen (1862);
122. 1 lettera del Prof. von Jhering (1872): cfr. § 3;
126. 25 lettere del re Giovanni di Sassonia, in gran parte senza data (1866-73);
142. 15 lettere del Prof. L. Krehl (1876-90);
146. 9 lettere del Prof. Laband (1871-87);
201. 4 lettere del Prof. Palma (1852-71);
203. 20 lettere del Prof. Pernice (1857-61);
236. 8 lettere del Prof. G. Rümelin (1875-87);
239. 1 lettera di A. A. Sargent della legazione degli USA a Berlino;
241. 41 lettere del Prof. von Scheurl (1875-81);
272. 49 lettere del Prof. Stahl, deputato nel 1848 al parlamento di Francoforte, con descrizione di quegli eventi a guisa di diario (1848-55);
277. 33 lettere del Prof. Stobbe (1871-86);
294. 1 lettera del Conte D. Tolstoj (1874);
307. 17 lettere del Prof. Wach (1878-90);
60 lettere del Prof. Wächter (1851-79);
309. 106 lettere del Ministro Barone v. Wächter Spittler e della sua consorte (1851-71);
326. 23 lettere del Prof. Windscheid e minuta di una lettera di Gerber (1869-87).

b) Scritti di Gerber o loro copie.

340. Lettere di Gerber a sua moglie scritte durante il suo soggiorno a Berlino come membro del Parlamento imperiale costituente; copie di mano di sua figlia, nonchè un'introduzione della medesima con l'elenco di tutte le persone menzionate nelle lettere, talora con brevi notizie biografiche;
341. 37 lettere di Gerber a G. von Rümelin (padre) (1856-62);
342. Parere della facoltà di giurisprudenza di Tubinga sul trasferimento dell'università da Tubinga a Stoccarda (21 luglio 1856);

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

343. Note su singoli articoli del convegno sul diritto commerciale (1857);
344. Memorandum sul ministero del culto del Württemberg (1861-62);
345. 2 esemplari a stampa della prolusione di Jena (6 giugno 1862); [cfr. *Bibliografia di Gerber*, n. 31].
346. Parere della facoltà di giurisprudenza di Lipsia sull'eredità Waldeck tra la Signoria di Schaumburg e la contea di Holzappel (1867);
347. Parere sul diritto di patronato in Sassonia (1870);
348. Minute e pareri in rapporto con la legge sulle scuole elementari (1873);
349. Memorandum e appunti sulla polemica con l'ex ministro Barone R. von Friesen (1878);
350. 4 lettere di Gerber a ignoti (1856-57; 1887);
351. Minute varie di discorsi del Trono (senza data).

Nella prefazione all'edizione italiana del carteggio (p. LX ss.) feci uso del materiale contenuto in un articolo scritto dalla figlia Marie sulla partecipazione di Gerber al deutscher Reichstag (1867). Nel Nachlaß Gerber Nr. 340 si trovano 73 fogli manoscritti soltanto su una facciata, che costituiscono in parte il testo originale di quell'articolo. I fogli conservati sono numerati da p. 40 a p. 112. È quindi perduto circa un terzo del manoscritto di mano della figlia, mentre gli originali non sono conservati. Va segnalato che questa descrizione del materiale *non* corrisponde alla descrizione che ne fornisce il registro dei Nachlässe, dove si parla anche di un indice dei nomi ecc. Il manoscritto termina con la lettera del 16 aprile 1867. È convinzione degli archivisti che questo materiale sia andato perduto dopo il 1938, anche perchè il materiale dell'archivio venne evacuato durante la guerra in 37 località.

10. *Per un'iconografia di Gerber.*

Al Kupferstichkabinett di Dresda sono conservati tre esemplari di un'incisione ufficiale di Gerber (7), una delle quali verrà ri-

(7) Hans Wolfgang SINGER, *Allgemeiner Bildniskatalog*, Verlag Karl W. Hiersemann, Leipzig 1931, Bd. V, p. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prodotta nell'edizione tedesca (8). Essa è opera di Ludwig Otto, ritrattista ufficiale della corte di Dresda: egli è infatti ricordato soprattutto per i suoi ritratti della casa regnante (9).

Come si è già indicato più diffusamente per Jhering, l'indagine sulle immagini pubblicate di Gerber prende origine da un'opera di Singer (10) e dal catalogo dei ritratti presso la Sächsische Landesbibliothek di Dresda. Le pubblicazioni con ritratti di Gerber vengono elencate in ordine cronologico.

— « Illustrirte Zeitung », Leipzig, 13. April 1861, Nr. 928, p. 257: « Die Mitglieder der deutschen Handelsgesetzgebungsconferenz. Nach Photographien ». A questa illustrazione si riferisce Jhering nella lettera 153 dell'edizione italiana (p. 326). L'intera pagina della « Illustrirte Zeitung » è riprodotta nell'edizione tedesca del carteggio.

— « Illustrirte Zeitung », Leipzig, 18. Mai 1867, Nr. 1246, p. 331: « Porträts vom Norddeutschen Reichstag ». Questa pagina ha la medesima struttura della precedente. Il ritratto di Gerber è all'undicesimo posto: è un volto di Gerber giovane, che non ricompare altrove.

— « Illustrirte Zeitung », Leipzig, 13. April 1872, Nr. 1502, p. 261-2. In prima pagina è un articolo sulla nomina di Gerber a ministro con il titolo *Karl Friedrich von Gerber*. L'incisione, siglata H. S., mostra un volto di Gerber maturo racchiuso in un ovale.

---

(8) Collocazione: Kupferstichkabinett Dresden, 1892-173, A/321b/2. Questo esemplare è stato scelto per la riproduzione nell'edizione tedesca perché più netto nei segni, e quindi più adatto a fornire una buona riproduzione fotografica.

(9) Su Ludwig Otto (Borna, 21-7-1850; Dresden, 15-5-1920) cfr. *Allgemeines Lexikon der bildende Künstler von der Antike bis zur Gegenwart*, begründet von Ulrich Thieme und Felix Becker, Seemann, Leipzig 1932, Bd. 26, S. 93. Dall'epoca di Thieme e Becker ad oggi, i disegni e schizzi di Otto conservati al Kupferstichkabinett sono passati da 3 a 30, fra cui numerosi paesaggi italiani. Cfr. anche F. von Boetticher, *Malerwerke des 19. Jahrhunderts*, II, 1 (1898); Jansa, *Deutsche bildende Künstler*, 1912; « Kunstchronik », N.F. 31 (1919-20), 784 (Nekorlog).

(10) Hans Wolfgang Singer, *Neuer Bildniskatalog*, Verlag Karl W. Hiersemann, Leipzig 1937, Bd. II, p. 139: elenca tre xilografie di Gerber in LIZ (58), 1872, p. 261; Daheim 1892, Beilage, Nr. 9; LIZ (98), 1892, p. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— « Leipziger Gerichts-Zeitung », 2. Januar 1892, Nr. 1, pp. 4-5. Nella rubrica *Aus dem Zuge des Todes im Jahre 1891* si parla anche di Gerber, il cui ritratto è riprodotto al centro della pagina, proprio sulla piegatura del fascicolo. Sembra una riproduzione della parte centrale dell'incisione di Otto.

— « Daheim ». Ein deutsches Familienblatt mit Illustrationen, XXVIII, 6. Februar 1892, Nr. 19, p. 305. Questo necrologio è accompagnato da un ritratto ovale « nach einer photographischen Aufnahme von Hanns Hanfstaengl (C. A. Teich) in Dresden ». Da questa fotografia trae origine l'incisione di Otto. Questa fotografia non è conservata nè alla Deutsche Fotothek di Dresda, nè presso la sezione fotografica del Technisches Museum Dresden.

— « Der Nachbar. Sonntagsbote für Sachsen ». Ein illustrirtes christliches Volksblatt für Stadt und Land, 28. Februar 1892, Nr. 9, Beiblatt zum Sonntagsbote für Sachsen. Monatsbeilage zum Nachbar, 3. Jahrgang, Februar 1892, p. 15. Viene riportata soltanto la notizia della morte (« Kultusminister von Gerber, † 23. Dezember 1891 »), accompagnata da un'incisione piuttosto bella, che non compare altrove.

— Sturmhoefel, Konrad, *Illustrierte Geschichte der Sächsischen Lande und ihrer Beherrscher.* Mit besonderer Berücksichtigung der Kulturgeschichte, [Verlag der Pahl'schen Buchhandlung (A. Haase), Leipzig 1898, 1. Auflage] Hübel & Denck, Leipzig s.d., Bd. 2, Abt. 2, p. 523: ritratto di Gerber che non compare altrove.

— Scheffler, Wilhelm, *Sachsens Technische Hochschule zu Dresden.* Siebzig Jahre ihrer Entwickelung (1. Mai 1828 bis 1. Mai 1898). Mit 75 verbürgten Abbildungen, darunter 14 Einschaltbildern, F. L. Staub, Dresden 1899, p. 41. Il ritratto sembra ricavato dall'incisione di Otto e reca la sigla M. R. in basso a destra.

— Scheuffler, Heinrich Johannes, *Die evangelisch-lutherische Landes-Synode im Königreiche Sachsen in ihrer ersten Viertel-Jahrhundert 1871 bis 1896.* Jubiläums-Schrift, Selbstverlag des Verfassers, in Kommission der Buchdruckerei Julius Reichel, Dresden [1900], VII-324 pp. La biografia di Gerber è a p. 101-2. Prima del frontespizio sono incluse tre fotografie; la seconda

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è quella di Gerber. È la medesima già vista in « Daheim » del 1892, che servì di modello a Otto per la sua incisione.

— Friedberg, Emil, *Die Leipziger Juristenfakultät, ihre Doktoren und ihr Heim*, Hirzel, Leipzig 1909, VII-236 pp., in: *Festschrift zur Feier des 500jährigen Bestehens der Universität Leipzig*. Herausgegeben von Rektor und Senat, 2. Band. Gerber è menzionato a p. 106; il suo ritratto è a fronte di p. 108 e riproduce l'incisione di Otto.

— « Deutsche Juristen-Zeitung ». Festnummer zum 500jährigen Jubiläum der Universität Leipzig, Berlin, 1. August 1909, XIV Jahrgang, Nr. 15-16, col. 996-1001. Insieme col testo delle lettere di Gerber a Mittermeier ([11]), alle colonne 997-8 viene riprodotta per intero l'incisione di Otto.

— Nei *Sächsische Lebensbilder* (Jess, Dresden 1930), insieme col saggio di Hans Beschorner su Gerber è riprodotta una fotografia di Gerber a p. 88.

— *Gothaisches Genealogisches Taschenbuch der Adeligen Häuser*, Teil B, 25. Jahrgang, 1933, p. 176: viene riprodotta l'incisione di Otto.

A queste pubblicazioni va aggiunto ancora il « Sächsicher Volkscalender » del 1893, con un ritratto di Gerber a p. 72. L'esemplare della Sächsiche Landesbibliothek di Dresda è andato distrutto durante la guerra e non mi è stato finora possibile trovarlo altrove.

A conclusione di questo lavoro sento il dovere di ringraziare la biblioteca dell'università di Lipsia, l'Archivio di Stato di Dresda e la Sächsische Landesbibliothek non soltanto per l'aiuto prestatomi durante il soggiorno nella Repubblica Democratica Tedesca, ma anche per il controllo delle indicazioni contenute in questo testo. Nella corrispondenza successiva al mio viaggio hanno infatti preso forma correzioni ed integrazioni che sono confluite nella stesura definitiva, sia italiana, sia tedesca, di queste mie note d'archivio.

([11]) *Carteggio Jhering-Gerber*, Giuffrè, Milano 1977, p. LIV.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MAURIZIO FIORAVANTI

PER L'INTERPRETAZIONE DELL'OPERA GIURIDICA DI SANTI ROMANO: NUOVE PROSPETTIVE DELLA RICERCA

I. Breve premessa. — II. Alcune recenti riflessioni sull'opera di Santi Romano. — III. Dogmatica giuridica e 'crisi dello Stato': la scienza del diritto costituzionale ed il problema dello Stato nell'opera giovanile di Santi Romano (1897-1909).

I. La ricerca su Santi Romano appare ormai giunta ad un punto critico. Alla letteratura esistente, prodotta da una vasta riflessione già compiuta sull'opera del giurista siciliano, e praticamente avviatasi all'indomani della pubblicazione dell'*Ordinamento giuridico* del 1917 (1), si sono venuti ora aggiungendo, nel corso degli ultimi anni, altri contributi, che complessivamente pongono con forza — anche se quasi sempre in modo episodico, e con scarso riferimento diretto al complesso dipanarsi dell'opera

(1) Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, pubblicato in due fascicoli degli *Annali delle Università toscane* del 1917 e 1918; contemporaneamente pubblicato anche in volume nel 1918, sempre a Pisa. Com'è noto, Romano curò anche una seconda edizione del suo lavoro del 1917-18 (Firenze, 1946), lasciando inalterato il testo, modificando solo in parte le note, e soprattutto aggiungendone di nuove, nelle quali prese in esame gran parte delle opinioni espresse sulla sua opera nel trentennio precedente. Tali note aggiunte costituiscono dunque un utilissimo punto di partenza nell'analisi della riflessione svolta dalla scienza giuridica italiana sull'opera di Santi Romano. Per quanto riguarda poi la 'recezione' delle dottrine romaniane nella scienza giuridica del dopoguerra, cfr. l'ottima trattazione di A. AGNELLI, *L'istituzionalismo italiano dal 1945 ai giorni nostri*, in *Annuario bibliografico di filosofia del diritto*, Milano, 1965, pp. 267-289.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

romaniana dal 1897 al 1947 — il problema centrale della *storicità* della celebre dottrina degli ordinamenti giuridici, dell'intrinseco legame di tale dottrina con il proprio tempo storico.

Diciamo allora subito che nelle pagine che seguono si cercherà principalmente di discutere del senso fondamentale di questo rinnovato interesse per l'opera di Santi Romano, con un preciso scopo: tentare una sorta di bilancio provvisorio, di censimento dei problemi sui quali in maggior misura si è appuntata l'attenzione degli studiosi, ed indicare infine — per quanto sarà possibile — nuove prospettive d'indagine, che valgano a mettere in luce quegli aspetti della produzione scientifica del giurista siciliano, che più sono trascurati, nonostante la loro indubbia rilevanza, nel contesto delle nuove ricerche.

Il nostro punto di partenza non può essere altro che quello sopra espresso nella formula della 'storicità' della dottrina romaniana. Infatti, se è possibile parlare di 'punto critico' al quale la ricerca sembra essere giunta, è proprio perchè, per vie diverse e spesso anche assai distanti, gli studiosi che recentemente si sono occupati di Santi Romano hanno tutti accentrato la loro attenzione su un momento ritenuto centrale: quello del legame che è possibile stabilire tra i profondi mutamenti dello Stato liberale tra Ottocento e Novecento e la teoria degli ordinamenti giuridici formulata dal giurista siciliano. Ciò che interessa è dunque il significato progettuale dell'opera romaniana; stabilire fino a quale punto è possibile e legittimo parlare, a proposito delle elaborazioni teoriche di Santi Romano, di una lucida e consapevole risposta della teoria giuridica ai mutamenti politici e sociali in atto nell'Italia dell'ultimo decennio del secolo diciannovesimo e dei primi venti anni del nuovo secolo, periodo durante il quale — com'è noto — andò maturandosi anche il nucleo fondamentale delle convinzioni del giurista siciliano.

Simili problemi non possono non interessare, com'è ben intuibile, lo storico del pensiero giuridico moderno. Suo compito — ed è anche il compito che qui ci assumiamo — è appunto quello di raccogliere il senso fondamentale delle riflessioni che filosofi del diritto, giuspubblicisti, cultori di altre discipline giuridiche, ed anche storici delle istituzioni, hanno compiuto negli ultimi anni,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con lo scopo ultimo di pervenire alla indicazione delle linee direttrici da seguire per un'integrale ricostruzione storiografica del pensiero di Santi Romano. In queste brevi note cercheremo di compiere i primi e più necessari passi in questa direzione.

II. Non sempre la nuova letteratura su Santi Romano può essere agevolmente presa in esame in modo staccato da riflessioni sul giurista siciliano ormai vecchie di alcuni decenni. È certamente questo il caso dei giuspubblicisti, i quali — per lo meno quelli più sensibili alla dimensione storica del loro operare pratico-scientifico — hanno ormai da lungo tempo chiaramente percepito la grande rilevanza di Santi Romano nella storia delle loro discipline in Italia tra Ottocento e Novecento; e lo hanno fatto esprimendo convinzioni di fondo che ritroveremo — con le debite differenziazioni — anche nei più recenti contributi.

Già nel 1940, Massimo Severo Giannini, nei suoi *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (2), analizzando la penetrazione della pandettistica tedesca in Italia alla fine dell'Ottocento, e l'estensione della sua metodologia nel campo delle discipline giuspubblicistiche, attribuiva a Santi Romano un ruolo del tutto specifico in tale vicenda, consistente soprattutto nel fatto di aver per primo decisamente reagito al pericolo di un progressivo soffocamento delle problematiche specificamente pubblicistiche nelle ferree gabbie delle costruzioni dogmatiche di stampo privatistico (3). Giannini rilevava nell'opera del giurista siciliano dell'inizio del secolo — e segnatamente nei *Principii di diritto amministrativo* del 1902 — la presenza di nuove tematiche, di nuovi ordini di materie, come quello riguardante « l'attività e la posizione degli amministrati di fronte alle pubbliche amministrazioni » (4), che testimoniavano dell'insoddisfazione di Romano per una pura deduzione di tutto il sistema di diritto amministrativo dalle catego-

---

(2) M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2 (1973), pp. 179-274, orig. stampato in *Studi Sassaresi*, XVIII (1940).

(3) M. S. GIANNINI, *Profili storici*, cit., p. 255.

(4) *Ibid.*, p. 257.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rie elaborate dalla pandettistica sul terreno specifico del diritto privato (5).

Queste osservazioni di Giannini facevano sicuramente parte di una convinzione più generale, secondo la quale a Santi Romano doveva essere attribuito un posto del tutto 'particolare' nella storia delle discipline giuspubblicistiche in Italia — anche nella storia della scienza del diritto costituzionale, come subito vedremo —, proprio in relazione ai problemi di specifico ordine metodologico. In sintesi, il giurista siciliano avrebbe inaugurato il cosiddetto indirizzo postpandettistico, accogliendo dalla giuspubblicistica tedesca di più rigida ed integrale formazione pandettistica — quella di Laband e di Jellinek — l'istanza del rigore metodologico e della 'purezza' delle argomentazioni giuridiche, ma proponendo nello stesso tempo alcuni correttivi del rigido concettualismo dei giuristi tedeschi, attraverso determinate istanze di tipo 'storicistico' — magari inconsapevoli, come osserva lo stesso Giannini —, ed in generale mediante una maggiore attenzione per il diritto positivo e per i suoi costanti mutamenti legati alle variabili esigenze della società civile (6). In conclusione, non un 'diritto' sostanziato in concetti giuridici stabilmente contrapposti alla 'mutevolezza' della legge dello Stato, ma più semplicemente un apparato di figure dogmatiche funzionalmente ado-

---

(5) *Ibid.*, p. 259, dove Giannini propone anche di riprendere — siamo nel 1940 — la «sostanza costruttiva» del discorso metodologico romaniano. Quanto questa indicazione sia stata seguita dalla scienza italiana di diritto pubblico, e dallo stesso Giannini, è problema che non può qui essere discusso. Sono da leggere in proposito le pagine dedicate allo stesso Giannini da S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, pp. 114-132, spec. pp. 114-116, per le prese di posizione di Giannini sull'istituzionalismo romaniano. Sul concetto di 'istituzione', e sui compiti della scienza giuridica, sono da ricordare, ancora di M. S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Atti del XIV Congresso Internazionale di Sociologia*, Roma, 1950, pp. 455 e ss.; ed in fine *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, VIII (1958), pp. 219-240.

(6) M. S. GIANNINI, *Vita e opere di Guido Zanobini*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, XV (1965), pp. 3-16, spec. pp. 11-14 per un giudizio di massima sulla postpandettistica italiana, al vertice della quale vengono posti da Giannini i nomi di Santi Romano e di Guido Zanobini.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perate per una più corretta comprensione ed organizzazione sistematica del diritto positivo.

Su itinerari assai simili si muoveva anche l'interpretazione di Mario Galizia, contenuta nei suoi *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale* (7). Anche se poche e scarne erano le pagine dedicate da Galizia in modo specifico a Santi Romano (8), in realtà l'opera del giurista siciliano veniva posta al centro di tutta la ricostruzione storiografica della scienza italiana di diritto costituzionale tra Ottocento e Novecento.

Muovendo da una visione complessa ed articolata dello stato di tale scienza alla fine del secolo scorso, e soprattutto dalla convinzione che la proposta metodologica di Vittorio Emanuele Orlando (9) non avesse affatto conquistato la totalità degli studiosi di questo periodo, molti dei quali — come Zanichelli, Brunialti, Arcoleo, Arangio-Ruiz, Majorana, Vacchelli, Miceli — apparivano ancora aperti alla possibilità di assumere in modo diretto fatti politici e sociali nelle loro costruzioni scientifiche, Galizia scorgeva nel pensiero di Santi Romano il tentativo di trovare un punto di convergenza tra l'istanza del rigore metodologico e le idee di

---

(7) M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico Serafini*, 1963, pp. 3-110; dello stesso Autore, cfr. anche la voce *Diritto costituzionale (profili storici)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII (1964), pp. 962-976; ed infine le osservazioni sull'opera di Santi Romano contenute nel saggio *Il 'Positivisme juridique' di Raymond Carré de Malberg*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2 (1973), pp. 335-509, spec. pp. 442 e ss. su Santi Romano.

(8) M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi*, cit., pp. 100-103.

(9) Dobbiamo qui presupporre — per evidenti ragioni di brevità — il senso fondamentale della riforma metodologica della scienza di diritto pubblico, proposta in Italia da Vittorio Emanuele Orlando a partire dalla metà degli anni Ottanta. Vogliamo solo ricordare che al più evidente contenuto 'formalistico' delle proposte orlandiane, sostanziato nell'appello alla 'purezza' del metodo 'giuridico', si affiancava, intrecciata nel tessuto stesso dell'opera di Orlando, una componente di carattere 'realistico', o 'storicistico', sulla quale hanno a lungo insistito gli studiosi che si sono occupati di Vittorio Emanuele Orlando: sul nesso da stabilire tra 'formalismo' e 'realismo' orlandiano, sia consentito qui di rinviare al nostro saggio *La vicenda intellettuale del 'giovane' Orlando* (1881-1897), Firenze, 1979; tra i più recenti contributi sul tema, è poi da ricordare quello di G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di Vittorio Emanuele Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'effettività' e 'socialità' del diritto, in egual misura vive — secondo Galizia — nella cultura giuspubblicistica italiana del tempo [10].

Da qui, «le incertezze, le contraddizioni, i ripensamenti» di Santi Romano [11], impegnato nello sforzo teso a conciliare metodologie giuridiche per lo meno apparentemente contrastanti. Tale sforzo sarebbe poi stato vanificato, oltre che da limiti specifici di comprensione della realtà sociale presenti nello stesso Romano, anche e soprattutto dalla crisi della democrazia e dall'avvento del fascismo, che «frenò quel processo di equilibrata confluenza tra le varie tendenze metodologiche nello studio del diritto costituzionale di cui il medesimo pensiero di Romano era espressione» [12].

Queste, ed altre, indicazioni di Giannini e di Galizia, convergenti nel fornirci un'immagine di 'duplicità' dell'opera romaniana, rispondente sia ad esigenze di 'purezza' metodologica, sia ad istanze di apertura alla dimensione 'sociale' ed 'effettiva' del diritto — o quanto meno alla concreta e mutevole realtà storica del diritto positivo vigente —, sono state riprese e rielaborate in tempi più recenti da Sabino Cassese.

Già nel volume del 1971 *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Cassese parla del «delicato compromesso, che Santi Romano ha cercato di interesse fra l'esigenza pluralistica posta dai fatti, e l'ideologia autoritaria della scuola giuspubblicistica italiana» [13]. Qui il discorso sulla 'duplicità' dell'opera romaniana si fa ancora più serrato: da una parte, una realtà politico-sociale che va articolandosi in senso pluralistico, percepita nei suoi tratti fondamentali da Santi Romano, dall'altra, una tradizione di pen-

---

[10] M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi*, cit., p. 100.

[11] *Ibid.*, p. 101. Di 'contraddizioni' insite nel pensiero giuridico di Santi Romano, parla anche C. MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI (1962), spec. pp. 159-160. Mentre M. BRUTTI, *Ordinamento giuridico (profili storici)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, 1980, pp. 654-678, mette più che altro in rilievo le aperture della teoria giuridica romaniana «alla percezione dei mutamenti sociali in corso nei primi decenni del secolo», ma puntualizzando il fatto che tali 'aperture' costituiscono «niente di più che una vocazione, un suggerimento senza sviluppi» (p. 669).

[12] *Ibid.*, pp. 102-103.

[13] S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, cit., p. 184.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

siero ' autoritaria ', che, in contrapposizione alla ' esigenza pluralista ', mira a mantenere ben saldo il dogma dell'assoluta centralità dello Stato-persona quale unica possibile soggettività di diritto pubblico. Dunque, una duplicità che si snoda tra due momenti *qualitativamente* diversi: da un lato la teoria giuridica, la scienza, la lucida percezione dei mutamenti strutturali in atto, dall'altro l'ideologia, la riaffermazione in senso forte della necessaria unicità del modello di sviluppo liberal-statualistico.

Siamo qui di fronte ad una precisa proposta d'interpretazione della storicità dell'opera romaniana, che viene ravvisata nel costante conflitto tra una scelta di carattere ' realistico ', che, sospingendo il giurista verso l'analisi dei nuovi fenomeni istituzionali e sociali, impone alla scienza giuridica una sostanziale revisione dei suoi strumenti di approccio al complesso dell'esperienza giuridica, ed una di prevalente carattere ' ideologico ', che costantemente frena tale opera di revisione, tornando ad imporre il punto di vista e le ragioni dello Stato-persona, vero e proprio simbolo — in tal senso ' ideologico ' — di una determinata fase di vita dello Stato moderno — e di un conseguente assetto d'interessi —, che non deve comunque essere abbandonata.

Lo stesso Cassese si è spinto assai avanti nel valutare gli esiti di tale conflitto interno all'opera romaniana. In una breve nota del 1972, nella quale si tenta d'indicare una linea complessiva d'interpretazione delle vicende storiche delle istituzioni in Italia tra Ottocento e Novecento, l'*Ordinamento giuridico* del 1917 viene considerato come l'opera che per la prima volta « fornì una ricostruzione giuridica del pluralismo del nuovo Stato » [14]: un coraggioso tentativo di prendere atto dei mutamenti strutturali intervenuti all'interno dello Stato e nel suo rapporto con la società, del mutato e più ampio ruolo delle pubbliche amministrazioni, della crescente diffusione dei centri di potere nelle istituzioni e nella società [15].

---

[14] S. CASSESE, *L'amministrazione dello Stato liberale-democratico*, in *Quaderni Storici*, maggio-agosto 1972, ora in *La formazione dello Stato amministrativo* (raccolta di saggi dello stesso autore), Milano, 1974, pp. 11-19, p. 12 per la frase citata nel testo.

[15] *Ibid.*, pp. 14 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ed anche nell'altro saggio del 1972 — ben più ampio, e fondato anche su materiali inediti —, dedicato da Cassese alla ' formazione ' dell'*Ordinamento giuridico* del 1917, troviamo la medesima fondamentale convinzione: che Santi Romano abbia posto « per primo il problema della comprensione scientifica di un sistema politico-amministrativo pluralistico » [16]; che la sua opera rappresenti « se non l'unica la prima e più coerente risposta alle esigenze delle istituzioni nuove » [17].

Quella dialettica — interna all'opera romaniana — tra ' teoria ' e ' ideologia ' si risolverebbe dunque a favore della prima. Santi Romano riuscirebbe così effettivamente a spezzare dal proprio interno la tradizione di pensiero dominante nella giuspubblicistica italiana sulla scia della dottrina tedesca [18].

Quando poi si volesse obiettare che questo ' realismo ' romaniano non è riuscito a mettere radici, a produrre un vero e proprio rinnovamento della metodologia giuridica — e ciò proprio nel settore di lavoro del giurista siciliano, nel campo del diritto pubblico —, la risposta sarebbe già pronta: è l'avvento del fascismo che ha impedito gli ulteriori sviluppi scientifici della dottrina romaniana, che ha frustrato gli sforzi del giurista siciliano tesi a costruire una complessiva teoria giuridica, orientata in senso pluralistico, dei rapporti tra Stato e società civile [19]. Nell'impatto

---

[16] S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de ' L'ordinamento giuridico ' di Santi Romano*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972), pp. 243-283, p. 245 per la frase citata nel testo.

[17] *Ibid.*, p. 246. Sul rapporto tra la risposta di Santi Romano alla ' crisi ' dello Stato liberale e le posizioni assunte dai contemporanei sullo stesso problema, cfr. anche, oltre alle pp. 270 e ss. del saggio in esame, l'articolo di S. CASSESE-B. DENTE, *Una discussione del primo ventennio del secolo: lo Stato sindacale*, in *Quaderni Storici*, sett.-dic. 1971, pp. 943 e ss., spec. p. 961, per un confronto tra le posizioni di Santi Romano e quelle di Rocco, Ranelletti, ed Orlando.

[18] Così, secondo Cassese, Santi Romano « apre la via alla ricognizione realistica dei nuovi fenomeni delle istituzioni statali liberal-democratiche, anzi ne dà egli stesso la prima ricostruzione » (S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione*, cit., p. 269); e, rispetto ai contemporanei, mostra « una diversa capacità di andare più in fondo e di fornire i cardini essenziali di una dottrina dello Stato pluralista » (*Ibid.*, p. 279).

[19] *Ibid.*, p. 280, riprendendo esplicitamente un'affermazione di Galizia, anche da noi citata: cfr. *supra*, nota 12.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con la nuova realtà storica, Santi Romano sarebbe stato costretto ad una progressiva « attenuazione delle tesi pluralistiche » [20], e sempre più sarebbe tornato in tal modo in primo piano il « legame ideologico con i principi liberalstatualistici » [21].

In definitiva, stretta tra la tradizione autoritaria della giuspubblicistica italiana, con il connesso dogma della personalità giuridica dello Stato e della sua sovranità, e l'avvento del fascismo, teso a ricondurre le istanze pluralistiche entro un rigido quadro normativo di tipo ancor più autoritario, la dottrina ' realistica ' e pluralistica di Santi Romano non avrebbe avuto spazio storico sufficiente per maturarsi compiutamente, per radicarsi pienamente nella cultura giuridica italiana.

Questo il risultato al quale in ultima analisi sembra pervenire questo tipo d'interpretazione della ' storicità ' dell'opera romaniana. E, del resto, l'esistenza di due distinte componenti del pensiero giuridico di Santi Romano — quella ' teorico-scientifica ' e quella ' ideologica ' — sembra largamente accettata nella letteratura degli ultimi anni.

Così, riprendendo proprio alcune affermazioni di Sabino Cassese, Norberto Bobbio conclude un suo saggio del 1975 affermando che Santi Romano deve essere considerato « teoricamente un pluralista, ma ideologicamente un monista » [22]. Anche per Bobbio, dunque, è possibile ritrovare nell'opera del giurista siciliano, da una parte, la teoria del pluralismo giuridico come lucida e

---

[20] *Ibid.*, p. 280.

[21] S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, cit., p. 36. Cassese imputa a tale ' legame ideologico ' il fatto che il ' realismo ' non sia riuscito in Italia a mettere stabili radici nella scienza e nella cultura giuridica. A questo proposito, e più specificamente su Santi Romano, cfr. anche le pp. 44-46.

[22] N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, a cura di Paolo Biscaretti di Ruffia, Milano, 1977, pp. 25-43 (atti del convegno promosso dall'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica, tenutosi a Milano il 25 e 26 ottobre 1975), p. 41 per la frase citata nel testo. Lo scritto di Bobbio, preparato per il convegno milanese, era stato poi pubblicato per la prima volta in *Amministrare. Rassegna internazionale di pubblica amministrazione*, I (1975), pp. 447-466. È stato poi inserito anche nella raccolta di scritti del medesimo autore *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, pp. 165-187.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

consapevole risposta alla ' crisi ' dello Stato liberale nato dalla rivoluzione francese e modellato sulla base di un rapporto diretto, e privo di mediazioni, tra Stato ed individuo, dall'altra, la tendenza a ricondurre le nuove soggettività entro lo schema storico dello ' Stato moderno ', in altre parole a subordinarle alla persistente dominanza ideologica dello Stato-persona ([23]).

Giunti a questo punto, non sembra arbitrario affermare che il problema della ' storicità ' delle dottrine romaniane si risolve in una sorta di dosaggio tra le due componenti del pensiero del giurista siciliano: così, c'è chi ritiene — è il caso di Cassese — di poter isolare il momento della teoria giuridica della ' crisi ', e di poter quindi privilegiare il momento conoscitivo della dimensione ' sociale ' del diritto; e c'è invece chi diffida di questa rinnovata attenzione dei giuristi verso la ' società ', e tende conseguentemente a rimarcare le carenze dell'istituzionalismo italiano — e segnatamente romaniano —, la sua organica debolezza nella battaglia antistatualistica ([24]).

Non mancano poi gli autori che sottolineano in modo unilaterale uno dei due aspetti del pensiero giuridico romaniano.

È questo certamente il caso di Salvatore D'Albergo, per il quale, fatta salva una generica « scelta di campo, ideologica e politica », che impedirebbe al giurista siciliano di portare alle estreme conclusioni la sua analisi in senso istituzionistico e plurali-

---

([23]) *Ibid.*, pp. 41-43, sul ' pluralismo ' di Santi Romano. Sul ' pluralismo ' in genere, cfr. N. BOBBIO, *Pluralismo*, in *Dizionario di politica*, diretto da N. Bobbio e N. Matteucci, Torino, 1976, pp. 717-723.

([24]) Valga per tutti, in questo senso, l'opinione di N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963/3, pp. 985-1100, il quale mette in luce « quanto sia equivoco il richiamo degli istituzionalisti, che non cessano per questo di essere dei giuristi, alla ' società ', e come oggi vada capovolta la critica che già venne fatta al Romano, e cioè di aver risolto il diritto nella società: si sono piuttosto poste le premesse per giuridicizzare tutta la società, impedendo così che questa venga studiata con più adeguata metodologia » (p. 1029, nota 81); ed ancora afferma: « Resta però ancora da vedere se l'antica battaglia degli istituzionalisti contro lo statualismo non risulti poi, alla prova dei fatti, più apparente che reale, nella misura in cui dall'affermata pluralità degli ordinamenti giuridici si scivola quasi sempre nella più o meno esplicita tesi che vi è un ordinamento più giuridico (o più organizzato) degli altri, che è appunto quello dello Stato » (pp. 1029-1030).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stico ([25]), Santi Romano può essere considerato il giurista italiano che più chiaramente ha inserito nel cuore della elaborazione teorico-giuridica il dato della conflittualità sociale. Questo il giudizio di sintesi di D'Albergo su Santi Romano: « Pertanto Santi Romano poneva in campo nel valutare l'ordinamento giuridico, cioè il diritto e lo Stato, la conflittualità degli interessi sociali organizzati, sicchè nell'istituzione veniva identificata con analisi da giurista l'espressione organizzativa della propensione dei soggetti sociali confliggenti a sviluppare con la lotta la logica della contraddizione » ([26]).

D'Albergo esalta dunque al massimo il 'realismo' di Santi Romano, fino a considerare le dottrine romaniane — sia quella istituzionistica che quella pluralistica — come frutto diretto ed immediato della percezione di una nuova realtà sociale in movimento, alla quale il giurista siciliano cercherebbe di rispondere mediante una radicale revisione degli strumenti della scienza giuridica.

In direzione diametralmente opposta si muove invece lo sforzo interpretativo di Giovanni Tarello ([27]), il quale mostra in effetti di credere assai poco alla consistenza teorica del 'realismo' di Santi Romano.

A suo giudizio, la fondamentale ispirazione dell'opera romaniana è di carattere rigorosamente ideologico. È l'ideologia del « pangiuridicismo » ([28]) che muove Santi Romano alla formula-

---

([25]) S. D'ALBERGO, *Riflessioni sulla storicità degli ordinamenti giuridici*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, XXIV (1974), pp. 451-482, p. 465 per la frase citata nel testo. Dello stesso autore, ancora sulle dottrine romaniane: *Il diritto amministrativo*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 131-146; e, nello stesso volume, *Il potere sociale nella dottrina di S. Romano*, pp. 201-209.

([26]) S. D'ALBERGO, *Il potere sociale*, cit., p. 204.

([27]) Anche esplicito, ed assai netto, il dissenso di Tarello con D'Albergo: cfr. G. TARELLO, *La dottrina dell'ordinamento e la figura pubblica di Santi Romano*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 245-256, p. 254 nota 24, per il punto che ci interessa.

([28]) G. TARELLO, *Prospetto per la voce 'Ordinamento giuridico' di una enciclopedia*, in *Politica del diritto*, VI-I (1975), pp. 73-102, p. 85 per la citazione nel testo. Lo scritto di Tarello costituisce la prima stesura della relazione sul I tema « Ordinamento giuridico », del X Congresso Nazionale della Società italiana di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione delle sue celebri dottrine. Lo scopo del giurista siciliano non sarebbe stato dunque quello di adeguare la teoria giuridica alla mutata realtà sociale e politica. Lungi dall'accettare un simile mutamento di rotta, Santi Romano — in direzione opposta — avrebbe mirato alla conservazione dei fondamentali « assunti della visione sistematica-orizzontale della ottocentesca *allgemeine Rechtslehre*, secondo cui il diritto è sistema coerente di norme univocamente valide » (29). A tale fondamentale scopo sarebbero poi state del tutto funzionali — ed ecco l'aspetto ' ideologico ' e strumentale — le dottrine istituzionistiche e pluralistiche, « quanto mai atte ad occultare conflitti e contraddizioni nella organizzazione sociale complessiva, presentando tali conflitti e contraddizioni come esempi di tipi di relazioni tra ordinamenti » (30).

Come vediamo, quella duplicità di piani — ' teorico ' ed ' ideologico ' —, che Cassese e Bobbio avevano individuato nell'opera di Santi Romano, viene completamente ignorata nelle analisi di D'Albergo e di Tarello (31), i quali mirano a fornirci l'immagine

---

filosofia giuridica e politica, tenutosi a Bari dal 3 al 5 Ottobre 1974: cfr. *Il diritto come ordinamento. Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, Atti del X Congresso Nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica, Bari, 3-5 Ottobre 1974, a c. di R. ORECCHIA, Milano, 1976, pp. 49-80 per la relazione di Tarello. Negli atti del Congresso, è da segnalare anche un breve intervento di R. GUASTINI (pp. 99-103), nel quale, pur muovendo dalla problematica del ' pangiuridicismo ', si riesce ad allargare l'orizzonte interpretativo proposto da Tarello, richiamando l'attenzione sul decisivo nesso Stato-diritto, e dunque collocando Santi Romano nella più complessa vicenda della dottrina giuridica dello Stato in età moderna. Nella seconda parte di questo nostro lavoro, ci muoveremo in una prospettiva simile.

(29) G. TARELLO, *Prospetto per la voce ' Ordinamento giuridico '*, cit., p. 86.

(30) *Ibid.*, p. 85.

(31) Ed infatti Bobbio ha criticato a più riprese le proposte interpretative di Tarello: cfr. *Il diritto come ordinamento*, cit., pp. 91-93 (intervento di Bobbio al congresso), dove Bobbio accusa la « caccia alle ideologie » di Tarello, talmente radicale da giungere alla « dissoluzione di ogni tentativo di costruire una qualsiasi teoria, che è una forma bella e buona di irrazionalismo »; ed anche il saggio già cit. *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, pp. 37-38. Tarello, per parte sua, ritornando sul problema nel saggio ' *Sistema giuridico* ', ' *ordinamento giuridico* ', in S. CASTIGNONE, R. GUASTINI, G. TARELLO, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Lezioni*, Genova, 1978, p. 117, afferma che l'esigenza ideologica contenuta nell'*Ordinamento giuridico* del 1917 « non è già legata al tempo storico della genesi dello scritto romaniano nell'età giolittiana, bensì legata alla crisi dell'età

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di un pensiero giuridico fortemente coerente al proprio interno, rispondente ad un'unica ispirazione fondamentale.

Ed infatti, mentre D'Albergo, sottolineando con forza i caratteri innovativi delle dottrine romaniane, e la loro specularità rispetto ai mutamenti politico-sociali del tempo, dimentica completamente i contenuti della tradizione dottrinale dalla quale lo stesso Romano muoveva, e finisce così per costruire l'improbabile immagine di un giurista che si sbarazza di un colpo, e come per incanto, di tutto il suo bagaglio culturale, per dedicarsi interamente *ex novo* all'analisi della nuova conflittualità sociale, Tarello, per parte sua, insistendo sulla conservazione in Santi Romano delle fondamentali idee motrici della scienza giuridica ottocentesca, è portato a negare alla radice l'esistenza stessa, in tutta l'opera del giurista siciliano, di un versante propriamente 'teorico', cioè di una sostanziale disponibilità, da parte di Santi Romano, a cogliere le inadeguatezze della tradizionale scienza giuridica — pensiamo ancora una volta al dogma della personalità giuridica dello Stato quale unica soggettività di diritto pubblico — rispetto alla mutata realtà sociale e politica.

In definitiva, da una parte, per D'Albergo, un Santi Romano tutto proteso a costruire una 'nuova' teoria giuridica per una 'nuova' società, dall'altra, per Tarello, un Santi Romano disperatamente aggrappato alle vecchie certezze, tutto proteso a salvare il salvabile in una situazione storica minacciosa ed incerta; nel primo caso, un giurista che guarda avanti, che sostanzialmente accetta i dati fondamentali della crisi, e cerca di razionalizzarli, nel secondo, un giurista che rifiuta la dimensione stessa della crisi, e cerca di esorcizzarla, descrivendo la crescente conflittualità sociale secondo lo schema della 'relazione' tra ordinamenti giuridici.

Tali interpretazioni del pensiero giuridico di Santi Romano, orientate in modo così unilaterale, e che pretendono di aver già risolto, con un'unica chiave di lettura, il complesso problema

---

liberale e dello statalismo giuridico, e al tentativo di non privarsi di alcuni concetti elaborati nella speculazione di quella società storica »: è evidente il riferimento critico all'interpretazione di Sabino Cassese, della quale già abbiamo discusso: cfr. *supra*, note 13-21.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della ' storicità ' delle dottrine romaniane, appaiono tutto sommato marginali in un recente volume di Maximilian Fuchs, che ripropone invece un'analisi del significato storico dell'opera di Santi Romano di tipo più complesso ed equilibrato.

Dopo aver esaminato il contesto politico e sociale, nel quale Santi Romano si muove (32), e dopo aver brevemente esaminato i contributi negli ultimi anni dedicati al giurista siciliano (33), lo stesso Fuchs affronta decisamente il problema, che anch'egli considera centrale, della ' storicità ' dell'opera romaniana, e conclude questa parte del suo volume definendo « la teoria di Romano della pluralità degli ordinamenti giuridici come una teoria giuridica dei conflitti sociali » (34): intendendo con ciò rimarcare, non tanto la volontà di ' giuridicizzare ' la società occultando le sue contraddizioni, quanto la carica profondamente antiformalistica di una metodologia giuridica che proponeva di assumere a diretto oggetto d'indagine gli stessi conflitti sociali.

Tuttavia, anche Fuchs non può fare a meno di mettere in evidenza anche gli aspetti contraddittori presenti nella teoria giuridica romaniana. Così, in conclusione al volume, leggiamo che Santi Romano « crede alla utilità sociale dei singoli gruppi ed organizzazioni. Ma contemporaneamente conserva come dato irrinunziabile la sovranità illimitata dello Stato. Niente descrive meglio questa contraddittoria duplicità della seguente frase di Bobbio: ' egli è teoricamente un pluralista, ma ideologicamente un monista ' » (35).

---

(32) M. FUCHS, *Die allgemeine Rechtstheorie Santi Romanos*, Berlin, 1979, pp. 17-36; è però assai discutibile la scelta d'isolare la trattazione della storia politica e sociale del tempo, che andrebbe invece analizzata in stretta connessione con il pensiero giuridico di Santi Romano. È bene precisare che la monografia di Fuchs era stata preceduta in Germania da un crescente interesse per l'opera di Santi Romano, sfociato in un'ottima traduzione dell'*Ordinamento giuridico*: SANTI ROMANO, *Die Rechtsordnung*, hrs. von R. SCHNUR, Berlin, 1975. La medesima monografia è stata tradotta anche in francese, nel medesimo anno: SANTI ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. franc. de la 2e éd. de l'*Ordinamento giuridico*, intr. de Ph. FRANCESCAKIS. Il saggio di Romano era già stato tradotto in spagnolo nel 1963: SANTI ROMANO, *El Ordinamiento juridico*, con intr. di S. MARTIN-RETORTILLO, Madrid, 1963.

(33) *Ibid.*, pp. 83-91.

(34) *Ibid.*, p. 108.

(35) *Ibid.*, pp. 151-152.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ed anche per quanto riguarda la valutazione dei contenuti ideologici delle dottrine romaniane, lo stesso Fuchs sembra fermarsi alla rilevazione di una sostanziale ambiguità. Infatti, dopo aver dedicato alcune pagine alla individuazione di tutta una serie di pericoli insiti nelle elaborazioni teoriche di Santi Romano, troppo poco attente al dato individuale, e dunque a suo giudizio suscettibili per certi versi di evoluzioni in senso totalitario, aggiunge subito che non è possibile comunque « negare la componente liberale dell'opera di Santi Romano », e che definire complessivamente la teoria giuridica romaniana in senso « autoritario » appare « allo stato attuale della ricerca estremamente problematico » ([36]).

Torniamo così, in un certo senso, al punto di partenza. In effetti, il volume di Fuchs mostra assai bene come questa nuova fase della ricerca su Santi Romano abbia finora solamente posto dei problemi — e principalmente quello, rilevantissimo, della 'storicità' dell'opera del giurista siciliano —, ma non ne abbia risolto alcuno. Il merito principale del saggio di Fuchs consiste infatti prevalentemente nell'aver sintetizzato tutto il precedente dibattito con notevole senso di equilibrio, e nell'aver per ciò stesso lasciata aperta la possibilità di un serio approfondimento storiografico del pensiero giuridico romaniano che a nostro avviso è ancora tutto da fare, e che non può certo essere eluso imboccando artificiose scorciatoie.

L'immagine di un Santi Romano giurista 'nuovo', perfettamente inserito in una 'nuova' società (D'Albergo), o quella del giurista siciliano come lucido e pervicace 'occultatore' dei conflitti sociali in nome di un'ideale di coerenza normativa da salvare a tutti i costi (Tarello), possono pure risultare assai seducenti, ma lo sono proprio perchè semplificano in modo arbitrario il complesso problema storiografico che abbiamo di fronte: quello dell'incontro-scontro tra la globalità delle convinzioni dottrinali ed ideo-

([36]) *Ibid.*, p. 155. Aveva definito la teoria giuridica romaniana « una teoria sostanzialmente autoritaria » G. REBUFFA, *Letture di Santi Romano*, in *Politica del diritto*, IX (1978), p. 781. Non ci sembra tuttavia che Rebuffa esprima una meditata opinione autonoma; il suo scopo di recensore degli Atti del convegno milanese del 1975 è piuttosto quello di confermare e sostenere la posizione — a noi già nota — di Tarello, il quale peraltro non aveva esplicitamente parlato di contenuto 'autoritario' delle dottrine di Santi Romano.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

logiche delle quali Santi Romano era portatore, ed una realà sociale e politica che presentava effettivi elementi di novità.

Fuchs, per parte sua, sembra aver resistito assai bene alla tentazione di sovrapporre all'analisi dell'opera romaniana delle chiavi di lettura precostituite — come quelle sopra indicate —, e solo in apparenza chiarificatrici. E tuttavia, non ci sembra che egli sia riuscito a compiere decisivi passi in avanti nella individuazione di quell'intricato rapporto tra dogmatica giuridica e comprensione della realtà politico-sociale, che indubbiamente costituisce l'asse portante, sul quale si sviluppa tutta la teoria romaniana ([37]).

Il fatto è che il cammino da percorrere è ancora lungo, e non può non passare per una minuta ricostruzione della vicenda intellettuale della quale Santi Romano è stato protagonista.

Naturalmente, una ricerca di questo genere necessita anche di alcune linee direttrici, che corrispondano poi ad altrettante domande-base, alle quali è necessario rispondere per procedere innanzi nella conoscenza storiografica del pensiero giuridico romaniano. Proviamo qui dunque a suggerire, in tal senso, alcune ipotesi di ricerca.

In primo luogo, il problema della *cultura giuridica* di Santi Romano, e della sua *formazione* in età giovanile. A questo livello, possediamo solo delle indicazioni di massima, quasi delle formule schematiche. È possibile così parlare genericamente del dogma della personalità giuridica dello Stato, e di quello della sovranità statuale, oppure della ideologia della necessaria coerenza e completezza dell'ordinamento giuridico, e magari riferire tutto questo complesso di convinzioni alla cultura giuridica tedesca di più rigida formazione pandettistica, ma non si va al di là di mere enunciazioni; e, d'altra parte, raramente gli studiosi che negli ultimi anni si sono occupati di Santi Romano hanno mostrato interesse ad approfondire questi aspetti della ricerca.

La lacuna sembra poi ora trovare una giustificazione nell'abitudine, ormai diffusa, a prendere le mosse, nella ricostruzione del

---

([37]) La parte del volume di Fuchs più feconda di originali risultati apprezzabili sul piano storiografico è quella dedicata alle ' Fonti dell'opera di Santi Romano ' (pp. 111-130): torneremo più avanti su questo punto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pensiero giuridico romaniano, dalla prolusione pisana del 1909 sullo *Stato moderno e la sua crisi* (38), dalla quale si fa avviare l'itinerario teorico che condurrà Santi Romano alla formulazione della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici (39): in tal modo si finisce appunto per trascurare l'età della *formazione culturale* del giurista siciliano, dimenticando del tutto gli scritti anteriori al 1909.

Certo, probabilmente ha ragione Cassese, quando afferma (40) che tra i primi germi di una concezione istituzionistica del diritto, certamente contenuti nei saggi di Santi Romano compresi tra il 1897 ed il 1909 (41), e la compiuta affermazione della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, a suo avviso maturatasi tra il 1909 ed il 1917, vi è come un salto, che è spiegabile solo con la percezione, da parte dello stesso Romano, di una realtà politico-sociale nuova, ma è legittimo — noi domandiamo —, sulla base di questa sola constatazione, escludere *in toto* dalla ricostruzione storiografica del pensiero giuridico di Santi Romano qualsiasi riferimento ai saggi giovanili?

---

(38) SANTI ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-1910, Pisa, 1910, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, raccolta di saggi di diritto costituzionale dello stesso Autore, Milano, 1969, pp. 5-26.

(39) È l'itinerario descritto da S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione*, cit., *passim*.

(40) *Ibid.*, p. 256.

(41) La data iniziale del 1897 è riferita al saggio di SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V. E. Orlando, vol. I, Milano, 1897, pp. III-220. Questo saggio può essere considerato come il primo vero frutto della riflessione del giovane Romano: in esso si trasfonde anche lo scritto dell'anno precedente, *Nozione e classificazione dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Archivio di diritto pubblico*, VI (1896), pp. 420-465. Quanto poi al breve intervento del 1894, *Del concetto di istituzione di pubblica beneficenza. A proposito delle società di patronato pei liberati dal carcere*, in *Archivio di diritto pubblico*, IV (1894), pp. 297-304, sembra arduo rintracciarvi, seppur « vagamente », addirittura « i primi germi concettuali » delle dottrine romaniane: ha espresso questa convinzione A. TARANTINO, *La necessità come fondamento della dottrina romaniana*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, cit., p. 240; poi ripresa nella monografia dello stesso autore, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Milano, 1976, pp. 81-83.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ammettiamo pure, con Bobbio ([42]), che nell'opera del giurista siciliano siano contenute due teorie ben distinte, quella del diritto come istituzione, e quella della pluralità degli ordinamenti giuridici, e che la seconda sia essenziale assai più della prima per la comprensione della globalità della dottrina romaniana; ed ammettiamo anche che Santi Romano muova decisamente verso la formulazione delle sue teorie pluralistiche solo a partire dal 1909. Ma non è proprio sulla base di tali convinzioni che prende rilievo il problema della prima formazione culturale di Santi Romano, cioè la conoscenza di quanto egli ha pensato e scritto prima della prolusione pisana? Non tanto al fine di ' retrodatare ' la nascita dell'istituzionalismo — operazione che non ci interessa, e che riteniamo tutto sommato inconcludente —, quanto con il preciso scopo di scoprire per quali vie, e sulla base di quali materiali teorici, Romano sia giunto a confrontarsi con la ' crisi ' dello Stato moderno.

In definitiva, se è possibile interpretare la seconda parte dell'*Ordinamento giuridico* del 1917 alla luce della prolusione pisana del 1909, e dunque della rilevata ' crisi ' dello Stato moderno, sarà

([42]) N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, cit., pp. 25-30. L'atteggiamento svalutativo, da parte di Bobbio, della teoria istituzionale del diritto di Santi Romano — in contrapposizione con la grande rilevanza da lui attribuita alla teoria pluralistica — ha le sue radici in problemi di teoria generale del diritto. Secondo Bobbio, infatti, Romano ha cercato di approfondire il concetto d'istituzione con quello di ' organizzazione ', in effetti assai vago ed indeterminato, solo perchè non possedeva la nozione di « sistema normativo complesso », non era cioè in possesso degli strumenti teorici idonei ad individuare, accanto alle norme di condotta, il concetto stesso « delle norme di secondo grado »: N. BOBBIO, *Norme primarie e secondarie*, in *Rivista di filosofia*, LIX (1968), ora in *Studi per una teoria generale del diritto*, raccolta di saggi dello stesso Autore, Torino, 1970, pp. 196-197, per le frasi citate. Più recentemente, si è però osservato che lo stesso Romano finiva per ammettere l'esistenza di una norma « non prescrittiva, ma costitutiva », avente la funzione di « unificare ed oggettivare l'istituzione »; e che nel giurista siciliano si realizzava così « quella convergenza fra normativismo ed istituzionalismo che può compiersi sotto il segno della costitutività »: G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, Milano, 1974, pp. 115-116. D'altra parte, Tarello ha rilevato una più complessiva tendenza della scienza giuridica italiana a svincolare « la nozione di ordinamento e l'ipotesi pluralistica dalla sospetta ipoteca istituzionistica »: G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Milano, 1967, p. 93.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pur possibile — noi diciamo necessario — studiare come Romano giunga a questa nozione di ' crisi ': insomma interpretare in modo più approfondito la stessa prolusione del 1909, sulla base di una più adeguata conoscenza della cultura giuridica del suo autore.

Si tratta di una conoscenza che può essere conseguita solo mediante un'analisi più serrata e ravvicinata delle *fonti* di Santi Romano.

Vedremo, nelle pagine che seguiranno, con quale, e quanto, vigore teorico, il giurista siciliano si sia confrontato, negli anni compresi tra il 1897 ed il 1909, con la dogmatica giuspubblicistica tedesca, ed in particolare con l'opera di Georg Jellinek, e come egli, già in questi anni, sia pervenuto alla scoperta di una dimensione ' sociale ' del diritto (43).

Ma il problema delle fonti dell'opera romaniana è sicuramente più vasto. Sarebbe ad esempio necessaria una trattazione a parte per il complesso rapporto intercorso tra Santi Romano e Vittorio Emanuele Orlando (44), soprattutto al fine di accertare quanto i noti caratteri ' realistici ' e ' storicistici ' del pensiero giuridico di Orlando (45) abbiano influito sulla formazione della dottrina istituzionalistica di Romano. Anche tenendo conto del fatto che il ' realismo ' e lo ' storicismo ' di Orlando non andarono in lui mai disgiunti dalla parallela istanza del rigore metodologico, né mai misero in crisi il dogma della personalità giuridica dello Stato, costituendo anzi, assieme a tali elementi, un unico patrimonio culturale e tecnico-giuridico (46), che lo stesso Orlando probabilmente volle trasmettere a Santi Romano nella sua interezza.

---

(43) Rinviamo alla seconda parte di questo lavoro.

(44) Del tutto insufficienti gli accenni in questa direzione in M. FUCHS, *Die allgemeine Rechtstheorie Santi Romanos*, cit., pp. 111-113; ed in A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Milano, 1976, pp. 83-89, e 115-125.

(45) Vi abbiamo già accennato: cfr. *supra* nota 9.

(46) Naturalmente, la sostanziale unitarietà di tale patrimonio non impedì ad Orlando la ricerca di soluzioni differenziate, commisurate ai diversi momenti storici, privilegiando in maggiore misura, ora l'istanza ' realistica ', ora quella ' formalistica ': per questi complessi movimenti interni al pensiero giuridico orlandiano, sia consentito di rinviare ancora al nostro saggio *La vicenda intellettuale del ' giovane ' Orlando* (1881-1897), Firenze, 1979, *passim*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Inoltre, è legittimo supporre che il Maestro abbia suggerito all'allievo una visione complessa della giuspubblicistica tedesca, tutt'altro che limitata ai più noti dogmatici del diritto pubblico, come Laband e Jellinek; e che abbia determinato in lui l'esigenza di risalire alle radici del cosiddetto ' metodo giuridico ', di valutare appieno la rilevanza degli insegnamenti della Scuola Storica nella sua battaglia contro le ' astrazioni ' politico-filosofiche della Rivoluzione, e contro il connesso costituzionalismo ' dottrinario ' (47).

Su questa linea, che attiene — come vediamo — ai filoni fondamentali della cultura giuridica tedesca dell'Ottocento, e non solo alla scienza di diritto pubblico di più rigorosa formazione pandettistica, si è parlato anche di un influsso diretto di Gierke su Santi Romano, anzi di una vera e propria derivazione della teoria giuridica romaniana dalla *Genossenschaftstheorie* di Otto von Gierke (48).

Si tratta senza dubbio di indicazioni assai preziose, sulle quali è opportuno meditare ulteriormente, ma con una sostanziale riserva: che non si voglia fare della teoria delle corporazioni di Gierke la chiave di lettura complessiva della dottrina romaniana, accostando forzatamente le linee fondamentali di tale dottrina ad

---

(47) Che Orlando abbia svolto una funzione di mediazione tra gli insegnamenti della Scuola Storica e l'istituzionalismo romaniano, è cosa intuita anche da M Fuchs e A. Tarantino, ai luoghi citati *supra*, alla nota 44.

(48) Ha sostenuto questo punto di vista, soprattutto M. Fuchs, *Die allgemeine Rechtstheorie*, cit., pp. 117-131, riprendendo anche un accenno in questa direzione di A. Tarantino, *La teoria della necessità*, cit., pp. 59-62. Lo stesso Tarantino è ritornato sul tema nell'articolo *Brevi riflessioni sui precedenti dottrinali dell'istituzionalismo di Santi Romano*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LIV (1977), pp. 682-704, nei seguenti termini: « Si direbbe che fra la dottrina del Romano e quella del Gierke non esista solo una possibilità di accostamento, determinata da alcune analogie, ma un vero e proprio rapporto di derivazione, nel senso che il Romano si considerava come colui che ha esteso e completato la teoria del von Gierke » (pp. 688-689). Non ci sembra, tuttavia, che Tarantino abbia sviluppato in modo organico questo suo tentativo d'individuare nella *Genossenschaftstheorie* di Gierke la fonte immediata e più rilevante dell'opera romaniana. Si è invece posto decisamente su questa strada Maximilian Fuchs, in un saggio specificamente dedicato al problema: M. Fuchs, *La ' Genossenschaftstheorie ' di Otto von Gierke come fonte primaria della teoria generale del diritto di Santi Romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IX (1979), pp. 65-80.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

altrettante ' corrispondenti ' caratteristiche dell'opera del giurista tedesco (49).

L'opera di Gierke è piuttosto *uno* dei materiali teorici dei quali Romano si servì per affrontare il problema fondamentale della ' crisi ' dello Stato moderno (50). Qui sta il punto cruciale nell'analisi delle fonti di Santi Romano: ciò che dobbiamo perseguire non è certo la rilevazione di pure e semplici concordanze dottrinali, ma l'individuazione di un patrimonio teorico, del quale il giurista siciliano globalmente intese servirsi nel definire i contorni fondamentali della dimensione della ' crisi '.

Noi crediamo che tale patrimonio sia stato concepito dallo stesso Romano come un tutt'uno, come un complesso culturale unitario, nel quale confluivano vari elementi: una certa valutazione della storia costituzionale europea in età moderna, in virtù della quale si privilegiava il ' modello ' inglese su quello francese, l'ideale di un sviluppo ' organico ' e ' graduale ' delle istituzioni in contrapposizione alle ' brusche ' accelerazioni della storia; l'idea — di evidente ispirazione savignyana — di una limitata capacità d'intervento da parte del legislatore di fronte alla tradizionale compattezza storica del corpo sociale, indipendentemente dalla sua articolazione in una serie di comunità minori; infine, una profonda e radicata convinzione, secondo la quale la storia contemporanea procedeva globalmente verso la soluzione dello ' Stato giuridico ', verso la realizzazione di un organico ed equilibrato sistema di rapporti giuridici tra Stato-persona e soggetti sociali e politici, comunque definibili come soggetti giuridici.

Procedere avanti nell'analisi della cultura giuridica di Santi Romano significa appunto risalire alle matrici prime di ciascuno di questi elementi — la Scuola Storica, la filosofia politico-giuridica di stampo organicistico, l'ideale dello ' Stato giuridico ' trasfuso nella dogmatica giuspubblicistica —, per tentare poi una loro ricomposizione in una complessiva ' filosofia giuridica ' della ' crisi '.

---

(49) Verso questa tendenza sembra inclinarsi il discorso di M. FUCHS, *La ' Genossenschaftstheorie ' di Otto von Gierke*, cit., *passim*.

(50) Accenna a questo possibile parallelismo Gierke-Romano nella risposta alla ' crisi ' dello Stato moderno, ma molto brevemente, lo stesso M. FUCHS, *Ibid.*, pp. 78-80.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Preziose indicazioni in tal senso — tutte da approfondire — ci sono ora fornite da Roberto Ruffilli, nel suo intervento dedicato a *Santi Romano e l'analisi liberal-riformista della 'crisi dello Stato' nell'età giolittiana* ([51]).

Il merito principale di Ruffilli è quello di aver indirizzato l'indagine sulla 'storicità' delle dottrine romaniane fuori dalla paralizzante alternativa tra integrale 'accettazione' e radicale 'rifiuto' della 'crisi' ([52]).

In realtà, secondo Ruffilli — e concordiamo in pieno —, Santi Romano prese indubbiamente coscienza della irreversibilità delle trasformazioni in atto nelle istituzioni e nelle strutture fondamentali della società. Concepì però tali trasformazioni come puri e semplici fattori di 'accelerazione' dei tradizionali modelli di sviluppo ottocenteschi, e, sulla base di una radicata fiducia nella capacità dello 'Stato giuridico' di assorbire ed organizzare gli interessi sociali nuovi, ritenne possibile una evoluzione storica unilineare, un 'progresso pacifico' capace di evitare le soluzioni 'estreme', sia quelle collegate ad un'ipotesi di potenziamento dell'autorità dello Stato-forza, sia quelle connesse ad un progressivo dispiegamento degli istituti della democrazia diretta ([53]).

([51]) R. RUFFILLI, *Santi Romano e l'analisi liberal-riformista della 'crisi dello Stato' nell'età giolittiana*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 223-238; intervento poi ripreso nell'altro saggio del medesimo autore, *Santi Romano e la 'crisi dello Stato' agli inizi dell'età contemporanea*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, XXVII (1977), pp. 311-325. Tra i contributi provenienti da parte degli storici delle istituzioni e delle dottrine politiche, accanto ai saggi di Ruffilli, possono qui essere ricordate solo le coincise, ma penetranti, osservazioni di S. LANARO, *Nazione e lavoro. Saggio sulla cultura borghese in Italia 1870-1925*, Venezia, 1979, pp. 234-236.

([52]) Per tali soluzioni 'estreme', ci riferiamo alle interpretazioni, rispettivamente, di Salvatore D'Albergo e Giovanni Tarello, già discusse *supra*.

([53]) R. RUFFILLI, *Santi Romano e l'analisi liberal-riformista*, cit., *passim*, ma spec. p. 226 e pp. 232-233. Significativo il fatto che in questo contesto si torni a sottolineare l'influsso su Romano delle «ipotesi di Savigny e di Gierke, circa l'ineluttabilità, sotto la spinta delle storie nazionali e del 'progresso', di una evoluzione degli ordinamenti sociali e politici di stampo razional-individualistico, usciti dalla rivoluzione francese, verso la società 'organica', verso la 'compenetrazione' di questa con lo Stato della 'missione nazionale di civiltà'» (*Ibid.*, p. 227).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Come vediamo, lo studio dell'opera di Santi Romano finisce inevitabilmente per intrecciarsi con problemi storiografici di ordine più generale, come quello della ' crisi dello Stato ' agli inizi del Novecento. Nella più piena consapevolezza di tale necessaria connessione, lo storico del pensiero giuridico moderno deve essenzialmente proporsi il compito di rintracciare, e riportare alla luce, proprio i caratteri fondamentali di quella lettura ' giuridica ' della ' crisi ', della quale lo stesso Romano si fece lucido e consapevole interprete.

Non è un compito — com'è ben intuibile — che possa essere assunto nel contesto di queste brevi note, più che altro dedicate ad un sommario esame delle più recenti ricerche, ed alla semplice indicazione di nuove prospettive d'indagine.

Tuttavia, nel quadro delle più ampie tematiche delle fonti e della formazione culturale di Santi Romano, sembra opportuno concludere tentando un primo approccio agli scritti romaniani compresi tra la monografia sui diritti pubblici subbiettivi del 1897 e la più volte ricordata prolusione del 1909.

È questa una stagione particolarmente intensa e fertile per la produzione scientifica del giurista siciliano, sia nel campo del diritto costituzionale, che in quello del diritto amministrativo (54);

---

(54) Lo stesso Maestro di Romano, Vittorio Emanuele Orlando, ebbe a dire che a suo giudizio la teoria dell'ordinamento aveva avuto una lunghissima maturazione nel pensiero dell'allievo, e che le origini di tale teoria potevano essere individuate nell'età nella quale lo stesso Romano si formò « un indipendente pensiero scientifico ... il che dovette avvenire fra il 1895 e il 1900 »: V. E. ORLANDO, *Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico*, in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Modena*, 1948, n. 74, anche in V. E. ORLANDO, *Scritti giuridici varii* (1941-1952), Milano, 1955, pp. 479-504, p. 493 per la frase citata. Il saggio orlandiano del 1948 giunge alla conclusione di una serie di valutazioni, anche contraddittorie ed oscillanti, che Orlando fornì dell'opera di Santi Romano. Sarebbe qui troppo lungo anche solo riassumere questa tormentata vicenda intellettuale. I giudizi più espliciti di Orlando sulle dottrine romaniane sono contenuti nei seguenti saggi: *Lo Stato sindacale nella letteratura giuridica contemporanea*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1924, ora in *Diritto pubblico generale. Scritti varii coordinati in sistema* (1881-1940) (raccolta di scritti dello stesso Orlando), Milano, 1940, rist. Milano 1954, pp. 319-333; *Stato e diritto* (*Ordinamento giuridico - Regola di diritto - Istituzione*), in *Rivista di diritto pubblico*, 1926, ora in *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 223-273: significativo, in questo saggio, il tentativo di Orlando d'interpretare l'istituzionalismo di Santi Romano in chiave di ' ritorno '

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ed è per giunta una stagione di solito trascurata — per precisi motivi dei quali sopra abbiamo discusso — dalla più recente letteratura.

Infatti, accanto alle sempre preziose osservazioni di Biscaretti di Ruffia ([55]), disponiamo oggi su questo piano solamente dei contributi di Fulvio Tessitore e di Antonio Tarantino, che mirano però esclusivamente — per vie diverse — a dimostrare come i primi germi della teoria degli ordinamenti giuridici fossero presenti già negli scritti giovanili del giurista siciliano: insomma presuppon-

---

alle tesi della Scuola Storica: abbiamo valutato questo atteggiamento di Orlando nel nostro lavoro *La vicenda intellettuale del 'giovane' Orlando*, cit., pp. 139-141; ed ancora di Orlando: *Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1939, ora in *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 39-65; e soprattutto il saggio *Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale*, posto ad introduzione di G. JELLINEK - V. E. ORLANDO, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, 1949 (traduzione della seconda parte della *Allgemeine Staatslehre* di Jellinek), nel quale Romano viene inserito in pieno nello sforzo di giuridicizzazione dello Stato intrapreso da Gerber, proseguito da Jellinek e dallo stesso Orlando, e poi in un certo senso concluso proprio da Romano, il quale — a giudizio di Orlando — seppe trattare in termini 'puramente' giuridici il complesso problema della formazione dello Stato e del diritto: l'*Ordinamento giuridico* del 1917 può essere così considerato «un trattato di Diritto pubblico generale» (p. XLVII). Per la concezione orlandiana dei compiti del 'Diritto pubblico generale', cfr. V. E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale e diritto pubblico positivo*, prolusione letta all'Università di Roma avviando il corso di Diritto pubblico interno nel 1901, poi posta ad introduzione — con lievi modifiche ed aggiunte — della traduzione italiana della *Dottrina generale dello Stato* di Georg Jellinek, Milano, 1921, infine in *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 101-120.

([55]) P. BISCARETTI DI RUFFÌA, *Santi Romano e la sua opera scientifica*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1948, pp. 123-132; e, dello stesso autore, *L'opera scientifica di Santi Romano*, in *Amministrare*, I (1975), pp. 13-21 (il saggio riproduce, in forma sintetica, il discorso tenuto dallo stesso Biscaretti di Ruffìa nella solenne commemorazione di Santi Romano, tenuta in Roma, l'11 aprile 1975, a cura dell'Istituto internazionale di studi giuridici); ed infine *Il diritto costituzionale*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 85-110. Nella stessa commemorazione sopra ricordata, si sono avuti anche interventi, tra gli altri, di Massimo Severo Giannini (a tutt'oggi non pubblicato), e di Vezio Crisafulli; quest'ultimo ha sottolineato, come lo stesso Biscaretti di Ruffìa, la rilevanza degli scritti costituzionali romaniani dell'età giovanile: V. CRISAFULLI, *Ricordo di Santi Romano*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, pp. 3248-3256.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gono l'*Ordinamento giuridico* del 1917, e ripercorrono a ritroso l'opera romaniana (56).

La nostra prospettiva è certamente diversa. A noi interessano principalmente le *costruzioni dogmatiche* di Santi Romano, perchè siamo convinti che egli giunge alla sostanziale ammissione di una realtà giuridica extrastatuale solo quando intuisce che tale realtà può costituire una *componente* del sistema di diritto pubblico, essenziale per la soluzione di una serie di antinomie non componibili nei tradizionali confini della dogmatica giuspubblicistica.

Siamo cioè convinti che quando Romano giunge alla prolusione del 1909, egli abbia già sperimentato la dimensione della ' crisi ' dello Stato moderno, che per un giurista di diritto pubblico quale egli era significava essenzialmente assoluta impossibilità di risolvere i problemi dell'assetto pubblicistico sulla base dei soli punti di riferimento della personalità giuridica dello Stato e del cittadino-individuo.

Di più: crediamo che, tra il 1897 ed il 1909, Romano avesse già ideato le linee fondamentali di un nuovo sistema di diritto pubblico: nuovo perchè pensato nella sua intima capacità — sconosciuta alla tradizionale dogmatica giuspubblicistica di più rigida formazione pandettistica — di assorbire nell'àmbito dello ' Stato giuridico ' gran parte della realtà sociale in movimento.

Se così fosse, non sarebbe più possibile individuare nella ' crisi ' dello Stato moderno, esplicitamente rilevata nella prolusione del 1909, una sorta di ' fatto nuovo ' del quale si è costretti comunque a tener conto, ma la vera e propria coerente attuazione nella ' sto-

---

(56) Gli scritti di Tarantino ai quali ci riferiamo sono già noti: cfr. *supra*, note 41, 44, 48; per quanto riguarda Tessitore, cfr. F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Napoli, 1963, pp. 184 e ss., per l'analisi degli scritti giovanili romaniani, a partire dalla nota monografia del 1897 sui diritti pubblici soggettivi. Di alcuni scritti minori di Santi Romano, si occupa anche G. FALCON, *Gli ' scritti minori ' di Santi Romano*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, XXVI (1976), pp. 661-674, ma con esclusivo riferimento a contributi successivi al 1907. Rilevante comunque lo sforzo di Falcon teso a chiarire — seppure in modo molto sommario — il significato fondamentale di determinate nozioni-base continuamente adoperate da Santi Romano: ad esempio quelle di ' storia ', e di ' progresso ' (cfr. spec. pp. 666-668).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ria' di un modello politico-giuridico già elaborato in precedenza. In questa direzione procederemo nelle prossime pagine.

III. Al centro del periodo compreso tra il 1897 ed il 1909, si pone, nell'àmbito della produzione scientifica di Santi Romano, la prolusione modenese del 1903 dedicata a *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche* (57).

E non si tratta solo — come subito vedremo — di una mera centralità cronologica. La prolusione del 1903 è centrale nel periodo che qui prendiamo in considerazione anche e soprattutto sotto il profilo tematico e metodologico: si può anzi sostenere che in essa sia racchiusa la chiave di lettura di tutta l'opera romaniana di questi anni, sia precedenti che successivi al 1903.

Vi troviamo, in primo luogo, la celebre immagine del diritto costituzionale come tronco principale, dal quale si dipartono i singoli rami di tutte le altre discipline giuridiche, non solo di quelle con un più chiaro fondamento costituzionale, come il diritto amministrativo, il diritto internazionale, o il diritto penale, ma anche, per certi versi, delle stesse discipline privatistiche, alle quali Santi Romano intende sottrarre il monopolio della « teoria generale del diritto obbiettivo », a suo avviso più correttamente sviluppabile « da un punto di vista pubblicistico » (58).

Ma, al di là dell'efficace immagine adoperata dal giurista siciliano, è per noi ancora più interessante capire quali funzioni specifiche Romano attribuisca allo stesso diritto costituzionale. Egli lo definisce il « sistema dei principii generali di diritto pubblico » (59), e — come vedremo più avanti — indica come compito principale del costituzionalista quello della costruzione dogmatica (60).

---

(57) SANTI ROMANO, *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche*, prolusione al corso di diritto costituzionale nella Università di Modena, anno accademico 1902-1903, pubbl. in *Archivio del diritto pubblico*, Roma, 1903, ora in SANTI ROMANO, *Scritti minori*, raccolti e pubblicati a cura di Guido Zanobini, volume primo, *Diritto costituzionale*, Milano, 1955, pp. 201-212.

(58) SANTI ROMANO, *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche*, cit., p. 210.

(59) *Ibid.*, p. 207.

(60) Significativa, a questo proposito, l'analogia romaniana tra il lavoro dogmatico del costituzionalista, e quello del privatista, qui colto nel momento nel

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In realtà, secondo Romano, il diritto costituzionale è la disciplina giuridica che ha lo scopo di risolvere i problemi-base di tutto l'ordinamento giuridico. Ad essa compete « l'elaborazione dei principii più astratti, la delineazione degli istituti più fondamentali, la costruzione delle teorie più delicate. E, per conseguenza, nel costituzionalista, certo non meno, forse più che in qualsiasi altro giurista, è da richiedersi la conoscenza di quei mezzi tecnici, senza i quali, nel campo della nostra disciplina, non c'è né può esservi salvezza » (61).

Dunque, non una sorta di ' filosofia generale ' dell'ordinamento giuridico, e neppure una ' dottrina generale dello Stato ', verso la quale, proprio per le sue inclinazioni politico-filosofiche, Romano nutrì sempre una simpatia assai limitata (62), ma piuttosto la sede teorica nella quale è portato a compimento quello che in conclusione della stessa prolusione del 1903 è chiamato « il compito dom-

---

quale elabora le teorie fondamentali della propria scienza, come quella del « negozio giuridico » (*Ibid.*, p. 208).

(61) *Ibid.*, pp. 211-212.

(62) Questa avversione di Santi Romano per la ' dottrina generale dello Stato ', e comunque per i tentativi di ricostruzione integrale della realtà statuale, con la conseguente difficoltà — che evidentemente a Romano sembrava assai pregiudizievole — di distinguere la ' componente ' giuridica da quelle ' filosofiche ', o ' sociologiche ', è testimoniata in più punti dell'opera del giurista siciliano. Richiama l'attenzione su un passo, orientato in tal senso, dei *Principii di diritto costituzionale generale* (Milano, 1947², p. 14), il Mortati: cfr. C. MORTATI, *Diritto costituzionale* (*nozione e caratteri*), in *Enciclopedia del diritto*, XXII (1964), p. 953. A questo brano del 1947, ne possono essere aggiunti altri tratti da saggi giovanili, nei quali Romano ribadisce la sua scarsa simpatia per la ' dottrina generale dello Stato ', che in sostanza egli considerava disciplina non giuridica, essenzialmente distinta dal ' diritto costituzionale generale ', o anche dal ' diritto pubblico generale ', discipline che si elevavano di molto dalla semplice analisi esegetica della normativa esistente, ma che non per questo rinunziavano alla applicazione di un metodo puramente ' giuridico ', costituendo anzi il campo privilegiato di esplicazione delle attività di costruzione dogmatica. In tal senso, cfr. SANTI ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Archivio giuridico Serafini*, LXVIII (1901), ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pp. 29-30; ed anche la recensione ai *Principii fondamentali di scienza dell'amministrazione* di Enrico Presutti, in *Archivio giuridico Serafini*, vol. XI, nuova serie, (1903), p. 363.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

matico » (63), cioè la disciplina che affronta e risolve, in modo puramente tecnico-giuridico, tutti i problemi basilari, relativi all'esistenza stessa dello Stato e della globalità dell'ordinamento giuridico.

Proprio sotto questo profilo, come dicevamo in apertura, la prolusione modenese costituisce la vera e propria chiave di lettura di tutta la produzione scientifica di Santi Romano, per lo meno di quella compresa tra il 1897 ed il 1909, gli anni che qui interessano. Essa costituisce nello stesso tempo un programma per la futura attività teorica, ma anche un nitido bilancio della riflessione già svolta: vi è chiaramente indicata, non solo la direzione nella quale il nostro giurista intendeva muoversi, ma anche la prospettiva complessiva, che aveva orientato Romano negli anni precedenti, quando aveva affrontato — come in seguito vedremo — gli impegnativi temi dei diritti pubblici soggettivi, degli organi dello Stato, dei limiti della funzione legislativa, della instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale. Risulterà allora chiaro come il giurista siciliano, occupandosi di simili problemi, si sia complessivamente misurato in questi anni con la possibilità stessa di costruire, per via dogmatica e tecnico-giuridica, un sistema coerente e completo di diritto pubblico.

Tale prima conclusione ci consente d'isolare i saggi di *diritto costituzionale* — così intesi nel senso della proluzione del 1903 —, e di studiarli nella prospettiva sopra indicata, seguendo il nostro giurista nei suoi tortuosi itinerari dogmatici, nel suo tentativo di pervenire ad un'organica e completa definizione ' giuridica ' della dinamica pubblicistica (64).

---

(63) SANTI ROMANO, *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche*, cit., p. 212.

(64) Parliamo della necessità di ' isolare ' i saggi di diritto costituzionale, sotto il profilo indicato nel testo, ed in modo del tutto conseguente all'impostazione metodologica enunciata dallo stesso Romano nella prolusione modenese del 1903, poichè — com'è noto — la produzione scientifica di Romano in questo periodo fu assai più vasta, interessando anche i settori, di grande rilevanza, del diritto e della giustizia amministrativa. Il giovane Romano amministrativista meriterebbe comunque una trattazione a parte. Per una bibliografia, sufficientemente completa, e corredata di notizie biografiche, delle opere di Santi Romano, vedi *Gli scritti di Santi Romano*, a cura di F. COCOZZA, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, XXVII (1977), pp. 399-409.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È proprio nel perseguimento di tale fondamentale scopo, che Santi Romano si imbatte in primo luogo nel tormentato problema dei diritti pubblici soggettivi, al quale il nostro giurista attribuisce subito grande rilevanza, proprio sotto il profilo che qui più interessa: l'aspetto della « tecnica giuridica », della costruzione di « nozioni sistematiche » (65).

Nella prima parte del suo saggio del 1897, il giovane Romano mostra subito di possedere una vasta e sicura conoscenza di tutta la dottrina tedesca, non solo nelle sue ultime manifestazioni della fine del secolo, ma anche nella sua evoluzione storica, a partire dal noto saggio di Carl Friedrich von Gerber del 1852 (66).

Su Gerber, Romano mantenne sempre una posizione ben chiara. Criticò sicuramente una certa eccessiva sottolineatura dei diritti di supremazia dello Stato, che il giurista tedesco aveva indubbiamente compiuto (67), ma non si fermò alla facile immagine esteriore del giurista ' reazionario ', e seppe vedere invece nell'opera dello stesso Gerber — e principalmente nella fondazione tecnico-giuridica del concetto di personalità giuridica dello Stato (68) — il vero momento iniziale nella costruzione di una nozione rigorosamente ' giuridica ' dei diritti pubblici soggettivi (69).

---

(65) SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, cit., p. 112.

(66) C. F. von GERBER, *Über öffentliche Rechte*, Tübingen, 1852 (traduzione italiana di P. L. Lucchini, *Sui diritti pubblici*, in *Diritto pubblico*, Milano, 1971): per un'analisi del saggio gerberiano del 1852, cfr. il nostro lavoro *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, pp. 193-211, e la letteratura ivi citata.

(67) SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., pp. 113-114.

(68) *Ibid.*, p. 155, per una sostanziale adesione a Gerber in riferimento alla necessaria centralità dello Stato-persona nel sistema dei diritti pubblici soggettivi.

(69) *Ibid.*, pp. 114 e ss. In queste pagine, il giovane Romano dimostra una conoscenza a dir poco sorprendente della dottrina tedesca, tanto essa si rivela vasta e profonda. In particolare, il giurista siciliano — nato nel 1875, e dunque appena ventiduenne! — coglie molto bene il senso fondamentale del dibattito suscitato nella scienza giuridica tedesca dalla formulazione gerberiana dei diritti pubblici soggettivi dei cittadini come *Reflexrechte*, nella quale si esprimeva l'esigenza di muovere dalla sovranità dello Stato per spiegare gli stessi diritti dei cittadini: sul punto, sia consentito rinviare ancora al nostro volume *Giuristi e costituzione politica*, cit., pp. 279 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si trattava però appunto di un ' momento iniziale ', di un punto di partenza dal quale prendere le mosse, e Romano ne fu consapevole. Su questo piano, il giurista siciliano si preoccupò essenzialmente di affiancare alla personalità giuridica dello Stato altre soggettività di diritto pubblico, ben conscio del fatto « che un rapporto giuridico allora esiste, quando si trovano di fronte per lo meno due subbietti » ([70]). In altre parole, Romano muoveva dal problema-base di tutto il sistema di diritto pubblico, dal bisogno d'individuare una serie di rapporti giuridici, che certamente dovevano scaturire dallo Stato-persona e dalla sua sovranità ([71]), ma che nondimeno si dovevano riferire ad altri soggetti giuridici.

Proprio a questo punto entrava in gioco la capacità di costruzione dogmatica del giurista, al quale spettava l'arduo compito di conciliare ciò che appariva assolutamente antitetico: la necessaria sovranità dello Stato, la negazione di qualsiasi dimensione pre-statuale dei diritti individuali da una parte, e l'altrettanto necessaria individuazione di altre soggettività di diritto pubblico dall'altra. Soddisfare le due esigenze significava uscire dalla tradizionale alternativa tra sovranità assoluta dello Stato e diritto naturale: indicare una sorta di ' terza via ', quella dello ' Stato giuridico ', sovrano e limitato nello stesso tempo.

In un primo momento, Romano ritenne possibile affrontare il problema lavorando esclusivamente all'interno della personalità giuridica dello Stato, e delle sue articolazioni in organi e competenze; infatti, a suo giudizio, se si era giunti ad un momento di stasi nella elaborazione dogmatica dei diritti pubblici soggettivi, ciò dipendeva dal fatto che troppo spesso si era posto il cittadino « di fronte allo Stato intero, concepito nella sua totalità, nel complesso dei suoi poteri sovrani »: e proprio per questo motivo si era stati costretti a rinunziare alla configurazione giuridica del « diritto individuale » ([72]).

([70]) SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., p. 117.

([71]) La nota caratteristica e specifica dei rapporti giuridici di diritto pubblico è appunto quella della loro derivazione dalla sovranità dello Stato: « Secondo noi, perchè un rapporto di diritto pubblico s'istituisca, è necessario che lo Stato v'intervenga come sovrano: i casi in cui esso agisce o interviene senza tale sua qualità rientrano nei domini del diritto privato » (*Ibid.*, pp. 129-130).

([72]) *Ibid.*, p. 118.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il passaggio da effettuare era allora quello dallo Stato globalmente concepito come soggetto sovrano allo Stato che « nella sua vita concreta », e « volta per volta », manifesta « un solo lato di sè medesimo, o, meglio, un organo fornito di speciale competenza » ([73]). Solo in questa seconda prospettiva è possibile delineare i contorni dei diritti pubblici soggettivi dei cittadini, poichè solo in tale dimensione — afferma Romano — non troviamo « per nulla repugnante che l'organo dello Stato appaia di fronte al cittadino come obbligato, anzi ciò ci sembra perfettamente naturale » ([74]).

Come vediamo, la tematica dei diritti pubblici rinvia — rigorosamente al di fuori di qualsiasi influsso giusnaturalistico — a quella della complessa organizzazione della macchina statuale, di una precisa definizione degli organi dello Stato e delle loro competenze.

Su questa via si pose decisamente Santi Romano, sfruttando gli insegnamenti della precedente dottrina, ma anche scartando ciò che a lui sembrava inutile o dannoso dal punto di vista della costruzione dogmatica.

Indirizzato in tal senso fu sicuramente anche il rapporto del giurista siciliano con l'opera di Georg Jellinek, e segnatamente con il saggio da questi dedicato proprio ai diritti pubblici soggettivi, pubblicato a Tübingen nel 1892 ([75]).

Non possiamo qui occuparci della articolazione interna del saggio del 1892 ([76]), e neppure della classificazione dei diritti pub-

---

([73]) *Ibid.*, pp. 118-119.

([74]) *Ibid.*, p. 120.

([75]) G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1892. La fortuna nazionale ed europea del volume di Jellinek fu assai vasta: ne parla lo stesso autore nella prefazione alla seconda edizione, del 1905 (p. IV). Per comprendere quanto rilevante sia stato questo lavoro del giurista tedesco per le costruzioni della scienza giuridica italiana del tempo, basterà confrontare il saggio di Romano qui in esame con quello pubblicato pochi anni prima da un giuspubblicista di un certo livello come Antonio Longo, e si vedrà subito quanto le teorie di Jellinek abbiano inciso in profondo: cfr. A. LONGO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi e il Diritto amministrativo italiano*, in *Archivio di diritto pubblico*, I (1891), pp. 161 e ss., 241 e ss., 321 e ss.

([76]) Rinviamo anche su questo punto al nostro lavoro *Giuristi e costituzione politica*, cit., pp. 403 e ss., basterà qui aggiungere che Romano accettò complessivamente la classificazione dei diritti pubblici soggettivi proposta da Jellinek,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

blici che il giurista tedesco propose, e che Santi Romano in larga misura riprese. Sarà sufficiente sottolineare il fatto che Jellinek formulò per la prima volta proprio nel 1892 la celebre teoria della *autolimitazione*, che egli pose alla base di tutto il sistema di diritto pubblico.

Il problema fondamentale di Jellinek era infatti lo stesso di Santi Romano: come conciliare la sovranità dello Stato-persona con la necessaria ammissione di altre soggettività di diritto pubblico? Con la teoria della autolimitazione si cercava appunto di rispondere a questa domanda, creando una sorta di seconda faccia dello Stato verso la quale si obbligava lo Stato medesimo inteso quale soggetto titolare di potestà pubblica. Affermava in conclusione Jellinek: « Die Selbstverpflichtung ist daher näher betrachtet eine Verpflichtung des Staates als handelnden, d.h. als rechtsschaffenden und machtübenden Subjektes dem Staate als Repräsentanten des Gemeininteresses » ([77]).

Diciamo subito che certamente Romano apprezzò profondamente l'opera di Jellinek, anche perchè in essa ravvisò giustamente il tentativo di risolvere i problemi basilari della scienza di diritto pubblico, di porre le basi per l'organica costruzione del sistema di diritto pubblico come sistema di rapporti giuridici; e tuttavia puntualmente abbandonò gli insegnamenti del celebre Maestro tedesco tutte le volte che questi avvertì il bisogno di ricorrere a concetti come quello sopra ricordato dello Stato ' rappresentante dell'interesse comune '.

In effetti, in questa fase della sua produzione scientifica, Romano rifugge sistematicamente da figure di questo tipo, che considera non ' giuridiche ', inutili ai fini della costruzione dogmatica. Il suo discorso non muove — come quello di Jellinek — verso la teoria generale dello Stato ([78]), ma procede piuttosto per linee in-

---

considerandola però incompleta, ed aggiungendovi una sezione dedicata a ' I diritti pubblici patrimoniali ' (SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici*, cit., pp. 209-220).

([77]) G. JELLINEK, *op. cit.*, p. 223.

([78]) In effetti, sulla teoria della autolimitazione contenuta nel saggio del 1892, Jellinek costruì l'impianto stesso della sua più nota opera: G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Heidelberg, 1900. Sulla avversione di Santi Romano per

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

terne, credendo possibile la soluzione di ogni problema all'interno della personalità giuridica dello Stato, esclusivamente attraverso una rigorosa definizione delle competenze, e dei limiti di azione, degli organi statuali.

Così, quando il giurista siciliano esamina i ' diritti di libertà ' (79), cioè studia come fissare giuridicamente i confini tra l'azione dello Stato e le sfere di libertà individuale, riprende certamente il concetto jellinekiano di autolimitazione, ma lo tecnicizza, lo riferisce immediatamente ai meccanismi di controllo degli atti amministrativi, ed in tal modo afferma che i diritti di libertà « traggono la loro origine da una autolimitazione dello Stato e precisamente dai limiti che il Parlamento impone all'amministrazione » (80). Conseguentemente, tali diritti non hanno un contenuto storico-positivo, « non consistono già nell'esercizio materiale di una qualsiasi facoltà, sia essa fisica o giuridica, ma nella possibilità di rimuovere gl'illegittimi ostacoli che a tale esercizio possono essere frapposti dagli organi dello Stato » (81).

Lo stesso schema è adoperato poi anche per i ' diritti civici ' (82), cioè per i diritti alla emanazione di determinati atti, che il cittadino può vantare nei confronti di alcuni organi dello Stato. Qui il concetto fondamentale è quello di ' autoobbligazione ' dello Stato medesimo, poichè il diritto del cittadino si fonda su di una obbligazione che lo Stato ha contratto con sè medesimo, in concreto ordinando, quale titolare della potestà legislativa, a determinati suoi organi — esplicanti altre funzioni, diverse da quella legislativa — di tenere certi comportamenti: al magistrato di emanare la sentenza ricorrendo i presupposti di legge prestabiliti, alla pubblica amministrazione di emanare una serie di atti amministrativi (83). Il diritto del cittadino è così diritto alla emanazione di un determinato atto; ed il rapporto giuridico, che Santi Romano va

---

le generalizzazioni ' filosofiche ', o anche ' sociologiche ', della ' dottrina generale dello Stato ', ci siamo già soffermati: cfr. *supra*, nota 62.

(79) SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici*, cit., pp. 159-171.

(80) *Ibid.*, 164.

(81) *Ibid.*, p. 168.

(82) *Ibid.*, pp. 171-188.

(83) *Ibid.*, pp. 178 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ricercando, si pone tra il cittadino ed il singolo organo obbligato dalla legge dello Stato.

Fermiamo la nostra analisi a questo punto, lasciando da parte i ' diritti politici ', che meno interessano lo stesso Romano sotto il profilo dogmatico, e che più sembrano estranei alla problematica della autolimitazione — o della autoobbligazione —, ed a quella connessa delle competenze degli organi dello Stato ([84]).

Del resto, già sulla base della trattazione dei ' diritti di libertà ' e dei ' diritti civici ', è possibile pervenire ad alcune conclusioni di carattere generale. In primo luogo, non v'è dubbio che Santi Romano si muoveva nella scia della giuspubblicistica tedesca nel considerare la personalità giuridica dello Stato quale necessario punto di partenza della costruzione di tutto il sistema di diritto pubblico; secondariamente, è altrettanto chiaro che il giurista siciliano considerava assolutamente necessaria la rigida fissazione di rigorosi limiti alla sovranità statuale, tali da consentire la costruzione di una serie di rapporti giuridici tra lo Stato medesimo ed altri soggetti giuridici; infine — ed è questo per noi l'aspetto più interessante —, Santi Romano non credeva assolutamente nel 1897 alla necessità di richiamare una dimensione extrastatuale del diritto per la soluzione del problema, di ordine dogmatico, che aveva di fronte: tutta la tematica dei diritti pubblici soggettivi si esauriva per lui all'interno dello Stato-persona, si definiva esclusivamente sulla base di una serie di meccanismi di autolimitazione ed autoobbligazione, che si sviluppavano tra lo Stato titolare di

---

([84]) La parte relativa ai ' diritti politici ' (pp. 189-209) interessa infatti assai più il momento costitutivo della sovranità statuale, che non quello — logicamente posteriore — della sua esplicazione. Di conseguenza, Romano, in questa parte della sua trattazione, non è affatto orientato dal concetto di autolimitazione, e comunque dalla problematica dei limiti della sovranità dello Stato, ma è mosso invece dalla preoccupazione di definire i cittadini che esercitano i diritti politici come veri e propri titolari di ' pubbliche funzioni ', negando così che essi possano ' rappresentare ' un ' soggetto ' — ad esempio il ' popolo ' — comunque distinto dallo Stato-persona. Quest'ultima conclusione sarebbe stata infatti inammissibile per Romano, il quale, sulla scia di Gerber, considerava il ' popolo ' rilevante per l'analisi giuridica solo in quanto identificato con lo Stato, cioè assunto alla ' dignità ' di Stato, e per ciò stesso dotato di personalità giuridica, comprensibile quindi in termini ' giuridici ' (*Ibid.*, spec. pp. 199-200).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potestà legislativa e lo Stato esplicante altre e diverse funzioni, amministrative o giudiziarie.

Proprio qui stava però, a ben guardare, la intrinseca debolezza di tutto il sistema. Esso correva infatti, nella sua globalità, verso la *centralità dell'atto legislativo*: in tale tipo di atto veniva ravvisato il 'terzo' momento, logicamente necessario al fine di definire il rapporto tra cittadino ed organo dello Stato come rapporto giuridico, come relazione tra due soggetti, in egual misura sovrastati e dominati da una fonte giuridica superiore che ad essi imputava diritti e doveri.

Ora, è difficile pensare che Romano, che perseguiva un'ideale di limitazione della sovranità statuale, non sia stato assalito dal seguente dubbio: chi limita — e come — la stessa potestà legislativa, chi garantisce dunque la *permanenza* dei diritti pubblici soggettivi dei cittadini conseguenti ad una *decisione* in senso autolimitativo, e con essa la pluralità medesima dei soggetti di diritto pubblico, la possibilità stessa di pensare in modo stabile il sistema giuspubblicistico come sistema di rapporti giuridici, dunque in definitiva come sistema 'giuridico'?

Rispondere ad una simile domanda era estremamente arduo, dopo che il dominante positivismo giuridico d'impronta statualistica, del quale indubbiamente lo stesso pensiero giuridico di Romano era espressione, aveva reciso ormai ogni legame con il tanto deprecato costituzionalismo 'dottrinario'. Dove individuare il 'limite' alla potestà legislativa, posto a garanzia dei diritti individuali, dopo che si era negata in radice la dimensione prestatuale dei diritti medesimi?

È bene subito chiarire che il giurista siciliano non ebbe mai alcun cedimento in questa direzione, non pensò mai di poter 'integrare' le proprie costruzioni dogmatiche del diritto dello Stato con richiami di vario genere ad un diritto 'superiore'. In altre parole, a questioni basilari come quelle sopra indicate, egli pensò sempre in termini di 'lacune', di 'incompiutezze' del sistema, di 'difetti' da correggere, facendo ricorso ancora una volta, ed in modo esclusivo, agli strumenti della costruzione dogmatica.

Individuare un limite 'giuridico' alla potestà legislativa non era dunque per Romano problema *qualitativamente* diverso da quelli già affrontati: era semplicemente di più ardua soluzione degli

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

altri, perchè atteneva alla ' chiusura ' del sistema, cioè al livello più alto della costruzione giuspubblicistica.

A questo tentativo di ' chiudere ' il sistema, dopo altri saggi che ancora ruotavano attorno alla tematica dei rapporti giuridici di diritto pubblico ([85]), il nostro giurista perviene nel 1901, con il noto scritto dedicato alla *Instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* ([86]).

Romano esordisce affermando che il suo studio si muoverà « sui più alti culmini e agli estremi confini del diritto costituzionale » ([87]), ma che nondimento esso sarà uno studio « di diritto », e solo di diritto, pensato al fine di rafforzare il dominio della dogmatica costituzionalistica su oggetti d'indagine sui quali ancora si stanno compiendo « astratte speculazioni filolofiche », o « indagini, che hanno per obbietto, più che i rapporti di diritto pubblico in sé medesimi, i fenomeni sociali da cui tali rapporti scaturiscono » ([88]).

In realtà, il giurista siciliano, al di là delle numerose distinzioni tra vari ' tipi ' di ' instaurazione ' — di fatto o di diritto —, sa bene che il suo problema è quello d'impostare in termini puramente ' giuridici ' il processo di « formazione originaria di un nuovo Stato » ([89]); e, più precisamente, egli sa di dover ora affrontare la formidabile questione dei limiti della sovranità statuale, dell'esistenza di una ' realtà ' — ' giuridica ', meramente ' storico-fattuale '? — precedente lo Stato, con la quale quest'ultimo si trova a fare i conti nel momento in cui nasce ed inizia ad agire.

([85]) Tra questi, è da considerare di particolare rilevanza il saggio *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, Palermo, 1898, ora in *Scritti minori*, volume primo, cit., pp. 1-40, nel quale Romano prosegue il discorso avviato nello scritto sui diritti pubblici soggettivi, portando il ' modello ' del sistema di rapporti giuridici a livello di struttura interna dello Stato, e di relazioni giuridiche tra i massimi organi costituzionali. Continua in questo saggio anche il confronto con le tesi di Jellinek; e Romano ribadisce ancora una volta la sua avversione verso certe formulazioni, dogmaticamente imprecise, del giurista tedesco, come quella relativa allo Stato ' rappresentante dell'interesse comune ' (pp. 25 e ss.): cfr. *supra*, nota 77 e 78.

([86]) Sta in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pp. 29-116.

([87]) *Ibid.*, p. 29.

([88]) *Ibid.*, pp. 30-31.

([89]) *Ibid.*, p. 34.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il saggio del 1901 muove intanto da una dura polemica con le teorie giusnaturalistiche e contrattualistiche, con i dogmi della sovranità popolare e della prestatualità dei diritti individuali (90). Il nostro giurista ribadisce qui una delle sue convinzioni fondamentali, che mai lo abbandoneranno: « Diritto è solamente quello che ha avuto la forza di divenire e d'imporsi come diritto positivo: i principi puramente razionali che tale forza non hanno avuto ... si chiamino pure, se così vuolsi, diritto naturale, teoretico, filosofico ... purchè si riconosca che l'aggettivo aggiunto alla parola ' diritto ' sta a dimostrare che di vero e proprio diritto non si tratta » (91).

Tuttavia, dopo aver così decisamente escluso dall'orizzonte teorico dei giuristi il ' diritto naturale ', Santi Romano torna inevitabilmente ad imbattersi con il problema di sempre: come limitare la sovranità statuale? Con un diritto diverso dal diritto naturale, che non postuli l'esistenza di un ' popolo ', o di un ' individuo ', distinto, ed anzi contrapposto allo Stato? Ma allora, quale ' diritto '?

Queste le domande che animano tutta la parte centrale e conclusiva del saggio del 1901. Tornando sull'aborrito diritto naturale, Romano afferma che le indagini giusnaturalistiche, pur conducendo a conclusioni aberranti, e contrarie alla logica stessa dello Stato moderno e della sua piena sovranità, muovevano tuttavia da una giusta ' intuizione ', dalla vaga ed inesatta percezione dell'esistenza « di condizioni essenziali del diritto, di garanzie supreme, di principi giuridici fondamentali », che rappresentano complessivamente delle precise « limitazioni dello Stato », ivi compresa la sua più alta funzione, quella legislativa (92).

Il nostro giurista lascia per ora assai sfumati i contorni ed i contenuti di queste ' limitazioni '. Tuttavia, era intanto importante rilevare la direzione nella quale muove Romano nel 1901: individuare una serie di ' garanzie ', e di ' principi ', che non possono non essere osservati dallo Stato medesimo nell'esercizio della sua sovranità, ma che nello stesso tempo non si contrappon-

(90) *Ibid.*, pp. 36-42.
(91) *Ibid.*, pp. 40-41.
(92) *Ibid.*, pp. 42-44.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gono, come presunto ' diritto naturale ', al diritto positivo dello Stato.

Avendo presente tale fondamentale obbiettivo da realizzare, Romano passa poi all'analisi più ravvicinata della ' instaurazione ' di un ordinamento costituzionale. Ancora una volta egli muove da fondamentali acquisizioni teoriche della giuspubblicistica tedesca, ma ancora una volta tenta di procedere oltre (93).

Per il problema specifico in esame, il punto di riferimento quasi obbligato è costituito dall'opinione sul punto espressa da Georg Jellinek nella sua *Allgemeine Staatslehre*, pubblicata solo un anno prima (94).

Per Jellinek — com'è noto —, il procedimento costitutivo di un determinato Stato e del suo ordinamento costituzionale doveva essere considerato di natura puramente fattuale, poichè, mancando lo Stato medesimo, e dunque qualsiasi norma regolativa autoritativamente imposta, esso non poteva in alcun modo definirsi ' giuridico ' (95).

Romano riconosce a Jellinek il merito di aver fatto « *tabula rasa* di ogni elemento di diritto astratto o filosofico », di aver cioè restituito allo Stato la dimensione piena della sua sovranità, l'unica dalla quale è possibile far discendere il carattere ' giuridico ' di un processo storico-sociale (96); eppure, il giurista siciliano non può non rimanere per altro verso assai perplesso di fronte alla soluzione così sbrigativa di Jellinek: se *prima* dello Stato non esiste alcuna realtà ' giuridica ', come risolvere il problema dei limiti ' giuridici ' della sovranità statuale? Se lo Stato è preceduto solo ed unicamente da una pura realtà fattuale, non si giunge forse per questa via inevitabilmente ad ammettere l'esistenza di una sovranità illimitata?

Divergendo dunque dall'impostazione di Jellinek, Romano cerca di dimostrare quanto improbabile e poco credibile sia l'im-

---

(93) Ci riferiamo qui al complesso rapporto instaurato da Santi Romano con la dottrina giuridica tedesca a proposito della tematica dei diritti pubblici soggettivi: cfr. *supra*.

(94) G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Heidelberg, 1900.

(95) *Ibid.*, pp. 238 e ss. Romano commenta l'opinione di Jellinek alle pp. 55-57 del suo saggio.

(96) SANTI ROMANO, *L'instaurazione di fatto*, cit., p. 57.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

magine di un potere politico, che nasce perfettamente libero di disporre a proprio piacimento di quei dati fondamentali, che in definitiva si collocano all'origine del proprio processo di formazione.

È certo che per Romano lo Stato è chiamato a riconoscere, mediante un atto normativo, il procedimento che ha condotto alla sua instaurazione, e dunque che la 'giuridicità' del processo storico di formazione dell'ordinamento statuale deriva da un atto riconducibile allo Stato-persona ed alla esplicazione della sua sovranità; e tuttavia tale atto non può dirsi frutto di una «volizione positiva» assolutamente libera: per il giurista siciliano, esiste infatti «un complesso di norme e d'istituti che il nuovo ordinamento non può non considerare suoi, perchè nasce con essi e senza di essi la nascita non si avrebbe, giacchè sono essenziali alla sua vita» (97).

In conclusione, il vero limite alla sovranità statuale — che si aggiunge a quelli risultanti dai meccanismi preposti a regolare le competenze dei vari organi dello Stato (98) —, l'unico che può valere anche nei confronti della suprema potestà legislativa, è il limite della 'necessità', consiste cioè nel fatto che lo Stato non può negare determinati 'principi' fondamentali, senza negare sè medesimo e la propria giuridica esistenza (99).

---

(97) *Ibid.*, pp. 103-104.

(98) Già individuati mediante i concetti di autolimitazione e di autoobbligazione, nel contesto del saggio del 1897 sui diritti pubblici soggettivi: cfr. *supra*.

(99) SANTI ROMANO, *L'instaurazione di fatto*, cit., pp. 94-95. Ha messo in rilievo la figura giuridica della 'necessità' anche A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico*, cit., *passim*, ma in un senso del tutto diverso dal nostro. Per Tarantino infatti, la 'necessità' è in certo senso il cuore stesso delle dottrine romaniane, e comunque rappresenta il germe primo della teoria istituzionale: ad essa, in questa direzione, Tarantino attribuisce valenze fortemente 'antiformalistiche'. Per noi, invece, la 'necessità' è, nel contesto della dogmatica giuspubblicistica romaniana, nient'altro che una figura giuridica, che assolve alla determinante funzione di 'chiudere' il sistema, rendendo giuridicamente limitata la sovranità dello Stato, senza peraltro intaccarne l'intima sostanza. Il tema della 'necessità' richiama la problematica del c.d. 'antivolontarismo' di Santi Romano: sul punto cfr. M. FUCHS, *Die allgemeine Rechtstheorie Santi Romanos*, cit., pp. 59-61. Chi ha formulato le considerazioni più lucide ed intelligenti in materia, è senza dubbio A. CATANIA, *Argomenti per una teoria dell'ordina-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nella fissazione di questo concetto giuridico della ' necessità ' non è dunque in alcun modo ravvisabile il tentativo di ' aprire ' i confini della dogmatica giuspubblicistica ad un diritto ' superiore ', anteriore al diritto positivamente espresso nelle norme dello Stato. La ' necessità ' è piuttosto una componente essenziale della stessa normativa statuale, che rimane comunque per Santi Romano *l'unico* oggetto possibile d'indagine giuridica. In tale componente si esprime l'esigenza di limitatezza della sovranità statuale e dei suoi atti d'imperio, che sotto questo profilo risultano conseguenti, non già a ' scelte ' liberamente effettuabili da parte dei detentori del potere politico, ma ad un ' necessario ' riconoscimento delle norme e dei fondamentali istituti posti alla base di tutto l'edificio statuale.

Lo ' stato giuridico ' come Stato sovrano e limitato nello stesso tempo: nella teoria giuridica della ' necessità ' si esprime appunto il bisogno — da Santi Romano fortemente avvertito — di ' chiudere ' il sistema, d'individuare un limite giuridico alla sovranità statuale, tale da potersi dire ad essa *intrinseco*, in certo senso espressione esso medesimo di sovranità, e non già di un diritto naturale erroneamente concepito come diritto ' superiore ', preesistente allo Stato medesimo.

In definitiva, si può affermare che il giurista siciliano esca da questa prova del 1901 rafforzato nella convinzione che la dogmatica giuspubblicistica non abbia alcun bisogno di estendere il proprio campo di ricerca al di là del diritto positivo autoritativamente posto dallo Stato. Proprio attraverso la nozione giuridica di ' necessità ', si conferma anzi che nelle norme scaturenti dagli atti d'imperio dello Stato è contenuto anche il requisito della limitatezza, necessario per l'integrale costruzione dello ' Stato giuridico '; è contenuta cioè una vera e propria *adesione implicita e necessaria* ai principii e agli istituti fondamentali, sui quali si regge l'esistenza stessa del potere politico.

---

mento giuridico, Napoli, 1976, pp. 124-161, e spec. p. 160, dove « l'assunzione del punto di vista istituzionale » da parte di Santi Romano appare « tutta volta a cogliere volontà già esaurite, strutture già definite e compiute », piuttosto che lo sforzo medesimo degli individui associati teso a progettare nuove soluzioni giuridiche dotate di contenuto normativo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Armato di tale rinnovata consapevolezza, il nostro giurista può così finalmente giungere, già nel 1902, alla formulazione di una teoria dei limiti della funzione legislativa ([100]).

Il saggio al quale ci riferiamo è importante proprio perchè in esso Santi Romano tenta di applicare al concreto campo di esperienza del diritto positivo italiano le teorie enunciate nel 1901. Si tratta naturalmente di un primo approccio, tanto che lo scritto si conclude ricordando che l'intento dell'autore era solo quello di svolgere delle « considerazioni preliminari », che dovranno in futuro essere riprese e rielaborate ([101]).

Ma anche se costretto in tali limiti, il saggio del 1902 è per noi pur sempre di grande rilevanza, dal momento che testimonia della precisa volontà di Romano di proseguire il discorso avviato nel 1897 sui diritti pubblici soggettivi, cercando di mettere in luce, al livello più alto della funzione legislativa, la vera natura dei limiti della sovranità statuale.

Il giurista siciliano muove intanto da una precisa constatazione: « Quando delle istituzioni fondamentali dell'odierno diritto costituzionale si voglia approfondire l'intima natura, essa, più che altrove, deve rintracciarsi nella possibilità che la norma di diritto penetri nelle più alte manifestazioni e si faccia sentire dai più alti organi dello Stato, in modo che nessuno di essi possa dirsi *legibus solutus* » ([102]).

Non sono queste comunque — e Romano ancora una volta lo sottolinea — norme di ' diritto naturale ', nel senso che non si tratta di un diritto « che trascenderebbe, per dir così, lo Stato, che sarebbe una forza superiore a quest'ultimo, ricadendo in vecchie e disusate teoriche, da cui la scienza si è più o meno completamente liberata » ([103]): se di limiti si deve parlare, ciò è possibile solo parlando di « autolimitazioni », in altri termini di limiti che lo Stato impone a sè medesimo ([104]).

([100]) Il saggio in questione è: *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Archivio del diritto pubblico*, I (1902), ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pp. 119-150.

([101]) *Ibid.*, p. 150.

([102]) *Ibid.*, p. 129.

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

([104]) *Ibid.*, p. 131.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Come vediamo, Romano non smonta neppure in questa occasione il meccanismo della autolimitazione, che evidentemente vale anche per la teoria dei limiti della potestà legislativa. Con una differenza: mentre nel caso della potestà amministrativa, e di quella giurisdizionale, l'autolimitazione dello Stato si sostanziava nella presenza di una fonte giuridica superiore, quella legislativa, nel caso di quest'ultima l'autolimitazione avviene sulla base esclusiva di ' principii giuridici ', che non richiamano per loro conto alcun diritto ' superiore ' a quello espresso nella norma di legge.

Il motivo di questa differenza è chiaro. Infatti, solo trattando dei limiti dell'attività legislativa, il giurista che volesse indicare una ' fonte superiore ' sarebbe costretto ad uscire del tutto dai confini della sovranità dello Stato: ed è precisamente ciò che Romano vuole evitare.

Così è essenzialmente per il limite alla esplicazione della potestà legislativa contenuto nello Statuto. Nella Carta costituzionale non viene in alcun modo ravvisata la presenza di un diritto ' superiore ', al quale il legislatore debba conformarsi, ma semplicemente un complesso di norme giuridiche che possono essere modificate solo a certe e determinate condizioni.

Il limite nell'esercizio della funzione legislativa sta appunto nel fatto che tali norme sono derogabili da parte del legislatore solo quando la modificazione è imposta dalla ' necessità ', solo quando il legislatore medesimo si trovi di fronte ad una situazione nella quale « non inventa, ma raccoglie e dichiara il diritto che rinviene nella coscienza generale, in modo, per dir così, coattivo, che esclude la sua mediazione intellettuale e personale » (105).

In definitiva, una sorta di ' diritto ', che non può non essere riconosciuto dal legislatore, anche contro lo Statuto. È proprio questo ' diritto ' che ' autorizza ' la potestà legislativa a derogare alle norme statutarie, che consente quindi di non attribuire allo Statuto quella dimensione di immutabile ' legge fondamentale ', che Romano rifiutava perchè troppo esposta al pericolo di trasformarsi in ' diritto naturale ' superiore alla stessa sovranità dello Stato; e, nello stesso tempo, è ancora la ' necessità ' a determinare

(105) *Ibid.*, p. 143.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quella natura limitata della potestà legislativa, che il nostro giurista affannosamente ricercava, poichè le deroghe allo Statuto vengono rese possibili *solo* in nome di un diritto esistente nella ' coscienza generale ', che il legislatore stesso non può non riconoscere.

Con la configurazione della categoria della ' necessità ', Romano mirava così ad un duplice scopo: da una parte, evitare il ritorno al diritto naturale, dall'altra perseguire il suo ideale di Stato giuridicamente limitato. Il suo positivismo giuridico d'impronta statualistica, fondato sui dogmi della personalità e della sovranità dello Stato, giunto al più alto livello di sviluppo teorico, era ora costretto a tornare al diritto insito nella ' coscienza generale ': solo in un diritto così inteso si poteva infatti ricercare un limite alla sovranità dello Stato, che non fosse nello stesso tempo affermativo di un diritto ' superiore ', sovrastante — in modo per Romano inammissibile — lo stesso Stato-persona.

Il diritto di ' necessità ' è l'unico che può svolgere questa funzione, perchè è l'unico diritto di formazione extrastatuale, che non mette in gioco la sovrana centralità dello Stato moderno: riconoscerlo da parte dello Stato significa nello stesso tempo autolimitarsi, ma anche riaffermare la propria sovranità.

È in questa prospettiva che Romano, all'inizio del secolo, si avvia a guardare alla ' società ' ed alla dimensione extrastatuale del diritto. Tutte le sue successive analisi sono condizionate da questo approccio iniziale: nella ' società ' egli ricerca, non *il* diritto — che per lui rimarrà sempre in modo prevalente quello dello Stato —, ma *quel* diritto che, complessivamente preso, gli consente di concepire in modo limitato la sovranità dello Stato, senza intaccare la sua intima sostanza.

Dunque, non *un* diritto qualsiasi — e tanto meno *tutto* il diritto che la società produce —, ma *solo quel* diritto che appare come prodotto organico della ' coscienza generale ', per motivi del tutto occasionali e casuali non ancora assunto nelle norme di diritto positivo, ma in sostanza già pronto ad essere riconosciuto dall'atto sovrano dello Stato. La ' società ' come *componente* del sistema di diritto pubblico: verso questo fondamentale punto di approdo finisce per dirigersi tutto il lavoro teorico di Santi Romano.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sarebbe qui troppo lungo mostrare come gli itinerari intellettuali del nostro giurista convergano tutti in questa direzione a partire dal 1902. È però necessario per lo meno notare con quanta chiarezza e lucidità Romano riproponga il basilare rapporto tra norma dello Stato e « norme della vita sociale » in una sua prolusione pisana del 1909, dedicata a *Diritto e correttezza costituzionale*, praticamente contemporanea, in modo per noi assai significativo, all'altro celebre discorso — sempre del 1909 — su *Lo Stato moderno e la sua crisi* (106).

Trattando delle regole di ' correttezza costituzionale ', Romano si preoccupa prima di tutto di distinguerle dal vero e proprio diritto costituzionale. La ' correttezza costituzionale ' si traduce infatti in regole di ' equità ', ' buona fede ', ed ' educazione politica ', alle quali manca del tutto la dimensione della vigenza obbligatoria, caratteristica invece delle norme giuridiche (107).

Ciò non toglie però che tali regole non giuridiche possano svolgere un'importante funzione, all'interno dei confini stessi della dogmatica costituzionalistica. Lo stesso diritto costituzionale — secondo il giurista siciliano — deve in un certo senso essere predisposto a subire modifiche ed integrazioni che provengano dal proprio esterno, dall'àmbito delle regole non giuridiche (108).

L'ideale costituzionale che qui Romano persegue è quello della *flessibilità* della Costituzione, come massima garanzia possibile della sua *stabilità*. Già in un'altra prolusione del 1906, il nostro giurista aveva duramente criticato le costituzioni rigide, che pre-

---

(106) SANTI ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, prolusione al corso di diritto costituzionale nella Università di Pisa, pubbl. in *Rivista di diritto pubblico*, 1909, ora in *Scritti minori*, vol. primo, pp. 271-285, p. 271 per la frase citata nel testo. Il noto discorso su *Lo Stato moderno e la sua crisi* non fu infatti prolusione al corso tenuto da Romano, ma discorso inaugurale per l'anno accademico 1909-1910 dell'Università di Pisa. La prolusione al corso di diritto costituzionale fu pronunziata il 13 Gennaio 1909; il discorso inaugurale fu certamente di poche settimane anteriore o posteriore.

(107) SANTI ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, cit., pp. 282-283.

(108) Afferma Romano che molte volte il giurista di diritto pubblico viene a trovarsi « agli estremi limiti della cerchia riserbata al diritto »; in questi casi, egli, « se vuole raggiungere i suoi fini pratici, deve appoggiarsi ad altre norme e calcolare sulla loro efficacia » (*Ibid.*, p. 279).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tendono di codificare i ' principi fondamentali ' di una data società: di gran lunga preferibili sono invece quelle costituzioni che si rivelano « sempre idonee a quella specie di elaborazione interna e di rinnovazione, per dir così, tacita, che può servire ad evitare violente crisi politiche » (109).

Ed anche nel 1909 — nella prolusione che stiamo esaminando —, Romano ribadisce questa sua convinzione, riafferma cioè l'opportunità di un ordinamento, che lasci « entro la sua cerchia degli spazi liberi, o, meglio, riserbati al costume politico »: solo un ordinamento costituzionale di questo tipo « potrà essere modificato o sostituito, senza che si tocchino le istituzioni giuridiche », non coinvolgendo cioè nel mutamento — per quanto radicale possa essere — la necessaria dimensione della sovranità dello Stato-persona (110).

Proprio sotto questo profilo, è per noi rilevante l'atteggiamento di Santi Romano di fronte alla ' correttezza costituzionale '. In tale sfera non giuridica, egli ravvisa una sorta di serbatoio, dal quale attingere, continuamente, dopo una serie articolata di mediazioni, nuove soluzioni giuridiche, aggiustamenti progressivi dell'ordine costituzionale, che valgano nel tempo a preservare il sistema da mutamenti troppo bruschi, da riforme troppo improvvise e troppo poco meditate.

È questo un modo di avvicinare il ' diritto ' alla ' realtà sociale '? Noi crediamo proprio di no. E per rispondere negativamente, è sufficiente riflettere un attimo sulle conclusioni della prolusione pisana, che riportiamo per esteso: « Però ognun vede quanto sia facile e naturale il passaggio nel sistema delle consuetudini giuridiche, per molte norme di correttezza, che abbiano avuto tempo e occasione di consolidarsi. Così queste costituiscono una fonte non immediata, ma perenne, pel cui tramite si potranno trasfondere, quando occorra, elementi di nuova giovinezza nelle istituzioni politiche. Così pure la continua pressione che su quest'ultime eser-

---

(109) SANTI ROMANO, *Le prime carte costituzionali*, Discorso inaugurale dell'anno accademico 1906-1907 della Università di Modena, pubbl. in *Annuario dell'Università di Modena*, 1907, ora in *Scritti minori*, volume primo, cit., pp. 259-270, p. 266 per la frase citata nel testo.

(110) SANTI ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, cit., p. 278.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

citano la vita sociale e la coscienza, lo spirito pubblico, ... prima di giungere ad influire direttamente sull'ordinamento giuridico, ha modo di regolarsi e depurarsi. Privata della sua impetuosità e impulsività occasionale e dei suoi fermenti non durevoli, essa può tradursi in norma di correttezza; consolidata maggiormente e, sopra tutto, saggiata dalla lunga pratica, può in seguito divenire consuetudine, ovvero ispirare l'attività del legislatore, ed entrare con l'una o l'altra veste nel tempio del diritto » ([111]).

Le regole di correttezza costituiscono dunque una sorta di anello intermedio tra la ' vita sociale ' e l'ordinamento giuridico, svolgendo un'essenziale funzione di filtro tra l'una e l'altro, ma soprattutto preservando il diritto costituzionale positivamente vigente dalla ' impetuosità ' dei conflitti sociali: il vero scopo ultimo di Romano è quello di sottrarre le istituzioni agli influssi diretti dei mutamenti, troppo rapidi e contraddittori, della società civile.

Il nostro giurista sapeva certamente che, per risolvere le antinomie del sistema — e principalmente quella tra pienezza della sovranità dello Stato e sua limitatezza —, era necessario fare ricorso ad una dimensione extrastatuale del diritto. Chiudersi nella contemplazione dell'ordinamento formalmente vigente non era possibile. Senza un continuo lavoro d'integrazione, senza una costante trasformazione delle regole non giuridiche in vere e proprie norme di diritto, tutto il sistema di diritto pubblico era destinato ad irrigidirsi, rischiando il crollo totale.

Ma proprio perchè muoveva da una simile convinzione, Romano finiva per chiedere alla realtà sociale esclusivamente la proposizione embrionale di nuove soluzioni giuridiche, idonee a colmare le lacune dell'ordinamento vigente. Privata della propria ' impetuosità e impulsività occasionale ', la ' società ' era così chiamata a svolgere una precisa funzione — l'unica che conti per il nostro giurista —: quella di accrescere continuamente il grado di stabilità delle istituzioni.

Con simili conclusioni non miriamo affatto — ed è bene chiarirlo — a distruggere il ' realismo ', o lo ' storicismo ', o lo stesso

---

([111]) *Ibid.*, p. 285.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

istituzionalismo, di Santi Romano, ma semplicemente a mettere in luce quale funzione abbia svolto la dimensione extrastatuale del diritto nel complesso della sistematica giuspubblicistica romaniana.

Si trattò, a nostro avviso, di una funzione meramente *correttiva* — e certamente non ' alternativa ' — dell'irrinunziabile dogma della sovranità dello Stato-persona, del tutto inserita nella problematica della autolimitazione già inaugurata da Georg Jellinek. Dalla tematica puramente negativa del ' limite ', Romano risalì poi alla necessità storica di una costituzione flessibile, immettendo nel sistema di diritto pubblico la stessa ' vita sociale ' in quanto fonte indiretta di regole giuridiche atte a risolvere le antinomie dell'ordinamento, e, in ultima analisi, ad accrescere il grado di resistenza delle istituzioni di fronte ai conflitti sociali.

Sulla base di tali presupposti, è possibile anche rileggere in una direzione nuova il celebre discorso romaniano sullo *Stato moderno e la sua crisi*.

In primo luogo, non ci sembra più possibile rilevare una contraddizione di fondo, nel seno stesso delle argomentazioni di Santi Romano, tra ' teoria ' ed ' ideologia ', tra lucida e disincantata presa d'atto della ' crisi ' dello Stato moderno in senso pluralistico, e pervicace conservazione ideologica del dogma della necessaria sovranità dello Stato-persona.

In realtà, il discorso romaniano — nella prolusione del 1909, come altrove — si svolge tutto su un medesimo piano, che è insieme, ed inestricabilmente, ' teorico ' ed ' ideologico ', di assunzione problematica del dato della ' crisi ', ma anche, contemporaneamente, di risposta in termini di rinnovata centralità della persona giuridica statuale.

La rilevanza del discorso del 1909 non sta in una presunta svolta in senso ' pluralistico ' della teoria giuridica romaniana, ma nel fatto che il nostro giurista ritiene nel 1909 ormai maturo un confronto diretto della scienza giuridica con i caratteri fondamentali dello sviluppo storico della società italiana

In sintesi, e come meglio vedremo in seguito, il giurista siciliano ritiene di poter attribuire alla scienza giuridica due precisi compiti: ridimensionare la ' crisi ', mostrando di essa gli aspetti meno conflittuali, ed indicare nella riforma graduale e progressiva dell'ordi-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

namento costituzionale il necessario sbocco ultimo della ' crisi ' medesima.

Sia che si legga la prolusione del 1909 sotto il primo profilo, sia che la si legga sotto il secondo, al centro del ragionamento di Santi Romano, proprio come irrinunziabile punto di partenza della riflessione della scienza giuridica, rimane sempre e comunque la personalità giuridica dello Stato, quale necessario segno distintivo dello Stato moderno.

Si inizia infatti esaltando « l'impersonalità del potere pubblico o, meglio, la personificazione del potere per mezzo dello Stato, concepito esso stesso come persona » ([112]), ed il conseguente concetto di personalità giuridica dello Stato come « compiuta sintesi delle varie forze sociali » ([113]), e si conclude riaffermando la necessità storica di questo medesimo Stato, che, al di là di « una crisi momentanea », comunque « potrà conservare quasi intatta la figura che attualmente possiede » ([114]).

In effetti, per Romano vi è una dimensione della ' crisi ' che deve essere assolutamente isolata e rifiutata: quella che conduce i gruppi sociali, determinati sulla base di un comune interesse economico, a ravvisare nello Stato un semplice interlocutore sul piano politico ed economico, e non « quell'ente astratto, fornito di una propria individualità e personalità », che il giurista siciliano aveva posto al centro della sua ricerca fin dai primi saggi giovanili ([115]).

Su questa via, si giungerebbe infatti inevitabilmente — secondo Romano — alla « decomposizione dello Stato moderno », poichè tale ' esagerazione ' dei « fattori economici » finirebbe per coinvolgere lo Stato medesimo, per sottrarre progressivamente ad esso quella natura di ' ente astratto ', capace di essere ' compiuta sintesi ' delle forze sociali, sulla quale si fonda in età moderna l'essenza ultima della sua sovranità ([116]).

([112]) SANTI ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pp. 5-26, p. 8 per la frase citata nel testo.

([113]) *Ibid.*, p. 9.

([114]) *Ibid.*, pp. 24-25.

([115]) *Ibid.*, p. 9.

([116]) *Ibid.*, pp. 16-18.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Vi è però anche una seconda dimensione della ' crisi ' — ben distinta dalla prima —, di fronte alla quale non è più opportuno, secondo il giurista siciliano, contrapporre in modo puramente passivo il dogma della assoluta sovranità dello Stato-persona.

Bisogna cioè riconoscere che lo Stato moderno ha preteso in origine di fondarsi su un modello « eccessivamente semplice », nel quale trovavano spazio esclusivamente lo Stato medesimo e gli individui isolati (117). ' Crisi ' è dunque anche crisi di questo modello, necessità, per determinati gruppi e forze sociali, di trovare pieno riconoscimento nell'àmbito del moderno diritto costituzionale.

Sotto questo profilo, il giurista deve sforzarsi di cogliere, al di là dell'aperto « atteggiamento antagonistico » di certi gruppi sociali di fronte allo Stato (118), il movimento complessivo della società verso il progressivo perfezionamento delle istituzioni e dell'ordinamento vigente.

Depurata quindi dei suoi aspetti più decisamente conflittuali, la ' nuova società ' offre al giurista l'occasione per procedere oltre nella costruzione dello Stato moderno come integrale ' Stato giuridico ', per completare « le deficienze e le lacune » dell'ordinamento positivo dello Stato (119).

E, in effetti, la costituzione che si erge di fronte ai nuovi gruppi sociali è per Santi Romano tutt'altro che completa: essa si presenta invece in modo elastico e flessibile, del tutto aperta alla possibilità di continue integrazioni.

Secondo il nostro giurista, superato il primo momento della ' crisi ', quando ci si renderà conto che la nuova dinamica sociale si svolge « in un campo in cui non ci sono trincee da abbattere, ma solo difese da innalzare », si scoprirà anche che non esiste contraddizione alcuna tra il nuovo pluralismo politico-sociale e le fondamentali caratteristiche dello Stato moderno, si capirà allora che il movimento sociale, che oggi appare così tumultuoso e contraddittorio, è in realtà diretto a « costruire e non distruggere: è

(117) *Ibid.*, pp. 13-14.
(118) *Ibid.*, p. 15.
(119) *Ibid.*, p. 19.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questo, più che altro, il compito che può e deve proporsi, rispetto all'ordinamento politico, l'evolversi dell'attuale vita sociale e, quando avrà costruito, probabilmente i nuovi edifici non contrasteranno con le solide e severe architetture dello Stato moderno, ma poggeranno sulle stesse sue basi e ne costituiranno fatti integranti » ([120]).

Non si tratta di una profezia, e neppure di un semplice auspicio, ma di una solida convinzione, che Romano ha lungamente maturato negli anni precedenti, sul terreno della dogmatica giuspubblicistica.

Infatti, proprio tentando di costruire tutta la dinamica del diritto pubblico moderno come sistema di rapporti giuridici intercorrenti tra lo Stato-persona ed altre soggettività giuridiche, il giurista siciliano si era reso conto che nessuna piena giuridicità del potere politico, sovrano e limitato nello stesso tempo, era possibile, che nessun sistema di diritto pubblico era concepibile in modo totalmente completo e coerente, senza un costante richiamo alla 'società' quale fonte indirettamente produttiva di continue integrazioni dell'ordinamento giuridico.

La prolusione del 1909 non è allora comprensibile nel suo significato più profondo, se non alla luce dei due concetti fondamentali elaborati da Romano negli anni precedenti: quello di costituzione flessibile, come complesso di norme gradualmente evolventesi nel divenire storico di una data collettività, e quello di 'società', come necessario supporto delle istituzioni, dal quale attingere continuamente nuove soluzioni dirette a risolvere le antinomie e le incompiutezze dell'ordinamento.

Se 'costituzione' e 'società' non sono in rapporto di opposizione, possono non esserlo anche le massime espressioni di queste due entità complesse: la personalità e la sovranità giuridica dello Stato quale necessario centro della costituzine dello Stato moderno da una parte, il pluralismo politico e sociale come manifestazione specifica della società novecentesca, dall'altra.

Il discorso del 1909 segna così il passaggio di Santi Romano dalla riflessione teorica generale sullo 'Stato giuridico' alla concreta valutazione della fase storica a lui contemporanea. E si

---

([120]) *Ibid.*, p. 20.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tratta di un passaggio, che non è contrassegnato da un salto brusco, ma dal tentativo, del tutto consapevole e coerente, d'interpretare la società e le istituzioni del tempo alla luce delle teorie precedentemente elaborate.

' Costituzione ' e ' società ' prendono corpo nell'analisi del giurista siciliano, e proporre una loro conciliazione significa in concreto credere possibile un inserimento graduale, e non traumatico, delle nuove soggettività nell'àlveo dello Stato moderno e della sua sovranità.

Romano può così pensare di rispondere alla ' crisi ' esclusivamente con « mezzi giuridici ed istituzionali » ([121]), proprio perchè muove da una radicata ed incrollabile fiducia nella inesauribile capacità dello ' Stato giuridico ' di tradurre gli scomposti movimenti della società civile in altrettante proposte integrative dei propri assetti istituzionali e normativi.

La ' crisi ' è in tal modo assunta nelle elaborazioni del nostro giurista solo come processo di continuo e graduale *arricchimento* e *perfezionamento* dello Stato moderno e della sua costituzione, al centro della quale rimane inalterato l'elemento essenziale: il dogma della sovranità dello Stato-persona concepito come ' ente astratto '.

Andare al di là non era possibile, se non rimettendo in discussione tutto il modello di sviluppo, quella stessa natura ' giuridica ' del potere politico, sulla quale Santi Romano aveva fondato il complesso del suo lavoro teorico.

Il giurista poteva — e doveva — guardare alla ' società ' ed ai suoi mutevoli equilibri, ma solo in quanto nel loro realizzarsi vedeva progressivamente confermato ed attuato quell'ideale di ' Stato giuridico ', che già aveva animato ed orientato nel profondo le sue costruzioni dogmatiche.

([121]) *Ibid.*, p. 23. Si apre qui tutta la vasta tematica della ' riforma istituzionale ', alla quale Romano accenna appena, a proposito di una possibile riforma della rappresentanza politica nel senso di una « rappresentanza degli interessi » (p. 23). Romano mostra di essere tutt'altro che in disaccordo con simili proposte di riforma, ma — come ripetiamo — si tratta di puri e semplici accenni, di esemplificazioni che si collocano nel contesto complessivo di un discorso dal tono sostanzialmente programmatico, nel quale non si mirava certo in primo luogo a formulare concrete e dettagliate proposte.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

UMBERTO SANTARELLI

PIETRO TORELLI STORICO DEL DIRITTO PRIVATO (*)

1. Una segmentazione impossibile. — 2. Gli « occhiali del giurista » Torelli. — 3. « Far lezione a studenti *di legge* ». — 4. Quasi una conclusione.

1. Se davvero ci fossimo ritrovati per cercar di abbozzare insieme la biografia di Pietro Torelli desiderando solamente di ripercorrere il suo personale itinerario umano e intellettuale, avremmo commesso un imperdonabile errore nel segnare i capitoli del lavoro: il Torelli critico delle fonti, il Torelli storico della società comunale, il Torelli studioso del diritto privato dell'età intermedia. Perché sarebbe palesemente sbagliato pretender di pagare una superficiale chiarezza d'esposizione al troppo caro prezzo d'una vivisezione innaturale: l'itinerario di ogni uomo —ed *in primis* quello intellettuale dell'uomo di scienza — non sopporta di queste segmentazioni estrinseche negatrici di quella verità ' vitale ' che sola interessa e che si cercherebbe in vano nei ben catalogati ' pezzi ' allineati con cura su un tavolo anatomico.

In realtà, né ci muove — io credo — questo rozzo desiderio di vivisezione, né pensiamo di dover solamente ricostruire una specie di ' storia intima ' di Pietro Torelli. Sicché la diversità di angoli visuali dei nostri interventi sembra ubbidire piuttosto alla necessità di valutare appieno — entro il contesto della scienza storica e giuridica del suo tempo — il contributo o g g e t t i v o che il Torelli recò ai nostri studî, che non a dismembrare secondo criterî

(*) Si pubblica qui di sèguito il testo d'una relazione tenuta all'Accademia Virgiliana di Mantova il 17 maggio 1980 per un convegno celebrativo del centenario della nascita di Pietro Torelli. Gli altri due relatori furono Ugo Nicolini (sul T. editore di fonti) e Ovidio Capitani (sul T. storico della società comunale).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

estrinseci e arbitrarî la vicenda personale d'un uomo e d'uno studioso.

Se — dunque — unico ed inscindibile è l'itinerario che tutti insieme dobbiamo cercar di ripercorrere, non ci rimane che riprendere in mano gli scritti del Torelli, per rileggerli inforcando ognuno i proprî occhiali, ma coscienti tutti che le diverse ' letture ' divergeranno tra loro — per poi ricomporsi nell'unità del lavoro comune — solamente per via dei diversi colori delle lenti.

La lettura (o le letture), che senz'alcuna pretesa di completezza io sto per tentare, si ridurrà forse ad una spigolatura da cui si potrà cavare soltanto una rapsodia più curiosa della singola pagina che capace di restituire un coerente quadro d'insieme. Per mio conto sarei pago se alla fine si potesse dire che queste citazioni sparse hanno valso almeno a ripensare certi giudizî consolidati che sul conto del Torelli corrono ormai da decennî.

Sùbito dopo la morte del Torelli Francesco Calasso scriveva che

> « fu questa, fin dagl'inizi, la grande originalità della sua personalità di studioso: come un minatore che ha trascorso la sua vita nelle viscere della terra si sente fino all'ultimo respiro legato a quel mondo nascosto e misterioso, dove pochi hanno la forza fisica di accedere, così Pietro Torelli ha serbato intatto, dai primi studi giovanili sulla biografia ariostesca all'*opus magnum* della glossa accursiana cui il suo nome resterà per sempre legato, il suo segreto e istintivo amore per la pergamena ingiallita da cui sapeva spremere la vita con mano di maestro » [1].

Al di là dello scintillìo delle parole il giudizio sembra inappellabile: Torelli fu, sì, studioso di gran rango, capace di spremere magistralmente la vita da pergamene mute per chi non avesse avuto il suo ingegno e la sua sensibilità: ma restò pur sempre « dedito ai riti misterici dell'erudizione » [2] e per ciò lontano dagli interessi e dai gusti del giurista di diritto privato (che tale resta — nella sua *forma mentis* più autentica — anche quando si volge alla ricostruzione storica). Anche quando qualcun altro tentò di rivedere almeno in parte questo giudizio — e fu, per esempio, il

---

[1] Calasso, *Pietro Torelli*, RISG, s. III, vol. II, fasc. 1-4, 1948, pp. 397-401 e ASD, IX, 1965, pp. 533-537.

[2] Grossi, *Pagina introduttiva*, « Quad. fior. », I, 1972, p. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

De Vergottini — la revisione non andò molto più in là d'un cauto temperamento; alludendo al Torelli studente di giurisprudenza a Bologna si tenne a rammentare che

> « il giovane Torelli seguì gli studi di giurisprudenza con passione e profitto: questo ' puro filologo ' ebbe invece una solidissima preparazione giuridica » (3)

Ecco: questa nostra rilettura — così rapsodica ed incompleta — vorrebbe solo riuscire a render meno decisi certi giudizî e meno rigorose certe catalogazioni. Non per riscoprire ' miracolosamente ' un giurista dove l'*opinio communis* ha sempre visto un ' puro filologo ', ma — semmai — per incrinare certe alternative e rimettere in discussione — nel parlar di Torelli, ma non solamente di Torelli — certe definizioni tanto limpide all'apparenza e indiscutibili.

2. Nel 1928 — comparsi da poco gli studî del Viora sulle costituzioni piemontesi e quelli di Benvenuto Donati sulla codificazione estense — il Torelli intervenne nel dibattito con un ' a proposito di ' pubblicato sulla *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*: poche pagine dense di suggestioni, delle quali una mi sembra particolarmente illuminante, come tentativo di dubitare di « quella sistemazione del diritto come scienza che rappresenta una purissima dottrina italiana ».

> « Due luci, queste, del Vico e del Muratori — *osservava acutamente il Torelli* — così alte e vive ma anche così diverse, che io, a costo d'esser eccessivamente storico (...), non riesco a nascondere qualche dubbio sulle facili spiegazioni a base di solitudine intellettuale e d'immaturità dei tempi (...) quella che io temo è la folla delle decisioni e pareri della casistica forense del periodo, dai contemporanei spesso disprezzata e derisa, da noi sempre disprezzata e non letta. C'è un lato, forse il migliore del *mos italicus*, che è ancora da scrivere » (4).

---

(3) DE VERGOTTINI, *Pietro Torelli*, « Rend. delle sezioni delle Acc. d. sc. dell'Ist. di Bologna », Cl. sc. mor., s. V., vol. III, 1949-1950, Bologna, 1950, pp. 11-60; rist. in P. TORELLI, *Scritti di Storia del diritto italiano*, Milano, 1959, pp. IX-XLVI (il brano citato è a p. XII) e, poi, in DE VERGOTTINI, *Scritti di storia del diritto italiano*, Milano, 1977, pp. 1397-1430.

(4) TORELLI, *Per la storia della codificazione in Italia*, RIFD, VIII, 1928, p. 520 (= *Scritti*, cit., p. 541).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Riletta a più di cinquant'anni di distanza — dopo tutte le riflessioni che si son fatte sull'esperienza giuridica e sulla essenzialità che il momento giurisdizionale ha nel tessuto di quest'esperienza (5) — l'osservazione del Torelli si dimostra ben altro e di più che un gretto richiamo a rinchiudersi fra le filze d'archivio per saziarsi d'erudizione: è — mi pare — la lucida intuizione che l'esperienza giuridica non è parto geniale di pochi ingegni d'eccezione ma faticoso itinerario che le società percorrono incessantemente, e che potrà esser capita solo se si avrà la forza e la pazienza di leggerla tutta. Sul piano più propriamente storiografico questa notazione fa lucidamente giustizia di quell'antica diatriba di *mos gallicus* e *mos italicus* che s'è trascinata straccamente alimentandosi spesso della poca coerenza teorica di chi l'ha coltivata.

In quello stesso anno 1928 il Torelli tenne il discorso inaugurale degli studî all'Università di Modena su *Metodi e tendenze negli studi attuali di storia del nostro diritto* (6). Certo, se si considera che questo discorso fu detto un anno dopo la celeberrima prolusione milanese di Emilio Betti su *Diritto romano e dogmatica odierna* (7), non si può fare a meno di notare ch'esso è in gran parte ancora fermo all'antica polemica fra lo Schupfer e il Tamassia a proposito degli ' elementi ' della nostra storia giuridica, di diritto volgare romano germanico ellenistico e dei loro assurdi dosaggî in quella specie di ' composto ' che sarebbe la storia del diritto italiano. Ma bisogna anche notare che, sotto la cenere di queste dispute già allora vecchie e da sempre inutili, covava il fuoco di

---

(5) Esemplari, in questo senso, le ricerche del GORLA, di cui cfr. da ultimo *I Tribunali supremi degli Stati italiani, fra i secc. XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto e della sua uniformazione fra Stati*, in « La formazione storica del diritto moderno in Europa », Atti del III Congr. internaz. della Società ital. di Storia del diritto, Firenze, 1976, vol. I, pp. 447-532.

(6) Stampato nelle « Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena », vol. IV, n. 34, ivi, 1928; e ripubblicato nei già citati *Scritti*, pp. 5-21.

(7) AG, XCIX, 1928, pp. 129 ss. Sulla figura di Emilio Betti si può ora rinviare al volume 7 (1978) dei « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno »; e in particolare per una valutazione approfondita di questa prolusione si può rimandare senz'altro al saggio del COSTA, *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*, ivi, pp. 311-393.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ben diversi interessi da autentico storiografo del diritto privato (che di lì a due anni sarebbero emersi in un lavoro di grande impianto e maturità metodologica come il *Comune cittadino*). Quando, in queste pagine modenesi, il discorso si avvia su un terreno più squisitamente 'torelliano' qual è quello dello studio delle carte private, certe partizioni paralizzanti e certi falsi problemi sembrano svanire quasi del tutto, per far posto ad un'attenzione ben altrimenti provveduta per quanto di nuovo e di originale — di storicamente e di giuridicamente t i p i c o — l'esperienza giuridica medievale era venuta costruendo.

> « Ma occorrerebbe (...) — *son parole del Torelli* — piantar ben saldo nella mente dei nostri giovani, che il documento singolo ci offrirà il caso speciale e curioso, ma per la storia giuridica dirà troppo poco o non dirà nulla: è necessario dar fuori *interi* fondi documentari, perché una precaria un livello un'enfiteusi, un affitto comune, nulla di più rappresentano che un caso singolo di ripetizione, più o meno aderente, di schemi contrattuali ben noti; ma cento precarie e cento livelli ed enfiteusi ed affitti in un territorio determinato, in un periodo di tempo determinato, ne rappresentano la vita giuridica vera, cioè il senso della necessità di queste forme contrattuali, la tendenza reale all'una od all'altra come bisogno pratico del momento e del luogo. E solo se numerosi e continui, quei documenti ci riveleranno la formazione naturale e concreta dei tipi medi, chiave di volta della nostra pratica giuridica per secoli; medi fra l'enfiteusi appunto e la locazione, ma anche medi fra il vincolo feudale ed il puro contratto, cioè tra un istituto di diritto pubblico e uno di diritto privato; tipi che escono chiari, non dal nome che il notaio tradizionalmente vi appose, ma solo dal rapporto tra il canone o la prestazione, ed il reddito reale del fondo, provato non da uno ma da cento, da mille casi » [8].

Forse, oggi, nessuno di noi si sentirebbe di sottoscrivere quest'ultimo passaggio a proposito di tipi contrattuali qualificabili equivocamente come 'medî' fra altri previamente assunti a schemi aventi una specie di 'tipicità di grado superiore'; ma resta illuminante la lezione torelliana sulla necessità di leggere in modo spregiudicato l'emergenza dei nuovi tipi contrattuali nell'espe-

---

[8] TORELLI, *Metodi e tendenze*, cit., p. 15 (degli *Scritti*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rienza giuridica medievale: una lezione che la riflessione di questi anni sembra pienamente confermare (9).

Questa attenzione acuta del Torelli per la storia delle *causae contractus*, intesa non come meccanica mutazione di strumenti obbligatorî ma come nesso vitale e per ciò mutevole tra esigenze emergenti nella società e 'risposte' dell'ordinamento, è confermata dalla seconda delle due lezioni tenute alla Facoltà giuridica modenese nel quadro d'un «corso di diritto sindacale e corporativo» nell'anno accademico 1929-30 e dedicata al *contratto collettivo nelle affittanze agricole medievali* (10). Fu una 'lezione' d'occasione; occasione 'fascistissima', per di più, a cui il Torelli alluse di sfuggita e in modo palesemente 'asettico' come «al sorgere novissimo di fatti nuovi sotto denominazioni non nuove — corporazioni, presidi, podestà —» (11) e a cui contrappose — due volte nel giro d'una sola pagina — la «*lotta concreta*, giornaliera degli uomini per la *conquista* d'un assetto economico e giuridico rispondente alla necessità concreta e giornaliera» (12) ('lotta' e 'conquista' che erano il contrario diametrale — per l'appunto — di quella frettolosa ed assurda 'composizione degli opposti' che il corporativismo fascista pretendeva di rappresentare). Nelle poche pagine di questa lezione il Torelli ebbe modo — dimenticando del tutto le 'ragioni' estrinseche che l'occasione avrebbe imposto — di ricostruire con grande finezza un segmento di storia dell'esperienza giuridica medievale, e di cogliere il processo per il quale un certo strumentario contrattuale — elaborato per rispondere a determinate emergenze storiche — abbia sopravvissuto ad esse in una 'continuità' che gli consentì poi di rispondere in modo perfettamente adeguato ad altre emergenze del tutto nuove e diverse. Trova così il suo esatto rilievo il passaggio — nelle terre rivierasche del Po — dal feudo di abitanza alle investiture collettive di terre *pro diviso*, che è un passaggio 'di continuità'

(9) Basti pensare, esemplarmente, al GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale - Corso di storia del diritto*, Padova, 1968.

(10) TORELLI, *Il contratto collettivo nelle affittanze agricole medievali: sue funzioni economiche e sociali*, Modena (s.a., ma 1930), in unico volume con l'altra, pp. 13-27; e ripubblicata negli *Scritti*, cit., pp. 525-535.

(11) TORELLI, *Scritti, cit.*, p. 519.

(12) TORELLI, *Scritti*, pp. 525-26 e 527; i corsivi sono miei.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nell'ordinamento di fronte al mutare delle esigenze della società che si traducono — all'interno dello schema negoziale — nel mutare delle prestazioni sinallagmaticamente funzionali rispetto alla investitura, che dalla difesa contro le incursioni degli Ungari si trasformano poi nell'arginatura del fiume, ferma restando — ed è un dato di primario rilievo — l'esclusione di fitti economicamente rilevanti quando fosse stata dedotta in contratto l'obbligazione del concessionario a 'roncare' la terra concessa.

Il problema reale, per lo storico dell'esperienza giuridica, è di leggere — *sub specie juris* e al di là delle variazioni nelle contingenze 'di fatto' — la stabilità della «diretta funzione sociale» e della «struttura economica» (13) del rapporto destinata come tale ad assumere una sua specifica rilevanza obbligatoria. Davvero in queste pagine gli occhiali del giurista Torelli scoprono e nascondono — con assoluta e rigorosa coerenza — cose che ad altri lettori di quella stessa vicenda storica, non attrezzati a questa che il Betti chiamò 'storiografia di grado superiore', sarebbero irrimediabilmente sfuggite o al contrario si sarebbero imposte. Nasce da quest'analisi l'intuizione limpida dell'esistenza d'un contratto collettivo con funzione di contratto-tipo a cui tutti quelli individuali son chiamati a conformarsi:

> «(...) se (...), a seconda dei luoghi e dei tempi, variano portata e carattere dei risultati economici e sociali, la struttura giuridica del rapporto è una, ed è questa: per conseguire scopi di ordine superiore, i datori di lavoro da una parte ed i prestatori d'opera dall'altra convengono sulla natura delle prestazioni e sul prezzo; ma non convengono singolarmente, bensì come enti; ne esce quindi un contratto, che assume un' 'espansione ultracontrattuale' capace di eliminare la possibilità pratica di altri contratti in termini diversi sullo stesso oggetto: ciascuno è libero di sottoporvisi o no, ma non di mutarlo» (14).

Si dirà che questo discorso è palesemente datato, forse anche politicamente, per una tal quale indulgenza all'andazzo del tempo (15). Ed è vero. Ma questo — e i dissensi, anche tecnici, che si

---

(13) TORELLI, *Scritti*, p. 529.

(14) TORELLI, *Scritti*, p. 535.

(15) Indulgenza che sarebbe apparsa ancor più evidente se avessimo seguitato

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

potrebbero forse prospettare — nulla tolgono alla rigorosa coerenza della diagnosi giuridica, la quale si pone — e questo merita una robusta sottolineatura — come punto d'arrivo al quale tutta la ricostruzione storica è palesemente ordinata. Son pagine d'un privatista, insomma, e d'un privatista di razza.

Questo privatista di razza avrebbe dato la più alta prova di sé, quello stesso anno 1930, col suo capolavoro scientifico: lo studio su Mantova *comune cittadino in territorio ad economia agricola* ([16]). Sarebbe palesemente impossibile, ora, addentrarsi in un'analisi minuta delle più che cinquecento pagine di quest'*opus magnum*, che rappresenta davvero il punto d'arrivo di quell'itinerario scientifico ed umano che stiamo cercando di seguire: di certo possiamo dire che fin da quando studiava « la data ne' documenti medievali mantovani » o pubblicava i suoi « studi di diplomatica comunale » il Torelli raccoglieva ed allineava le pietre per la grande costruzione del *Comune cittadino*. La quale fu e resta opera di giurista, di privatista raffinato e provvedutissimo: un'opera nella quale non s'insegue una inutile *histoire historisante* gonfia di vana erudizione particolaristica, né ci si attarda in una astratta e ' separata ' descrizione di istituti giuridici intesi come giocattoli raffinati di cui si debbano conoscere le mille nascoste virtù. Né si parli — come un lettore frettoloso potrebbe fare — di irrisolta commistione fra storia economico-sociale storia politica e storia giuridica: perché non v'è giurista degno di questo nome che non sappia della impossibilità di comprendere — fino in fondo ed *iuxta propria principia* — l'esperienza giuridica, e tutto il suo strumentario tecnico, se non nella filigrana dell'esperienza comune e dei problemi che la travagliano e ne governano la storia. La t i p i c i t à di cui ragiona il giurista, facendone il perno della sua analisi, è ben altro che astratta individualità partorita a freddo da un legislatore geniale o costruita per via di concettualizzazione ' pura ' da un teorico riottoso ed appartato: è ' tipicità '

---

a leggere fino al riferimento finale al c.d. « interesse generale e superiore della produzione nazionale » (*ivi*).

([16]) TORELLI, *Un comune cittadino in territorio ad economia agricola*, I. *Distribuzione della proprietà - sviluppo agricolo - contratti agrari*, R. Accademia Virgiliana di Mantova, serie miscellanea, vol. VII, Mantova, 1930.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prima di tutto storica radicata tutta e senza 'residui' nella vicenda della società che crea il suo ordinamento e da esso è ordinata. Ora, se rileggiamo il *Comune cittadino*, noi constatiamo ad ogni passo che l'analisi del Torelli altro non è che un continuo illuminare — con sensibilità lucida di giurista e con attenzione di storico di gran rango — la storia d'un ordinamento e d'un'esperienza giuridica come storia d'una società concreta di uomini radicati nel loro tempo e nella loro terra. Per questo è un libro che non ha perso un'oncia del suo peso pur dopo mezzo secolo da quando comparve.

Più di dieci anni dopo la pubblicazione del *Comune cittadino* il Torelli tenne a Bologna una conferenza, destinata — e giustamente — a restar celebre, su «*tradizione romana e rinascimento degli studi di diritto nella vita pratica dei secoli XII e XIII*» [17]: su un tema, cioè, che da molti anni — dalla prolusione catanese del Calasso, per lo meno [18] — teneva il campo in Italia. Ne facciamo cenno qui, non perché si tratti d'un intervento in materia di storia del diritto privato, ma perché ci illumina sul Torelli storico dell'esperienza giuridica medievale: sul Torelli giurista, cioè. I suoi quarant'anni questo scritto li dimostra tutti: chi di noi seguirebbe oggi — come la seguì allora il Torelli — la strada che porta — sul filo di fragili confronti testuali — dagli *iuraiuranda* romani ai *sacramenta* medievali; o chi si sentirebbe ancora d'addentrarsi tanto speditamente a ragionare di 'continuità' del cosiddetto 'elemento' romano? Pochi, speriamo. Ma ciò non ostante una non piccola parte di quel discorso torelliano resta valida: perché c'è pur sempre da capire la storia delle *renuntiationes*, per cogliere — seppur *a contrariis* — gl'itinerarî percorsi dalla «Protorecezione» del diritto comune in Europa [19], o per intender meglio quella 'esplosione' del notariato di tradizione

---

[17] TORELLI, *Tradizione romana ...*, in «Studi e memorie per la storia dell'Università di Bologna», vol. XV, Bologna, 1942 (= Bibl. de «L'Archiginnasio», s. I, vol. XV), pp. 1-24; ripubblicato in TORELLI, *Scritti*, cit., pp. 497-516.

[18] La quale fu tenuta il 16 gennaio 1933: CALASSO, *Il concetto di «diritto comune»*, AG, CXI (1934), pp. 59-97; e poi ripubblicata in CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, pp. 33-76.

[19] Per tutti cfr. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, trad. it., Milano, 1980, vol. I, pp. 169-172.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

romana a cui da qualche anno sta finalmente volgendosi l'attenzione degli storici del diritto ([20]). Molti problemi rimangono aperti, e fu merito anche del Torelli averli posti: magari non sarà il caso di seguitare a dibattersi fra la tesi della reazione incosciente e quella del « confuso misoneismo » della società comunale di fronte alla pretesa ' rinascita del diritto romano ' ([21]); magari bisognerà riconsiderare tutta questa vicenda alla luce del rapporto fra società e ordinamento, fra esperienza comune ed esperienza giuridica, e liberarsi così di antiche diatribe paralizzanti e tanto dure a morire (novità, continuità, rinascita, o, peggio, romanità e germanesimo). Ma nel percorrere questa nuova strada ci troveremo quasi di certo a fare i conti con queste dense e coltissime pagine del Torelli.

Dicevamo poc'anzi che il decennio (e più) tra il 1930 (anno di pubblicazione del *Contratto collettivo* e del *Comune cittadino*) e il 1941 (quando fu tenuta la conferenza su *Tradizione romana e rinascimento degli studi*) parrebbe vuoto di lavori privatistici, di interessi più marcatamente giuridici: il ' puro filologo ' sembra essere tornato nella sua vera patria, la critica testuale, le edizioni di fonti, la filologia, insomma. Ma non fu così.

3. Chi scorre la bibliografia di Pietro Torelli pubblicata nei suoi *Scritti* raccolti *post mortem* dagli scolari resta colpito da un fatto, che sarebbe miracoloso se non fosse palesemente assurdo: nei suoi ultimi tre anni di vita Egli avrebbe pubblicato tre volumi di lezioni di storia del diritto privato, uno per anno: le persone la famiglia la proprietà ([22]). Tre libri fortunati, a giudicare dalle citazioni che ancor oggi se ne fanno; tre volumetti asciutti (anche un po' troppo, ricorda uno studente che ai suoi verd'anni preparò l'esame su *Le persone*), didattici senza svolazzi né sbavature, scritti con mano palesemente avvezza alla dura e ' diversa ' fa-

([20]) Per merito soprattutto — qui in Italia — del Consiglio Nazionale del Notariato coi suoi « Studi storici sul notariato italiano ».

([21]) TORELLI, *Scritti*, cit., p. 499.

([22]) TORELLI, *Lezioni di storia del diritto italiano - Diritto privato - Le persone*, Milano, 1946; ID., *Lezioni ... - la famiglia*, Milano, 1947; ID., *Lezioni ... - la proprietà*, Milano, 1948.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tica del libro di scuola, volutamente concepiti come « colloqui fra giuristi ».

Questi tre libri — né assurdi né miracolosi — avevano una storia che merita d'esser raccontata, almeno per accenni. Pubblicando il primo l'Autore stesso ci suggerisce la traccia da seguire fin dall'*Avvertenza* che lo introduce: « *rileggendo per la stampa questo mio corso ...* »; e i solerti redattori del volume degli *Scritti* — trovando nella commemorazione del De Vergottini un cenno (troppo fugace) ai corsi stampati — ebbero cura di avvertire a pie' di pagina che questi corsi « già da tempo in litografia, (...) furono poi pubblicati a Milano (...) » [23]. Procedendo su questa traccia è dato ricostruire una storia testuale molto istruttiva.

Il primo corso litografato vide la luce a Firenze nel 1934, per le cure d'uno studente destinato a guadagnarsi larga fama come intellettuale ed uomo politico — Tristano Codignola — e comprendeva: la parte sulle persone fisiche e giuridiche secondo lo stesso indice che sarà poi del volume a stampa del 1946, e una seconda parte dedicata al diritto di famiglia secondo un indice simile ma non identico a quello del volume del 1947 [24]. Seguirono poi le dispense bolognesi: nel 1936 sulle persone secondo lo stesso schema di quelle fiorentine (ma con in più le ' nozioni generali ' che ritroveremo poi nel volume stampato del 1946 [pp. 1-13]) [25]; nel 1937 sulla famiglia [26]; ancora sulle persone — ma senza la premessa delle ' nozioni generali ' — nel 1938 [27]; nel 1939 sulla patria potestà e il matrimonio (con larghe digressioni — che resteranno poi nell'edizione a stampa del 1947 — a proposito di responsabilità patrimoniale dei familiari anche in connessione con l'esercizio dell'impresa commerciale) [28]; nel 1940, infine,

---

[23] TORELLI, *Scritti*, cit., p. XLV.

[24] Gruppo Universitario Fascista - Firenze - Anno Accademico 1933-34-XII; *Corso di Storia* (sic) *Diritto Italiano dalle Lezioni del Chiar.mo Prof.* TORELLI *Raccolta da* CODIGNOLA; Firenze, 1934.

[25] TORELLI, *Corso di storia del diritto italiano - Diritto Privato*, Bologna, 1936.

[26] TORELLI, *Storia del diritto italiano - Diritto privato - La famiglia*, Bologna, 1937.

[27] TORELLI, *Corso di storia del diritto italiano - Diritto privato*, Bologna, 1938.

[28] TORELLI, *Corso di storia del diritto italiano - Diritto privato - Patria potestà e matrimonio*, Bologna, 1939.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sugli aggregati soprafamiliari e sulla proprietà (due 'masse', di cui la prima finirà poi in apertura del corso a stampa sulla famiglia, e la seconda sarà il nucleo del terzo volume a stampa che uscirà nel 1948, quasi in morte dell'Autore) (29). Senza bisogno di minute indagini testuali, un semplice confronto degl'indici di queste dispense litografate — fra loro e con i corsi editi dal Giuffrè — dimostra all'evidenza quanto lungo ed accurato fu il loro processo di formazione, a cui il Torelli attese ininterrottamente a l m e n o fin dagli anni del suo insegnamento fiorentino (e segnatamente in quel decennio fra il '30 ed il '40 che la bibliografia 'ufficiale' definirebbe, al contrario, vuoto di impegnativi lavori privatistici).

Ma non basta. Perché è possibile anche ricostruire — con qualche lacuna per il periodo modenese (30) e per il colmo del periodo bellico — i programmi che di anno in anno il Torelli dettò per i suoi corsi. Nel primo anno d'insegnamento — 1926-27 — il programma ebbe una prima parte dedicata alle f o n t i ed una seconda alla f a m i g l i a; ma delle f o n t i il Torelli ragionò ai suoi studenti da giurista, non da filologo, presentandole come fatti di normazione inserti nelle strutture dei singoli ordinamenti, non come testi passibili solo d'una ricognizione erudita (31). Ma, per quel che ne sappiamo, a lezione di s t o r i a del d i r i t t o italiano (32), il Torelli di fonti non parlò quasi più. Nei due anni fiorentini fece lezione dapprima sui caratteri generali della disciplina, sulle persone e sulla famiglia (relegando alla fine alcune «nozioni fondamentali sulle fonti della storia del diritto italia-

---

(29) TORELLI, *Storia del diritto italiano - Aggregati soprafamigliari - Proprietà*, Bologna, 1940.

(30) Lacuna che riguarda gli anni accademici 1927-'28, '28-'29, '29-'30, '30-'31, '31-'32 e '32-'33: per i quali non soccorrono gli *Annuari* (che non contengono alcuna menzione dei programmi d'insegnamento), mentre l'Archivio universitario — già versato all'Archivio di Stato di Modena — è in tale stato di disordine da non poter essere consultato.

(31) *R. Università degli Studi di Modena - Annuario per l'anno accademico 1926-1927*, Modena, 1927, pp. 257-258.

(32) Diverso, naturalmente, è il discorso — per esempio — per i corsi di esegesi delle fonti. Ma proprio questa diversità rende per noi irrilevante questa indagine.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

no ») [33]; e il secondo anno su generali « nozioni di storia del diritto pubblico » e sui diritti reali [34]. I corsi bolognesi furono: sulle persone fisiche e giuridiche nel '35-'36 [35]; sulla famiglia gli aggregati soprafamiliari la patria potestà e il matrimonio nel '36-'37 [36], sul diritto di famiglia nel '37-'38 [37]; su matrimonio rapporti patrimoniali fra coniugi filiazione adozione tutela e cura nel '38-'39 [38]; sui diritti reali nel '39-'40 [39]; sulle persone fisiche e i contratti consensuali nel '40-'41 [40]; sulle persone giuridiche la permuta la compravendita e la locazione nel '41-'42 [41]. Poi la pausa forzata per il passaggio della guerra; e, infine, i corsi a stampa e, nel '48, la fine.

L'elenco può essere apparso noioso, ma è illuminante: sempre e solamente corsi su argomenti di totale ed inequivocabile rilevanza giuridica, quasi sempre di diritto privato, trattati con assoluto (qualcuno potrebbe perfino dire: eccessivo) rigore tecnico: e le dispense — sia litografate che a stampa — conservano chiaro il segno di quel rigore in uno stile asciutto qual si addice ai discorsi fra ' addetti ai lavori '.

Si spiega allora perché il Torelli, licenziando per le stampe il corso sulle persone, chiudeva l'*avvertenza* con queste scabre parole:

> « Mia intenzione fondamentale e non derogabile è stata ed è quella di far lezione a studenti *di legge*: per questo — non per

---

[33] *R. Università degli studi di Firenze - Annuaro per l'Anno accademico 1933-1934* (*anno XII*), Firenze, 1934, p. 300-301.

[34] *R. Università degli Studi di Firenze - Annuario per l'Anno accademico 1934-1935* (*anno XIII*), Firenze, 1935, p. 285.

[35] *Annuario della R. Università degli Studi di Bologna - Anno accademico 1935-1936* (*XIV*), Bologna, 1936, p. 269.

[36] *Annuario della R. Università degli Studi di Bologna - Anno accademico 1936-1937* (*XV*), Bologna, 1937, p. 174.

[37] *Annuario della R. Università degli Studi di Bologna - Anno accademico 1937-1938* (*XVI*), Bologna, 1938, p. 154.

[38] *Annuario della R. Università degli Studi di Bologna - Anno accademico 1938-1939* (*XVII*), Bologna, 1939, p. 161.

[39] *Annuario della R. Università degli Studi di Bologna - Anno accademico 1939-1940* (*XVIII*), Bologna, 1940, p. 176.

[40] *Annuario della R. Università degli Studi di Bologna - Anno accademico 1940-1941* (*XIX*), Bologna, 1941, p. 146.

[41] *Annuario della R. Università degli Studi di Bologna - Anno accademico 1941-1942* (*XX*), Bologna, 1942, p. 173.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

altra ragione — sconsiglio tutti i *manuali* consueti e la maggior parte dei consueti *corsi*, rivolti, evidentemente e indistintamente, non a studiosi di discipline specifiche, ma alle cosiddette persone colte » [42].

4. A questo punto si potrebbe quasi tentare di trarre una specie di conclusione, che valesse — magari — per il Torelli, ma non solo per lui.

Dobbiamo ripetere — pur mettendola, com'egli fece, fra virgolette — la definizione che il De Vergottini dette del Torelli come « puro filologo »; dobbiamo tornare all'immagine faticosa del minatore che piacque al Calasso, o dobbiamo piuttosto — se non proprio rovesciare la definizione ed abbandonar l'immagine — certo temperarle assai?

Se per filologo p u r o si deve intendere colui che il proprio lavoro scientifico finalizza interamente e senza alcun 'residuo' alla critica testuale, credo si debba dire che Pietro Torelli — filologo principe — non fu p u r o filologo. Si rileggano per intero le sue opere scientifiche sulle quali abbiamo appena spigolato, si ripercorra quel suo linearissimo impegno di maestro di scuola, e si vedrà quale fosse in lui la lucidità epistemologica del giurista di classe, quale la sicurezza con cui esercitava intorno al suo sapere l'*actio finium regundorum* con un rigore che non oserei chiamare consueto.

Si possono anche fare confronti istruttivi. Mentre Pietro Torelli cominciava ad insegnare a Modena la Storia del diritto italiano, un altro maestro di poco più vecchio di lui per età e anch'egli 'filologo' — Federico Patetta — dava alle stampe la seconda edizione della sua celebre *Introduzione* [43]. Chi vuole può confrontare questo 'classico' della nostra storiografia giuridica con le *Lezioni* del Torelli; a noi basta porre, di sfuggita, una sola domanda: avrebbe il Torelli — come fece il Patetta — così lungamente discorso ai suoi studenti di storia della storiografia, dando così largo spazio alle appendici erudite e relegando la dogmatica del diritto fra le scienze ausiliarie della storia giuridica? Ecco,

---

[42] TORELLI, *Le persone*, cit., p. 1. I corsivi sono dell'Autore.

[43] PATETTA, *Storia del diritto italiano. Introduzione*, Torino, 1927 (più nota l'edizione postuma curata dal BULFERETTI, Torino, 1947).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dette solo allusivamente, le differenze tra 'filologi puri' e 'giuristi'; ecco le ragioni che convincono a non collocar tra i primi — pur con tutti i suoi altissimi meriti di filologo — Pietro Torelli.

È questa, forse, una conclusione che potrà destare più dissensi che consensi. Ma non crediamo che quella 'messa a punto' del Torelli che abbiamo letto or ora su ciò che gli studenti di legge hanno diritto di ascoltare da chi insegna loro la storia del diritto fosse soltanto uno scatto improvviso o una battuta di spirito.

Potremmo andare anche un po' più in là; ed osservare — di fronte a quella *opinio communis* che qualifica inappellabilmente Pietro Torelli come «puro filologo» — quanto poco corretto sia voler giudicare chi fu ad un tempo uomo di scienza e di scuola sulla base soltanto del suo lavoro cosiddetto 'scientifico', cancellando arbitrariamente tanta parte d'una vicenda culturale ed umana. È un errore che si commette spessissimo, e che rivela inspiegabili sordità intellettuali (e non solo intellettuali): ma, a seguitar per questa strada, si finirebbe fuori tema.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Letture

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Crisi dello Stato e storiografia contemporanea, a cura di Roberto RUFFILLI, Bologna, Il Mulino, 1979.

« Misurarsi con la crisi dello Stato ha voluto dire per la storiografia ..., fare i conti con la sempre minore possibilità di lasciare in piedi il « soggetto » o « l'oggetto » posto al centro dell'indagine storica dallo storicismo, idealistico o meno ... Ha voluto dire per una storiografia, portata a trasformarsi in una specie di « scienza dello Stato », prendere coscienza » della difficoltà ed infine impossibilità di mantenere il proprio ruolo « sia in positivo [di] strumento per la legittimazione e la raccolta del consenso al potere statale, sia in negativo [di] strumento per la critica del suo modo di essere e di operare » (p. 8).

Ciò che significa « metter in discussione ... le spinte ... ad ipostatizzare, in chiave razionalistica od irrazionalistica, il nocciolo duro del potere », e la carica oppressiva repressiva delle istituzioni statali, oppure il « nucleo vitale » e gli automatismi organizzativi del « quotidiano » e del « vissuto », e della volontà di autogoverno di singoli e gruppi » (p. 33) e significa per contro dover riflettere su « l'arrestarsi, come a metà, della vicenda della razionalizzazione e della laicizzazione del potere, e di quello politico in ispecie » (p. 34), nonchè, una volta ridotta fuor d'ogni sacralità « la concentrazione del potere nello Stato nell'Europa moderna ... alle risultanze di « parallelogrammi » di forze produttive e di istanze ideologiche, di stimoli vitali e di esigenze organizzative » (p. 33) a riflettere ancora su come possano comporsi oggi « a livello statale e non », « equilibri funzionanti », « fra istanze di « ordine » e di governabilità ed istanze di « progresso » e di lotta contro ogni sfruttamento » (p. 35).

Questa mi pare possa essere una traccia sommaria del discorso di Ruffilli nella *Introduzione*; si può constatare come sia possibile distinguervi una « pars destruens » relativa al dissolversi dell'oggetto stato nella storiografia, ed una « costruens » che attraverso « la ripresa e l'approfondimento di talune indicazioni » (p. 33) dei saggi che compongono la raccolta si propone di individuare non le soluzioni, ma almeno gli elementi di conoscenza e consapevolezza minimi e necessari per potersi mettere sulla via d'una « processuale ed al di fuori di forme definite di istituzionalizzazione razional universalistica » (p. 35) soluzione della « crisi dello stato ». Una soluzione che smetta, infine, di far riferimento alla stessa nozione di crisi, come ha opportunamente notato, recensendo il volume, Ornaghi ne *Il Politico*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Per fortuna, si potrebbe ironicamente dire, la prudenza di Ruffilli in questa seconda parte lascia al lettore qualche spazio di autonomia e di manovra, per operazioni di distinguo e di superamento in cui anche chi scrive non mancherà sotto di cimentarsi brevemente, per fortuna dico poichè al biblico candore di colomba con cui Ruffilli esorta, nel suo saggio che chiude l'antologia e che costituisce la base documentaria per le affermazioni dell'introduzione, a ricercar i modi per « una vita individuale e collettiva sempre meno condizionata dalla paura e dal bisogno e sempre più finalizzata al dispiegamento di tutte le dimensioni della persona umana » (p. 189) si contrappone la non meno biblica astuzia del serpente, la raffinata perfidia, si vorrebbe dire, con la quale egli conduce al massacro i suoi lettori nella prima parte.

A storici, come quelli italiani, che della nozione di stato han creduto fino a dieci anni fa, qual più qual meno, di star facendo a meno, tutti intenti a seguir solo o soprattutto le peregrinazioni degli intellettuali ed i passaggi di proprietà (un po' grossolanamente si potrebbe dire che idee-basi economiche, questa è stata la via nazionale al post-idealismo), a costoro, diffidenti di teorizzazioni e modelli, a costoro, inclini a veder perciò nelle concrete proposte per « far la storia » proprie delle *Annales* un modo non traumatico per aggiornare il proprio mestiere, a costoro, egualmente sensibili alla aproblematicità espositiva (quantomeno) della storiografia anglosassone, Ruffilli insinua il dubbio della fallacia dei propri convincimenti, ed in definitiva del proprio lavoro.

Febvre quando si impegna sul tema dello stato, ed esplicita i suoi convincimenti di fondo sui modi d'essere e di strutturarsi della società umana dipende (forse) da, ed è sicuramente consonante per molti versi con, Hintze.

Lo stesso discorso, insinua Ruffilli, vale se il raffronto si fa, nel secondo dopoguerra, tra Lubasz e Schieder; infine, per venire all'Italia ed agli anni più recenti, notevoli convergenze si possono rintracciare anche fra chi d'una storiografia legata al marxismo, nella sua versione gramsciana, e aperta all'influsso delle *Annales* e della storiografia anglosassone, può dirsi uno dei più illustri « campioni », intendo Caracciolo, e chi, come Schiera, costituisce il più colto e conseguente rappresentante e rielaboratore (i medievisti e le loro interne polemiche a parte) d'una linea storico interpretativa d'ascendenza germanica che trova proprio in Hintze uno dei suoi numi tutelari.

Certo, tutto questo non è detto esplicitamente ed i saggi sono proposti a coppie sì ma in ordine rigorosamente cronologico così che il discorso più evidente è quello della progressiva, passando dall'uno all'altro e venendo a noi, e sempre più chiara « crisi dello stato » e della sua rappresentazione storiografica, ma, mi sembra, altrettanto indubbio è il giudizio che tale ordine interno involve sulla capacità delle linee storiografiche che vengono contrapposte a quella « germanica » e « so-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cialstrutturale », come la definisce Ruffilli, di oltrepassare la crisi, e la sua rappresentazione. E si tratta, evidentemente, d'un giudizio in sostanza negativo proprio per la scarsa ' sofisticazione ' dei « modelli » interpretativi adottati o, se vogliamo, più ancora, per la minore consapevolezza teorica, rispetto ai ' germanici ', con cui idee e concetti — come quello di stato — vengono accolti e maneggiati.

Peraltro il lavoro di Ruffilli non intende polemizzare soltanto con i limiti della storiografia italiana dominante, propugnando una mera rivalutazione degli indirizzi ' germanistici ' (non dominanti in realtà nemmeno colà).

Infatti se commentando il saggio di Schiera Ruffilli osserva che la conclusione cui l'A. giunge d'una crisi definitiva del « modello statale di ordine razionale e mondano, inteso come prevenzione, repressione o gestione del conflitto sociale », « appare illuminante per la riconduzione della crisi dello Stato ad una rottura sempre più in profondità degli equilibri fra razionalità materiale e razionalità formale, caratteristici della modernizzazione europea », ed appare quindi decisiva nell'economia del discorso di Ruffilli, osserva pure che « tale conclusione risulta ... un po' troppo influenzata forse da una vena per così dire apocalittica, che si lega ad un certo irrigidimento operato nei confronti della « vocazione razional-universalistica » e del « volto demoniaco del potere » nello Stato moderno » (p. 24).

Detto con minore sottigliezza — e come si può competere con chi ci è stato maestro? —, secondo Ruffilli anche la linea storiografica ' germanistica ' ha in qualche misura tradito le proprie possibilità originarie — la vocazione iscritta nel progetto d'una storia costituzionale — tendendo ad identificare nella crisi della forma stato, e per mezzo di questa crisi, una crisi generale e radicale dell'esperienza individuale e sociale occidentale.

In altre parole ancora, il problema, a me sembra, è di non credere che in passato lo stato sia *realmente* esistito: voglio dire che la descrizione della realtà sociale europea e dei modi di organizzazione del potere in essa ottenuta attraverso il concetto di stato sia stata tanto esaustiva *e cogente* da eliminare, per così dire, la differenza, la distanza, fra concetto e realtà, da dare un senso univoco e normativo a tutte le cose. Ciò credendo infatti, la crisi dello stato diventa appunto crisi generale, della realtà. Ora, che una crisi attualmente vi sia è fuor di dubbio, ma riguardo allo stato mi sembra che la sua crisi sia più chiaramente comprensibile se la si intende come la crisi della rappresentabilità dell'idea di stato/società civile/mercato, come la crisi dell'efficacia ordinatrice della realtà da parte di queste concettualizzazioni.

Quando Ruffilli lamenta la mancata laicizzazione del potere mi sembra voglia intendere appunto questo; che intendere la crisi dello stato come crisi dell'ordinamento della società (del potere in definitiva), la crisi dello stato come crisi radicale della possibilità di criteri razio-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nali di ordinamento della realtà sociale, significa attribuire ancora un valore intrinseco al termine stato, rifiutarsi di considerarlo come uno dei, sempre provvisori (e perciò non mai riassuntivi del senso della storia), modelli organizzativi delle forme umane di aggregazione.

Non per nulla, si può osservare incidentalmente, da questo rifiuto può emergere da più parti, con assoluta indifferenza agli apparenti schieramenti politici, la teorizzazione dell'autonomia del politico, in quanto modo per salvare il valore che si crede intrinseco allo stato, della razionalità politica e, per il collegamento inscindibile che essa ha con la razionalità del sociale, pratica, quotidiana, anche questa.

Ma in verità anche per questa via si arriva ad incrementare la crisi dello stato, a scoperchiarlo dall'alto, direbbe Ruffilli; inoltre questa estrema sofisticazione del modello stato pare poter essere solo di breve respiro per tutto quanto Ruffilli stesso mette in luce degli svolgimenti della « crisi dello stato » e soprattutto per il punto chiave della progressiva impraticabilità d'una distinzione di stato e società. Ed egli propone infatti come meno illusorie le prospettive che la crisi dello stato (ed il dato sopra detto in particolare) offre ad uno scoperchiamento dal basso dello stato stesso.

Ritiene preferibile, in vista d'una laicizzazione del potere che attualmente per ciò solo pare dover essere comunque favorevole alle odierne masse subalterne, puntare sulla prospettiva non del rafforzamento teoretico del potere di decisione, ma della configurazione di nuove rappresentazioni — ancora senza nome che non sia quello generico di sistema — del parallelogramma di forze, istanze, stimoli, esigenze sopraddette.

Certo con l'esaurirsi dell'efficacia della rappresentazione del reale inscritta due secoli fa all'incirca nella costellazione dei concetti che stanno fra stato e mercato, s'esaurisce anche la possibilità d'una rappresentazione, direbbe ancora Ruffilli, « razional-universalistica » sul piano teorico e, al contempo, in quello effettuale (si tratta di distinzioni di piani che si fanno soprattutto per comodità d'espressione) di quelle determinate descrizioni dei gruppi sociali che si definiscono classi.

Il che non significa che scompaia, col razionalismo sempre più sottile nel corso degli ultimi due secoli, la razionalità, che vi sia crisi della ragione; più semplicemente (e non è certo cosa di poco momento) fuori (provvisoriamente?) da ogni ipostatizzazione si ammette che la realtà non è mai trasparente, ed è perciò sempre solo parzialmente rappresentabile, si prende coscienza della precarietà, parzialità e relatività dei punti di vista adottati, degli equilibri sociali che via via si formano — si sono formati, si formeranno —.

Che ciò comporti una crisi della ragione, come dicevo, non credo: semmai di alcuni storicamente determinati modi di ragionare che sono, in prospettiva, solo una delle manifestazioni della ragione occidentale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anche qui non si tratta in nessun modo di cosa da poco: poichè dire, ellitticamente, che la crisi dello stato è anche la crisi del soggetto, assolutizzatosi da Kant in poi, che la crisi dello stato è la crisi dell'atomismo sociale necessario a descrivere la società civile relativa allo stato moderno, significa rimettere in discussione i presupposti stessi sui quali si è organizzata buona parte del nostro sapere nel campo sociale e politico, quello anche, che rielaborando una realtà diversa e meno omogenea di quanto le nostre ricostruzioni l'abbiano fatta, abbiamo definito il nostro umanesimo.

Profilo questo, della crisi del soggetto, del cosiddetto umanesimo contemporaneo lo dico per inciso, e per inciso butto lì l'annunciato superamento, che forse resta un po' in ombra nella prospettiva di Ruffilli, che al soggetto, alla « persona », sembra far un credito illimitato con il rischio forse di tener fermi da questa parte i valori storicizzati dalla parte dello stato.

Col che, in ogni modo, siamo arrivati veramente alle estreme conseguenze e conclusioni del lavoro di Ruffilli, il cui impegno analitico e la cui precisione espositiva nella descrizione dei vari passaggi storiografici della crisi dello stato sono risultati qui tuttavia sacrificati; il che mi pare, vista la lunghezza della recensione, una riprova del grande interesse del lavoro.

Un interesse, oserei dire, quasi eccessivo visto il silenzio conservato, riguardo al volume, per quanto mi consta, dalle riviste storiche italiane nell'anno abbondante ormai trascorso dalla sua pubblicazione.

Forse che i suoi lettori non sono stati coloro — gli storici innanzitutto — per i quali è stato scritto oppure, anche, chi ha paura di Roberto Ruffilli?

CESARE MOZZARELLI

Des libertés et des peines. Actes du Colloque Pellegrino Rossi, organisé à Genève, les 23 et 24 novembre 1979 (Mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève, n. 65), Genève, Librairie de l'Université, Georg & C., 1980, 270 pp.

Nel 1979 si sono compiuti 150 anni dacché Pellegrino Rossi, già da un decennio, all'epoca, professore nell'ateneo ginevrino, pubblicò a Ginevra e Parigi il suo *Traité de droit pénal*, destinato a segnare in modo significativo la storia del pensiero penalistico lungo tutto il secolo XIX. La Facoltà giuridica di Ginevra non si è fatta sfuggire la ricorrenza, e neanche l'occasione. È così che il Dipartimento di storia del diritto e delle dottrine giuridiche e politiche di quella Facoltà, diretto dal professor Ivo Rens, ha organizzato con cura un seminario

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sulla figura — non solo giuridica o 'penalistica' — di Pellegrino Rossi, di cui questo volume di *Actes* rende riccamente conto.

Si è trattato di una riflessione attenta, articolata in diverse 'sezioni', che ha rifatto il punto sull'opera e sulla figura di quel particolare tipo di intellettuale che fu Pellegrino Rossi, uomo dalle quattro vite — secondo l'ormai famosa immagine di Meuccio Ruini — ma anche dalle quattro nazionalità e, perché no, dalle quattro scienze: lui che fu romanista, penalista, economista e costituzionalista, testimoniando anche nella diversità degli interessi la ricchezza del suo impegno culturale e scientifico e forse, insieme, la sua sicura inclinazione alle pluralità, alla versatilità ed all'eclettismo.

Il *Colloquium* ginevrino ha rifatto il punto su Pellegrino Rossi ed ha marcato una svolta importante negli studi rossiani. Intanto ne ha notevolmente elevato il tono: l'attenzione che fino ad oggi si era focalizzata soprattutto sulla affascinante biografia di quel personaggio singolare, e sulla biografia spesso aveva misurato e condizionato anche lo sviluppo dell'analisi scientifica, si è spostata stavolta sulla produzione scientifica di Pellegrino Rossi, misurandone il valore ed il peso, e raffrontandola in modo accurato con quanto si è venuto facendo in Europa in quei primi cinquant'anni del secolo passato.

In questa prospettiva, diciamo così, di comparazione, si sono mossi in particolare alcuni degli studiosi intervenuti; dai loro saggi è venuto, credo, il contributo più vivo e fertile: quello dal quale si può partire per approfondire ulteriormente i termini della scienza giuridica europea dall'età della Restaurazione al 1848, e quindi — in ultima analisi — quello che meglio rende allo stesso Pellegrino Rossi ciò che è essenzialmente suo: il riconoscimento di essere stato tra i pochi intellettuali di respiro europeo nel campo della riflessione sul diritto nella sua epoca e — cosa anche questa significativa — di avere conseguito tale riconoscimento solo in anni recenti, grazie ad una riflessione più attenta, ed anche più informata, sulla storia del pensiero giuridico del XIX secolo.

Va certamente in questa direzione lo studio di Pio Caroni, *Pellegrino Rossi et Savigny. L'école historique du droit à Genève,* che insieme a quelli di Alfred Dufour, *Pellegrino Rossi publiciste,* e di Ivo Rens, *Rossi économiste,* mi sembra tra i più densi e ricchi di spunti; e un discorso a parte dovrà essere fatto per la sezione penalistica, seconda parte del volume degli *Actes,* nella quale si raccolgono i contributi di Jean Pradel, *L'apport de Pellegrino Rossi à la théorie de l'infraction,* di Philippe Graven, *La politique criminelle néo-classique,* di Bernard Lescaze, *Rossi et la systematique du droit pénal ou la forme d'un traité,* e quello, eccellente, di Robert Roth, dedicato a *Rossi, de la théorie à la pratique de la législation criminelle.*

Completano il volume: una analisi delle dottrine romanistiche (e civilistiche) di R., lette a guisa di chiave ricostruttiva delle sue idee

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

politiche, delle sue concezioni sociali, del suo modo di vedere compiti ed attività dello Stato e, ovviamente, delle sue convinzioni giuridiche, dovuta ad Hans-Peter Benhör (*La politique du droit à travers le droit romain*), che ha lavorato in particolare sui primi corsi ginevrini di R., svelando quanto dell'intellettuale maturo e della sua ideologia giuridica si veniva formando in quelle prime esperienze di ricerca ed in quelle prime riflessioni, svolte per la scuola; un saggio di Bruno Schmidlin su *L'éclectisme philosophique de Rossi dans sa conception d'une nouvelle étude du droit*, svolto soprattutto a partire dallo scritto che R. premise al primo numero delle *Annales de législation et de jurisprudence*, pubblicato nel 1820, e che intitolò « De l'étude du droit dans ses rapports avec la civilisation et l'état actuel de la science », nel quale si da conto di alcuni dei suoi debiti culturali, sottolineando quello che certamente è uno dei massimi limiti di R., consistente nel tentare sincretismi troppo audaci, o « collages philosophiques et méthodologiques », che mettono audacemente insieme Savigny e Bentham o colossi come Kant e mediocri figure di contorno come Franz von Zeiller; alcune puntualizzazioni di carattere essenzialmente biografico, che mettono in rilievo momenti particolari della vita intellettuale o politica di Pellegrino Rossi, insistendo sul suo periodo murattiano (Janine Buenzod, *Du proscrit italien au bourgeois de Genève*), sugli inizi del suo interesse per la scienza economica (Sven Stelling-Michaud, *Comment Rossi a-t-il lu et jugé Sismondi?*), sull'esperienza, infine, del governo pontificio (Laurent Chevailler, *Pellegrino Rossi, Ministre de Pie IX*).

Ma torniamo per un momento all'analisi che dell'opera di R. viene fatta, nel contesto della cultura europea del suo tempo, negli scritti di Caroni, di Rens e di Dufour. Pio Caroni sviluppa le sue considerazioni sul R. romanista e storico del diritto in continuità con il discorso più ampio che da qualche anno è venuto facendo su Friedrich Carl von Savigny e sulla scuola storica del diritto (1), dandoci una ricostruzione accurata, meticolosa, quasi puntigliosa, del rapporto culturale che si istaurò tra R. e la scuola storica e del peso che tale rapporto ebbe sugli stessi orientamenti ideologici del nostro autore. « En proposant en 1819 au public genevois incrédule et surpris — scrive Caroni verso la fine del suo saggio — une histoire juridique romaine

(1) Penso alla relazione tenuta da C. al recente Seminario di studi su Savigny tenutosi a Firenze per iniziativa del fiorentino Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, dal titolo *Teoria e prassi della codificazione nell'ottica savignyana*, che mentre scrivo è in corso di pubblicazione nel volume 9 (1980) dei *Quaderni fiorentini*, e penso ad altri saggi di C., quali *Savigny und die Kodifikation. Versuch einer Neudeutung des « Berufes »*, in *Savigny Zeitschrift*, G. A., 86 (1969), pp. 97-176; *Savignys « Beruf » und die heutige Krise der Kodifikation*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 39 (1971), pp. 451-476; e *Der unverstandene Meister? Savignys Bemerkungen zum österreichischen ABGB*, in *Festschrift Hermann Baltl*, Innsbruck, 1978, pp. 107-122.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

imprégnée des conceptios de Savigny et de Niebuhr, Rossi renia implicitement son passé révolutionnaire et donna ainsi également la preuve d'une absolue loyauté à l'égard de l'Etat genevois de la Restauration »: osservazione giusta, ed anche fertile, che sottolinea una delle caratteristiche costanti della figura di R., per il quale impegno politico e strategie culturali si legarono sempre con coerenza molto forte: e basterebbe, per confermarlo, soffermarsi su altri passaggi dell'attenta analisi di Caroni: dal discorso sulla « jurisprudence nationale », escogitazione rossiana tesa a legare le esigenze della riforma (anche legislativa) del diritto a quelle della valorizzazione dei ' bisogni nazionali ' (si sente, dice Caroni, l'influenza della nozione del *Volksgeist*), fino a quello sulla codificazione, rispetto al quale R. introduce un dualismo *code / loi détachée et spéciale* che gli consente, dichiarandosi più favorevole alla seconda, di soddisfare insieme il suo eclettismo di fondo e le necessità della sua opera di ' legislatore ' ginevrino e svizzero negli anni venti del secolo passato. La stessa adesione di R. alla scuola storica, afferma Caroni avanzando un'ipotesi che è poi circolata in altri interventi ed ha finito per costituire uno dei profili più interessanti emersi nel *Colloquium*, si spiega con il suo orientamento ideologico: egli vedeva nella nascita stessa della scuola storica « le désir de combattre sur le terrain scientifique la Révolution française et les théories qui lui servirent de support »; R., però, non fu in tutto e senza riserve un avversario della Rivoluzione e dei principi dell'89 (da quello dell'uguaglianza civile, tanto per fare un esempio, a quello dell'unità nazionale), e dal momento che egli non fu disponibile alla rinuncia a quei frutti della ' rivoluzione sociale ', pensò anche di non poter aderire interamente ed in modo incondizionato ai punti di vista della scuola storica. Un rapporto dialettico, una partecipazione condizionata, che mostrano una coerenza tra moderatismo politico ed equilibrio culturale in cui l'unica difficoltà sta probabilmente nel discernere quale dei due atteggiamenti è all'origine dell'altro.

Dicevo, e vorrei insistere nell'affermazione, che uno dei motivi ricorrenti che hanno caratterizzato il *Colloquium* ginevrino è stato quello della individuazione di un nesso molto stretto tra le scelte culturali di Pellegrino Rossi ed il suo orientamento politico (o, addirittura, tra quelle scelte e le diverse fasi del suo *impegno nella politica*). Certo, il personaggio si presta in modo particolare ad essere sottoposto ad una simile chiave interpretativa, ma bisogna anche dire che tale chiave interpretativa si è imposta in più di un intervento come conseguenza di una scelta metodologica pressoché inevitabile; e ciò non tanto perché si è trattato di una figura *composta* — e non *semplice* — come quella di P. R., quanto per la ragione che tutta la fase della Restaurazione e quella successiva degli anni trenta e quaranta del secolo scorso furono caratterizzate dalla presenza sulla scena (e spesso

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ai vertici delle classi dirigenti) di intellettuali-politici e di politici-intellettuali che impongono agli storici un modo di procedere attento agli incroci tra cultura, ideologie e compromissioni politiche.

Elementi per la convalidazione di un simile modello sono largamente presenti anche nell'intelligente saggio di Ivo Rens sul R. economista: forse, scrive Rens, non si è sufficientemente meditato sulle circostanze storiche che presiedettero alla istituzionalizzazione dell'economia politica, scienza nuova della borghesia trionfante, i cui protagonisti (« les premiers économistes professionnels qui se trouvèrent être de surcroît professeurs d'economie ») « ... furent tout naturellement tentés de justifier l'état socio-économique du moment par la science qui, en fait d'autorité, leur paressait devoir être une valeur plus sûre que la religion ».

Rossi sale la cattedra di economia politica del Collège de France grazie ad una « combine » di politica e cultura gestita dal triumvirato-Guizot-Thiers-de Broglie, che si collegava all'amico ' ginevrino ' soprat tutto attraverso l'ultimo dei tre, e che teneva conto della garanzia di continuità rappresentata dagli orientamenti politici di R. (amico di Cousin, legato a de Broglie) e della sua rassicurante sudditanza culturale, quanto all'economia politica, nei confronti dell'antecessore Jean-Baptiste Say. Poi, subito dopo, Guizot porrà anche il suo suggello su questo intellettuale così organico alla politica francese di quegli anni, creando per lui una nuova cattedra di diritto costituzionale alla Ecole de droit dell'Università di Parigi, dalla quale R. avrebbe insegnato i principi della nuova Costituzione e difeso il nuovo sistema politico: « Quant à l'objet et à la forme de cet enseignement — dirà Guizot nel suo rapporto al Re sulla istituzione di quella cattedra — ils sont determinés par le titre même: c'est l'exposition de la Charte et de ses garanties individuelles, comme des institutions politiques qu'elle consacre ... »: l'economia politica intesa come dottrina politica, finisce per fare del suo insegnamento una forma di razionalizzazione e difesa del sistema di potere esistente. Del resto, R. non si limitò a difendere il governo ed il potere politico nei quali si riconosceva, ' usando ' il suo insegnamento e le sue teorie; lo fece anche attraverso accurati silenzi. E « chaque silence de Rossi economiste — conclude acutamente Rens — est un acte d'allégeance au système en place et singulièrement au pouvoir politique, de sorte que notre auteur me semble constituer un remarcable prototype de la race des économistes et des scientifiques officiels qui, en raison même de leur compétence institutionnalisée, sont aujourd'hui les instruments les plus efficaces de la perversion technocratique de nos sociétés industrielles ».

La linea della connessione tra idee politiche e convinzioni culturali nell'esperienza rossiana non poteva non essere messa metodologicamente al centro dell'analisi nel saggio che ha per oggetto, si direbbe per ec-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cellenza, il sistema politico generale escogitato dal nostro autore. Mi riferisco alle attente riflessioni di Alfred Dufour sul R. ' pubblicista ': il R. della fase francese, soprattutto, che si confronta con le idee politico-costituzionali del suo tempo, sul terreno della ' scienza delle costituzioni ', che è proprio quello tipico della riflessione politica (e della costruzione della moderna scienza politica) in quei primi decenni dell'ottocento.

Il saggio di Alfred Dufour colma effettivamente una lacuna grande ed antica nelle nostre conoscenze rossiane, e la colma in modo estremamente accurato, con una singolare capacità di penetrazione e completezza che riescono a dare un'immagine autentica dell'ideologia politico-culturale di R., partendo dall'opera sua meno studiata e ritenuta fino ad oggi meno significativa. La concezione che R. ebbe del diritto pubblico, la questione del fondamento della società politica, quelle della finalità e dell'organizzazione dello Stato, i grandi temi della libertà, della loro composizione con le necessità della vita e della trasformazione del sistema politico, ed infine la dialettica tra governo, società e principi costituzionali, vengono fatti oggetto di una descrizione che li porta alla luce, consegnandoci un ulteriore aspetto del R. intellettuale politico. Dice giustamente Dufour che in materia di diritto pubblico l'opera di Pellegrino Rossi ci si presenta come « oeuvre d'ordre parlementaire et d'ordre diplomatique, voire d'ordre gouvernamental »: un'opera fondata in primo luogo sulla convinzione che occorra praticare mediazioni, sintesi e compromessi, per costruire una società politica bene organizzata, e sulla certezza che qualsiasi ordine razionale si realizza solo a patto di « Saisir les principes, leur portée et leur points d'intersection avec exactitude »: sono questi i fondamenti di qualsiasi scienza e di tutte le cose (2).

Restano, a questo punto, i saggi che compongono la parte centrale del volume e che per essere dedicati al R. penalista sono quelli che più direttamente celebrano la ricorrenza anniversaria del *Traité de droit pénal.*

---

(2) Vale la pena di citare per esteso un passo, richiamato da Dufour nel contesto della sua ricostruzione dell'ideologia politico-costituzionale di R., che molti altri hanno parimenti utilizzato perchè significativo e quasi esplicativo del ' programma ' rossiano: « Je finirai par un exemple pris dans le droit que nous expliquons. Nous avons parlé du principe de l'unité nationale. Eh bien! prenez ce principe seul, considérez-le comme puissance unique, absorbant tous les autres, vous arriverez à la plus déplorable tyrannie ... Il faut donc que d'autres principes arrivent, que les principes de liberté et d'égalité viennent à leur tour et le système rationnel se trouvera non dans un principe unique, mais au point d'intersection de ces principes divers, et quand le pouvoir absolu invoquera l'unité, c'est au nom de la liberté et de l'égalité que nous poserons les limites dans lesquelles il doit se tenir ... » (P. Rossi, *Cour de droit constitutionnel ...*, recueilli par M. Porée, in *Oeuvres complètes de P. Rossi*, Paris, 1866-67, II, p. 11).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Contributo di notevole respiro è quello di Philippe Graven. La politica del diritto penale ' neo-classica ' (secondo un'espressione cara a Marc Ancel), viene ripercorso da Graven in modo brillante ed efficace, con l'inserimento del *Trattato* di Rossi in una via di mezzo tra Beccaria e Bentham che, confermando il carattere mediatòrio degli orientamenti del nostro, finisce per condannarlo una volta di più alla sua immagine di pensatore eclettico. « Vient Rossi — si legge a p. 118 — qui n'est ni Beccaria ni Kant, et c'est en cela qu'il est ' neo ', mais qui ne serait pas sans Beccaria et Kant, et c'est en cela qu'il est classique ». I caratteri fondamentali del contributo che alla storia del diritto penale vengono dal *Traité de droit pénal* sono colti bene, e tratti all'evidenza anche là dove essi rimanevano nascosti sotto formulazioni non esplicite o mascherati nel complesso dell'opera — non solo penalistica — dell'autore. Rossi, ricorda Graven, riprende alcune battaglie ingaggiate senza successo dai suoi predecessori, come quelle per i principi della legalità, per la semplicità e trasparenza delle leggi, contro l'abuso del giuridismo, contro la tricotomia delle violazioni e contro l'inflazione delle incriminazioni, per i diritti dell'accusato e per il loro allargamento. C'è insomma in lui quel tanto di ' reazionario ' che è necessario a chiunque voglia essere a sufficienza liberale (3). Ma c'è soprattutto un notevole patrimonio dottrinale, e non solo dottrinale ma di orientamento ideale, che dal *Traité* si è trasmesso, attraverso una lunga trasmigrazione teorica, fino all'esperienza penalistica dei nostri giorni; basterà pensare alla lunga discussione che R. fa su di un tema di obbligo in quella fase degli studi penalistici, e cioè al ' diritto di punire ': l'attualità, dice Graven, di quelle impostazioni, sussiste per poco che uno le rapporti non all'esistenza, ma all'esercizio del ' diritto di punire ': perché oggi non meno di ieri la sanzione penale va concepita come un ' biasimo ' inflitto in ragione di un venir meno al dovere di fare o di non fare, che il corpo sociale non può esimersi dallo stabilire, e non come uno strumento coercitivo di ' difesa sociale ', incolore dal punto di vista etico e utilizzato per conseguire obiettivi di ' educazione ', di ' trattamento ' o di ' neutralizzazione ' che competono al diritto amministrativo. Ma quel ' biasimo ', aggiunge Graven, che è senza dubbio — da un punto di vista sociologico — l'arma migliore che il potere pubblico possiede per il mantenimento dell'ordine, ha valore pedagogico preventivo solo a condizione di essere misurato ai meriti ed ai demeriti di colui che ne è colpito: postulato dal quale deriva, tra l'altro, uno dei più significativi dualismi punitivi contemporanei, quello tra pene e misure di sicurezza, tipico dei codici odierni, « qui sont tous eclectiques en reconnaissant que les exigeances

(3) « Classique — scrive Graven con acuta espressione — il l'est d'abord parce qu'il se montre à son tour libéral et donc réactionnaire. Semblable en cela aux ' intellectuels de gauche ' du Siècle des Lumières, il veut en premier lieu détruire ... » (p. 118).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de justice contrôlent les exigeances utilitaires: les effets que la peine ' juste ' ne pourrait produire se peuvent rechercher par d'autres moyens, eux-mêmes soumis à l'impératif de la proportionnalité ».

Modernità di R., dunque: ma l'osservazione sarebbe banale e potrebbe sembrare di routine in una celebrazione, se non si sostanziasse concretamente alla luce di una critica più penetrante. È ciò che fa con metodo efficace Bernard Lescaze, esaminando dal punto di vista strutturale il *Traité*, alla ricerca di una sistematica rossiana del diritto penale (con buon respiro culturale, riferimenti ricchi e dominio del ragionamento); ed è ciò che fa anche Jean Pradel riflettendo, pur con qualche semplificazione e qualche lacuna nel fornire il panorama dell'esperienza classica del diritto penale, sull'apporto di R. ad una teoria dell'infrazione. Ma l'immagine che del giurista Rossi emerge da questi contributi penalistici non si lega a quella tratteggiata da Caroni, da Rens e da Dufour, se non parzialmente. Il punto di vista ricostruttivo diverso produce articolazioni e le valorizza, consegnandoci una versione ancora più complessa della personalità scientifica del nostro autore.

Diverso è il caso della relazione di Robert Roth sul Rossi legislatore penale (*Rossi de la théorie à la pratique de la législation criminelle*), che mette felicemente in opera i caratteri distintivi del giurista R., colti con una singolare capacità di penetrazione, proprio nel delineare i termini della attività legislativa del ' ginevrino ' sul terreno che gli era più congeniale. È il politico del diritto che viene da Roth disegnato e ricostruito: viene ripercorso il sistema dei rapporti tra R. e le scuole di diritto criminale alle quali egli doveva la sua formazione; viene fatta emergere la coppia ' princìpi fondamentali / principi dirigenti ', che tanto peso ha avuto in tutta la teoria rossiana della ' applicazione ' giuridica; viene valorizzata la centralità del programma delle ' leggi particolari ' e messa in campo la ' teoria del legislatore ', che pure ebbe grande importanza nella visione politica di Pellegrino Rossi. Infine, Robert Roth da conto di alcune posizioni particolari che R. prese in ordine a questioni specifiche e che pure valgono a completare ed arricchire la sua immagine di giurista *politisé*: la questione della giuria (un classico della discussione ottocentesca sulla politica del diritto criminale), la questione dell'istruzione dei processi (connessa a temi ricchissimi di organizzazione giudiziaria) e quella — anch'essa classica — delle pene e del sistema punitivo in generale. Temi che avrebbero potuto essere completati con quello, altrettanto decisivo, delle garanzie processuali, sviluppato significativamente nel *Cours de droit constitutionnel*, che R. aveva individuato come luogo al quale per eccellenza riservare le questioni fondamentali connesse alle libertà pubbliche: e la procedura penale, momento, per lui, del ' diritto pubblico politico ', è certamente, a sua volta, il luogo teorico tipico della organizzazione e garanzia di alcune delle più importanti e delicate libertà.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il quadro sintetico che ho cercato di dare del *Colloquium* ginevrino e dei risultati scientifici che ha permesso di acquisire non può certamente dare un'idea adeguata di quei lavori e del loro valore. Chiunque abbia cercato di dare conto di opere 'collettive', specie quando si tratta di Atti di convegni come questo, sa bene che è quasi inevitabile fare torto alle esperienze di ricerca e discussione che quelle opere hanno prodotto. Posso dire, però, che quella lunga, attenta, qualificata riflessione su Pellegrino Rossi e sull'opera sua era necessaria ed è stata all'altezza delle aspettative: un grande del pensiero giuridico (e politico) ci viene restituito prescindendo dalla sua 'leggenda' e con la sottolineatura della sua contemporaneità, talora sorprendente; un politico del diritto estremamente attento ai diritti della politica, viene sottoposto ad una critica non ostile a questo aspetto caratterizzante della sua personalità, ma favorevolmente disposta ad accettare proprio tale aspetto come chiave centrale per una sua corretta ricollocazione nella storia del pensiero giuridico moderno. Sono risultati importanti, che consigliano perseveranza.

MARIO SBRICCOLI

Maurizio FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco* (Per la storia del pensiero giuridico moderno, n. 8), Giuffrè Editore, Milano 1979, pp. 432.

1. Maurizio Fioravanti ha dedicato questa sua prima monografia alla storia di un primato: quello rivendicato e finalmente ottenuto dai giuristi tedeschi nel corso dell'Ottocento, volto all'organizzazione o strutturazione del «sociale» e del «politico» in chiave scientifica perchè esclusivamente giuridica. Una storia che è al contempo quella di un indubitabile successo, periodicamente rinnovato a livelli sempre diversi, ma che conosce un epilogo amaro o quantomeno sconfortante. Perchè decolla con il Savigny della *Methodenlehre* (1802-1803), vien rinnovata con il Gerber dei *Grundzüge* (1865), raggiunge l'apice (che prelude al declino) con lo *Staatsrecht* di Laband (1876), per poi arenarsi nelle secche delle perplessità di Georg Jellinek (*Allgemeine Staatslehre*, 1900). Una storia, come si vede, tutta attenta alla riflessione giuspubblicistica e massime al momento in cui questa assume il metodo escogitato dalla giurisprudenza dei concetti: che finora era stato applicato solo nell'ambito privatistico. Proprio questo trasferimento dall'un campo all'altro è una chiave di volta di questa ricerca, poichè l'autore vi vede il segno non solo della continuità, ma anche del rinnovamento di quel primato.

Il tema era dunque allettante, ma anche insidioso: poteva offrire un'esca fatale proprio in ragione di quella *continuità*, della quale ci si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

doveva pur occupare, per negarla o per appurarla. E sarebbe allora stato facile scrivere un libro consolante e quasi edificante, idealisticamente impegnato, offrire « una storia solo culturale, che cerchi di mostrare i punti di continuità, come anche i momenti di frattura, tra le elaborazioni dei giuristi di maggior rilievo nella seconda metà del secolo e le opzioni metodologiche savignyane » (1). Il tema scelto da Fioravanti involveva questa tentazione: e per questo l'ho definito insidioso. Ma Fioravanti non si è lasciato irretire da essa ed ha costantemente rifiutato ogni approccio idealistico e nominalistico lungo tutto il filo del suo discorso. Vorrei quasi dire che ha scritto questo libro per dimostrare che c'è un solo modo per ricostruire la storia del primato del giurista senza farne una parabola aberrante: quello di collegarla in modo non solo contingente o puntuale, ma bensì *strutturale* alla contemporanea storia politica, economica, sociale. Non si può dissentire, se solo si rifletta su un fatto: il primato dei giuristi, come vedremo, non operava in un'atmosfera asettica e depoliticizzata, ma coinvolgeva *necessariamente* le strutture statuali e sociali, perchè significava al contempo rifiuto dello Stato-legislatore, negazione della sua facoltà/capacità di mediare i conflitti sociali; e quindi proprio quel primato poteva nascere e rafforzarsi solo all'interno di un preciso quadro istituzionale e sociale.

Il primo grande merito di quest'opera, quello che già preliminarmente la distingue in misura più o meno marcata da analoghe ricerche pubblicate in Germania qualche anno fa (2), è proprio questa disponibilità dell'autore a verificare la continuità dall'interno del processo storico (3) e quindi a vedere nel successo delle opzioni savignyane sulla centralità della scienza giuridica meno la prova della loro intrinseca e teorica stringenza, che la loro maggiore rispondenza alle concrete attese politiche emergenti nei singoli periodi storici studiati. Questo rilievo permette di capire e giustificare lo spazio che l'autore concede alle teorie perdenti: del giovane Lorenz v. Stein, di Otto von Gierke, Georg von Beseler, Rudolf von Gneist, Robert v. Mohl, Albert Hänel, ecc. Teorie che furono prontamente dimenticate, espunte, malcapite o forse, più onestamente, che non corrispondevano sempre agli interessi primordiali di chi deteneva ed amministrava il potere politico, e che spesso *anche per questo motivo* restarono sulla carta.

2. L'autore suddivide il lavoro in quattro capitoli, ai quali corrispondono altrettanti periodi dell'evoluzione politica e sociale tedesca.

---

(1) M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano 1979, p. 128.

(2) Alludo alle opere di *W. Wilhelm*, *P. von Oertzen* e *E.-W. Böckenförde*, citate da FIORAVANTI a p. 14 n. 1, 125 n. 270 e finalmente 49 n. 91.

(3) È significativo il rimprovero fatto ad altri autori di aver negletto questa verifica (ad es. p. 317 n. 1).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il *primo* è dedicato al cosiddetto *Vormärz* (4) ed è caratterizzato meno dall'emergere della nuova società di classe, che dal persistere — palese o larvato — dell'antico assetto cetuale. Fioravanti (forse qui caricando un pò) ritiene ancora appurabile a metà secolo una società « nella quale politico ed economico vivono in modo indistinto, nella quale i conflitti sociali non appaiono nel loro nudo contenuto economico, ma sono mediabili in virtù delle strutture politiche ancora esistenti nella *societas civilis* — da quelle cetuali a quelle delle corporazioni, o alla stessa famiglia — nella quale ancora hanno modo di prevalere i dati etico-culturali come elementi unificanti » (5). A questa società, ancora tutta scansionata organicamente, era congeniale la teoria savignyana. Essa affidava al giurista il compito di interpretare immediatamente lo spirito popolare. Così facendo propiziava una lettura scientifica dell'esistente e sanzionava il prevalere della scienza giuridica sulla legislazione, del diritto sulla politica. Dal confronto uscivano sconfitti i teorici liberali, i germanisti della scuola storica (non raramente attivi in politica fra i ranghi dei liberali) ed i critici hegeliani, e per essi soprattutto il giovane Lorenz von Stein (6). La loro sconfitta fu determinata dalla debolezza teorica delle loro proposte, che conseguiva all'incapacità — a tutti comune, anche se non in ugual misura — di intuire, percepire e analizzare l'evoluzione in atto nella società (7). Questa incapacità aveva sancito l'inadeguatezza pratica delle loro alternative ed al contempo facilitato il compito di chi si adoperava per difendere il primato della scienza sull'« arbitrarietà » della politica.

Nel *secondo* capitolo (8) si esamina il decennio seguito alla rivoluzione del 48. Il fallimento dei moti rivoluzionari aveva occasionato l'alleanza (o il compromesso) fra l'*Obrigkeitsstaat* prussiano e la classe borghese-capitalista: alleanza che segnò anche l'inizio della *crescita separata* dei due poteri. Da una parte quello politico, in mano alla Corona ed ai vecchi ceti ed esercitato ora secondo moduli rigidamente reazionari; dall'altra quello economico, monopolizzato da una borghesia oramai durevolmente esclusa dalla gestione della cosa pubblica. Che però ora, nella nuova contingenza e nella necessità di insistere sulla capacità della società civile di mediare autonomamente i propri conflitti e di porsi così a modello di comunità armonica e meglio *Gemeinschaft*, riscopre Savigny. Quel Savigny, che aveva svolto tutto il suo ragionamento partendo dal concetto di *Volk* — sul quale ritornerò, perchè è centrale — e che aveva perciò ipotizzato un equilibrio tutto esterno all'organizzazione statale, frutto esclusivo del perdurare e

(4) *Op. cit.*, p. 13-126.
(5) *Op. cit.*, p. 92.
(6) Alla figura di Lorenz v. Stein ed all'analisi delle sue opere giovanili Fioravanti ha dedicato le pagine più umanamente « partecipate » della sua ricerca.
(7) *Op. cit.*, p. 45, 48, 55-58, 89-93.
(8) *Op. cit.*, p. 127-211.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'operare di forze storiche culturali. Ma è chiaro, e l'autore lo sottolinea spesso, che siamo ben lontani dalla semplice riscoperta. Poichè sotto la spinta della rivalutazione del concetto di *Volk* e di tutto quanto di *organico* questo concetto implicava, avviene proprio in questo periodo il decisivo avvicinamento al campo giuspubblicistico. Vanno viste in questa luce le opere pubblicate nel 1852 da J. K. Bluntschli e C. F. v. Gerber ([9]): ambedue espressione ed al contempo riflesso « del compromesso in atto fra la borghesia e i vecchi ceti, tra il movimento liberale e le vecchie strutture politico-istituzionali » ([10]). Mi pare importante insistere sulle condizioni che presiedettero a questo primo tentativo di aggregare la problematica statuale alla riflessione storicistica: sono tutte dettate dalla *filosofia politica organicistica*. Essa negava l'ipotesi di una dissociazione fra stato e società e quindi espungeva dal proprio quadro l'esame delle concrete dinamiche sociali. Non concepiva nessun contrasto fra Stato e *Volk* poichè — appunto organicisticamente — li identificava. Si proponeva così come l'unico attendibile fondamento di una scienza dello stato e del diritto pubblico, poichè presentava lo stato quale frutto di « uno sviluppo costituzionale naturale e necessario, privo di scosse e di contraddizioni, sganciato dalla lotta politica ed economica » ([11]): appunto stabile e pacificato. A queste condizioni il diritto poteva tentare di affermarsi anche a livello di strutture statuali, di giuridicizzare lo Stato ([12]).

Il *terzo* periodo ([13]), che copre all'incirca il decennio fra il 1860 e la fondazione del Reich, è caratterizzato dal conflitto costituzionale prussiano (1862-1866). Da questa prova di forza fra la Corona, Bismark e le Camere emerse un nuovo modello di Stato, come i liberali mai avevano desiderato e voluto e che segna quindi — sul terreno dei fatti — la sconfitta del loro organicismo. Uno stato « capace di programmare, d'intervenire sui concreti problemi sociali ed economici e di avviare, infine, il processo di unità nazionale » ([14]). Fra i giuristi variamente debitori della filosofia organicistica, uno solo seppe intuire nell'evoluzione in atto una crescita inarrestabile ed irreversibile dello Stato-persona e del potere politico, alla quale nulla valeva opporre declamazioni o stanche speculazioni filosofiche. Fu — ancora una volta — F. C. von Gerber. I suoi *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, pubblicati in prima edizione nel 1865 ([15]) descrivono ed al contempo legittimano l'evoluzione in atto in Prussia. Ma, più ancora, siglano l'alleanza fra burocrazia e scienza giuridica, lasciando in ciò trasparire uno dei

---

([9]) *Op. cit.*, p. 179 ss.
([10]) *Op. cit.*, p. 201 (e così anche p. 191).
([11]) *Op. cit.*, p. 203-204.
([12]) *Op. cit.*, p. 186, 202, 204, 210 e *passim*.
([13]) *Op. cit.*, p. 213-215.
([14]) *Op. cit.*, p. 238.
([15]) *Op. cit.*, p. 252 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

motivi fondamentali, che avevano spinto Gerber sul campo giuspubblicistico: quello di salvare — al cospetto delle istanze sempre più statualistiche e quindi della propensione del potere politico ad affidare la mediazione dei conflitti sociali alla burocrazia — la scienza giuridica ed il suo antico primato (16). E Fioravanti può quindi dire dei *Grundzüge* non solo che contenevano proposizioni conformi all'evoluzione prussiana (17) e meglio ancora funzionali alle scelte politiche di quegli anni; ma anche che costituiscono « la testimonianza più autentica di una scienza giuridica viva e vitale, in linea, certo, con le soluzioni politiche del presente, ma in quanto esse le consentivano di mantenere quel primato che, da Savigny in poi, mai era entrato in crisi e che ora Gerber ambiziosamente riproponeva anche a livello di diritto pubblico » (18).

Il *quarto* e conclusivo periodo (19), che abbraccia gli ultimi trent'anni del secolo, si apre con la fondazione del *Reich* e la crisi economica del 1873. Essa provocò una svolta di carattere protezionistico, che fu resa politicamente possibile dalla saldatura fra gli interessi della grande borghesia industriale, degli agrari, del capitale finanziario e dei vertici del vecchio apparato di potere: e quindi dalla nuova alleanza di governo, che quella saldatura aveva sancito. Essa segnò però anche l'aprirsi di una grave spaccatura nel tessuto sociale del paese, poichè escludeva la piccola e media borghesia ed il proletariato dalla gestione della cosa pubblica (20). In questo nuovo clima risultarono subito stonate le proposte di Gierke: volte a valorizzare l'antico associazionismo per opporsi alla svolta autoritaria del 1866, e quindi propense a vedere nello stato meno un'autoritaria persona giuridica, che una germanistica *Genossenschaft* (21). Più allineato ed immediatamente usabile apparve invece subito il saggio labandiano del 1871 sul *Budgetrecht*, che proponeva una soluzione formalistica ma definitiva alle perplessità provocate dall'atteggiamento di Bismark fra il 1862 ed il 1866 (22). Cinque anni più tardi Paul Laband riprese le tesi di Gerber del 1865 e diede loro pieno svolgimento, ora nell'ambito di un nuovo contesto normativo (23). Lo *Staatsrecht des deutschen Reiches* del 1876 (24) propose sì la dottrina dello Stato adatta alla nuova situazione: ma perchè tutto era costruito (a differenza dei *Grundzüge* gerberiani) su una realtà istituzionale già esistente e consolidata, segnò al tempo stesso l'apice e l'inizio del declino della scienza giuridica e della costruzione del sistema (25). Il giu-

(16) *Op. cit.*, p. 251 ss., 259-260.
(17) Sono riassunte a p. 269-272.
(18) *Op. cit.*, p. 279. Così anche p. 288 e 300.
(19) *Op. cit.*, p. 317-423.
(20) *Op. cit.*, p. 337-340.
(21) *Op. cit.*, p. 319 ss.
(22) *Op. cit.*, p. 305 ss.
(23) *Op. cit.*, p. 342 ss.
(24) *Op. cit.*, p. 341 ss.
(25) *Op. cit.*, p. 313, 342, 356, 358.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rista di Laband era diventato semplice e succube tecnico dell'esistente, il primato spettava ora alla volontà statuale.

I rivolgimenti economici e sociali dell'ultimo decennio del secolo dimostrarono l'elusività delle risposte labandiane e determinarono così l'insoddisfazione (metodologica) di Georg Jellinek. Le sue opere, ed in particolare l'*Allgemeine Staatslehre*, emblematicamente pubblicata nel 1900 ([26]), non superano il taglio positivistico e quindi « leggono » il sociale con occhiali esclusivamente « giuridici ». Ma c'è in loro qualcosa, in cui si riflette l'intelligente imbarazzo dell'autore e la drammaticità di un'epoca: vivono tutte nel presentimento che il mondo escluso ed espunto da Laband (ma non solo da lui, e da lui certo non primariamente) stia preparandosi una rivincita.

3. Per individuare il significato di quella continuità, alla quale Fioravanti ha dedicato la sua ricerca, occorre accettare una premessa: anche la storia politica e sociale dell'Ottocento tedesco è caratterizzata dal lento disgregarsi delle strutture cetuali e dall'altrettanto lento ma finalmente definitivo costituirsi della società di classi. Si potrà dissentire sulla periodizzazione, sulla interpretazione di singoli episodi, ritenuti più o meno connotanti, persino sull'influenza esercitata da particolari condizioni legate strettamente alla situazione tedesca, ma *non* sulla centralità dell'evoluzione: che dalla *Ständesozietät* ancora predominante all'inizio del secolo porta alla *Klassengesellschaft* del primo novecento ([27]). Accettare questa premessa significa ammettere la progressiva scomparsa di una società, nella quale i conflitti sociali erano integrati nelle strutture politiche cetuali, ossia ancora non apparivano nel loro aspetto prevalentemente economico; e ritenere anche appurato che al posto di questa società ne emerga ora una più *immediatamente* conflittuale, poichè lacerata da antagonismi sociali ed economici, che tutti si manifestano e meglio scatenano *all'esterno* delle strutture politiche statuali.

Determinato così l'orizzonte, nel cui ambito si svolge la ricerca, formulo ora il problema che io ritengo primario: quale rapporto intercorse fra il primato dei giuristi e l'evoluzione ricordata? Mi pare che le indagini di Fioravanti permettano talune distinzioni.

1) La teoria del primato della scienza giuridica nasce all'inizio del secolo con Savigny: e da lui fu riferita esclusivamente alla *dimensione giusprivatistica*, come a quella naturalmente giuridica ([28]). Il cosciente rifiuto di estendere il programma di riforma — del quale la centralità del giurista costituiva il perno — all'ambito giuspubblicistico, stava allora in assoluta sintonia con la situazione sociale e con il giudi-

([26]) *Op. cit.*, p. 411 ss.
([27]) *Op. cit.*, *passim*, e specialmente p. 15, 63.
([28]) *Op. cit.*, *passim* e specialmente p. 5, 26, 194.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zio che se n'era fatto Savigny. Quale fosse in realtà questo giudizio, ce lo svela la sua propensione a servirsi del concetto di *Volk*, ed anzi a farne la preferita chiave di lettura del sociale. Per Savigny, come per tutti gli organicisti, che su questo punto aderirono all'intuizione del maestro, *Volk* era un'entità storico-culturale, socialmente articolata ma priva di connotati economici; era perciò *Gemeinschaft* e non Gesellschaft, nella quale si riassumevano e riflettevano i valori etici e culturali storicamente valevoli, perchè duraturi.

L'uso di questo concetto avviene in Savigny in assoluta aderenza con la situazione sociale dei primi decenni del secolo, corrisponde ad una realtà, che ancora permetteva di negare la separazione fra politica ed economia, e quindi l'emancipazione della società civile dallo Stato. Che — più ancora — induceva ad identificare naturalmente Stato e popolo, ed a vedere nel primo null'altro che la personificazione del secondo [29].

Sullo sfondo di questa realtà, che un lessico sempre più corrente (ma storiograficamente assai problematico) definisce di « arretratezza » [30], è destinato a crescere e finalmente imporsi il primato della scienza. La fiducia nell'*organicità* dell'evoluzione giuridica e quindi nella necessaria congruenza fra il diritto elaborato dalla scienza e le attese del *Volk* [31] permetteva (o forse imponeva) ai giuristi di escludere l'ipotesi di un qualsiasi conflitto fra *Volksrecht* e *Juristenrecht* [32]. Essa rendeva possibile una ricostruzione giuridica del sociale che — nella particolare contingenza storica — rimaneva *credibile perchè globale*, perchè ancora non eludeva quanto disturbava o comecchessia rovinava l'armonia della trama. Per questo motivo l'autore attesta giustamente a Savigny di « aver coerentemente portato avanti una proposta — imperniata sulla centralità della scienza giuridica — che è conseguente ad un'analisi del potere politico e legislativo, e della *scientia iuris*, come concrete forze storiche agenti nel proprio presente » [33].

2) Occorre però ammettere che questa interpretazione dei testi savignyani, premurosa di assicurarne la conformità con il persistere delle strutture cetuali, non è la sola proponibile. Se dapprima si impone su altre, solo in virtù della sua maggior aderenza storica. Con il passare degli anni era allora fatalmente destinata a far posto ad altre valenze,

---

[29] *Op. cit., passim*, ad esempio p. 5, 127, 162, 173, 176, 179, 215, 263, 408, 421.

[30] Anche FIORAVANTI usa questo termine per caratterizzare la situazione sunteggiata nel testo: p. 57, 127.

[31] Punto, questo, sul quale non si insisterà mai abbastanza. Vedi FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 29, 38 n. 63, 192-193; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts*, in *Collegium philosophicum, Studien J. Ritter zum 60. Geburtstag*, Basel-Stuttgart 1965, p. 20 ss.; P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation*, *ZRG GA* 86 (1969), p. 97 ss., specialmente p. 98 n. 5.

[32] Così ancora la risposta di Puchta a BESELER, *op. cit.*, p. 110-111.

[33] *Op. cit.*, p. 57.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che l'autore del resto ritiene già condivise da Savigny stesso (34). Allora la scelta della scienza giuridica di limitarsi al campo giusprivatistico sarebbe funzionale meno al desiderio di Savigny e dei suoi di lottare contro l'ormai imminente separazione della società civile dallo Stato (35), che a quello di rifiutare — *a separazione ormai perfetta* — i valori del potere politico, poichè ritenuti arbitrari, scostanti, rivoluzionari, disgreganti. Essa sarebbe indice di aperta ostilità nei confronti dello Stato, ritenuto arbitrario poichè tendenzialmente irrispettoso della storicità-necessità dell'ordinamento giuridico formatosi organicamente. E quindi l'emarginazione del diritto pubblico conseguirebbe al desiderio di salvaguardare l'autonomia dei privati dall'ingerenza del potere politico ed alla convinzione, che la società civile fosse in grado, da sola — e proprio facendo perno sull'autonomia dei soggetti giuridici — di mediare i propri conflitti (36). A tal modo, e quasi impercettibilmente, Savigny sarebbe anche diventato l'ideatore di una scienza giuridica autonoma a diversi livelli: poichè sottratta e all'influsso dello Stato, e a quello della morale; di una scienza giuridica (giusprivatistica), nella cui autonomia si rifletteva così la polarizzazione fra Stato e società civile (37).

Al prevalere di questa seconda interpretazione — sulla cui attendibilità storica non ha senso discutere qui — si accompagnano anche, a metà Ottocento, i primi tentativi di estendere il modello savignyano (e quindi l'idea del primato del giurista) al campo giuspubblicistico. Ma non è giusto vedere in essi soluzioni avverse all'interpretazine ricordata. Muovono infatti dal concetto di *Volk*, così come aveva ispirato l'originaria riflessione della scuola storica, e tentano, in assoluta aderenza al clima della conciliazione nazionale degli anni Cinquanta, di giuridicizzare lo Stato per ricondurlo all'antica armonia con la società civile. L'autore insiste giustamente su un fatto, che io ritengo essenziale: la descrizione « giuridica » dello stato prende corpo nel momento in cui la rivalutazione del concetto organicistico di *Volk* permette di non considerare lo Stato come soggetto agente sui conflitti e le contrad-

---

(34) Vedi ad es. p. 185: « Mentre per il Maestro della Scuola storica lo Stato doveva intendersi, o come tradizionale complesso di valori storico-culturali, o come primato del potere politico e della 'politica' in quanto tale, sul modello della rivoluzione francese, ed in antitesi all'ordine giuridico (privatistico) da lui difeso ... ».

(35) Ma non mancano allusioni anche in questa direzione: *op. cit.*, p. 5, 215, 263.

(36) FIORAVANTI, *op. cit.*, *passim* e specialmente p. 5, 38-39, 99, 178, 229, 231, 245, 387.

(37) Trovo questa conclusione in autori di non uniforme matrice ideologica. E cito quasi a caso: P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli 1973, p. 22-25; P. BARCELLONA - D. HART - U. MÜCKENBERGER, *L'educazione del giurista*, Bari 1973, p. 48-52; R. WIETHÖLTER, *Le formule magiche della scienza giuridica*, Bari 1975, p. 83 ss.; G. DILCHER, *Der rechtswissenschaftliche Positivismus*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 61 (1975), p. 515-518.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dizioni della società civile ([38]). In questo preciso momento diventa possibile una descrizione, appunto solo giuridica, della struttura politica. Ma la scientificità (giuridicità) di questa non garantisce più la globalità ancora raggiunta da Savigny: perchè ora, nella ben diversa situazione politica e sociale, *non integra, ma elude* la dinamica delle forze sociali e gli antagonismi ad essa connessi, sempre più nitidamente appurabili. Con questo voglio poi solo dire che l'estensione del concettualismo giusprivatistico al diritto pubblico è un'operazione ovviamente (se non scopertamente) *anche* politica; e che il rapporto fra le elaborazioni di Bluntschli e Gerber e la realtà sociale si è ora — per limitarmi qui all'aspetto formale — fortemente modificato.

3) A fine secolo il primato del giuridico dominava ormai saldamente la teoria dello stato, ma aveva al contempo impedito il nascere e l'affermarsi di una vera teoria sociale dello Stato, affrancata dalle esigenze del dogmatismo giuridico. Ma la sicurezza di Laband, così saldamente radicata nel particolare momento politico ([39]), inganna, ora lo sappiamo. Poichè prelude ad un cambiamento di rotta, che mortificherà il giurista. Con Laband si interrompe e conclude una continuità: quella — verificata lungo tutto l'arco dell'Ottocento ([40]) — della centralità della scienza giuridica.

E mi chiedo allora, per avviarmi alla fine: quale la lezione di questa lunga e contorta vicenda, marcata dal continuo riemergere di un'idea in circostanze sempre diverse? La intravvedo, se appena metto a confronto la posizione di Savigny con quella di Laband. Il primo aveva elaborato un modello, che ho ritenuto credibile, poichè corrispondeva ad una precisa situazione sociale storicamente accertata e puntualmente analizzata; Laband invece, insistendo a fine secolo su una lettura organica e giuridica dello Stato, in realtà *occultava il sociale* agli occhi del giurista. E quindi il libro di Fioravanti è tutto costruito su una continuità puramente formale, la continuità di una intuizione, che copre in modo pericolosamente uniforme una realtà non immobile o lineare, ma anzi in tumultuoso divenire, sempre più ineluttabilmente conflittuale. Proprio per quest'ultimo fatto Laband, come dicevo, stravolge, lacera, elude il reale quadro storico.

Fioravanti è stato puntigliosamente attento a questa complessa vicenda: proprio perchè, come ho ricordato inizialmente, è sensibile più alla storicità che alla ricorrenza formale delle teorie giuridiche ([41]),

---

([38]) *Op. cit., passim* e specialmente p. 177-180, 193, 203-304, 210.

([39]) Lo aveva già rilevato, in pagine non facilmente dimenticabili, poichè sorrette da robusta coscienza metodologica, F. NEUMANN, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna 1973, p. 259, 280 ss., 277.

([40]) *Op. cit., passim* e specialmente p. 279, 295-296, 299, 313-314, 318, 342, 347-348, 364-366, 386-387, 415, 421-422.

([41]) Cito a caso taluni ragionamenti rampollati da questo salutare approccio storicistico: p. 322-324, 333 n. 49, 408-410.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non è caduto nel tranello tesogli dall'ammagliante dottrina del primato giuridico. Per questo motivo, così penso sia lecito concludere, il suo libro è *anche* la storia di un capitolo dell'ideologia giuridica: poichè ci parla di giuristi che, volendo persistere nel leggere giuridicamente il sociale, in realtà l'assumevano sempre meno, per arrivare, a fine secolo, ad ignorarlo tout court. Il libro mette così anche sotto accusa taluni metodi conoscitivi cari al ceto dei giuristi, e che nessuno di noi può con assoluta certezza ritenere definitivamente accantonati. È bene, allora, che si concluda con un'affermazione, che sta a metà fra il postulativo ed il descrittivo ([42]).

PIO CARONI

Pietro Giannone e il suo tempo. Atti del convegno di studi nel tricentenario della nascita (Foggia-Ischitella, 22-24 ottobre 1976), a cura di Raffaele AJELLO, Napoli, Jovene editore, 1980, pp. 890 (= in due volumi).

Con lucida determinazione R. Ajello ha costruito prima un convegno importante, e poi questi *Atti* — ai quali ha contribuito con ben 300 pagine, un terzo dell'intera raccolta! L'autorevole presenza di G. Ricuperati, con un originale contributo erudito (369-413: *Il parere di P. G. intorno alla censura del gesuita M. Galler sul libro del medico P. Ganser*) e sopratutto con un bilancio storiografico (185-249), non sposta l'equilibrio complessivo della raccolta che è dominata da una proposta interpretativa di Ajello, in parte sviluppo di note tesi sul napoletano ministero togato, in parte ripresa e ampliamento della sua polemica contro il formalismo giuridico (cui son qui opposti il metodo e la scienza ' cartesiane '). Com'è noto, Ricuperati ha fatto del *Triregno* « la vera chiave interpretativa della proposta giannoniana, il punto d'arrivo della sua via italiana allo Illuminismo », sottolineandone la continuità ma sopratutto la distanza dall'*Istoria civile*. Ajello, che conosce bene e apprezza quel lavoro (« Rivista storica italiana » 1975), non se ne lascia distrarre nella sua predilezione per l'*Istoria civile* e per i rapporti di Giannone con la cultura e la politica di Napoli e del Mezzogiorno: giacché a lui importa, se così può dirsi, più il ' tempo ' di Giannone che la storia, interna o esterna, di questi; e Giannone

([42]) « Con il nuovo secolo, di fronte al moltiplicarsi dei soggetti sociali agenti ed influenti a livello pubblico, al frazionarsi del processo di decisionabilità politica attraverso una continua contrattazione fra Stato e gruppi sociali, le categorie di ' persona giuridica statuale ' e di ' popolo ' appaiono irrimediabilmente vecchie, frutto di un'età storicamente trascorsa. Ai giuristi il compito di prenderne atto » (*op. cit.*, p. 423).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è documento essenziale di una fase alta e dinamica della cultura meridionale, che coincide con i decenni austriaci (1707-34). L'attenta ricostruzione della tormentata carriera e ricerca di C. A. Broggia, ma sopratutto lo studio del ' tempo eroico ' della nuova dinastia borbonica (1734-46) hanno portato Ajello a ricercare negli anni austriaci le ragioni, il fondamento dei contrasti di ceto, delle alternative politico-culturali che emersero a caratterizzare il ' pre-illuminismo ' napoletano — per sottolineare, con la svolta di Montealegre, le positive continuità di uomini e gruppi che quel grande ministro privilegiava. Così la ricostruzione della cultura napoletana fra il 1690 e il 1730, che Ajello ci dà nel più ampio dei suoi contributi (pp. 1-181), sotto l'insegna del ' cartesianesimo ', è dichiaratamente opposta al profilo basso disegnato a suo tempo da B. de Giovanni perché facesse da sfondo a Vico: e Giannone ' cartesiano ' può essere promosso a eroe positivo nel suo tempo, un ' tempo ' che prima d'ora risultava connotato dalla preminenza di Doria e Vico ' anti-cartesiani '. Con tale obiettivo Ajello propone una definizione allargata del cartesianesimo in Europa e a Napoli, dei suoi caratteri, del suo ruolo politico; e insieme una sistemazione correlata di Giannone e di Vico nel fronte politico-culturale dei decenni austriaci.

Due sono i tratti della distinzione tra cartesiani e anticartesiani, che vengono assunti come rilevanti: i primi, i cartesiani, sono ' critici ' (e liberi pensatori) e non metafisici, polemicamente interessati ai problemi dell'economia e della scienza contro i cultori tradizionali delle *humanitates* e del diritto. Le riserve nei confronti d'un tale schema, che riproduce l'alternativa di Giannone a Vico, sono fin troppo facili se non si tiene conto del costante riferimento di Ajello al ceto politico napoletano e al ruolo dominante che vi consolida nello stesso periodo il ' ministero togato '. « La dinamica sociale degli ordini o *status* personali, pervenuta in quei decenni, in Italia come in Francia, alla sua fase estrema di evidenza e di incidenza, poneva in luce le effettive componenti sociali, portatrici di propri interessi, di culture, ideologie, contro ogni velleità di costringerne e limitarne la complessa realtà nelle formule sintetiche e vaghe — *civitas*, *communitas*, *respublica*, *populus*, *regnum* e poi anche principato e Stato — di cui aveva fatto abuso la tradizione giuridica medievale e retorico-umanistica ... La teoria degli *status* e degli ordini aveva espresso nel passato la visione statica, naturale, pacificatrice di una società fatta *ab aeterno* e *per aeternum* ad imitazione del corpo umano, in cui ciascuna parte realizzava una funzione essenziale entro limiti invalicabili. Ma agli inizi del Settecento ... la società degli ordini rivelava, sotto una forma unanime, la coesistenza di società diverse in irreducibile contrasto tra loro » (453-44). Con ' il processo d'espansione del potere ministeriale ' a Napoli, che Ajello situa appunto tra il 1707 e il '34, e al quale sono

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dedicati in questi *Atti* altri contributi, si radicalizza per chiudersi presto a favore dei togati il contrasto fra nobiltà e ministero; ma sopratutto si aprirebbe — dopo il successo, e fors'anche a causa di questo — una dialettica socio-culturale interna allo stesso 'potere ministeriale'. Ché «la formidabile espansione, il successo evidente delle nazioni marittime e commercianti avevano suggerito nuovi modelli di filosofia, di ideologia, di struttura politica e sociale, e quindi nuovi interessi che ora inducevano gli osservatori a guardare con occhio non troppo oscurato dai tradizionali diaframmi umanistico-retorici e controriformisti, e quindi con nuovo realismo ai modi di formazione e di sviluppo della società, ai motivi dei suoi ritardi, delle sue debolezze, delle sue carenze» (464). Siamo sulla strada aperta, che porta dal pre-illuminismo all'illuminismo; e sull'opportunità di imboccarla e di percorrerla il 'ceto civile' napoletano si divide, a giudizio di Ajello, in una 'destra' che riapre alla nobiltà e all'ideologia nobiliare, e una 'sinistra' che sospinge la cultura (e la società politica) meridionale ad allinearsi sul modello anglo-olandese. La prima, la destra ministerial-togata, avrebbe come ideologi Doria e Vico, 'metafisici' e anti-cartesiani, i quali ripropongono il regime platonico dei *sapientes*; la sinistra invece, della quale è espressione Giannone (e B. Intieri; forse anche C. Galiani?), chiama a protagonista della 'felicità nazionale' del regno — che è ancora viceregno! — un ceto civile ad egemonia mercantile, e non più ministerial-togata. Questi ultimi sono i 'cartesiani' nella accezione estesa, cui Ajello ricorre.

Non ho la competenza di discutere la definizione del periodo austriaco a Napoli come l'età del ministero togato. V'ha su questo tema un accumulo impressionante di contributi (tra i più recenti quelli di Ajello e dei suoi allievi; e di V. Conti); ma siamo lungi dal possedere una ricostruzione complessiva del periodo, che ci consenta di valutare tra l'altro, dopo le ricerche minuziose di A. Di Vittorio, il rapporto tra ideologia economica e politica economica e di segnare i limiti, non solo ideologici, del mercantilismo austriaco. E tuttavia, se interpreto bene la proposta di Ajello e la sua interpretazione di Giannone, l'accento va spostato da un giurisdizionalismo 'interno' ad un giurisdizionalismo 'esterno', funzione quest'ultimo di una nuova politica mercantilista. È così? Ma le prove sinora addotte (e tra queste porrei in prima fila le ricerche siciliane di V. Sciuti Russi, e lo studio di Ajello sul Banco di S. Carlo) sono lungi dal fornire una dimostrazione convincente e univoca; e uno dei contributi meglio argomentati di questi *Atti*, quello di P. C. Rovito sugli scritti giuridici di Giannone (253-317), sembra portare a conclusioni diverse. Mentre non facilmente conciliabili risultano i punti di vista di L. De Rosa (537-63) e dello stesso Ajello (343-65) in materia di rapporti tra società civile e istituzioni in Giannone.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Conto di esaminare altrove il problema dei rapporti tra Vico e Giannone, e di tornare sulla tesi di Ricuperati e su Giannone storico, e sullo spessore della 'fortuna' di Giannone (su cui qui Ricuperati, 202 sgg.; E. Chiosi, 765-823; B. Ferrante, 827-51; e varie notazioni di Galasso). Ma le questioni aperte da Ajello nel convegno foggiano, e con questi *Atti*, e le soluzioni a vario titolo proposte, se non aprono un nuovo corso agli studi sulla cultura politica di questi decenni, hanno già imposto correzioni radicali degli orientamenti tradizionali in materia di 'questione giannoniana' e consentono valutazioni più aggiornate delle alternative non provinciali che nella Napoli austriaca si sono confrontate. Può darsi che risulti eccessivo l'aver caricato Giannone dell'intero peso di un'alternativa, quella dei 'cartesiani' e dei 'moderni'; può darsi che risulti impossibile chiudere Vico (e persino Doria) nella rete del platonismo politico. La ripresa, dopo Bertelli, della indagine sull'*Istoria civile* consentiva di approfondire la 'novità', in gran parte presunta, del giurisdizionalismo giannoniano, del 'giannonismo di Giannone'. Sono temi su cui il confronto è aperto; quale che ne sarà l'esito, è certo che — dopo questi *Atti* — il livello su cui esso si riapre è di molto più alto e saldo di quello su cui, prima del Convegno foggiano, esso sembrava stagnare.

GIUSEPPE GIARRIZZO

Alberto LIVA, *Notariato e documento notarile a Milano. Dall'alto medioevo alla fine del Settecento*, Roma, Consiglio nazionale del notariato, 1979, pp. VI, 375, con 15 tavole.

1. Al notariato è successa la stessa cosa che ad altre istituzioni. Vogliamo dire d'essere cucinato secondo la ben nota ricetta intitolata «cappello storico», ch'è in sostanza uno spezzatino di antichi reperti medievali (Rotari e Carlo Magno, uno statuto e una glossa, Bartolo) in salsa sei-settecentesca (De Luca e Pothier). La variante notarile di casa nostra prevedeva ingredienti meno usuali, ma era diffusa grazie alla discendenza del notariato italiano dell'età postrivoluzionaria da quello francese; i famosi trattatisti d'oltralpe, chi nei repertori enciclopedici (Merlin) (1), chi nei commentari (Baudry-Lacantinerie) (2), educavano il palato al sapore gustoso della storia. Piatti da giuristi. Gli ospiti abituali della vera *magistra vitae*, serviti in tavola da un'ancella

(1) Voce *notaire*, § 1, del *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* (nel vol. XXI della quinta edizione di Bruxelles, Tarlier, 1827).

(2) Appendice al trattato delle obbligazioni, num. 2112 e seguenti (nella trad. ital., vol. III, Milano, Vallardi, 1914).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

chiamata Diplomatica, badavano bene a non farsi distogliere dai loro pergamenacei banchetti. Situandosi in mezzo alle due separate e apparecchiate mense, lo storico del diritto era egualmente attratto dall'acre odore del dogma, come dal sottile aroma della *Urkundenlehre*; ma era l'unico a rischiare di rimanere a bocca asciutta.

Usciamo dall'immagine irriverente, che rispecchia, neanche tanto esattamente, atteggiamenti ormai abbandonati. Quando, nel 1968, il Consiglio nazionale del notariato istituì una commissione per gli studi storici in materia, essa testimoniava nella medesima sua composizione che quanto occorreva era il coordinamento e lo stimolo delle varie iniziative individuali di ricerca (3). Notai, storici del diritto, diplomatisti, insieme avrebbero cercato di ricucire e saldare le fratture manifestatesi in molti discorsi a compartimenti stagni, che nonostante la loro indubbia validità scientifica erano destinati a mantenere lo studio del notariato in un limbo conoscitivo poco decoroso; mentre l'esperienza italiana, di scuola e prassi giuridiche, ha avuto nella storia della documentazione un peso che non ha riscontro in altri paesi.

In poco più di dieci anni, la collana promossa dal Consiglio, distinta nelle due serie *Studi storici* e *Fonti e strumenti per la storia*, ha pubblicato, in una bella veste editoriale, molti volumi che danno un contributo prezioso alla nostra conoscenza dell'istituzione, accogliendo, accanto alle indagini nuove, quelle divenute classiche; una biblioteca specializzata che sta costituendo per la storia del notariato una posizione di privilegio.

Nel programma di massima della serie *Studi* si è deciso di procedere ad una ripartizione dei lavori per aree storico-geografiche. Un'altra sola indicazione, che Alberto Liva ricorda prima di affrontare il notariato milanese: la libertà del singolo autore delle monografie dev'essere guidata dalla considerazione che, salvo il rigore scientifico e la completezza, « ci si vuole rivolgere non soltanto a pochi « addetti ai lavori », cioè a chi fa, per mestiere, lo storico del diritto o delle istituzioni » (4). Si richiede insomma di rendere attraenti per molti sia gli astrusi rituali dell'età longobarda, sia i tediosi litigi corporativi dell'epoca barocca; con l'obbiettivo finale di enucleare e consegnare al lettore un'idea sufficientemente chiara del peso sociale (o *civile*, per usare un termine ch'è stato con fortuna applicato a certe correnti dell'Umanesimo) del notaio nella vita meritevole di storia dell'arco di più di dieci secoli. Compito non precisamente facile in generale, reso più gravoso nel caso specifico da quanto Milano rappresenta nella storia della nostra nazione; nella formazione delle coscienze come nell'organizzazione dello Stato.

---

(3) Per alcune notizie cfr. M. MARANO e U. NICOLINI, nella presentazione a G. COSTAMAGNA, *Il notaio a Genova tra prestigio e potere*, Roma, Cons. naz. del notariato, 1970, pp. V-XVIII.

(4) P. V.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nonostante le difficoltà, il Liva è riuscito a scrivere un libro agile e chiaro, erudito senza eccessivi appesantimenti, pressoché completo nell'esame dei numerosi problemi via via affrontati; i profili dell'ordinamento e dell'attività professionale, e le particolarità della redazione dell'*instrumentum*, risultano efficacemente lumeggiati in riferimento al territorio milanese, con indubbio vantaggio per ogni ricerca futura.

2. Circostanze oggettive, e cioè da un lato la scarsità di documenti, dall'altro il fatto che essi siano stati accuratamente utilizzati già da altri studiosi, condizionano il contenuto del primo capitolo (*Il notarius e la charta*). Per l'epoca alto-medievale occorre rifarsi ai lavori di Giorgio Costamagna; ricalcando in gran parte le sue orme, il Liva, quanto alla figura del notaio, ricorda le numerose qualifiche attribuite agli scrittori delle *chartae*, e la correlativa ricomprensione di esse nel termine legislativo di *scriba*; tenui elementi testuali che permettono tuttavia ipotesi sul fondamento dell'autorità del notaio e conseguentemente sull'esistenza d'un minimo d'organizzazione a base territoriale del notariato. Per il documento, l'attenzione viene equamente divisa tra la struttura di esso e i tipi negoziali posti in essere; le cose da trattare, anche qui sulla falsariga di precedenti contributi altrui, sono numerose, ivi compresi spinosissimi problemi sui quali una parola definitiva non è stata forse ancora detta. I più dibattuti riguardano due famose formule documentarie: la prima, presente nei negozi bilaterali milanesi dalla fine del secolo IX, fa riferimento alla *convenientia* tra i contraenti; la seconda, immancabile però non eguale a sé stessa nei tempi, concerne la *traditio chartae*, nella quale si è distinto tra quella *ad proprium* e quella *ad scribendum*. Gli accenni alle connesse questioni, fatti dal Liva, sono improntati alla prudenza, e dalla sua presentazione può avere un'idea delle dimensioni della diatriba anche persona completamente digiuna dell'argomento; ma con quest'atteggiamento di fondo, giustificato dall'economia del libro, non paiono coerenti alcune considerazioni sia sull'elemento volontaristico del negozio (5), sia sul valore giuridico della forma scritta (6), che si vorrebbero maggiormente motivate proprio a causa dell'imponenza dei materiali portati a beneficio delle diverse tesi nel corso di decenni di aspra polemica.

Sulla preparazione professionale e sul ruolo sociale del notaio nell'età longobardo-franca il discorso si chiude alla svelta, constatando sì l'esistenza d'un'uniformità negli schemi del documento, ma negando d'altronde l'influsso d'una vera e propria scuola; e registrando al tempo stesso l'emersione, nella società milanese dei secoli nono e decimo, del ceto dei *negotiatores*, evidente elemento propiziatore del guadagno notarile. Quando invece si passa a parlare dell'ambiente comunale e delle

(5) Pp. 21-22.
(6) Pp. 27-28.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vicende che permisero la trasformazione dei modelli documentari (7) secondo lo « spirito dei tempi nuovi » (l'espressione è di Cesare Manaresi), l'indagine si arricchisce sotto molteplici aspetti. Si comincia seguendo con scrupolo le variazioni formali osservabili nelle varie parti della *charta* e annotando le innovazioni negli istituti giuridici menzionati in essa. Se cambia il modo di datare gli atti, se si riscontra un aumento delle professioni di legge, se si moltiplicano i negozi *livellario nomine*, il nucleo essenziale dell'evoluzione si coglie tuttavia nella *charta promissionis*, stipulazione accessoria che si affianca a quella principale a partire dal terzo decennio del secolo undicesimo; con essa l'autore, in genere una donna, si obbliga a non recare molestia a qualcuno nel possesso d'un bene: ma quanto era nato sul consueto terreno delle garanzie per l'evizione subisce un importante mutamento quando tale promessa comincia ad essere stesa nella forma oggettiva, diventando un *breve* accorpato al negozio principale e elemento perturbatore e, in definitiva, eversore della statica struttura della *charta*. A delineare una nuova funzione del notaio contribuisce in modo decisivo l'assunzione di rilevanza delle note dorsali; la documentazione comincia ad essere valida non più tanto per il fatto d'essere sottoscritta dall'autore e dai testi e consegnata al destinatario, ma per l'essere stata redatta da una persona capace di fornirle credibilità e responsabile di essa. Con l'ultimo decennio del dodicesimo secolo, anche a Milano l'*instrumentum* prende piede per affiancare il vecchio tipo di documento.

All'efficace illustrazione degli argomenti che indicano una progressiva diversificazione all'interno della categoria nella prima era del Comune, il Liva accompagna una serie di appunti sul *signum tabellionis*, sulla scrittura usata, sui tipi negoziali, soffermandosi infine sui rapporti tra notaio e ufficio pubblico per analizzare le varie figure di servizio alla collettività. I problemi relativi all'esistenza d'una vera e propria cancelleria, al significato dell'espressione *scriba Comunis*, alla possibilità (negata) per il Comune di *facere notarios*, sono comunque di secondo piano rispetto alla fondamentale domanda sul ruolo svolto dal notaio nella non facile fase iniziale dell'ente cittadino; ma a questa domanda già aveva risposto il Torelli quando aveva sostenuto che gli atti comunali erano pubblici soltanto perché erano convalidati dal notaio, e non in quanto provenivano dall'amministrazione.

3. Fin dal principio del secolo tredicesimo, anche a Milano l'*instrumentum* diventa il solo tipo di documento in uso presso i notai. Trattandone ampiamente nel capitolo centrale del libro, il Liva sceglie comunque, tra i tanti possibili, alcuni argomenti di grosso rilievo: formule di garanzia e *solemnitates instrumentorum*, redazione e conservazione degli atti, esecutività.

---

(7) Si tratta del capitolo II.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quanto alle solennità, dopo il consueto esame generale della struttura dell'atto, ci si sofferma sui testamenti, sulle donazioni, sulle costituzioni di dote, per seguire, attraverso la normativa dei vari statuti, il requisito della presenza di tre notai e cinque testimoni, nonché la necessità di registrazione presso l'ufficio Panigarola, destinato a tale funzione dal 1396; disposizioni legislative contrastate, in alcuni casi poco chiare, si ripetono per tutta l'epoca moderna. Ancor più complesso il tema seguente, incentrato sul *modus procedendi* del notaio: il Liva distingue accuratamente, e ciò è necessario giacché è facile operare una confusione di momenti, la triplice fase della *scheda*, dell'*imbreviatura*, del *mundum*, soffermandosi su importanti questioni quali l'obbligatorietà della tenuta del protocollo, il valore giuridico dell'imbreviatura rispetto allo strumento, la *refectio* dell'atto; passa quindi in rassegna, a proposito della conservazione dei cartulari, la nutrita schiera degl'interventi dell'autorità, dai più antichi statuti conservati fino al *Regolamento generale per i notari della Lombardia Austriaca*. Infine, il documento guarentigiato, vale a dire il problema dell'esecuzione parata dell'*instrumentum* milanese, privo della relativa clausola, di stile invece nei territori toscani; la risposta è affermativa, anche se è necessario ricavarla con qualche sforzo interpretativo dai testi legislativi e dai commenti dottrinali.

Sono pagine molto dense; in particolare, fa piacere vedere dedicato un apposito paragrafo alla guarentigia, della quale non ci si interesserà mai abbastanza, tanto ci sembra essenziale per carpire i segreti dell'agire dell'operatore commerciale. Tuttavia nella scelta dei temi il Liva avrebbe potuto essere un poco più largo, e avvertiamo la mancanza di qualche cosa: d'un accenno all'esistenza (o all'inesistenza) d'un *formularium* specifico milanese; d'uno sviluppo maggiore del discorso sugli archivi, cioè sui tentativi fatti per la costituzione d'un archivio pubblico dei contratti anteriormente a Maria Teresa d'Austria. Siamo convinti che avrebbe meritato considerazione un episodio, indagato da Antonio Panella nel 1934, di cui fu protagonista un nobile lombardo « chimerico e vano » (così definito dai contemporanei), il conte Ercole Preda o Pietra. Tra la fine del 1561 e il principio del 1562 costui andava proponendo ai governi dei principali Stati il proprio progetto per « accrescere l'entrata in gran maniera », e la sua grande « inventione » per la quale chiedeva il privilegio era in sostanza l'assunzione statale del controllo dei protocolli notarili, mediante la fornitura di questi (uniformi nelle dimensioni, bollati e numerati) da parte di apposito ufficio, destinato anche al deposito e alla percezione dei relativi diritti in caso di cessazione del notaio. Tutto ciò veniva esposto in un opuscolo stampato in occasione delle difficoltà sollevate proprio nello Stato milanese dalle varie magistrature, toccate nei loro interessi dal piano presentato dal Preda. Del semisconosciuto avventuriero certo non merita parlare: ma il suo progetto in qualche misura influenzò Cosimo I, che tramite in-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

termediari era stato messo al corrente della cosa, determinandolo ad emanare la famosa legge del 14 dicembre 1569 istitutiva dell'archivio notarile e salvatrice per il futuro di decine di migliaia di protocolli toscani. La comparazione con l'esperienza fiorentina, cioè il diverso esito del « progetto Preda » a Firenze rispetto a Milano, avrebbe potuto fornire materiale interessante; in ogni caso, la vicenda avrà avuto una risonanza pari, se non superiore, a quella del 1638 riferita dal Liva (9).

4. Il capitolo quarto, dedicato alla professione, è veramente corposo, e contiene molte importanti precisazioni. Si parte, come d'obbligo, dalla matricola. Il fatto che solo dal 1337 siano conservati i registri matricolari fa pensare che questa data abbia un significato particolare per il notariato milanese; una nuova registrazione per un diverso futuro professionale. Per comprendere il senso d'alcune annotazioni su cui sono sorte perplessità, bisogna chiarire che due sono le qualifiche all'interno della classe notarile milanese, come due sono gli esami e i corrispondenti momenti dell'iscrizione alla matricola; vi è infatti il *notarius ad omnia laudatus*, abilitato per tutte le rogazioni, e il *pronotarius*, o notaio *tantum laudatus*, che può intervenire nella documentazione come secondo notaio per alcune specie di atti. Le due figure sono analizzate distesamente dal Liva attraverso le disposizioni statutarie del periodo visconteo-sforzesco; ed una giustificata attenzione è correlativamente dedicata al problema della potestà di nomina del notaio, che qualche studio moderno sull'argomento vuole attribuire anche al Duca e al Collegio. In realtà l'esegesi dei documenti permette di negare con decisione una tale competenza, spettante sempre all'Imperatore e ai suoi delegati, i conti palatini; si è equivocato sui rescritti ducali che permettono soltanto di superare la mancanza d'un importante requisito (l'essere *oriundus*) del notaio che vuole « rogare in toto dominio »; e anche si sono male interpretate le legittime manovre del Collegio, tese a limitare la sfrenata attività dei conti palatini, per giungere ad un vaglio rigoroso della capacità professionale di chi volesse diventare notaio *ad omnia laudatus*: neppure nell'epoca successiva il Collegio milanese potrà disporre del privilegio di creare notai, come era avvenuto per altre città.

Trattando dei requisiti e delle modalità d'esame per l'immatricolazione secondo la normativa cinque-settecentesca, il Liva scende ad un'esemplificazione minuziosa di vari casi, specie a proposito del censo; non trascura tuttavia d'aprire una parentesi su di una caratteristica *querelle* secentesca, dipendente dal requisito del non esercizio di arte vile per l'ammissione ad un Collegio, quella sulla « nobiltà e fedeltà » del notariato: l'indagine è purtroppo, e necessariamente, succinta, e le

(8) A. PANELLA, *Le origini dell'archivio notarile di Firenze*, ora in *Scritti archivistici*, Roma, Minist. dell'Interno, 1955, pp. 177-182.

(9) Alle pp. 120-121.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nostre curiosità sui problemi reali celati dalle pittoresche argomentazioni del milanese Osio e del toscano Puccinelli restano insoddisfatte.

Dopo essersi soffermato ampiamente sui meccanismi d'accesso alla professione nel '700, il Liva parla dei tentativi di regolamentare il facile reclutamento dei pronotai e dell'aspirazione dei notai a pieno titolo alla promozione costituita dall'entrata nel Collegio dei causidici; impostato il tema « il notaio e la società », effettua qualche conteggio sulle immatricolazioni per valutare, in rapporto ad altri dati (peraltro frammentari) sulla popolazione, la consistenza numerica della categoria, la sua espansione o contrazione; quest'ultima è l'ipotesi plausibile per gli anni che permettono questo tipo d'indagine, cioè quelli dal 1350 circa al 1500. I fasti del periodo comunale si allontanano progressivamente, lo scadimento della professione è fatale e investe ogni aspetto dell'attività notarile, ma in special modo quella prestata negli uffici pubblici, con l'eccezione di quanto riguarda l'esercizio della giurisdizione: i notai *de pilastro* sono ancora persone di preparazione specifica e « ad omnia laudati », come conveniente per chi interroga i testimoni senza la presenza del giudice.

5. Gli aspetti propriamente organizzativi, a partire dal secolo quattordicesimo, sono trattati nel capitolo finale (*Il Collegio*). Compiti e funzioni degli ufficiali, dai maggiori (i due Abati), ai meno importanti (i due Sindaci), nonché i modi della loro elezione, sono illustrati con dovizia di particolari. Presto comunque l'attenzione si ferma sulla figura e sulla giurisdizione degli Abati; su di essi, in definitiva, ricade la responsabilità dell'immagine dell'intera classe notarile. Il loro potere di sorveglianza per quanto riguarda il buon andamento di ogni meccanismo implica la repressione delle violazioni delle leggi concernenti l'arte; essi possono emettere i relativi precetti e sentenze, talora collaborando con l'autorità ordinaria. Questo è il caso, molto rilevante, del reato di falso: qui i convergenti interessi dello Stato e del Collegio sono occasione anche d'incomprensione e d'aperto conflitto. La previsione d'un procedimento congiunto che attuasse la collaborazione tra podestà e suoi coadiutori, e gli Abati, risulta raramente rispettata, come dimostrano alcuni casi giudiziari; d'altra parte la contestazione del diritto si ricava dall'insistenza con cui si richiede la conferma, tra i privilegi di categoria, di quello della giurisdizione in materia di falsità; la prerogativa sarà goduta fino alla riforma del sistema giudiziario voluta, nel 1786, da Giuseppe II.

Dopo averci parlato delle entrate e spese del Collegio, e dei rapporti esterni di questo, in particolare con i notai monzesi per regolare i reciproci interessi sul piano della concorrenza, il Liva passa all'esame delle esenzioni di natura fiscale e degli altri privilegi personali accordati al ceto nei diversi tempi; dalla situazione ottimale del periodo della Signoria si giunge all'apertura d'un contenzioso con la città nel mezzo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del secolo XVI, per assestarsi sul riconoscimento dell'immunità contributiva « pro tertia parte omnium onerum indistincte », fino alla ristrutturazione teresiana della materia.

6. Le pagine finali del volume sono intitolate alla decadenza del Collegio e all'attività « pubblica » e « privata » del notaio; quest'ultimo punto riprende un argomento toccato qua e là nei diversi capitoli, e al quale abbiamo accennato senza soffermarci nel compilare il nostro sommario resoconto. In conclusione vorremmo ragionarne un momento.

Viene presentato e posto in buona evidenza come risultato complessivo della ricerca il fatto che il ruolo del notariato milanese subisca una trasformazione nel corso dei secoli. Essenziale nell'organizzazione amministrativa del Comune, la classe notarile nel periodo dell'egemonia signorile e poi patrizia è costretta, a causa della formazione di una nuova categoria di burocrati, a rifugiarsi nel « privato », conservando prestigio e guadagni nell'attività professionale a compenso di quanto sottrattole nel « pubblico ». Ora, se si guarda alla sola partecipazione diretta all'esercizio del potere, è certo lecito parlare di ruolo marginale, di perdita di peso; ma proprio qui, a nostro avviso, sta il punto, giacché l'esclusione dalle leve burocratiche non può esaurire un discorso ben altrimenti articolato. A parte l'aspetto generale, che pur andrebbe considerato, dell'intermediazione effettuata da chiunque a qualche titolo abbia tenuto la penna in mano per comunicare ad altri la propria visuale della realtà, se l'attività del giurista avesse un'unica, inequivocabile valenza, non avrebbe ragione d'esistere una questione dei rapporti p o l i t i c i tra diritto e giurista. Invece se ne discute; e non giova, ad intendersi sui termini, mettere gli aggettivi tra virgolette, o considerare il notaio un operatore del diritto al riparo da certe analisi. L'indagine storica, tutto sommato, ne soffre, viene vistosamente limitata. Facciamo un esempio, per un'epoca non sospetta, e con riferimento ad un accenno del libro del Liva. A proposito della differente situazione di Genova e di Milano riguardo al fatto che nella prima e non nella seconda città si trovino notai chiamati a fare gli ambasciatori e i cronisti, si conclude: « è quindi mera coincidenza che qualche notaio, come, per fare il nome più illustre, Giovanni da Cermenate si sia messo a scrivere la storia della sua città: ma egli, ed è questo che conta, non aveva alcun incarico ufficiale per far ciò, né alcuna ufficialità venne poi, a posteriori, attribuita al suo lavoro » [10]. Ponendosi sul piano della « mera coincidenza », è logico che non si faccia posto né a Giovanni da Cermenate né ad altri: neppure a un Pietro Azario che nel 1362 chiudeva il suo *Liber gestorum in Lombardia* col proprio segno tabellionare [11] a garanzia

[10] P. 266.

[11] Cfr. G. ARNALDI, *Il notaio-cronista e le cronache cittadine in Italia*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze, Olschki, 1966, pp. 308-309.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d'un'autenticità sulla quale la ricerca deve aprirsi ad ogni livello: a cominciare da quello dell'interpretazione lessicale ed intellettuale di *authenticum*.

Ora l'occhio del notaio, aperto sul mondo comunale, non si chiude nei secoli seguenti per il mero fatto d'affacciarsi prevalentemente sul microcosmo del « privato ». Anzi. Paragonando il complesso sistema delle fonti nel diritto comune ad un ingranaggio, si potrebbe dire che ogni rotella aggiunta via via al meccanismo di base moltiplica le capacità operative dell'agente; legislazione signorile, sentenze dei tribunali, *communis opinio* e tutto il variegato armamentario di cui si viene a sostanziare lo *ius proprium* soltanto in apparenza cozzano vanamente contro l'immobilità formulare delle clausole ceterate. Sarà magari difficile rilevarlo, ma un qualche effetto l'hanno di sicuro nello spingere l'*agere* dei privati, e di conseguenza del loro consigliere, il notaio, a cercare uno spazio laddove è rimasto. Che riesca poi davvero a fare gli interessi del cliente è un altro paio di maniche. « Scoprire ed interpretare la volontà ed intenzione degli uomini con ricavarli dalle loro parole è mestiere molto arduo, che apre il campo a una sterminata folla di litigi », diceva Ludovico Antonio Muratori ([12]), insinuando che il notaio spesso lavorasse per l'avvocato, mentre stendeva un contratto o un testamento con trascuratezza: ma addossare tutta la colpa a questa, cioè all'incapacità professionale, è appunto soluzione riduttiva, che non ci trova consenzienti.

Dunque, da quale parte sta il notaio? Per chi lavora in realtà? Una figura a cavaliere della cavalcatura pubblica come di quella privata non poteva passare sotto silenzio nelle sistemazioni teoriche dei giuristi positivi; e per dare una credibile definizione della funzione notarile si sono mossi nomi illustri come Francesco Carnelutti, Salvatore Satta, Salvatore Romano. Talvolta si è trattato di rapidi schizzi dei quali la memoria ritiene il succo espresso in una formuletta (funzione di « adeguamento »; o « antiprocessuale »; o « certificante ») ([13]); talaltra la riflessione si è distesa ampiamente fino a vedere nel notaio una vivente dimostrazione delle aporie d'un prospetto classificatorio non soddisfacente come il discrimine tra il diritto pubblico e il diritto privato (Salvatore Romano) ([14]). Se consideriamo questa perdurante domanda di chiarezza, il « cappello storico » di cui si diceva male all'inizio va visto, retrospettivamente, sotto una luce diversa che in casi analoghi riguardanti altre istituzioni: era una ricerca, di sapore freudiano (anche se

---

([12]) *Dei difetti della giurisprudenza*, cap. III (pp. 31-32 dell'edizione curata da G. Barni, Milano, Rizzoli, 1958).

([13]) Cfr. bibliografia e notizie fornite da M. Di Fabio, *Notaio (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII (1978), pp. 569-573.

([14]) *La distinzione tra diritto pubblico e privato (e suoi riflessi nella configurazione dell'ufficio notarile)*, del 1963, è ora ripubblicato negli *Scritti minori* di Salvatore Romano, vol. III (Milano, Giuffrè, 1980).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spesso delegata dal notaio al civilista), della propria identità attuale; mentre il giurista odierno, più riguardoso verso la storia, ne chiede egualmente l'aiuto, ma con appelli discreti, sottintesi.

Il messaggio, in via generale, è stato recepito; ricordarlo e servirsene come traccia è compito delle singole indagini che vogliano, pur se « territorializzate », non precludersi le grandi possibilità offerte da un osservatorio privilegiato quale quello costituito dall'età intermedia.

ENRICO SPAGNESI

J. MARTINEZ GIJON, *La Compañía mercantil en Castilla hasta las Ordenanzas del Consultado de Bilbao de 1737. Legislación y doctrina*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad, 1979, 278 págs.

Resulta suficientemente conocida la labor investigadora que desde hace años viene realizando el Profesor Martínez Gijón en orden al estudio del Derecho mercantil. Al margen de las numerosas obras elaboradas bajo su inmediato magisterio por el equipo de discípulos y colaboradores que él dirige desde la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, han ido apareciendo, a lo largo del tiempo, valiosas contribuciones personales sobre concretos aspectos en esta materia (1).

El libro que ahora nos ocupa es una pormenorizada y sistemática aproximación al fenómeno societario, de cardinal importancia en el contexto comercial, a pesar de cuya significación, no había sido objeto, hasta el momento, de una investigación global.

En una primera parte se analizan posibles precedentes, una serie de figuras poco perfiladas que es posible rastrear en textos y documentos anteriores a los últimos años del siglo XIII, la mayor parte de los cuales da la impresión de que se mueven en la órbita del Derecho civil, a excepción de un precepto del Fuero de San Sebastián donde resulta contemplado el supuesto del hostelero partícipe en los negocios de su huésped mercader.

En la segunda parte se aborda ya el estudio de la compañía mercantil propiamente dicha, a través del análisis del contrato de sociedad, configurado teóricamente como una relación susceptible de ser contraída por sujetos ajenos al ámbito del comercio, es decir, como una relación civil, aunque, en la práctica, su uso debió quedar restringido

(1) *La comenda en el Derecho español.* II. *La comenda mercantil*, en *Anuario del Derecho Español XXXVI* (1966), 379-456; *La Historia del Derecho mercantil español y el Derecho Indiano*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho 18* (1967), 72-80; *La práctica del comercio por intermediario en el tráfico con las Indias durante el s. XVI*, en *Anuario de Historia del Derecho español XL* (1970), 5-83.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

casi en exclusiva al mundo mercantil. La vaga ambigüedad con que normativamente se perfilara obligó a la doctrina a realizar un serio esfuerzo conceptual para delimitarlo en relación con otros contratos afines, como la *locatio-conductio operarum*, que presidía las relaciones del mercader con sus factores y encomenderos, o de situaciones próximas, como la comunidad de bienes; la metódica disección de la abundantísima literatura jurídica surgida al respecto irá dibujando el contrato de compañía mercantil como una figura consensual, plurilateral, fiduciaria, presidida por una finalidad lucrativa, en la que el *intuitus personae* alcanza relevancia esencial; como un contrato no formal, nacido del simple consentimiento tácito o expreso, aunque las evidentes ventajas procesales de la escritura harían frecuente su concierto documental, tendencia acentuada en el último período estudiado por exigencias ordenancistas encaminadas a garantizar la seguridad comercial y un cierto control público. El examen del contrato finaliza con un detallado estudio de los requisitos de capacidad exigidos para poder entablar la relación.

Entrando ya en la contemplación de la compañía como ente surgido a consecuencia del contrato, se pasa revista a las diversas modalidades a través de las que puede manifestarse la sociedad mercantil: formas generales, como la *societas totorum vel omniorum bonorum*, sobre bienes presentes, futuros o presentes y futuros, de escasa relevancia práctica, o como la *societas universorum quae ex quaestu veniunt*, que constituye la forma tipo, la que se presume contraída cuando no se especifica la adopción de una forma especial; y formas particulares: la *unius rei*, de muy escasa operatividad real, y la *unius alicuius negotii*, la más generalizada en el ámbito del comercio y en función de la cual la doctrina plantea y desarrolla la mayor parte de la teoría social. Quedan al margen las compañías por acciones, cuya cronología y peculiaridad de rasgos exigen una atención individualizada que, por otra parte, ya en su día les prestó el autor (2).

Las *quaestiones iuris* que la doctrina contempla en orden al funcionamiento de las compañías se relacionan, sobre todo, con su dinámica económica: régimen de ganancias ilícitas, gastos, deudas y pérdidas sociales, cuya determinación no ofrece duda en las *societates unius alicuius negotii*, puesto que se computan como tales los dispendios efectuados a consecuencia de actuaciones relacionadas con el giro de la compañía, mientras que surge un encontrado debate acerca de cuándo los gastos han de imputarse a la sociedad y cuándo al socio en las *societates omnium bonorum*, al parecer pura especulación intelectiva, dado que éste carece de bienes fuera de una compañía a la que ha afectado todo su patrimonio.

(2) J. MARTINEZ GIJON, *Le società per azioni nel diritto spagnolo del secolo XVIII*, estratto da *Economia e Storia. Rivista Italiana di Storia Economica e Sociale*, 1964, fasc. 2, 199-223.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Con mucho mayor realismo se formularon los principios relativos a la distribución de pérdidas y ganancias, sobre criterios equitativos de proporcionalidad lo suficientemente flexibles como para admitir una desigualdad aparente, incluída la exoneración de pérdidas, en favor de algún socio cuando la prudente ponderación de las circunstancias así lo aconsejase. La notable complejidad de la aplicación práctica del principio de desigualdad proporcionada a la aportación de capital, matizado por otros factores correctivos, se torna inteligible a la vista de las operaciones aritméticas que, por vía de ejemplos, se espigan del tratado práctico de Juan Andrés. Especiales complicaciones presenta el tema en el marco de las compañías de capital y trabajo, por la heterogeneidad de las aportaciones, lo que justifica su tratamiento por separado.

En orden a las consecuencias de la actuación jurídica de la sociedad, el inadecuado simplismo de los principios romanos, persistentes aún en el nivel normativo, condicionó la actitud de la doctrina jurídica, abocándola hacia la articulación de toda una teoría de la responsabilidad social — solidaria o mancomunada — a partir, como siempre, de la observación de la práctica cotidiana: se distingue así la actuación de un socio *nomine proprio*, la conjunta de todos ellos, la individual garantizada con la fianza de los restantes y la de un socio especialmente caracterizado, el gestor de la compañía, cuyos actos obligan ya *in solidum* al resto de los compañeros. A otro nivel se preocupó también la doctrina de resolver la cuestión clave de los límites de la responsabilidad de los socios, inclinándose en cierto modo hacia una interpretación restrictiva que les eximía de responder más allá de la cuota aportada al capital común, tendencia debilitada por tal número de excepciones que no puede decirse que alcanzara la categoría de regla general, por lo que la cuestión prosiguió debatiéndose en el casuismo; se echa de menos aquí la existencia de una teoría de la personalidad jurídica, que hubiera simplificado el tema, pero que aún tardaría siglos en cristalizar.

En los últimos capítulos se pasa revista a la figura del administrador, a los libros de comercio y forma de llevarlos, rendición de cuentas y devolución, cuando proceda, del remanente; a las circunstancias subjetivas u objetivas capaces de modificar la comunicación de pérdidas entre los socios (dolo, culpa, caso fortuito, beneficio de competencia) y, por último, a la duración, disolución y liquidación de la compañía.

Pero el interés del libro no se agota aquí, en lo que tiene de aportación objetiva al tema, sino que resulta, sobre todo, ilustrativo de una manera de hacer, en cuanto pone de relieve la validez de un método de trabajo para escudriñar materia tan *sui generis* como es la mercantil.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Porque la tenue cobertura normativa que el Derecho castellano proporciona, como ocurre con los restantes ordenamientos nacionales, para regular las cuestiones mercantiles, se limita solamente a marcar unas directrices básicas — tomadas en buena medida de los principios del Derecho civil — que raza vez son desarrolladas hasta sus últimas consecuencias; esto nos arroja de lleno dentro del ámbito del nivel consuetudinario, con toda la carga de dificultades que ello implica. En efecto, para conseguir una aproximación a la realidad diaria sería preciso acudir a los fondos documentales, afrontar una labor sin duda difícil y en la que, con toda probabilidad, los resultados obtenidos no guardarían proporción con el esfuerzo realizado; o, en otra dirección, penetrar directamente en el estudio minucioso de la literatura jurídica mercantil, estrechamente tributaria de la práctica cuyo conocimiento se persigue. Esta segunda alternativa es la utilizada, a nuestro juicio con entero acierto, por el autor, y así desfilan ante nuestros ojos las opiniones de la más granada doctrina: Salón, Frías de Albornoz, Hevia Bolaños y Domínguez Vicente, Angel y Héctor Felicio, Juan de Ortega, Francisco García, Tomás de Mercado, Alonso Rodríguez, Azor, Pedro de Ubaldis, Sarabia de la Calle, Veitia Linage, Villalón, Miguel de Palacio, etc. etc. Unas opiniones no siempre acordes, por la misma diversidad de prácticas consuetudinarias en las que se basan, pero que permiten reconstruir, rasgo a rasgo, la múltiple problemática que encierra la relación societaria.

Por todo ello, el libro del Profesor Martínez Gijón constituye no sólo una aportación valiosa en sí misma, sino un paso adelante, por lo que tiene de precedente ejemplar, hacia la reconstrucción rigurosa y científica de la historia del Derecho mercantil español.

ENRIQUE GACTO FERNANDEZ

Elio PALOMBI, *Mario Pagano alle origine della scienza penalistica del secolo XIX*, Napoli, Giannini, 1979, pp. 7-150.

La particolare ed evidente importanza che ha assunto il « problema penale » nella vita italiana di questi ultimi anni non ha certo trovato adeguato riscontro nelle riflessioni della nostra storiografia giuridica su temi analoghi, che pure hanno per secoli animato il dibattito dei criminalisti. Anche perciò il lavoro di Palombi, dedicato alle origini della scienza penalistica del secolo XIX, non può non destare attesa e curiosità. L'interesse è tale da rendere trascurabili le perplessità suscitate dal titolo, che pone Pagano alle « origini », laddove si preferirebbe che la lettura di un autore fosse fatta rispetto al suo passato o al suo presente — ossia ai referenti culturali da lui consapevolmente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vissuti — piuttosto che, come qui, al suo futuro. È pur vero, però, che il titolo non sempre riflette alla lettera il contenuto di un libro e si poteva supporre che in questo caso Pagano fornisse lo spunto per approfondire il rapporto tra penalistica del primo Ottocento e Illuminismo italiano, nodo centrale, e largamente inesplorato, della storia giuridica a noi più vicina. Giova subito avvertire che così non è: lo studio riguarda soltanto le concezioni penalistiche di Pagano in relazione all'Illuminismo. Il rapporto tra il pensiero del giurista e la penalistica successiva è in realtà più presupposto che dimostrato, a partire da una argomentazione enunciata sin dalle prime pagine e poi frequentemente ribadita: dal momento che nelle opere di Pagano è esposta una concezione retributiva della pena, concezione poi largamente diffusa nella penalistica ottocentesca, *ergo* Pagano va considerato un precursore di quest'ultima. Il carattere « pregiudiziale » dell'argomentazione è confermato dall'assenza di ogni accenno ad autori, fonti o codici del primo Ottocento: ignorati giuristi quali Carmignani o Rossi, ricordato una sola volta, attraverso una fugace notazione (p. 87), Romagnosi, illustre « codificatore » del periodo postrivoluzionario.

Ma poichè un libro non può essere giudicato in base a ciò che non dice, è certo il caso di esaminarne più in dettaglio i contenuti, e descriverne la ripartizione interna: i primi due capitoli sono dedicati rispettivamente alla crisi dell'ordinamento giuridico nel XVIII secolo (pp. 9-24) ed all'opera di rinnovamento della giurisprudenza criminale (pp. 25-46); il terzo espone il problema della responsabilità penale e dei gradi del dolo (pp. 47-65); il quarto affronta il problema della funzione della pena (pp. 67-93); il quinto riguarda gli scritti forensi di Mario Pagano e costituisce in pratica un'introduzione all'allegazione contro Sabato Totaro, pubblicata in appendice (pp. 95-105).

La prima parte del libro contiene pertanto un'esposizione di problemi e temi ormai noti sulla crisi dell'ordinamento giuridico al tramonto dell'*Ancien Régime*, con particolare riferimento al Regno di Napoli: caos legislativo e incertezza del diritto; inefficienza delle strutture giudiziarie ed abusi dei magistrati; crisi d'autorità dei giuristi. Nel tentativo di ricostruire l'apporto riformatore dell'Illuminismo — e poi in particolare di Pagano — rispetto a questo quadro, Palombi ripropone tutta una serie di teorizzazioni che si pensava francamente fossero ormai consegnate al passato, e rivela una concezione di fondo del fenomeno giuridico che incontra scarso seguito anche presso i giuristi positivi. In primo luogo l'equivalenza diritto-sistema, cui fa puntuale riscontro storiografico la notazione sulla scarsa sensibilità giuridica degli illuministi (p. 29 s. e *passim*). Inoltre l'insistenza su alcune contrapposizioni che risultano, così irrigidite, fuorvianti: tra intellettuali di formazione tecnico-giuridica ed intellettuali « politici »; tra necessità pratiche di riforma delle strutture giudiziarie ed « esigenze razionali

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ispirate a principi di ordine generale » (p. 21); tra utilitarismo e superiori esigenze di giustizia (pp. 71, 83 ma cfr. l'intero capitolo). La ricostruzione ricava, in definitiva, l'originalità dell'opera di Pagano dalla sua vocazione sistematica, che gli deriverebbe da una specifica preparazione tecnico-giuridica, di cui altri esponenti dell'Illuminismo sarebbero stati pressochè totalmente carenti.

A tratti non sfugge al Palombi l'inadeguatezza di una ricostruzione del genere, specialmente quando egli avverte la profonda correzione apportata a questo quadro da alcuni contributi recenti. Essi hanno indicato la forte carica antiformalistica che animò il pensiero degli illuministi è chiarito che le loro esigenze di costruzione dello Stato di diritto si espressero nella richiesta di precise garanzie di legalità, ossia nello sforzo diretto a delineare un rapporto radicalmente diverso tra Stato e cittadino: un impegno civile che soltanto una visione concettualistica del diritto consente di definire come meramente politico e « non giuridico ». Ed infatti Palombi cita anche alcune opere della storiografia recente, ma tende a giustapporle allo schema adottato, accostanto in tal modo soluzioni interpretative del tutto inconciliabili. Così ritroviamo nella stessa pagina accostate le interpretazioni di Raffaele Ajello e quelle, senza dubbio assai distanti, di Antonio Marongiu (p. 16); mentre alla notazione secondo cui « non può certo dirsi che i riformatori Illuministi fossero stati capaci di compiere un'opera sistematica di riordinamento normativo » fa da contrappunto, a pié pagina (p. 19, nt. 30), l'interpretazione di Tarello, tesa a negare all'interno dell'Illuminismo la contrapposizione tra cultura riformatrice e cultura giuridica e ad affermare la giuridicità di ambedue le culture.

Si preferirebbe, in definitiva, l'adesione decisa ad un quadro di riferimento, sia pur discutibile, piuttosto che i tentativi di aggiustare il tiro attraverso affermazioni contraddittorie. Così ad esempio, dopo aver sottolineato continuamente la mancanza di preparazione tecnico-giuridica degli illuministi, si afferma: « la soluzione sistematica, che rappresenta una vera e propria inversione metodologica, costituisce la maggiore conquista della speculazione illuministica » (p. 19).

È forse superfluo ricordare che la vocazione sistematica costituisce una costante nella storia del pensiero giuridico, rispetto alla quale gli illuministi dell'area anglo-francese ebbero una funzione di rottura ben presto riassorbita dalle correnti concettualistiche. Le incertezze rivelate a questo proposito dal Palombi derivano dalla mancanza di approfondimento intorno al significato che il termine « sistema » ha avuto nella storia giuridica, e dal fatto che egli, a sua volta, ne fa un uso generico ed indifferenziato; ed invece sul « sistema » e sulle sistematiche la storiografia italiana ha fornito numerosi ed importanti contributi in questi ultimi anni, e non è mancato un vivace dibattito fra gli stessi giuristi positivi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La vocazione sistematica di Pagano, scarsamente analizzata in rapporto al referente « Storia della scienza giuridica », non è, del resto, ricostruita meglio rispetto all'opera stessa di Pagano. In tal senso il centro del libro dovrebbe essere rappresentato dal capitolo terzo, diretto a descrivere la concezione anticipatrice di Pagano in tema di responsabilità penale.

Qui veramente stupisce che un autore così attento a valorizzare le componenti tecniche del fenomeno giuridico dedichi ad un problema centrale, come quello del dolo e del rapporto pena-colpevolezza, una trattazione di sei pagine (56-61), in cui per il quadro di riferimento d'*Ancien Régime* ci si affida unicamente alle indicazioni di Solari e Calisse, mentre il « sistema » di Pagano è tratto da nove pagine (323-332 dell'ed. citata) dei *Principi del processo criminale*. Ricostruire il disegno complessivo della responsabilità penale nel pensiero di un autore non significa, evidentemente, citarne alcuni brani relativi al dolo ed alla libertà del volere. È necessario, piuttosto, identificare una serie di corrispondenze e di segni significativi che chiariscano il quadro: in questo caso, e per restare nei confini strettamente tecnico-giuridici entro cui Palombi insiste, sarebbe stato quanto meno necessario illustrare compiutamente la teoria delle esimenti e delle attenuanti, chiarire se siano riscontrabili ipotesi di responsabilità oggettiva o di presunzioni, approfondire in modo più ampio il problema dei nessi di causalità tra azione ed evento. Opportuno sarebbe stato anche un raffronto tra profili sostanziali e profili probatori, dal momento che Pagano scrisse un intero trattato sulla prova (*Logica de' Probabili*), citato ma poco utilizzato dal Palombi: il risvolto processuale della prova è infatti elemento essenziale di una effettiva configurazione del dolo.

Per quanto la sua analisi sia orientata sul versante ottocentesco, nuoce certo al Palombi l'ignoranza delle posizioni della criminalistica europea d'Antico Regime, ch'era viceversa ben nota al Pagano ed anche agli illuministi « non giuristi ». Così il discorso sulla gerarchia del dolo, sul rapporto dolo-pena, sulla pubblicità del processo rischia di appiattirsi, in quanto non rapportato alla sua lunga storia. Può anche accadere, come accade a Palombi, di riferire le soluzioni di Pagano in merito all'ignoranza della norma, e la distinzione tra legge di natura e legge positiva (p. 63) — l'errore sulla prima sarebbe stato sempre inescusabile — senza rendersi conto che qui il giurista recepiva concezioni largamente diffuse nella criminalistica del tardo diritto comune, oggetto di un secolare dibattito (cfr. A. Langui, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit*, Paris, 1970, p. 130 ss.), oppure d'illustrare le posizioni di Pagano a favore del processo accusatorio senza esser consapevole della grande risonanza che questo tema aveva avuto nei giuristi di matrice « culta », a cominciare dagli umanisti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nel capitolo IV Palombi si sofferma ampiamente sul contrasto tra concezioni utilitaristiche e concezioni retributive della pena, e sottolinea la decisa scelta di Pagano per questa seconda soluzione. Si tratta dell'argomento centrale del lavoro perchè, come dice lo stesso autore: « la teoria della pena del Pagano può essere considerata, infatti, un'anticipazione, agli albori del liberalesimo, della concezione retributiva della pena che si affermerà nel secolo XIX come conquista della società liberale » (p. 67).

Insistendo, contro diffuse concezioni utilitaristiche, sulla concezione della pena come « perdita di un diritto per l'altrui diritto violato », Pagano avrebbe perseguito « una visione etica tesa a privilegiare i diritti dell'individuo rispetto alla pur necessaria difesa della società e ad anteporre la libertà dell'uomo ad ogni altra finalità » (p. 82). Pur non ignorando le profonde motivazioni culturali e politiche che stavano alla base delle zoluzioni utilitaristiche (laicizzazione del diritto, difesa sociale, ricerca di criteri oggettivi di fissazione delle pene) Palombi insiste molto sui pericoli che ne deriverebbero. Quelle soluzioni, infatti, oltre ad utilizzare l'uomo come strumento nelle mani del potere (p. 82), rappresenterebbero il segno certo di uno « spirito dei tempi sempre più orientati verso l'empirismo ed il relativismo penale » (p. 67).

Sulla concezione complessivamente retributiva della pena in Pagano (del resto già chiaramente delineata nel lavoro di U. Spirito dedicato alla storia del diritto penale) non vi sono sostanziali obiezioni: qualche rilievo va piuttosto alle notazioni del Palombi riportate da ultimo. Che in verità le concezioni utilitaristiche, tendenti ad indicare nel danno sociale il criterio di misurazione delle pene e nella prevenzione dei delitti il suo fine principale, fossero il segno di « relativismo penale », e che l'accertamento del danno sociale comporti rischi d'incertezza maggiori di quanti non siano inevitabilmente connessi all'accertamento delle componenti psichiche del reato, sono affermazioni sulle quali si può discutere: ma è certo che ambedue le concezioni esprimevano una forte tensione « garantista » e una ricerca persino ossessiva della certezza del diritto, pur indicando strumenti e soluzioni diverse. Proprio perciò la contrapposizione tra i due indirizzi è molto meno netta di quanto traspaia dalla trattazione di Palombi. Egli stesso è, del resto, costretto ad utilizzare formule di aggiustamento come quella secondo cui nelle concezioni illuministiche « l'elemento retributivo, pur acquistando un valore sostanziale, non più confinato a livello delle mere enunciazioni di principio, era destinato ad influire sulla determinazione della pena in maniera del tutto marginale e secondaria, senza che fossero tenute nel debito conto le insopprimibili esigenze di giustizia, che vennero ben presto soppiantate dai principi utilitaristici della difesa sociale ». Le esigenze della prevenzione erano d'altronde ben presenti allo stesso Pagano, come Palombi stesso ammette

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e come traspare dalla stessa citazione di un brano significativo un po' ingiustamente sacrificato nelle note (p. 86, nt. 57).

Ancora una volta il difetto della ricostruzione sta nel voler tentare un'ipotesi di lettura complessiva attraverso alcune pagine di Pagano, una citazione di Filangieri ed una di Beccaria, con l'aggiunta di un Montesquieu criminalista mediato dagli studi di G. Tarello.

Come non citare, ad esempio un classico delle concezioni utilitaristiche, quale fu il libretto di Saverio Mattei, *Che la dolcezza delle pene sia giovevole al fisco più che l'asprezza?* O un altro giurista, anch'egli per vari aspetti vicino al Pagano, come Tommaso Natale? Nessun autore è interpretabile solo attraverso se stesso: altrimenti c'è il rischio, come in questo caso, di fornirne un'immagine scarna ed isolata, senza radici nel proprio passato, senza interlocutori tra i contemporanei, « origine » indimostrata dei suoi posteri.

In definitiva, meglio avrebbe fatto Palombi ad intitolare il suo saggio « Spunti sulla concezione retributiva della pena in M. Pagano ». In questo modo la sproporzione tra i tentativi di fornire interpretazioni generali e gli strumenti storiografici adoperati, tra le ambizioni dell'assunto e i problemi concretamente affrontati non avrebbe fatto ombra ai meriti principali del lavoro che pure esistono e non si vogliono qui sottovalutare: aver riproposto un personaggio ed una tematica di grande interesse ancora tutta da approfondire; aver indicato alla nostra attenzione l'allegazione contro Sabato Totaro, che costituisce un importante elemento di chiarificazione sui temi della pena e del processo alla fine del XVIII secolo.

GIORGIA ALESSI

Susanne PFEIFFER-MUNZ, *Soziales Recht ist deutsches Recht. Otto von Gierkes Theorie des sozialen Rechts untersucht anhand seiner Stellungnahmen zur deutschen und schweizerischen Privatrechtskodifikation* (= Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte, Bd. 2), Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1979, 85 S.

« Deutsches Recht ist soziales Recht » (Gierke 1896). Die Verfasserin dieser kleinen Studie über Gierke, eine Schülerin von Pio Caroni, dreht den Satz Gierkes in einer Weise um, die keinen Sinn mehr ergibt; denn es kann wohl nicht ernsthaft behauptet werden, alles irgendwo vorkommende « Sozialrecht » sei « deutsch » oder weise Strukturen auf, die es nur in Deutschland gebe.

Stellt man die Aussage also wieder auf ihre Füße, dann lautet die Frage, in welchen Zusammenhängen Gierke von « sozialem Recht » gesprochen habe und welche historischen Vorstellungen und (vor allem) rechtspolitischen Konzeptionen er damit verbunden habe. Um

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dies zu beantworten, ruft die Verf. zunächst den Entwicklungsgang der Historischen Schule, die Gruppierung der Gelehrten in Romanisten und Germanisten, die Entstehung des rechtswissenschaftlichen Positivismus und die Einmündung in die Kodifikationsbewegung (Sächs. und deutsches BGB, schweiz. ZGB) in Erinnerung (Kap. 1). Im 2. Kap. wendet sie sich Gierkes Kritik am ersten Entwurf des BGB zu und referiert nochmals die von ihm erhobenen Vorwürfe, der Entwurf sei pandektistisch, volks- und realitätsfern, individualistisch und unsozial, Vorwürfe, die er auch gegen den zweiten Entwurf, wenn auch in wesentlich milderer Form, wiederholte. Ein dritter Schritt (S. 22 ff.) führt zu Gierkes « Theorie des sozialen Rechts ». Es zeigt sich einmal mehr, daß Gierke unter « sozialem Recht » etwas anderes versteht als die Gegenwart (vgl. etwa für Deutschland H. F. Zacher, Was ist Sozialrecht?, in: Sozialrecht in Wissenschaft und Praxis, Festschr. Horst Schieckel 1978, 371 ff.). Sozialrecht ist bei Gierke das Recht der Gemeinschaften (Familien, Gruppen, Vereine, Verbände, Gesellschaften, Genossenschaften, Kirchen), das ein Gegenwicht gegen das Recht des Individuums bilden und zwischen Individualismus und Kollektivismus eine stabilisierende « dritte Ebene » bilden soll. « Soziales Recht » hingegen bezieht sich auf den sozialen Gehalt des Privatrechts, für dessen Intensivierung sich Gierke einsetzt. Ökonomisch ausgedrückt ist dies die Suche nach einer Vermittlung zwischen Hochliberalismus und drohender sozialer Frage; rechtshistorisch ist es die Option für die deutschrechtliche Tradition, weil diese — anders als die (angeblich individualistische) römischrechtliche, anders auch als das ebenso abgelehnte « sozialistische » (kollektivistische) Recht — Garantien für « soziale Harmonie » (S. 28) zu bieten schien. Es war Ausdruck für Gierke's Sehnsucht, durch Rückkehr zu den germanisch-deutschen Ursprüngen den Entfremdungsprozeß der industriellen Revolution wieder zu überwinden, den politischen und ökonomischen Egoismus wieder ethisch zu « binden » und wieder zur Anerkennung von Treue und Beständigkeit, gerechter Haftung und zu sozialem Ausgleich zu gelangen. Diese Sehnsucht enthielt ein rechtspolitisches Programm und sie beeinflußte unübersehbar Gierkes rechtshistorische Konzeption. Sie war auf der einen Seite, wie die Zukunft zeigen sollte, partiell realitätsblind gegenüber der industriellen Welt, führte aber auf der anderen Seite zu folgenreichem sozialpolitischem Engagement im « Verein für Socialpolitik », zur Bejahung staatlicher Intervention in der sozialen Frage. Aus diesem Grund plädierte Gierke für eine « soziale » Bindung der Freiheitsrechte, dachte « Gemeinschaft » und « Genossenschaft » als den aus dem deutschen Volksgeist und Rechtsdenken erwachsenden « dritten Weg » zwischen Individualismus und Kollektivismus.

Daß diese Konzeption aus politischen Überzeugungen erwuchs und daß ihre historische Legitimation in der « deutschen » Rechtsgeschichte

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

recht zweifelhaft war, hebt die Verf. unter Berufung auf neuere Arbeiten (etwa von K. Kroeschell) mit Recht hervor (4. Kap.). Gierke folgte also einer aus nationalistischen und politischen Quellen gespeisten historischen Mystifikation, zog aber hieraus für die Umgestaltung des BGB durchaus praktische Konsequenzen, und zwar für den Allgemeinen Teil, für die Bindungen der Vertragsfreiheit im Schuldrecht, für die Frage der Haftung, für das Sachen-, Familien- und Erbrecht (5. Kap.). Die Verf. verfolgt in zwei weiteren Kapiteln Gierkes Position etwas genauer: zum einen in seiner Lehre von der « Verbandspersönlichkeit », die einen besonders im Arbeits- und Vereinsrecht bedeutsamen Gegenentwurf zur « juristischen Person » des BGB darstellte (6. Kap.), zum andern in seinem « deutschrechtlichen » Eigentumsbegriff (7. Kap.), der durchweg stärkere soziale Bindungen enthielt und die abstrakte Vereinheitlichung von Fahrnis und Grundeigentum wieder aufgab.

Das letzte Kapitel der Arbeit ist Gierkes Beziehungen zu Eugen Huber und dessen Kodifikationsleistung des schweizerischen ZGB gewidmet. Die Verf. wertet 36 Briefe aus, ohne allerdings daraus wesentliche Informationen zu gewinnen. Daß Gierke das ZGB günstiger beurteilte als das BGB und daß er zu Eugen Huber in freundschaftlich-höflichen Beziehungen stand, dürfte niemanden überraschen.

Es ist der Verf. zwar gelungen, Gierkes Ansichten zum « sozialen Recht » in ihren wichtigsten Punkten zu erfassen und in eine gewisse Ordnung zu bringen. Eine wirklich eindringende Analyse ist aber daraus nicht entstanden. Die Hilfsmittel der biographiebezogenen Entwicklung einer solchen « Theorie des sozialen Rechts » werden nicht ausgeschöpft. Die Beziehungen zu den Zeitgenossen bleiben blaß, soweit sie überhaupt erwähnt werden. Weder die Vorbildwirkung Georg Beselers, noch die sozialpolitische Diskussion der Zeit sind in ihrer Komplexität wirklich erfaßt worden; Otto Bährs früherer Entwurf eines genossenschaftlichen « Sozialrechts » (O. Bähr, Der Rechtsstaat, 1864) wird übersehen. Die insgesamt recht unkritische Einstellung der Verf. zu ihrem Objekt verhindert eine genaue Abwägung der historischen Voraussetzungen, der politischen und rechtsmethodischen Implikationen des gierkeschen Werkes. Die merkwürdige Mischung von martialischem Nationalismus, germanisch - deutscher Volksgeistideologie und hegelscher Metaphysik, sozialem Bürgersinn, instinktiver Furcht vor den Abgründen der industriellen Welt und politisch kalkulierter Sozialpolitik, wie wir sie bei Gierke finden, ist der Verf. nur andeutungsweise zugänglich gewesen (Vgl. dazu in dieser Zeitschrift G. Dilcher, Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: Ein « Juristensozialismus » Otto v. Gierkes?, Quaderni Fiorentini 3-4/1974-1975, S. 319-365).

MICHAEL STOLLEIS

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Wolfgang PREISER, *Macht und Norm in der Völkerrechtsgeschichte. Kleine Schriften zur Entwicklung der internationalen Rechtsordnung und ihrer Grundlegung*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1978, p. v, 282.

Cuantos están interesados en la historia del derecho internacional y de su doctrina acogerán con júbilo el presente libro, que recoge una serie de artículos y notas bibliográficas publicados por Wolfgang Preiser sobre esta materia, a lo largo de los años (concretamente, entre 1950 y 1975, o sea, un cuarto de siglo) en revistas, libros de homenaje y diccionarios o enciclopedias de ciencia política y derecho internacional.

Es Wolfgang Preiser, catedrático de la Universidad de Frankfurt, uno de los especialistas más autorizados en el campo de la investigación histórica del derecho internacional. Esta, como es sabido, ha quedado por detrás del desarrollo alcanzado en otras disciplinas (pensemos por ejemplo en el ámbito de la filosofía del derecho o en el de las ideas políticas, como más próximas), especialmente en lo relativo al período anterior a los tiempos modernos, es decir, en nuestro caso, a la Paz de Westfalia. Y la atención de Preiser se ha dirigido precisamente con carácter preferente a la Antigüedad — la oriental y la grecorromana — y asimismo a la Edad Media y al comienzo de los tiempos modernos.

Antes de emprender nuestro análisis recordemos que, por la índole y las dimensiones de la obra, han quedado fuera dos trabajos del Autor, aparecidos en los *Sitzungsberichte* de la Sociedad Científica de la Universidad Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt del Main, y que no han de dejar de tenerse en cuenta para una valoración de conjunto de la contribución del Profesor Preiser a la historia del derecho internacional: el que tiene por objeto « la historia del derecho internacional. Sus cometidos y su método » (« Die Völkerrechtsgeschichte, ihre Aufgaben und ihre Methode », vol. 2, año 1963, p. 31-66, Wiesbaden, Franz Steiner Verlag, 1964), y la monografía, realmente fundamental, « Ordenamientos jurídico-internacionales tempranos del mundo extraeuropeo » (« Frühe völkerrechtliche Ordnungen der aussereuropäischen Welt », vol. IV, nº 5, p. 95-272; id., id, 1976), que presenta por vez primera en bloque una exposición del derecho internacional de la América precolombina, los archipiélagos polinesios, el Africa negra, el subcontinente indio y China y los territorios limítrofes del Este asiático.

Como recuerdan Klaus Lüderssen y Karl-Heinz Ziegler en su prefacio, ya el propio Preiser había visto en la polarización tradicional de los autores hacia la historia de las doctrinas una insuficiencia metodológica de la historia del derecho internacional, que en esta ocupación científica y especializada no se remonta más allá de fines

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del siglo XIX. La superación de esta carencia, con la interpretación de los hechos históricos en su dimensión propiamente jurídico-internacional concreta, ha sido según ellos — y compartimos su parecer — el principal mérito de Preiser, cuya incesante búsqueda del « método justo » puede seguirse de una investigación a otra.

Los trabajos del Autor aquí reproducidos no siguen el orden cronológico, sino que se agrupan bajo tres grandes epígrafes: Procedencia y amplitud del derecho internacional europeo; Antigüedad clásica y preclásica; temas relativos a la Edad Media y a la época moderna. El primero apunta a una concepción global del derecho internacional europeo (veremos que europeo en un sentido amplio); los otros dos, a aspectos de los respectivos ciclos históricos considerados.

Habrá llamado la atención del lector el hecho de que en los « ordenamientos jurídico-internacionales del mundo extraeuropeo » no figurase el del antiguo Oriente mediterráneo ni el del Islam. La consiguiente extrañeza se desvanecerá cuando nos adentremos en el primer estudio, « sobre los orígines del derecho internacional moderno » (« Über die Ursprünge des modernen Völkerrechts », 1960); cuyo resultado se anticipa en las primeras páginas: « hay un « derecho internacional europeo » con una estructura fundamental igual y principios ininterrumpidos, que siguen actuando de una época a otra, derecho que se ha practicado por vez primera a comienzos del siglo VI antes de Cristo en las relaciones de los Estados-ciudades griegos entre sí y también con vecinos no griegos, y que (...) cuando menos ha contribuido a determinar las relaciones internacionales en el mundo romano, el medieval y el moderno, desarrollándose en el pasado más reciente hasta convertirse en el derecho internacional mundial; ahora bien, este derecho internacional europeo, que abarca en números redondos dos milenios y medio, no es pensable, hasta entrados los tiempos modernos, sin influencias más o menos intensas del Próximo Oriente, el cual había conocido ya en el segundo milenio antes de Cristo un dilatado período de ordenación jurídico-internacional y cuya significación para la evolución espiritual del Oeste en todos los terrenos, desde la aparición del Cristianismo, no puede ser fácilmente exagerada » (p. 11). Ello supone una capacidad de comprensión por nosotros del hombre de aquel pasado remoto que el Autor justifica antropológica y psicológicamente, rechazando la existencia de una supuesta discontinuidad entre un pensamiento precausal o « acausal » antiguo y el « causal » o posterior a los griegos, pues quien pensase acausalmente no podría almacenar experiencia, y por ende no podría sobrevivir. Por lo cual « la diferencia entre un hombre inteligente de la actualidad y uno perteneciente a aquellas épocas anteriores no reside en la forma del pensamiento como tal, sino en la diversa cantidad del saber empíricamente adquirido, aplicado en el proceso mental » (p. 13).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Esta continuidad, por otra parte, se predica sólo por lo general de las representaciones que sustentan la práctica y no necesariamente la práctica misma, ilustrándola el Autor con relación a tres aspectos: la idea del derecho natural, cuya raíz estoica se asocia a la ética cristiana e inspira el derecho internacional occidental hasta más allá de Grocio; la del *bellum iustum*, en la que el formalismo romano se llena de contenido con la patrística y la escolástica y, tras un ocaso, revive como consecuencia de la primera Guerra mundial; la de la seguridad colectiva, desde la práctica de las ciudades griegas, no sin interrupciones, hasta los esfuerzos de hoy, a través de los diferentes proyectos de paz perpetua.

Este primer estudio sirve como de introducción al segundo, reproducción de la parte del artículo « Historia del derecho internacional » de la nueva edición (1962) del *Wörterbuch des Völkerrechts* (1924-29) de Karl Strupp, dirigida por Hans-Jürgen Schlochauer, relativa a la Antigüedad, la Edad Media y los tiempos modernos hasta la Paz de Westfalia (pp. 27-72). Las otras partes son de E. Reibstein, H. U. Scupin y U. Scheuner respectivamente. Se trata de una síntesis magistral, que sólo podrá valorar plenamente el que conozca la dificultad de tales empresas. La exposición se estructura en las siguientes partes: Antigüedad (con tres secciones relativas a la Antigüedad preclásica, a la época griega antigua y persa, y al período romano-helenístico); época de transición entre la Antigüedad y la Edad Media; temprano y alto Medievo; Medievo tardío; « período español ». Es imposible resumir la riqueza de la información, expuesta en una forma a la vez sucinta, densa y clara, dando cuenta simultáneamente de la evolución institucional y de la doctrinal. Estamos realmente ante una obra maestra en su género.

Un juicio semejante ha de aplicarse al artículo « Historia del derecho internacional », mucho más breve (p. 73-78), del *Evangelisches Staatslexikon* (2ª ed., 1975), que a diferencia del que precede abarca toda la historia. La periodización anterior es naturalmente simplificada, y la « Edad Moderna » se articula en un « período español » (1500-1648), un « período francés » (1648-1815), un « período inglés » (1815-1914), y la época reciente (desde 1914). Si bien puede discutirse la periodización moderna, es indudable en cambio que es difícil decir más en menos espacio.

Como aducen los presentadores de la obra, la inclusión de las recensiones más importantes venía aconsejada por la conveniencia de contrastar la metodología de Preiser con la que informara intentos paralelos o análogos al suyo. Preiser enjuició en sendas notas bibliográficas las tres exposiciones de conjunto aparecidas desde la de Arthur Wegner, que en 1936 ofreciera « el primer tratamiento científico amplio de la materia » después de la *History of the Law of Nations* de Th. A. Walker de 1899: nos referimos a los manuales de Arthur Nussbaum

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

(*A Concise History of the Law of Nations* (1947), en la versión alemana (1960) de su 2ª edición), de Georg Stadtmüller (*Geschichte des Völkerrechts*, I (1951), hasta el congreso de Viena) y de Ernst Reibstein (*Völkerrecht. Eine Geschichte seiner Ideen in Lehre und Praxis*, vol. I, 1958). Para Preiser, el valor del primero reside primariamente en la exposición de las doctrinas modernas y su discusión crítica, echándose de menos una mayor consideración de la práctica coetánea, mientras en la referencia a la época contemporánea se establece un equilibrio. En Stadtmüller, subraya positivamente Preiser el hincapié en el impacto del derecho natural y la atención prestada al derecho internacional arábigo-islámico y al bizantino-ortodoxo medievales así como a la ascensión del Estado unitario moscovita y por último a la época de la preponderancia francesa. Por lo que atañe a Reibstein, su método estaba condicionado por el carácter de la colección en la que figura, por lo que la exposición va entremezclada con el acopio de fuentes. Ello no resulta, para Preiser, positivo. No obstante, estamos ante « una de aquellas exposiciones compendiadas orientadas hacia lo universal, que la investigación particularizada, indispensable como base sólida, necesita de cuando en cuando, si no quiere quedarse estancada en el especialismo, aunque sólo está llamado y capacitado al respecto quien, como el autor, se ha acreditado antes en cuanto investigador en importantes sectores » (p. 98). En un plano más reducido, el opúsculo de Hans Waser sobre el tribunal interestatal de arbitraje como espejo de la historia occidental (*Das zwischenstaatliche Schiedsgericht als Spiegel der abendländischen Geschichte*, 1960), permite a Preiser confirmar su tesis del destacado papel desempeñado a lo largo de nuestra historia, con altibajos que no afectan a su sustancial continuidad, la institución jurídica del arbitraje.

Hemos dicho que los estudios reunidos en la segunda parte tienen por objeto la Antigüedad « clásica » y la « preclásica ». Quizá pudiera estimarse que el término « preclásico » no es el más adecuado, por no dar suficientemente cuenta de la identidad histórica propia del período; pero lo es de todos modos menos aquí que en una panorámica de su cultura en general, pues su significación para el derecho internacional es indubablemente más escasa, aunque no menospreciable.

En su estudio « Las épocas de la historia del derecho de gentes antiguo » (« Die Epochen der antiken Völkerrechtsgeschichte », 1956), señala Preiser, que las condiciones que hacen posible un derecho internacional — « la coexistencia de sujetos jurídicos autónomos, de igual rango, que se respetan como tales y están unidos por intercambios regulares » (p. 105) — dieron lugar, en la Antigüedad, en tres casos al desarrollo de un ordenamiento jurídico-internacional que funcionara y perdurara algún tiempo: « por vez primera (I) poco después de mediado el segundo milenio, en el mundo de Estados del Próximo Oriente (aproximadamente desde 1450 hasta 1200 a. C.); una segunda

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vez (II) a raíz del florecimiento de los Estados-ciudades griegos en el mundo greco-persa (desde después del 600 hasta 338 a. C.); por último (III) en la época temprana y media de la República romana, a partir de comienzos del siglo V, limitado primero a Italia y extendido luego a la cuenca mediterránea occidental y por último a toda ella (desde aproximadamente 430 hasta 168 a. C.) » (p. 109).

De estos ordenamientos, el más novedoso para el lector actual es sin duda alguna el primero, que constituyó un verdadero sistema de cinco potencias mayores basado en el equilibrio: a los imperios « tradicionales » de Egipto, Babilonia y Asiria, vinieron a sumarse el Estado hitita y el del Mitani. Una tupida red de relaciones de toda índole tuvo entonces incluso el respaldo de una lengua internacional, el acadio, que hasta los egipcios aceptaron como tal.

La caracterización de este sistema es objeto del estudio « En torno al derecho de gentes de la Antigüedad preclásica » (« Zum Völkerrecht der vorklassischen Antike », 1954), y aunque el Autor declara no ser especialista en las culturas en cuestión, ofrece no sólo un claro balance de los resultados a que se ha llegado desde las distintas disciplinas involucradas, sino también, y sobre todo, una valoración jurídico-internacional rigurosa del material de que se dispone, sobre las huellas, entre otros, de V. Korosek y P. Koschaker. Su adhesión a la tesis que afirmara la existencia de un derecho internacional en el mundo antiguo es hoy algo que parece imponerse, y también la hicimos nuestra en el marco de lo que (en nuestros *Fundamentos de derecho internacional público*, Madrid, 4ª ed., 1977) hemos llamado « concepción copernicana de la historia del derecho internacional ». No exagera Preiser, sin embargo, el alcance cronológico de este derecho internacional de la Antigüedad próximo-oriental, como hemos podido comprobar, circunscribiéndolo a la mitad de la segunda mitad del segundo milenio a. C., y distinguiendo oportunamente los períodos de relaciones más intermitentes o de hegemonía de los imperios.

Como complemento de la antedicha caracterización podemos considerar el estudio « En torno a la naturaleza jurídica de las ' Leyes ' del antiguo Oriente » (« Zur rechtlichen Natur der altorientalischen Gesetze », 1969), en el que Preiser trata esencialmente de la validez jurídica del llamado Código de Hammurabí, de una recopilación de preceptos jurídicos asiria y de otra hitita, inclinándose a ver en ellos el equivalente de lo que hoy entendemos por leyes, o sea, normas obligatorias vigentes, dictadas con un propósito ocasionalmente reformista y para ser aplicadas en la práctica judicial.

Por último, el breve ensayo sobre la significación del estoicismo para el derecho internacional moderno (« Die Philosophie der Stoa in ihrer Bedeutung für das moderne Völkerrecht », 1950) muestra cómo la Estoa media, al sustituir la *polis* como comunidad suprema por la humanidad, preparó la idea moderna de los derechos humanos.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Los estudios agrupados en la tercera parte del libro entroncan con algunos de los temas ya abordados en los anteriores. Así, vuelve el del arbitraje, con ocasión de la nota crítica sobre otro libro de Hans Waser relativo a las fuentes para el arbitraje en el condado de Saboya de 1251 a 1300 (1962), o sea, en una época en que los sujetos de las relaciones interestatales estaban todavía diversificados y desnivelados entre sí. Otra recensión, más adelante, referida al opúscolo de Frans de Pauw, *Grotius and the Law of the Sea* (1965), al explicar el cambio de posición de Grocio en el *Mare liberum* (1609) y el *De iure belli ac pacis* (1625) por motivaciones políticas, nos conduce a lo que constituye el núcleo de esta tercera parte y trasciende el marco jurídico-internacional: el tema de la relación entre la política, la religión y la moral, tratado en dos estudios, centrados en la Florencia de los siglos XV y XVI: « Girolamo Savonarola como estadista y pensador político » (« Girolamo Savonarola als Staatsmann und politischer Denker », 1972) y « La imagen de Maquiavelo de la actualidad » (« Das Machiavelli-Bild der Gegenwart », 1952).

El primero de ellos, que arranca del severo juicio de Goethe sobre el discutido dominico, es una defensa de la acción de éste en el contexto local. Ni Savonarola rebasó la esfera de acción de un clérigo de su tiempo, ni utilizó medios ilícitos, habiéndose opuesto a la violencia, y empeñado en la consecución de la amnistía concedida en marzo de 1495. En conclusión, también como hombre de Estado y pensador político vemos irradiar de él « algo de la grandeza que fue propia del hombre Savonarola » (p. 207).

Y detrás de Savonarola, he aquí a Maquiavelo, que según nos confesó fue impresionado por su destino de profeta desarmado. La verdad es que el gran florentino sigue interpelándonos desde su arcano al parecer impenetrable. Pues desde su misma época, no ha enmudecido un debate sin fin acerca de cuál fuera su intención última. Preiser nos comenta aquí la visión que han tenido del padre doctrinal de la razón de Estado una serie de autores en las dos décadas anteriores a su estudio, tomando a F. Meinecke como punto de referencia inicial: B. Croce, K. Brandi, H. Hefele, J. Maritain, R. König, F. Mehmel, W. Kaegi, L. von Muralt, H. Freyer, E. Walder, y por último Gerhard Ritter, cuyos libros al respecto (*Machtstaat und Utopie*, 1940, y *Das sittliche Problem der Macht*, 1948), de amplia difusión, vienen a ser un nuevo centro de discusión no menos importante que en su día *La idea de la razón de Estado en la Edad moderna*. Al término de su informe crítico, Preiser comprueba que la imagen que arroja es « desconcertante », pues « después como antes se adoptan posiciones extremas, sólo que con la diferencia, con respecto a los tiempos pasados, de que la condena se sirve ya apenas de los argumentos morales, y la apología posterga los motivos de disculpa patrióticos »; su propia

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

posición, implícita en la discusión de la sucesivas interpretaciones, es calificada por él mismo de « intermedia » (p. 249).

El artículo que debería (veremos que no lo hace) servir de colofón al libro, aunque lejano del anterior por el tiempo en cuanto a su objeto, tiene sin embargo que ver muy directamente con un aspecto del problema de la relación entre el derecho y el poder, con la carga de la dimensión humana que le da el apoyarse en una experiencia personal del Autor como juez de un tribunal alemán en los Países Bajos ocupados durante la segunda Guerra mundial. Trata de « la realización del derecho natural en la época del imperio de la violencia », y fue traducido al italianao por Emilio Bussi, con el título algo modificado (« Il conflitto tra diritto naturale e diritto positivo nella giurisprudenza di un tribunale tedesco durante l'ultima guerra ») pero más concreto tal vez para lectores no alemanes, en el *Archivio giuridico*, vol. CLXXV, fasc. 1-2 (sesta serie, vol. XLIV, fasc. 1-2), 1968, volumen dedicado por cierto al centenario de esta prestigiosa revista. Esta circunstancia nos ahorrará extendernos sobre este testimonio, relatado con exquisito tacto y sencillez, acerca de los recursos a que hubieron de recurrir, dentro de límites de delicada apreciación, jueces y fiscales alemanes para dar con soluciones adecuadas en sentido humanitario en casos de conflicto entre determinadas leyes (especialmente las famosas « leyes de Nuremberg ») y su conciencia. Formados generalmente en el positivismo, vinieron a aplicar lo que podríamos llamar un derecho natural espontáneo, asistemático, y visto, por así decirlo, desde abajo, en un contexto grisáceo que el Autor evoca con el realismo y la lucidez del que pasó por el trance: « Scorrettezze, infrazioni al dovere di ufficio, violazioni di legge, una quasi umiliante specie di giuoco a rimpiattino e di finzione avanti a chiunque soprattutto avanti a coloro che si dovevano difendere, questi erano i mezzi di cui regola ci si doveva servire se volevasi raggiungere il fine. È veramente con un aspetto servile, che il diritto naturale ha potuto venire richiamato in vita ed applicato in questi casi. Ai Giudici ed agli Avvocati di Stato non rimaneva tuttavia altra scelta (...) ». Por lo demás, nos remitimos a la emotiva nota introductoria de Emilio Bussi a su traducción, y a su conclusión: « L'articolo del Collega Preiser dimostra que la antica tradizione tedesca non è stata interrotta dalla violenza del regime hitleriano ».

Ahora bien, no podemos poner punto final sin un reparo formal: ¿por qué se incluye, después de este conmovedor testimonio, una brevísima recensión de un libro de Kurt Kluxen sobre el concepto de *necessità* en Maquiavelo?. La « naturaleza de la cosa » exigía, a nuestro entender, que figurase inmediatamente antes o después (más bien antes) del estudio sobre la imagen actual de Maquiavelo. La exaltación de la virtualidad de la idea del derecho, que late en el artículo de referencia, respondería así en el lector, al cerrar el libro, a la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

evocación de su eclosión auroral en el mundo de los Estados de hace varios milenios, bajo cuyo signo lo abriera. Este inexplicable brote perdido de la bibliografía sobre el gran florentino distrae ilógicamente de la magna y sugestiva trayectoria llevada a cabo a través de los tiempos y de las culturas de la mano de un guía experto y sosegado, cuidadoso en el detalle, riguroso en el balance, y sin embargo *à l'aise* en los abiertos horizontes de los grandes ciclos históricos. Parafraseando a Bussi, podemos comprobar que tampoco en la solidez del saber y la probidad intelectual ha quedado interrumpida la antigua tradición alemana.

ANTONIO TRUYOL SERRA

Pietro SARACENO, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione. Linee di una analisi socio-politica del personale dell'alta magistratura italiana dall'unità al fascismo*, Roma, Edizioni dell'Ateneo e Bizzarri, 1979, pp. 160, L. 5.000.

Questo volumetto va inteso, come spiega l'autore, come primo frutto di una ricerca più ampia sui rapporti fra politica e magistratura dopo l'Unità. Dopo un rapido schizzo dello stato degli studi sull'argomento, il Saraceno rileva che la debolezza principale di questi studi è la carenza di una analisi sociologica del personale politico, come pure del personale giudiziario (cfr. p. 23). Si sono esaminati gli astratti istituti — « potere esecutivo », « potere legislativo », « potere giudiziario » — senza tener conto delle persone che li incarnavano. Una indagine sulla provenienza dei ministri, dei segretari generali e dei sottosegretari alla giustizia dal 1861 al 1970 (per i guardasigilli, dal 1848) rivela al Saraceno che almeno fino al 1900 l'« osmosi » fra politica e magistratura fu molto forte. Il Senato regio in particolare fu la cassa di risonanza delle alte cariche giudiziarie, che fornirono fra il 1848 e il 1860 oltre il 10% dei membri della Camera alta, percentuale che declinò tuttavia fino a toccare il 5,4% nel 1920, per risalire durante il fascismo al 6,7%. Nell'ufficio di presidenza del Senato sedettero quasi ininterrottamente dal 1848 al 1918 alti magistrati, di cui ben sei furono presidenti (cfr. tav. 4, p. 41, e app. D). In sintonia con ricerche analoghe sui rapporti fra politica e burocrazia, il Saraceno situa la cesura fra la fase di osmosi e quella di separazione fra politica e magistratura nell'età giolittiana, in cui i casi di Luigi Lucchini e Lodovico Mortara sono da considerarsi eccezioni rispetto alla regola di un diminuito peso dell'elemento giudiziario nelle Camere e al governo; e in cui si afferma la figura oggi familiare del magistrato di carriera che preferisce tutelare i propri diritti attraverso il Consiglio superiore della magistratura e, a un livello diverso, attraverso l'Associazione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dei magistrati (sorti rispettivamente nel 1907 e nel 1909), che non partecipare direttamente alla vita politica.

Entro i limiti di un'indagine quantitativa, la ricerca del Saraceno è certamente apprezzabile e condotta con grande scrupolo, anche se l'attenzione per le cifre a volte può sembrare un po' ostentata, come quando il Saraceno calcola la permanenza media (in anni, mesi e giorni) nella carica di un capo di Corte di cassazione nel periodo 1861-1899 e nel periodo 1900-1923 (p. 63); o quando dedica diverse righe di testo e una nota per stabilire se nel periodo 1891-95 i consiglieri di cassazione provenienti dall'insegnamento universitario furono due o uno solo (p. 69). Il dubbio, piuttosto, è se siffatte indagini, qualora non accompagnate da ricerche « qualitative » di maggiore spessore, possano veramente contribuire a chiarire i termini di un problema storiografico quale quello che il Saraceno intende proporsi: il problema cioè del ruolo della magistratura nella vita politica e nel sistema di potere dell'Italia prefascista. Qui temo che il Saraceno confidi troppo nell'univocità dei dati statistici. Inferire dalle sue serie di nomi e di percentuali che nell'Italia prefascista la magistratura era « un corpo dello Stato, ma non era ancora un corpo separato » (p. 81), mi sembra un po' semplicistico. Certo, oggi l'espressione « corpo separato » è assai di moda. Sono corpi separati i carabinieri e il servizio di controspionaggio, i vigili del fuoco e la guardia di finanza. Ma cosa c'è dietro questa locuzione, tanto più seducente quanto più dai contorni indefiniti? Mi sembra che con essa si voglia far riferimento a un elemento obiettivo e a uno soggettivo. Il primo è il dato di fatto dell'indebolimento del controllo politico sull'operato di questi organismi; il secondo, l'ideologia particolare, corporativa appunto, che li anima. Ora, per giudicare se la magistratura (o qualsiasi altro potere statale) costituisca o meno un « corpo separato », è indispensabile indagare: *a*) sul quadro istituzionale in cui si colloca; *b*) sui comportamenti dei suoi componenti. Le *idee* e le *istituzioni*, insomma. Il 33,33% dei magistrati sul totale dei senatori dal 1848 al 1861 può significare molto, poco o nulla rispetto al 33,33% del periodo 1876-1890 (cfr. la tav. 4 cit.), se non si fa luce su che cosa l'alto magistrato senatore del periodo subalpino pensasse dello Statuto, dei partiti politici, delle libertà individuali, dei rapporti fra capitale e lavoro, ecc., e che cosa ne pensasse l'alto magistrato dell'età della Sinistra al potere. Il Saraceno utilizza diverse autobiografie di magistrati e di uomini politici (Finali, Farini, Alessio), ma più per trarre indicazioni — pur utili — sulle carriere che non per ricostruire il quadro ideologico e intellettuale indispensabile per rispondere al quesito storiografico fondamentale. Eppure, anche nel suo discorso gli spunti non mancano. Che quadro vario e interessante si ha scorrendo le liste di nominativi presentate dal Saraceno! Vien da riflettere, una volta di più, sull'uso politicamente sottile, se non strumentale, delle ben note 21 categorie del-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'art. 33 dello Statuto. Uomini come Federico Sclopis, Giuseppe Manno, Matteo Pescatore, Raffaele Conforti, Giuseppe Siccardi, Carlo Boncompagni, Enrico Pessina non rilevano, certo, nella storia d'Italia come senatori-magistrati più di quanto non rilevi Benedetto Croce come senatore-possidente. Il trovarsi in una categoria compresa fra l'8ª e la 13ª fu poco più di una circostanza occasionale da sfruttare per compensarli di ben altre benemerenze. Diversissimo invece, ancora nei primi decenni di storia unitaria, il caso di un Diego Tajani o di un Paolo Onorato Vigliani, che furono, essi sì, dei veri magistrati-politici, degli uomini « di regime » che incarnarono le idee correnti sulla magistratura e operarono alla loro realizzazione. In un certo senso, essi furono dei *grands commis* dell'Italia liberale, così come un Mariano D'Amelio lo fu dell'era fascista. Studiare questi personaggi, o meglio trarli dall'oblio, sarà certo fruttuoso; ed è quello che mi auguro farà il Saraceno nell'annunciato prosieguo di questa sua ricerca.

RICCARDO FAUCCI

Savigny y la ciencia juridica del siglo XIX, « Anales de la catedra Francisco Suarez », n. 18-19/1978-1979, pp. 393.

Questo volume raccoglie scritti di studiosi di lingua spagnola e di lingua tedesca, in occasione del secondo centenario (1979) della nascita di Savigny. Tali scritti offrono un panorama abbastanza ampio delle interpretazioni della sua opera, e si volgono a una gamma abbastanza varia di temi. Si possono classificare i vari contributi in *tre categorie*, secondo i seguenti caratteri, muovendo dal generale al particolare: *a*) scritti che concernono la collocazione storica dell'opera di Savigny, o che trattano problemi teorici che hanno in essa una centralità indubbia e che pertanto implicano una presa di posizione generale sulla sua opera (Felipe González Vicén, Wolfgang Fikentscher, Helmut Coing, Werner Krawietz, Andrés Ollero, Enrique Zuleta Puceiro, Marcelino Rodriguez Molinero); *b*) scritti che pongono a confronto la concezione della storia di Savigny con il pensiero dialettico di Hegel e Marx (Hermann Klenner, Wolf Paul, Wolfgang Schild); *c*) scritti che considerano l'influenza di Savigny sulla scienza giuridica successiva (Mario G. Losano, Franz Wieacker, Montserrat Figueras). In quest'ordine medesimo è opportuno ora considerarli, per cogliere, talora indipendentemente dalle vedute degli autori, gli aspetti più qualificanti dell'intera raccolta, e per vedere in quale misura essa possa essere riguardata come uno specchio rappresentativo della attuale ricerca su Savigny.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tra gli scritti della *prima categoria* si staglia nettamente, per originalità di impostazione e per distacco critico dall'opera di Savigny, lo scritto di Helmut Coing, un autore che ha dato alla ricerca su Savigny ben noti e fondamentali contributi, e che è egli stesso momento essenziale dell'odierno pensiero giuridico. Il suo scritto, *Savigny und die deutsche Rechtswissenschaft* (pp. 83-100), è un bilancio critico dell'importanza di Savigny nella storia del pensiero giuridico moderno. Ma prima di tutto, lo scritto di Coing è un bilancio critico della condizione della ricerca su Savigny; nonostante una bibliografia ormai imponente, Coing giudica che il secondo centenario trovi « la ricerca storico-giuridica tedesca in certo riguardo impreparata » (p. 83). La ricerca si è rivolta fin qui alla collocazione di Savigny nella *Geistesgeschichte*, al problema della sua appartenenza al classicismo o al romanticismo, tralasciando altri aspetti, parziali ma decisivi per l'interpretazione complessiva: la sua attività pratica, le sue vedute politiche in rapporto al *Vormärz* prussiano, le sue dottrine privatistiche. Lo stesso Coing, volgendosi a trattare questo ultimo ambito di problemi, al quale ha pur dato contributi penetranti, si dichiara nella condizione di poter più sollevare domande che non dare risposte (p. 85). Guardiamo agli aspetti più generali posti in luce in questo scritto (ma anche in altri contributi presenti in questa silloge): la libertà del singolo è il concetto centrale del sistema, il quale ultimo acquista quindi un carattere formale, che può essere ricondotto alla distinzione tra diritto e morale e più in generale a un'ispirazione kantiana (pp. 95-97); con una importante limitazione, rappresentata dalla dottrina dell'*istituto*, che ha, pur nella sua ambiguità, aspetti « sociologico-materiali » (p. 16). In questa medesima prospettiva noi possiamo vedere anche la celebre dottrina savignyana del rapporto del diritto con il linguaggio, e, più indietro, con il *Volksgeist*: gli istituti sono, o possono essere se ad essi conferiamo una centralità dal punto di vista dogmatico, il concetto tecnico corrispondente a questa visione storico-materiale del diritto, che in Savigny starebbe accanto alle tendenze formalistiche ora viste. Il diritto si evolve storicamente nella coscienza del popolo, come la lingua: ma tecnicamente può dirsi che nella coscienza del popolo il diritto vive e si trasforma sotto la configurazione di « rappresentazioni fondamentali sugli istituti che costituiscono il diritto » (p. 99). In tal modo la teoria degli istituti diviene l'importante elemento di raccordo tra le generali premesse filosofiche e la teoria giuridica. Qui starebbe l'elemento nuovo nel pensiero di Savigny, secondo un apprezzamento che si trovava già in precedenti lavori di Coing, come pure nello studio di Walter Wilhelm del 1958 (*Zur juristischen Methodenlehre im XIX. Jahrhundert*). Merita di essere riportato il giudizio conclusivo di questo scritto di Coing, perché in esso è la valutazione generale dell'opera di Savigny e della sua rilevanza storica: « Il filosofo Georg Simmel ha notato una volta come il rilievo di un filosofo si determini secondo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che egli abbia creato 'categorie elementari della comprensione del mondo'. Io credo che Savigny possa rivendicare di aver creato e attuato una tale intuizione per il diritto privato. Egli ha formulato una possibile visione del diritto e, credo, una visione altamente adeguata allo spirito della cultura giuridica europea » (p. 100). A questa condizionata grandezza storica va il riconoscimento di Coing; nel rapporto fra la formalità del sistema e la materialità degli istituti è vista la problematicità e la duplicità dell'opera di Savigny.

Se posti a confronto con questo scritto di Coing, gli altri contributi elencati nella prima categoria si rivelano più tradizionali; il che non vuole assolutamente implicare un giudizio di valore, né vuol dire che in essi manchino vedute illuminanti su aspetti generali dell'opera di Savigny. Esemplare è in tal senso lo scritto di Felipe González Vicén, *La Escuela historica del derecho* (pp. 1-48), di grande serenità critica. Dello stesso autore è ben noto, per il nostro ambito di problemi, il pregevole lavoro *Sobre los orígines y supuestos del formalismo en el pensamiento juridico contemporaneo* (1961). Nelle pagine di oggi, egli riprende alcuni temi là trattati, ma soprattutto offre il quadro d'insieme che funge da saggio introduttivo alla intera silloge, in quanto ricostruisce il cammino della scuola storica del diritto, della quale indica con attenzione fonti e ramificazioni, ponendola in rapporto con la ricchezza culturale dell'età preromantica e romantica. V'è qui la coscienza del valore filosofico e metodologico dell'opera di Savigny nella sua epoca; e noi possiamo leggere un giudizio, che si armonizza con la tradizione dei nostri studi affermatasi all'interno della *Geistesgeschichte*, da Rothacker a Thieme a Wieacker: « La scuola storica rappresenta, insieme alla filosofia di Hegel, la grande potenza dell'epoca, e il metodo inaugurato da Savigny trasferisce le frontiere del diritto per convertirsi nel principio fecondatore di tutte le scienze dello spirito » (p. 13). Questa espressione, « scienze dello spirito », rimanda a Dilthey e alla sua visione del formarsi della nuova scientificità agli inizi dell'Ottocento, nell'ambito delle ricerche sull'uomo, sulla società, sullo stato: come suonava il titolo di uno scritto del 1875, *Über das Studium der Geschichte der Wissenschaften vom Menschen, der Gesellschaft und dem Staat*, che preludeva alla *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, del 1883. Di fronte alla visione di Coing, che pone in luce gli aspetti tecnici della dottrina del diritto privato e il loro problematico rapporto con la storia, la visione di González Vicén pone in luce lo storicismo di Savigny e il suo rapporto con il nascere delle *Geisteswissenschaften*: e gli scritti degli altri autori presenti nel volume sono vicini a questa interpretazione generale. González Vicén ricorda le ascendenze settecentesche del pensiero di Savigny: Montesquieu, Möser, Herder; ricorda i giudizi di Windscheid, di Stahl, di Gierke, che vedono nella scoperta della storicità il merito specifico di Savigny (p. 13). In questa prospettiva, un rilievo fondamentale

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vengono ad avere le espressioni dello storicismo di Savigny, dalla *Methodenlehre* di Marburg al *System*, e con un rilievo particolare per il saggio introduttivo alla nuova rivista, che celebra nella storia l'unico mezzo per la conoscenza della nostra condizione (p. 23). Compare il paragone tra diritto e linguaggio, come il più appropriato per illustrare il concetto di storicità (pp. 28-29); la storia è allora mondo della creatività, in un intreccio sempre libero tra le azioni degli individui. In questo senso acquista rilevanza il momento della individualità come centro della storia e come luogo di vita dell'universale, dotato di valore religioso e in rapporto con Dio; secondo il modo di pensiero della scuola storica e poi dello *Historismus* (Grimm, Ranke: pp. 40-43). In questo modo, González Vicén riporta Savigny e la scuola storica del diritto alle origini dello storicismo dell'individualità, che, vissuto nella concretezza delle ricerche storiche del primo Ottocento tedesco, fu poi tradotto in termini speculativi da Dilthey: in tal senso può essere interpretata tutta la connessione spirituale così finemente rappresentata in questo scritto, caratterizzato sempre da serena riflessività. Ciò che invece colpisce come una conclusione incongrua è l'insistenza finale sulle accuse di quietismo e conservatorismo rivolte a Savigny e alla scuola storica, da Thibaut a Hegel, a Gans, a Ruge, a Marx (pp. 44-45); alla quale insistenza consegue il giudizio su di una scienza giuridica astratta, formale, riposante su se stessa, chiusa in una erudizione « monastica » (secondo l'espressione di Beyerle, riportata a p. 48); una scienza giuridica priva di una « etica materiale delle relazioni sociali » (p. 46), e priva di un raccordo con l'effettiva realtà storico-sociale. Che la scienza giuridica tedesca dell'Ottocento sia arrivata a tali svolgimenti, è noto, ed è argomento di riflessione il passaggio dalle originarie intuizioni storiche della scuola agli svolgimenti formalistici della pandettistica; ma risulta difficile collegare questi esiti, senza l'indagine di vicende e mediazioni complesse e per gran parte ancora inesplorate, al contesto di pensieri francamente storicistici così ben descritti da González Vicén nella quasi totalità delle sue pagine.

In armonia con la presentazione storiografica di González Vicén possono essere visti gli altri scritti che si soffermano su temi centrali del pensiero di Savigny. Così lo scritto di Werner Krawietz, *Zur Kritik der juristischen Methodenlehre seit Friedrich Carl von Savigny* (pp. 101-131). Muovendo dalla visione di Savigny iniziatore di una « epoca della scienza giuridica » (Larenz, citato a p. 102), Krawietz vede questa epoca entrare in crisi dopo la seconda guerra mondiale, e si riferisce a noti lavori di Wolfgang Fikentscher e di Andrés Ollero, due autori presenti in questo stesso volume. Dalla visione savignyana del metodo della scienza giuridica, come scienza riposante su se stessa e sulla interpretazione del materiale giuridico offerto dalla storia (p. 112) — così è descritta la metodologia di Savigny — si sta passando a una

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nuova fondazione, che eviti « il pericolo di un autoisolamento spirituale », di un « solipsismo della giurisprudenza », e si basi sulle scienze più prossime, come l'economia politica, la scienza politica, la sociologia (p. 114). Il cammino della metodologia giuridica è percorso sinteticamente, dalla *Begriffsjurisprudenz* alla *Freirechtslehre*, alla *Interessenjurisprudenz*. La scienza giuridica non è più scienza di leggi storicamente date, ma altresì scienza di come il diritto venga effettivamente pronunciato (*Rechtsprechungswissenschaft*); e questo « odierno *Methodenstreit* tedesco » (Wieacker) è quello nel quale ancora vive la nostra coscienza, e dal quale cerchiamo di uscire con una nuova fondazione scientifica (pp. 127-131). Come si vede, l'orizzonte critico è il medesimo prospettato da González Vicén nelle pagine finali del suo studio; ma l'accento è qui spostato sulle vicende che la metodologia giuridica ha sperimentato dopo Savigny, per superare il formalismo che era contenuto in germe nella sua dottrina. Mosso da un analogo senso di incertezza sulla condizione attuale della scienza giuridica, ma più rivolto a ripercorrere e a collocare nel suo tempo la concezione savignyana dell'interpretazione, e più in generale della scienza giuridica, è uno scritto di Enrique Zuleta Puceiro, *Savigny y la teoria moderna de la interpretación* (pp. 199-218). Quel senso di incertezza è espresso, in un significato più vasto, con l'appropriato ricorso alle parole di Max Weber, in *Wissenschaft als Beruf*, sulla incapacità della scienza a rispondere alle domande fondamentali sul senso della vita; e il problema specifico della scienza giuridica è anche qui quello del rapporto fra il sistematismo della scienza giuridica, ovvero l'elemento logico, e l'elemento pratico, ovvero alogico o irrazionale, che invece è studiato dalla politica, dall'etica, dalle tecniche argomentative (p. 217). Lo scritto si chiude su queste note di disincanto; sembra anch'esso inserirsi nel clima dei nostri anni e nel nuovo atteggiamento di fronte a Savigny. È invece ancora immerso nella prospettiva del passato lo scritto di Marcelino Rodriguez Molinero, *Derecho y pueblo en Savigny* (pp. 219-241); la sua è la prospettiva di Erik Wolf, alla cui memoria è tributato un espresso omaggio nel testo: e questo scritto ripercorre le tappe fondamentali del pensiero di Savigny, nell'intento di mostrare l'incertezza che grava sulla tesi fondamentale della derivazione del diritto dal popolo; una incertezza che sarebbe determinata dalla definizione vaga e generica di popolo, denunciata dall'autore con l'elencazione di quattro distinti significati, che sarebbero rinvenibili negli scritti di Savigny (pp. 219, 240). Purtuttavia, questo concetto di popolo è visto come il « senso nazionale-statale » introdotto da Savigny nella scienza giuridica, e contrapponentesi all'atteggiamento cosmopolitico di Thibaut e anche di Hugo (p. 233: anche di Hugo; ed è uno dei molti aspetti che differenziano Hugo da Savigny, e che sono troppo sovente dimenticati). Per aver introdotto il concetto di popolo, in funzione centrale, nella scienza giuridica, Savigny è visto rientrare

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a pieno titolo nell'atmosfera culturale descritta da Meinecke in *Weltbürgertum und Nationalstaat* (*ibidem*).

Se in questi ultimi scritti è affiorato talora un aspetto di critica, i due scritti ultimi da noi assegnati al primo gruppo tematico di questa raccolta si muovono in un orizzonte più vicino allo storicismo di Savigny, e pronto a riconoscere gli aspetti ancor attuali del suo pensiero. Sono gli scritti di Andrés Ollero, *Savigny ante la interpretación del derecho: el legalismo aplazado* (pp. 171-198), e di Wolfgang Fikentscher, *La concepción de la historia y del sistema en Savigny* (pp. 49-82). Ollero è autore di un lavoro dal titolo *Derecho y sociedad - Dos reflexiones en torno a la filosofia juridica alemana actual* (Madrid, 1973; trad. ted., 1978), ed è esperto dei dibattiti metodologici più recenti. Muove, nello scritto su Savigny che ora esaminiamo, da un bilancio che appare a prima vista del tutto negativo: le aspirazioni di Savigny sarebbero state contraddette dalla realtà odierna della scienza giuridica: in luogo della storia, domina oggi un positivismo legalistico; in luogo del richiamo alla realtà vivente, una dogmatica che ritiene se stessa scientifica nella misura nella quale è apolitica, e che si fonda sulla positività della legge (pp. 171-172). Notiamo subito che questo bilancio presuppone che l'insegnamento ultimo di Savigny sia il richiamo alla storicità del diritto, e non, al contrario di quanto abbiamo visto fin qui negli altri interpreti, la costruzione di una scienza giuridica concettualizzante e formalistica. Come ricorda lo stesso Ollero, Hermann Kantorowicz, nel suo scritto del 1911, a cinquant'anni dalla morte di Savigny (*Was ist uns Savigny?*), traeva un opposto bilancio; giacché vedeva nelle tendenze sociologiche, assiologiche, materiali, del proprio tempo la confutazione del concettualismo formalistico di Savigny. Ollero, invece, parla con convinzione e in modo assai appropriato di uno storicismo di Savigny, e lo collega al suo kantismo: un kantismo originale e ridotto a termini elementari, essenzialmente alla identificazione di una apriorità-sistematicità del diritto, inteso come struttura trascendentale dell'esperienza storica della vita associata; una struttura nella quale entrano i più vari contenuti storici. È così che si congiungono, come in tante espressioni dello storicismo tedesco, fenomenicità storica e apriorità formale; dove la fenomenicità storica è essenzialmente consuetudine, e la apriorità formale è il sistema costruito dalla scienza del diritto. Ollero collega a questa interpretazione la visione di un compito « politico » della scienza giuridica: quest'ultima opera un filtro e un freno nella politicità dei comportamenti, giungendo a una neutralità e apoliticità che regolano ed equilibrano la vita associata (pp. 175-176, 184). Di fronte alle critiche marxistiche a Savigny, e alle connesse teorie di un « uso alternativo del diritto », visto come struttura razionale da opporre alla realtà borghese per piegarla (pp. 197-198), Ollero riabilita l'intento di Savigny, volto a una alternativa più fruttuosa, quella di aprire « un autentico campo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di razionalizzazione, limitato ma reale », consistente nell'interpretazione e sistemazione del diritto realmente esistente: qui sta uno dei « germi fecondi di verità », che Savigny pensava di aver lasciato alla posterità, e dei quali parlava a conclusione del prologo al *System*. Secondo una ispirazione affine a questa di Ollero si muove Wolfgang Fikentscher, che in questo suo scritto su storia e sistema in Savigny riprende motivi già trattati nella sua opera *Methoden des Rechts* (Bd. III., Tübingen, 1976). È già rivelatrice la circostanza che Fikentscher si riferisca, per la sua breve ricostruzione biografica, alle celebri pagine di Erik Wolf, le quali sono un elogio (ammirevole elogio) della grandezza storica di Savigny, collocato esemplarmente nello sviluppo della « storia dello spirito tedesco ». Savigny è giurista insieme storico e sistematico, e la sua importanza sta nell'aver combinato storia e sistema, se non per primo, certamente in un modo originale che trae vantaggio da strumenti derivati dalla filosofia kantiana. Fikentscher parla di una « avversione kantiana per i fini » (p. 60), di una « concezione della storicità del diritto come esplicazione del presente », e di un « agnosticismo giuridico » (p. 63); come pure di uno « storicismo eclettico » (*ibidem*). Sulla traccia degli studi di Kiefner, viene fortemente posta in rilievo la presenza di motivi kantiani nell'opera di Savigny: innanzitutto il concetto della personalità morale, caratterizzata dalla libertà e portatrice della autonomia privata (p. 66). Su una rete di autonomie singolari si costruisce il sistema giuridico: il quale deriva da un kantismo ridotto a formalismo e alla « deduzione » di strutture aperte a fini mutevoli; e pertanto felicemente detto « agnostico » ed « eclettico ». Nell'ambito di quella struttura mobile derivante dall'intreccio di molteplici autonomie private, c'è spazio per i fini infinitamente mutevoli che sorgono nella storia, in una oscillazione continua tra valore del *Sein* e valore del *Sollen*. Come lo scritto di Ollero, ed anche come lo scritto di González Vicén (il più limpido e il più partecipe nella descrizione del significato culturale di Savigny), queste pagine di Fikentscher meditano attentamente il significato dello storicismo di Savigny e le sue conseguenze etico-politiche. Se prescindiamo da singole valutazioni, ne scaturisce sempre il rilievo propriamente teoretico di Savigny; un rilievo che dagli studi recenti appare ancor maggiormente posto in luce, e che è tale da far considerare il contributo di Savigny sulla linea delle più significative riflessioni sulla storia e sul mondo umano. Ne viene in luce, più ancora che nel passato, un risalto propriamente filosofico di Savigny.

Si collega a questo significato filosofico quel che studiosi di altro orientamento sostengono — negli scritti sopra classificati nella *seconda categoria* di questa silloge — in polemica più o meno netta e accentuata con Savigny, muovendo da una filosofia dialettica: o marxistica, o hegeliano-marxistica, o hegeliana. È il caso degli scritti, rispettivamente, di Hermann Klenner, *Savigny und das historische Denken in*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

der Rechtswissenschaft (pp. 133-169), di Wolf Paul, *Marx versus Savigny* (pp. 243-269), di Wolfgang Schild, *Savigny und Hegel* (pp. 271-320). Essi sono la riprova, per l'atteggiamento polemico assunto dal fronte hegeliano-marxistico, del rilievo filosofico spettante all'opera di Savigny, del quale or ora si è detto. Di questi scritti, l'estensore delle presenti osservazioni e valutazioni ha già trattato diffusamente nell'ambito di una relazione, avente ad oggetto specifico *il rapporto Savigny-Hegel nella storiografia recente*, che egli ha tenuto al « seminario su Federico Carlo di Savigny » svoltosi in Firenze nei giorni 27-28 ottobre 1980. Pertanto egli crede opportuno rinviare alle considerazioni già svolte in quella sede, e rinvenibili in questi stessi « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno ». Ora egli si limita a richiamare, in armonia con quanto ha osservato in margine agli altri scritti, che non reputa convincente la contrapposizione di uno storicismo dialettico e progressivo della linea Hegel-Marx a uno storicismo quietistico, statico se non regressivo, della linea Hugo-Savigny (giacché anche Hugo è spesso affiancato a Savigny in tale confronto). Anzi, chi scrive queste riflessioni odierne crede che lo storicismo non-dialettico, formale, « agnostico », « eclettico », di Savigny, debba esser considerato una filosofia del mutamento, ovvero una filosofia « aperta », per maggiori titoli che non la filosofia di Hegel e di Marx, con la sua visione dialettica di una storia trascinante singoli e gruppi nel movimento segnato da una ragione della totalità. Il sistematismo mobile di Savigny (come lo *Historismus*, da Dilthey a Weber) consente tutti i fini; il sistematismo dialettico e predeterminato di Hegel e di Marx consente soltanto i fini previsti o prescritti dalla ragione universale; spinge ad essi quando non sono realizzati, obbliga ad essi quando sono divenuti realtà politica e giuridica.

Giungiamo così agli scritti della *terza categoria*: sulla presenza di Savigny nella cultura giuridica successiva. Lo scritto di Montserrat Figueras, *Notas sobre la introducción de la Escuela Historica de Savigny en España* (pp. 371-393), è un utile, attento contributo a una storia della fortuna di Savigny, per la quale da tempo cominciano ad apparire, o sono annunciati, apporti parziali, che a poco a poco mostreranno la mappa delle influenze, talora insospettate in tanta ampiezza, nei vari ambiti culturali. Un settore privilegiato della presenza di Savigny è indagato da Mario G. Losano nel suo scritto su *Savigny en la correspondencia de Jhering y Gerber* (pp. 321-340): il carteggio tra i due giuristi è ripercorso con l'attenzione rivolta alla figura di Savigny; vengono illuminati, nelle varie sfumature, il diverso atteggiamento e i diversi giudizi del grande romanista e del fondatore del moderno diritto pubblico tedesco. Oltre a varie notizie biografiche, o interessanti lo storico della cultura, constatiamo la calorosa valutazione di Jhering a fronte di quella di Gerber, talora duramente critica. Vediamo nascere il celebre paragone tra Savigny e Goethe,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

svolto da Jhering nel necrologio, e la reazione di Gerber, che non pare molto convinta, che concede « dettagli sorprendenti » ma trova « un abisso enorme tra i due » (p. 329): una diversità di valutazione — nota Losano — che è forse tra i segni del « progressivo raffreddamento » tra i due giuristi (*ibidem*). Altro motivo di interesse, in questo contributo, l'indagine sugli scritti anonimi del giovane Jhering, tra i quali una serie intitolata *Die historische Schule der Juristen* (p. 335): segno ulteriore della presenza di Savigny nella formazione di Jhering, quali che siano stati, di quest'ultimo, lo svolgimento, le svolte creative, il significato innovatore nella cultura giuridica del secondo Ottocento. Questo legame spirituale tra Savigny e Jhering viene presupposto nel contributo che all'autore del *Geist des römischen Rechts* dedica Franz Wieacker, e che esamina il rapporto tra *Jhering y el darwinismo* (pp. 341-370). Se l'influenza di Darwin, e l'affinità tra l'opera di lui e quella di Jhering, soprattutto per quanto attiene al *Kampf um's Recht*, è il filo conduttore e il principale motivo di interesse, troviamo trattati altresì temi strettamente connessi, di particolare rilevanza per la storia della cultura giuridica ottocentesca in genere, quali il distacco dai temi e dallo spirito dell'idealismo tedesco e l'incontro con le scienze naturali e con i loro metodi (pp. 342-343): significativo è quanto scrive Dilthey al conte Yorck von Wartenburg, in una lettera del 28 gennaio 1878, a proposito di Jhering, considerato ultima vittima dell'influenza di Darwin in Germania (p. 349); e si sa quanto alta fosse stata, già nel ricordato scritto del 1875, la considerazione di Dilthey per i meriti dell'autore del *Geist*, visto, in ideale continuazione di Savigny, quale esempio della autonomia scientifica delle nuove scienze dello spirito. A Montesquieu, al suo *Esprit des Lois*, al titolo stesso di quest'opera, Jhering si era richiamato per attirare l'attenzione del pubblico sul *Geist des römischen Rechts*, come ora ci ricorda Wieacker (p. 353); e nel mezzo tra i due può essere visto legittimamente Savigny, teorico anch'egli dello « spirito » del diritto, se non proprio del tanto discusso *Volksgeist*. In questa successione di indagini storiche, e in questa affinità di metodi, deve essere visto anche il significato di Savigny nella storiografia giuridica dell'Ottocento tedesco. In quest'ultimo contributo qui considerato, viene esaminata l'opera di Jhering nel suo significato per la fondazione della scienza del diritto nel secondo Ottocento, all'interno del sistema generale delle scienze; ma noi siamo tuttavia pur sempre implicitamente ricondotti alla fonte principale della sua prima attività, e cioè all'opera di Savigny. E con questo scritto di Franz Wieacker, il maestro nel quale ancor oggi vive lo spirito storico di Göttingen, si può ritenere concluso l'esame qui condotto su questa raccolta di studi, venutaci dalla nuova Spagna, sul maggiore esponente del pensiero storico nella scienza giuridica ottocentesca.

GIULIANO MARINI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Michael STOLLEIS, *Arcana imperii und Ratio status. Bemerkungen zur politischen Theorie des frühen 17. Jahrhunderts*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1980.

— *Grundzüge der Beamtenethik (1550-1650)*, in *Die Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft*, XIII (1980), 4, pp. 447-475.

— *Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert. Reichspublizistik, Politik, Naturrecht*, hrsg. von Michael Stolleis, Frankfurt, Metzner, 1977.

Mi sembra degno di nota il fatto che l'interesse per il tema della « ragion di Stato » si sia tanto mantenuto nel mondo tedesco, mentre ha cessato di essere, dopo decenni, uno dei temi classici dell'italiana storia delle dottrine politiche. L'interesse tedesco più recente si è anche saputo distinguere per l'apertura di sguardo con cui ha saputo trattare il tema all'interno di una problematica più ampia e articolata e lungo un arco di tempo più esteso di quello abituale in ambito italiano. La verità è che, in Germania, il tema è stato consapevolmente inserito in un campo di forze ad alta intensità politica, quindi collegato direttamente al processo più significativo della storia tedesca moderna, dalla Riforma ai giorni nostri: l'affermazione della teoria e della pratica costituzionale dello Stato moderno, sotto forma prevalente di Stato di polizia, cioè di Stato preoccupato della *Fürsorge* dei sudditi-cittadini e insieme legato ad essi da un patto reciproco di « fedeltà », formulato in termini di diritti e doveri, da verificare concretamente tramite l'organizzazione della vita politica e sociale. Quanto tale prospettiva abbia avuto peso nella tradizione storiografica tedesca si misura dal semplice confronto con le pietre miliari di quest'ultima. Da Meinecke, a Gerhard, a Maier, da punti di vista diversi e con intenti diversi, è sempre la continuità di fondo della storia tedesca che va colta e interpretata nelle sue strutture di fondo, fra le quali la Ragion di Stato occupa un posto non secondario. Quest'ultima viene vista consapevolmente come tappa dell'evoluzione della teoria politica moderna e quindi trattata non solo come genere letterario circoscritto e delimitato, ma come fonte o tramite di esperienze politiche aventi motivazioni e effetti ampi e generali, sia dal punto di vista cronologico che territoriale.

Se testimonianza perfino eccessiva di questa tendenza ad allargare il campo di applicazione ed efficacia della ragion di Stato è il monumentale volume curato da Roman Schnur, la bontà della medesima è stata dimostrata negli ultimi anni da alcuni lavori di Michael Stolleis. Impegnato in un'ampia ricerca sulla genesi del moderno *jus publicum*, egli sta conducendo lavori preparatori assai importanti, di cui mette conto dire qualche parola, proprio perché essi tendono a definire il fenomeno storico della Ragion di Stato dall'esterno, mediante un progressivo lavoro di precisazione e ritagli rispetto a categorie e vicende storiche con-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tigue, affini e spesso addirittura almeno marginalmente sovrapposte. È il caso del saggio, pubblicato nella serie della Joachim-Jungius-Gesellschaft nel 1980, che reca il titolo assai esplicito di *Arcana imperii und Ratio status. Bemerkungen zur politischen Theorie des frühen 17. Jahrhunderts*. Dopo avere ribadito che « certo non fu Machiavelli a coniare il termine » e che neanche si può fare coincidere il concetto con « tutto Machiavelli » e tanto meno con tutto ciò che fu associato a lui dal 1580 al 1700, Stolleis fissa però nel contesto politico e culturale entro cui s'iscrive *Il principe* il terreno d'origine del fenomeno. Da qui il nesso stabilitosi — sopra tutto nella diffusione europea del fenomeno — fra antimachiavellismo e rifiuto della dottrina della ragion di Stato. Qui s'inserisce, mi pare, l'intuizione felice di Stolleis che cerca di stabilire i sentieri alternativi lungo i quali gli stessi obbiettivi perseguiti direttamente dalla Ragion di Stato poterono essere raggiunti anche senza un atto di fede machiavellica. Sentiero principale fu quello degli *arcana*, non solo per la continuità che esso consentiva di mantenere con la tradizione politica medievale, ma anche per i suoi caratteri di « modernità » in quanto imponeva da una parte una rigida selezione delle persone da coinvolgere e dall'altra, contemporaneamente, una adeguata perizia tecnica e professionale per i medesimi. La fuga negli *arcana* inoltre consentiva di non tagliare tutti i ponti con l'altra dimensione tradizionale dei *mysteria* che, se da una parte ancora una volta stabiliva una continuità col medioevo sacro, dall'altra andava incontro alle esigenze, così profonde nel nascente assolutismo, di una fondazione non puramente laica della propria legittimazione.

Il saggio di Stolleis ha il merito di inserire la complessa — e per certi aspetti originale — problematica sommariamente descritta in un quadro di riferimenti circostanziato sia dal punto di vista della letteratura che da quello delle fonti. Dal secondo punto di vista, i rimandi a Tacito e per suo tramite a Boccalini e a Lipsio sarebbero scontati se non fosse che consentono di porre in luce l'aspetto particolarmente pratico e applicativo (di « disciplina »), piuttosto che teoretico, della sedimentazione che la dottrina della ragion di Stato provoca durante la sua circolazione dall'Italia agli altri paesi d'Europa. I *media* e le *rationes* di Botero trovano spesso là occasioni concrete di esercizio e cessano di essere speculazioni di cortigiani per diventare segreti di burocrati. Si ritrovano così gli *arcana imperii* o *dominationis* di Tacito, dalla cui ripresa e traduzione nei termini più ridotti ma anche più turbolenti della moderna *Kleinstaaterei* tedesca deriva quel filone sotterraneo di pensiero e di pratica politica che si afferma e costituisce la base del « caso tedesco » moderno, proprio mentre l'antica struttura teorico-pratica dello aristotelismo mostra segni costanti di cedimento. I *De Arcanis rerum publicarum libri tres*, di Arnold Clapmarius, apparsi a Brema nel 1605 sono indicati da Stolleis come il capostipite di una fortuna che, coinvolgendo anche interessi naturalistici, alchimistici e occultistici (Para-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

celso usò il termine *arcanum* per fondare la *Arzneimitteltheorie*), e passando per la gran palude del manierismo, portò in campo politico a risultati di grosso rilievo, sopra tutto in collegamento con la realtà di consolidamento costituzionale degli Stati territoriali.

Da Johann Gryphiander a Christoph Besold, e Cyriakus Lentulus, il discorso si sviluppò in Germania in questa direzione, con un'attenzione costante anche agli aspetti giuridici del tema politico che la rete dei rapporti imperiali rendeva necessaria. In tal modo Stolleis è in grado di distingure il carattere specifico del suo filone dalla moda indistinta (ma sarà poi vero?) dei trattati e trattarelli volti a fornire precetti e consigli, massime ed esempi a principi, uomini di corte o di Stato (rispetto ai quali bisognerebbe pur decidersi a sviluppare una ricognizione non semplicemente storico-letteraria, per cercare di misurare il peso che ebbero e la funzione che svolsero nel più generale processo di disciplinamento — nel senso di normatività e di controllo sociale — che corrisponde alla *Staatswerdung* della prima età moderna. Infatti, come scrive Stolleis stesso « si trovano proprio qui spunti per un'analisi scientifica delle costellazioni politiche e dei fattori che le determinano: stato del paese, ricchezza della popolazione, carattere del popolo, forza economica, potenza dell'esercito, ordinamento giuridico ecc. »).

La conclusione è che gli *Arcana imperii* rientrano nel più largo e generico flusso della Ragion di Stato ma devono essere studiati a parte, se si vuol coglierne la peculiarità e arricchire nello stesso tempo la conoscenza della seconda. Da Jakob Bornitz a Heinrich Voss, alla metà del Seicento, i due fili proseguono intrecciati, con una prevalenza del primo; poi è la Ragion di Stato ad affermarsi, una volta superati i dubbi e i sospetti legati alla sua origine « italiana » e consolidati i motivi pratici che la presentano come tecnica capace di risolvere — anche grazie alla sempre maggiore consapevolezza giuridica — i problemi dei nuovi Stati. Tale affermazione si compie però grazie a un confronto complesso e travagliato col tema di fondo che sta dietro all'affermazione della teoria politica come settore autonomo di considerazione scientifica. Machiavelli e il machiavellismo sono i termini del discorso che vanno neutralizzati, esorcizzati ancora per tutto il Seicento, perché si possa trattare liberamente di politica.

Nella ricostruzione di questa vicenda Stolleis riesce a fornire in pochissime pagine un quadro così nitido e insieme completo che meriterebbe davvero di ricevere riscontri analoghi anche per altre situazioni storiche, a cominciare da quella italiana. Anche se forse la specificità tedesca, segnata dalla guerra dei Trent'anni e dal suo esito favorevole alla territorialità del potere ma insieme dalla persistente presenza imperiale, rende del tutto peculiare, e forse particolarmente fortunato, il percorso della Ragion di Stato, che infatti, come Stolleis giustamente sottolinea, si caratterizza sempre più, a partire del 1650, in senso giuridico. Non che in tal modo la via si faccia più semplice: di volta in volta

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

possono infatti essere scelte le « ragioni » dell'imperatore o quelle dei principi: ma almeno si consolida il terreno « tecnico » su cui in ogni caso il discorso politico si deve costruire, che è prevalentemente quello giuridico. E ciò è, per quanto ne so, sostanzialmente vero anche in quel campo d'applicazione e d'intervento su cui s'impianta, in molti territori tedeschi, la nuova statualità, sopra tutto settecentesca, che è l'insieme scienze camerali - scienze di polizia.

È pur vero che a questo punto la dottrina della ragion di Stato ha ormai esaurito il suo compito, di formidabile levatrice delle moderne scienze dello Stato: ma è vero anche che il giovane apprendista-stregone Federico di Hohenzollern, poco prima di salire inaspettatamente al trono, aveva trovato il tempo di scrivere un *Antimachiavel* di cui quel grande « uomo di mercato » che fu Voltaire colse fin dall'inizio l'importanza e la spendibilità nei circoli politici europei. Tutto ciò è ben chiaro anche a Stolleis, anche se, forse, egli insiste troppo sulla linea di fuga « giuridica » lungo cui l'intera questione si svolgerebbe. A me pare che la centralità del diritto stia nel fatto che esso — consolidandosi — consente la materializzazione di altri settori di teoria-prassi: proprio quelli su cui si verranno affermando accanto al diritto, nel XVIII e XIX secolo, le scienze dello Stato moderno. Che il diritto naturale sia stato lo scenario dell'intero processo è senz'altro vero (come dimenticare l'antica intuizione di Schumpeter?); ma è vero anche che, senza le nuove frontiere di esplicazione della politicità (teorica e pratica), lo stesso diritto naturale non avrebbe potuto svolgere interamente il ruolo che storicamente gli va riconosciuto. Gli sarebbe mancato, infatti, il riscontro concreto, operativo, di intervento di cui consiste la politica moderna. In particolare, quella tedesca. Ciò dovrebbe bastare, a mio parere, a rispondere anche alle domande che Stolleis si pone alla fine del suo saggio: se è vero che « sovranità, *Arcana imperii* e Ragion di Stato sono le formule che hanno accompagnato l'origine dello Stato moderno », non è meno vero che quest'ultimo s'è poi consolidato nella linea duplice del formalismo giuridico da una parte, e della concretezza economico-amministrativa dall'altra.

Neppure quest'ultima era, a sua volta, una grossa novità, se è vero che fin dai suoi primordi la moderna statualità si era venuta « costituendo » intorno all'apparato di potere e di governo del principe, ai suoi funzionari, alla sua burocrazia.

Anche a questo aspetto Stolleis si è mostrato attento in modo particolare, dedicando un saggio ai *Fondamenti dell'etica burocratica 1550-1650*) (*Grundzüge der Beamtenethik*), apparso nella rivista « Die Verwaltung » nell'ultimo numero del 1980, ma che in realtà riproduce l'intervento svolto dall'Autore nel Colloquio internazionale sul ruolo dei giuristi nell'origine dello Stato moderno, organizzato da Roman Schnur a Tübingen nello stesso anno.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si tratta del problema di chi sia il « buon funzionario »: a cui si collega, nella tradizione occidentale, quello di chi sia il buon principe, il buon cortegiano, il buon cittadino e così via. Stolleis ha colto assai bene questo aspetto e ha opportunamente sottolineato il tema dell'« etica » della burocrazia, pur impiegando il termine nell'accezione si potrebbe dire « laica » propria della prima età moderna. Egli ha addirittura esasperato tale orientamento proponendo di ricostruire il decalogo del buon funzionario, collocandosi in tal modo in perfetta sintonia con tutto il mondo « civile » che, fra Cinque e Seicento, cerca di interpretare, in termini di virtù e di vizi, i diversi aspetti della vita umana, sempre più evidenziati e scoperti nella loro realtà « pubblica », e come tali definibili in senso generale e astratto.

Anche qui Stolleis fa sfoggio di una straordinaria conoscenza delle fonti disponibili sull'argomento, non esitando a toccare lembi del problema che non avrebbero mai formato oggetto di considerazione da parte della storia del diritto tradizionale. L'epoca da lui scelta, d'altra parte, è quella di formazione del fenomeno burocratico, che proprio nel secolo fra Cinque e Seicento si viene ritagliando come ambito autonomo di vita politica, in tutte le sue implicazioni di tecnicità e professionalità che rimandano a codici di formazione e di comportamento che via via si specificano e distinguono da altri vicini e consimili, assumendo tratti originali e peculiari, destinati a durare fino ai giorni nostri.

Ciò è vero, in particolare, rispetto alle « qualità » proprie, durante il Rinascimento, prima dell'uomo di famiglia albertiano, e poi dell'uomo di corte castiglioniano. Ritroviamo quindi la congerie dei generi letterari che già avevamo visto intorno alla letteratura degli *Arcana imperii* e della Ragion di Stato: dagli « Specchi dei principi », alle « Istituzioni dei principi », ai « Trattati di governo », ai massimari dell'*aulicus politicus*, ai manuali di *ars aulica*, agli *Orologi*, *Oracoli*, *Teatri*, *Piazze* e così via, tramite i quali una società in grandissimo fermento cercava di dare « sistemazione » alla mutevolezza dei rapporti che la dominava.

Il dato « costituzionale » che, secondo Stolleis, ma nella scia della migliore storiografia tedesca, determina la pregnanza del fenomeno burocratico è, fin dall'inizio, il consolidamento in termini di accentramento delle funzioni di governo. A ciò corrisponde il progressivo affermarsi della attività amministrativa rispetto all'indistinta figura di potere (prevalentemente radicata negli aspetti legislativo-giudiziario e militare) vigente in precedenza. Ciò comporta ancora l'interferenza con « sistemi nuovi » di politicità (sia teorica che pratica) che si affermano contestualmente: quelli, ad esempio, che in Germania vengono chiamati « tecnologici » e stanno a significare l'attenzione continuata ai risultati del pensiero scientifico e alle possibilità di applicazione del medesimo nell'ambito dell'azione d'intervento dello Stato (con la sua burocrazia) nei nuovi settori di sviluppo della società (sopra tutto in campo economico).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La tecnicizzazione della figura dell'aiutante amministratore non è, d'altra parte, che un aspetto del più ampio processo di professionalizzazione che investe l'intera società moderna, in concomitanza all'affermarsi del criterio della divisione del lavoro. Le qualità del funzionario cessano progressivamente di essere inerenti « alla persona » (non c'è nobiltà senza nascita) per incarnarsi « in funzioni ». E l'affermazione di consiglieri « esperti » comporta anche un aumentato obbligo del principe a prestare loro orecchio: che è la strada lungo la quale si sviluppa tutta la storia delle istituzioni moderne, fino alla vittoria del principio della responsabilità parlamentare dei ministri. Strada lunga, se ancora Altusio, nella scia di Lipsio, non sa definire meglio i « consiliarii » che come « fidi, rerum hominumque periti (qui) salutaria suggerunt » il che però non gli impedisce, in termini più oggettivi, di distinguere fra un « consilium aulicum », « consistoriale », « aerarii publici », « nauticum », « militare » dimostrando così una consapevolezza ben sviluppata delle zone privilegiate di intervento del potere pubblico nei complicati contorni della società del suo tempo.

Stolleis suggerisce che nel « catalogo delle virtù » del « buon funzionario » sussistono tre categorie di qualità: in primo luogo, criteri obiettivi (per esempio la cittadinanza e la provenienza sociale oppure l'età); secondariamente criteri che toccano anche l'aspetto soggettivo (l'istruzione, innanzi tutto, e la formazione culturale), in terzo luogo criteri che dipendono esclusivamente dalla buona disposizione del soggetto (come, ad esempio, l'onestà e più in generale le virtù di carattere). A questi criteri — ma più in generale a tutti tre i tipi — si collega la necessità per il principe di porre il funzionario in condizione di poter rendere al massimo grado ma, insieme, di essere controllabile nei suoi comportamenti. Da qui il ricorso alla definizione dei ruoli, al pagamento della funzione svolta, al giuramento d'ufficio: tutti tratti che « segnano complessivamente il passaggio dalla gestione di casa patriarcale propria dello Stato feudale e per ceti alla forma di potere fortemente centralizzata e complessivamente assai burocratizzata dell'assolutismo ». Anche se, secondo il solito Altusio, (che infatti non è certo in linea con il *trend* assolutistico che si afferma sul continente) il buon funzionario deve poi limitarsi ad essere « modestus, placidus, mansuetus, humanus et affabilis, qui specie absequii regat et ad omnia, quae agenda ducat, quieta industria, arte et flexo obliquo ». In realtà, ben a lungo, alle qualità « oggettive » del funzionario, legate alle funzioni da lui svolte e alle esigenze specifiche della forma di governo a cui presta il proprio servizio, s'intrecciano le qualità « soggettive », più o meno sempre coincidenti con le antiche e tradizionali virtù di origine medievale, come l'onestà, la fedeltà, la pietà.

Su tutti questi aspetti, il saggio di Stolleis insiste molto, con la consueta competenza, capace di portare testimonianze di fonti per ciascuno dei numerosi motivi che il problema presenta. Ne deriva, complessiva-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente, una conclusione importante in termini storiografici: quella di rifiutare il *cliché* un po' stantio dell'assoluta supremazia del modello giuridico su ogni altro nella definizione della figura del funzionario dello Stato moderno. Stolleis non dice che ciò coincide con la vicenda stessa dello Stato moderno, che ha ben altri contenuti di quello semplicemente giuridico. Ma credo sia proprio questa la linea interpretativa su cui egli si muove. Gli aspetti intorno ai quali si forma e si consolida l'organizzazione pubblica del potere che in età moderna, in occidente, si chiama Stato, sono molteplici e variegati. Il diritto è solo una delle modalità attraverso cui quel processo avviene: una modalità neppure centrale, dal punto di vista sostanziale. Piuttosto, residuale, nel senso che « in diritto » va finire tutto ciò che non ha ancora, o non ha più, modo di esprimersi autonomamente. E anche, com'è ovvio trattandosi appunto di « modalità », formale: cioè tutta limitata alle procedure e ai controlli e piuttosto indifferente agli obiettivi reali. « Durante il XVII secolo — scrive Stolleis — viene richiesta per la carriera amministrativa superiore una formazione che, all'incirca in parti uguali, risulta di politica, notizia degli Stati locali ed europei (statistica), giurisprudenza, storia, lingue e retorica », il che d'altra parte corrispondeva da vicino alla « concentrazione e intensificazione delle funzioni statali in politica e giustizia, amministrazione finanziaria, amministrazione militare e diplomazia ».

I suggerimenti di Stolleis sembrano, anche in questo caso, molto fondati e, benché si tratti di un aspetto limitato dell'intero processo di formazione dello Stato moderno, le indicazioni che ne derivano sono particolarmente importanti. Esse infatti paiono addirittura ridimensionare la forse eccessiva rilevanza che lo stesso Autore dava all'aura giuridica nel saggio sugli *Arcana*. Nessuna contraddizione, intendiamoci: però, un problema di accenti. A me pare che tutto quel che può servire a ridimensionare la componente « giuridica » dello Stato moderno e a riportare in superficie contenuti e anche modalità d'intervento di altra natura sia benefico al fine di mostrare la complessità di questa figura costituzionale di cui con regolarità celebriamo da generazioni la crisi o la fine, senza mai stupirci di vederne la rinascita o il recupero, grazie proprio ad elementi solo apparentemente nuovi (e come tali anche improbabili), ma in realtà antichi e addirittura « costitutivi » di esso. Rientra proprio nella dimensione « pratica » dell'esperienza politica tedesca moderna — di cui Stolleis è interprete perfettamente adeguato all'altissima tradizione storiografica che vi corrisponde — presentare tutti quegli elementi e presentarsi così come « caso », assai più importante e significativo di quanto non si continui a ritenere, della intera statualità europea moderna.

PIERANGELO SCHIERA

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Hans-Ulrich STÜHLER, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780-1815*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, pp. 245.

Il presente volume ha per oggetto i seguenti due temi: 1) quello enunciato nel titolo, vale a dire la discussione intorno al rinnovamento della scienza giuridica nel periodo che va dal 1780 al 1815; 2) sulla base dei risultati di tale prima indagine, un esame della fondatezza del giudizio, a tutt'oggi prevalente, che vede in Savigny il riformatore della moderna scienza giuridica (p. 17). Si può dire che il primo tema sia inteso come pregiudiziale al secondo, e che tutto il libro sia mosso dall'intento di rivedere il giudizio tradizionale su Savigny, muovendo da una accurata ricostruzione delle tendenze scientifiche presenti nella scienza giuridica nei trentacinque anni sopra indicati. Vediamo allora che il libro si divide in tre parti, di assai diversa lunghezza, alle quali segue un riassunto conclusivo, che richiama i vari risultati raggiunti ed espone le tesi fondamentali del lavoro. Le tre parti trattano: *A*) la dottrina giuridica di Savigny, *B*) il modo in cui Savigny ha caratterizzato la scuola « non-storica » del diritto, *C*) le varie tendenze giuridiche nel periodo considerato. La seconda parte è assai breve; la terza è la più ampia, attentamente suddivisa al suo interno, tale quindi da giustificare pienamente che ad essa si ispiri il titolo del volume. La prima parte considera il pensiero di Savigny dal punto di vista di alcuni nuclei tematici, tra i quali sono sviluppati con particolare attenzione « il metodo storico » e « la dottrina dell'interpretazione della legge ».

La ricostruzione storiografica della cultura giuridica indica come meta del travaglio scientifico di quel tempo la costituzione di una scienza giuridica rinnovata, risultante dalla combinazione di metodo storico e metodo filosofico: una combinazione che fu tentata da varie parti e con vari metodi già prima della scuola storica del diritto e di Savigny. Tradizionale appare all'autore la visione, accreditata da Savigny, di uno sviluppo della cultura giuridica che muovendo dal giusnaturalismo wolffiano sarebbe giunto alla nuova impostazione storico-sistematica della scuola storica (p. 19). Questo libro, pertanto, si potrebbe anche dire la storia di un problema: il problema del raccordo tra sistema e storia nella scienza giuridica. Vediamo a poco a poco, qua e là, i vari tentativi per giungere a questa unione; e li vediamo (qui è la singolarità del libro, che abbiamo già segnalata) dopo che ci è stata presentata, all'inizio, la più nota e illustre di queste combinazioni, vale a dire la teoria del diritto come sistema storico, che fu opera di Savigny. Conosciuta questa, un salto indietro nel tempo ci fa ripercorrere il cammino che ad essa ha portato, non per un'illuminazione improvvisa ma nel mezzo di un ampio, eterogeneo, vivace dibattito scientifico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È forse opportuno procedere cronologicamente, cioè in ordine inverso a quello seguito nel libro, che ha una sua impronta polemica, pur se serissima e documentata. Sarà possibile veder nascere i vari tentativi metodologici tardo-settecenteschi, e giungere a Savigny: sarà un modo di rispettare la storia, e anche di collocare Savigny a quel culmine del dibattito che gli spetta, ad avviso dell'estensore di queste osservazioni, e pur dopo la lettura istruttiva del pregevole libro di Stühler. Quattro sono le scuole presentate come partecipi del dibattito scientifico: 1) la giurisprudenza elegante, 2) la tendenza giusnaturalistico-sistematica, 3) la scuola di Göttingen, 4) la tendenza storico-filosofica. In ciascuna sono esaminati distintamente i vari esponenti. Per la giurisprudenza elegante, Johann Anton Seidensticker. Per la tendenza giusnaturalistico-sistematica: August Friedrich Schott, Johann Friedrich Gildemeister, Christoph-Christian Dabelow, Ludwig August Eisenhart, R. F. Terlinden, Nicolaus Thaddäus Gönner, Theodor Schmalz, Johann Gottlieb Buhle, Christian Kohlschütter, Wilhelm Gottlieb Tafinger. Per la scuola di Göttingen: Johann Stephan Pütter, Johann Gottfried Reitemeier, Gottlieb Hufeland, Gustav Hugo. Infine, per la tendenza storico-filosofica: Karl Salomo Zachariä, Carl F. Mühlenbruch, Carl Friedrich Christian Wenck, Ignaz Rudhart, Anton Friedrich Thibaut, Paul Johann Anselm Feuerbach. Si noti la presenza di nomi che hanno avuto diverso peso oggettivo; e di autori che sono stati vuoi in nessun rapporto vuoi in rapporto significativo, nel consenso o nel dissenso, con Savigny. Si può forse dire che le figure più rilevanti sono anche state in un simile rapporto con Savigny: Gönner tra i giusnaturalistico-sistematici, con la sua celebre polemica col *Beruf* di Savigny; tutti gli autori della scuola di Göttingen, e sopra a tutti Hugo; Thibaut e Feuerbach tra i giuristi storico-filosofici. Se consideriamo insieme Hugo, Thibaut, Feuerbach, Savigny, abbiamo i quattro maggiori giuristi del periodo tra la fine del Settecento e il primo Ottocento, ovvero di un periodo eccezionalmente creativo nella storia della cultura giuridica tedesca. Il libro di Stühler dà loro un risalto indubbiamente maggiore e corrispondente al loro effettivo significato storico; peraltro preferisce, come abbiamo detto, inserirli nell'ambito delle rispettive tendenze: forse con scapito dell'approfondimento teorico, ma certamente con vantaggio della chiarezza della classificazione storiografica.

Giurisprudenza antiquaria-elegante e tendenza giusnaturalistico-sistematica — la prima rappresentata in questo periodo dal solo Seidensticker, la seconda dai molti autori sopra menzionati — possono essere viste come opposte e come parimenti unilaterali: sola storia (e sola storia esterna), sola ragione. Ma in realtà, al di là delle premesse, questa seconda corrente, che è quella discendente per gradi e per estenuazione progressiva dall'insegnamento di Wolff, non ignora la storia, bensì la inserisce nei propri schemi giusnaturalistico-sistema-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tici. Essa giunge così a un sistema di diritto naturale materiale, nel quale l'empiria funge da supporto al sistema giusnaturalistico. Si ha quel fenomeno che Hans Thieme denominò *Wendung von der Deduktion zur Empirie* (*Die Zeit des späten Naturrechts*, *SZ-Germ*, LVI-1936, pp. 202-263 [230]), e che segnò il distacco graduale dal metodo a-storico di Wolff, per incorporare entro una struttura formalmente sistematico-deduttiva i più vari contenuti storici; un metodo sul quale sono noti i giudizi sarcastici di Hugo nel primo periodo della sua attività. Peraltro, in tutti questi autori, resiste sempre la distinzione di principio tra diritto naturale e diritto positivo, sia pure all'interno di un sistema unitario; il diritto positivo viene giustificato sempre sulla base della corrispondenza al diritto naturale: anche se nell'effettivo procedere della costruzione sistematica accade l'inverso, e viene sanzionato come naturale ciò che è meramente positivo. Si vede anche qui l'innovazione radicale di Hugo, che riduce il diritto naturale a riflessione critica sul diritto positivo. C'è anche da dire che in questa corrente sono presenti autori kantiani, o che si dicono tali, o nei quali operano ingredienti kantiani; ed è merito di Stühler aver posto bene in luce questa intersezione di motivi kantiani all'interno di un panorama wolffiano. Autori kantiani possono essere ritenuti Schmalz e Tafinger, per loro dichiarazione (oltre naturalmente a Hufeland, trattato fra gli autori della scuola di Göttingen); anche se sono note le riserve che espressero, sulla coerenza interna dei giuristi kantiani in genere, Schelling e Hugo; giacché il ricorso di tali giuristi a Kant non valse a distinguerli dal metodo costruttivo-materiale dei wolffiani. Sempre nell'ambito di questa corrente giusnaturalistico-sistematica è messa in opportuna evidenza da Stühler l'importanza della critica di Gönner a Savigny: che muove, anche se la circostanza non è solitamente posta in luce, da presupposti giusnaturalistico-materiali (qui vedi le pp. 88-90); ed è notevole, di fronte alla argomentazione giusnaturalistica di Gönner, le netta e limpida polemica storicistica di Savigny, tra le espressioni più storicistiche di lui (p. 90). Complessivamente considerati, gli autori di questa tendenza vanno dal misconoscimento della storia ad una comprensione pragmatica di essa (quest'ultimo è il caso, soprattutto, di Tafinger). Rilevante è altresì constatare, per distinguere i vari giuristi, il grado dell'influenza esercitata su di loro da Montesquieu (un'influenza che non sempre c'è stata).

Grande è la differenza di sensibilità e di cultura se si passa alla scuola di Göttingen. Si vede iniziare la nuova epoca con Pütter, autore dal pensiero e dalla prosa limpidissimi, che influenza tutti gli altri autori di Göttingen, e tra questi Hugo. Sua è l'attenzione per le fonti e per la loro specificità storica, e in genere per il sorgere del diritto dalla storia. Pütter è iniziatore di una nuova epoca, nota giustamente Stühler; il quale giudica peraltro che il suo procedimento induttivo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si distingua fortemente dal punto di vista « organologico » di Savigny (p. 117). La riserva è certamente fondata, giacché la distinzione esiste, ma posta in tal modo rischia di contrapporre eccessivamente Savigny alle tendenze storiche di Göttingen. Analoga osservazione potrebbe esser fatta per Reitemeier e soprattutto per Hugo. Stühler dà grande importanza, ed ha ragione, a Reitemeier, colui che propriamente e nel modo più convinto « ha introdotto nella scienza giuridica la storiografia pragmatica di Montesquieu » (p. 123), ha sviluppato una veduta comparatistica, ha sviluppato un sistema pragmatico, è stato ritenuto da Hufeland « fondatore della moderna storia del diritto » (p. 127). Ma Reitemeier appare a Stühler diverso da Savigny per la stessa ragione che valeva per Pütter: la sua comprensione della storia è pragmatica anziché « organologica » (*ibidem*). Lo stesso argomento vale per Hugo, del quale, pure, Stühler pone in appropriato rilievo la grande importanza storica, ritenendolo « riformatore della scienza giuridica » e precursore della scuola storica, ma entro un modo di pensare che conserva essenziali caratteri razionalistico-empiristici; e quindi, anche qui, ben distinto dal modo di pensare « organologico » di Savigny (p. 147). Certamente Hugo non ha nulla del modo di pensare romantico; questo è vero; eppure c'è in lui molto che lo avvicina a Savigny: basti pensare all'insistenza sul paragone fondamentale tra diritto e linguaggio (p. 147; e cfr. p. 44 per Savigny). Hugo soltanto ha saputo emancipare la scienza giuridica dal diritto naturale materiale del diciottesimo secolo; ciò che non è accaduto a Pütter e neppure a Reitemeier, che pure vien giudicato da Stühler « la mente più originale della scuola giuridica di Göttingen », e « il fondatore della moderna storia del diritto privato » (p. 152). Hugo, inoltre, riceve giustizia, in queste pagine, dalle accuse politiche di Hegel e di Marx, tanto fortunate quanto infondate; Hugo è semplicemente « il padre del positivismo scientifico » (p. 144).

Ma oltre la scuola di Göttingen, nell'avvicinamento a una moderna concezione del diritto, ad avviso di Stühler devono essere posti gli autori, ai quali egli si sente più vicino, della tendenza storico-filosofica, e al culmine di essi Feuerbach. Ma non solo Feuerbach, giacché anche di Zachariä, Rudhart, e naturalmente Thibaut, Stühler pone in chiara luce gli aspetti innovatori e più chiaramente rivolti alla congiunzione di storia e sistema, ovvero di storia e filosofia. Per la verità non è ben chiaro quale estensione si debba dare al termine « filosofia » in autori come Thibaut, nel quale « filosofia » pare valere come sinonimo di logica; ma in generale può vedersi in questi autori la ricerca di un ideale equilibrio fra la considerazione della storia, spesso una considerazione comparata e tendenzialmente cosmopolitica, e una visione illuministica della dignità dell'uomo. Thibaut e Feuerbach, in questo senso, possono considerarsi esemplari. D'altronde fu Gans, così critico verso l'affermata acquiescenza di Savigny al passato, che apprezzò

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le istanze comparatistiche di Thibaut. Inoltre, un motivo ritornante dell'indagine di Stühler è costituito dall'attenzione con cui egli segue ogni richiamo al condizionamento economico-sociale del fenomeno giuridico; o meglio, negativamente, ogni rifiuto di considerare il diritto come mero prodotto culturale (alla maniera che egli vede impersonata da Savigny): così per Zachariä (p. 156), e prima ancora per Reitemeier (p. 127), e in gradi diversi per altri autori. Ora, carattere specifico di questa tendenza storico-filosofica è ritenuto da Stühler proprio il riferimento alla complessità e molteplicità storico-politica, non idealizzata in una specifica tradizione e in uno specifico passato. Il sistema, la filosofia, si combinano con questa libera considerazione della realtà storico-politica. Da questo punto di vista, si comprende come sia ricordato — è una precisazione preziosa di Stühler, e non è l'unica — l'apprezzamento di Feuerbach per Hugo, dell'anno 1810 (p. 204); ed è indubbio che Hugo, ben più di Savigny, fosse congeniale a Feuerbach. In genere per tutti questi autori, Stühler accenna che essi hanno della storia una visione non genetico-organica e culturale, bensì pragmatica, empirica, economico-sociale. Feuerbach stesso muove dagli inizi kantiani verso la comparazione, la storia, l'empiria (p. 219). A queste tendenze empirico-razionalistiche, corrispondenti ideali di un odierno neoilluminismo, vanno le evidenti simpatie dell'autore. Ma in tal modo non si va incontro alle stesse difficoltà e conseguenze spesso contestate a Hugo? In realtà, questa obbiezione non dovrebbe esser tale da porre in imbarazzo l'autore di questo libro, che considera Hugo con ben maggiore attenzione di tanti altri che hanno scritto su di lui, e ne scrive senza opposizione pregiudiziale e acritica. Ma è forse solo una scelta fondamentale di valore quella che differenzia Feuerbach da Hugo? forse l'ideale di *Humanität*, che sta indubbiamente al centro della riflessione di Feuerbach, e che lo avvicina ad altre espressioni culturali del primo Ottocento? Questi ed analoghi problemi sorgono nella mente del lettore di fronte alle valutazioni di Stühler, che conclude il suo lavoro con un confronto tra Savigny e la tendenza storico-filosofica culminante in Feuerbach; e che termina l'esposizione di Feuerbach definendolo, proprio in opposizione a Savigny, « il più profondo pensatore ' filosofico ' tra i giuristi all'inizio del diciannovesimo secolo » (p. 221).

Ma pensatore « filosofico » tra i giuristi era anche Savigny; sul giudizio ormai non dovrebbero esserci dissensi. E i motivi filosofici della sua opera sono esposti da Stühler: la concezione del diritto come sistema storico, fino dalla fondamentale proposizione della *Juristische Methodenlehre*: « Man muss sich das System als stets fortschreitend denken » (riferita a p. 25). È ricordata la grande novità metodologica del *System des heutigen römischen Rechts*, consistente nella teoria del *Rechtsinstitut* (pp. 34-35). La sistematicità di cui parla Savigny è per sua essenza affine alla filosofia, e precisamente risponde alla tendenza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

al sistema diffusa nella filosofia del tempo, dopo Kant e in armonia con l'idealismo tedesco (p. 36). Parimenti, l'autore ribadisce l'affinità di Savigny con Kant, sulla traccia degli studi di Kiefner, per quanto riguarda il concetto di diritto (p. 39); parla di un liberalismo implicito in Savigny, anche se insiste sull'aspetto economico più che sul motivo, pure tipicamente liberale, della distinzione del diritto dalla morale. Anche il giudizio politico su Savigny è equilibrato: certamente Savigny fu avverso alla rivoluzione francese e al liberalismo politico, ma non può esser considerato reazionario: valgano il suo atteggiamento giovanile di fronte all'*Atheismusstreit*, con la simpatia espressa per Fichte, e, nel *System*, il dichiarato distacco dalle tesi di Haller (pp. 56-59). Eppure, nonostante queste valutazioni, che riprendono e accolgono tanti motivi della ricerca su Savigny, Stühler non riconosce la grandezza innovatrice di lui: soltanto come teorico dell'interpretazione egli sarebbe un riformatore (p. 231). E allorché qualificava di « non-storica » la scienza giuridica a lui precedente, Savigny vi comprendeva troppe e varie tendenze, non tutte qualificabili in codesto modo; ed è vero, ma lo stesso Savigny si collegava consapevolmente e dichiaratamente a Hugo, e attraverso di lui sapeva certamente di ricevere influssi della cultura storico-giuridica settecentesca di Göttingen, che in Hugo era rifluita. Savigny si opponeva alle tendenze giusnaturalistico-wolffiane e alle tendenze meramente antiquarie; e ad entrambe faceva succedere la sua nuova congiunzione di spirito storico e spirito sistematico. Il « sistema sempre progrediente » è la novità concettuale di Savigny, la sua specifica soluzione del problema studiato nel libro di Stühler, cioè l'unione di storia e sistema nella scienza giuridica. Allorché vede il diritto come sistema in continuo mutamento, struttura che accoglie in sé una molteplicità infinita di valori e di fini in divenire, posti dai singoli e dai gruppi che vivono nella storia, Savigny giunge a una concezione affine a quella dello storicismo moderno, di quello *Historismus* che è stato elaborato a partire da Dilthey; il quale, non a caso, poneva Savigny all'inizio della moderna coscienza storica e all'inizio della moderna fioritura delle *Geisteswissenschaften*.

Queste circostanze, peraltro, sono ben note all'autore, che cita anche la celebre definizione dello *Historismus* data da Meinecke, dove sono uniti senso dell'individualità e senso dello svolgimento (pp. 29-30): i due principî della moderna coscienza storica, così limpidamente e classicamente delineati negli scritti metodologici di Savigny: nella *Juristische Methodenlehre*, nella recensione del 1806 a Hugo, negli scritti programmatici degli anni 1814-15, nel primo volume del *System*. Stühler, che fedelmente ripercorre ed enuncia questi momenti storici, pensa però che la contrapposizione di coscienza storica e sistema naturale delle scienze dello spirito (per usare il linguaggio di Dilthey) sia frutto della cultura dello *Historismus* e della scuola storica. Anzi, egli pensa che « la maggior parte degli storici del diritto hanno ancora

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un rapporto non spezzato con la scuola storica del diritto » (p. 18). Quella contrapposizione non si reggerebbe più oggi, cessato il lungo dominio dello *Historismus* (p. 224). Ora, è chiaro che l'originalità di Savigny, sulla base delle stesse affermazioni di Stühler (pur se in lui suonano come riserve), consiste proprio nell'appartenenza alla cultura dello *Historismus*. La stessa accurata ricerca dei precedenti tentativi di congiungere storia e sistema, compiuta da Stühler, mostra che i due momenti erano già stati collegati da altri autori, ma che ad essi mancava qualcosa: quell'aspetto che Stühler chiama spesso « organologico », e che meglio e più semplicemente potrebbe definirsi « storicistico ». Con la sua stessa scelta terminologica, Stühler mostra di condividere una cultura razionalistico-empiristica: quella che elegge volentieri a suoi precursori Thibaut e Feuerbach. Ma in tal modo va perduta proprio l'originalità di Savigny rispetto a quella cultura e a quella congiunzione di storia e sistema che erano state proprie degli autori ai quali volentieri Stühler si ricollega. Quell'originalità stava nella concezione di una ragione che è storica nella propria stessa radice; Savigny non aveva bisogno di collegare storia e sistema come si collegano elementi disparati. Così potevano fare Thibaut, Feuerbach, lo stesso Hugo; non Savigny, per il quale la ragione umana è per sua stessa natura ragione storica: come mostrano le sue parole del 1806 nella recensione a Hugo, le parole scritte in apertura della « Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft », le parole di replica a Gönner delle quali prima si è detto. Stühler, contro la cultura dello *Historismus*, si richiama spesso alla cultura illuministica tardo-settecentesca. Vede anche una differenza nella concezione del diritto: che da Savigny sarebbe visto come mero prodotto culturale, da Thibaut e Feuerbach, e da altri autori prima di loro, come frutto delle circostanze sociali, economiche e politiche. È dubbio che lo storicismo di Savigny non vedesse anch'esso quei nessi, sol perché collocava il diritto nel mondo della cultura: un mondo, per la verità, assai ampio e comprensivo. Il diritto come sistema « sempre progrediente », alla pari del *Kultursystem*, del *Wirkungszusammenhang*, di cui parla Dilthey per ogni momento della cultura, è in rapporto con l'integralità della vita storica, e non è per sua natura conservatore né riformatore, perché è insieme l'uno e l'altro. Le scelte politiche contingenti di Savigny, o certi esiti della sua opera, o certe sue influenze storiche, possono indurre a giudicare il pensiero stesso di Savigny sulla base di quelle circostanze; che non è detto siano collegate ad esso da un rapporto di necessità. Occorre invece pensare fino in fondo l'originalità « filosofica » (come opportunamente si esprime lo stesso autore a proposito di Feuerbach) dei singoli autori e delle singole tendenze. E ciò sia detto con l'intento di fornire un contributo di riflessione su un momento della cultura giuridica che il lavoro di Stühler ha per tanti riguardi ben ricostruito, e illuminato con serietà e onestà scientifica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Che egli sia lontano dallo *Historismus*, dalla *Geistesgeschichte*, dalla *Ideengeschichte* (dalla stessa letteratura secondaria che vi si richiama, e che è utilizzata assai meno delle fonti primarie), può forse valere a spiegare i dissensi qui espressi dall'autore delle presenti osservazioni: in occasione del secondo centenario della nascita di Savigny, e in un tempo che vede da più parti discussa e studiata la sua opera (con l'imponente massa di nuove fonti e di nuove ricerche che viene annunciata), non sarà però opportuno trascurare la meditazione « filosofica » che a Savigny e agli autori della scuola storica hanno dedicato gli studiosi della memorabile tradizione dello *Historismus*.

GIULIANO MARINI

Franz WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno, con particolare riguardo alla Germania*, trad. ital. di U. Santarelli e S. A. Fusco, 2 voll., Milano, Giuffrè Editore, 1980, pp. XXII-560, XXII-429.

Un autore come Franz Wieacker, che riunisce armoniosamente e con pari maestria nella propria opera le qualità di storico, di dogmatico e di filosofo del diritto, non può essere staccato dall'ambiente in cui si è formato e che lo ha accolto e reso celebre, cioè l'ambiente della dotta Germania. Tuttavia la traduzione italiana del suo libro più noto (condotta sulla seconda edizione del 1967), della quale dobbiamo essere grati al gruppo di studiosi diretto da Paolo Grossi, ha una sua evidente giustificazione in quanto rende accessibile e di pronta consultazione a un più vasto pubblico di studiosi, e più in generale di persone colte, una lettura moderna e penetrante di un filone storico fondamentale della cultura giuridica europea.

Il libro dà molto di più di quanto promettono il titolo e l'introduzione. Anzitutto la costante preoccupazione di collocare la storia del diritto privato tedesco in un contesto europeo spinge l'a. a concedere ampio spazio al confronto sia col diritto romano-comune, sia col diritto consuetudinario francese dei secoli XVI, XVII e XVIII, sicché l'opera offre anche un prezioso sussidio di storia del diritto comparata. In secondo luogo la storia del pensiero giuridico è sempre studiata in stretta relazione allo sviluppo generale della società, alle sue istituzioni politiche, alle strutture sociali, alla vita intellettuale e specialmente alle grandi correnti filosofiche che ne hanno ispirato le svolte fondamentali. Sotto questo aspetto il libro che si recensisce rappresenta una delle espressioni più riuscite dello sforzo della scienza giuridica attuale di rompere, pur senza confondersi con altre scienze, l'isolamento cui per lunghi anni si era ridotta nei rapporti del mondo della cultura. Il libro è scritto col massimo rigore scientifico, ma,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anche per la forma letteraria elegante e spesso suggestiva (non di rado conservata nella trasposizione italiana, particolarmente nel primo volume), non è riservato agli specialisti.

Della sovrabbondanza, di cui si diceva, rispetto alle promesse del titolo vi è un terzo aspetto più specificamente pertinente all'interesse del cultore del diritto civile. Il libro è fondamentalmente una storia della scienza del diritto privato, e le ragioni della scelta di questa impostazione sono chiarite nel capitolo introduttivo. Come tale esso non soddisfa completamente le esigenze della coscienza storica del civilista, il quale avverte ormai da tempo il bisogno di una storia generale dei dogmi del diritto privato. Ma probabilmente è vera tuttora l'osservazione appuntata trent'anni fa dal Kunkel in una recensione della prima edizione (*ZSS*, R. A., 1954, 511 s.): allo stato attuale delle ricerche monografiche, l'idea di una storia del diritto privato impostata come storia generale dei dogmi è prematura. Tuttavia la rinuncia alla storia delle istituzioni o dei dogmi, annunciata dall'a. nell'Introduzione (I, p. 5), non è poi completa. Non mancano nel seguito dell'opera alcuni squarci di storia del pensiero giuridico di quest'altro tipo. Un primo squarcio si apre nella trattazione della c.d. recezione, la quale non fu soltanto un fenomeno di accoglimento del diritto romano-comune nei paesi tedeschi, ma fu anche, attraverso l'*usus modernus pandectarum*, un fenomeno di combinazione e amalgama di principi romani con principi di diritto germanico per dar luogo a nuove istituzioni o nuove strutture dogmatiche che sono divenute patrimonio comune degli ordinamenti europei. Un secondo innesto di storia dei dogmi è introdotto nell'esposizione del giusnaturalismo laico, e in particolare del contributo di Grozio e di Pufendorf alla struttura sistematica e alla formazione di alcuni dogmi basilari del diritto privato moderno.

Il pezzo di storia dei dogmi più interessante, dotato, pur nella sua brevità, di una compiuta organicità, si trova nel capitolo XXVII, dove è delineata con grande perizia una sintesi dello sviluppo del diritto civile in Germania dopo il 1900, anno di entrata in vigore del *Bürgerliches Gesetzbuch*: sviluppo scandito da un progressivo distacco, operato dalla giurisprudenza, del diritto civile dalle posizioni testuali del codice civile. In queste pagine il civilista italiano può cogliere, quasi con un solo colpo d'occhio, la portata della rivoluzione metodologica avviata in Germania a partire dall'inizio del secolo e consolidata nel primo decennio del periodo tra le due guerre, la quale riuscì ad adattare il diritto civile alle mutate circostanze « in misura così accentuata che già prima del 1933 il diritto privato veramente ' vigente ', specialmente i principi generali e il diritto delle obbligazioni, non avrebbe più potuto essere tratto dal testo legislativo » (II, p. 243 s.).

Divenuta ancora più penetrante nel secondo dopoguerra, l'opera di adattamento del diritto civile al passaggio storico dallo Stato libe-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rale allo Stato sociale contemporaneo è stato guidata, fin dal principio, da una costante riflessione sul metodo. Non si può dire che questa riflessione sia stata un « lavoro di epigoni », secondo la definizione affibbiata alla metodologia da N. Hartmann. I grandi giuristi tedeschi del primo novecento, che promossero lo sviluppo del diritto civile oltre il codice civile, non soltanto possedevano un metodo vivo e operante, ma avevano anche una precisa coscienza metodologica, che riuscirono a trasmettere alla giurisprudenza.

Nell'ultima parte del libro, che si conclude con un capitolo significativamente intitolato « Alla ricerca della giustizia », W. ci dà un'esposizione, esauriente e ragionata con equilibrio, del grande dibattito ideologico e metodologico sopravvenuto in Germania dopo la crisi del sistema classico del diritto privato, e dei nuovi indirizzi di pensiero che ne sono scaturiti, dalla prima giurisprudenza degli interessi, di impronta naturalistica, all'attuale giurisprudenza valutativa, orientata secondo l'etica dei valori. Queste pagine possono contribuire non tanto a colmare, quanto a far emergere la lacuna culturale che finora a impedito alla civilistica italiana di procedere a una riflessione che metta fine all'anarchia metodologica in cui la nostra scienza è caduta dopo che le sintesi valutative accumulate nelle strutture concettuali del sistema classico del diritto civile, avulse dal loro contesto storico, si sono rivelate anche da noi, a partire dalla fine degli anni cinquanta, non più rispondenti ai bisogni della nuova società industriale e pluralistica. A questo impegno il civilista non può sottrarsi delegandolo al filosofo del diritto, perché l'elaborazione del metodo è legata da uno stretto nesso di interazione all'attività di applicazione al proprio oggetto specifico.

W. non solo descrive gli itinerari percorsi dalla scienza giuridica tedesca e le istanze filosofiche da cui si dipartono, ma accompagna l'esposizione con una propria riflessione, della quale meritano di essere sottolineati almeno due insegnamenti.

1) La crisi del positivismo, in quanto deriva dalla crisi di legittimazione della volontà generale democratica, non si risolve nell'antipositivismo, ma piuttosto attraverso la distinzione « tra un positivismo legittimo, autovincolantesi a principi giuridici metalegislativi assoluti, e un altro invece illegittimo che se ne ritiene dispensato » (II, p. 312). L'assoggettamento del diritto positivo e dei modi di applicazione di esso al controllo di istanze assiologiche metapositive, in quanto riconduce l'ordinamento a una fondazione etico-materiale, riporta il pensiero giuridico alla « tradizione europea, da ultimo del giusnaturalismo laico, che il formalismo scientifico del secolo XIX aveva abbandonato » (II, p. 280 s.).

2) In una società pluralistica conflittuale, i valori cui rinviano le clausole generali della legislazione, e anzitutto quelle inserite nella legge fondamentale, non formano un complesso compatto di principi etico-so-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ciali, ma sovente si contrappongono in relazioni di antinomia, che culminano nella tensione tra due modelli valutativi costituiti dallo Stato di diritto e dallo Stato sociale. Si pensi alle contraddizioni tra equità e produttività, tra libertà e uguaglianza, tra redistribuzione e crescita, tra solidarietà e intangibilità di diritti fondati su contratti legalmente e moralmente ineccepibili. I valori sono in sé guide pericolose, che possono portare alla tirannia di una giustizia politicizzata, se l'uso corretto delle clausole generali che ad essi rinviano non sia garantito da una disciplina dogmatica cui il giudice possa attingere criteri razionali di soluzione di quelle antinomie. Perciò « la elaborazione e strutturazione metodica di questa nuova scala di valori in un equilibrato sistema dogmatico rappresenta forse il compito preliminare più impellente della scienza privatistica del nostro tempo » (II, p. 398). Un compito che sarà tanto meglio adempiuto quanto più profondamente tornerà a radicarsi il riconoscimento che la libertà non può sussistere senza la regola della ragione; che, anzi, essa è una cosa sola con la ragione.

LUIGI MENGONI

Maria Carla ZORZOLI, *Le tesi legali all'Università di Pavia nell'età delle riforme: 1772-1796*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino La Goliardica, 1980.

Introdotto da un documentato saggio sui piani e provvedimenti di riforma relativi all'Università di Pavia nell'età di Maria Teresa, sulle trasformazioni dei modi di insegnamento, dei piani di studio, dei programmi e dell'impostazione culturale della facoltà legale, in una parola sull'adeguamento dell'antico Studium pavese, e del giurista che vi si forma, alle nuove esigenze del sovrano assoluto e illuminato, il quale impone come centrali il diritto naturale e quello pubblico, l'uno come legittimazione della stessa giurisprudenza, l'altro in quanto fondamento della « giustificazione razionale dei diritti-doveri dello Stato e, di conseguenza, dei poteri di intervento dello Stato in ogni settore della società civile » (p. 33), questo volume mette a disposizione degli studiosi un materiale da quelle riforme prodotto e, nella sua povertà apparente, di molto interesse e utilità.

In una partizione tradizionale questo elenco delle oltre quattromila tesi legali argomentate nelle sedute di laurea pavesi fra la riforma teresiana dell'Università e l'arrivo dei francesi in Lombardia, sarebbe classificato (e sbrigato) come edizione di fonti; da accompagnare nella propria formazione con un lavoro di « pubblico » ed uno di « privato ». Così almeno insegnavano una volta. E sarà che non ho imparato, ma il lavoro della Zorzoli mi sembra dimostri l'angustia di simili parti-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zioni (e della positivistica fiducia nei fatti — le fonti — separati dalle idee e ad esse anteriori) e valga invece d'esemplificazione per una prospettiva storiografica nella quale, per dirla con Borges, i fatti siano « meri punti di partenza per l'invenzione e il ragionamento ».

Dicevo sopra che si tratta d'una fonte povera, una fonte tanto povera — il nome e la provenienza d'ogni studente e gli argomenti (non meri titoli) delle quattro tesi discusse oralmente nella seduta di laurea — da non esser mai stata presa in considerazione, mai considerata come tale: una fonte non fonte insomma. Una fonte che è diventata tale solo dopo « l'invenzione e il ragionamento » della Zorzoli. Un ragionare che si è tradotto in efficaci indici. Fare l'elogio degli indici potrebbe sembrare paradossale (come dire, che belle note e non parlare del testo) ma qui gli indici non sono un'appendice delle fonti, e del lavoro, ma il lavoro stesso, nel senso che non si distinguono da esso, e sono in definitiva quelli che fanno esistere la fonte.

Certo il saggio con cui il volume si apre avrebbe potuto stare anche da solo, e da solo utilmente leggersi, poichè da sola si legittima l'indagine che vi si compie delle trasformazioni avvenute nella facoltà legale e corollario delle quali è la riforma delle procedure di laurea; quelle procedure su cui, ricordiamo, aveva già esercitato la propria ironia Verri nell'*Orazione panegirica della giurisprudenza milanese*, e contro cui, più radicalmente, parlava Pilati schernendo le « sozze cantilenacce » che ancora si usano « nelle pubbliche dispute per la laurea dottorale ». E pure il saggio e l'indagine acquistano maggiore rilevanza quando, attraverso gli argomenti delle tesi, gli autori che vi sono richiamati, e l'anno e l'occasione della citazione, possiamo vedere il diffondersi di nuovi temi e prospettive, l'acuirsi correlativo di specifiche questioni.

La discussione di tesi su sovranità, sovrano, feudo cresce ad esempio quasi parallelamente. Grozio, mai richiamato fino al 1777, da quell'anno è ricordato in quarantacinque tesi, Wolff e Rousseau compaiono parimenti solo negli anni Ottanta e Novanta. Per contro soltanto una volta in tutti questi anni si cita nell'argomento Accursio, ed in un contesto di sapore erudito e antiquario. Non meno interessante, sempre come indizio s'intende, è saggiare il collegamento fra tesi e caratteristiche dello studente.

I tirolesi risultano così molto più attenti ai temi feudali di quanto non siano i lombardi. Don Pietro Camillo de Carli, abate ed ordinario imperiale della R. D. Basilica di Santa Barbara in Mantova, fedele al suo governo, e al ruolo ricoperto, nel 1782 dichiara come argomenti, fra gli altri, che « crimen haereseos est crimen « mixtum » » e che « canones, quos dicunt « apostolicos », apostolorum non esse existimamus ». Nel 95 le quattro tesi di Don Ercole Daverio, un cognome significativo nell'ambito riformatore, sono ancora più coerenti e radicali, criticando imparzialmente i « veteres Romani », la Chiesa, l'ordinamento per ceti della società, la concezione della pena criminale « ad terrendum ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

E gli esempi ed i casi potrebbero continuare; non solo quelli in positivo.

Stupisce ad esempio l'assenza di qualsiasi esplicita citazione di Muratori, come di Martini, che pure installato a corte e all'Università di Vienna è forse il più importante giurista imperiale del periodo. Rifiuto delle prospettive della Polizeiwissenschaft, che alle sue *Positiones de jure civitatis* immediatamente si collegano? Un cenno della Zorzoli alla mancata introduzione d'una cattedra di scienze camerali presso l'Università lo potrebbe far pensare. E per questa via la fonte e i suoi indici avviano un discorso anche sulla resistenza alle novità, sulle torsioni e adattamenti cui sono sottoposte queste novità venute soprattutto da Vienna — e dietro Kaunitz che la Zorzoli ci mostra così attento al progredire dei piani di riforma, non ci sarà proprio Martini? —.

Un discorso questo delle resistenze e adattamenti che, già adombrato nel saggio, di nuovo attraverso le tesi diventa più chiaro ed evidente e si articola in nuovi interrogativi, sui professori, sulla loro formazione e così via.

Ad altre suggestioni ancora che scaturiscono da questa fonte allude Padoa Schioppa introducendo il volume. Veramente dunque ad ogni lettore il seguire i propri fili, siano essi relativi all'evoluzione culturale o a quella politica, alla storia lombarda o dell'impero, alla dottrina giuridica o alle istituzioni.

Non resta da auspicare che altri studi si affianchino a questo, vuoi per altre università, vuoi per altri aspetti ' quotidiani ' della trasformazione del diritto e dei suoi operatori (come orribilmente si dice) e che, per Pavia almeno, l'A. stessa li riprenda e sviluppi, in un momento in cui questi temi vanno opportunamente interessando anche storici di diversa formazione (come prova Elena Brambilla con le sue indagini); di nuovo con « invenzione e ragionamento ».

CESARE MOZZARELLI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A proposito di...

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO CAPPELLINI

SULLA FORMAZIONE DEL MODERNO CONCETTO DI 'DOTTRINA GENERALE DEL DIRITTO'

(A proposito di Martin LIPP, *Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts*, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 88, Berlin, Duncker und Humblot, 1980).

Nel tentare un esame, sia pure di necessità schematico, del contributo di Martin LIPP [1] sulla rilevanza del diritto naturale nel processo di costituzione delle dottrine generali del diritto privato tedesco, ci pare opportuno prendere le mosse da una constatazione preliminare, atta a chiarificarne la peculiare impostazione; non si tratta di un lavoro di storiografia giuridica in senso puramente tradizionale, o, per dir meglio, non di questo soltanto [2].

Diremmo piuttosto, se possiamo anticipare una delle conclusioni, che siamo di fronte a una ricerca 'metodologica' storiograficamente orientata.

L'intersecarsi dei diversi livelli di approccio rende quindi complesso il tentativo di restituirne le linee più significative; bisogna però subito soggiungere che, anche laddove siamo in presenza di semplificazioni o di soluzioni non in tutto appaganti, la proposizione di temi e problematiche risulta comunque particolarmente stimolante per lo storico ed è atta a coinvolgerlo in nuovi profili di ricerca.

Il nodo storiografico affrontato si manifesta di un rilievo centrale non soltanto per la possibilità che offre di compiere una riflessione complessiva più approfondita sulla «crisi» del concetto di negozio giuridico quale categoria fondamentale della sistematica del diritto moderno — e, contestualmente, delle altre nozioni dogmatiche cardine che ad esso si affiancano —, ma ancor più, ove solo si faccia attenzione al fatto che proprio dal momento in cui si è abbandonata la tesi tradizionale, che faceva leva sulla irriducibile contrapposizione fra dottrine giusnaturalistiche e Scuola Storica, è stato possibile ricondurre a quest'ultima le origini del formalismo giuridico [3].

---

[1] Il saggio è la riproduzione inalterata della *Dissertationsschrift* dell'autore, presentata nel 1979 all'Università di Augsburg.

[2] Non è un caso che il volume sia inserito nella collana *Schriften zur Rechtstheorie* e non nella parallela *Schriften zur Rechtsgeschichte*.

[3] Cfr. M. PORZIO, *Formalismo e antiformalismo nello sviluppo della metodologia giuridica moderna*, in *Bollettino della Biblioteca degli Istituti giuridici della*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'autore si inserisce in questo filone interpretativo volto a raffrontare ' Naturrecht ' e ' Pandettistica ', e a sottolineare sempre più decisamente — forse, ' troppo ' decisamente, talvolta in modo storiograficamente non convincente e tale da generare equivoci, come cercheremo più innanzi di mostrare — i notevoli legami che tra loro sussistono (4), ma da una angolatura particolare.

A suo avviso, infatti, è necessario rilevare (pg. 16) nello stato attuale della storiografia privatistica sul contributo giusnaturalistico alle odierne dottrine generali (5), una duplice limitazione d'orizzonte che

---

Università di Napoli, VII (1961), fasc. III, pgg. 254-310, e VIII (1962), fasc. II, pgg. 203-262. Cfr. inoltre A. NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico, Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, Padova, 1962, pgg. 378 ss.

(4) Cfr. ad es.: F. BEYERLE, *Der andere Zugang zum Naturrecht*, in *Deutsche Rechtswissenschaft*, 4. Bd., 1. Heft (1939), pg. 17; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1979[4], pg. 20; F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, trad. it. a cura di U. Santarelli e S. A. Fusco, Milano, 1980, vol. II, pgg. 39 ss.; P. KOSCHAKER, *Europa und das Römische Recht*, München und Berlin, 1947, pg. 269: « Ich glaube daher nur scheinbare Paradoxe These vertreten zu dürfen: die deutsche Pandektistik war Fortsetzung des Naturrechts mit anderen Mitteln ».

Non si può far a meno di notare che, in ogni caso, nel recepire l'antitesi operata da Savigny tra ' geschichtliche Schule ' e ' ungeschichtliche Schule ' (cfr. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, I, 1815, pg. 13, cit. secondo H. U. STÜHLER, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780-1815*, Berlin, 1978, pg. 62, dal quale, congiuntamente con il lavoro di J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz » auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1979 (Ius Commune, Sonderheft 11.) saranno tratte alcune delle citazioni da autori tedeschi del XVIII e del primo volgere del XIX secolo) la storiografia l'ha concepita come espressione del manifestarsi di due stadi dello sviluppo della scienza giuridica immediatamente susseguenti l'uno all'altro; identificando poi, per lo più, la scuola ' non storica ', *tout court*, con quella del diritto naturale. Così ancora F. WIEACKER, *Storia*, cit., vol. I, pgg. 379 ss. e vol. II, pgg. 3 ss.; G. WESENBERG - G. WESENER, *Neuere Dt. Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europ. Rechtsentwicklung*, Lahr, 1976[3], pgg. 128 ss., 155 ss.

Naturalmente, la pura e semplice contrapposizione tra Diritto Naturale ' razionale ' e Scuola Storica si va gradualmente alquanto differenziando e attenuando; nel riconoscimento da un lato, dell'elemento ' filosofico ' insito nel tentativo savignyano di elaborazione sistematica (cfr. spec. F. WIEACKER, *Storia*, cit., vol. II, pgg. 31 ss.; inoltre, W. WILHELM, *Savignys überpositive Systematik*, in BLÜHDORN-RITTER, hrsg., *Philosophie und Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, 1969, pgg. 123 ss.), nonchè nella maggiore articolazione storiografica della ' cosìdetta ' Scuola del diritto naturale (cfr. H. THIEME, *Die Zeit des späten Naturrechts*, in ZRG, GA, 56, 1936, pgg. 202-263; G. MARINI, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano, 1969, e ID., *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli, 1978, pgg. 11-71).

Ma la ' scoperta ' fondamentale che giace al fondo di questa impostazione — e che potremmo esprimere, riassuntivamente, nella configurazione di una linea di continuità Wolff-Puchta nel segno del ' formalismo ' — è rimasta largamente dominante.

(5) Sono ancora da ricordare due brevi scritti di H. THIEME: *Zwischen Naturrecht und Positivismus -Zur Methode des jungen Savigny*, in *Deutsche Juristen-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si mostra meritevole di rimozione: da un lato, per quanto attiene all'ampiezza stessa del campo indagato, è opportuno rivolgere lo sguardo non soltanto all'operato dei cosiddetti 'sistematici' del diritto naturale, ma anche al loro, per dire così, terreno di coltura, che viene con felice intuizione (6) individuato nella scolastica tardiva dei maestri di Salamanca. D'altro canto, l'oggetto stesso della ricerca — le 'dottrine generali', il 'System' — abbisogna, 'prima' della individuazione del suo concreto insorgere storico, di una delucidazione metodologica approfondita. Delucidazione che può permettere di scorgerne i singoli componenti — astrattamente individuati —; per consentire così poi di seguirne più da vicino lo sviluppo: in tal modo, riallacciandosi ai risultati della più recente storiografia del diritto privato (7), sarà possibile restituire di queste dottrine generali un profilo più ravvicinato e proporsi anche la questione se, e in quale misura, la loro formazione e costruzione si possa reputare una prestazione specificatamente giuridica.

---

zeitung, 41. Bd., 1936, pgg. 154-157 ed, in particolare, l'importante *Der junge Savigny*, in *Deutsche Rechtswissenschaft*, 7. Bd., 2. Heft, April 1942, pgg. 53-64 (che pure l'autore non prende espressamente in considerazione); inoltre il lavoro di A. B. SCHWARZ, *Zur Entstehung des modernen Pandektensystem*, in ZRG, RA, Bd. 42, 1921, pgg. 578-610, ora in ID., *Rechtsgeschichte und Gegenwart*, Karlsruhe, 1960, pgg. 1-25 è stato il primo a fornire — secondo le stesse parole di Lipp — un adeguato punto d'avvio alla considerazione del problema nella direzione summenzionata.

Tuttavia è da rilevare, che già da un'attenta lettura di questo studio, risultano alcuni 'primi' elementi per una visione più articolata della scuola wolfiana, che, per solito, viene presa come un blocco unitario; cfr. ivi pgg. 8 e ss.

(6) A nostro avviso non compiutamente messa a frutto, per le ragioni che verremo esponendo in sede di analisi dei presupposti metodologici.

(7) In particolare l'autore ritiene (pg. 22 e *passim*) che le, del resto significative, prese di posizione sul tema di F. Wieacker siano atte ad aprire la via ad una linea interpretativa che, pur affermando il contributo della dottrina del diritto naturale alle « Allgemeine Lehren », non venga a negare la legittima partecipazione al processo formativo qual è fornita dal XIX sec.

È necessario, però, sin d'ora, mettere in rilievo come, almeno su di un punto, la concezione di Wieacker venga a ravvicinarsi molto a quella di Schwarz (loc. ult. cit.) che conclude per un puro e semplice « trasferimento » (*Übertragung*) di una « naturrechtliche Methode », tramite il tardo 'Vernunftrecht' alla Scuola storica; vedi ad es. F. WIEACKER, *Jhering und der « Darwinismus »*, in *Festschrift für K. Larenz zum 70. Geburtstag*, München, 1973, pg. 78.

Impostando così il problema, tuttavia, si corre il rischio di non percepire la rilevanza specifica che « anche » sull'idea di sistema, e, più generalmente, sul « Systemdenken », può giocare l'introduzione del concetto di storicità del materiale giuridico (si veda ad es. N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, intr. e trad. it. di A. Febbrajo, Bologna, 1978, pg. 36); cfr. ora le considerazioni di M. BRUTTI, *La sovranità del volere nel sistema di Savigny*, pgg. 265-271, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9, 1980, *Atti del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny*, Firenze, 27-28 ottobre 1980.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questa precisazione metodologica — e una tale caratterizzazione è uno dei motivi di originalità del volume — è operata mettendo a frutto i canoni della moderna logica (pg. 38 e ss.).

Bisogna tuttavia premettere che l'autore — dichiaratamente conscio, tuttavia (pg. 29), che le questioni sulle dottrine generali e quelle sull'« Allgemeiner Teil » del « Bürgerliches Gesetzbuch » sono da tenere strettamente separate, per non accedere alla facile polarizzazione su queste ultime dell'attenzione ricostruttiva —, esempla poi forse in misura eccessivamente accentuata anche le sue considerazioni intorno alla scienza giuridica tedesca dell'800 sul modello ottenuto tramite l'analisi, e della ' parte generale ', e del dibattito metodologico ' moderno ', successivo all'introduzione del BGB.

Non si riesce così a porre in piena luce, dal punto di vista storico, l'importanza — che pure viene metodologicamente còlta appieno — dei termini ' sistema esterno ', ' sistema interno ' (8), proprio per quanto attiene allo sviluppo del concetto di ' scienza ' giuridica; sviluppo sullo sfondo del quale anche il problema della sistematica e della sua presunta continuità fra giusnaturalismo e Pandettistica può acquistare un rilievo più articolato (9).

Da quest'analisi sono però messe assai finemente in luce alcuni aspetti che possono apparire metodologicamente rilevanti, tra i quali

---

(8) Com'è noto il concetto di ' sistema interno ' trova i suoi teorizzatori a diversi livelli. Si possono ricordare i nomi di Adolf Trendelenburg e Gustav Radbruch (a quest'ultimo si debbono due contributi estremamente rilevanti: *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Berlin, 1904 e *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in *Festgabe für Reinhard von Frank*, Tübingen, 1930, I, pgg. 158-173) che impostano il problema in termini più specificatamente filosofici. Altri, come R. Stammler, P. Heck, F. Schreier portano il discorso su un piano tecnico giuridico.

Il sistema interno è stato volta a volta diversamente concepito. Per Heck (*Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932, pg. 160) ad esempio, esso risulta dall'oggettiva connessione delle soluzioni ai problemi giuridici rinvenute mediante l'indagine sugli interessi: in tal modo si manifesta, indipendentemente da una attività della scienza giuridica, come già dato nei rapporti della vita, rapporti dei quali si può solo cercare di fornire una riproduzione.

In Schreier (*Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte*, Leipzig-Wien, 1927, pg. 25) il sistema interno si costituisce come sistema di giudizi assiologici e volitivi, presentandosi così proprio come un prodotto della sintesi operata dalla scienza giuridica. Si veda in generale M. G. Losano, *Sistema e Struttura nel Diritto*, vol. I: *Dalle origini alla scuola storica*, Torino, 1968; K. Larenz, *Methodenlehre*, cit., pgg. 61-62, 89-109; Klaus-Wihelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin, 1969, pg. 42; P. Schiffauer, *Wortbedeutung und Rechtserkenntnis*, Berlin, 1979, pgg. 156 e ss.

È rimarchevole ai nostri fini che molti degli autori qui ricordati abbiano subito influenze kantiane.

(9) In questo senso già H. Thieme (*Das Naturrecht und die Europäische Privatrechtsgeschichte*, Basel, 1954², pg. 42) osservava la non riconducibilità della comprensione delle dottrine generali all'esistenza della parte generale nella codificazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

merita di essere ricordata in particolare l'individuazione del carattere ' metalinguistico ' che assume la dottrina generale della Pandettistica, una volta che venga rivelata alla sua base la presenza — come precondizione — di una giusnaturalistica « μετάβασις εἰς ἄλλο γένος ».

Sarà qui necessario riassumere brevemente l'itinerario seguito da Lipp, anche perchè la terminologia mutua spesso i moduli espressivi estremamente formalizzati della logica e della linguistica. Questo svolgimento muove da una precisazione tematica, che pone a suo oggetto le dottrine generali — e più in profondità il tema del ' System ' — a partire dalla parte generale configurata nel primo libro del BGB e si sviluppa attraverso il filtro specifico della considerazione delle teorie dell'obbligazione contrattuale e del negozio unilaterale, in una parola del negozio giuridico (pgg. 24-5) ([10]).

Le dottrine generali del diritto privato tedesco non trovano però l'originalità del loro accento soltanto nella forma della configurazione esterna, redazionale, ma nella loro concatenazione, nel fatto del loro inserimento « nella » parte generale, come a dar veste all'utopia della Pandettistica del XIX sec. nella sua aspirazione a un sistema ' chiuso ' del diritto civile, poggiante su se stesso e interpretabile con criteri puramente logici.

In un tale sistema, che ripudia quindi anche la pensabilità stessa di una lacuna legislativa non colmabile dal suo interno — questo è al contrario il punto di partenza che fa proprio l'art. 1 secondo capoverso del ZGB, quando autorizza il giudice a giudicare secondo quella regola che egli stesso come legislatore avrebbe posto ([11]) — il compito di una parte generale come elemento sistematico-funzionale va ben al di là di una semplice raccolta di dottrine generali e diventa invece una manifestazione del pensiero « pandettologico » dell'ordinamento e del sistema; poichè la legge si presenta in sè conclusa, con il concetto di una parte generale può essere dimostrata deduttivamente e sottolineata la stringenza logica della materia.

Ora l'autore ritiene di dover metodologicamente identificare ed esprimere — senza, a nostro avviso, distinguere sufficientemente fra Scuola Storica, positivismo scientifico e positivismo legislativo; e senza

---

([10]) La limitazione corrisponde ad una presa di posizione critica nei confronti della dottrina tedesca prevalente che non procederebbe ad una soddisfacente distinzione, sussumendo sotto il concetto di « dottrine generali » questioni relative non soltanto alla dottrina del negozio giuridico, ma anche a quelle dottrine delle fonti del diritto e della interpretazione, che sarebbero piuttosto da ascrivere ai concetti di regole generali, principi giuridici o massime giuridiche (pg. 25, nota 35). Sul tema cfr. inoltre F. WIEACKER, *Storia*, cit., vol. II, pgg. 204-206, che sottolinea anche la convergenza fra ' parte generale ' e sistema delle Pandette.

([11]) Cfr. F. WIEACKER, *Storia*, cit., vol. II, pgg. 211-215. Ci sembra comunque che il centrare l'analisi storiografica sulla categoria metodologica ' separazione di essere e dovere ' non permetta di caratterizzare sufficentemente un movimento come la Pandettistica, la cui unitaria continuità nel senso dell'astratto formalismo è forse più un postulato che una realtà concretamente accertata.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conseguentemente tentare in alcun modo una differenziazione (12) tra le posizioni dei singoli giuristi, postulando così una continuità semplice, sotto il segno del formalismo, tra il pensiero ' organologico ' di Savigny, la ' Rechts*anschauung* ' di Puchta (che, naturalmente, di fatto sarebbe puramente logico-formale), il metodo ' naturale-storico ' del giovane Jhering, fino alle prese di posizione di un Bergbohm — questa chiusura del sistema con la teoria della inderivabilità di proposizioni normative da rapporti di fatto e della scissione, quindi, tra le due sfere del *Sein* e del *Sollen*. In questo senso, ma solo apparentemente, il BGB si muoverebbe su di un piano metodologicamente corretto, almeno in questo suo punto di partenza. La concezione ' aperta ' dello ZGB esprimerebbe invece una ' rottura ' di questa purezza del metodo, sanzionando la derivabilità delle norme dai concreti rapporti sociali e psicologici ed attribuendo a questi ultimi, in definitiva, una latente normatività.

Si manifesta qui una prima rilevante conseguenza metodologica insita nell'aver posto in un contesto di ' interna ' connessione i concetti ' dottrine generali ', ' parte generale ', ' sistema chiuso ': il privilegiamento come categoria, poi anche euristico-storiografica, della separazione fra essere e dovere (pgg. 30-39) (13). Ma un'analisi strutturale non può arrestarsi se non nel momento in cui abbia pienamente delucidato tutti gli elementi costitutivi delle dottrine generali; e cioè quale reale processo di pensiero abbia permesso alla scienza giuridica di giungere alla ' distillazione ' dal materiale giuridico di una idea di sistema che consenta che le determinazioni generali (ad es.: del negozio giuridico) siano per così dire ' messe da parte ' (' Ausklammerung ').

---

(12) Ad onor del vero, bisogna rilevare, tuttavia, che è, più in generale, la stessa produzione storiografica sul punto che non può lasciare del tutto appagati. Cfr. le considerazioni, tra gli altri, di A. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, pg. 355 nota 67.

Si veda ora, però, da ultimo, M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'800 tedesco*, Milano, 1979, che, pur incentrando l'analisi sul versante giuspubblicistico, offre importanti suggerimenti sotto questo profilo.

(13) Sulla base di questo assunto diviene chiaro che l'autore non potrà neppure porsi il problema di una *Begriffsgeschichte* intesa come *conditio sine qua non* della storia sociale; poiché questa — in particolare ci riferiamo qui alla scuola di O. Brunner — si inserisce nel quadro di una rinnovata ripresa della tradizione della filosofia pratica (di origine aristotelica) che da quella rigida distinzione tra fatti e valori prescindeva. Si cfr. LEO STRAUSS, *Diritto Naturale e Storia*, Venezia, 1957, cap. II: *Il diritto naturale e la distinzione tra ' fatti ' e ' valori '*, pgg. 51-91; inoltre R. KOSELLECK, *Begriffsgeschichte und Sozialgeschichte*, in *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Sonderheft 16, Opladen, 1972, pgg. 116 e ss. La non chiara identificazione del tema della filosofia pratica (che costituisce uno degli assi portanti della riflessione giusnaturalistica, specialmente nella Germania del '600 e del '700; cfr. H. DENZER, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf*, München, 1972, pgg. 296 e ss.) si ripercuote anche nella scarsa attenzione dedicata al rapporto tra metafisica e ' dogmi ' del moderno diritto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ed è proprio a partire da un più approfondito esame del principio di « Ausklammerung » (14) che Lipp propone il suo modello interpretativo del concetto di dottrina generale, modello che consta di tre strutture, o meglio di tre gradi di una medesima struttura: la giusnaturalistica μετάβασις εἰς ἄλλο γένος, il sistema deduttivo (*Systemdenken*), il sistema come espressione di un pensiero metalinguistico (pgg. 40-61).

Questo esame viene effettuato giungendo, in accordo con le conclusioni di Larenz (15), a legare strettamente parte generale e quella concezione del sistema che si articola nella dicotomia sistema ' esterno ' o astratto-concettuale, sistema ' interno ', contenutistico, orientato quindi alla teleologia e all'etica del diritto. In realtà proprio la parte generale poggia se stessa sul sistema concettuale; la sua tecnica nelle relazioni con i libri particolari del codice è puramente e semplicemente sillogistica: e in questo sillogismo il concetto della dottrina generale (il negozio), rientra, non considerato in quanto abbia un suo proprio contenuto — autonomia privata, correlazione con i rapporti sociali —, ma solo come premessa del processo normativo di sussunzione. Tutto questo processo quindi rimane sul piano del dover essere (16), senza però poter dar ragione del perchè proprio il negozio costituisca nei confronti della compravendita, del testamento, dell'atto unilaterale, l'istituto giuridico più generale.

A questo punto, secondo Lipp (pg. 46) subentra nella metodologia giuridica (17) la ricerca di un sistema ' interno ', di una logica ' mate-

(14) Di questo principio nella dottrina più risalente veniva offerta una giustificazione meramente tecnica attinente alla comodità espositiva.

Cfr. F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, pg. 2; e vedi, per questo tipo di giustificazioni, anche un teologo-giurista della Seconda Scolastica sul quale vi sarà occasione di tornare: PETRUS DE OÑATE, *De contractibus tomi tres*, Romae, 1646, tomus primus, pg. 2, n. 6: « ... et ubicumque potest communia collegi, ne postea in singulis repetere cogar ... ».

(15) K. LARENZ, *Methodenlehre*, cit., pgg. 429-475; ma più in generale con tutta una corrente della moderna metodologia tedesca volta a valorizzare il « sistema interno ». Cfr. CANARIS, *op. cit.*, pgg. 61 e ss.

(16) Ed è esplicabile nei puri termini della logica moderna: « Die beiden Prämissen der ersten Subsumption, eines sog. Barbara, geben zwei universell bejahende Urteile (in der Form eines Subjekt-Prädikat-Satzes) wider, die als klassenlogische atomare Normsätze aufgefasst werden können » (pg. 43); la concretezza dell'individuale è completamente soppressa e la sua rilevazione, da parte del giurista, esclusa.

(17) Ancora una volta astrattamente considerata, come si può desumere dall'« astorico » accostamento di passi di Savigny e Pufendorf operato nella convinzione di dimostrare la precarietà — che risulterebbe ulteriormente sottolineata dalla considerazione teorica — della cesura tra ' Naturrecht ' e ' Scuola Storica '. Si tratta del celebre passo savigniano del *Beruf* (in *Thibaut und Savigny*, München, 1973, pg. 110): « In jedem Dreyeck nämlich giebt es gewisse Bestimmungen, aus deren Verbindung zugleich alle übrigen mit Nothwendigkeit folgen: durch diese, z. B. durch zwey Seiten und den dazwischenliegenden Winkel, ist das Dreyeck gegeben. Auf ähnliche Weise hat jeder Theil unseres Rechts solche Stücke, wodurch die übrigen gegeben sind: wir können sie *die leitenden Grundsätze*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riale ' fondata sulla base di considerazioni psicologiche, etiche, o fattuali; nella convinzione che all'interno del materiale giuridico vi siano determinati ' elementi ' dalla cui conoscenza ' il sistema ' si lasci ricavare. L'autore — che qui passa accanto a una possibile e rilevante argomentazione esplicativa dei processi storici relativi alla continuità e al trapasso dal giusnaturalismo verso il pensiero scientifico-giuridico del primo '800, senza poterla tuttavia far propria — intravede in questo ' sorprendente ' accordo della dottrina (pg. 52) ([18]) nel concepire una sorta di doppia vita dei concetti giuridici generali, nel derivare l'essenza dell'istituto giuridico, in ultima analisi, non da determinazioni normative ma da strutture extragiuridiche — siano esse l'autonomia privata, i concetti determinati ' funzionalmente ' di Larenz ([19]), oppure le considerazioni sulla ' natura ' organica degli istituti di Savigny — un atteggiamento, che finora non era mai stato battezzato col suo vero nome, e che la logica classica da lungo tempo conosce come figura di sillogismo illusorio: per singolare ironia metodologica la moderna dottrina generale affonda le sue radici in una grandiosa μετάβασις εἰς ἄλλο γένος di carattere giusnaturalistico ([20]).

---

nennen »; e di questo rilevante passo di una lettera di Pufendorf a Boineburg dell'anno 1663 (cit. in H. DENZER, *op. cit.*, pg. 57; cfr. anche pg. 295) « Caeterum eius disciplinae, de qua nunc sermo est, duae videntur instituendae partes. In priori agendum de fundamentis iuris naturalis, ubi consideranda venit natura entium moralium in genere, moralitas animarum, impositio, imputatio, qualitates et quantitates personarum et rerum, obligatio, imperium, lex, meritum, poena et similia. Inde systema aliquod componendum, in quo specialia iuris capita ex dictis fundamentis demonstrantur ».

Bisognerà, invece, concludere con M. BRETONE (*Il Beruf e la ricerca del tempo ' classico '*, pg. 183 e ss., in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9, 1980, su F. C. di Savigny, cit.) che in Savigny il paragone con la matematica è ora non più di una metafora a carattere evocativo e non metodologico. È inoltre da rilevare che la reminiscenza, che è contenuta nei passi savignyani di carattere matematico, è rivolta in direzione di analoghi luoghi leibniziani, ben più ' geometrici ' del passo di Pufendorf; passo nel quale il ' systema ' sembra da doversi ' comporre ' esternamente, servendosi di una vasta gamma di materiali disparati e non connessi in modo stringente (« ... et similia »). Sembra in sostanza trattarsi ancora di un sistema puramente esterno.

([18]) Cfr. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II: *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1975³, pgg. 15 e ss., 59 e ss.

([19]) Cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre*, cit., pg. 470; concetti che costituirebbero la ' cerniera ' tra sistema astratto e sistema interno (dottrine generali).

([20]) Perché questa descrizione analitica — e ci sembra che l'autore ne sia in parte consapevole (pgg. 53 e 60) — possa mantenere integra il suo significato, bisognerebbe ulteriormente indagare la legittimità e consistenza del suo presupposto teorico: il postulato della inderivabilità dei giudizi di valore da giudizi di fatto; in altri termini la scissione delle due sfere del *Sein* e del *Sollen*; ed ancora, la fondatezza anche storiografica della chiamata in causa come « giusnaturalistico » di ogni pensiero che non segua quel canone.

A questo proposito si potrà segnalare come lo stesso Kelsen fosse conscio della difficoltà insita in questa concezione, quando (nell'*Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925; Neudruck, Berlin-Zürich, 1966, pgg. 18-19) ammetteva che non si potesse negare l'esistenza di una relazione tra due sistemi presupposti come

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La Pandettistica tedesca non ha potuto mantenere ciò che si era prefissa nel suo programma nel momento in cui è dovuta passare alla costruzione del sistema interno, riconoscendo così come criterio metodologicamente determinante la sussistenza di una struttura alogica; gli assiomi delle « Allgemeine Privatrechtslehren » vengono derivati a prezzo di una contraddizione logica.

Ma vi è di più. Questa manchevolezza metodologica porta con sè un ulteriore riflesso, uno scambio di piani nel processo argomentativo. Il rischio, cioè, che questo rivolgersi sulla via che conduce alla μετάβασις si ritraduca, nonostante tutto, in un sistema rigidamente concettuale. I principi più elevati delle dottrine sul negozio giuridico sono certo asserzioni poste in senso ' filosofico ', ma occorre tradurle tecnicamente in istituti giuridici. Così la nozione di ' Willenserklärung ' deve acquistare un duplice significato. Da un lato si può caricare di senso e costituire il tramite di una mediazione con le grandezze extragiuridiche (ed essere usata quindi in direzione del sistema interno); ma, d'altro canto, dischiude una prospettiva completamente diversa, quella del sistema astratto concettuale, nel quale funziona come concetto esclusivamente tecnico: come ' elemento ' dogmatico che può essere ' suddiviso ' quasi in un processo ' in infinitum ': in una fattispecie oggettiva e in una soggettiva, quest'ultima a sua volta ancora in « Handlungs und Erklärungsbewußtsein », e così di seguito. I concetti così derivati sono puri nomi che non rinviano ad alcun denotato del linguaggio oggetto.

Di questo fenomeno ci si può rendere conto solo se ci si sposta sul piano antistante alla scienza giuridica (pg. 55 ss.). Piano che è costituito dall'analisi della lingua intesa come struttura complessa costituita da livelli differenziati. Per procedere su questa via ci si serve, oltre che della considerazione della possibile pluralità di significati di un termine, della distinzione tra lingua oggetto e metalinguaggio ([21]), nel quale gli stessi referenti sono dei significati. Nel

---

privi di ogni relazione. Sul tema cfr. comunque G. CARCATERRA, *Il problema della fallacia naturalistica*, Milano, 1969.

Si ripropone, inoltre, la critica alla stessa impostazione generale, volta a fornire un'immagine plausibile di una esperienza giuridica, valutandola con categorie puramente metodologiche, forse inadatte a percepirne la storicità. Questa inadeguatezza si manifesta proprio nel fatto che queste categorie hanno la tendenza a restituirne semplicemente la ' descrizione ' ad un livello più elevato di formalizzazione. Cfr. J. SCHMIDT, *Die Neutralität der Rechtstheorie gegenüber der Rechtsphilosophie. Zwölf Thesen*, in *Rechtstheorie*, 9, 1971, pg. 96 e CANARIS, *op. cit.*, pgg. 23-25.

([21]) Cfr. *La linguistica*, a cura di A. Martinet, Milano, 1972, pgg. 197, 203 e 309, e per una discussione critica vedi JOHN LYONS, *Manuale di semantica*, Roma-Bari, 1980, pgg. 10-12, 110 e ss. Fondamentale sul tema P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medioevale*, Milano, 1969. La distinzione risulta chiara quando sia nota la differenza tra il ' nome ' dichiarazione di volontà e l' ' oggetto ' che vi sta, per così dire, dietro, il cosiddetto ' denotato '. L'uso linguistico nel senso che le asserzioni si rivolgono ai denotati

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

' sistema esterno ' la comprensione metalinguistica — che gli è propria in quanto discorso non sopra oggetti concreti ma su nozioni concettuali — assume un carattere puramente ' sintattico '. I componenti ' semantici ' che pure sono presenti nella dichiarazione di volontà — poichè essa scaturisce da una concreta persona alla quale, inoltre, è attribuita la qualifica dell'autonomia — restano completamente sullo sfondo, tanto che la sua origine nella vita reale potrebbe essere messa del tutto tra parentesi. Ormai il contenuto esplicativo di questi componenti viene mediato da un linguaggio giuridico dato; linguaggio che dal canto suo già possiede quel carattere metalinguistico. Anche quei termini giuridici che conservano l'orientamento alle cose, alla realtà sociale, vengono ad essere trasportati insensibilmente su di un piano diverso, in un campo semantico che funziona solo ' sintatticamente '. Il cammino della piramide di sussunzione pare doppiarsi ad un altro livello: dalle concrete assunzioni ricavate dalla psicologia, dai concetti filosofici, da un campo oggettivo, si passa ai concetti ' semantici ' del linguaggio giuridico artificiale che fungono come livello linguistico intermedio nel quale convergono — e nello stesso

---

delle parole utilizzate nella frase, viene qualificato *objektsprachlich*, linguistico-oggettuale: come nel caso di asserzioni espresse in lingua italiana sugli oggetti simbolizzati dai nomi di questa stessa lingua; in quest'uso si rispecchia così un processo di pensiero concreto. L'uso metalinguistico si ha invece quando le asserzioni non si riferiscano ai denotati ma ai nomi stessi come oggetti; in tal caso nel metalinguaggio S^1, che descrive i nomi della lingua S, si contengono nomi per l'espressione di S, che dal canto suo pone i denotati. Il metalinguaggio può a sua volta distinguersi in « sintattico » se prende in considerazione la struttura e le articolazioni di una lingua S, oppure « semantico », quando concerne le determinazioni del significato delle espressioni linguistico-oggettuali e le descrizioni delle condizioni di verità delle proposizioni affermative, nonché la fissazione delle uguaglianze di significato delle espressioni della lingua oggetto. Ne risulta che il primo metalinguaggio si manifesta come puramente astratto e funzionale; mentre il secondo è in grado di comunicare significati. Questi procedimenti possono essere applicati a un linguaggio artificiale. Nell'uso metalinguistico il linguaggio giuridico diviene allora lui stesso oggetto.

Esemplificando: dati cinque possibili impieghi del termine ' dichiarazione di volontà ', 1) la dichiarazione di volontà è un atto di comunicazione sociale tra gli uomini, 2) essa è non solo una partecipazione di un intento, ma una ' Geltungserklärung ' e come tale, nei casi regolati, anche una ' Verwirklichung des in ihr sich zur Geltung bringenden Rechtsfolgewillens ', 3) una dichiarazione di volontà si articola in due fattispecie: una oggettiva e una soggettiva, 4) « dichiarazione di volontà » consiste di 22 lettere, 5) « dichiarazione di volontà » è un sostantivo. Nel primo caso le asserzioni riguardano un settore della vita sociale e saranno proprie del linguaggio-oggetto (concreto); nel 4) e 5) caso le espressioni prendono ad oggetto i nomi stessi, e si avrà un metalinguaggio. La frase del 4) caso appartiene al metalinguaggio « sintattico », poiché prende ad oggetto proprio il ' vocabolo ' ' Willenserklärung ', « dichiarazione di volontà ». L'asserzione 5) forma invece un metalinguaggio « semantico » poiché si riferisce al contempo al campo della lingua (sostantivo come elemento grammaticale) e a quello degli oggetti (sostantivo come termine che media un significato).

A livello tecnico-giuridico il caso 2) forma un metalinguaggio ' semantico '; invece l'impiego del 3) caso dà luogo ad una utilizzazione ' sintattica '.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

momento — dovere ed essere. Da questi concetti, alla puramente vuota deduzione non c'è che un passo: quello che compie l'ipostatizzazione metalinguistica della dottrina generale, che, secondo l'autore, collegherebbe i termini giuridici come se fossero parole di una lingua che non ha più alcun interesse a legarsi a una realtà qualsiasi. Le conseguenze storiografiche dell'assunzione di questo modello in relazione al problema della continuità giusnaturalismo-pandettistica ci appaiono di diverso segno.

L'intuizione che giace al fondo dell'intero volume — e che si fa strada, invero, un po' faticosamente in forza di una terminologia alquanto « logicistica » —, ci pare atta a far muovere la ricerca in una direzione fruttuosa: quella del tentativo di riformulare il problema, di coglierne le continuità ma anche le rotture.

Il concreto abbozzo storiografico — che se è visto nell'ottica di un lavoro di ' Rechtstheorie ' acquista indubbiamente uno spessore di tensione verso la storicità —, tuttavia, risente della staticità del modello di cui si dovrebbe indagare la genesi, e accanto a intuizioni felici, dà luogo talora anche ad alcune proiezioni semplicizzanti.

I punti focali ([22]) sono costituiti dai momenti di ' aggancio ' storico dei tre gradi della struttura delle « Allgemeine Privatrechtslehren »:

([22]) Ci sembra invece, in relazione alla finalità che l'autore si proponeva, eccessiva l'estensione della analisi — e del resto si giunge alla conclusione che « Ebensowenig wie der mittelalterlichen Jurisprudenz ein abstrakter, metasprachlicher Begriff des *contractus* bekannt war, kennt sie einen solchen des dominium. Dies beruht auf dem objektsprachlichen Verständnis der Zeit, das die Rechtswissenschaft daran hindert, über die Bewertung einzelner Tatbestände hinaus zu Allgemeinen Begriffen vorzudringen (pg. 93) — all'intero campo della filosofia e giurisprudenza medioevale, considerato in modo a sè stante, senza, casomai, verificarne, all'interno del diritto naturale moderno, permanenze di materiali o di modelli. Cfr. P. PIOVANI, *Giusnaturalismo e etica moderna*, Bari, 1961, pgg. III e ss.

È altresì — proprio nella prospettiva del diritto naturale moderno, almeno di quello groziano — forse troppo drastica la negazione di una qualsiasi rilevanza genetica dei tentativi sistematici umanistici; negazione compiuta in totale assenza di ogni riferimento ad un rilevante indirizzo storiografico italiano che tende a mettere in rilievo l'utilizzazione della dialettica, in particolare umanistica, in questa direzione. Cfr. V. PIANO MORTARI, *Dialettica e giurisprudenza. Studio sui trattati di dialettica legale del sec. XVI*, in *Annali di storia del diritto*, I, 1957, pgg. 293-401; ID., *La sistematica come ideale umanistico nell'opera di F. Connano*, in *La storia del diritto nel quadro delle discipline storiche. Atti del I convegno internazionale della società italiana di storia del diritto*, Firenze, 1966, pgg. 521-531: entrambi ora in *Diritto, Logica, Metodo nel sec. XVI*, Napoli, 1978, pgg. 117-264 e 303-317; nonché Aldo MAZZACANE, *Umanesimo e sistematiche giuridiche in Germania alla fine del '500: equità e giurisprudenza nelle opere di H. Vulteius*, in *Annali di storia del diritto*, XII-XIII, 1968-9, pgg. 257-319 e ID., *Scienza, Logica, Ideologia nella giurisprudenza tedesca del sec. XVI*, Milano, 1971. Si tratta in sostanza di riverificare, ricercandone le concrete mediazioni storiche, la fondatezza delle affermazioni di O. v. Gierke a proposito della consistenza del sistema nella *Dicaelogica* dell'Althusius (cfr. *G. Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturaliste*, trad. it., Torino, 1974, pgg. 53-61), all'interno

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sarebbe merito della Seconda Scolastica di aver mediata nei confronti della giurisprudenza successiva il pensiero giusnaturalistico nella forma metodica della μετάβασις, mettendo a frutto la separazione fra essere e dover essere che era originaria della tradizione volontaristico-nominalista (pg. 107 e ss.). Il ' Systemdenken ', la costruzione di un sistema di dottrine, è opera invece del *Vernunftrecht* — categoria a nostro avviso ormai usurata almeno quanto quella di *Naturrecht* —, ed è, in particolare, nelle figure di Ugo Grozio e Samuele Pufendorf che bisogna riconoscere coloro che hanno dogmaticamente preparato il superamento del *numerus clausus* dei tipi contrattuali; superamento operato sull'onda dell'ambizione, quasi destino dell'epoca, rivolta alla creazione di un metodo ' giusnaturalistico ' di dimostrazione *more geometrico* ([23]). Il terzo aspetto, invece, — il sistema ' metalinguistico ' — non può essere rinvenuto nella tradizione del diritto naturale, ma costituirebbe il *proprium* della Pandettistica del sec. XIX e del suo concetto di « Willenserklärung als solche ».

Ma quell'intuizione — che il concetto di sistema (e di negozio) acquisti una del tutto nuova caratterizzazione — sfuma poi se si vada in cerca di una motivazione più approfondita e di una collocazione temporale soddisfacente di questi mutamenti semantici: il responsabile dell'introduzione nella scienza giuridica tedesca di un pensiero metalinguistico, che si separa definitivamente dalla realtà sociale, sarebbe Puchta, con il suo apparato concettuale-deduttivo ([24]). Se poi ci si volesse interrogare sull'origine di questo pensiero ' metalinguistico ', si potrebbe forse — a detta dell'autore — percepirne la prima apparizione e lo sviluppo, all'interno del diritto naturale medioevale, nella corrente volontaristico-nominalista: nella rappresentazione, ad essa peculiare, dei concetti come entità puramente linguistiche (pg. 152).

Questa movenza analitica, propria di un certo tipo di storia delle idee, si manifesta già — per tornare ora al primo grado della struttura — nelle considerazioni globali sulla Seconda Scolastica e sulla dottrina groziana della promessa.

---

magari di una globale ripresa in esame delle tesi dell'intero volume, che sarebbe di molta utilità e per la storiografia sul ' giusnaturalismo ' e per la comprensione dell'attività e dell'opera stessa del Gierke. Da riconsiderare con una disamina più ravvicinata sarebbero, inoltre, le relazioni tra due fenomeni di solito considerati come separati: il cosiddetto ' Usus modernus Pandectarum ' e il giusnaturalismo tedesco; in special modo nella prospettiva dello sviluppo delle teorie civilistiche.

([23]) Lipp utilizza in particolare W. RÖD, *Geometrischer Geist und Naturrecht*, München, 1970 e, sotto questo profilo, H. DENZER, *op. cit.*

([24]) Si ricade così nell'interpretazione tradizionale — pur con la differenza della negazione, sotto questo aspetto, del nesso con Wolff — che vede un Puchta giurista solo fittiziamente organicista, ma in realtà puro formalista logico, che anzi influenza in questo senso anche Savigny; cfr. F. WIEACKER, *Storia*, cit., vol. II, pg. 82. Questa immagine pare tuttavia meritevole di riesame; vedi J. BOHNERT, *Über die Rechtslehre G. F. Puchtas (1798 bis 1846)*, Karlsruhe, 1975, pgg. 154 ss. e A. BELFIORE, *op. cit.*, pgg. 354 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Lipp ha in primo luogo compiuto, a proposito della Seconda Scolastica, una rigida separazione tematica tra il suo apporto 'filosofico' e quello più specificamente giuridico.

Ha ben còlto, da un lato, l'approfondimento che i nuovi scolastici operano nel senso di una ulteriore razionalizzazione dell'antropologia rispetto alle impostazioni ancora agostiniane della 'summa' tomista; tendenza razionalista — quale specialmente è promossa dai teologi gesuiti —, che ha certo una delle sue punte di emersione nella dottrina della 'natura della cosa' di Gabriele Vasquez: 'natura', essenza della cosa che viene collocata su un piano completamente separato da quello dell'ordine divino. Dottrina che può condurre fino all'affermazione che la natura umana nel suo essere in sè oggettivo è norma suprema e ultima ragione obbligante per l'agire umano: « Prima igitur lex naturalis in creatura rationali est ipsamet natura, quatenus rationalis, quia haec est prima regula boni et mali » (25). E si può altresì rilevare che, pur essendo G. Vasquez isolato in questa posizione radicale, tanto da non poter presentare nessuna autorità precedente per questa sua *opinio probabilis* — elemento questo non menzionato da Lipp —, egli esprime — fortemente accentuandola — una linea di sviluppo che si articola già in certa misura da premesse poste da Vitoria (26) « Communiter doctores dicunt quod idem est ius naturale sicut ius necessarium, id est ius naturale est illud quod est necessarium ». In sostanza, se tutti i giudizi necessari appartengono già alla legge naturale, la differenza, posta da Tommaso fra princìpi e conclusioni (27), viene a cancellarsi e il sistema morale scolastico acquista alcuni accenti che possono farlo ritenere (pg. 114) incamminato sulla via che conduce al *Vernunftrecht*: tutto ciò che si può ricavare — ma 'deduzione' è qui forse parola troppo forte, che rischierebbe di proiettare in base a generiche estrapolazioni, sul dettato assai complesso di questi teologi-giuristi un modello laico-giusnaturalistico, che abbisogna anch'esso di un'analisi più dettagliata — da premesse date è inclusa nella legge naturale: « omne quod colligitur per bonam conscientiam ex principibus moralibus ius naturale est » (28).

---

(25) G. VASQUEZ, *Commentarii ac disputationes in Summam S. Thomae-in I-II*, tom. II, disp. CL, c. III e IV, Lugduni, 1631, pgg. 4-6.

(26) F. DE VITORIA, *Comentarios a la I-II*, ed. Beltrán de Heredia, Salamanca, 1934, t. III, in I-II, q. 57, a. 2, pg. 7: « Ius naturale est illud quod est necessarium, puta quod non ex voluntate aliqua dependat ».

(27) Vedi J. ARNTZ, *Lo sviluppo del pensiero giusnaturalistico all'interno del tomismo*, in AA.VV., *Dibattito sul diritto naturale*, trad. it., Brescia, 1970, pgg. 132 e ss., e cfr. F. DE VITORIA, *loc. cit.*, n. 4, pg. 9: « Illa quae inferuntur per consequentiam bonam moralem moraliter notam, i.e., valde apparentem, esse iuris naturalis, ita quod contrario nulla sit apparentia probabilis ».

(28) D. BAÑEZ, *In II-II*, q. 57, n. 3, cit. in J. ARNTZ, *La legge naturale e la sua storia*,in *Dibattito sul diritto naturale*, cit., pg. 99, nota 23.

In questa prospettiva dell'accentuazione razionalistica l'autore avrebbe potuto metterne meglio in chiaro le radici teologiche, richiamandosi a quella

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma per poter valutare la specificità del loro intervento sul piano più propriamente tecnico giuridico — e Lipp pare passare sotto silenzio che quasi tutti questi dottori sono teologi-giuristi — non è sufficiente arrestarsi ad esaminare alcune teorie « filosofiche », come se il loro significato storico, presente per il giurista indubbiamente anche a questo livello, lì potesse concludersi.

Nè è sufficiente richiamare il legame della scuola di Salamanca con i filoni scotistici o occamisti, per poi (pg. 110 sg.) limitarsi a riesprimerlo nella considerazione, di sapore neokantiano, che — a differenza di Tommaso, il cui principio « ens et bonum convertuntur » impediva *a priori* una μετάβασις perchè norma e natura erano aspetti parziali dello stesso ' genere ' — il volontarismo di Scoto ed Occam, facendo dipendere da Dio il valore etico di una azione, poneva il fondamento della separazione dell'essere e del dovere dalla loro unità. Non è sufficiente, si diceva, se poi gli apporti reciproci fra teologia e diritto vengono confinati solo su di un piano di pure premesse ideali ([29]),

esplicita presa di coscienza della distinzione tra ordine soprannaturale e ordine naturale, operatasi nelle controversie teologiche del '500; scomposizione che trovava la sua rilevante traduzione ' metaforica ' nell'ipotesi teologica della ' natura pura ' e dello ' status purae naturae ' formulata dai teologi gesuiti; che, inoltre, poneva come sua conseguenza, anche a livello giuridico, la centralità della difesa della libertà (intesa come *facultas*) nel discorso morale. Fondamentali a questo proposito i contributi di H. DE LUBAC (cfr. ad es. *Agostinismo e teologia moderna*, trad. it., Bologna, 1968, cap. 6: *Natura pura e desiderio naturale*, pgg. 191-234) e, per l'ambito più strettamente giuridico, vedi F. TODESCAN, *Lex, Natura, Beatitudo. Il problema della legge nella Scolastica spagnola nel sec. XVI*, Padova, 1973; si veda inoltre A. QUERALT, *Libertad umana en Luis de Molina*, Granada, 1977, pgg. 238-239. Cfr. L. DE MOLINA, *Commentaria in primam Divi Thomae partem*, Venetiis, 1602, disp. 2, pg. 153.

Sul tema di questo razionalismo ' teologico ', che sotto questo profilo ben si differenzia da quello, pur di tenore letterale apparentemente simile, di Grozio, si veda ancora ad es. L. DE MOLINA, *De justitia et jure*, Moguntiae, 1602, Tr. 5, disp. 46: « Illud quidem darem Gersoni, *si per impossibile non esset Deus, solumque a nobis ipsis haberemus lumen naturale intellectus*, quo intelligimus, quae bona sint facienda, et quae mala fugienda, ut in officio nos contineremus, virtutesque conservaremus, et in vitia et mala non incideremus, dictamina illa intellectus non haberent tunc rationem legis proprie quoniam non essent alicuius superioris, nec proinde essent culpa et peccata adversus Deum »; la legge naturale, in ' assenza ' di Dio non perde quindi tutta la sua forza, ma, anzi, la sua violazione dà origine ad un « peccato » contro la retta ragione. Cfr. infatti ID., *Comm. in S. Th. 1-2*, q. 71, a. 6: « Dubitant aliqui utrum *si per impossibile daretur recta ratio sine Deo prohibente*, quae illa dictat non facienda, opera contra rationem essent peccata ... respondeo quod essent *mala moraliter et peccata contra rectam rationem* ... non tamen essent ... peccata in Deum » cit. in A. QUERALT, *op. cit.*, pg. 271.

([29]) Di tali premesse è tra l'altro spesso facile assicurare la coerenza con opportune ' modernizzazioni ' della terminologia. Al prezzo però di sacrificare la consapevolezza che metodologia e dogmi trovano i propri fondamenti reali nella loro complessa funzionalità politico-sociale.

Cfr. per gli esiti di proiezione verso le articolazioni della società moderna propri del pensiero di Molina, in una acquisita separazione tra diritto pubblico e privato, G. CONTICELLI, *Alle radici del modello moderno di Stato e Società civile*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

senza sentire l'esigenza di seguirne le fitte ramificazioni che giungono sino a modificare le nozioni cardine del diritto privato, quelle di *Ius*, di *Dominium*. Infatti quando si giunge ad esaminare la « Vertragslehre » della Seconda Scolastica nell'ottica delle dottrine generali, — e, più ampiamente, se sia percepibile un qualche influsso sotto il profilo dogmatico in una prospettiva che conduca verso le ' dottrine moderne ' di Grozio e Pufendorf — la conclusione di Lipp è negativa: sotto tutti e due i profili non si rinvengono spunti atti a determinare un rinnovamento nell'arsenale concettuale dei giuristi (pgg. 126-9). E ciò anche se viene riconosciuta — in termini di assai rapida e fuggevole attenzione (pg. 137) — l'utilizzazione da parte di Grozio della dottrina della promessa della tarda scolastica. Il punto decisivo pare all'autore, in conformità a quanto sostenuto dal Diesselhorst ([30]), l'assenza del concetto fondante, di impronta stoico-cristiana, di autonomia della persona capace di conferire *eo ipso* alla promessa vincolatività giuridica — in breve, l'obbligatorietà giuridica del nudo patto —, quale invece si fa presente nella dottrina groziana. In realtà, tuttavia — a nostro avviso —, nella ricostruzione della concezione groziana della promessa il discorso deve farsi tecnicamente più variegato, e vi si potrà cogliere, allora, più di un nesso significativo con teoriche giuridiche scolastiche. Prima però di accennare a questo punto, ci sembra di dover sottolineare un diverso tipo di contributo della Seconda Scolastica, che pure non procede a una revisione dall'interno dei concetti di patto nudo e vestito. Anche a non voler porre, infatti, la questione

---

nella cultura teologico-giuridica post-umanistica, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 7, 1978, pgg. 531-543; su questi temi, inoltre, lo stesso autore ha in preparazione un volume che utilizzerà tra l'altro importanti inediti bellarminiani.

([30]) M. DIESSELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Köln-Graz, 1959, pgg. 16 e 34, che ci pare però meritevole di qualche rettifica; da ultimo, l'importanza della Seconda Scolastica per un altro aspetto del processo di generalizzazione e razionalizzazione del sistema (quello costituito nel nostro ordinamento dalle norme contenute nel titolo preliminare del codice civile, la cui genesi è nella tradizione dei *principia iuris* elaborata dal diritto naturale moderno) è messa bene in luce da A. GIULIANI, *Presentazione* a P. STEIN, J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano, 1981, pg. IX « Lo Stein in uno studio dedicato alla storia delle *regulae iuris* notava come Grozio e Pufendorf prendevano le mosse da ' broader premises '. Tali premesse a nostro avviso vanno ricercate nei trattati « De Legibus » della Seconda Scolastica ed in particolare nell'opera di F. Suarez. La dottrina dei principi del diritto — destinata ad affermarsi nel diritto continentale, e da cui ancora oggi siamo condizionati — riflette interessi e preoccupazioni di teologi giuristi e filosofi della morale. La fenomenologia della riduzione del diritto alla legge sottintende una teologia morale, in cui è centrale il problema della responsabilità umana: la certezza presuppone la configurazione del diritto in termini volontaristici, come un rigoroso sistema di regole e di imputazioni. Il principio di irretroattività della legge (tempus regit actum) ha una posizione predominante in quanto regge la logica degli altri principi, configurandosi come *lex legum*: esso è infatti il presupposto della responsabilità individuale ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'esistenza di due tipi di definizione del contratto — non forse completamente sovrapponibili —: quella del contratto come promessa o insieme di promesse, e quella del contratto come accordo, convenzione (31); ed osservare, di conseguenza, che « la concezione del contratto come accordo o fusione di volontà o come ipostasi di una volontà superiore, da cui nascerebbe la ' legge contrattuale ', ha sovente tenuto nascosto che l'esigenza dell'accettazione della promessa rappresenta, in certo senso un vestimentum » (32), bisogna pur sempre tener conto che un altro profilo si rende proponibile in tema di dottrina generale. Un profilo che non si manifesta, dal punto di vista temporale, necessariamente parallelo di quello del superamento del principio medioevale dei *vestimenta*, ma rappresenta un ' secondo risultato ' sulla via della modernizzazione delle forme contrattuali.

Il trapasso, cioè, dalle figure di contratto in concreto — da una forma di organizzazione dottrinale del materiale giuridico che abbia attenzione solo alle figure *singole* di contratti e alle relative, separate discipline senza poter cogliere i tratti comuni, il legame fra le varie strutture — a una concezione che abbia ad oggetto invece la nozione del contratto *come tale*: uno schema puramente strutturale (33).

A noi pare che questo ordine di considerazioni, rilevante per cogliere il discrimine che rende anche l'attenzione rivolta alla Seconda Scolastica dal punto di vista ' dogmatico ' non destinata a rivelarsi aprioristicamente infruttuosa, sfugga in larga misura all'autore; in luogo di operare uno scavo filologico, che si manifesterebbe di qualche ausilio alla comprensione, almeno di alcuni specifici momenti sulla via che conduce alle moderne costruzioni giuridiche, Lipp si arresta, da un lato, alla raggiunta acquisizione che il contributo della scuola di Salamanca si identifichi con l'aver creato le condizioni, mediante la valorizzazione della *ratio humana* e la conseguente profanizzazione dei presupposti — extragiuridici — da cui possono essere ricavati i principi e le norme giuridiche, del primo degli elementi costitutivi delle ' dottrine generali ', la μετάβασις.

D'altro canto la sua preoccupazione assorbente è quella di sottolineare la — innegabile — originalità della dottrina groziana: in tal modo poco poteva esser disposto a supporre una qualche innovazione operata a un diverso livello dai maestri della Seconda Scolastica; ed

---

(31) Si veda G. TEDESCHI, *Il contratto come promessa anzichè come accordo nella dottrina anglosassone*, in *Riv. di diritto civile*, 1967, I, pgg. 453-9.

(32) E che altri tipi di vestimentum possono darsi pur dove appaia esser presente l'affermazione del principio del nudo consenso. Così G. GORLA, *Il contratto, Problemi fondamentali trattati col metodo comparativo e casistico*, vol. I, Milano, 1954, pg. 192 e passim. Puntualizzazione che può essere preziosa sul piano del metodo, invitando a non considerare tutta la storia del contratto come una irresistibile e continua ascesa del dogma della volontà.

(33) F. MESSINEO, voce *Contratto*, II, *Diritto Privato - Teoria generale*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1971, pg. 787.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in questa linea, bisogna riconoscere che non poteva trovare nella storiografia che sinora si era occupata dell'argomento con specifica attenzione al profilo contrattuale, occasioni di valutazioni più articolate.

La Seconda Scolastica muove invece — è nostra convinzione — proprio nella direzione che conduce all'enucleazione della nozione di 'contratto in genere', di contratto come schema unificatore; è su questo piano che è possibile affermarne una novità di apporto.

E può costituire notazione di qualche significato, nell'accingerci a seguire, per sommi capi, questo svolgimento, rilevare che si tratta di un processo *in fieri* che richiama fin d'ora a concrete mediazioni di quel clima culturale, nominalista e volontarista, donde traggono origine molte concezioni feconde per il diritto privato moderno [34].

L'interesse infatti per la materia contrattuale e per le definizioni di contratto nell'ambito teologico non è una novità specifica dei nostri, che se a un testo di diritto privato debbono guardare, per poi costruirvi le loro sistematiche in relativa autonomia, è al 'Tractatus de contractibus' del teologo tubingense Conradus Summenhart, educato a Parigi appunto nel clima dei 'recentiores', dei moderni, tra i quali un posto di spicco riceveva l'autorità spirituale di un Gerson.

Trattato nel quale — particolarmente con riferimento alla dottrina del dominio [35] — trovavano appunto una traduzione in termini più rigorosamente tecnici quelle premesse generali delle correnti volontaristiche [36].

E Summenhart, pur non dando mano a porvi rimedio in direzione della formulazione nella nozione di contratto in generale, ben dipinge la situazione dottrinale: « sed hi omnes pauca quidem ut puto, vel de una tantum specie contractus, vel si de pluribus: tamen transitorie atque raptim, nec tanta quanta dici poterant, immo quanta necessitas exigit, scripserunt ... » [37]. Neppure il suo predecessore e quasi maestro spirituale, Gerson, con il suo trattatello 'De contractibus' [38], sembra poter costituire eccezione. Se è vero che siamo ben lungi da una con-

---

[34] Cfr. P. GROSSI, *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, 1972, pgg. 287 e ss.

[35] Bisogna osservare che la connessione tra contratto e *dominium*, con differenti sfumature, costituirà un elemento decisivo anche per la concezione groziana di promessa, nella quale vengono equiparati atto di obbligazione e atto di alienazione. Cfr. H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XI, par. I.

[36] Cfr. P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno, Atti dell'incontro di studio di Firenze (16-19 ottobre 1972)*, a cura di P. Grossi, Milano, 1973, pgg. 117-123.

[37] CONRADUS SUMMENHART, *De contractibus licitis atque illicitis* ..., Venetiis, 1580, Proemium.

[38] Trattato che nel 'catalogus' delle opere (in IOANNIS GERSONII ..., *Secunda pars operum*, Parisiis, 1606. L'opuscolo figura dalla col. 392 alla col. 426) è indicato come « De contractibus, venditione et emptione ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

siderazione primaria del contratto da un punto di vista sistematico (39), pure si fa strada l'esigenza di chiarificazione concettuale che sarà per i nostri portatrice almeno del « luogo » in cui una dottrina sistematica potrà situarsi; esigenza che si traduce nel tentativo di esplicare un'autonoma definizione, un momento preliminare (« quid nominis »), prima di scendere alla polverizzazione delle molteplici *species* contrattuali, i contratti come si manifestano nella vita reale (« quid rei »), nella quale non ci si può imbattere nella ' categoria ', che, come tale, non può porre problemi alla coscienza: « Potest autem contractus ita breviter describi. *Contractus est commutatio civilis legitima.* Commutatio ponitur pro genere. Civilis additur ad differentiam mutationum naturalium, quas consideret philosophia naturalis, contractus enim spectat ad ethicam sive moralem philosophiam. Subjungitur legitima, id est legis conformis ad differentiam contractuum illicitorum vel illegitimorum, inventa est autem commutatio civilis post peccatum, quoniam status innocentiae habuisset omnia communia » (40). Lo sforzo ricostruttivo si arresta poco oltre, dopo aver rilevato la stretta connessione tra contratto e giustizia commutativa, che è tipicamente giustizia dell'individuale, e dopo aver conseguentemente sottolineato il collegamento con il momento traslativo della proprietà e con il concetto stesso di proprietà (41). Proprietà che viene concepita individualisticamente, nel solco della tradizione francescana, come *facultas, potestas.*

Assistiamo qui già al profilarsi di un viluppo di temi — ' facultas '; ' dominium ' e suo trasferimento; limitazione, che può apparire quasi un errore in punto di diritto, del concetto di contratto al negozio traslativo del ' dominium rei '; rapporto fra contratto e giustizia commutativa — che sono peculiari della mentalità di questi teologi giu-

---

(39) Dal momento che lo scopo dichiarato è « principaliter non de quolibet contractu plene loqui, sed ad investigandum quis contractus vere dicatur usurarius », ibid., col. 393-395. Analoga finalità, concernente gli « animarum pericula » e il miglior modo di evitarli, muove CONRADUS, *op. cit.*, q. XVII, pg. 51.

(40) G. GERSON, *loc. cit.*, col. 393. Cfr. ibid., consideratio IX, col. 397 « ... arbitrio legislatoris subiacet contractuum modificatio, limitatio vel amplificatio ... Formalis autem ratio contractum consistit in conformitate ad leges sicut patet ex definitione ... ».

(41) Ibid. col. 395: « unde quia commutatio civilis non habet fieri nisi per translationem dominii vel usus vel utriusque, consequens est ut dicatur quid sit dominium ... ». Il concetto di *dominium* viene di seguito definito — nei termini di una antropologia soggettivista che, in particolare tramite Summenhart, diverrà patrimonio comune della Scolastica Spagnola —: « unde dominium potestas est propinqua assumendi res alias vel ut alias in sui facultatem vel usum licitum secundum iura vel leges rationabiliter institutas ». Cfr. P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, cit., pgg. 201 e ss. Per la genesi di queste nozioni di *potestas* e *facultas* nella dottrina francescana, cfr. P. GROSSI, *Usus facti*, cit., pgg. 306 e ss.; nonché A. FOLGADO, *L'evolucion historica del concepto del derecho subietivo - Estudio especial en los teologos-iuristas espanoles del siglo XVI*, S. Lorenzo de el Escorial, 1960, pgg. 94 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

risti, ma che — fatto che Lipp non ha sottolineato (pg. 133) — assumeranno un qualche rilievo anche nei confronti della trattazione della promessa quale è precisata nel ' De iure belli ' groziano.

Summenhart dal canto suo introduce nel discorso sulle definizioni un altro elemento destinato a divenire quasi un ' topos ' nel dibattito dei dottori che lo seguiranno: una tripartizione che fa leva sulla possibilità di attribuire diverse accezioni al termine *contractus*, in relazione al numero delle obbligazioni. « Contractus accipitur tripliciter. Primo proprie, quo modo de eo ponitur praedicta descriptio et est sensus talis. Contractus est quoddam factum (nam contractus consistit in facto) seu est quidam actus, ex quo acto vel facto oritur obligatio ex utraque parte. Hoc modo emptio, venditio, locatio, conductio et societas sunt contractus ... ».

In questa prima accezione la donazione, il mutuo e la *stipulatio* non sono contratti, in assenza dell'insorgere di obbligazioni reciproche. « Secundo modo capitur improprie et sic est factum vel actus ex quo oritur tantum ex una parte obligatio, seu in quo tantum una pars obligatur ... » (42). In questa significazione sono recuperate al contratto le *species* prima escluse per il loro carattere obbligatorio unilaterale.

Questa precisazione terminologica rimane il tema del discorso di quella prima articolazione di carattere postumanistico della Seconda Scolastica che è composta in prevalenza da domenicani e agostiniani. È interessante osservare però come muti la *sedes materiae*. Il discorso si svolge ormai all'interno dei trattati *De justitia et iure*, impegnati a seguire nella loro intelaiatura la somma tomista: lo schema tomista attiene, però, solo marginalmente alla considerazione dei contratti. Ciò che lo interessa è infatti l'esplicazione dei vizi implicanti contrarietà ai vari tipi di giustizia, e per quello che riguarda le ' commutazioni ' volontarie, egli si ferma a esaminare solo la frode che tocca la compravendita e l'usura come abuso del prestito (43).

In quest'ottica è assente in Tommaso ogni interesse definitorio, anche preliminare. Interesse che invece riaffiora nei primi trattati *De iustitia et iure* — sia pure al livello embrionale (definizione, species) che abbiamo osservato in Gerson e Summenhart — prima di

(42) CONRADUS SUMMENHART, *op. cit.*, q. XVI, pg. 49. Il terzo elemento della tripartizione ha attinenza al caso che da nessuna delle due parti nasca un'obbligazione: « ... sed potius obligatio facta dissolvitur ... », e si cita l'istituto della ' acceptilatio '. Benché CONRADUS non indichi la fonte a cui attinge questa tripartizione, essa si incardina nella dottrina dei commentatori, ma non vi assume rilievo sistematico. Cfr. BARTOLUS A SAXOFERRATO, *in Secundam f. f. Novi Partem*, ad lib. L digest. de verborum et rerum significatione, lex XIX contractus, Venetiis, 1585, fol. 232 e BALDO citato da SILVESTRO DA PRIERO, *Summa sylvestrina quae summa summarum merito nuncupatur* ..., pars prima, v. contractus, Venetiis, 1612, pg. 159. Anche la definizione di contratto di Summenhart è strumentale al momento traslativo della *res*, loc. cit., pg. 50.

(43) S. TOMMASO, *II^a II^ae*, q. 77, prol.; cfr. ibid., q. 78, q. 61 art. 3, q. 66 art. 1-9.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

passare alla spiegazione della lettera della *quaestio* tomista sulla compravendita. « ... omnium primus atque *aliorum index* est contractus emptionis et venditionis ... » (44). La struttura e le conclusioni sono comuni agli autori di questa prima articolazione, i quali abbandonano ogni velleictà di autonome definizioni per attenersi fermamente a quella labeoniana (45), come la più rispondente alla considerazione teologica della materia. L'attenzione infatti si fissa ancora una volta sulla giustizia commutativa. Non ci si discosta tuttavia dall'angolatura di essa che era propria di Tommaso (46). Ed è infatti sulla base di una rigida adesione alla nozione tomista di giustizia — che si stempererà negli autori gesuiti — che si conduce la discussione sulla tripartizione proposta da Summenhart e Silvestro da Priero. La categoria è nettamente rifiutata. Si tratta di un'indebita estensione della nozione di contratto: il concetto di *simplex promissio* non può avere accesso in questa sezione dedicata a una trattazione giuridica.

La sua *sedes materiae* è e resta quella dedicata al *votum* (47). L'ancorarsi così strettamente alla bilateralità, esclude il particolare risultato che sarà portato avanti dai maestri gesuiti — più attenti al riferimento alla scienza giuridica medioevale — che potranno passare attraverso la messa a frutto da parte di « ... nonnulli recentiores theologi » (48) della distinzione fra contratti lucrativi e onerosi. Il *proprium* degli autori gesuiti consiste nell'attività di sistematizzazione che conduce a individuare un ' luogo ' non più transitorio ed embrionale, ma strutturale, nel quale si abbia attenzione agli elementi comuni del contratto. Tramite questa sistematica è infine possibile por-

---

(44) D. Soto, *De justitia et jure*, Venetiis, 1568, L. VI q. 2, *De generali ratione contractus emptionis et venditionis*, art. 1, fol. 155, col. 4.

(45) Cfr. P. De Aragon, *De justitia et jure*, Venetiis, 1608, ad quaest. LXXVII, pg. 395.

(46) « Voluntariae autem commutationes dicuntur quando *aliquis voluntaria transfert rem suam in alterum*. Et si quidem simpliciter in alterum transferat rem suam absque debito, *sicut in donatione, non est actus iustitiae, sed liberalitatis*. In tantum autem ad iustitiam voluntaria translatio pertinet in quantum est ibi aliquid de ratione debiti ». S. Tommaso *II^a II^ae*, q. 61, art. 3; cfr. D. Soto, *loc. ult. cit.*

(47) « Contractus namque omnis, si de suo nomine rem perpendas, actus iustitiae est ... laxant tamen alii latius nomen usque ad illas actiones ex quibus ex altera tantum parte oritur vinculum, veluti est donatio et simplex promissio ... sed re vera abusivae istae acceptiones ab usu essent abigendae. Hoc est enim omnia a sua nativa significatione abalienare: si quidem neque donatio *neque promissio simplex ad iustitiam attinent* ... » D. Soto, *op. cit.*, L. VI, q. 11, prima conclusio, fol. 155 verso, col. 2; cfr. P. De Aragon, *op. cit.*, ad q. LXXVII, pg. 395 col. 1 e.

(48) Michele Bartolomeo Salon, *Controversiae de justitia et jure atque de contractibus et commerciis humanis licitis ac illicitis* ..., Venetiis, 1608, tom. II, q. LXXVII, pg. 2 n. 4; pg. 3, col. 2, nn. 3-7: « Caeterum haec divisio licet nonnullis, et viris quidem peritis probetur, nostro tamen instituto satis accomodata non est ... libera promissio et similes quos vocant isti lucrativos ad nullam spectant iustitiam ... ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tare nell'ambito contrattuale — nella sezione dei contratti gratuiti, in quanto promessa di donazione — la tradizione ' teologica ' di discussione sui temi impliciti nel concetto di promessa ([49]). È un processo di ' secolarizzazione ', se ci si passa l'espressione, che si opera su questa tradizione nel trasferirla dal suo luogo specifico, la « quaestio de voto », doppiandone così in qualche modo la trattazione anche nella sezione dedicata al « contractus in genere ». Viene così favorita quell'utilizzazione che Grozio ha compiuto di queste dottrine scolastiche per la sua nozione di promessa come categoria generale; nozione che assume un rilievo centrale nello sviluppo dello schema del negozio giuridico; elemento, quest'ultimo, che Lipp ha posto molto bene in evidenza (pgg. 133-141).

Ma Grozio ha appunto trovato inseriti — tramite la lettura di Lessio, e, forse, anche di Molina — questi materiali sulla promessa nell'ambito di una « crescita », dello spazio di trattazione dedicato al ' contratto in genere ', nella sua qualità di paradigma logico antecedente, e necessariamente antecedente — « ad notitiam principiorum in hac materia » — alle singole categorie dei contratti. Schema costituito proprio per reperirne « le dottrine generali », come quella, ad es., relativa alla conclusione del contratto ([50]).

Questa capacità di porre in rilievo gli elementi costanti e comuni del contratto, è stata resa possibile anche dall'autonomizzarsi del discorso dal commento alla *quaestio* tomista. « Prius autem dicemus de *contractibus in genere*, sumpto latissime vocabulo contractus: deinde vero ad singulos descendemus » ([51]). Emergere chiaro ma faticoso di questa sorta di parte generale, tanto che si sarebbe tentati di affermare che l'interesse teorico si esaurisca in questa teoria generale, in questo calco suscettibile mano mano all'immissione di ogni situazione che lo permetta. Pur se così fosse, e sarebbe conclusione ' limitativa ', non si potrebbe far a meno, a nostro avviso, di sottolineare l'importanza di questo contributo dogmatico dei maestri scolastici, fin qui non preso in sufficiente considerazione dalla storiografia.

Possiamo qui del resto solo sommariamente — tramite la comparazione di questi schemi — fissarne il percorso, che passa per la piena accettazione del contratto gratuito nell'ambito della giustizia commutativa ([52]), con l'inserimento delle tematiche generali della promessa

([49]) Cfr. anche P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico (con particolare riferimento al sec. XII e XIII)*, Milano, 1961.

([50]) J. DE LUGO, *Disputationes de justitia et jure*, Venetiis, 1751, tom. II, *De contractibus in genere*, disp. XXVII, sectio IV, pgg. 6 e 5: « ex his tamen infertur ni fallor, *doctrinam illam generalem* supra positam ... ».

([51]) L. DE MOLINA, *De justitia et jure*, tom. II, *De contractibus*, Moguntiae, 1602, tract. II, disp. 252, col. 1.

([52]) Cfr. P. DE OÑATE, *De contractibus tomi tres*, Romae, 1646, tomus I, disp. I, sectio III, n. 26, pg. 5; dopo aver definito il contratto come « pactum obligans ex iustitia commutativa », ed aver osservato che tale definizione coincide

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— e, di conseguenza, anche di una trattazione generale dei vizi della volontà — fino a giungere allo schema amplissimo dell'opera dello Oñate ([53]), schema i cui elementi di novità certo meriterebbero da soli una più approfondita indagine.

---

con quella datane da L. LESSIO, *De justitia et jure, ceterisque virtutibus cardinalibus libri quatuor* ..., Venetiis, 1734, L. 2, sectio III, cap. 17, dub. I, pg. 160, n. 5, afferma che anche ogni contratto lucrativo unilaterale « obligat ex iustitia ». In sostanza « definitio ergo haec contractus tenenda est, ut constitutissimum huius materiae *dogma* ... ». Cfr. ibid., Tomo II, disp. XXIV, n. 4: « sequitur ergo dicendum de prima et suprema divisione contractus proprie dicti in contractum lucrativum et onerosum ... ».

Di questo autore, « Vallisoletanus », non molto ci è noto dal punto di vista biografico. Fu, per sua stessa ammissione, allievo di F. Suarez al collegio Romano e morì a Roma il 31 dicembre 1646. La sua, forse unica, opera fu pubblicata appunto a Roma tra il 1646 e il 1654. Cfr. H. HURTER, *Nomenclator literarius theologiae catholicae*, Oeniponte, 1907, tomo III, col. 1195; AJO GONZALES de RAPARIEGOS, *Historia de las Universidades Hispanicas*, Madrid, 1968, vol. VII, pgg. 93-94.

([53]) Diamo qui di seguito gli schemi contrattuali adottati rispettivamente da Molina, Lessio, De Lugo e Oñate nell'enucleazione della struttura del contratto in genere.

L. DE MOLINA, *De justitia et jure*, tomus secundus, *De contractibus*; *disp. 252*) pactum et contractus quid sint, et de obligatione civili et naturali; *disp. 253*) de contractibus nominatis et innominatis; *disp. 254*) qui contractus solo consensu, qui solo verbo, qui scriptura et qui opere, compleantur; *disp. 255*) de pacto nudo et vestito et quando ex pacto ac contractu innominato oriatur, aut non oriatur, civilis obligatio; *disp. 256*) si pactum nudum iuramento confirmetur num ex eo oriatur civilis obligatio et num de iure canonico et civili detur ex illo actio; *disp. 257*) utrum ex pacto nudo naturalis, atque in conscientiae foro, oriatur obligatio: et num de iure canonico et in regno Castellae actio ex eo concedatur; *disp. 258*) quo usque in pacto nudo et contractibus innominatis iure civili locus sit poenitentiae; et an de iure canonico et in regno Castellae locum habeat; *disp. 259*) contractus, qui bonae fidei, et qui stricti iuris, et de aliis contractum divisionibus; *disp. 260*) contractus iuxta loci consuetudinem ac leges censendus est celebratus. Et ad quorum contractuum probationem de iure Lusitano publica scriptura sit necessaria; *disp. 261*) qui possint contractus celebrare; *disp. 262*) promissio differt a proposito: et de duplici promissionum genere, ac simul de virtutibus veritatis et fidelitatis; *disp. 263*) promissio ante acceptationem revocari ne libere possit, et utrum ex sua natura id habeat, an ex positivo iure; *disp. 264*) promissio a quo acceptari possit, et quousque absenti facta valeat.

L. LESSIO, *De justitia et jure*, L. 2, cap. 17, *De contractibus in genere*: *dubitatio 1*) Quid sit contractus, quid sit pactum; *dub. 2*) quot modis perficiantur contractus; *dub. 3*) quomodo dividitur contractus et pactum; *dub. 4*) utrum omnis contractus pariat obligationem in foro conscientiae, et externo; *dub. 5*) utrum contractus, cui error, vel dolus causam dederit, sit validus; *dub. 6*) utrum contractus, cui metus causam dederit, sit validus; *dub. 7*) utrum contractus per se invalidi confirmetur iuramento; *dub. 8*) quinam possint contrahere; *dub. 9*) quibus concedatur restitutio in integrum, si ex aliquo contractu damnum notabile acceperint; *dub. 80*) utrum in hac in integrum restitutione comprehendantur etiam fructus percepti; *dub. 11*) quando contractus fuit invalidus, quomodo debeat ratificari - cap. 18, *De promissione et donatione. dub. 1*) quid sit promissio; *dub. 2*) quid sit donatio et quomodo differant donatio, promissio, pollicitatio, pactum, et stipulatio; *dub 3*) utrum promissio ob turpem causam,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Così accanto a quel concetto di ' dominium in genere ', che Lipp aveva considerato inattingibile alla mentalità obbiettivistica della dottrina medioevale e che invece i dottori della scolastica postumanistica svolgono in una vera e propria teoria generale (54) — possiamo scorgere il costituirsi, seppure soggetto a contraddizioni, di quello schema ' *contratto come tale* ' che forma — nella sua veste di proce-

---

seu opus malum ... obliget; *dub. 4*) quaenam promissiones sunt irritae iure positivo; *dub. 5*) utrum promissio vel donatio interna obliget nos homini; *dub. 6*) utrum promissio vel donatio externa obliget ante acceptatione, et quomodo acceptanda, dum fit absenti; *dub. 7*) qui possint promissionem vel donationem absenti facta acceptare ...; *dub. 8*) quantum obliget promissio externa legitime acceptata; *dub. 9*) utrum promissioni vel donationi iam acceptae possit apponi aliquod onus, vel impositum tolli; *dub. 10*) quibus eventis promissio acceptata et antea valida desinat obligare.

J. De Lugo, *Disputationes de iustitia et iure*, tomus secundus, disputatio vigesima secunda: *De contractibus in genere et eorum obligatione*; *sectio I*) quid sit contractus et quomodo a pacto differat; *sectio II*) de variis contractuum et pacti divisionibus; *sectio III*) quibus modis contractus perficiantur, ubi an acceptatio utrinque cognita requiratur ad eorum valorem; *sectio IV*) utrum consensus internus necessarius omnino sit ad valorem, et obligationem contractus; *sectio V*) qualis obligatio oriatur ex pacto nudo, et quomodo in eo detur contrahentibus facultas poenitendi; *sectio VI*) quomodo error, et dolus vitient contractum; *sectio VII*) utrum, et quomodo metus vitiet contractus; *sectio VIII*) an et quomodo contractus de se minus validi, juramento apposito confirmentur; *sectio IX*) an contractus sine solennitate juris facti validi sint; *sectio X*) qui possint contractus legitime celebrare; *sectio XI*) circa quae bona contractus valide fieri possint; *sectio XII*) quando, et qualis restitutio in integrum competat post validum contractum.

P. De Oñate, *De contractibus*, tomus I, *De contractibus in genere*. Tractatus I, *De natura et divisione contractus*: *disp. I*) de natura et essentia contractus; *disp. 2*) de divisionibus variis contractuum; *disp. 3*) de libero consensu in contractibus requisito. Tractatus II. *De causis contractuum in genere*: *disp. 4*) de causa efficiente contractuum in genere; *disp. 5*) de materia contractuum; *disp. 6*) de forma seu causa formali contractuum. Tractatus III. *De effectibus contractuum*: *disp. 7*) de effectibus contractus in ipsa conventione; *disp. 8*) de mora et effectibus contractuum post moram; *disp. 9*) de effectibus contractus in traditione; *disp. 10*) de effectibus contractuum post traditionem. Tractatus IV. *De qualitatibus contractuum*: *disp. 11*) de contractibus iuratis in communi; *disp. 12*) de contractu puro et in diem; *disp. 13*) de conditionali contractu et conditionibus appositis; *disp. 14*) de reliquis contractuum qualitatibus, puta modo, demonstratione, causa, alternativa et coniunctiva. Tractatus V. *De reliquis accidentibus contractus*: *disp. 15*) de dolo, culpa lata, levi et levissima, et de casu fortuito; *disp. 16*) de pactis adiectis contractibus accidentaliter; *disp. 17*) de accidentibus quibusdam contractuum, nempe bonitate, et malitia, tempore, et loco. Tractatus VI. *De fine et dissolutione contractuum*: *disp. 19*) de nullitate seu annullatione contractuum; *disp. 20*) de fine contractuum per revocationem; *disp. 21*) de dissolutione contractuum in genere; *disp. 22*) de in integrum restitutione minorum et aliorum. Tractatus VII. *De quasi contractibus et distractibus*: *disp. 23*) de eodem.

Ormai la ' dottrina generale ' sul contratto occupa un intero volume di quasi settecento pagine.

(54) P. Grossi, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, cit., pg. 209.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dimento astrattivo — uno degli elementi dogmatici delle moderne teorie generali.

Ma ancor di più: come già si è avuto occasione di accennare, forse la tesi di Diesselhorst — tesi ripresa anche da Lipp — che ravvisa il *proprium* della concezione groziana della promessa nell'autonomia della persona — autonomia intesa in senso totalmente innovativo (55) — non è idonea a render conto della complessità e delle stratificazioni di altri contesti dei ' De iure belli '; e neppure della loro relazione con passi antecedenti come quelli della ' Inleiding ' e del ' De iure praedae ' (56). Anche lasciando da parte la contraddizione contenuta nell'ipotesi che sia riconducibile al patrimonio culturale della ' Stoa ' il riconoscimento di una ' Selbstgesetzgebung ' della volontà, resta il fatto che questa concezione della libertà che ha l'uomo di disporre dei propri atti, come pure della sua proprietà — concezione che è il vero fondamento, nella dottrina groziana, della forza vincolante del contratto — richiama — certo assumendo un'importanza tutta sua propria, estranea in questa forma ai contesti linguistici dai quali è derivata — in modo ravvicinato l'atteggiamento concettuale proprio di una delle nervature portanti del discorso dei teologi-giuristi della Seconda Scolastica, il ' *dominium sui* ' (57).

In questa prospettiva non sarebbe stata allora inopportuna una riconsiderazione — operata con maggiore attenzione di quella che Lipp vi porta (pg. 147) — della tesi di Wenn (58), il quale riteneva di poter scorgere delle affinità fra le sistematiche di Molina, Grozio e Pufendorf (59). E non solo per quanto di esplicito in essa può essere conte-

---

(55) Cfr. M. DIESSELHORST, *op. cit.*, pg. 34; e vedi O. BEHRENDS, *Treu und Glauben - Zu den christlichen Grundlagen der Willenstheorie im heutigen Vertragsrecht*, nota 4 (L'articolo è di prossima pubblicazione nel volume *Cristianesimo e Diritto moderno. Atti del convegno, S. Miniato, 7-11 ottobre 1980*).

(56) Come sembra invece ritenere M. DIESSELHORST, *op. cit.*, pg. 46, nota 20. Cfr. Hugo GROTIUS, *The jurisprudence of Holland*, trad. R. W. LEE, Oxford, 1953, L. III, cap. I, n. 12, 21, 25, pgg. 294-295, 298-299.

(57) Come già è stato messo in rilievo. Cfr. P. GROSSI, *La proprietà*, cit., pgg. 133 e ss.

(58) H. WENN, *Das Schuldrecht Pufendorfs*, *Diss.*, Göttingen, 1956, pgg. 10 e ss.

(59) Questa operazione non significa certo, si badi, appiattire il giusnaturalismo moderno sul pensiero scolastico, poiché sempre si ripropone la necessità di mostrare, una volta collocate idealmente l'una di fronte all'altra due strutture successive nel tempo, cosa distrugge il sistema anteriore, cosa prepara quello cuccessivo: si tratta, insomma, di conservare la dimensione della diacronia; cfr. P. COSTA, *op. cit.*, pg. 52 e ss.

Ci riferiamo in particolare alle indagini di R. Kosellek in direzione del tentativo di fondere le analisi storico concettuali con le analisi sociologiche e di mentalità. Cfr. P. SCHIERA, *Introduzione* a R. KOSELLECK, *Critica illuminista e crisi della società borghese*, Bologna, 1972, pgg. VIII-XIX. Si veda inoltre dello stesso KOSELLECK l'importante articolo inedito (di prossima pubblicazione sulla rivista « Intersezioni »): *Sprachwandel und sozialer Wandel im ausgehenden Ancien Régime*, che mette bene in luce il duplice effetto di segnale del cambiamento sociale e, al contempo, di produzione e accelerazione di questa trasformazione ope-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nuto; ma per il principio che la informa, o, per lo meno, per l'implicita, anche se forse non pienamente consapevole, indicazione sottostante, che ci sembra colga il segno.

In realtà, fintanto che predominerà la convinzione che non la secolarizzazione costituisca il ' nucleo centrale ' dell'esperienza del diritto naturale moderno, ma la sua emancipazione metodologica dalla teologia morale e dalla filosofia pratica, — in quella forma semplificata che impedisce di prendere in considerazione l'humus culturale, sociale e politico nel quale quelle concezioni, certo innovative, prendono corpo — allora tanto più stimolanti potranno apparire le osservazioni di coloro che, come Carl Schmitt ([60]), hanno fatto leva su di un Pufendorf « epigono » di Suarez ([61]).

Poichè impostando il problema in questi termini viene còlta una necessità essenziale anche per la soluzione della questione della continuità fra giusnaturalismo e Pandettistica.

Si tratta, in sostanza, di comprendere la posizione e la specificità del cosidetto ' giusnaturalismo moderno ' in relazione al tema del

---

rata dall'introduzione di un nuovo concetto. Da ultimo E. COSERIU, *Sincronia, diacronia e storia: il problema del cambio linguistico*, Torino, 1981, pg. 101 ss.

([60]) CARL SCHMITT, *Le categorie del politico. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972; *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, pg. 170. Si tratta, in sostanza, di verificare se abbia una qualche validità l'intuizione — comune a Kelsen ed Engels — secondo la quale la concezione giuridica del mondo della borghesia è soltanto la secolarizzazione della concezione teologica. Cfr. H. KELSEN, *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, intr. e trad. it. di F. Riccobono, Roma, 1979, pgg. 96-97; è, inoltre, in preparazione un volume di F. Todescan sul pensiero groziano, che affronterà specificatamente questo problema.

([61]) Quando M. VILLEY (*Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais*, Paris, 1976, particolarmente pgg. 5-50) parla di ' clericalizzazione ' del diritto moderno operatasi proprio mediante la relazione fra Seconda Scolastica e Scuola ' moderna ' del diritto naturale, propone, pur esprimendolo in modo semplificato, un problema reale: in quale misura, nel trapasso, permangono alcune caratteristiche collegate alla ' vecchia ' funzione delle strutture concettuali? Come si dispongono e si organizzano i campi semantici (apparentemente) più ancorati al passato (metafisici) in relazione a quelli (apparentemente) più moderni (metodologici)?

Sembra allora fondamentale mantenere l'impostazione metodica che sta al fondo dell'indicazione schmittiana e della sua teoria dei ' Zentralgebiete ' (su cui si veda, da ultimo, G. MARRAMAO, *Carl Schmitt. La decisione senza presupposti e il fantasma dello stato*, in *La politica oltre lo stato: Carl Schmitt*, a cura di G. Duso, Venezia, 1981, particolarmente pgg. 72 e ss.): la ' vita spirituale ' di ogni epoca resta ' policentrica '; e, di conseguenza, non si può incentrare l'attenzione né sul momento ' moderno ', né su quello ' antico-tradizionale ' del giusnaturalismo ' moderno ': ma è necessario seguirne le strategie discorsive, non proiettando, per quanto possibile, su di esse modelli rigidi o paradigmi, ma riformulando questi ultimi sulla base del reale procedere storico nella sua complessità.

È singolare inoltre che Lipp, facendo oggetto della sua attenzione anche i profili privatistici della Seconda Scolastica, non utilizzi alcun lavoro di M. Villey.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

razionalismo (62). Ma il razionalismo occidentale è caratterizzato, come da sua componente essenziale, da una lunga simbiosi del pensiero teologico, filosofico e giuridico (63). Ed è proprio nella sfera di questa costellazione che avviene il trapasso dalla teologia del sec. XVI alla metafisica del sec. XVII, in quell'epoca che a buon diritto può essere considerata come la vera e propria età eroica del ' nuovo ' razionalismo.

Si ripropone, quindi, la necessità di portare l'attenzione su questo graduale spostamento del centro della vita spirituale e sulle sue concrete mediazioni; tenendo conto che è questo sapere ' metafisico ' — che appare come il più astratto e casuale — uno degli elementi che fonda la possibilità di rinvenire ' razionalità differenziali '; di riprodurre — non attraverso la proposizione di un'indistinta linearità storiografica — la complessità di quest'epoca (64). Un'epoca nella quale — sempre però confrontandosi e intrattenendo con esso un rapporto estremamente ambiguo — al teologo e predicatore del sec. XVI, succede come ' clerc ', come intellettuale anche all'interno di un certo strato del ceto dei giuristi, il sistematico colto del XVII sec., che vive isolato dalle masse in una vera e propria repubblica aristocratica di dotti; avendo a sua disposizione come mezzo di comunicazione, anche politico, proprio il linguaggio metafisico.

E, ad un livello immediatamente successivo e strettamente dipendente, significa seguire storicamente il ruolo giocato dall'idea di ' metodo ' in connessione alle sue proclamazioni e più o meno consequenziali applicazioni alla tecnica giuridica: in relazione, in definitiva, alla funzione differenziata, ed anche politica (65), che svolge all'interno dei diversi sistemi giusnaturalisti, e, più in generale, nei contesti scientifici o filosofici da cui volta volta trae origine (66). Lo stesso

---

(62) Il che significa certo anche enuclearne l'avversario (e/o gli avversari) poiché, come osservato dal Landucci, « ... il giusnaturalismo moderno, attraverso la metodologia della *recta ratio*, era sorto in relazione, appunto, allo scetticismo libertino ». Cfr. S. LANDUCCI, *I filosofi e i selvaggi 1580-1780*, Bari, 1972, pg. 51; problema che assume particolare rilievo in riferimento al rapporto Hobbes-Pufendorf, ove si tenda a sottolineare la radici libertine del pensiero di Hobbes. Cfr. E. CASTRUCCI, *Ordine convenzionale e pensiero decisionista*, Milano, 1981, pgg. 137 e ss.

(63) CARL SCHMITT, *Premessa all'edizione italiana*, in *Le categorie del politico*, cit., pg. 21.

(64) *Ibid.*, pg. 173.

(65) A proposito del metodo ' matematico ' seguito da Grozio nel *De iure praedae*, cfr. J. BASDEVANT, *Hugo Grotius*, in *Les fondateurs du droit international*, Paris, 1904, pg. 157: « Grotius déclare qu'il va suivre une méthode analogue a celle des mathematiciens et consistant a poser d'abord des règles et lois admises generalment sur les quelles seront édifiées les solutions. Ce procédé ne doit point surprendre dans un ouvrage où — ne l'oblions pas, car ce trait domine toute l'oeuvre — il s'agissait de calmer les scrupules qui s'élevaient dans la conscience des actionnaires hollandais ».

(66) Si potrebbe ipotizzare, tenendo anche presente la predilezione sempre più diffusa tra gli uomini del rinascimento per la matematica, una relazione della metodologia groziana con la logica ramistica, che specialmente nei suoi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Lipp ha ben messo in luce (pgg. 130-1, 142-8) il rilievo che assume il problema della consistenza del cosidetto ' metodo geometrico ' (67); ma, a nostro avviso, troppo frettosolamente ha risolto la questione nel senso di una sua diretta operatività anche sulla formazione di specifiche dottrine come quelle della promessa in Grozio o del sistema contrattuale pufendorfiano (68).

---

ultimi sviluppi manifestava un'apertura al pensiero matematico. Cfr. V. PIANO MORTARI, *Dialettica e giurisprudenza*, cit., pg. 247 e C. VASOLI, *La dialettica e la retorica dell'umanesimo. « Invenzione » e « metodo » nella cultura del XV e XVI sec.*, Milano, 1968, pgg. 612 ss. Sarebbe inoltre possibile risalire alle complesse tematiche culturali che fanno capo alla scuola aristotelica padovana; sopratutto alla figura di J. Zabarella e alla sua definizione del metodo nei suoi aspetti dimostrativo e risolutivo: « Methodus est intellectuale instrumentum faciens ex notis cognitionem ignoti ... omnis enim a noto ad ignotum scentificus progressus vel a causa est ad effectum, vel ab effectu ad causam; illa quidem est methodus demonstrativa, haec autem resolutiva; alius processus qui certam rei notitiam pariat non datur ... ex his colligere possumus finem methodi demonstrativae esse perfectam scientiam, quae est rei cognitio per suam causam; methodi autem resolutivae finem esse inventionem potius quam scientiam, quoniam enim resolutione causas inquirimus ex effectis, ut postea ex causis cognoscemus ». J. ZABARELLA, *De methodis*, III, 18, pgg. 178 e ss. in *Opera logica*, Venetiis, 1572. Cfr. E. DE ANGELIS, *Il metodo geometrico nella filosofia del '600*, Pisa, 1964 pg. 123.

Non è qui possibile accennare alle complesse interrelazioni tra questi pensatori e l'opera di Cartesio e Galilei; ma questo resta un suggerimento a non occultare la complessità di temi in apparenza storicamente acquisiti, qual è quello della influenza ' diretta ' delle moderne scienze della natura sul metodo geometrico o dimostrativo del primo giusnaturalismo laico. Cfr. comunque A. DUFOUR, *L'influence de la méthodologie des sciences physiques et mathématiques sur les fondateurs de l'ecole du droit naturel moderne (Grotius, Hobbes, Pufendorf)*, pgg. 33-53, in *Grotiana*, vol. I, 1980.

(67) Cfr. G. OTTE, *Der sogenannte ' mos geometricus ' in der Jurisprudenz*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 8, 1979, pgg. 179 e ss., che rileva, tra l'altro, opportunamente, come nel lavoro di Röd cit., non di metodo ' geometrico ' sia veramente questione, ma di metodo ' analitico '.

(68) In realtà i « bescheidene Fragmente geometrischen Argumentierens » che Lipp (pgg. 136-138) crede di intravedere ' anche ' nella dottrina groziana della promessa, corrispondono più verosimilmente ad una convinzione mutuata da fonti stoiche, cfr. O. BEHRENS, *art. cit.*, passim.

La presenza, inoltre (pgg. 142 ss.) di una dottrina generale del contratto in Pufendorf, costruita su analoghi fondamenti (il metodo risolutivo-compositivo), è alquanto da revocare in dubbio, se non anche ' in principio ', certo nella sua concreta realizzazione. Cfr. M. DIESSELHORST, *Zum Vermögenrechtssystem S. Pufendorfs*, Göttingen, 1976, pgg. 61, 62, 73.

Né appare molto convincente il tentativo di scorgere nella distinzione pufendorfiana tra ' entia physica ' ed ' entia moralia ', l'avvertita esigenza della necessità della separazione di ' Sein ' e ' Sollen ' (pgg. 147 ss.). In realtà la distinzione è ben lungi dal costituire apporto originale di Pufendorf, e può essere compresa solo sullo sfondo dei suoi complessi rapporti con le tematiche metafisiche di Weigel e Suarez. Cfr. F. SUAREZ, *Tractatus De legibus ac de Deo legislatore*, Lugduni, 1613, L. VII, I, 4, pg. 456: « Oportet in consuetudine duo distinguere: unum est ipsa frequentia actuum ... Aliud vero est id, quod ex tali frequentia relinquitur, quod potest esse vel *physicum*, ut est habitus ... (vel) quid

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In realtà a noi sembra che la nozione stessa di ' sistema ' in questo primo giusnaturalismo laico — nozione che non si comprende se non in relazione a quel processo di ' Umbesetzung ' ([69]), di trasposizione e trasformazione dal campo della teologia dogmatica, a partire da Melantone, a quello della giurisprudenza ([70]) — abbia ancora un'importanza più ' programmatica ', che reale; che non pervada, cioè, l'effettivo ' funzionamento ' del metodo del giurista. Se è vero allora che il secondo gradino delle dottrine generali — il ' Systemdenken ' — è attribuito da Lipp al pensiero giusnaturalistico, ciò abbisogna di ulteriori considerazioni. All'interno dell'epoca del diritto naturale vi è una maggiore complessità di quanto non sembri supporre l'autore; ed è proprio prendendo le mosse da Christian Wolff e dai giuristi della sua scuola — che Lipp (pgg. 149-150) invece eccessivamente sottovaluta — che è possibile cogliere quello sviluppo decisivo per il mutamento di significato della nozione di *System* fra giusnaturalismo e Pandettistica. Qui, indubbiamente, soccorrono le indicazioni che Lipp (pgg. 41 e 46 ss.) accennava in tema di sistema interno e sistema esterno. Non poteva però svilupparle del tutto compiutamente proprio perchè nel suo testo è assente il referente che le renderebbe storicamente produttive: il tema della ' scienza ' giuridica, che dal canto suo si riconnette con il più generale mutamento del concetto di scienza.

È in Wolff infatti — inteso qui come rappresentante della filosofia tedesca della prima metà del XVIII sec. — che il tradizionale concetto, da lui del resto mantenuto, di sistema come sistema ' esterno ', comincia a palesare alcuni fermenti di novità. Questa immagine di sistema come forma applicata con delle finalità pratiche a conglomerati di oggetti trova il suo fondamento nella concezione, di carattere aristotelico, della scienza come un ' habitus ' del soggetto ([71]). Non si dava perciò la possibilità di concepire nessuna oggettiva entità ' scienza ' separata dall'oggetto del conoscere; di scienza in senso ' oggettivo ' si poteva pertanto parlare solo al plurale: ' le ' diverse scienze. In correlazione al mancato riconoscimento del nesso interno fra scienza e sistema, l'attività del giurista resta caratterizzata quindi semplice-

---

morale per modum facultatis, vel juris obligantis ad sic operandum ... ». Il tema è ancor più ampiamente trattato da Suarez nel *Tractatus de bonitate et malitia humanorum actus*, disp. I, sectio II: « Quid sit in hiusmodi actu morali ipsum esse morale », in *Opera omnia*, ed. Vivès, vol. IV, Parisiis, 1856, pgg. 279 ss.

Non possiamo qui — ma ci ripromettiamo di poterlo fare in una sede più adeguata — soffermarci a lungo su queste tematiche; si può soltanto rilevare come locuzioni quali quelle di ' autonomia della morale ' e ' matematizzazione ' del discorso giuridico e morale, applicate a questi contesti linguistici non siano idonee a farne percepire l'effettivo significato storico. Cfr. W. RÖD, *Ehrard Weigels Lehre von den entia moralia*, in *Archiv für Geschichte der Philosophie*, Bd. 51, Heft I, 1969, pg. 84.

([69]) C. SCHMITT, *Politische Theologie*, II, Berlin, 1970, pg. 110.

([70]) Cfr. M. LOSANO, *op. cit.*, pgg. 33 ss. e 68.

([71]) Cfr. J. SCHRÖDER, *op. cit.*, pgg. 86 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente dal suo scopo pratico, senza che ci si interessi del suo grado di scientificità.

Ma Wolff accentua più fortemente che in passato anche il lato interno del concetto di sistema: « Systema enim dicitur veritatum inter se et cum principiis suis connexarum congeries » (72); fino a compiere un parallelo fra il sistema ' vero ' e la composizione organica del corpo umano. Viene così compiuto un rilevante passo innanzi sulla via dell'accostamento dei concetti di scienza e sistema. Non si può tuttavia attingere ancora una nozione di scienza obiettivamente intesa ' in abstracto ': e questo proprio in forza dei presupposti ontologico-metafisici della concezione razionalistica di conoscenza, secondo la quale l'oggetto viene riconosciuto direttamente nella sua essenza; senza, quindi, che l'attività del conoscere possa costituire dal punto di vista obiettivo qualcosa di differenziato dal suo oggetto.

In questo senso il concetto di sistema in Wolff non costituisce ancora il criterio, inteso come una struttura interna e non modificabile, della scienza, ma gioca il suo ruolo al livello inferiore di criterio della « rappresentazione » scientifica: l'esigenza di sistematizzazione si arresta sul piano della ' concreta ' opera scientifica, conserva un certo carattere di esteriorità, e rimane quindi sempre, in qualche modo, « non-necessaria »; fa sì che l'interscambiabilità fra scienza e sistema non possa essere ancora pienamente affermata (73).

Ma non si possono sottovalutare questi nuovi fermenti; è proprio un giurista wolfiano della seconda generazione, Nettelbladt, che giunge a concepire la ' jurisprudentia ', non più ' soggettivamente ' sulla falsariga della concezione aristotelica dell'*habitus*, ma in modo obiettivo come « pars eruditionis dogmaticae, quae continet ... iuridicas veritates in formam artis redactas » (74). Non più, quindi, ' ogni ' raccolta esteriore, disposta ' ad libitum ' di dottrine giuridiche può ricevere l'appellativo di giurisprudenza. Nettelbladt non riesce però ancora a compiere il passo in direzione del riconoscimento di ' una ' determinata struttura come unico criterio della « scienza giuridica », con il conseguente mutamento semantico della nozione di sistema.

Non possiamo qui seguire tutti quei passaggi che conducono dalla teoria della scienza — ed è con Kant, per la prima volta, che troviamo affermata un'autonoma struttura interna della conoscenza *in abstracto* — alla concezione di ' scienza giuridica ', sulla linea di una finalmente acquisita congiunzione strutturale tra scienza e sistema.

---

(72) C. WOLFF, *Philosophia rationalis sive logica, methodo scientifica pertractata*, Frankfurt und Leipzig, 1728, par. 889, pg. 635.

(73) Non sembra distinguere a sufficienza i due livelli ai quali può collocarsi la nozione di sistema, ritenendo che in Wolff il ' sistema ' costituisca il ' criterio della scienza ', H. THIEME, *Die Zeit des späten Naturrechts*, in *ZRG, GA*, Bd. 56, 1936, pgg. 204 e nota 2.

(74) D. NETTELBLADT, *Nova introductio in iurisprudentiam positivam Germanorum communem*, Halle, 1772, Praecognita, par. 11, pgg. 10 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Un ruolo decisivo a livello giuridico è svolto dall'intersecarsi di vari processi; il distacco dal diritto naturale — che sarebbe tuttavia erroneo ritenere l'unico interesse dei giuristi 'giusnaturalisti' —; il conseguente e contemporaneo volgersi non più a costruzioni su assiomi fissati esternamente al materiale giuridico ma alla elaborazione di principi derivati dal diritto positivo; l'inserirsi delle nozioni kantiane nel concreto operare di alcuni giuristi rivolti in quella direzione, come Kohlschütter, Seidensticker, Thibaut, Gros, Feuerbach, Hufeland, i quali giungono a concepire la 'forma' della scienza come quell'elemento mediante il quale la materia giuridica può divenire scientifica, può attingere all'unità sistematica di un tutto (75).

Al termine di un tale sviluppo si può cogliere — da questo punto di vista, con tutta chiarezza — l'ultimo, ma decisivo, passo su questa via compiuto da Savigny nel considerare la scienza giuridica non più « von ganz zufälligem wechselndem Inhalt », poichè essa ha un « mit innerer Nothwendigkeit gegebenen Stoff zu durchschauen, zu verjüngen und frisch zu erhalten » (76).

In tal modo la scienza giuridica diviene scientifica non più solo in 'astratto', come struttura della conoscenza — secondo il canone dei giuristi kantiani —, ma anche secondo la sua stessa materia; non più solamente mediante la forma sistematica, 'filosofica', che essa forniva al materiale giuridico. Ormai si dà un 'sistema del diritto', un sistema 'interno', che scaturisce dalla sua stessa materia (77). La conoscenza sistematica « ist die Erkenntnis des inneren Zusammenhangs, welcher die Theile des Rechts verbindet » (78).

Ma in questi termini si opera — e proprio con gli strumenti che il dibattito contemporaneo aveva fornito — un fondamentale muta-

---

(75) Cfr. ad es.: K. H. GROS, *Meditationes quaedam de justo Philosophiae usu in tractando jure Romano*, Erlangen, 1796, par. IV, pgg. 7 ss.: « ut ... singulae partes necessarium se habere debeant nexum, si quidem complexus singularium partium nomen scientiae sibi vendicare velit. Necessitas illa nexus, qui inter singulas partes intercedit, cognitionem efficit *systematicam*, cui opposita est *rhapsodica* ... ». Cfr. inoltre K. S. ZACHARIÄ, *Grundlinien einer wissenschaftlichen juristischen Encyclopädie*, Leipzig, 1795, pg. 6.

(76) F. C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, pg. 6; cfr. ID., *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, I, 1815, pg. 6.

(77) Cfr. le penetranti osservazioni di M. FIORAVANTI (*Savigny e la scienza del diritto pubblico nel XIX sec.*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9, 1980. Su F. C. di Savigny, cit., pgg. 319 e ss.) sul metodo « istituzionistico » di Savigny e della scienza giuridica tedesca che da lui prende le mosse. Il concetto di 'metodo istituzionistico' può costituire appunto una delle formulazioni atte a far uscire dall'*impasse* storiografica delle ricorrenti caratterizzazioni formalistiche della Pandettistica tedesca dell'800, anche in relazione al tema del suo, preteso, giusnaturalismo. Cfr., da ultimo, A. MAZZACANE, voce *Pandettistica*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXI, Milano, 1981, pgg. 593-597.

(78) G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Bd. I, hrsg. v. Paul Krüger, Leipzig, 1881[9], par. 33, pg. 56.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento nella rappresentazione stessa del concetto di scienza sia nei confronti della concezione dei ' kantiani ' che del modello classico-' filosofico ' di scienza, orientato all'« a priori »; la rivalutazione storicistico-evoluzionistica del diritto positivo, dell'« a posteriori », nella sua veste di interna necessità, come criterio stesso della scientificità, costituisce l'elemento determinante per un'egemonia della ' scienza ' giuridica ormai autonoma anche dal contesto di « forma-materia » della tradizione kantiana, che aveva costituito il momento giustificativo del raggiunto grado di scientificità della giurisprudenza e al quale Savigny si mostrava ancora legato nella *Methodenlehre*. Possiamo allora, sulla base di questi elementi, trarre alcune indicazioni, che sono indiretta conferma del notevole interesse problematico del volume preso in esame.

Nell'opinione dominante che i giuristi tedeschi del XIX sec., e sopratutto la Scuola Storica, abbiano fatto proprie le concezioni giusnaturalistiche del sistema e del metodo, vengono ad incontrarsi concezioni assai diverse.

Saremmo in presenza di un ' metodo giusnaturalistico '. Ma questa concezione non appare giustificata. Il cosidetto ' metodo giusnaturalistico ' non è in realtà nulla di specificatamente giusnaturalistico, ma espressione di determinate concezioni di teoria della scienza, che hanno trovato nel XVIII sec. la loro collocazione nel campo della logica (in Wolff e Kant) e rispettivamente, in quello della teoria della conoscenza (in Kant). Si potrebbe parlare — ma sempre con qualche approssimazione — di metodo razionalistico. In ogni caso questo metodo non ha sempre fatto parte dei destini del moderno diritto naturale.

Nè sembra reggere l'altra rappresentazione corrente; quella secondo la quale i giuristi dell'800 avrebbero fatto proprio il concetto di sistema giusnaturalistico. Come si accennava, invece, l'idea di sistema ha cominciato a rivestire, come criterio di scientificità, una reale efficacia e un reale significato per la giurisprudenza solo sul finire del XVIII e agli inizi del XIX sec. (79). E non sulla base di circostanze

(79) Cfr. J. SCHRÖDER, *op. cit.*, pgg. 128 ss. La Pandettistica tedesca dell'800 si pone sotto questo profilo in una linea di accentuata continuità con il mutamento semantico operato da Savigny nelle nozioni di sistema e di diritto positivo, che si manifesta in modo particolarmente evidente anche nel *System* del 1840.

La nota affermazione di Windscheid: « la legislazione si fonda in innumerevoli casi su considerazioni di carattere etico, politico, od economico, o su una combinazione di tali considerazioni, le quali, in quanto tali, non sono cosa che riguardi i giuristi » (B. WINDSCHEID, *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft*, 1884, in *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, hrsg. von P. Oertmann, Leipzig, 1904, pg. 112), per solito riportata in una forma abbreviata ed avulsa dal contesto ad avvalorare la tesi del cosiddetto ' formalismo giuridico ', è invece comprensibile solo sullo sfondo di una sostanziale riproposizione dei temi savignyani, e più in generale della Scuola Storica, alla quale l'autore si considerava a pieno titolo appartenente, pur promuovendo un riavvicinamento, adeguato ai tempi, della scienza giuridica tedesca alla legislazione come fonte del diritto. In realtà per Windscheid, come per Savigny. il diritto positivo, inteso come sistema organico di istituti giu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

casuali, ma come necessaria conseguenza, anche all'interno della stessa giurisprudenza, del mutamento dei fondamenti ' classici ' della conoscenza scientifica.

Si dovrebbe allora rimettere del tutto in discussione quell'opinione che scorge nella scienza giuridica del XIX sec. una sorta di tarda rifioritura delle metodiche giusnaturalistiche — o, per dir meglio, che coglie l'elemento giusnaturalistico quasi come un fiume carsico che sopravvive nonostante i mutamenti operati alla superficie — proprio facendo leva sul fenomeno di ' scientificizzazione ' della ' jurisprudentia '. Fenomeno ormai qualitativamente diverso dai tentativi ad esso analoghi, ma orientati in senso didattico o pratico, che lo hanno preceduto.

Ed inoltre, per quanto riguarda l'altro momento affrontato dal volume di Lipp — l' ' archeologia ' delle moderne forme di dogmatica —, si potrebbe semmai auspicare che questa ricerca ' archeologica ' possa estendersi fino a restituire non soltanto gli schemi concettuali e le forme di verbalizzazione attinenti al diritto soggettivo, al negozio giuridico, quali si ricavano dall'atteggiamento dei filosofi e di quei giuristi preoccupati di costruire il sistema del diritto ' razionale '; ma anche quali si possono reperire nella cultura giuridica ' tecnica ' anteriore all'800. Si potrà allora fare in modo che si riesca ad evitare — anche in questo più specifico campo — che il legare ad un unico filo il pensiero della cultura giuridica-tecnica dell'800 e del '900 con le concezioni dei filosofi giuristi, porti a valutazioni non completamente congruenti.

---

ridici — ' diritto regolare ' — preesiste alla norma ed anche al rapporto giuridico da regolare; ad esso debbono essere ricondotte le regole giuridiche effettivamente vigenti.

A questo diritto positivo inteso in senso forte si contrappone un diritto ' meramente ' positivo — « anomalisches Recht » —; anomalo in quanto generato da cause extragiuridiche, vigente unicamente per via autoritativa. Cfr. W. WILHELM, *Savignys überpositive Systematik*, cit., pgg. 134-135. Il secondo deve essere ricondotto nell'alveo del primo perchè la ' novità ' della legislazione possa essere controllata e, se del caso, circoscritta dalla scienza giuridica; essa ha come strumento il ' sistema ', non però concepito nel senso della logica formale — ' metalinguistico ' —, poichè non attiene propriamente ai procedimenti costruttivi, ma alla sostanza del diritto stesso: gli istituti e i principi giuridici sono *enti reali* che il giurista ' scopre '. Vedi in questo senso M. FIORAVANTI, *La scienza giuridica: la questione del metodo e la nozione del potere politico*, di imminente pubblicazione nella rivista *Il Pensiero Politico* (*Scienza e pensiero politico nella seconda metà dell'800*, Atti del Convegno, Pisa, 25-26-27 settembre 1981). La ' dottrina generale ' è così in grado da un lato di liberare il giurista dall'asservimento alla norma, e quindi alla decisione politica, dall'altro di eliminare l'indebita intromissione di principi ed elementi filosofici. Sotto entrambi gli aspetti, siano dinnanzi ad una sostanziale diversità funzionale del concetto di dottrina generale rispetto all'epoca ' giusnaturalistica '.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

RICCARDO FAUCCI

DUE LIBRI SULLA CULTURA ECONOMICA IN ITALIA NELL'ETÀ DEL «SOCIALISMO DELLA CATTEDRA»

I due recenti studi di Roberto Salvo su Vito Cusumano, e di Luciano Spoto su Giuseppe Ricca-Salerno [1] si prestano bene a una lettura contestuale. Essi trattano di due economisti siciliani, fioriti entrambi nell'ultimo quarto del secolo scorso, nutriti di cultura economica tedesca, e rapidamente caduti nell'oblio (specie il primo) dopo la morte, che per entrambi sopraggiunse in età non avanzata, quasi a simboleggiare la brevità della parabola del «germanismo economico in Italia».

Cominciamo dal più anziano dei due, Vito Cusumano (1843 — data che peraltro non compare nella biografia del Salvo — 1908) [2]. Il titolo del libro fa riferimento a un passaggio dal liberismo al socialismo della cattedra che però non è suffragato dalla vicenda intellettuale di questo economista. In effetti, il giovane di Partanna (Palermo) risulta subito attratto nell'orbita dell'economista germanofilo di Pavia Luigi Cossa, presso la cui fiorente scuola andrà a perfezionarsi dopo la laurea, nel biennio 1868-71. Sarà proprio Cossa, unitamente all'altro economista «lombardo-veneto» Fedele Lampertico, a indirizzare Cusu-

---

[1] R. SALVO, *Vito Cusumano dal liberismo al socialismo della cattedra*, Quaderno dell'Istituto di storia dell'Università di Palermo annesso alla Facoltà di Magistero, Palermo, 1979, pp. 242, s.i.p.; L. SPOTO, *Economisti e questione agraria in Sicilia (1860-95)*, Quaderni degli Annali della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Palermo, n. 7, Vittorietti, Palermo, 1980, pp. 146, L. 6.000.

[2] Annotiamo qualche piccola inesattezza o lacuna nell'informazione. Antonio Scialoja non fu successore di Ferrara alla cattedra di economia di Torino, come afferma Salvo a p. 85, ma suo predecessore. Inoltre, il brano cit. a p. 78 è tratto dai suoi *Principii di economia sociale* (non *politica*). L'anonimo «redattore» degli articoli dell'«Economista» (p. 141) sul Congresso di Milano (1875) è lo stesso Ferrara. Cfr. *Opere complete*, vol. VIII a c. di R. Faucci, Roma 1976. L'«anziano e inoffensivo» Cesare Correnti (p. 148), chiamato a presiedere la classe di «Statistica, economia e scienza politica» del XII congresso degli scienziati italianai (Palermo, 1875) era un sessantenne con ancora tredici anni di vita davanti, ma soprattutto era il vicedirettore della statistica nazionale, oltre che vice presidente della società geografica italiana. Cfr. T. MASSARANI, *Cesare Correnti nella vita e nelle opere*, Firenze, 1907.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mano a Berlino, presso il *leader* dei socialisti della cattedra tedeschi Adolph Wgner, dove Cusumano passerà un biennio decisivo per la sua formazione (1871-73).

Quando parte per la Germania, Cusumano si è già cimentato in ricerche di storia del pensiero economico, pubblicando un saggio su *L'antica scuola italiana di economia politica* (1868), e uno su *Diomede Caraffa, economista italiano del secolo XV*, uscito sull'« Archivio giuridico » del Serafini nel 1871. A questi lavori va ora aggiunto l'inedito *Studi sulle idee economiche dei politici italiani dal secolo XII al secolo XVI* (1870), di cui il Salvo pubblica in appendice un estratto riguardante Giovanni Botero (pp. 181-216).

In questi studi risulta evidente l'influenza dei due maestri Cossa e Lampertico, tesa ad esaltare il « primato » o, per lo meno, l'originalità del contributo italiano alla scienza economica (per cui Antonio Serra diventa il fondatore dell'economia politica, Sallustio Bandini l'anticipatore dei fisiocratici, ecc.). Contro questa tendenza interpretativa combattè, come è ben noto, Francesco Ferrara ([3]), la cui selezione di opere economiche ospitate nelle due serie della « Biblioteca dell'economista » privilegiava la tradizione di pensiero francese e anglosassone a scapito di quella italiana e soprattutto di quella tedesca, ostentatamente ignorata ([4]).

Convinto fautore dell'« italianità della scienza economica » (per riprendere una locuzione di Lampertico maliziosamente manipolata da Ferrara) ([5]), Cusumano non dovette trovarsi poi troppo a disagio in un ambiente come quello berlinese, dove — allo stesso modo che in Italia — si negava la validità universale delle « leggi » economiche, si identificava l'economia politica con la politica sociale, e si cancellavano i confini fra ricerca economica e ricerca storica.

Frutto di quel periodo furono i vari resoconti sui congressi degli economisti tedeschi, sfocianti nella costituzione del *Verein für Sozialpolitik*; ma soprattutto il libro *Le scuole economiche in Germania in rapporto alla quistione sociale* il quale, preceduto da articoli sull'« Archivio giuridico », doveva per qualche tempo porre il Cusumano al centro del *Methodenstreit* fra liberisti e « vincolisti » in Italia.

Al suo apparire, il libro sembrò il frutto di una adesione scarsamente critica a tutto quanto andava discutendosi fra gli economisti

---

([3]) Cfr. la sua Prefazione a *Trattati italiani del secolo XVIII*, « Biblioteca dell'economista », serie I, vol. III, Torino 1852, rist. in *Opere complete*, a c. di B. Rossi Ragazzi, vol. II, Roma 1955.

([4]) Cfr. la giustificazione addotta dallo stesso Ferrara in *Il germanismo economico in Italia*, « Nuova antologia », agosto 1874, rist. in *Opere complete*, a c. di F. Caffè, vol. X, Roma 1972, spec. pp. 555-56.

([5]) Cfr. F. LAMPERTICO, *Della italianità nella scienza economica*, « Giornale degli economisti », sett. 1875; F. FERRARA, *L'italianità della scienza economica*, « L'economista », ott.-nov. 1875, rist. in *Opere complete*, vol. VIII, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tedeschi: un'opera, insomma, peccante di estremismo giovanile. Anche i « lombardo-veneti » sentirono il bisogno di prendere le distanze da quella che sembrava loro l'espressione di « una tendenza autoritaria, semisocialistica, adoratrice di certi professori germanici » (6). Di qui un certo isolamento del Cusumano perfino all'interno del gruppo antiferrariano, isolamento che ne spiega probabilmente la faticosa carriera accademica (per molti anni insegnò all'istituto tecnico di Palermo, ottenendo l'ordinariato in scienza delle finanze soltanto nel 1893) (7).

Merito del Salvo è di averci dato una intelligente lettura degli scritti « germanistici » del Cusumano, accompagnandola con ampi riferimenti al carteggio inedito con il Lampertico. Il quadro della cultura economica (e giuspubblicistica) tedesca tracciato dal Cusumano risulta quindi molto più articolato di quanto non sembrasse ai suoi contemporanei. Se mai, anzi, il libro sovrabbonda di distinzione fra i vari tipi di « socialismo »: da quello conservatore e reazionario a quello « cattedratico », cui il Cusumano aderisce, a quello rivoluzionario. Quest'ultimo richiama, fra i primi in Italia, l'interesse di Cusumano. Parlando di Marx, e precisamente di *Zur Kritik* e del *Kapital*, egli lamenta che « anche in Italia vi *siano* degli eminenti economisti che parlano ancora della *Città del sole* di Campanella, dell'*Utopia* di Moro, dell'*Oceania* [*sic*] di Harrington allorchè intendono fare la confutazione delle idee socialiste! » (8). Questi accenni all'importanza del pensiero teorico di Marx rimangono però alquanto generici; un po' sul tipo di quelli, d'altronde ben diversamente allarmati, che Francesco Ferrara levava, dalla « Nuova Antologia », circa le insidie della « rude Sirena » marxiana (9). Per una prima analisi in Italia della teoria economica di Marx bisognerà attendere Achille Loria (10).

---

(6) Cfr. F. FERRARA, *Lettera al sig. Eugenio Forti*, « L'economista », ott. 1874, rist. in *Opere complete*, vol. VIII, p. 196. Le espressioni fra virgolette sono tratte dalla recensione scritta dallo stesso Forti sulla sua « Rassegna di agricoltura, industria e commercio » nel settembre 1874. La « Rassegna » si trasformò l'anno seguente in « Giornale degli economisti ». È da rilevare tuttavia che Ferrara stimava scientificamente Cusumano, come risulta da questo brano di lettera a Francesco Protonotari, direttore della « Nuova antologia »:

« Il suo scritto è diventato il vangelo de' germanisti ... Io lo batto da tutti i punti; ma voglio che, al tempo medesimo, il lettore conosca che attacco la sua scuola, ma apprezzo il suo talento. D'altronde, a noi importa tentare di ricondurre a noi questo giovine che, se si strappa alla consorteria, ci può essere di ajuto » (lett. del 23 luglio 1874, in Biblioteca nazionale centrale di Firenze, *Vari*, 13.165). Questo documento non è conosciuto dal Salvo.

(7) Una curiosità: Cusumano presiedette la commissione che mise in cattedra Luigi Einaudi, nel 1902. Cfr. Boll. uff. del Min. P.I., XXIX, vol. II, n. 50, 11 dic. 1902.

(8) V. CUSUMANO, *Le scuole economiche della Germania in rapporto alla quistione sociale*, Napoli, 1875, p. 45. Brano non citato dal Salvo.

(9) Cfr. F. FERRARA, *Il germanismo*, cit., in *Opere complete*, vol. X, cit., p. 557.

(10) Mi permetto di rinviare al mio *Revisione del marxismo e teoria economica*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'indagine del Salvo si ferma alla fine degli anni Settanta, che furono quelli di maggiore operosità scientifica dell'economista siciliano. Nel trentennio successivo, infatti, oltre a brevi studi di storia del pensiero economico e a memorie giudiziarie (evidentemente frutto della professione forense), pubblicò soltanto l'impegnativa *Storia dei banchi della Sicilia* (1887-1892), recentemente ristampata.

È solo dal libro dello Spoto che si apprende come il Cusumano si avvicinasse in quegli anni al nascente movimento socialista, insieme ad altri esponenti del socialismo della cattedra, come Raffaele Schiattarella e Giuseppe Salvioli (cfr. p. 20 n.). Durante la polemica con i ferrariani, Cusumano si proclama ancora liberale; la sua visione del processo economico risulta non dissimile da quella di Luzzatti, l'« apostolo della cooperazione » (in appendice, Salvo pubblica il testo inedito di un discorso sulla « democratizzazione del credito », con un riferimento all'« instancabile Luigi Luzzatti »: p. 217).

Più complessa certo la personalità scientifica di Giuseppe Ricca-Salerno (1849-1912), anch'egli un provinciale (di S. Fratello presso Messina) trasmigrato a Nord, da Cossa (1875), e poi canonicamente da Wagner. La sua carriera universitaria fu più rapida e brillante: incarico di scienza delle finanze a Pavia nel 1877, cattedra di economia politica a Modena nel 1880, trasferimento a Palermo nel 1891. Fu inoltre accademico dei Lincei.

Anche Ricca-Salerno fu prevalentemente uno storico del pensiero economico, anzi — secondo l'insegnamento del Cossa e dei tedeschi — uno storico « delle dottrine ... e delle condizioni di fatto », come suona il sottotitolo della sua opera più ricordata, la *Storia delle dottrine finanziarie in Italia* (I ed. 1881; II ed. rifatta, Palermo 1896). Ma non è sul suo contributo alla storiografia della scienza economica e finanziaria che lo Spoto si sofferma nel suo volume. In modo molto persuasivo e stimolante, Spoto mette in luce la tensione politica che sottende due studi storici da lui pubblicati all'indomani della repressione dei Fasci siciliani, e riguardanti le condizioni dell'agricoltura siciliana nel corso degli ultimi cento anni.

I due studi sono *Paolo Balsamo e la quistione agraria in Sicilia* (« Nuova antologia », febbraio 1895) e *Niccolò Palmeri e la quistione agraria in Sicilia* (« Riforma sociale », 1895, vol. IV). Come è noto, Balsamo scrisse nel 1792 (quindi cent'anni esatti prima del movimento dei Fasci) una memoria sullo *Stato dell'agricoltura in Sicilia* per incarico del vicerè principe di Caramanico; Palmeri scrisse nel 1825 un *Saggio sulle cause e i rimedi delle angustie attuali dell'economia agraria in Sicilia*.

---

della proprietà in Italia, 1880-1900: Achille Loria (e gli altri), in questi « Quaderni », 1976-77, spec. p. 594 n., dove è richiamata la corrispondenza fra Cusumano e Loria. Il Salvo non mostra di conoscere né l'uno né l'altra.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ora, la rilettura di questi autori da parte di Ricca-Salerno tende a evidenziare, come nota Spoto, tanto la sostanziale immobilità dell'agricoltura siciliana durante il XIX secolo, quanto la validità della diagnosi e della terapia date dai due antichi studiosi. La diagnosi individua nella *struttura* (e non nella *congiuntura*) i mali dell'agricoltura siciliana; la terapia consiste in una serie di interventi articolati, e operanti tanto sulla durata dei contratti agrari, quanto sulla dimensione delle aziende.

Ricca-Salerno era stato assiduo collaboratore della « Rassegna settimanale » di Sonnino e Franchetti (1878-1882); e non c'è dubbio che la lezione sonniniana, che respingeva ogni spiegazione imperniata sulla concorrenza granaria americana come unica causa della crisi agraria meridionale, gli è ben presente. Spoto non dice se nel fondo Ricca-Salerno esista un carteggio con il grande statista e intellettuale toscano. È interessante constatare, tuttavia, che Ricca-Salerno traduce in termini democratici e « di sinistra » gran parte di quella lezione, ventilando ricardianamente una alleanza fra proletariato agrario e piccola imprenditorialità capitalistica contro la grande proprietà assenteista e la sua *longa manus*, la classe dei gabelloti caratteristica della struttura sociale del latifondo.

L'ultima parte del libro, leggermente meno compatta, si sofferma sul dibattito del tempo circa le radici economico-sociali del movimento dei Fasci siciliani. Forse Spoto si lascia prendere un po' la mano dalla sua lettura di Ricca-Salerno in chiave marxisteggiante (sulla scorta di Loria, che in un necrologio sull'« Economic Journal » lo aveva inserito senz'altro fra i revisori edonistici del marxismo, accanto a Labriola, Leone e Tugan-Baranowski: cfr. Spoto, p. 28). D'altra parte, la cultura economica siciliana nel ventennio a cavallo fra i due secoli è imbevuta di positivismo democratico e, attraverso questo, di marxismo. Si pensi alla collana di Sandron in cui Croce pubblicò il suo *Materialismo storico*. Finora, questi aspetti di storia intellettuale erano stati affrontati da studiosi di storia politica (Ganci, Manacorda, Giarrizzo, ecc.). Con questo libro di Spoto — che nel programma dell'autore vuol essere un primo passo per una indagine complessiva sugli economisti sicilianai dopo l'Unità — anche gli storici del pensiero economico si sono incamminati per una strada che può riservare interessanti sorprese.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BENJAMIN GONZALEZ ALONSO

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

(A propósito de Francisco TOMAS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1979, 629 pp.).

El Plan de Estudios actualmente en vigor en la mayoría de las Facultades españolas de Derecho data de 1953. Concede a la Historia del Derecho un lugar modesto. No obstante, justo es reconocer que a lo largo del último cuarto de siglo la Historia jurídica ha progresado en España considerablemente en todos los aspectos. A fines de la década de los cincuenta la situación distaba de ser floreciente. Agotadas tanto las inconclusas *Lecciones* de Torres López como las primeras exposiciones de conjunto de García-Gallo, el único libro accesible en realidad a los estudiantes era el *Curso de Historia del Derecho* de Galo Sánchez, en circulación desde 1926 y de contenido limitado a la Historia de las fuentes (1). En otro orden de cosas, el volumen de la producción monográfica era reducido, y casi nulo el interés por los problemas conceptuales y metodológicos de la Historia del Derecho. La orientación «institucional» que, perfilada por García-Gallo en *Historia, Derecho e Historia del Derecho* (2), apuntaba por entonces, no había plasmado todavía en obras que permitiesen calibrar su alcance. A pesar de la indudable calidad del *Curso* de Galo Sánchez, de la intención renovadora de las reflexiones de García-Gallo, del esfuerzo meritorio y silencioso de quienes, en menguado número, cultivaban entonces con rigor y profesionalidad la Historia jurídica, aquellos años, contemplados con el desapasionamiento y perspectiva que proporciona el paso del tiempo, exhalan cierta atonía. Con otras palabras: la Historia del Derecho era en España una ciencia opaca, mortecina, de escaso vigor.

No es poco lo que se ha avanzado desde entonces. La investigación monográfica y la atención hacia las cuestiones de índole teórica y metodológica se han incrementado notablemente. Sobre todo — como

(1) Se acaba de reimprimir (Valladolid, 1980) su décima edición, que apareció en 1972 supervisada por J.A. Rubio Sacristán.

(2) En «Anuario de Historia del Derecho español» (AHDE), 23 (1953).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

no podía ser menos —, han proliferado los manuales y obras generales. Al filo de los sesenta apareció el *Manual* de García-Gallo (3). Más tarde la *Historia* de Gibert (4), los *Apuntes* de Font Ríus (5), el *Curso de Historia de las instituciones* de García de Valdeavellano (6). Poco después publicaba Lalinde *Iniciación histórica al Derecho español* y *Derecho histórico español* (7). Luego vio la luz el *Curso* de Pérez-Prendes (8). En fecha más cercana se han editado los *Temas de Historia del Derecho* de Alejandre, Gacto y Clavero (9).

El panorama, sin duda más satisfactorio hoy que hace dos décadas, se ha diversificado, como lo demuestra la multiplicación de opiniones y formas de concebir la Historia del Derecho. En este contexto, la reciente aparición del *Manual* de Francisco Tomás y Valiente constituye un nuevo testimonio de la esperanzadora vitalidad, riqueza y variedad crecientes que, según acabo de indicar, caracteriza a la actual producción histórico-jurídica española.

Han precedido al *Manual* largos años de intensa dedicación de su autor a la enseñanza e investigación de la Historia del Derecho, que han fraguado en numerosas publicaciones monográficas sobre diversos aspectos e instituciones de la historia jurídica española. Hasta ahora Valiente ha cultivado preferentemente tres campos de investigación. El primero, el de la historia del Derecho procesal, en el que destacan, entre otros, los estudios contenidos en su libro sobre *La tortura judicial en España* (Barcelona, 1975). En segundo lugar, la historia del Derecho penal, sector al que pertenece, amén de otros trabajos, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta* (Madrid, 1969). En tercer lugar, la historia de las instituciones políticas y administrativas, analizada en abundantes artículos y en libros como *Los Validos en la Monarquía española del siglo XVII* (Madrid, 1963). Todo ello sin olvidar la historia del Derecho privado (*La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes*, en AHDE, 36, 1966); el Derecho indiano (*La venta de oficios en Indias*, Madrid, 1973); la historia de la ciencia del Derecho (*Castillo de Bovadilla*, en AHDE, 45, 1975); o las transformaciones jurídicas de la España liberal (*El marco político de la desa-*

(3) *Manual de Historia del Derecho español* (8ª ed., Madrid, 1979). La primera edición se publicó en fascículos entre 1959 y 1962.

(4) *Historia general del Derecho español* (Granada, 1968. Hay ediciones posteriores).

(5) *Apuntes de Historia del Derecho español* (Barcelona, 1969).

(6) Madrid, 1968 (hay ediciones posteriores).

(7) Barcelona, 1970 (2ª ed. Barcelona, 1978) y 1974, respectivamente.

(8) *Curso de Historia del Derecho español* (Madrid, 1973; 2ª ed., 1978).

(9) J.A. ALEJANDRE, *Derecho primitivo y romanización jurídica* (Sevilla, 1977; 2ª ed., 1979); E. GACTO, *Derecho medieval* (Sevilla, 1977); B. CLAVERO, *Derecho común* (Sevilla, 1977; 2ª ed., 1979); B. CLAVERO, *Derecho de los Reinos* (Sevilla, 1977); J.A. ALEJANDRE, *Derecho del Constitucionalismo y la Codificación. I* (Sevilla, 1978); E. GACTO, *Derecho del Constitucionalismo y la Codificación. II* (Sevilla, 1979).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mortización en España, Barcelona, 1971). El *Manual* es, por tanto, la obra de un historiador del Derecho en plena madurez, curtido en la investigación y con dilatada experiencia profesoral.

El libro de Valiente denota una fuerte preocupación docente. Estamos ante un verdadero manual, centrado en la exposición de las grandes líneas y aspectos primordiales de la evolución histórica del Derecho español. A diferencia de los cursos universitarios que se entregan a la imprenta carentes de ulterior reelaboración, el *Manual* ha sido cuidadosamente proyectado, meditado y escrito. Ha surgido y madurado al calor de las aulas, pero de espaldas al pragmatismo escolar y con voluntad de rigor. De ahí que, aparte de su innegable utilidad para los estudiantes que inician la licenciatura, resulte también extraordinariamente interesante para los especialistas, que al hilo de la lectura encuentran ocasión tanto de valorar la concepción de la Hitoria del Derecho defendida por el autor, como de confrontarla con la personal visión del desenvolvimiento histórico del Derecho español que Valiente expone. Porque cuando alguien se coloca en la tesitura de fundamentar sus opciones conceptuales y metodológicas en el campo del saber que cultiva, las dificultades que debe resolver no se agotan en la necesidad de articular y tornar explícitas las ideas que componen su bagage intelectual. Es preciso, desde luego, sacar a la superficie, reajustar y racionalizar mínimamente el conjunto de influencias, tradiciones heredadas, hallazgos y experiencias que, a menudo de manera intuitiva, circulan por la mente. Pero no basta con eso. Acto seguido hay que someter a prueba la construcción que se ha elaborado; aplicarla y verificar su virtualidad (si es que resiste el contacto con la práctica científica y no se desvanece al primer intento). La importancia de las posiciones teóricas reside, naturalmente, en su consistencia interna, mas también en la capacidad que demuestren para la aplicación coherente de los principios que postulan. Conviene recordarlo, pues con cierta frecuencia el lector es víctima de fraudes monumentales, provenientes de la abismal distancia que (dentro de un mismo libro) media entre las premisas teóricas iniciales — formuladas en ocasiones con engañosa brillantez, alarde de erudición y pretensiones de originalidad — y su ulterior falta de desarrollo.

Valiente había expuesto las bases de su concepción en *Historia del Derecho e Historia* [10]. Las sintetiza ahora en el capítulo preliminar del *Manual*. De los puntos tratados en dicho capítulo hay dos que me parecen particularmente significativos y dignos de comentario: los que versan sobre el Derecho y sobre la inclusión de la Historia del Derecho entre las ciencias históricas.

«El concepto que cada historiador del Derecho ha tenido y tiene acerca de la Historia del Derecho — escribió Valiente años atrás —

---

[10] En *Once ensayos sobre la Historia* (Madrid, 1976).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ha dependido y depende en primer término (aunque no siempre se reconozca así) de su proprio concepto del Derecho » (11). Nada tiene, pues, de extraño que sus reflexiones acerca de la Historia del Derecho arranquen en el *Manual* de la fijación de un concepto « instrumental y provisional » del Derecho. Es bien sabido que a este respecto la doctrina oscila entre dos extremos. De una parte, amplios sectores de la ciencia jurídica permanecen fieles a una visión normativista del Derecho, de la que de ordinario derivan dos corolarios de la maxima importancia: el formalismo metodológico y la creencia en la autonomía del ordenamiento jurídico frente a las restantes parcelas del entramado social. Es la línea de pensamiento propia — entre otras variantes — del positivismo conceptualista, típica de los pandectistas y llevada por Kelsen a sus últimas consecuencias. De otra parte, a medida que la realidad social, pródiga en conflictos y sometida a un ritmo muy vivo de cambio, resquebrajó el mito de la « paz burguesa » y de la neutralidad de los juristas, obligando a éstos a abandonar su « esplendoroso aislamiento » (12), comenzó una reacción que no ha cesado de ganar terreno. Juristas de muy diversa formación y talante suscriben las atinadas observaciones de Romano en el sentido de que « cuando se habla, por ejemplo, del Derecho italiano o del Derecho francés, no es verdad que se piense sólo en una serie de reglas... En lo que se piensa por los juristas, y más aún por los profanos..., es en algo más dinámico y vital » (13). La misma idea expresó Calasso al escribir que las normas « non esauriscono tutta la realtà del fenomeno giuridico » (14). Ahora bien, al igual que el formalismo y la tesis de la autonomía del Derecho son secuelas del normativismo, la resuelta negativa a aceptar la identificación del Derecho con las normas conduce fácilmente al antiformalismo y a despojar al Derecho de su pregonada autosuficiencia. Traigamos a la memoria las punzantes frases, tan citadas, que preceden al texto de la principal obra de Ehrlich (15), o la desenfadada conclusión de Friedmann: « la autonomía del Derecho es una ilusión » (16). En medio de la irritación y enérgicas descalificaciones que en determinados ambientes provoca el postulado de la heteronomía jurídica, produce cierta complacencia invocar la opinión de Savigny, quien ya advirtió que « el Derecho no tiene existencia por sí » (17).

(11) *Ibid.*, p. 171.

(12) La expresión es de N. Bobbio, « Derecho y ciencias sociales », en *Contribución a la teoria del Derecho* (Valencia, 1980), p. 225.

(13) S. Romano, *El ordenamiento juridico* (Madrid, 1963), p. 99.

(14) F. Calasso, *Medio evo del diritto* (Milano, 1954), p. 26.

(15) E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (ed. italiana bajo el título *I fondamenti della Sociologia del diritto*, a cura de A. Febbrajo, Milano, 1976).

(16) W. Friedmann, *Legal theory*. Cito por la ed. francesa (*Théorie générale du Droit*, Paris, 1965), p. 27.

(17) *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho* (ed. Madrid, 1970, trad. de la ed. alemana de J. Stern), p. 70.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

¿Dónde encaja la noción del Derecho forjada por Valiente? ¿A qué modelo responde? Al segundo, inequívocamente y sin vacilaciones. El Derecho, nos dirá, «está constituido por lo normativo y lo técnico, pero la realidad jurídica no se agota en la norma y en la técnica, del mismo modo que la realidad del átomo no se agota en su núcleo» [18]. Por otra parte, abundan a lo largo del *Manual* las críticas al formalismo, a los esquemas abstractos, calificados de «fantasmas» [19]. Por último, no tiene Valiente reparo en admitir que «el Derecho no se explica a sí mismo, no da de sí razón suficiente» [20]; que posee, en fin, «escasa autonomía» [21]. ¿Simples declaraciones de principios? No exactamente, porque se aprecia en el *Manual* un esfuerzo continuado por delimitar las coordenadas extranormativas entre las que el Derecho se mueve; por precisar las conexiones del ordenamiento jurídico con la realidad social en el más amplio sentido. Sin desdeñar la influencia de otros factores, pone Valiente especial empeño en concretar las sucesivas manifestaciones de la relación Derecho-Poder, clave que maneja permanentemente al exponer el desenvolvimiento histórico de nuestro Derecho.

Nadie ignora, empero, que si la creencia en la autonomía del Derecho y las actitudes formalistas suelen conducir al alejamiento de la realidad y al disparatado intento de convertir al Derecho en un fin en si mismo, tampoco la posición contraria está exenta de peligros. Comporta, ante todo, el riesgo de disolución de lo jurídico en generalizaciones infecundas y consideraciones banales [22]. Tan evidente es para mi la intimidad de las vinculaciones del Derecho con los restantes factores sociales, como imperiosa la necesidad de que el jurista analice tales vínculos y los explicite en cada caso. Pero ello no sólo no entraña el menosprecio o trivialización de los mecanismos específicamente jurídicos, sino que ni siquiera puede hacerse sin conocer profundamente la estructura, resortes y normas del ordenamiento jurídico. Para evitar la difuminación de lo jurídico y conjurar sus indeseables consecuencias, es menester plantear las cuestiones desde el interior del Derecho, respetar el marco del ordenamiento en tanto no se hayan agotado manifiestamente las posibilidades de clarificación que encierra. Como el Derecho no es autosuficiente, llegará un momento en que el punto de vista jurídico, apurado hasta el límite, empezará a resultar inoperante, incapaz de perforar el fondo; es entonces cuando la legitimidad científica del recurso a otros criterios explicativos externos al Derecho no ofrece la menor duda.

---

[18] *Manual*, p. 27.
[19] *Ibid.*, p. 31.
[20] *Ibid.*, p. 27.
[21] *Ibid.*, p. 34.
[22] Valiente es plenamente consciente de ese peligro (cf. *Manual*, p. 27 *in fine*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

En una exposición general de las etapas del desarrollo histórico del Derecho español que no entra, por tanto, en el examen particularizado de las instituciones, una de las formas de conciliar la afirmación de que el Derecho no es sólo norma con el imperativo de dispensar a los aspectos jurídicos primordiales un tratamiento exigente consiste en atender con exquisito cuidado el decurso de lo que ahora llamamos, a falta de mejor denominación, « ciencia jurídica ». A veces se cae en el error de pensar que el tejido normativo es el *prius* y la técnica jurídica el *posterius*. Nada más falso; no hay norma sin técnica previa, indispensable en la elaboración de aquélla. Por eso, el proceso de creación del Derecho no se comprende si se prescinde del conjunto de reglas y actitudes mentales de los juristas. De ahí mi aprecio por los capítulos del *Manual* que exponen los presupuestos y el despliegue histórico de la ciencia del Derecho. Observo que Valiente presta mayor atención a los juristas del *ius commune*; el tratamiento de la corriente racionalista es menos pormenorizado, y el de las tendencias decimonónicas se acomete desde otra perspectiva y con intención meramente informativa. Acaso el estado de la investigación no permita actuar de otro modo. Los juristas situados en la órbita del Derecho común merecen además ser destacados. Me pregunto, sin embargo, si al atribuirles (expresa o tácitamente) la condición de creadores de la ciencia jurídica no se estará cediendo a la sugestión de un tópico abusivo, susceptible de revisión. La formulación de las normas jurídicas implica siempre — con independencia de la tosquedad o perfección con que se realice — una serie de operaciones intelectuales, y presupone en sus autores la posesión de ciertos conocimientos jurídicos, por mínimos que sean. En medio de una población mayoritariamente analfabeta, los redactores de privilegios y disposiciones reales, los compiladores de costumbres, los foristas ¿no eran, a su manera, juristas, aunque poco tuviese que ver su trabajo con la labor especializada y más depurada de las escuelas que luego renacieron en Europa? Los foristas fueron depositarios de la técnica jurídica de su época, todo lo imperfecta que se quiera, pero que no por ello dejaba de requerir un grado de saber muy superior al de las gentes comunes. Cosa distinta es que lo ignoremos todo sobre esas personas anónimas y un tanto huidizas que modelaron el Derecho altomedieval; un Derecho, quizá, menos espontáneo y asequible al vulgo de lo que con frecuencia imaginamos [23].

---

[23] En análogo sentido escribe J. LALINDE: « El Derecho, quizá en todo momento, es patrimonio de grupos profesionales, de naturaleza religiosa primero, como los magos o los sacerdotes, y laicos, después, como los juristas. La visión de sistemas consuetudinarios puros supone una idealización no aceptable, de forma que lo que significa un sistema consuetudinario no es que la fuente del Derecho sea la costumbre lisa y llanamente, sino que los juristas se ven obligados a atender esa costumbre en la elaboración de sus doctrinas, que, a la postre, son las que verdaderamente se imponen en la práctica » (*Notas sobre el papel*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si nos desplazamos al período de decadencia del *mos italicus* y nos adentramos en los siglos XVIII y XIX, el conocimiento de las etapas hasta ahora postreras de la ciencia jurídica española vuelve a flaquear. España tuvo su codificación, pero resta describir las fases intermedias del proceso en virtud del cual nuestros juristas se adueñaron del caudal técnico y teórico que permitió tanto elaborar los códigos como aplicarlos. El historiador del Derecho atraido por la evolución de la ciencia jurídica no debe limitarse a formar la nómina de los principales cultivadores de cada rama jurídica, abandonando en otras manos — ¿las del filósofo del Derecho? — el examen de las corrientes de pensamiento y de los postulados conceptuales y metódicos que nutrieron a la doctrina del Ochocientos.

Tras exponer su concepto del Derecho, manifiesta Valiente su posición sobre el estatuto científico de la Historia del Derecho, cuestión debatida en las últimas décadas y cuyo interés — coincido con él — no es meramente académico, pues conlleva, como veremos, inevitables consecuencias de orden metodológico. Reiterando las conclusiones a que había llegado en el artículo antes citado, vuelve a expresar Valiente ahora la convicción de que « la Historia del Derecho es una especialidad de la Historia » ([24]).

Si es cierto que, como señalara Weber, lo que individualiza un campo científico no es la relación de contiguidad entre cosas, sino la relación conceptual entre problemas; dicho de otro modo, si la presunta entidad *a se* de un objeto dado a priori y desde fuera no es decisiva, y lo que en verdad importa es el punto de vista que proyectamos sobre tal objeto y del cual nos servimos para configurarlo mentalmente, entonces la Historia del Derecho es, en efecto, Historia. Historia o nada, porque la existencia de la Historia del Derecho está radicalmente subordinada a la consideración vertical del Derecho; a su análisis en y a través del tiempo.

Creo, sin embargo, que cabe plantear el tema en términos más amplios. Es de lamentar que la polémica a que hemos asistido durante años quedara reducida desde el principio a dirimir si la Historia del Derecho forma parte de la ciencia histórica o de la ciencia jurídica, con lo cual, dicho sea de paso, se ha sobreentendido — como el propio Valiente se encargó de poner de relieve ([25]) — el insalvable antagonismo entre ambas ramas del saber ([26]). La discusión ha girado casi enteramente en torno a esa disyuntiva; se ha desperdiciado la opor-

---

de las fuerzas politicas y sociales en el desorrollo de los sistemas iushistóricos españoles, en AHDE, 48, 1978, p. 255).

([24]) *Manual*, p. 27.

([25]) Cf. *Historia del Derecho e Historia*, p. 165.

([26]) Rehuye el dilema Lalinde, para el cual la Historia del Derecho « participa a la vez de la condición de ciencia histórica y de ciencia jurídica » (*Iniciación*, p. 2).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tunidad de reflexionar sobre otros aspectos conexos cuya consideración habría enriquecido notablemente el debate.

Así, no se ha destacado lo suficiente el hecho de que, con independencia del régimen científico que prefiramos asignarle, la Historia del Derecho ha estado, está (y presumo que seguirá estando) simultáneamente sometida a la influencia de la ciencia jurídica y de la ciencia histórica. La trayectoria de la Historia del Derecho lo demuestra hasta la saciedad ¿De dónde deriva esa situación?; ¿a qué se debe la escasa capacidad de desarrollo inmanente de nuestra disciplina?; ¿cómo explicar la elevada receptividad de la producción histórico-jurídica a los nuevos enfoques y aportaciones de la ciencia jurídica y de la ciencia histórica? Porque, invariablemente, los progresos de la Historia del Derecho han venido inducidos por los cambios operados antes en el seno de la ciencia histórica o de la ciencia jurídica. Ello ha creado graves tensiones, pero ha estimulado la periódica renovación de la Historia del Derecho. Como quiera que sea, se esconden ahí cuestiones dignas de meditación.

Por otro lado, con demasiada frecuencia se da por supuesto que la ciencia jurídica por excelencia es la denominada « ciencia del Derecho » ¿No valdría la pena replantear esa idea desde el ángulo de la Historia del Derecho, indagando de paso las diferencias de orientación, finalidad, tratamiento del Derecho, que separan a ésta de la ciencia del Derecho, sin merma de su carácter científico? En tercer lugar, se parte a menudo de la base de que tanto la ciencia del Derecho como la ciencia histórica son unitarias, pero la verdad es que coexisten nociones divergentes del Derecho y de la Historia; imágenes contradictorias de una y otra ciencia; métodos plurales en cada una de ellas. Y así sucesivamente. Resulta de todo punto evidente que el capítulo preliminar de un manual no constituye la sede apropiada para tratar *in extenso* tales cuestiones, que tampoco voy a desarrollar por mi parte en esta ocasión, pero no es menos claro, en cualquier caso, que el tema de la adscripción de la Historia del Derecho a la ciencia histórica o a la ciencia jurídica, simple sólo en apariencia, presenta en el fondo numerosos repliegues e implicaciones.

La concepción del Derecho a que brevemente me he referido y la consideración de la Historia del Derecho como especialidad de la Historia, son los dos pilares teóricos que sustentan el *Manual*, cuyos capítulos se ajustan fielmente a ambas premisas. La mayor dificultad de la prueba a que Valiente se ha sometido (y a mi entender superado satisfactoriamente) consistía en hallar un punto de equilibrio que permitiera preservar la individualidad del Derecho y enriquecerla, al mismo tiempo, mediante el establecimiento y explicación de sus conexiones con la realidad social circundante. Tanto exponer el desenvolvimiento histórico de nuestro Derecho aislándolo del contexto social como eliminar el protagonismo del ordenamiento jurídico y difuminar

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sus perfiles en generalizaciones superficiales hubiese equivalido, por el contrario, a privar de virtualidad a las bases de partida, y a dejarlas reducidas a declaraciones retóricas.

Fijémonos, para medir ese equilibrio que preside el *Manual*, la equidistancia entre el análisis *in vitro* del Derecho y su disolución en la Historia a secas, en el criterio de periodificación adoptado por Valiente, y reparemos también en la orientación y contenido de aquellos capítulos de temática extrajurídica que preceden en el libro al estudio de las etapas más caracterizadas de la historia del Derecho español.

A primera vista la periodificación es una cuestión secundaria, de mera técnica expositiva. Posee, sin embargo, como tantas otras, connotaciones más profundas que afectan incluso a la idea que nos formemos de la naturaleza íntima del Derecho. Diferenciar fases en la evolución del Derecho supone atribuir al ordenamiento vigente en cada una de ellas cierta entidad, armonía interna y personalidad propia; dicho de otro modo, cierta sistematicidad. Desembocamos así en un tema delicado, que ha provocado innumerables malentendidos entre los historiadores del Derecho. El problema se plantea a causa de la ambigüedad del término «sistema», que empleamos, sin advertirlo, en varias acepciones ¿Qué entienden los juristas por «sistema» cuando hablan del «sistema normativo» y del «sistema jurídico»? Por elemental que parezca, no es ocioso recordar que podemos aludir a dos cosas distintas, o mejor, a dos grados diversos del mismo fenómeno (grados que, por lo general, no se especifican). Cabe referirse al sistema jurídico para destacar la relativa coherencia recíproca de las normas — o de las normas e instituciones — componentes de cualquier ordenamiento (acepción amplia). Otras veces, en cambio, al utilizar la expresión «sistema jurídico» se está pensando en el peculiar entramado lógico-formal de los conceptos y proposiciones que integran determinados ordenamientos jurídicos (acepción estricta). Las raíces racionalistas de la ciencia jurídica de los últimos siglos, el predominio del método deductivo, la agotadora insistencia con que los pandectistas se esforzaron por ahormar el Derecho, y encajarlo en moldes lógico-formales, ha conducido en ocasiones al intento de reelaborar doctrinalmente el Derecho, todo Derecho, de acuerdo con esos criterios de sistematicidad estricta, extrapolando los esquemas de la dogmática contemporánea y trasladándolos equivocadamente a ordenamientos de épocas pasadas. Desde esa perspectiva, la Historia del Derecho habría sido una sucesión de sistemas jurídicos, idea que ha despertado justificadas reacciones. Criticando esa visión, opina García-Gallo que «la presentación del desarrollo histórico del Derecho como una sucesión de sistemas... fue en realidad una concepción peculiar de la naturaleza misma de la Historia del Derecho, que nació al concebirse ésta como una rama especializada de la Historia general» ([27]). García-Gallo acierta

([27]) *Historia, Derecho e Historia del Derecho*, p. 16. Sobre la periodificación

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

en el pronóstico, aunque a través de un diagnóstico que me parece erróneo. Estoy de acuerdo en que la utilización de las categorías creadas por la dogmática actual no podía producir, y de hecho no produjo, resultados satisfactorios en Historia del Derecho, pero estimo que perdemos de vista las causas del fenómeno, y nos alejamos, por ende, de la posibilidad de evitar que se reproduzcan sus efectos, si lo interpretamos arbitrariamente como secuela de la conceptuación de la Historia del Derecho como especialidad de la Historia. La aproximación e incluso subordinación de la Historia del Derecho a la Dogmática ha derivado de la desmedida influencia sobre aquélla de determinadas corrientes de la ciencia jurídica; de la atracción incontrolada que durante mucho tiempo experimentaron los historiadores del Derecho por los modelos sistemáticos elaborados por la Pandectística; del afán de simetría y sistematicidad a ultranza patrimonio de los juristas formados en una tradición científica bien conocida.

Ahora bien, al rechazar que la configuración sistemática, tal como la entendieron el racionalismo y la jurisprudencia de conceptos, sea consustancial al Derecho y característica de los ordenamientos positivos anteriores a la codificación, no se está cuestionando la existencia histórica de sistemas jurídicos. En mi opinión, cualquiera que sea el período que analicemos, el Derecho forma un sistema; hallamos un « sistema jurídico » en el amplio sentido que he indicado; un conjunto cuyas partes se encuentran, según aclara el Diccionario de nuestra lengua, « ordenadamente relacionadas entre sí », nunca por completo pero siempre en grado suficiente. La finalidad práctica del Derecho así lo exige, con independencia de los criterios con que opere la ciencia jurídica de la época respectiva. No cabe esperar otra cosa, por la sencilla razón de que si las normas que componen el ordenamiento carecen de la más elemental coherencia recíproca los mecanismos jurídicos se paralizan. Misión del historiador será precisar el grado (variable) de sistematicidad del Derecho en cada una de las fases de su evolución, así como los artificios técnicos empleados para facilitarla o acentuarla. La sistematicidad del ordenamiento remite, por consiguiente, a la estructura del Derecho, pero afecta ante todo, y primariamente, a su funcionamiento. El Derecho puede o no ser reductible a modelos lógico-formales (sistemático, en la acepción estricta de la

---

en Historia del Derecho, las relaciones de la Historia del Derecho con la Dogmática jurídica, etc., la bibliografía es abundantísima, y el comentario mínimamente pormenorizado de la misma ajeno por completo al objeto y orientación de estas reflexiones, desprovistas de la menor pretensión de sistematismo y exhaustividad. No obstante, a título de ejemplo ilustrativo de cómo se han abordado en España tales cuestiones, resultará útil la consulta del volumen misceláneo de J.A. ESCUDERO, *Historia del Derecho. Historiografía y problemas* (Madrid, 1973), en especial los estudios « En torno al objeto de la Historia del Derecho » y « Derecho y tiempo: dogmática y dogmáticos », ambos con amplias referencias.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

palabra), pero nunca aparece desprovisto de cierta dosis de sistematicidad material. La existencia de un sistema subyacente — en la acepción laxa del vocablo — es requisito indispensable para el Derecho mismo, tanto como precondición de su estudio histórico. Si el Derecho adoleciera de la más mínima sistematicidad, el historiador quedaría situado ante una alternativa radical: inventarla o abandonar su tarea, porque ningún sector de la realidad que no esté recorrido por un haz de relaciones internas resulta susceptible de conocimiento metódico, esto es, científico.

Así, pues, no sólo no encuentro objeciones que oponer a la consideración del decurso del Derecho como sucesión de sistemas jurídicos, en el sentido expuesto, sino que no comprendo de qué modo se podría justificar la presencia del historiador del Derecho, a no ser como estudioso de los diversos sistemas jurídicos que precisamente es labor suya reconstruir y explicar.

En el *Manual* que me ha sugerido estas reflexiones, la expresión «sistema jurídico» se emplea discriminada y cautelosamente. De algunas frases deslizadas en el capítulo preliminar se infiere que para Valiente el sistema surge cuando la concurrencia de normas de procedencia o formulación heterogénea obliga a precisar su respectivo rango jerárquico mediante el establecimiento del correspondiente orden de prelación de fuentes ([28]). Como la fijación explícita de semejantes órdenes de prelación no se produjo hasta la baja Edad Media, no se vuelve a aludir a los sistemas normativos hasta entrar en el examen del Derecho de los siglos XIII a XVIII, mención que se reitera (ahora en singular) al referirse al Derecho del período liberal. ¿Y el Derecho de las etapas que precedieron a la Recepción? Del criterio sostenido por Valiente — distinto del que yo he enunciado — se desprende a sensu contrario que no reunió las características inherentes a los sistemas normativos. Sin embargo, basta con hojear el Indice del *Manual* para darse cuenta de que el método de exposición aplicado a los ordenamientos anteriores a la Recepción no difiere del que se utiliza para analizar los que siguieron a la llegada del *ius commune*. Es que, si se me permite la expresión, los sistemas que Valiente expulsó por la puerta se introducen de nuevo por la ventana, bien que con diversa envoltura conceptual. Los sistemas jurídicos se han transmutado en «modos de creación del Derecho», y la historia del Derecho, de sucesión de sistemas jurídicos, se convierte en sucesión de modos de creación de Derecho.

Conviene aclarar inmediatamente que no se trata de una operación de mera trasposición verbal; «sistema normativo» — entendámoslo como queramos — y «modo de creación de Derecho» no son conceptos fungibles. La diferencia estriba en que el segundo aglutina un con-

---

([28]) Cf. *Manual*, p. 30. También la p. 179.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

junto de rasgos jurídicos y extrajurídicos; articula una gama de fenómenos más amplia que la tenida en cuenta al tipificar los sistemas jurídicos. De esta suerte, el concepto «modo de creación de Derecho» permite no sólo desbordar la consideración de los aspectos puramente normativos del Derecho, sino trascender el fenómeno jurídico en su conjunto e integrarlo en la globalidad social. Si al aludir al sistema jurídico se está postulando implícitamente la coherencia interna del Derecho, al construir un modo de creación del Derecho se pone el acento en la correlación entre el Derecho y la totalidad social.

Al margen del grado de precisión y riqueza teórica que reconozcamos a uno y otro concepto, al exponer la historia del Derecho, de cualquier Derecho, sobreviene un problema que es imposible eludir: cómo delimitar los sucesivos sistemas o modos de creación. ¿En virtud de qué criterio se establece la frontera convencional, el punto de ruptura o la transición de uno a otro? Incluso los historiadores que conciben nuestra disciplina *more historico* suelen seguir actualmente pautas de periodificación basadas en la observación interna del Derecho, actitud respetuosa con el principio metodológico de exponer la historia del Derecho en función del Derecho mismo y no de factores extrínsecos, por íntima que sea su relación con aquél. También Valiente estructura el *Manual* y delimita las fases de la historia del Derecho español con arreglo a criterios jurídicos. Pero resulta obvio que en ningún caso la periodificación es sólo un instrumento del que el historiador se sirve para organizar y distribuir la materia objeto de exposición. Al deslindar las etapas de nuestra evolución jurídica se anticipa una interpretación de la historia del Drecho español. Así, al incluir el capítulo dedicado al Derecho visigodo en la parte del libro que estudia «la primera romanización jurídica», Valiente está definiendo su posición ante el tema del germanismo. Sólo con consultar el Indice del *Manual* el lector sabe, mucho antes de llegar a la página 109, que Valiente considera al Derecho de la *Hispania* visigoda «inserto en la tradición jurídica romana». Más adelante, es la incidencia del *ius commune* el fenómeno que vertebra el Derecho de los siglos XIII a XVIII. La exposición del Derecho de la época liberal se acomete, finalmente, con desusada amplitud y minuciosidad.

Acabo de rozar los tres aspectos más significativos, a mi juicio, no ya de la periodificación utilizada por Valiente, sino de la visión de la historia jurídica de nuestro país que aquélla presupone. Agregaré, respecto del primero, que el tratamiento que la cuestión del germanismo recibe en varios pasajes constituye uno de los testimonios más netos de la honestidad intelectual que se ha derrochado al escribir el *Manual*. Como siempre que tropieza con materias que han sido o son objeto de polémica, Valiente sintetiza el estado de la investigación, destaca los extremos fundamentales del debate y ofrece, por ultimo, sus opiniones personales, sin atisbo de dogmatismo y con absoluto respeto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

hacia las tesis más distantes de la propia. Considero igualmente un acierto el tratamiento unitario del Derecho de los siglos XIII a XVIII, que forman a estos efectos un período dominado por la influencia integradora del *ius commune*. Subrayada su unidad, dicho período se ramifica luego en tres fases no exentas de personalidad (siglos XIII-XV; XVI-XVII; XVIII), cuya sucesión expresa con particular exactitud el ritmo evolutivo de nuestro Derecho. El período liberal, en fin, alcanza en el *Manual* extraordinario desarrollo. Lo que no era en la mayoría de las ocasiones sino breve epílogo, se convierte aquí en parte muy extensa y sustanciosa, en aportación de primer orden al conocimiento de una materia casi inexplorada por los historiadores del Derecho. La « asimetría » del *Manual* es, como Valiente advierte, « deliberada y evidente ». El libro gana en amplitud, pormenoriza más las cuestiones, a medida que avanzamos en el tiempo. Frente al medievalismo hasta no ha mucho imperante entre los historiadores españoles del Derecho, el *Manual* está volcado hacia la Modernidad y la época contemporánea; presto a captar las recientes transformaciones del Derecho; obsesionado por proporcionar de verdad el engarce con el ordenamiento vigente. Se estará o no de acuerdo con el criterio de Valiente, pero es indudable en cualquier caso que en este sentido el *Manual* rompe la tónica tradicional y marca un hito.

Prescindiendo de los Derechos prerromanos, poco conocidos, y del largo e importante paréntesis altomedieval — perfectamente comprensible, a mi entender, sin necesidad de utilizar los instrumentos ópticos del germanismo, como producto de la incrustación de las manifestaciones jurídicas poderosamente originales de los reinos cristianos de la época en el viejo *Liber* visigodo —, la historia del Derecho español descansa, en resumen, sobre tres grandes fenómenos: la romanización jurídica, la penetración del Derecho común y la codificación. Ahí está lo esencial de la trama, la formación rocosa que cimenta la evolución jurídica de los paises latinos de cultura afín a la nuestra.

El procedimiento de subsumir la trayectoria histórica del Derecho en los períodos convencionales fijados por la Historia general está desacreditado. Se considera preferible, como ya dije, acompasar la evolución del Derecho a su propio ritmo. No me parece impertinente, empero, poner de relieve a posteriori la significativa similitud de los resultados en que, por caminos diferentes, han desembocado la Historia y la Historia del Derecho. La realidad es terca y termina por imponerse a nuestras construcciones mentales. La rigida división en edades con que opera la Historia no traduce adecuadamente las fases de la evolución del Derecho, repitieron con insistencia algunos historiadores del Derecho. Según parece, tampoco individualizaba fielmente las etapas del desarrollo histórico en su conjunto, pues también los historiadores difuminan actualmente los bordes cronológicos del medievo y propenden a suavizar la tradicional cesura que antaño

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

separaba la edad media tardía de la edad moderna, al tiempo que ahondan la división interna de aquélla y acentúan la personalidad de los períodos alto y bajomedieval respectivamente. La realidad social y la interpretación que de la misma elaboramos son unitarias; por mucho empeño que pongamos en recorrer sus sectores en solitario, el tramo final del trayecto conduce a la convergencia. El cuidadoso equilibrio entre Historia y Derecho que se percibe en el *Manual* no es, por tanto, mero artificio intelectual; es la expresión escrita de la unidad interna que en última instancia abraza y recubre la totalidad de los hechos sociales.

Hay tres capítulos en el libro de Valiente que abordan temas en principio periféricos al Derecho, cuya inclusión ya se había descartado en los manuales aparecidos en el curso de los años precedentes. Son los capítulos seis, diez y veintitrés. ¿Constituyen una concesión a criterios periclitados, o se trata más bien de capítulos superfluos que enturbian la exposición sin utilidad apreciable? Nada tiene de extraño que los acojamos con reservas; durante mucho tiempo los libros de Historia del Derecho dieron cabida a nociones ajenas a la disciplina que no engarzaban con los fenómenos estrictamente jurídicos y quedaban flotando fuera de sitio. Sería lamentable la resurrección de aquellas extemporáneas digresiones sobre la caza, la pesca o la minería, que parecían, por fortuna, definitivamente desterradas. Sin embargo, si es cierto que el Derecho no se explica por completo a sí mismo, tampoco es posible mostrar su nexo con la sociedad sin trascender de alguna manera el conglomerado de normas y conceptos que son patrimonio privativo de los juristas. Desde ese punto de vista la orientación del *Manual* obligaba a tender los puentes que comunican al Derecho con los factores extrajurídicos, y viceversa. Ello origina, no obstante, problemas de difícil solución. Demanda, en primer término, conocimiento puntual de la bibliografía histórica, así como estrecha familiaridad con sus planteamientos y aportaciones. Es preciso, en segundo lugar, seleccionar con tino las cuestiones a tratar, extrayendo del acervo de la Historia sólo aquello que verdaderamente contribuya a explicar mejor los fenómenos jurídicos. Por último, y sobre todo, es menester integrar tales cuestiones en el tejido del Derecho, superando la mera yuxtaposición de factores jurídicos y extrajurídicos, que carece de valor. Es claro que, aunque la exposición de los resultados obtenidos en la incursión por la Historia anteceda al tratamiento de la evolución puramente jurídica, la búsqueda y hallazgo de los mismos es consecuencia de una operación intelectual subsiguiente a la reflexión sobre el Derecho, porque sólo después de conocer la contextura y límites del Derecho es fructífero el contacto del historiador jurista con el mundo de la Historia. Entiendo que la concurrencia de las precauciones indicadas es indispensable para enfrentarse

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con éxito a la complejísima dialéctica que condiciona el movimiento del Derecho a través del tiempo.

El eje de los capítulos mencionados del *Manual* no es otro que el Derecho. Están pensados, como el resto del libro, desde y en función de la historia del Derecho. Sus respectivos títulos así lo dan a entender (« Fundamentos sociopolíticos del Derecho altomedieval »; « Factores permanentes y ejes de cambio en la sociedad y en el Derecho durante los siglos XIII al XVIII »; « Revolución burguesa y Derecho. Las bases del sistema »); su contenido así lo confirma. Proporcionan un esquema claro, coherente y bien trabado, de los factores periféricos al Derecho que es preciso conjugar al reconstruir las líneas generales de nuestra evolución jurídica. Basados en las fuentes de información más solventes de que se disponía al ser escritos, Valiente deberá permanecer *atento* para que *no envejezcan* en ediciones posteriores (en el transcurso de meses han dejado de ser defendibles las conclusiones que sobre la repoblación de Andalucía se recogen en la página 123, y a buen seguro no será ése el único caso de rápida obsolescencia). La selección de temas y su entrecruce con las transformaciones jurídicas es excelente en el capítulo veintitrés, y modélico en el sexto, cuyos apartados engarzan ejemplarmente con el Derecho de la alta Edad Media: la vigencia del *Liber* presupone la « continuidad en torno al 711 »; la dispersión normativa, el « fraccionamiento del poder político »; la abigarrada diversidad de regímenes jurídicos, el despliegue de la repoblación y de la dualidad municipio-señorío. Comparado con ambos capítulos, el décimo me parece menos logrado, quizá por menos sobrio (pese a su moderada extensión). Echo en falta, acaso, una conceptuación más rigurosa de la sociedad estamental, y alguna alusión a sus transformaciones internas, que podría sustituir tal vez a otros pasajes del capítulo superfluos o menos afortunados.

Analizar despaciosamente el contenido de los restantes capítulos del *Manual* equivaldría a escribir otro libro. Me conformaré, por tanto, con esbozar algunas cuestiones que considero especialmente dignas de comentario o de contraste de ideas.

Me ha llamado la atención, por ejemplo, que al estudiar el desarrollo del Derecho altomedieval y las « tendencias a la superación del localismo jurídico » Valiente eluda sistemáticamente la expresión « Derecho territorial », consagrada por la doctrina y de uso común entre los historiadores españoles del Derecho, que suelen contraponerla, en ese contexto, a « Derecho local ». De acuerdo con la interpretación más generalizada, Derecho local habría sido en la alta Edad Media el formado por normas de reducido ámbito de vigencia, coincidente por lo regular con los límites de un lugar o núcleo de población determinado. Mientras, el Derecho territorial, muy escaso durante los primeros siglos medievales, habría gozado de un ámbito de aplicación más amplio que, o no se precisa, o se identifica con el ter-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ritorio de un núcleo político independiente. Como alguna vez se ha sugerido, al Derecho territorial así entendido se le podría denominar también — y personalmente considero preferible hacerlo así — « Derecho general » ([29]). Obsérvese, no obstante, que de uno u otro modo la doctrina se atiene a la dicotomía Derecho local-Derecho territorial (= general). Sin embargo, cuando sometemos al Derecho medieval a un enfoque dinámico tal dualidad resulta insuficiente. Valiente se refiere reiteradamente, claro es, a las normas locales, a las que enfrenta en ocasiones a otras normas « de vigencia general », pero como la antítesis no agota las posibilidades se ve obligado a aludir también a un *tertium genus* calificado de Derecho « supralocal » (p. 161) o Derecho de una « comarca o región » (p. 159). A ese Derecho innominado, al que se designa mediante giros de alcance impreciso, es al que en rigor conviene, en mi opinión, el calificativo « Derecho territorial ». Desde el punto de vista de su ámbito de vigencia no existieron, por tanto, en la Edad Media dos únicos tipos de normas, sino tres: las más abundantes, de Derecho local; otras, al principio casi inexistentes, de carácter general; en medio, otras de carácter territorial, esto es, comarcal, que, rebasando el ámbito estrictamente local, no siempre se extendieron por la totalidad de un reino. Dicho Derecho territorial o comarcal tuvo, a veces, origen local; se aplicó en zonas relativamente extensas y en ocasiones se convirtió más tarde en Derecho general. Incluso entonces el desdoblamiento terminológico que propongo permite comprender y exponer mejor las fases de su desarrollo. En el supuesto contrario, la razón para diferenciar al Derecho territorial del general me parece más poderosa todavía. Pensemos, por un lado, en el Derecho de Jaca, de procedencia inicialmente local, que se expande por el alto y medio Aragón para terminar siendo Derecho general del Reino. Y reparemos, por otro lado, en la evolución interrumpida del Derecho territorial de Castilla, que, a medida que avanza la reconquista, cristaliza como Derecho puramente comarcal, sin llegar a regir en todos los territorios que integran la Corona ¿Es de recibo englobar en la misma categoría « Derecho territorial » al Fuero Viejo que al Ordenamiento de Alcalá? Si teniendo en cuenta el origen es perfectamente legítimo distinguir entre Derecho municipal, señorial y regio ([30]), me pregunto si no resultaría igualmente acertado, al atender al ámbito de vigencia, diferenciar con nitidez el Derecho territorial (= comarcal) del Derecho general, desterrando vacilaciones y malentendidos. No es un afán conceptualizador gratuito lo que me inclina a propugnar esta solución, sino el elemental principio metodológico que aconseja distinguir lo que de hecho fue distinto.

([29]) Cf. A. IGESIA, en *Gran Enciclopedia Rialp*, s. v. « Derecho territorial » (vol. VII, 1972, p. 526).

([30]) También A. IGLESIA, *Derecho municipal, Derecho señorial, Derecho regio*, en « Historia. Instituciones. Documentos », 4 (1977).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A propósito de conceptos, se me disculpará que no pase por alto las referencias al Estado que aparecen en diversos pasajes del *Manual*, sobre todo en los capítulos diez, dieciseis y diecisiete. El tema es extraordinariamente importante para el historiador jurista (y no sólo para el teórico de la política), porque el Estado alteró los mecanismos de la producción normativa, y contribuyó de manera decisiva a transformar los supuestos que orientaban el desenvolvimiento del Derecho en todos los aspectos. La posición de Valiente en esta materia es neta y flexible al mismo tiempo. De una parte, sitúa el nacimiento del Estado en el reinado de los Reyes Católicos, sosteniendo que « desde entonces hay un Estado español » (p. 177), o, como agrega más adelante, « un solo Estado, una sola Monarquía, un solo soberano » (p. 282). Pero también hay, y seguirá habiendo durante varios siglos, diversidad de reinos y sistemas jurídicos; en resumen: « unidad de la Monarquía y diversidad de los reinos y de sus respectivos ordenamientos jurídicos ». Esa dicotomía aparentemente inconciliable (sólo en apariencia, puesto que históricamente no lo fue) induce a preguntarse qué papel desempeñó el Estado, a caballo entre la unidad y diversidad indicadas, y, previamente, qué entendemos por Estado. Valiente responde por partida doble. Parece que concibe al Estado como conjunto de instituciones, como aparato, como organización; más también despunta una noción del Estado considerado como « instancia de poder superior », con expresa alusión a la soberanía. En principio, estimo más acertado el segundo concepto que el primero, porque si identificamos el Estado con el entramado institucional compuesto por monarquía, administración, ejército, etc., nada impide atribuir carácter estatal a muchas de las organizaciones políticas que preexistieron a los siglos XV o XVI, con lo cual el concepto « Estado », en la medida en que adquiere la capacidad de ser aplicado a realidades muy diversas, pierde concreción; se desvanece como concepto histórico y termina por designar una entidad ahistórica y abstracta. No obstante, si subordinamos la presencia del Estado a la formación de una instancia de poder político concentrado, único y supremo, esto es, soberano, llegaremos a la conclusión de que en la España de los Austrias existió, en efecto, un solo Estado y un solo soberano, pero no españoles, sino castellanos, porque salvo en la Corona de Castilla el poder continuó repartido en dos esferas (rey-reino) y no cabe, por tanto, hablar rigurosamente de soberanía. En medio, sea como fuere, la Monarquía, creadora de un aparato institucional que, por desgracia, seguimos conociendo deficientemente en aspectos fundamentales. Se suele afirmar que la persona del monarca — ni siquiera sus poderes — y el Santo Oficio eran lo único común a todos los reinos peninsulares ¿Será verdad? Cuando sepamos más de los canales institucionales a través de los cuales discurría la política exterior, la gestión hacen-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dística y financiera, la organización del ejército..., tal vez entonces estemos en condiciones de cambiar de opinión.

Lo cierto es que en otros muchos sectores no menos importantes la personalidad de los reinos se sigue manifestando con enorme pujanza. Por ejemplo, en el campo del Derecho. Haberlo destacado así en el *Manual* supone un acierto que contribuye a clarificar cuestiones delicadas y sumamente polémicas, bien conocidas por los historiadores del Derecho pero quizá no tanto por el lector no especializado. Ni el desenvolvimiento de la dialéctica absolutismo-pactismo, ni los mecanismos protectores de los ordenamientos regnícolas ante los embates del poder real, habían recibido nunca en un libro de similares características el tratamiento conjunto, nítido y enjundioso, que les dispensa el *Manual*. Y merecido, por la importancia capital que tales temas alcanzaron en el marco jurídico de los siglos XVI y XVII, hasta el punto de que incluso aquellas cuestiones que a primera vista poseen sólo interés técnico se vieron afectadas en realidad por la marea creciente del poder de la monarquía. Si reflexionamos sobre los pormenores del movimiento recopilador, pronto nos percataremos de lo artificial que resulta separar tajantamente los factores técnicos de los políticos. El proceso recopilador castellano, sin ir más lejos, que encierra todavía numerosos enigmas, deparará sorpresas cuando se investigue cumplidamente. La actitud de las Cortes — que abominan de la obra de Montalvo mientras más tarde, en curso los trabajos de Alcocer, prodigan elogios a la recopilación nonata de Galíndez de Carvajal —; la lentitud y parcialidad selectiva con que se elaboró la Recopilación de 1567; las vacilaciones de la doctrina con posterioridad a esa fecha, al discutir la suerte de determinadas leyes no recopiladas, son indicios expresivos de que al recopilar no se estaban ventilando exclusivamente problemas de naturaleza técnica.

Mas salgamos del Derecho medieval y moderno y acerquémonos a los capítulos que estudian el sistema normativo liberal. Puesto que se trata de la parte proporcionalmente más extensa y novedosa del libro, justo es que le prestemos también aquí alguna atención.

Como ya he subrayado, el *Manual* difiere de las exposiciones tradicionales de Historia de las fuentes, entre otras cosas, porque subyace en sus páginas el deseo de encuadrar la habitual descripción de las fuentes en los fenómenos generales que han marcado los grandes hitos de la evolución del Derecho. Del mismo modo que la Recepción y el ulterior despliegue del Absolutismo fueron los motores que impulsaron las transformaciones del Derecho en el período comprendido entre los siglos XIII a XVIII, el acontecimiento fundamental del siglo XIX fue la codificación. Consecuentemente, el análisis del Derecho de la etapa anterior se iniciaba con sendos capítulos, espléndidos, dedicados a la formación y a la difusión del *ius commune*. Valiente sigue ahora otro criterio. Concede prioridad al examen de las cuestiones más in-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mediata y visiblemente vinculadas a los avatares políticos de la época — constitucionalismo, relaciones Iglesia-Estado, etc. — y retrasa la consideración de la sustancia jurídica del fenómeno codificador. El estudio de las constituciones antecede y desplaza al de la codificación, lo cual suscita reparos que el propio Valiente, consciente del hecho, se esfuerza por disipar. Los argumentos que emplea en las páginas 502-503 para justificar su orientación no me parecen del todo convincientes. La precedencia de la primera constitución española respecto de nuestro primer código resulta poco relevante a la hora de conceptualizar un proceso histórico tan dilatado y capital como la codificación. Que sus manifestaciones concretas no fueran enteramente paralelas y rectilíneas no autoriza a descomponer tal proceso. Por eso entiendo que, a pesar de las diferencias de ritmo, la codificación y el constitucionalismo no fueron fenómenos diversos, aunque se reconozca «la correlación clarísima entre ambos», sino un fenómeno único e indivisible, asentado sobre supuestos igualmente unitarios, y ello tanto desde el punto de vista técnico-jurídico cuanto, incluso, desde el punto de vista político. A las razones mencionadas se suman todavía otras de índole práctica. Al exponer previamente el concepto de constitución no queda más remedio que anticipar nociones que sólo adquieren sentido y desarrollo adecuado cuando más tarde se enumeran los presupuestos técnicos de la codificación. ¿No hubiera sido preferible invertir el orden? El capítulo destinado a la codificación proporciona, por lo demás, una visión excelente, bien estructurada y rica de contenido. Si en su momento había puntualizado Valiente el alcance de la Recepción fuera de España, tampoco faltan ahora unas páginas de gran utilidad que muestran la dimensión europea de la codificación y señalan sus principales jalones en la historia jurídica de Occidente.

El apartado final del capítulo establece las etapas del movimiento codificador en España, como paso previo al estudio de la codificación penal, mercantil, procesal y civil (que Valiente aborda posteriormente). De esas etapas que ahora se enumeran me parece especialmente sugestiva la primera, pese a no haber deparado frutos consistentes (si se exceptúa la Constitución de 1812) y duraderos. Coincidió con la puesta en marcha del proceso codificador, con todas las limitaciones y ambigüedades propias del caso. Los datos que Valiente ofrece inducen a meditar de nuevo sobre la tarea llevada a cabo por los primeros liberales y el grado de conciencia que acompañó a su actividad. Las discusiones parlamentarias no produjeron, como es sabido, grandes discursos sobre la codificación. Quizá la pieza más sustanciosa fuera la defensa que el diputado Gadea hizo en febrero de 1811 de una proposición que había presentado anteriormente a la consideración de las Cortes. Valiente la examina con atención. La lectura de la intervención de Gadea me ha recordado la polémica doctrinal acerca de la novedad de la Constitución de Cádiz, de la que sus redactores

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

afirmaron que nada contenía « que no se hallase consignado del modo más auténtico y solemne en los diferentes cuerpos de la legislación española » ¿En qué debía consistir según Gadea la codificación? Tal vez en la purificación del Derecho vigente; es una interpretación posible. Mas, aunque no aspirase sino a reformar, a formular de nuevo las leyes del Antiguo Régimen — como luego dirán los autores del Discurso Preliminar al texto constitucional —, el diputado catalán tenía ideas muy significativas sobre la técnica codificadora. Son dos cuestiones diferentes y no hay que confundirlas. Al concretar la crítica a la legislación anterior exclama Gadea: « ¿No vemos muchas (leyes) en que ni se definen las materias, ni se establecen los principios, ni se expresan las reglas con exactitud y con claridad? ¿Vemos acaso aquel encadenamiento que exige la naturaleza del objeto, el orden del raciocinio y la claridad de ideas? ¿No se ve en todas una redacción difusa con razonamientos incoherentes, con ideas vagas y con palabras generales? ». De aquí, prosigue, « tan largos y fastidiosos comentarios sobre objetos que, reducidos a sus primeros principios y natural sencillez, serían fácilmente comprendidos, y de aquí los interminables pleitos y las injustas sentencias » (31). La argumentación, el léxico, las alusiones a los primeros principios, al encadenamiento deductivo de las proposiciones jurídicas, etc., nos introducen de lleno en el ideal codificador.

Antes de acometer el análisis de la codificación dedica Valiente, según vimos, dos extensos capítulos a las constituciones españolas y al problema de la unificación del Derecho, respectivamente. Encierran información abundantísima y bien cribada. En el último echo de menos una mención a los convenios económicos con Navarra, ausencia tanto más llamativa por cuanto en las páginas 490-492 se estudian en cambio los conciertos con Vascongadas. A diferencia de ese capítulo, correctamente construido y repleto de interpretaciones personales, en el que versa sobre las constituciones predomina la descripción de las circunstancias y contenido de los textos constitucionales. No está exento, con todo, de sugerencias interesantes, tales como las que apuntan hacia las grietas de la Constitución de Cádiz que allanaron el terreno al doctrinarismo ulterior. Acaso hubiese bastado con la presentación escueta de los textos, ofreciendo a cambio una recapitulación explícita del proceso constitucional. Sin solución de continuidad se pasa en España de sublimar las normas constitucionales a destacar — a veces con complacencia cargada de segundas intenciones — nuestra crónica inestabilidad constitucional, y resulta por ello doblemente aconsejable encararse con el movimiento constitucional en su conjunto y comprobar el verdadero alcance de dicha inestabilidad. Jover ha planteado

(31) Sesión de 5 de febrero de 1811 (Diario de Sesiones, I, p. 500).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

certeramente la cuestión: « Nunca se insistirá bastante — escribe — en lo engañosa que resulta esa alusión, no siempre desinteresada, al supuesto caos constitucional de la España ochocentista. Es cierto que la mera enumeración de constituciones efectivas o nonatas, de leyes fundamentales y proyectos de reforma, produce, a primera vista, una impresión de abigarramiento, de ausencia de proceso homogéneo, de sobra de vaivenes y contradicciones. Bastará, sin embargo, con que anotemos junto a cada ley fundamental su tiempo efectivo de validez para que el panorama se clarifique, poniendo de manifiesto un hecho del máximo relieve, al que me he referido en diversas ocasiones: lo que vertebra y dota de homogeneidad el Estado liberal español del siglo XIX es su carácter generalmente moderado, doctrinario, manifiesto en las dos Constituciones de más prolongada vigencia: la de 1845 y la de 1876... Fuera de esta constante moderada de nuestra historia contemporánea quedarán bienios, trienios y sexenios: breves paréntesis históricos en que aflora a la superficie de la historia política ese otro liberalismo fecundo en contituciones nonatas o de corta vigencia » ([32]). Sería conveniente profundizar en esa línea y hallar las demás « constantes » que yacen en el fondo de los textos constitucionales.

Otros muchos aspectos del *Manual* habría que destacar todavía, aparte los ya mencionados. Sería injusto dejar de aludir, por ejemplo, a la cuidada exposición que contiene de la historiografía jurídica española; a la agudeza con que se traza la evolución del Derecho mercantil; a la atención que se dispensa a la codificación de los distintos sectores del Derecho, así como a las ramas jurídicas inmunes a la codificación, que por vez primera penetran en un libro de Historia del Derecho. Desde que García-Gallo inició su *Manual* exponiendo la « evolución general del Derecho » — cuya novedad puso de relieve en su dia Martínez Gijón ([33]) —, hasta la publicación del *Manual* de Valiente, pasando por las restantes obras que cité al comienzo de estas páginas, se ha recorrido un apretado trayecto. La clásica « Historia de las fuentes », que en tiempos se estudiaba completamente desgajada no ya de la realidad social, sino de la historia jurídica « interna », ha experimentado una renovación total, merced a la acumulación de orientaciones y a la aportación personal de cada autor. Creo que en este terreno nos estamos acercando al final. Lo que ahora resta es multiplicar las investigaciones monográficas y volcar el esfuerzo en la reconstrucción completa de la historia de las instituciones jurídicas,

---

([32]) J.M. JOVER, « Situación social y poder político en la España de Isabel II », en el volumen misceláneo del autor *Política, diplomacia y humanismo popular en la España del siglo XIX* (Madrid, 1976), p. 257.

([33]) J. MARTINEZ GIJON, *Ante una nueva exposición de conjunto de la historia del Derecho español*, en AHDE, 32 (1962), p. 590.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tarea gigantesca emprendida ya por Lalinde. El dia que dispongamos también en este campo de un elenco variado de obras de conjunto de valor comparable a las publicadas en los últimos lustros, tan sólidas y descollantes como el reciente *Manual* de Valiente, la Historia del Derecho habrá conquistado definitivamente en España la madurez científica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

JOACHIM RÜCKERT

ZUR ENTSTEHUNG DES MODERNEN BERUFSBEAMTENTUMS (*)

1. « Man ist nicht im Staat, um schnell regiert zu werden, sondern um nach Gesetzen regiert zu werden » - dieses ganze Spannungsfeld von juristisch-politischen Konzepten der Exekutive betritt W. mit seiner Konstanzer historischen Habilitationsschrift. Vorangestellt wurde hier ein Satz eines der führenden Juristen aus den württembergischen Verfassungsverhandlungen von 1816 (1). Anschaulich konzentriert sich darin, wie intensiv und juristisch weitreichend man damals um die Neubestimmung der Rolle der Staatsdiener in der Gesellschaft kämpfte. Der reiche Niederschlag dieser seit etwa 1780 laufenden Debatten in Rechtssätzen, Protokollen, Motiven, Gutachten und anderen Akten bot dem Verf. die Grundlage seiner imponierend eingehenden Analyse der Quellen zur Entstehung der ersten umfassenden und selbständigen Kodifikationen des Rechts des öffentlichen Dienstes. Die eingangs verwendete antithetisch-rhetorische Zuspitzung der Frage auf den Gegensatz von Legalität und Effektivität kam aus dem Lager der Verlierer. W. beschreibt die Niederlage mit Blick auf ihre Voraussetzungen und Konsequenzen. Er betont den Sieg der Effektivitätsposition zugleich als ein wesentliches Ergebnis und erspart den lesenden Beamten auch nicht den Ausblick, das damals installierte System habe sich bis heute nicht wesentlich gewandelt (S. 329). Brisant und exemplarisch erscheint das Ergebnis in seiner Zuspitzung: Effektivität steht für Macht, Legalität für Recht — und Macht siegte hier nach W. nicht gegen Recht, sondern trotz und mit dem Mittel Recht.

W. konzentriert sich erstmals auf bayerische und württembergische Entwicklungen. Er schließt damit eine empfindliche Lücke nicht nur der landesgeschichtlichen Forschung (2), sondern auch der allgemein-

(*) Zugleich eine Rezension zu BERND WUNDER, *Privilegierung und Disziplinierung. Die Entstehung des Berufsbeamtentums in Bayern und Württemberg (1780-1825)* (= Studien zur modernen Geschichte, Bd. 21), München-Wien, Oldenbourg, 1978, 349 S., DM 88.–, ISBN 3, 486, 48301-3.

(1) J. FR. WEISHAAR, 1775-1834; das Zitat bei WUNDER, S. 251[39].

(2) Nach dem Urteil eines maßgebenden Kenners wie E. WEIS, in Handbuch der bayerischen Geschichte, Bd. IV 1, München 1974, S. 84, bedürfen « Aufstieg

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

historischen (3). Denn das Übergewicht der preußischen Optik erweist sich als durchaus hinderlich, zumal für vergleichende Bemühungen. Mit diesem nicht-preußischen Gegenstand reiht sich WUNDER ebenso in eine neuere Serie hervorragender, sozialgeschichtlich fragender und rechtshistorisch eminent fruchtbarer Studien ein, wie mit seiner zeitlichen Konzentration auf die Reformzeit um 1800 (4). W. leistet also auch einen weiteren Beitrag zur Kenntnis dieser Periode zahlreicher grundlegender Weichenstellungen für die neueste Geschichte Europas, das durch die enormen verfassungs- und rechtspolitischen Anstrengungen des napoleonischen Empire zutiefst herausgefordert war, sei es als Freund, Feind oder weitgehend abhängig gehaltene Hilfsquelle wie Italien.

Wunders Studie verdient daher aus mehreren Gründen besondere rechtshistorische Aufmerksamkeit auch über ihren lokal begrenzten Gegenstand hinaus: Sie gilt einem spezifisch rechtshistorischen Objekt; dieses Objekt « Berufsbeamtentum » gehört zu den zentralen Vermittlungsinstitutionen jeder moderen europäischen Rechtsumsetzung; die Frage Legalität - Effektivität überschreitet gewiß ebenso die lokalen Grenzen wie die Analyse ihrer Behandlung in einer gesamteuropäisch so wichtigen Zeit; die Arbeit kann schließlich daraufhin gelesen werden, inwiefern der Beitrag eines im Rahmen kritischer Theorie fragenden Historikers (5) nicht nur in Deutschland vieldiskutierte methodische Rückstände der Rechtsgeschichte vermeidet oder nicht vermeidet (6).

---

und Bedeutung der Bürokratie als der herrschenden, staatserhaltenden und zugleich die Reformen tragenden Schicht des 19. Jahrhunderts in Bayern ... besonderer Beachtung ». Vgl. dazu nun auch noch W. DEMEL, *Die Entwicklung der Gesetzgebung in Bayern unter Max I. Joseph*, in Wittelsbach und Bayern, München 1980, S. 72-82 mit Vorgriffen auf seine demnächst erscheinende Arbeit über die bayerischen Reformen 1806/08-1817.

(3) Dies verdeutlicht ein Blick in den Abschnitt « Bürokratie » bei H. U. WEHLER, *Bibliographie zur modernen deutschen Sozialgeschichte*, Göttingen 1976, S. 154-159.

(4) Vgl. bes. R. KOSELLECK, *Preußen zwischen Reform und Revolution* (1967), H. BERDING, *Napoleonische Herrschafts- und Gesellschaftspolitik im Königreich Westfalen 1807-1813* (1973), E. FEHRENBACH, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht. Die Einführung des Code Napoléon in den Rheinbundstaaten* (1974); auch F. KNEMEYER, *Regierungs- und Verwaltungsreformen in Deutschland zu Beginn des 19. Jh.* (1970) und W. SCHUBERT, *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jh.* (1977), zum Zivil- und -prozeßrecht. Ein ausgezeichneter Überblick bei E. WEIS, *Die deutsche Reformzeit*, S. 237-57, in: BOSL/WEIS, *Die Gesellschaft in Deutschland*, Bd. 1, München 1976; jüngst jetzt das Heft 4 von Geschichte und Gesellschaft, 6 Jg. (Göttingen 1980) mit seinem Thema: *Napoleonische Herrschaft und Modernisierung*, hg. von H. BERDING, dort auch Nachweise für die neueren wichtigen Beiträge von WEIS und FEHRENBACH.

(5) Bes. deutlich dazu WUNDERS Skizze, *Die Entstehung des modernen Staates und des Berufsbeamtentums in Deutschland im frühen 19. Jh.*, in Leviathan, 2 (1974) S. 459-78.

(6) Dazu jüngst mit Nachweisen P. LANDAU, *Bemerkungen zur Methode der Rechtsgeschichte*, in ZNR, 2 (Wien 1980) S. 117-131. Seine Bemerkung (S. 123), es fehle an konkreten Arbeiten, die materialistische Fragestellungen einlösen,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2. Um Wunders Arbeit gerecht zu werden, genügt es nicht, festzustellen, sie habe eine Wissenslücke geschlossen. Gerade wegen der methodischen Aspekte bedarf es eines Hinweises auf den Hintergrund, vor dem er schrieb und den er selbst nur sehr knapp umreißt (S. 31 f). W. betont zutreffend, Arbeiten zur Kodifikation des Beamtenrechts um und nach 1800 seien weitgehend staatsrechtlich geprägt, sie vernachlässigten die Genese, soziale und politische Faktoren und bevorzugten allzu einseitig preußische Vorgänge. Das hindert freilich nicht, daß besonders mit v. SEYDELS «Bayerisches Staatsrecht» ([2]1896 ff) und REHMS dogmengeschichtlicher Preisschrift zum Staatsdienst (1884) längst ausgezeichnete Beiträge vorliegen, die auch W. gründlich benutzt. In der neueren rechtshistorischen Forschung fanden Probleme der Bürokratiegeschichte bisher keinen festen Platz ([7]). Die gängigen allgemeineren Darstellungen beachtete W. offenbar nicht eigens; doch bieten sie kein wesentlich anderes Bild, bis hin zur Zusammenfassung im HRG ([8]): Man betont durchweg die Entstehung des Beamtentums im Absolutismus ([9]). Ganz selten bedenkt man die weiteren Entwicklungsstationen im frühen 19. Jahrhundert ([10]). Diffus betont man Konstanten wie ein spezifisches «Ethos» ([11]), fast nie die besondere

---

unterstreicht gewissermaßen auch die Bedeutung des Ansatzes von WUNDER. Die Suche nach einem «Königsweg» halte auch ich für sinnlos. Ich meine aber, es lasse sich zeigen, daß einige übliche und propagierte methodische Wege Irrwege sind, und es bedarf entgegen *Landaus* Vermutung keiner *festen* philosophischen *Gesamt*konzeption (vgl. MEINEN Aufsatz, *Zur Erkenntnisproblematik materialistischer Positionen in der rechtshistorischen Methodendiskussion*, in Zs. f. hist. Forschung, 5 (Berlin 1978), hier S. 290 f.) und zielt nicht auf ein positives «Idealbild festgefügter Regeln» (so aber *Landau*, ebda).

([7]) Vgl. nur die *Bibliographische Einführung in die Rechtsgeschichte und Rechtsethnologie*, hg. v. J. GILISSEN, *Teil* D/2: Deutschland, bearb, von H. Thieme, W. Leiser, B. Diestelkamp, Brüssel 1969, die dafür keinen eigenen Abschnitt bildet, s. aber Nr. 645 ff, 693 ff, 815 ff. W. BLEEKS vorzügliche Studie von 1973 ist politologischer Herkunft; die juristische Diss. von K. SCHEIDER, *Zur sozialen Rolle des deutschen Juristen*, Marburg 1969, geht zwar fast ganz historisch vor, verwendet aber ausschließlich Sekundärliteratur und das preußische Beispiel, zu HATTENHAUER 1980 sogleich im Text.

([8]) *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, *Art. Beamte* (A. ERLER), Bd. 1, Berlin 1971, hier aber 1965, Sp. 339-343.

([9]) H. CONRAD, *Dt. Rechtsgeschichte*, Bd. 2, Karlsruhe 1966, S. 261, 310, 340; ERLER, *aaO*; MITTEIS-LIEBERICH, *Dt. Rechtsgeschichte*, 13. A., München 1974, S. 197, 265; H. HATTENHAUER, *Zwischen Hierarchie und Demokratie*, Karlsruhe 1971, Rz 38 f; CL. v. SCHWERIN/H. THIEME, *Grundzüge d. dt. Rechtsgeschichte*, 4. A., Berlin 1950, S. 194, 301, 311 f; R. GMÜR, *Grundriß d. dt. Rechtsgeschichte*, Bielefeld 1978, S. 69; E. R. HUBER, *Dt. Verfassungsgeschichte*, Bd. 2, Stuttgart 1960, S. 21 f; O. KIMMINICH, *Dt. Verfassungsgeschichte*, Frankfurt 1971, S. 257 f; C. F. MENGER, *Dt. Verfassungsgeschichte*, Karlsruhe 1975, S. 143; A. WAGNER, *Der deutsche Richter ...*, Karlsruhe 1959, S. 56.

([10]) MITTEIS-LIEBERICH, *aaO*, S. 291 f; HUBER, *aaO*, für Preußen 1815-48.

([11]) MENGER, *aaO*; KIMMINICH, *aaO*; ähnlich ERLER, *aaO*; präzisierend HUBER, *aaO*. Eine konkrete Präzisierung gibt für einen Teilbereich jetzt M. STOLLEIS, *Grundzüge der Beamtenethik (1550-1650)*, in Die Verwaltung, Bd. 13, 1980, S. 447-475.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

wirtschaftliche oder gar disziplinäre Abhängigkeit ([12]). Preußische Vorgänge dienen überall als Beleg ([13]). Nur ausnahmsweise werden Besonderheiten oder Entwicklungsbeiträge der süddeutschen Staaten vermerkt ([14]). Württembergs Kennzeichnung als « das klassische Land der Beamten » bleibt ohne Folgen ([15]). Die enorme Privilegierung der Staatsdiener im frühen 19. Jahrhundert, für W. « Neuerung der Reformzeit » (S. 27) und « der entscheidende Wendepunkt » (S. 21), würdigt man keiner Erwähnung, obgleich sie sich doch breit in Rechtssätzen dokumentierte. Nur auf dem Felde der Justizgeschichte sieht man die Dinge deutlicher und schärfer ([16]). Die Verwaltungsgeschichte steckt zunächst in anderen Themen oder Zeiträumen ([17]). Bemerkenswerterweise bieten noch die Autoren des 19. Jahrhunderts entschieden mehr, auch in den nicht durch einzelstaatliches Interesse geprägten Texten ([18]).

3. Dieser Blick auf die Ausgangslage für WUNDER klärt, daß seine Untersuchung schon mit einigen ganz schlichten Ergebnissen ausgesprochene Beachtung verdient, da er einige der soeben vermißten Punkte erstmals genauer aufarbeitete. Seitdem dies geschrieben wurde, bestätigten verschiedene Bemühungen, die Lücken zu schließen, diese Einschätzung des Kenntnisstandes vor Wunder. Vor allem HATTENHAUERS umfassender « Abriß einer Ideengeschichte des deutschen Beamtentums » bietet nunmehr eine weitgespannte Fundgrube ([19]). Wunders Korrekturen am herkömmlichen Bild kamen hier teilweise bereits zum Tragen ([20]). WUNDERS Absichtserklärungen gehen allerdings ent-

---

([12]) Vgl. aber HATTENHAUER 1971, Rz 38 f, 226, 233.

([13]) Siehe Fn 9; auch in der Quellensammlung von E. BRANDT, *Die politische Treuepflicht*, Karlsruhe 1976, steht Preußen im Zentrum.

([14]) Vgl. MITTEIS-LIEBERICH, *aaO*, S. 291 f; W. THIEME, *Beamtentum*, in Ev. Staatslexikon, Stuttgart 1966.

([15]) CONRAD, *aaO*, S. 338.

([16]) Vgl. E. DÖHRING, *Geschichte der dt. Rechtspflege seit 1500*, Berlin 1953, S. 37 f, 39, 71; erst mit dem späten 19. Jh. setzt ein D. SIMON, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt 1975, « Der historische Richter », S. 41 ff.

([17]) Vgl. R. MORSEY (Hg.), *Verwaltungsgeschichte*, Karlsruhe 1977.

([18]) Etwa H. ZOEPFL, *Grundsätze des allgemeinen und dt. Staatsrechts*, 3. A., Leipzig 1856, S. 778; C. F. GERBER, *Grundzüge d. dt. Staatsrechts*, 3. A., Leipzig 1880, § 35; E. LOENING, *Lehrbuch d. dt. Verwaltungsrechts*, Leipzig 1884, S. 113; H. SCHULZE, *Lehrbuch d. dt. Staatsrechts*, Leipzig 1881, S. 313 f; die alle die bayerische Pragmatik von 1805 hervorheben; schwächer auch G. MEYER, *Dt. Staatsrecht*, 6. A., Leipzig 1905, S. 491.

([19]) H. HATTENHAUER, *Geschichte des Beamtentums*, Köln u.a. 1980, das Zitat steht im Vorwort. Daneben nun auch zu Einzelfragen G. TILL, *Die Entwicklung des Alimentationsprinzips*, München 1979, M. KUTSCHA, *Verfassung und 'streitbare Demokratie'. Historische und rechtliche Aspekte der Berufsverbote im öffentlichen Dienst*, Köln 1979.

([20]) Siehe HATTENHAUER 1980, S. 179 ff zu Bayern, S. 237 ff zu Württemberg und Süddeutschland als rechtsstaatlich, wogegen Preußen dann als « Ausnahme » erscheint. Weniger Spuren hinterließ WUNDERS beamtenkritische Fra-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

schieden hinaus über den Versuch, Wissenslücken zu schließen: « Ziel der Untersuchung », heißt es, « ist nicht die Beschreibung der Entstehungsgeschichte einzelner Paragraphen, sondern die Herausarbeitung ihres funktionalen Zusammenhangs mit einer dahinter stehenden Konzeption und deren sozialen und politischen Implikationen » (S. 29). Wie wird diese anspruchsvoll zugespitzte Absicht eingelöst?

4. Die *Einleitung* enthält eine problematische Mischung von allgemeinen Rahmenthesen, darstellenden Rückgriffen und Überblicken sowie längeren Ausführungen zur Fragestellung und Methode. W. umreißt zunächst einige Voraussetzungen und Merkmale von Beamtentum und seiner Entstehung, einschließlich der Frage nach den generellen Ursachen dafür (S. 10-13). Er zählt dann einschlägige rechtliche Regelungen besonders zwischen 1805 und 1835 im Überblick auf (S. 14 f) und geht näher auf die preußischen Stationen ein (S. 15-17). Die enorme Privilegierung im frühen 19. Jahrhundert wird anschaulich betont (S. 17 f), das bis dahin « 200-jährige Ringen zwischen Regent und Diener » in seinen juristischen Formen anhand der Literatur (REHM) resümiert (S. 18-21). Das mündet in einige Worte zur napoleonischen Epoche als « entscheidender Wendepunkt » (S. 21 f). Die übliche, frühere Datierung der Entstehung von Berufsbeamtentum auf Friedrich W. I. von Preußen wird verworfen (S. 22). W. beschreibt und begründet dann Fragestellung und Methode: Die Konzentration auf Bayern und Württemberg (S. 22 f), die Untersuchungskriterien « Rechte » und « Pflichten » (S. 23 f) bzw. — « funktional » gesprochen — « Privilegierung und Disziplinierung ». Letzteres entnimmt er dem M. WEBERSCHEN Idealtypus « bürokratische Herrschaft ». WUNDER will die beiden Begriffe sehr weit gefaßt als Pole eines « heuristischen Modells » für seine « funktionale Analyse » (S. 30, auch 26 u.ö.) der Quellen verwenden (S. 26-31). Die erwähnte knappe Literaturbemerkung schließt die Einleitung ab (S. 31 f).

5. Die drei HAUPTTEILE (85, 115 und 86 Seiten) gelten den « Auswirkungen des Kampfes zwischen Herzog und Ständen in Württemberg auf das Dienstrecht » (1764-1801) (S. 33-118), der « Schaffung des konstitutionellen Berufsbeamtentums in Bayern unter Montgelas (1799-1825) » (S. 119-234) und der « Rezeption der neuen Dienerkonzeption in Württemberg (1806/17-1821) » (S. 235-321). In sich sind sie systematisch, nicht chronologisch gegliedert. Einige Seiten « Historischer Überblick » vermitteln jeweils einige Hauptpunkte und Voraussetzungen im Zusammenhang. In Zusammenfassungen hält W. die wesentlichen Ergebnisse fest.

---

gestellung. Vgl. auch die Rez. zu Wunder von R. SCHEYHING, in ZSGerm, 96 (1979) S. 359-361 und von H. H. HOFMANN, in HPB, 1978, S. 300.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

6. Die *württembergische Entwicklung bis 1801* zerlegt er in Fragen der « politischen Stellung der Diener » (S. 36-68) und der « Rekrutierung der Diener » (S. 68-115). Breit schildert er, fast nur aus Archivalien, zunächst die hartnäckigen Versuche der ständischen Juristen unter Ausnutzung der politischen Konjunkturen, der Landesverträge und des Reichsrechts bis hin zu Prozessen in Wien und Wetzlar die « *Verantwortlichkeit der Diener* » (S. 36-44) zu begrenzen. Der Eid auf die Verfassungsverträge, die Verpflichtung auf bloß verfassungsgemäßen Gehorsam und die Bindung von Verhaftung und Vermögensstrafe an gerichtliche Verfahren sollten die bürgerlichen Diener gegenüber dem Fürsten schützen. Ganz klar war diesen Juristen, wie sie u.a. 1787 aussprechen, daß « die Aufrechterhaltung der Landesverfassung von der redlichen und pflichtmäßigen Amtsführung der Diener des Staats, wie von der Behandlung und Sicherheit derselben viel abhängt »; und: « sichert sie das Bewußtsein einer pflichtmäßigen Amtsführung nicht vor einer Entlassung und dem Verlust ihres Brods, so wird auch mancher rechtschaffene und treue Diener mutlos ... » (S. 49).

Mit dem *Entlassungsschutz* untersucht W. (S. 44-68, auch schon 17-21) wichtige und komplizierte, nicht recht ausgetragene Streitfragen der Zeit um dieses schärfste Disziplinierungsmittel (S. 44). Mit Hilfe der konkreten fallbezogenen Äußerungen der ständischen und herzoglichen Juristen kann WUNDER die Tragweite einiger rechtlicher Argumente verdeutlichen. Danach anerkannte man reichsrechtlich für die strafrechtsnahe *remotio* (Entlassung als Deliktsfolge, auch « Kassation », *dimissio ignominiosa*) die Bindung an ein Justizurteil, wobei allerdings der Kreis der Tatbestände sehr unterschiedlich gezogen wurde. Für die rechtlich kaum erfaßte einfache Entlassung (*dimissio honesta*) konnte man für Kirchendiener wenigstens ein vorheriges Geheimratsgutachten durchsetzen (S. 47 f); für die übrigen Diener gelang dies 1787 (S. 52). Höhepunkt der Versuche, den Herzog in seinen Organen zu binden, wurde die Entlaßbarkeit der Geheimen Räte (S. 53-68). Nachdem sich zunächst am Reichsgericht ein Teilsieg in dem Kompromiß abzeichnete, zwar die Amtsposition selbst ungeschützt zu lassen, aber eine Entschädigung aus ius quaesitum zu garantieren, führt die veränderte staatsrechtliche Lage nach 1805 auch zur Aufhebung dieses Teilschutzes (S. 67).

Unter « *Rekrutierung der Diener* » (S. 68-115) behandelt W. die juristisch etwas weniger vertrackten Kämpfe der « Landschaft » gegen den herzoglichen Diensthandel (S. 68-82), um « die eigenen Rechte vor Übergriffen der Diener durch ihre sorgfältige Auswahl zu schützen » (S. 69). Man fordert « Tüchtigkeit » im Sinne einer « durch Ausbildung vorbereiteten, ausschließlichen Orientierung an Recht und Gesetz » (ebd.) und ein entsprechendes Auswahlverfahren. Bis 1794 ein neuer Regent Einsicht zeigt, bleiben aber alle Angriffe gegen den lebhaften

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Diensthandel erfolglos. In der Frage des Indigenats (S. 82-97) ging es um die Konkurrenz des ausländischen Adels. W. kann sehr deutlich zeigen, daß die « weitgehende Aufhebung des adeligen Ämterprivilegs 1798 ... praktisch ein weitgehender Verzicht auf Anstellung von Ausländern » war, daß zwar juristisch formal nur das seit langem bestehende Indigenatsrecht eine Fortbildung erhielt, daß auf diesem Wege die revolutionäre Forderung auf Zugang aller Bürger zu den staatlichen Ämtern weitgehend erfüllt wurde, daß aber die « niederen Schichten des 3. Standes » oder gar der vierte damit nicht gemeint waren (so zusammenfassend S. 97). Neben dem Indigenat werden Ausbildung und Prüfungen zu einem Problem. W. demonstriert das Schwanken zwischen « einem System ständisch verengter Selbstrekrutierung ... und einem offenen Leistungssystem » (S. 104) sowie den sich ins grundsätzliche erweiternden Streit um die Anstellungsentscheidung (S. 104-14), in dem sich das Gewicht geeigneter Informationen abzeichnet, die sich dann später der Herzog durch Konduitenlisten als Vorläufer der Personalakten sichert (S. 114).

6. Für BAYERN S. 119-234) unterstreicht W. vor allem das Neue an der Konzeption des Dienstrechts. Graf Montgelas wirkte hier seit 1799 als zentrale Figur. Schon 1796 hatte er programmatisch den Zusammenhang zwischen materieller Sicherung, guter Bezahlung und Leistungsfähigkeit einer Verwaltung unterstrichen ([21]). Im Kontrast zu den beklagten Zuständen vor 1799 ging es ihm darum, mit Elitemitarbeitern eine Eliteverwaltung heranzubilden. In der Hauptlandespragmatik von 1805 faßte man erste Regelungen in dieser Richtung « organisch » zusammen, Sie fanden auch mit einigen Modifikationen Absicherung in den Konstitutionen von 1808 und 1818 und wurden ergänzt durch etliche Verordnungen. Sie gipfelten im Verbot außergerichtlicher Entlassung ohne Gehaltsentschädigung, das den reichsrechtlichen Kompromiß fortbildete (dazu S. 123-30), in bedeutenden Besoldungsverbesserungen (S. 139 f), der Zusage von Pensionen und Hinterbliebenenfürsorge (S. 140-48), dem Zugeständnis bis dahin dem Adel vorbehaltener Vorzugsrechte (Siegelmäßigkeit, Strafprozeßprivilegien u.a.) (S. 160-79) und der Einführung gruppenbildender Belohnungssysteme mit Gratifikationen, Pensionserhöhungen, Uniformen, Rangordnung, Zivilorden (S. 179-98). W. belegt außerdem detailliert, wie man den Gymnasial- und Universitätszugang drastisch einschränkte, um vor allem die Bauern- und einfachen Bürgersöhne in die « Gewerbe » zu drängen (S. 199-202). Man vereinheitlichte die Anstellungsvoraussetzungen durch Studienordnungen, unentgeltliche Praktika und Prü-

([21]) S. 131, auch 122; entgegen W. finden sich darin durchaus schon Motive der späteren Besserstellung, die bei W. gegenüber dem Motiv, treue Ergebenheit zu fördern, zu sehr zurücktreten, vgl. WEIS, *Montgelas 1759-1799*, München 1971, S. 269.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fungen im Sinne der Forderung nach Leistungsfähigkeit, aber auch Sittlichkeit (S. 202-09). Für Sonderkarrieren und Beförderungen hielt sich der Regent die Hände frei (S. 209-14). Sehr ernst nimmt W. dann die « Kriminalisierung » des ganzen Bereichs der Dienstpflichtverletzungen (dazu S. 214-29) durch das StGB von 1813, die erklärtermaßen « das ' gestörte Gleichgewicht ' zwischen Staat und Staatsdienern zu berichtigen » gedacht war (S. 219). Zwar blieb jede Entlassung ohne Gehalt und Degradation an ein Urteil gebunden, aber, so W., seit dem StGB hätten « für den Staatsdiener schärfere Sanktionen bei Dienstpflichtverletzungen als in allen anderen Arbeitsverhältnissen » (S. 224) gegolten. Die « Entlassung als Folgestrafe schon bestrafter gemeiner Verbrechen und (zusätzlich) als Bestrafung standeswidrigen Verhaltens (sei) Zeichen einer besonderen Standesjustiz, die neben und in Verdoppelung der geltenden Strafjustiz aufgebaut wurde » (S. 230). Fazit: Der Privilegierung « folgte ... verstärkte Disziplinierung » (S. 231). Einige Verwerfungen und Revisionsversuche aus finanziellen und prinzipiellen Gründen, berichtet W. ebenfalls ausführlich (S. 134-39, 149-56, 207-09).

7. Die *Übernahme der bayerischen Konzeption in Württemberg* gibt W. Gelegenheit herauszuarbeiten, welche Bedeutung diese Konzeption unter anderen Gesamtbedingungen, insbesondere gegenüber den in Württemberg wiedererstarkten und neugruppierten Ständen gewann. Die Stände versuchten, in den Verfassungsverhandlungen (S. 239-70) neben der Privilegierung die alten Sicherungen festzuhalten und auszubauen. Der bloß verfassungsmäßige Gehorsam wurde zu einem formellen Beschwerderecht entwickelt (S. 249-54). Die Ministerverantwortlichkeit konnte jetzt in einem Verfahren vor einem besonderen Staatsgerichtshof ausgetragen werden (S. 255-59). Es gelingt aber nicht, darüber hinaus die Amtsführung selbst unter eine rechtlich abgesicherte ständische Kontrolle zu bringen (S. 259-70). Auch die disziplinarische Entlassung verbleibt dem Regenten (ebd. u. S. 72-76). Universitätsaufnahmeregelungen, Probezeiten und Eingangsprüfungen kanalisieren die Rekrutierung. Die Beförderungen behält sich der Regent vor, Personalakten verbessern seine Informationen (S. 281-96). Andererseits erhöht man nun auch in Württemberg mit Besoldungsverbesserungen und Pensionszusagen das materielle Niveau erheblich (S. 297-318). Fazit hier: Die altständische Linie, im Diener den Rechtsstaat zu schützen, erweist sich als brüchig. Denn die Privilegierten verselbständigen sich; die Interessen von Ständen und Staatsdiener laufen anseinander. Die Voraussetzung, der geschützte Diener werde mutig Verfassungstreue praktizieren, entfiel mehr und mehr. Es bedarf der Stände als Rückhalt gegenüber dem Herrn gar nicht mehr, wenigstens nicht für eine sichere materielle Existenz. Auch in Württemberg mit seiner ausgeprägten Rechtsstaatstradition geht also nach W.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

die Reform auf Kosten des Rechtsstaates aller und zugunsten der vom Dienstherrn verkörperten und beherrschten Ordnung (S. 320).

8. In seiner *Schlußbetrachtung* (S. 321-329) kommt WUNDER dann zu folgenden Ergebnissen und Folgerungen: Die umfassende Kodifizierung von Beamtenrecht in den süddeutschen Mittelstaaten Bayern und Württemberg sei « eine Folge des (allgemeinen) Ausbaus des Rechtsstaats ». Zugleich sei sie aber diesem auch schon inhaltlich entzogen worden. Es handele « sich ... um wesentlich außenpolitisch bedingte Reformen, die die Machtverhältnisse (zwischen Diener und Regent und damit auch Volk) unangetastet ließen «. Die umkämpfte und gepriesene Verrechtlichung der Exekutive brachte also nach W. per saldo keine Fortschritte für die allgemeine Freiheit. Man habe damit die Mitarbeit der aufgeklärten Akademikerschaft gewonnen, sie aber zugleich aus der bürgerlichen Gesellschaft gelöst und so die Herrschaft stabilisiert. Als Kontrollbefugnis erbrachte die lange Auseinandersetzung letztlich nur in Württemberg eine zudem unpraktikable Ministerverantwortlichkeit (alles S. 321 f). Im Ergebnis habe sich der Regent auf Kosten der übrigen Staatsbürger ein neues, effektiveres Instrument geschaffen. In diesem Sinne hatte WUNDER bereits prägnant bemerkt: « Rechtsstaat und absolutische Machtfülle waren kein Gegensatz » (S. 68).

Die materielle Privilegierung der Diener schützte zwar deren persönliches Auskommen, nicht aber die Amtstätigkeit als solche oder gar deren Rechtmäßigkeit. Die Vermehrung der Privilegien habe « auf Grund ihrer Entziehbarkeit (zugleich) eine verschärfte Disziplinierung » legitimiert (S. 234), Die Privilegien waren zudem nur über eine bestimmte Ausbildung und zusätzliche, nicht ohne weiteres zugängliche Voraussetzungen zu erlangen. Die so ausbalancierte materielle Sicherung habe einen Amtsadel und eine Art Regierungspartei geschaffen, die sich durch Gehorsamspflicht und Belohnungen festgelegt fanden (S. 324 f). Ihrer Verfestigung dienten finanzielle und soziale Zugangsschranken, z.B. unentgeltliche Probezeiten, die zu weitgehender Selbstrekutierung geführt hätten (S. 325).

So entsteht das Bild eines zunehmend unpolitischen, d.h. inhaltlich unkritischen, perfekt leistungsfähigen, reinen Verwaltungsinstruments als der Typ des deutschen Berufsbeamten, der aus der Auseinandersetzung von Aufklärung, Revolution und Absolutismus geboren wurde (vgl. S. 326 u.ö.). Dies führte nach W. dazu, daß eben dieses Instrument « eine schwache Stütze in wirklicher Gefahr gewährt » (S. 327), so mit R. MOHL 1862, oder sarkastischer mit M. WEBER im November 1918: « Daß die bureaukratische Maschinerie ... gegebenenfalls bereit ist, unbesehen jedem zu dienen, der sich im physischen Besitz der nötigen Gewaltmittel befindet und den Beamten den Fortbesitz ihrer Ämter gewährt » (S. 327[9]). Damit befindet sich W. bereits in einer Skizze

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

der Entwicklungen nach 1850. Wiederum reizt ihn das typisch deutsche, der Sonderweg, zur Charakterisierung (S. 326-29).

9. Dieser Überblick präsentiert nur die wichtigsten Umrisse von W's Untersuchung. Doch sollte er erkennen lassen, daß es sich um eine sehr gründlich ausgearbeitete, überaus sorgfältige, keineswegs nur juristisch-dogmengeschichtliche, aber doch in juristische Argumentationen klärend eindringende, ganz außerordentliche Leistung handelt. Die Kenntnis der Dienstrechtsentwicklung wird ganz wesentlich erweitert und bis in zahlreiche Details hinein vertieft. W. erweist die Epoche um 1800 und speziell den Beitrag von Rheinbundstaaten (Bayern und Württemberg) wieder einmal als ebenso unentbehrlichen, wie vernachlässigten Baustein zum besseren Verständnis der Moderne. Mit seinem Rückgriff auf die altwürttembergischen Auseinandersetzungen vor 1800 benutzt er in geschickter Weise deren besondere verfassungsgeschichtliche Lage als geeignete Brücke, um Kontinuität und Bruch zum alten Reich zu erfassen. W. setzt die notwendigsten dogmengeschichtlichen Kenntnisse in Form geeigneter Sekundärliteratur voraus ([22]) und erweitert sein Untersuchungsfeld sehr erheblich, vor allem auf die Fragen « Rekrutierung » und « Belohnungssystem ». Die Fruchtbarkeit dieser Methode liegt auf der Hand. Das Verständnis der mitspielenden Interessen, mit W. « der sozialen und politischen Implikationen », wird entscheidend gefördert. So belegen seine Daten zum verschärften « sozialen numerus clausus » des Zugangs zu den Ämtern ([23]) und zur Ausgrenzung der unteren Dienerschaft aus den Privilegien (S. 134-39, 142, 149-55, 163, 173, 310-18) drastisch die Grenzen des neuen Standes. In der Tat wurden hier « die gesamtgesellschaftlichen Implikationen ... besonders virulent » (S. 28). Die vielfachen adelsgleichen Vorzugsattribute zeigen die gleichen Grenzen im alten Gewande. Sehr einleuchtend wird die vielfache Letztkompetenz des Fürsten betont, etwa seine im Verordnungsrecht liegende Definitionsmacht für Dienstpflichtverletzungstatbestände (S. 224), sein Begnadigungsrecht bei der Ministerverantwortlichkeit (S. 256), seine Anstellungs- (S. 202 ff, 281 ff), Beförderungs- (S. 209 ff, 296 f) und Belohnungskompetenz (S. 156 ff, 179 ff, 299 ff, 318), sein jedenfalls bei Entschädigung voll gewahrtes Entlassungsrecht (S. 224). Besonders fruchtbar erscheint die deutliche Abgrenzung zum älteren Beamtentum vor 1800. Seit den Reformen um 1800 verdeutlicht sich, daß die Beamten nicht mehr einen Stand unter Ständen in geordneter Rangfolge bilden, sondern eine tätigkeitsbezogene Gruppe, die sich im

([22]) Siehe oben vor Anm. 7.

([23]) S. 199-202 für Bayern, 281-85 für Württ.; vgl. dagegen noch die Lücken dazu im Handbuch der bay. Geschichte, Bd. IV 2, München 1975, S. 950-1036, 856-58, zum Schul- und Universitätswesen u. Öff. Dienst.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Bündnis Herrscher/Staat - Bürger/Gesellschaft in einem gewandelten Kräftefeld neu konstituiert (24). Das nur elf Jahre vor der bayerischen Hauptlandespragmatik in Kraft getretene preußische ALR (vgl. auch W. S. 14, 16) unterscheidet sich von dieser wahrhaft sinnfällig schon durch die Einordnung der « Rechte und Pflichten der Diener des Staats » (II 10) in das Personen- und Standesrecht nach Bauern-, Bürger- und Adelsstand (II 7; 8; 9) und zusammen mit den « Militärbedienten ». Auf Schritt und Tritt erweist W. so eine diffizile Verflechtung der außen- und innenpolitischen Kräfteverhältnisse, der Wirkungskraft juristischer Vorstellungen, der Finesse ihrer Präsentation, der Mitwirkung tragender Personen, ihres prozessualen und taktischen Geschicks.

Wenn im folgenden einiges kritisch angemerkt wird, so soll dies in keiner Weise die ausgezeichnete Gesamtleistung herabsetzen. Einige Einzelfragen und weniger geglückte Punkte fallen aber besonders dem Juristen und Rechtshistoriker auf. Auch die Fragestellung selbst und ihre Durchführung sind zu diskutieren.

10. In einigen Fällen bemerkt man eine gewisse Nachlässigkeit im Belegen und Begründen, die gerade die juristische Seite trifft. Unklar werden bloße Titel in den Anmerkungen nachgewiesen, die W. offenbar nicht selbständig benutzt hat, sondern z.B. nach REHM (S. 21). Zusätzlich stört dann, wenn Autor und Titel in Literaturverzeichnis und Anmerkungen entstellt auftreten (25). Ganz unbelegt läßt W. einige Ausfälle zur « staatsrechtlichen Literatur » (S. 17, 23, ähnlich 25), die so « nackt » weniger überzeugen. Kaum zutreffend spricht W. davon, Ehre sei als ius quaesitum aufgefaßt worden (S. 20, 49, vgl. 59 f). Die Belege dafür (S. 20) sagen dies nicht. Die zitierte Quelle (S. 59 Fn) nennt gerade nur das Eigentum bezüglich Rang und Einkommen, nicht die Ehre. W. überblickt offenbar nicht den Kontext der ius-quaesitum-Lehre im Recht des Vermögens und der Privilegien und vermischt unklar zwei verschiedene Argumentationen, die zwar beide Rechtsschutz brachten, aber doch inhaltlich verschiedene Gewähr boten (vgl. S. 49). Amt als ius-quaesitum aufgefaßt zielte auf die als Regel behauptete Dauerhaftigkeit der Anstellung und die damit verbundenen Vermögenswerte (26). In der Logik dieses Arguments liegt die spätere Garantie bloß des Gehalts, aber nicht des Amtes selbst (27). Die Qualifizierung der schlichten *dimissio honesta* als Strafe zielte

(24) S. 22; vgl. auch schon E. R. HUBER, Bd. 2, S. 21 f.

(25) Z. B. H. L. Seuffert (statt J. M., auch Titel), siehe S. 21 u. Lit. verz.; Maunz/Dühring (statt Dürig), S. 26 u. Lit. verz.; Isaacsohn (Jahr unrichtig), s. Lit. verz.; Magerl (Titel, Jahr), S. 276 u. Lit. verzeichnis.

(26) Vgl. dazu REHM, *aaO*, der die verschiedenen zeitgenössischen Autoren S. 604, 606, 609, 611, 617, 619 f dazu wiedergibt.

(27) Vgl. deutlich auch GÖNNER, bei REHM, *aaO*, 629.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dagegen auf die Ehrverletzung selbst dieser Entlassungsform und das Amt als solches ([28]). Eine Gleichsetzung dieser verschiedenen Begründungen liegt darin nicht und sollte sie auf irgendeine Weise doch versucht worden sein, so hat W. dies nicht ausreichend klar gemacht.

II. W. meint zugleich, in der ius-quaesitum-Lehre wirke «die *Rechtstaatsidee*» (S. 20). Daran irritiert die Verbindung zweier sonst verschiedenen Zeitaltern angehöriger Begriffe. Allerdings findet sich in einem allgemeinen Sinne in beiden Fällen Rechtsschutz. Verloren geht bei der Zusammenstellung der große Unterschied der juristischen Kontexte, den etwa RIMSCHA 1973 detailliert und treffend herausarbeitete ([29]).

Iura quaesita stehen dualistisch konträr zum *ius eminens* des Landesherrn. Sie gewährleisten erworbenen Besitzstand sozusagen vorstaatlich gegenüber einem «Staat», der in dieser Ausdehnung gar nicht gedacht wurde. Rechtsstaat schützt dagegen subjektive Rechte nach anderen Kriterien, in dem Maße wie er sie selbst verleiht und sichert, als subjektive private oder öffentliche Rechte oder als Reflexe. Die Iura quaesita gehen darin auf ([30]).

W's Sorglosigkeit im Umgang mit dem Wortfeld «Rechtsstaat» fällt umso störender ins Gewicht, als die ganze Arbeit an zentralen Punkten darauf zurückgreift und in keineswegs gleichbleibendem oder stets klarem Sinne (vgl. S. 11, 12 f, 50, 68 f, 115, 117 f, 119 f, 123, 129, 133, 160, 174, 177, 215, 222, 240, 244, 248, 268, 290, 318 f, 321 u.ö.). Unschädlich ist das, wenn die Kontexte konkret genug sind. Aber die Stimmigkeit der allgemeineren Kennzeichnungen und Zusammenhänge leidet erheblich. Von *Rechtsstaat* spricht man heutzutage vor allem im formellen und materiellen Sinne ([31]): als Staat der Gesetze und Staat der gerechten Gesetze. Wegen der Vielzahl der aktuellen und historischen Verwendungen des Wortfeldes haben Verfassungsgeschichte, Staatslehre und Politik einzelne Elemente genauer herausgearbeitet (Gesetzlichkeit, Gewaltenteilung, Parlament mit Gesetzeskompetenz, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Unabhängigkeit der Justiz, Grundrechte, voller Grundrechtsschutz). Sie bieten auch größere Einteilungen an wie Ständestaat, Polizeistaat, Gesetzesstaat, Verfas-

---

([28]) Vgl. CRAMER, bei REHM, *aaO*, 601.

([29]) W. v. RIMSCHA, *Die Grundrechte im süddeutschen Konstitutionalismus* ..., Köln 1973, hier bes. S. 142 f.

([30]) Vgl. RIMSCHA, *aaO*, 180 f; auch PIRSON, *Iura quaesita*, in HRG II, beide von W. genannt, aber nicht recht verwendet.

([31]) Guter Überblick bei R. BÄUMLIN, *Rechtsstaat*, in Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart 1966, Sp. 1733-43; typisch etwa MAUNZ-DÜRIG ..., *Grundgesetz. Kommentar*, München 1958 ff, Art. 20/58 f (1960); M. KRIELE, *Einführung in die Staatslehre*, Reinbek 1975, S. 104 ff; K. HESSE, *Grundzüge d. Verfassungsrechts* ..., 7. A., Karlsruhe 1974, S. 79/ § 6 II.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sungsstaat, Justizstaat, formeller / materieller Rechtsstaat (32), hinter die man nicht ohne Grund zurückgehen sollte, weil sonst Erkenntnisse verwischt werden, ohne daß Besseres zum Vorschein käme. Verfassungshistoriker sprechen für W's Untersuchungsfeld mit Bedacht nur von « rechtsstaatlichen Bestrebungen » (33) oder vom sogenannten « Rechtsstaat » (34). Äußern sie sich einmal näher, so lautet das Ergebnis, es verbiete sich, « dieses gesetzesstaatliche System bereits als Rechtsstaat zu bezeichnen », vor allem, weil eine volle Gewaltenteilung und Legislative, ein Grundrechts- und -schutzsystem und gerichtliche Kontrolle öffentlicher Gewalt fehlten (35). Die süddeutschen Verfassungsstaaten der Rheinbundzeit werden ähnlich als bloß scheinkonstitutionell gekennzeichnet (36). Auch ihnen fehlen nämlich die genannten Rechtsstaatselemente (37). Auch wenn man mehr die Kontinuitäten über den Rheinbund hinweg — und mit Recht — betonen will, verwirrt es angesichts dieser Terminologie, wenn W. seinen Reformstaaten « Aufrechterhaltung des Rechtsstaates, d.h. die Bindung der Staatstätigkeit an generelle Normen bzw. Gesetze » (S. 12) betont zuschreibt. Denn Gesetzesbindung allein ist noch nicht Rechtsstaat, sondern Gesetzesstaat; und Gesetzesbindung ohne Stände oder Parlament, ohne stabilen Gesetzesbegriff, ist monarchischer Gesetzesstaat, noch nicht einmal formeller Rechtsstaat. W. sieht an anderer Stelle das Problem « Verordnung » (S. 224), zieht aber daraus nicht die gebotenen Folgerungen für seine Allgemeinbegriffe. Die richtige Feststellung, der « Rechtsstaat » habe *durch* Kodifizierung « dem Rechtsstaat » das Beamtenrecht einseitig entzogen (S. 321), bleibt daher stecken in der terminologischen Unklarheit zwischen monarchischem Gesetzesstaat und materiellen, frühliberalen Rechtsstaatsforderungen, die den Monarchen und seine Diener bereits der Legislative unterordnen wollen. Im gesetzesfreudigen Reformbayern Montgelas' dagegen betreibt man weniger den « Ausbau des Rechtsstaates » (so aber W. durchweg, s. S. 11, 118, 321, vgl. 318), sondern den des Staates überhaupt (38).

---

(32) Vgl. soeben Anm. 31 und etwa MENGER, *aaO*, Rz 223, 417; M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. A., Tübingen 1976, II, S. 634 ff, 646 f; für Bürokratie dabei wesentlich weitesführend F. M. MARX (A. 46) S. 28 ff, 70 ff.

(33) H. CONRAD, *Rechtsstaatliche Bestrebungen im Absolutismus Preußens und Österreichs am Ende des 18. Jh.*, Köln 1961.

(34) So E. R. HUBER, *aaO*, I, 106 zum ALR.

(35) So E. R. HUBER, *aaO*, II, 19 sehr begründet und detailliert zu Preußen 1815-40: « Gesetzesstaat und Rechtsstaat ».

(36) DERS., *aaO*, I, 88 ff mit 316: bürokratischer Verwaltungsstaat.

(37) Vgl. WEIS, in Handbuch, IV 1, *aaO*, S. 53 f.

(38) Dazu treffend und näher v. RIMSCHA, *aaO*, 5, 8 ff, 13, 17; zu Recht betont daher WEIS, *Reformzeit*, S. 237 f, zugleich die nie dagewesene Machtfülle und die Selbstbindung an Recht und Gesetz, vorsichtig auch DERS., *Montgelas*, S. 149 f, 190, wo er zwar von « Rechtsstaat » spricht, dies aber zu Schutz bloß der bürgerlichen Freiheit konkretisiert u. auf die fehlende Gewaltenteilung hinweist; s. auch. S. 464: Rechtsstaat mit starker Spitze als Ideal bei Montgelas.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Die Kennzeichnung als « egalitärer Rechtsstaat » (S. 11, 13, 120, 160) läßt unklar, daß eher gleiche Gesetzesunterworfenheit als positive Gleichstellung verbürgt waren ([39]). Ohne Zweifel ist das Prinzip der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns weitgehend « machtneutral » (S. 68, 118, 268); es entspricht dem Typ *Gesetzesstaat* und sagt nichts über die Legitimitation der Gesetze selbst. Es fällt aber nicht zusammen mit der Forderung nach Gerichtsschutz (vgl. S. 215, auch 174, 222). Auch daß « der Rechtsstaat primär nur die Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns forderte » (S. 118), nimmt *Rechtsstaat* wieder schief und trifft die Lage im damaligen Württemberg so wenig wie die anschließende Bermerkung, « der Rechtsstaat instrumentalisierte die Dienerschaft » durch Gesetze « in einer bisher unbekannten Weise ». Es war monarchische Gesetzesstaatlichkeit ohne wesentliche Elemente von Rechtsstaat, die derart Gesetzgebung einsetzte. Auch für Württemberg verdeckt die Kennzeichnung der Vorgänge als « Ringen um eine innerstaatliche Garantie des Rechtsstaates » (S. 117, auch 240, 244, 268, 290), daß es spezieller um die « Gewähr » der bestehenden Gesetze und Vereinbarungen ging, um die Abwehr von Mißbräuchen und Umgehungen und weniger um dem positiven Ausbau eines modernen Rechtsstaats ([40]). So versteht man auch die Schwierigkeiten, in den Verfassungsverhandlungen nach 1817 positive Instrumente zur Förderung eines materiell gerechteren, wirklichen Rechtsstaates zu entwickeln.

Ein Geburtsfehler des Berufsbeamtentums liegt also darin, daß es zwar durch Gesetze, aber ohne Rücksicht auf deren einseitige Machtgrundlage entwickelt wurde. « Den Rechtsstaat » aber trifft das weniger. In ihm gerät das Beamtentum in andere Kräftefelder, die auch W. kurz skizziert (S. 326 ff). Mit der zu globalen Beziehung auf Rechtsstaatliches ganz allgemein versäumt W. aber eine genauere theoretische Erfassung des Staatstyps, der die Dienstrechtsentstehung vermittelt. Zugleich suggeriert er eine diffuse Kontinuität zum modernen materialen Rechtsstaat und seinen Beamten, die so nicht überzeugt, obgleich die These zu denken gibt ([41]).

12. In einigen Punkten beruhen W's Urteile auf *Vergleichen von Rechtslagen*, die nicht durchweg überzeugen. Die « Durchsetzung des Gesetzmäßigkeitsprinzips » bei Entlassungen in Bayern sei ein « Scheinsieg » der Bürokraten, da der Erfolg durch volle Kriminalisierung der Dienstpflichtverletzungen im StGB von 1813 mehr als ausgeglichen

---

([39]) Vgl. wieder v. RIMSCHA, *aaO*, S. 12, 18 f, 124 ff.

([40]) Vgl. die Quellen, S. 58: « Erhalt der Grenzen «, auch S. 243 in A. 13 a.E.

([41]) Auch TH. ELLWEIN/R. ZOLL, *Berufsbeamtentum*, Düsseldorf 1973, die W. generell positiv heranzieht (S. 17 u.ö.), sprechen nur von « rechtsstaatlicher Komponente », d.i. Ablehnung jeglicher Willkür, s.S. 26; weiter F. M. MARX (A. 46) S. 26 f.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

worden sei (S. 224, auch 221, 231). Die Dienstpflichten seien « erhöht », die Strafdrohungen « drakonisch verschärft » worden (S. 229, auch 231). « Doppelbestrafung » der Staatsdiener komme hinzu (S. 230 f). Wegen dieser Strafdrohungen bei « nicht definierter unbegrenzter Gehorsamspflicht ... galten für den Staatsdiener schärfere Sanktionen bei Dienstpflichtverletzungen als in allen anderen Arbeitsverhältnissen » (S. 224, auch 226). Beim letzten Vergleich übersieht W. in einer gewissen Fixierung auf die « Kriminalisierung », daß selbst abgesehen von Kontraktsbruchstrafen (42) Sanktionen wie sofortige Entlassung fast überall materiell-rechtlich und prozessual i.w. unbeschränkt waren (43), während die Beamtenentlassung in Bayern nur ein unabhängiger Richter aussprechen konnte. Von « drakonischer Verschärfung » gegenüber der Lage *vor* 1805 kann nicht die Rede sein, da die neuen Tatbestände Entlassung als einzige Rechtsfolge androhten und insoweit der vorher möglichen « willkürlichen » entsprachen, während sie doch nach Tatbestand und Verfahren darüberhinaus Schutz brachten. Die bloße Qualifizierung als « Strafe » hatte ja auch noch die reichsrechtlichen Juristen nicht gehindert, darin einen juristischen Weg für *Schutz* bei der *dimissio honesta* zu finden (vgl. S. 49, 59). Für die Zeit *nach* 1805 hängt das Urteil « Verschärfung » von einem genauen Vergleich mit dem die Pragmatik bis 1813 ergänzenden Kriminalkodex ab. W. schildert aber i.w. nur die Kontroversen um das neue StGB und begnügt sich mit den dabei fallenden Bemerkungen über eine « Lücke » im Kriminalkodex bei Fällen von hartnäckiger Nachlässigkeit, Unfleiß, Leichtsinn und Unsittlichkeit (S. 215[64], 218, 222). Das StGB brachte dafür den Art. 439. Im übrigen wurden wohl die benannten und unbenannten Amtsdelikte nur übernommen und präzisiert (vgl. S. 219). Art. 439 ist also Kronzeuge für W's Urteil « volle Kriminalisierung » und « drakonische Verschärfung ». Der Artikel droht « Degradation oder Dienstentlassung » (d.h. ohne dauernde Amtsunfähigkeit, Art. 22) an, dies aber erst nach dreimaliger Disziplinarstrafe zum gleichen Tatbestand (« von neuem eines solchen Vergehens schuldig gemacht »), eine Einschränkung, die W. nicht recht beachtet (44). Jedenfalls ist seine Zuspitzung, Disziplinarstrafe sei hier « auf das gesamte inner- und außerdienstliche Verhalten des Dieners und (!) seiner nächsten Angehörigen ausgedehnt » (S. 231), unhaltbar.

Auch von « Doppelung » der Strafen mit Anklang an *ne bis in idem* sollte nicht die Rede sein, da 1813 nicht die gleiche Tat mehrfach

---

(42) Statt aller W. OGRIS, *Geschichte des Arbeitsrechts vom Mittelalter bis in das 19. Jh.*, in Recht der Arbeit, 1967, S. 286-97, hier 296, auch 283, 293.

(43) Statt aller hier G. BERNERT, *Arbeitsverhältnisse im 19. Jh.*, Marburg 1972, S. 41 f für das Gemeine Recht, vgl. dann das Register unter « Beendigung » für andere Rechte der Zeit.

(44) Vgl. S. 221 oben. Unrichtig spricht W. hier von « Kassation », d.h. Dienstentsetzung mit dauernder Amtsunfähigkeit, Art. 22 StGB 1813.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bedroht wird, sondern lediglich der beamtete Täter etwas schärfer mit Amtsentzug - die Folgen für bürgerliche Täter und ihre Berufe waren wohl nicht so unvergleichbar. Eine echte Sonderstrafe (nicht Doppelung) bilden dagegen in der Tat die reinen Amtsdelikte.

Insgesamt überschätzt also WUNDER m. E. die in Art. 439 liegende Erweiterung und Verschärfung des Dienststrafrechts. Ein bloßer Vergleich der Rechtslagen kann auch keine volle Klarheit bringen, da gerade der Ernst einer Strafdrohung ganz wesentlich von der Praxis dazu bestimmt wird. Um so schwieriger ist also das Urteil « Scheinsieg » zu halten: Es hängt sowohl von « verschärfter Kriminalisierung » als von einer zusätzlichen Abwägung zwischen dem ' Gewinn ' bei der Gesetzmäßigkeit und dem ' Verlust ' bei der Kriminalisierung ab. Diese Abwägung zwischen zwei so abstrakten Rechtslagen scheint mir ohne Überprüfung der Praxis nicht sinnvoll. WUNDERS Begründung überzeugt daher auch hier nicht.

13. Damit sind die *Grenzen von* WUNDERS *Quellen und Methode* angesprochen. Er selbst betont einleitend, « die Frage der Durchsetzung bzw. des Grades der Verwirklichung dieses Konzeption (von Beamtentum habe er) offengelassen » (S. 30). Sie solle in einer späteren Arbeit zu Baden beantwortet werden (S. 23). Andererseits sucht W. nach « sozialen und politischen Implikationen » (S. 29, auch 10) der « Paragraphen », an anderer Stelle sogar nach den « politischen und sozialen Ursachen der Entstehung des deutschen Berufsbeamtentums » (S. 22), ohne daß er andeutet, wie diese aus dem Normbestand zu erkennen sein sollen. In seiner Arbeit selbst läßt er sich vom Material führen. Er beachtet teils die Rechtssätze allein, teils die Entstehungsmaterialien, teils schließt er aus zusätzlichen Materialien auf die Verwirklichung, etwa bei der Rekrutierung. In vielen Fällen löst W. also die Spannung Norm-Wirklichkeit ganz konkret und überzeugend. In Fällen wie « Scheinsieg » strapaziert er jedoch wie gezeigt sein hier bloß normatives Material zu sehr. Vor allem der mögliche Zusammenhang zwischen einer Strafdrohung, Entlassung und Disziplinierung wird nicht hinreichend reflektiert. Solange Disziplinierung, wie S. 29 angekündigt, nur « jede Art von Strafen (bedeutet), die zur Erreichung des Organisationseweckes eingesetzt wurden », wäre das konkret. Werden aber Straf*drohungen* eingesetzt, so bleiben diese zunächst abstrakt. Sie bedeuten wohl mehr eine Sicherung gegen völlige Ausfälle bei der Diensterfüllung als eine generell notwendige Säule der Disziplin. In diesem Sinne wird in Bayern auch die « Lückenfüllung » 1813 begründet (vgl. S. 215[64], 218, 221 f.). Die eigentlich gewünschte positive Identifikation konnte durch abstrakte Drohungen kaum gesichert werden. Wichtiger erscheinen mir hier Privilegierung und Belohnungssysteme, da sie für die Mehrzahl, die ohnehin neutral bis wohlwollend Motivierten, von Gewicht sind.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

W's Behauptungen, « eben die Vermehrung der Privilegien bedeutete auf Grund ihrer Entziehbarkeit eine verschärfte Disziplinierung » und « die Aufstellung genereller (Strafrechts-) Normen (hat) den Zwang zu einem systemkonformen Verhalten verstärkt » (S. 324) überschreiten daher in mehrfacher Hinsicht die gesicherte Basis. Klar erfaßbar waren in seinen Quellen die Privilegierung in den Normen (er hat sie darüberhinaus real belegt) und die Sicherung der gewünschten Dienste auch durch Androhung der Entlassung ohne Gehalt. Ein Wirkungszusammenhang Entlassungsandrohung - tatsächliche Anpassung war nur als Absicht greifbar, nicht als Realität. W. behauptet darüberhinaus gesteigerte Anpassung bei der Androhung des Entzugs besonderer Vorteile. So einleuchtend dies alltagspsychologisch klingen mag, so wenig ist ein solcher Zusammenhang aus den Texten oder gar real belegt. Aus den genannten Gründen ist also allgemein Skepsis angebracht, ob ein solcher Zusammenhang für eine relevante Beamtengruppe von Bedeutung war.

14. Ähnlich problematisch im Hinblick auf die Quellenbasis scheint mir WUNDERS Schluß von der bloßen Anlegung und Erweiterung der sog. Konduitelisten, die auch bis 1831 einsehbar waren, auf die Kennzeichnung als *reales « Überwachungssystem »* (S. 212). Die Begründung mit Normen von 1838, die einen völlig anderen Ton sprechen (vgl. S. 212 mit 210[53]), trifft nicht.

Nicht ganz so selbstverständlich stimmt auch die Behauptung, die Privilegierung der Staatsdiener sei *auf Kosten der übrigen Untertanen* und Steuerzahler gegangen (S. 127, 130, 21, 10 u.ö.). M. WEBER wies schon darauf hin, daß man bei dieser Rechnung nicht nur auf die baren Kassenausgaben sehen dürfe ([45]). 1824 beton Sütner im bayerischen Staatsrat dasselbe (S. 155).

15. Nur schwer substantiieren läßt sich dagegen der Zweifel, ob nicht die Anlage des Buches die *Erfassung der Quellen* selbst bisweilen beeinträchtigte. Die Frage würde nicht aufgeworfen, wenn nicht die Verwunderung mitspielte, daß gerade ein Historiker sein Thema systematisch darstellt, so daß eine frappierende Ähnlichkeit mit den vielen historisch-systematischen Arbeiten des 19. Jahrhunderts entsteht, die unter Rechtshistorikern leicht methodisch rückständig genannt werden könnte. W. gliedert nämlich — wie geschildert — gemäß seinem heuristischen Modell in allen drei Hauptteilen scharf in Rechte/Pflichten bzw. Privilegien/Disziplinierendes. Das führt dazu, daß der Kontext der Archivalien völlig durchbrochen wird und sie an verschiedenen Stellen, teils in Überschneidung und Wiederholung erscheinen (z.B. S. 214-30); auch mißglückte Einordnungen unter unpassende Über-

([45]) *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. A., Tübingen 1976, Bd. 2, S. 567, 562.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

schriften kommen zustande (vgl. etwa S. 224 f). Dennoch gewinnt man nicht den Eindruck, W. habe allzu zielstrebig interpretiert. Allerdings vermißt man deutlichere Überlegungen und Informationen dazu, wer eigentlich, in welchem Gremium, mit welcher Funktion einen Beleg produzierte u.ä. quellenkritische Hinweise. So erscheinen für Bayern immer wieder an zentraler Stelle Zitate eines Herrn v. Asbeck, ohne daß mehr als spärliche Hinweise über ihn gegeben würden (S. 131[31]). Andere Beteiligte bleiben noch unbekannter. Auch wird die Zusammensetzung der Gremien, aus denen Texte stammen, nur selten erläutert und Diskussionen scheint es kaum gegeben zu haben, da meist nur eine Seite auftritt. Besonders fällt dies bei der Untersuchung der Motive der bayerischen Pragmatik auf, wo relativ unvermittelt v. ASBECK (1811) gegen MONTGELAS (1796) ausgespielt wird, da leider unmittelbare Akten fehlen (S. 130 ff).

16. Eingangs wurde auch die Frage aufgeworfen, ob WUNDER mit seinem gesellschaftsgeschichtlichen Ansatz *methodische Rückstände* einseitiger Rechtsgeschichte überwindet oder nicht. Nach Aufbau, Objekt und Methode wirkt seine Studie eher klassisch-rechtshistorisch, d.h., systematisch, primär an Rechtssätzen ausgerichtet, um deren Interpretation bemüht. Rechtssätze und ihr Entstehungskontext werden als Indizien für das Auftreten und die Wirkung sozialer und politischer Interessen ausgewertet. Einer besonderen *Methode*, einem besonderen Verfahren mit den Quellen, begegnet man dabei entgegen einem gewissen Anschein nicht. Vielmehr entgeht auch W. nicht der alten Versuchung, aus bloßen Normen und Debatten um sie zu sehr auf Wirklichkeit zu schließen. Besondere Kriterien etwa für die Effektivität von Strafandrohungen hat er nicht entwickelt. Eigenständiger wird die Untersuchung da, wo sie den Bereich der Normen überschreitet. Traditionnel rechtshistorisch kann man es sicher auch nicht nennen, daß WUNDER bewußt von einer theoretisch umrissenen Fragestellung ausgeht, hier von M. WEBER ([46]). Er vermeidet zu Recht damit einen nicht seltenen Untersuchungsstil, der noch der Illusion zu folgen scheint, irgendwie sei *die* Wirklichkeit zu schildern oder wenigstens *der* relevante Teil. Daß Wunder einem bestimmten heuristischen Modell folgt, hat dagegen nichts Besonderes, da jede Untersuchung einer Fragestellung bedarf. Allerdings zeigte er eine Tendenz, seinen Quellen mehr abzugewinnen, als sie tragen - schon in der

([46]) Die klassiche Studie von F. M. MARX, *Einführung in die Bürokratie. Eine vergleichende Untersuchung über das Beamtentum*, Neuwied 1959, verwendet er leider dabei nicht. Ebenso wäre für die allgemeinen Schlüsse wichtig gewesen W. FISCHER und P. LUNDGREEN, *Recruitment and Training of Administrative and Technical Personnel*, in C. TILLY (Hg.), *The Formation of National States in Western Europe*, Princeton 1975, S. 456-461, dt. Fassung in *Studien zum Beginn der modernen Welt*, Stuttgart 1977, S. 194-217.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anlage seiner Fragestellung ([47]), erst recht dann in der Beweisführung. Sie überzeugte nicht überall und zumal nicht an für das Modell wichtigen Punkten. Allerdings schmälert dies nicht die Wichtigkeit von Wunders Fragestellung. Sie erwies sich als ausnehmend fruchtbar. Seine Arbeit enthält neben den vielen sicheren Ergebnissen eine Empfehlung dieses Erkenntnisinteresses gerade auch für Rechtshistoriker und nicht nur in Deutschland ([48]).

([47]) Siehe dazu oben unter Nr. 11-14. und zu M. WERBERS Modell die treffende Kritik bei F. M. MARX, *aaO*, S. 30.

([48]) Eine spannende knappe Zusammenfassung unter dem Aspekt der Rekrutierung gab der Autor in B. WUNDER, *Die Rekrutierung der Beamtenschaft in Deutschland. Eine historische Zusammenfassung*, Konstanz 1979 (= Konstanzer Universitätsreden, Bd. 120).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

HANS SCHLOSSER

FOLGEN DER INDUSTRIALISIERUNG FÜR DAS INSTRUMENTARIUM DER « ZIVILRECHTSGESELLSCHAFT » IM 19. JAHRHUNDERT

zu: *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert.* Herausgegeben von Helmut COING und Walter WILHELM - Frankfurt am Main, Klostermann

4. Eigentum und industrielle Entwicklung; Wettbewerbsordnung und Wettbewerbsrecht. - pp. VII-296; 1979 (Studien zur Rechtswissenschaft des neunzehnten Jahrhunderts; Bd. 4)
5. Geld und Banken. - pp. VII-168; 1980 (Studien zur Rechtswissenschaft des neunzehnten Jahrhunderts; Bd. 5)

I.

Mit der Veröffentlichung von zwei weiteren Bänden einer bereits vorgestellten Reihe (1) dokumentiert der Arbeitskreis « Rechtswissenschaft » des Forschungsunternehmens « Neunzehntes Jahrhundert » der Fritz Thyssen Stiftung erneut die Ergebnisse und den ertragreichen Fortgang seiner interdisziplinär geführten Grundlagendiskussion. Wiederum versuchen Wirtschaftshistoriker, Rechtshistoriker und am geltenden Recht orientierte Wissenschaftler gemeinsam den Abhängigkeiten der Rechtswissenschaft von den gesellschafts- und wirtschaftspolitischen Programmen im 19. Jahrhundert in Theorie und Praxis nachzugehen. Dabei interessieren speziell Antworten auf die Frage, in welchem Umfang im Bereich der Privatrechtsordnung die Postulate eingelöst wurden, die durch das Ideengut der Französischen Revolution, durch Liberalismus und Industrialisierung der bürgerlichen Wirtschaftsgesellschaft an sie herangetragen wurden.

Bereits die vorangegangenen Veröffentlichungen haben die Notwendigkeit und Effizienz einer interdisziplinären Forschung für die Erörterung derartiger Grundprobleme nachhaltig unter Beweis gestellt. Zu den bisher behandelten zentralen Fragenkreisen, die durch zahlreiche Einzelforschungen bereits aufbereitet sind, treten nunmehr als weitere « Eigentum und industrielle Entwicklung, Wettbewerbsordnung und Wettbewerbsrecht » mit der Abrundung « Geld und Banken ». Das

(1) *Quaderni Fiorentini*, 7 (1978), S. 583 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

methodische Grundraster im Vorgehen wird unverändert beibehalten. Einleitende, häufig die Disziplinen übergreifende Referate dienen der Ausleuchtung komplexer Wirkkräfte im Kontext eines von der zeittypischen Realität geprägten Umfeldes. Einzelbeiträge versuchen dann anhand ganz konkreter Fragestellungen die jeweils hierauf folgenden Reaktionen von juristischer Doktrin und Gesetzgebung aus einem breiteren Zusammenhang zu interpretieren.

II.

Demgemäß beginnt der erste Unterabschnitt des vierten Bandes « Eigentum und industrielle Entwicklung » mit einem materialreichen Überblick über die das 19. Jahrhundert beherrschenden Wirtschaftslehren. Harald WINKEL legt dar, unter welchen wirtschaftspolitisch-historischen, zeitbezogenen Bedingungen sich der folgenreiche « Umschwung der wirtschaftswissenschaftlichen Auffassungen um die Mitte des 19. Jahrhunderts » vollzogen hatte. Das praktische Programm der klassischen Richtung der liberalen deutschen Nationalökonomie war spätestens seit 1870 in Deutschland überall verwirklicht. Der Wirtschaftsliberalismus stand im Zenit seiner Geltung. Der Staat blieb von der Wirtschaft abgekoppelt, die Freihandelslehre genoß absolute Anerkennung. Die klassische Theorie nahm für sich Universalität und Perpetualität in Anspruch, erhob ihre Theoreme in den Rang philosophischer Dogmen, war doktrinär geworden. Damit hatte sie sich aber zugleich ihrer Fähigkeit entäußert, auf sich wandelnde wirtschaftspolitische Gegebenheiten angemessene Erklärungen und Lösungen zu geben. Die Klassik scheiterte letztlich an der sozialen, der Arbeiterfrage, die zu ihrem Prüfstein geworden war. Mit naturgesetzlichen Harmonielehren allein war der von wachsenden Mißständen gekennzeichneten Lage der Arbeiterschaft nicht beizukommen. Gefangen im Ideengut eines Manchester-Liberalismus typisch deutschen Zuschnitts war auch der Gesetzgeber und damit außerstande, die erforderlichen sozialreformerischen Maßnahmen zu treffen.

Einen Ausweg verhieß die sogenannte Historische Schule der deutschen Nationalökonomie. Vor allem ihre Exponenten Gustav von Schmoller, Lujo Brentano und Adolph Wagner sahen das Dilemma, das zwischen dem tatsächlichen Wirtschaftsgeschehen und der postulierten formaljuristischen Freiheit und Gleichheit bestand. Ziel dieser Schule war die Umbildung der Gesellschaft durch Sozialreformen auf friedlichem Wege und unter Berücksichtigung einer geschichtlichen Bedingtheiten folgenden Betrachtungsweise wirtschaftlicher Erscheinungen. Winkel macht darauf aufmerksam, daß dieser nationalökonomische Historismus an ähnliche Gedanken anknüpfte, die einige Jahre vorher bereits Savignys Vorstellungen von der Geschichtlichkeit des Rechts für die Rechtswissenschaft nutzbar zu machen gesucht hatten.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Diesen Parallelismen und Abhängigkeiten näher nachzugehen kann als Appell an die Forschung weitergegeben werden.

Die Bedeutung des wirtschaftswissenschaftlichen Historismus lag vor allem in seiner Entdeckung des Menschen als sittliche Persönlichkeit, der an die Stelle des egoistischen « homo oeconomicus » trat, ferner in der Umwertung der alten starren Nationalökonomie in eine dogmenunabhängige Gesellschaftslehre sowie in einer völlig veränderten Einstellung zum Verhältnis Staat und Wirtschaft. Wenn auch die Grenzen der Historischen Schule insbesondere nach dem Ersten Weltkrieg sichtbar wurden, so hat sie doch der neuen Wirtschaftslehre Bahn gebrochen, die später J. M. Keynes vertreten sollte. Die Epoche des Hochliberalismus hatte sich damit endgültig erledigt.

Walter WILHELM untersucht in seiner anregenden Studie « Private Freiheit und gesellschaftliche Grenzen des Eigentums in der Theorie der Pandektenwissenschaft » die Folgen der Erkenntnis von der gesellschaftlichen Gebundenheit des Eigentums für die rechtssystematische Umsetzung durch die Doktrin. Ausgehend von der abstrakt-begrifflichen Definition des Eigentumsrechts der bis Ende des 19. Jahrhunderts herrschenden Lehre zeichnet er die richtungweisenden kritischen Korrekturen der Dogmatik nach, deren Ziel es war, eine der gesellschaftlichen Funktion und Bedingtheit entsprechende flexiblere Eigentumslehre zu entwickeln. Seine sicher richtige Vermutung, die inhaltliche Fixierung des Eigentumsbegriffs durch die Pandektistik sei auch ein Ergebnis einer befruchtenden Impulsgebung durch die wirtschaftswissenschaftliche Theorie gewesen, verdient aufgegriffen zu werden. Wilhelm demonstriert dies überzeugend an der für die Zeit wohl modernsten Eigentumslehre des Österreichers Anton Randa sowie an einer auch heute noch lesenswerten Rezension des Pandektisten Joseph Baron, die Adolph Wagners « Grundlegung der politischen Ökonomie » galt. Randa gelang — beeinflußt durch die Werke von Schmoller, Wagner und Schäffle — die Formel vom Eigentum als der Idee nach schrankenlose, jedoch durch Privatrechte (iura in re aliena) wie öffentliche Interessen einschränkbare Rechtsmacht über eine Sache. Damit hatte er die Privatrechtstradition mit den rechtspolitischen Gegenwartsforderungen in Einklang gebracht.

Barons Rezension enthält darüber hinaus eine bemerkenswert offene Abrechnung mit der rechts- und gesellschaftspolitischen Abstinenz der zeitgenössischen Jurisprudenz. Er schließt mit einem ebenso freimütigen Plädoyer für ihre Öffnung gegenüber den Theorien der Nationalökonomie, denen er die Eignung zuspricht, der künftigen Gesetzgebung vorzuarbeiten.

Ein von Wilhelm nur gestreifter und, da außerhalb des Themas gelegener, nicht weiterverfolgter Aspekt (2) verdient hervorgehoben zu

(2) S. 27 f. und Anmerkung 30.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

werden: der Anteil der zeitgenössischen deutschrechtlichen Fachwissenschaft an der herrschenden Eigentumslehre. Gerade die Germanisten fühlten sich um die Mitte des 19. Jahrhunderts herausgefordert, den durch die Pandektistik getroffenen Grundentscheidungen entgegenzuwirken. Auf dem Gebiet des Sachenrechts galt ihr Bemühen, vor allem der Absolutheit der individuellen Freiheit und des privaten Eigentums Grenzen zu setzen (3). In welchem Umfang sie hierbei von der Nationalökonomie motiviert und im einzelnen beeinflußt wurden, ist eine bis heute offene Frage.

Die Studie von Regina OGOREK über « Actio negatoria und industrielle Beeinträchtigung des Grundeigentums » ist ein moderner institutionengeschichtlicher, elegant geschriebener Beitrag zur Entwicklung des negatorischen Rechtsschutzes. Die unterschiedliche Formgebung, die die sogenannte Eigentumsfreiheitsklage durch Rechtsprechung und Lehre erfuhr, ist das getreue Abbild der wechselnden wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Bedeutung des Grundeigentums im Industrialisierungsprozeß während des 19. Jahrhunderts. Derartige historische Vorarbeiten zur Negatoria fehlten bislang. Dies mag im Hinblick auf die außerordentliche Bedeutung der dinglichen Unterlassungs- und Beseitigungsklage nach § 1004 BGB (4) in der Rechtspraxis, in der sie noch vor der rei vindicatio gemäß § 985 BGB rangiert, befremden. Eine mögliche Erklärung dafür könnte in der Geschichtsabgewandtheit der modernen Privatrechtsdogmatik gefunden werden. Die Folgen einer derartigen Haltung unterstreicht das Ringen der Rechtslehre um eine dogmatisch exakte Einordnung der dinglichen Abwehrklage, wenn sie kraft Rechtsanalogie (5) etwa auf die durch § 823 I BGB geschützten Rechtsgüter und Stellungen erweitert wird (6). Einer der Vorzüge der Abhandlung Ogoreks besteht darin, durch Aufdeckung der historisch gewachsenen Strukturen in ihrer zeitgebundenen Abfolge das dogma-

---

(3) Außer der von W. WILHELM in Anmerkung 30 genannten Literatur vgl. dazu ergänzend den wichtigen Beitrag von Hermann KRAUSE, *Der deutschrechtliche Anteil an der heutigen Privatrechtsordnung*, in *Juristische Schulung*, 1970, S. 313 ff. (318, 319 f.); ferner auch Hans Rudolf HAGEMANN, *Eigentum*, in *Handwörterbuch der Deutschen Rechtsgeschichte*, 1. Bd. (1971), Sp. 882 ff. (895).

(4) § 1004 BGB ist kraft Gesetzes bei beschränkten dinglichen Rechten für *entsprechend* anwendbar erklärt, so §§ 1027 u. 1090 II BGB (Dienstbarkeiten), § 1065 BGB (Nießbrauch), § 1227 BGB (Pfandrecht), § 11 I 1 Erbbaurechtsverordnung und § 34 II Wohnungseigentumsgesetz.

(5) Als *quasinegatorischer* Schutz oder *ergänzende deliktische* Abwehrklage; vgl. dazu etwa Fritz BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 11. Aufl. (1981), § 12 I 4, 5; Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 2. Bd., 12. Aufl. (1981), § 76; Hans BROX, *Besonderes Schuldrecht*, 8. Aufl. (1981), § 39 oder PALANDT-THOMAS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 40. Aufl. (1981), Anm. 8 u. 9 vor § 823.

(6) Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Persönlichkeitsrecht, Kredit, private und gesellschaftliche Ehre, eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb. Zur Problematik vgl. Dieter MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 10. Aufl. (1981), § 24 III 1, 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tische Fundament des modernen Rechtsinstituts rechtssystematisch und teleologisch durchsichtiger gemacht zu haben.

Die Geschichte der actio negatoria kennzeichnet ein verwirrendes Fluten in der dogmatischen Verankerung dieses Instituts. Die Begründungen bewegen sich zwischen fragwürdigen Rückkopplungsversuchen an die spärlichen römischen Quellenstellen und durchaus interessengerechten Fortschreibungen insbesondere auf der Rechtsfolgenseite. Auf eine gewerbefeindliche Anfangsphase, in der das schrankenlose Abwehrrecht des Grundeigentümers dominierte, folgte eine konstruktive Gegenbewegung zugunsten der unternehmerischen Entfaltungsfreiheit. Dogmatisch vollzog sich dies etwa durch Anbindung des Schadensersatzes an das Verschuldensprinzip — so die Theorie — oder im Wege einer Subsidiaritätsfunktion des Ersatzanspruchs für den Fall, daß der primäre Anspruch auf Herstellung von Schutzvorrichtungen erfolglos blieb — so die Judikatur.

Bemerkenswert ist das Ergebnis: die Rechtsprechung erweist sich bei der Entwicklung des negatorischen Rechtsschutzes als die treibende Kraft, die den wechselnden Bedürfnissen des Zivilrechtsverkehrs gerecht zu werden versucht. Die Verfasserin konstatiert dies nicht ohne leichte Verwunderung angesichts der doch « bornierten Buchstabentreue des deutschen Richters gerade in dieser Epoche » (7), um jedoch sogleich dieses Phänomen mit dem Wandel der besitzbürgerlichen Wertvorstellungen zu deuten, deren Hüter seit je die Gerichte waren. Man wird füglich ein Fragezeichen hinter diese Monokausalität der Erklärung setzen müssen.

Dem Verhältnis von « Bergbaurecht und Grundeigentum » gewidmet ist der Beitrag von Wolfgang WINKLER. Er kommt zu dem Ergebnis, eine besondere Dialektik zwischen Freiheit des Bodeneigentums und Gewerbefreiheit sei für die Ausgestaltung der Berggesetzgebung im 19. Jahrhundert kennzeichnend gewesen.

Belegt wird dies beispielhaft am preußischen Allgemeinen Berggesetz von 1865 (ABG), das von den meisten deutschen Bundesstaaten rezipiert wurde und mit unwesentlichen Abänderungen bis zum Ersten Weltkrieg galt. Das ABG seinerseits ist wiederum das Produkt einer sinnvollen Verschmelzung der Grundsätze des gemeinen deutschen Bergrechts mit der — wesentlich von Napoleon mitbestimmten — französischen Berggesetzgebung der Jahre 1791 bis 1810. Der Kompromiß war im wesentlichen zwischen drei Extrempositionen zu finden: (1) Bergrecht als königliches, später landesherrliches Regal — dies war die Position des älteren und gemeinen Rechts. (2) Statt der Regalität des Bergbaus ein staatliches Hoheitsrecht, ein Verfügungsrecht zur Disposition der Nation — so der Grundsatz des französischen Gesetzesentwurfs von 1791. (3) Bergbaurecht als Teil des individuellen Grund-

(7) S. 77.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

eigentums « von der Luftregion bis zum Mittelpunkt der Erde » (8). Das ABG fand die Lösung auf der Grundlage des wirtschaftlichen Liberalismus. Nach dem Vorbild des französischen Bergwerksgesetzes von 1810 anerkannte es ein dem zivilen Grundstücksrecht unterstelltes Bergwerkseigentum. Aus volkswirtschaftlichen Überlegungen schränkte es das Grundeigentum ein, indem es bestimmte enumerativ genannte Mineralien Staatsvorbehalten unterstellte. Der Regalitätscharakter des Bergbaus wurde endgültig beseitigt, der Staat im Sinne der liberalen Lehre auf polizeiliche Befugnisse beschränkt.

Die Pandektistik war kaum in der Lage, die spezifischen Phänomene des Bergrechts in ihrer Begriffs- und Systemwelt adäquat einzufangen. Sie konzentrierte sich vor allem auf die Frage der Einordnung des Bergwerkseigentums sowie der Bestimmung der Rechtsverhältnisse an den dem Grundeigentum entzogenen Mineralien. Es muß den Justizverwaltungen als besonderes Verdienst zugerechnet werden, das im Prinzip unbeschränkte Grundeigentum rechtsstaatlich und im Sinne volkswirtschaftlicher Zwänge eingegrenzt zu haben.

Mit der « Entwicklung des Enteignungsrechts unter dem Einfluß der Industrialisierung » beschäftigt sich Dieter GRIMM. Er sieht in der grotianischen naturrechtlichen Enteignungskonstruktion das geschichtliche Fundament des Enteignungsrechts, dessen Entstehung herkömmlicherweise in das 19. Jahrhundert projiziert wird. Grotius hatte bereits im 17. Jahrhundert die zwei wesentlichen Voraussetzungen formuliert: eine iusta causa sowie die Entschädigung. In dieser dogmatischen Eingrenzung war der Konflikt zwischen ausufernder Staatsmacht und Eigentumssicherung grundsätzlich gelöst. Die nachfolgenden präzisierenden Bemühungen der Rechtswissenschaft bewegten sich im wesentlichen im Umfeld der grotianischen Grundprinzipien. Der auf den Absolutismus folgende Verfassungsstaat ließ die Enteignung als solche unberührt. Sie war jedoch nun gegenüber dem mit Verfassungsrang ausgestatteten Eigentum differenzierter abzugrenzen. Enteignende Eingriffe fielen unter den Vorbehalt des Gesetzes, Entschädigung war vor der Übereignung zu leisten, nur die Interessen des öffentlichen Wohls erlaubten Enteignungen.

Auf diesen Maximen gründete sich die vorindustrielle Gesetzgebung der deutschen Verfassungsstaaten des beginnenden 19. Jahrhunderts. Ihr Vorbild war das französische Gesetz von 1810, seinem Wesen nach das erste allgemeine Enteignungsgesetz überhaupt. In der Folgezeit gingen richtungweisende Anstöße zur Ausbildung einer verfeinerten, rechtsstaatlichen Enteignungsgesetzgebung von der einsetzenden Industrialisierung und Technisierung aus, in Deutschland in zeitlichem Zusammenhang mit dem Beginn des Eisenbahnbaus. Der Verfasser demonstriert das dogmatische Niveau anhand einiger zentraler rechts-

(8) S. 89.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

politisch wie rechtstheoretisch bedeutsamer Fragestellungen, wie etwa Gegenstand, Umfang und Zweck der Enteignung oder Festsetzung der Entschädigung. Er kommt zu dem Ergebnis, daß die Positivierung des Enteignungsrechts zusammen mit der Zunahme der Enteignungsfälle das rechtsdogmatische Schrifttum nachhaltig beeinflußt hatten. Primäres Ziel der Rechtslehre war es, das Rechtsinstitut der Enteignung seiner Rechtsnatur, seinem Rechtsgrund und seinen Wirkungen nach systematisch einwandfrei zu bestimmen. Hierbei konstatiert Grimm erhebliche Schwierigkeiten, die Enteignung als Institut des öffentlichen Rechts mit zivilrechtlichen Wirkungen zu isolieren. Naturgemäß wurde die Konkretisierung des Begriffs « Enteignung aus Gründen des öffentlichen Wohles bzw. Interesses » zum eigentlichen Prüfstein der Enteignungslehren.

Die Studie schließt mit dem bemerkenswerten Ergebnis, die Industrialisierung habe vor 1900 die Enteignungsgesetzgebung zwar beschleunigt, sei aber nicht imstande gewesen, zugleich auch auf die sozialen Bedingtheiten des Enteignungsrechts vor dem Hintergrund wechselnder Wirtschaftsformen zeitgerechte Antworten zu geben. Die Warnungen und Anregungen der Nationalökonomie, voran wieder Adolph Wagner, blieben von der Rechtswissenschaft unbeachtet. Diese sah sich erst nach dem Ersten Weltkrieg unter dem Druck desolater Wirtschaftsverhältnisse gezwungen, mit dem klassischen Enteignungsrecht zu brechen, ohne freilich in die Zukunft weisende Lösungen aufzuzeigen.

Die Referate des zweiten großen Unterabschnittes des vierten Bandes sind alle zentralen Fragen der Wettbewerbsordnung und des Wettbewerbsrechts vorbehalten. Sie versuchen das Ringen von Rechtswissenschaft und Nationalökonomie um neue, dem tatsächlichen Wirtschaftsgeschehen adäquate Wege sichtbar zu machen. Das Auf und Ab der rechts- und wirtschaftspolitischen Diskussion, etwa zur Positivierung des Patentschutzes, zur Bewältigung der Konzern- und Kartellproblematik oder zur wettbewerblich angemessenen rechtlichen Erfassung der Aktiengesellschaft, wird dabei sehr gut dokumentiert und analysiert. Die neuen sozialen Phänomene, wie geistiges Eigentum oder monopolistische Kapitalkonzentrationen, waren Produkte einer rasch fortschreitenden Industrialisierung. Sie hatten sich von den Fundamenten einer auf uneingeschränkte Vertrags-, Gewerbe- und Wettbewerbsfreiheit gegründeten Grundordnung entfernt. Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre standen vor völlig neuen Aufgaben.

Der einleitende rechtsvergleichende Beitrag von Rudolf KRASSER deckt die neuen Grundbedingungen bei der « Entwicklung der Ordnung des Wettbewerbsrechts in der französischen und deutschen Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts » auf. Der Verfasser demonstriert dies vor allem an der Formung des Begriffs « geistiges Eigentum » sowie an dem stufenweise rechtlich verwirklichten Schutz wettbewerblicher Betätigung.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Wilhelm TREUE behandelt die « Entwicklung des Patentwesens im 19. Jahrhundert in Preußen und im Deutschen Reich ». Überzeugend legt er dar, daß zwischen den Patentgesetzen des 19. und 20. Jahrhunderts sowie den ersten mittelalterlichen Vorbildern — 1464 Patentgesetz der Republik Venedig und 1624 das englische Statute of Monopolies — keine Verbindungsstränge bestanden. Der mittelalterlichen Gesetzgebung ging es primär um Gewerbeprivilegien für bestimmte Wirtschaftszweige, die der Staat aus finanzpolitischen Erwägungen zu fördern suchte. Demgegenüber stand im 19. Jahrhundert der Gedanke des Erfinders als Individuum und seines dem Staat nunmehr obliegenden Schutzes im Vordergrund.

Die von Friedrich-Karl BEIER unter dem Titel « Gewerbefreiheit und Patentschutz » geäußerte Ansicht (9) steht hierzu in einem gewissen Widerspruch. Sie überzeugt letztlich nicht, bildet aber eine wertvolle ergänzende Abrundung zum Thema des Patentrechts im 19. Jahrhundert.

Hans POHL und Bernhard GROSSFELD gehen beide in zwei selbständigen Beiträgen den Wurzeln des Kartellrechts nach. Pohl analysiert die rechts- und wirtschaftspolitische Diskussion aus der Sicht speziell des « Vereins für Socialpolitik », Grossfeld verfolgt die Hauptentwicklungslinien im Wege einer komplexeren Betrachtung und versteht das Kartellrecht als Produkt der eigenen Rechtsgeschichte, wenn auch stark beeinflußt von der österreichischen Rechtslehre.

Nach dem Verständnis der zeitgenössischen Rechtswissenschaft und Nationalökonomie waren Kartelle naturnotwendig. Friedrich Kleinwächter, der sie 1883 erstmalig wissenschaftlich erfaßte, bezeichnete sie plastisch als « Kinder der Not ». Pohl und Grossfeld bestätigen diese Charakterisierung. Sie sehen in den kartellförmigen Zusammenschlüssen die Antworten der Wirtschaft auf gesamtökonomische Krisenerscheinungen gegen Ausgang des 19. Jahrhunderts. Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Reglementierung aus Gründen der Marktstrategie, der Mißbrauchskontrolle und der Sozialpolitik wurde lebhaft diskutiert, zunächst abgelehnt und erst durch die Kartellrechtsverordnung von 1923 behutsam verwirklicht.

Eine weitere Studie von Bernhard GROSSFELD versucht eine « Rechtspolitische Beurteilung der Aktiengesellschaft im 19. Jahrhundert ». Dem Verfasser geht es hierbei primär um die Bewertung des Gedankens der Monopolbekämpfung und Monopolkontrolle bei der rechtlichen Gestaltung der Aktiengesellschaft. In dem Übergang vom Konzessionssystem (das die wirtschaftliche Lenkung in das Ermessen des Staates stellte) zum Normativsystem (das vom Prinzip der Gewerbefreiheit ausgehend die Entwicklung der Aktiengesellschaft der Kontrolle durch den Markt und damit der freien Konkurrenz überantwortete) sieht er die entscheidenden rechtspolitischen Wendemarken. Auf ihrer Grundlage kam

(9) Insbesondere S. 184 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

es schließlich zur Aktienrechtsreform von 1870 und 1884. Folgenreich waren allerdings die Versäumnisse dieser Gesetzgebung: einmal die Unterschätzung der wettbewerblichen Problematik der entstehenden Konzerne und zum anderen die mangelnde Absicherung der nach dem Grundsatz der vollständigen Selbständigkeit konzipierten Aktiengesellschaft.

Die im fünften Band enthaltenen Referate beschäftigen sich mit Themen, die als Folge der Entwicklung des Aktien-, Bank- und Börsenwesens sowie des Aufschwungs der Bankgeschäfte die zeitgenössische Wirtschaftstheorie und Rechtswissenschaft beschäftigt hatten. Die in pandektistische Systemstreben eingebundene Privatrechtsdogmatik hatte sich neuen Formen des Handelsverkehrs und der Wirtschaftspraxis zu öffnen. Beispielhaft demonstriert dies ein Beitrag zu Savignys Lehre vom Geld und von der Geldschuld. Gerade Windscheid, dem wohl konsequentesten Fortsetzer Savignyscher Theoreme, war es vorbehalten, von der Lehre des Meisters unter dem Eindruck instabil und komplizierter gewordener wirtschaftlicher Verhältnisse gegen Ende des 19. Jahrhunderts abzurücken.

Der einleitende Beitrag von Harald WINKEL gibt eine sehr gute Übersicht über die « Entwicklung der Geldtheorie in der deutschen Nationalökonomie des 19. Jahrhunderts und die Gründung der Reichsbank ». Er informiert über Wesen und Funktion des Geldes, konkretisiert durch Waren-, Funktionstheorie und Nominalismus und analysiert auf diesen Grundlagen die Geldkaufkraft und deren Bestimmungsgründe. Hervorzuheben ist, daß die theoretische Diskussion in Deutschland stets mit einer zeitlichen Verzögerung einsetzte und vom Ausland im wesentlichen importiert wurde. Erneut war es der Nationalökonom Adolph Wagner, dessen währungspolitische Schriften die deutsche Reichsbankgesetzgebung und das Notenbankwesen entscheidend mitgeprägt hatten.

Über den eigentlichen Rahmen des Generalthemas dieses Bandes greift die Abhandlung von Hans KIEFNER über « Geld und Geldschuld in der Privatrechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts » weit aus. Sie ist gerade für den Privatrechtshistoriker von größter Bedeutung. Savigny hatte seine Geld- und Geldschuldlehre, wie bereits erwähnt später von Windscheid und der herrschenden Zivilistik als « irrig » verworfen, konsequent aus dem von ihm zugrundegelegten Privatrechtssystem entwickelt. Geld als selbständiger Wertträger und Geschöpf der öffentlichen Meinung, dessen Kurswert (bezogen auf den Preis von Edelmetall), auf den es für die Bestimmung des Inhalts der Geldschuld ankommt, allein durch den Parteiwillen bestimmt wird, ist das Ergebnis einer folgerichtigen Ableitung aus dem System von vermögenswerten subjektiven Rechten, die auf ihren in Geld ausgedrückten Wert reduziert werden. Dieser Befund zeitigt bedeutsame Konsequenzen für das Privatrechtssystem. Leider konnte der Verfasser hierzu nur einige Ge-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

danken bringen. Sie sind jedoch einer Vertiefung und Verbreiterung wert. Gerade den Savigny-Forschern (oder solchen, die sich dafür halten) sei Kiefners überzeugende Korrektur an der undifferenzierten Einschätzung des Savignyschen Zivilrechtssystems besonders anzuempfehlen (10). Die spätere Dogmatik hat die Grundlagen Savignys Geld- und Geldschuldtheorie verlassen. Sie forderte die « ausschließliche Maßgabe der staatlichen Währung zum Zwangsnennwert für den Inhalt von inländischen Geldschulden » (11). Damit waren die Probleme der Geldentwertung der Kompetenz eines gerechten und vernünftigen Gesetzgebers anheimgegeben.

Die anschließenden Referate von Friedrich-Wilhelm HENNING über die « Entwicklung der Aktiv- und Passivgeschäfte der Banken im 19. Jahrhundert in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung des Kontokorrent- und des Wechselkredits » und von Friedrich KÜBLER zu « Bankgeschäfte und Privatrechtsdogmatik » behandeln aus jeweils unterschiedlichem Ansatz heraus die Funktion und Bedeutung der Wechsel- und Kontokorrentgeschäfte. Beide Rechtsinstitute sind Schlüsselfiguren in der Entwicklung der Bankgeschäfte. Dem mit der Industrialisierung verbundenen erhöhten allgemeinen Bedarf an Geld- und Kreditgeschäften entsprach auf der organisatorischen Seite eine rasche Konsolidierung des in der Praxis unübersichtlich gewordenen, zum Teil noch mittelalterliche Muster fortsetzenden Bank- und Geldverkehrsrechts.

HENNING beschreibt diese Entwicklung, indem er sehr anschaulich durch eine feingegliederte Periodisierung Abfolge und Wandel der organisatorischen Grundformen der Bankentätigkeit herausarbeitet. Die Bandbreite reicht von den gemischten Geld- und Warengeschäften über die isolierten, den Warenhandel zunehmend abstoßenden Bankgeschäfte bis hin zur Gründung von Bank-Personalgesellschaften und der Ausdehnung bzw. Konzentration des Bankwesens gegen Ende des 19. Jahrhunderts. Dabei wird deutlich, daß mit steigendem Kapitalbedarf die anfängliche allgemeine Zurückhaltung angesichts der Risiken beim Kontokorrent- und Wechselkreditgeschäft abnimmt. Vor allem der Wechsel gewinnt als Instrument der Zahlung gleichermaßen wie des Kredites immer mehr an Bedeutung.

KÜBLER stellt die These auf, der Wandel des für Wechsel und Kontokorrent maßgeblichen Rechts habe sich « nicht nur im politischen Rampenlicht der handelsrechtlichen Vereinigungs- und Kodifikationsbestrebungen » vollzogen, vielmehr « zugleich unter dieser Oberfläche in weniger einsichtigen Schichten dogmatischer Erklärung und Rechtfertigung » und habe « von dort später auf die Gesetzgebung » zurückgewirkt (12). Seine Darlegungen stützen diese Behauptung überzeugend.

(10) Vgl. S. 38 f. und Anmerkung 54.
(11) S. 50.
(12) S. 78.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Bemerkenswert scheint mir auch für die Bewertung dieser Epoche sein Ergebnis. Danach war der Wechsel bereits vor der Industrialisierung der bürgerlichen Wirtschaftsordnung des 19. Jahrhunderts ein technisch vorzüglich gestaltetes Rechtsinstitut, an dem es nicht mehr viel zu ändern gab. Dies zeigt sich insbesondere an dem für seine Durchsetzbarkeit gegenüber dem Schuldner wichtigen Ausschluß von Einreden und Einwendungen. Die Wechselgesetzgebung brauchte später diese ursprünglich prozessuale Regel, deren Entstehungsgrund im besonderen Ziel des Wechselprozesses lag, lediglich als materiellrechtliche Norm zu verankern. Darin erschöpfte sich im wesentlichen der Einfluß der gemeinrechtlichen Doktrin auf die Formung des Wechselrechts.

Ähnliches stellt der Verfasser für die Rechtsfigur des Kontokorrents fest. Dem mittelalterlichen Handelsverkehr gleichfalls schon gut bekannt, erregte es das Interesse der Dogmatik erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts. Den Anstoß hierzu gab die für die Praxis eminent wichtige Frage, welche Rechtswirkungen eine schriftliche Bestätigung des Abrechnungssaldos durch den Schuldner entfalten konnte. Nach der gemeinrechtlichen Lehre blieb der nicht titulierte Schuldschein folgenlos, besaß keinerlei Beweiskraft. Dem entgegengesetzt war allerdings der Zweck des Kontokorrents als Forderungsverrechnung zur Vereinfachung der Abwicklung von Geschäftsbeziehungen. Nicht die Dogmatik, sondern die Judikatur anerkannte schließlich der Struktur der gemeinrechtlichen Obligation zuwider die Saldobestätigung als zulässige und ausreichende causa debendi. Davon ausgehend gelangte die Doktrin schließlich zur Lehre vom abstrakten und kondizierbaren Schuldvertrag, maßgeblich beeinflußt durch das Buch von Otto Bähr über die «Anerkennung als Verpflichtungsgrund». Für das moderne Recht stellt Kübler eine dem Bährschen Dogma erneut gegenläufige Entwicklung fest ([13]).

In seiner Studie über das «Privatbankwesen im 19. Jahrhundert» schlägt Wilhelm TREUE ein bunt-lebendiges, dank der Verquickung mit der hohen und höchsten nationalen wie internationalen Politik erregendes Kapitel deutscher Unternehmer- und Wirtschaftsgeschichte auf. Die private Bank löste im 19. Jahrhundert in Deutschland die Staatsbank ab. Diese war im 18. Jahrhundert das dominierende Geldinstitut, das so gut wie ausschließlich Staats- und im wesentlichen Geldgeschäfte besorgt hatte. Die Privatbankiers rekrutierten sich traditionsgemäß aus zwei Schichten. Da ist einmal das Waren- und auch Geldgeschäft betreibende Großhandelsunternehmen, das sich im Lauf der Zeit auf das Geldgeschäft beschränkte und dessen Inhaber vom Kaufmann zum Bankier aufgestiegen war. Daneben stehen die zahlreichen Hoffaktoren oder Hofjuden. Sie betreuten anfänglich auf natio-

([13]) Dazu vgl. jetzt auch die vorzügliche Arbeit von Friedrich EBEL, *Berichtung, transactio und Vergleich* (1978), insbesondere S. 112 ff. (122 ff.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

naler wie internationaler Ebene für den Hof und für die gesellschaftliche Oberschicht alle Arten von Waren- und Geldgeschäften. Dank dieser ihrer einzigartigen Vertrauensstellung gelang ihnen bald die Emanzipation zur Hoffinanz, mit der in der Regel die Gründung eigener Privatbanken einherging.

Der Verfasser registriert die in Deutschland führenden Häuser mit ihren internationalen Verbindungen und Zweigniederlassungen im Kontext zahlreicher interessanter gesellschaftsgeschichtlicher Einzelheiten so gut wie lückenlos. Es würde den Rahmen sprengen, sie und ihre heimliche oder offene Finanzpolitik in allen Details anzusprechen. Als Ergebnis wird man festhalten können, daß auf eine Zeit der Hochkonjunktur des Privatbankwesens zwischen 1852 und 1873 die für die Wirtschaftsentwicklung sehr wichtige Phase der Bankenkonzentration folgte, die wiederum bis in die Gegenwart Folgen zeitigt.

« Ideelle und wirtschaftliche Grundlagen der Aktien-, Bank- und Börsenrechtsentwicklung im 19. Jahrhundert » sind Gegenstand des letzten Beitrages der Reihe, von Klaus J. HOPT zeitlich auf die Jahre 1800 bis 1850 beschränkt. Dies rechtfertigt der Verfasser einmal mit dem Hinweis auf die bislang immer noch mangelhafte Erforschung dieser Epoche und zum anderen mit der Feststellung, daß in diesem Zeitabschnitt bereits die entscheidenden Grundlagen und Ideen diskutiert worden waren, die bis heute nachwirken. Soweit Fragen des Aktienrechtswesens Gegenstand der Erörterung sind, bewegt sich das Referat im wesentlichen im Problemspektrum der bereits von Bernhard Grossfeld umrissenen Thematik ([14]). Im übrigen sieht Hopt die Entwicklung des deutschen Börsenwesens insbesondere nach den napoleonischen Kriegen maßgeblich beeinflußt vom expandierenden Staatsanleihehandel, einer fragwürdigen Wirtschaftsblüte, die schließlich den Staat zu spektakulären Maßnahmen gegen hysterische Spekulationen veranlaßte und in Kurszusammenbrüchen größten Ausmaßes zu Lasten vor allem der kleinen Anleger sein trauriges Ende fand.

Die eindrucksvolle Analyse schließt mit einem Ausblick auf die Gründung von Realkreditinstituten in der Form von Aktienbanken, ferner mit einem kurzen Abriß der Entwicklung der Sparkassen und Kreditgenossenschaften, deren Ziel es war, auch den minderbemittelten Bevölkerungsschichten die Möglichkeit relativ sicherer gewinnbringender Kapitaleinlagen zu bieten. Den Aufsatz durchzieht gleich einem roten Faden die vom Verfasser immer wieder aufgeworfene Frage nach der Bewertung der staatlichen Maßnahmen vor dem Hintergrund neuer Bedürfnisse und Anregungen der Wirtschaft. Hopt gibt darauf eine vorsichtige und ausgewogene Antwort, wenn er die gesetzgeberischen Reaktionen auf drei Leitmotive zurückführt: Sorge um die wirtschaftliche Entwicklung in rechtlich einwandfreien Formen, Schutz der Sparer

---

([14]) *Wissenschaft und Kodifikation*, 4. Bd., S. 236 ff.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

und Anleger vor Spekulationsschäden und « zumindest unterschwellig » die Vorkehr der staatlichen Selbstbehauptung gegen etwaige Mächte und Übergriffe der Wirtschaft.

III.

Es wäre müßig, die Vorzüge dieser vorerst letzten beiden Bände der Veröffentlichungsreihe in einem abschließenden Resümee ein weiteres Mal hervorzukehren. Eine ergänzende Bemerkung sei jedoch erlaubt. Gegenüber den bereits besprochenen ([15]) scheinen mir die in den nun vorliegenden Publikationen vereinigten Beiträge dem jeweiligen Generalthema noch besser zugeordnet, wird der zentralen Fragestellung des Forschungsvorhabens ([16]) noch konzentrierter nachgegangen.

Schon jetzt kann man sagen, daß die Herausgeber ihr programmatisches Ziel verwirklichen konnten, die Grundlagen für eine interdisziplinäre Diskussion auf internationaler Ebene zu schaffen. Dem Fortgang des Forschungsvorhabens wird man deshalb mit großen Erwartungen entgegensehen können.

([15]) Vgl. Anmerkung 1.
([16]) Vgl. *Wissenschaft und Kodifikation*, 1. Bd., S. VII ff. (X).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

SEGNALAZIONI

'Itinera iuris': l'itinerario storico-giuridico di Alexander Beck.

Nel segno di questa intitolazione suggestiva e significativa l'editore Stämpfli di Bern ci presenta in tutta la sua sfaccettata unitarietà, sotto la veste di un'ampia raccolta di saggi (*), il lungo e costante itinerario di ricerca di uno studioso signorilmente appartato.

Alexander Beck, di cui la Facoltà giuridica bernese ha, alla fine del 1980, festeggiato l'ottantesimo genetliaco, è ancora oggi nel pieno di una vigorosa attività scientifica: gli *Studien zum vulgarrechtlichen Gehalt der Lex romana curiensis*, con i quali si chiude il volume, portano la data del 1980 e rappresentano una fatica appena ultimata per lo 'Jus romanum medii aevi'.

Se si considera che il suo primo corposo scritto *Römisches Recht bei Tertullian und Cyprian. Eine Studie zur frühen Kirchengeschichte* appare nel lontano 1930 e riprende temi trattati già nella Dissertazione di Dottorato di Heidelberg del 1923, sono quasi sessanta anni di ininterrotta riflessione scientifica a esser ricompresi nel ricchissimo volume.

Un itinerario lungo, dunque, che corre tuttavia senza cesure, se si eccettua, ovviamente, la parentesi della seconda guerra mondiale, e che ha una sua linea nitida sempre dominata da una profonda coerenza culturale. Vissuto in un momento di esasperato interpolazionismo, sarebbe stato facile per Beck imboccare la strada universalmente percorsa dal gregge dei romanisti. Ma ripugnava alla sua visione aperta, ariosa, del fenomeno giuridico la riduzione del mestiere di storico del diritto a una sorta di tecnica spesso fondata su palafitte e spesso all'insegna del semplicismo.

I temi cari a Beck sono altri: il rapporto fra dimensione religiosa e dimensione giuridica — un tema che ricorre insistente nella sua bibliografia —, le fondazioni culturali del diritto, lo sviluppo del diritto romano anche ben oltre il suo naturale alveo storico. È in queste direzioni di ricerca che si placano le insoddisfazioni di un personaggio pronto a collocarsi nei crocevia più intricati, sugli spartiacque più ampii, dovun-

---

(*) Alexander BECK, *Itinera iuris - Arbeiten zum römischen Recht und seinem Fortleben*, hrsg. von Pio Caroni und Josef Hofstetter, Bern, Verlag Stämpfli, 1980, p. 501.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que insomma si potesse evitare il rischio d'uno spazio angusto e soffocante.

Una singolare claustrofobia intellettuale, che rende ancor oggi freschi questi saggi di Alexander Beck. Dal momento che molti di essi sono pubblicati in periodici difficilmente raggiungibili, il primo merito della Facoltà bernese è certamente quello di averli comodamente raccolti per l'utilità del lettore di oggi. Il merito maggiore è però, a nostro avviso, l'aver consentito all'osservatore attento, grazie alla visione organica che pienamente si riesce ora ad avere della operosità dello studioso, di percepire assai più efficacemente che non dai singoli frammenti distaccati il senso di un itinerario intellettuale, le forze culturali che lo hanno sorretto, la vitalità morale del ricercatore, che discretamente, sobriamente, con uno stile inconfondibile, ha percorso quell'itinerario con piena fedeltà alle sue più profonde umane convinzioni.

PAOLO GROSSI

« *Savigny y la ciencia del derecho* ».

Il bicentenario della nascita di Federico Carlo di Savigny non è certamente trascorso inosservato, e diverse sono le Riviste specializzate (1) che hanno utilizzato l'occasione celebrativa per rinvigorire il dibattito sulla personalità savignyana e sullo storicismo tedesco della prima metà del secolo XIX: oltre al volume nono di questi ' Quaderni ' interamente dedicato a raccogliere gli ' Atti ' di un seminario internazionale su Savigny, ecco, con la stessa finalità, un numero di *Jus commune* (8 (1980)) e un volume degli *Anales de la Cátedra Francisco Suarez* (18-19 (1978-79)) esplicitamente intitolato a ' Savigny y la ciencia juridica del siglo XIX '.

Dei numerosi saggi pubblicati in *Jus commune* e negli *Anales* ha già, in questa Rivista, discorso Klaus Luig nel prezioso ' Alphabetisches Verzeichnis der neueren Literatur über Friedrich Carl von Savigny ' (v. *Quaderni fiorentini*, 8 (1979), p. 501 ss.) e del volume della Rivista granadina ha fatto ampio e minuzioso rendiconto critico, con la consueta indiscussa competenza, Giuliano Marini (v. *Quaderni fiorentini*, 10 (1981), p. 292).

Qui si vuol segnalare un'altra iniziativa, che Luig non ha potuto considerare nella sua rassegna e alla quale può essere più difficile accedere, in Europa, per la provenienza dall'area culturale latino-americana.

(1) Tra le iniziative accademiche merita di essere ricordata quella della Facoltà giuridica della Università di Marburg, di cui è ora traccia consistente e rilevante in un ricco volume (cfr. *Akademische Feier aus Anlass der 200. Wiederkehr des Geburtstages von F. C. v. Savigny*, hrsg. von H. G. Leser, Marburg 1979).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Intendiamo riferirci ai due volumi della *Revista de ciencias sociales* (n. 14 dell'anno 1979), che ha voluto sottolineare la ricorrenza bisecolare, assumendo a tema monografico ' Savigny y la ciencia del derecho '.

La *Revista*, con cadenza semestrale, è la pubblicazione ufficiale della ' Facultad de ciencias juridicas, economicas y sociales ' della ' Universidad de Chile ' in Valparaiso, ed è diretta da Augustin Squella Narducci, professore in quella Facoltà di Introduzione al diritto e di Filosofia del diritto. Come già nel 1974 per Kelsen e nel 1977 per Jhering, la *Revista*, dandoci puntuale dimostrazione della sensibilità della odierna cultura giuridica latino-americana e della sua precisa volontà di contribuire, allo stesso tavolo di lavoro dei colleghi europei, nell'approfondimento delle comuni radici culturali, raccoglie ora in due ricchi volumi testi di Savigny tradotti in castigliano, due testimonianze di Rudolf von Jhering e di Rudolf Stammler parimente tradotte, nonché ventun saggi di studiosi dell'area ispana-ispano-americana trattanti varii aspetti dell'opera savignyana e, più in generale, dello storicismo giuridico. Chiude la raccolta una duplice bibliografia: delle opere di Savigny e delle opere di Savigny tradotte in castigliano.

P. G

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Strumenti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ANTONIO MANUEL HESPANHA

L'HISTOIRE JURIDIQUE ET LES ASPECTS POLITICO-JURIDIQUES DU DROIT

(Portugal, 1900-1950)

1. *Introduction.*

Une analyse objective des chemins parcourus par l'historiographie juridique portugaise actuelle doit s'occuper moins des caractéristiques individuelles des historiens que de l'identification des traits majeurs qui conditionnent leur invention. Surtout si cette analyse vise aller au-delà des desseins purement commémoratifs, c'est-à-dire, si elle vise une compréhension du lieu, du signifié et de l'agencement sociologiques du discours historico-juridique.

Le discours historico-juridique contemporain a un statut sociologique complexe. Ses producteurs sont d'ordinaire des juristes: plus précisément, des juristes universitaires; ses destinataires, par contre — quelles que soient les espoirs des locuteurs — sont, à une époque où les positivisme pratique domine les juristes, surtout les intéressés à l'histoire générale. Le milieu où ce discours se déroule est, en général, le milieu universitaire; ses outils — techniques, conceptuels, imagétiques — sont, par conséquent, ceux caractéristiques du discours universitaire-académique. Le discours historico-juridique construit donc son autonomie (sa différence par rapport à d'autres discours, notamment, le discours juridico-scientifique) à partir, précisément, de cette position hybride que le met en contact avec le « monde des juristes » — en biais, avec le « monde des politiciens » — et avec le « monde des

---

SIGLES

« BFDC » - *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* (Coimbra 1914-....).
« Dic. hist. Port. » - *Dicionário de história de Portugal* (ed. JOEL SERRÃO), Lisboa 1963-1971.
« An. hist. der. esp. » - *Anuario de historia del derecho espanol* (Madrid 1924-....).
« Rev. Leg. Jur. » - *Revista de Legislação e Jurisprudência* (Coimbra 1869-....).
« RFDL » - *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa* (Lisboa 1917-....).
« Rev. dir. est. soc. » - *Revista de direito e estudos sociais* (Coimbra 1945-....).
« Bol. Min. Just. » - *Boletim do Ministério da Justiça* (Lisboa 1947-....).
« Rev. Ord. Adv. » - *Revista da Ordem dos Advogados*.
« Rev. port. hist. » - *Revista portuguesa de história*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

historiens », le tout dans un monde universitaire de multiples liaisons sociologiques.

Cette hypothèse explicative nous sert de base à une recherche des « commencements » (de l'*arquê*) du discours historico-juridique portugais contemporain, au cours de laquelle on suspendra les problématiques traditionnelles de l'« invention » et de l'« influence » et on essayera d'identifier les cadres structuraux qui définissent cet espace discursif.

2. *Un cadre institutionnel: les Facultés de Droit.*

L'histoire du droit est, au XXème siècle portugais, une affaire de juristes et, d'abord, de professeurs de droit. Tout autrement de ce qui était arrivé au XIXème siècle — où, à côté de l'histoire juridique cultivée par des juristes des Facultés de Droit, s'était développée une influente historiographie institutionnelle cultivée par des non-juristes (1) —, au XXème siècle, la plupart des historiens du droit est constituée par des juristes, dont la majorité des professeurs des Facultés de Droit (2), où l'histoire juridique (« História do direito romano, peninsular e português »; après, « História do direito português » et « História do direito romano ») (3) figure aux programmes d'études comme une discipline (1ère année) de nature propédeutique ou formative.

Les idées dominantes dans les Facultés de Droit sur le droit et sur la formation juridique, de même que sur le rôle de l'histoire dans la formation et l'activité pratique des juristes, encadrent donc la production du discours historico-juridique universitaire qui, comme on l'a déjà dit, presque coïncide avec l'ensemble du discours historico-juridique tout court. Formés et situés dans les Facultés de Droit —

---

(1) Cfr. M. PAULO MERÊA, *Súmula histórica da história do direito português: De André de Resende a Herculano*, « Bol. Fac. Dir. Coimbra » (= « BFDC ») 5 (1918-20), pp. 216-18; dernièrement, suivant Merêa, M. J. ALMEIDA COSTA, *Significado de Herculano na evolução da historiografia portuguesa*, dans « A historiografia portuguesa de Herculano a 1950 », Lisboa 1978, pp. 235 ss.

(2) Professeurs des Facultés de Droit: M. Paulo Merêa, L. Cabral de Moncada, G. Braga da Cruz, Marcello Caetano; professeurs des Facultés de Lettres auteurs de travaux historico-juridiques, Torquato de Sousa Soares, J. Veríssimo Serrão; historiens juridiques extra-universitaires: F.-P. Almeida Langhans, José Hermano Saraiva.

(3) Jusqu'à 1911, História geral do direito romano, peninsular e português (1ère année), História das instituições do direito romano, peninsular e português (1ère année); de 1911 à 1975: História do direito português (1ère année), História das instituições de direito romano (1ère année); après 1975, História económico-social portuguesa (1ère année, Lisbonne 1975-77), História das instituições (1ère année, Lisbonne, après 1977), História da administração pública (5ème année, Lisbonne), História do direito (4ème année, Coimbra), História das ideias políticas (4ème année, Coimbra), História do pensamento jurídico (4ème année, Coimbra), en sus d'une História do trabalho (4ème année, Coimbra).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

et limités par les dispositions réglementaires sur le contenu et les objectifs des disciplines (quoique la liberté académique finisse par transformer ces réglements en des formules vides) —, les producteurs du discours historico-juridique ne peuvent que s'abandonner à la politique scientifique et pédagogique de leurs Facultés, politique dont les traits généraux seront ensuite décrits.

3. *Le sociologisme juridique et l'histoire du droit.*

Les deux premières décenniés du XXème siècle constituent, dans les Facultés de Droit portugaises, une époque marquée par une profonde influence du sociologisme de Comte et de Littré qui se combine avec les contributions philosophico-méthodologiques d'autres origines, depuis l'évolutionnisme de Spencer et le biologisme et l'anthropologisme de l'école positiviste italienne jusqu'aux accords des épigones de l'historicisme allemand. Le résultat était un ferme refus du jusnaturalisme (krausiste ou kantien, dominants dans la philosophie juridique portugaise de la seconda moitié du XIXème siècle) (4) et du conceptualisme de l'école allemande des pandectes, connue depuis le début du XXème siècle.

L'engagement politique de cette attitude « antimétaphysique » et « sociologiste » était clair, soit pour des raisons conjoncturelles, soit pour des raisons de fond. Quant aux premières, le comtisme constituait la colonne vertébrale de l'idéologie républicaine (5); son coryphée universitaire était Teófilo Braga (1843-1924), publiciste et doctrinaire inlassable dans tous les domaines des sciences littéraires et sociales (6) et premier président de la République établie par la révolution d'octobre 1910. Mais, en outre, le positivisme sociologique et évolutionniste était aussi une puissante arme de combat contre l'idéologie conservatrice, catholique, spiritualiste, traditionnaliste, en tant qu'il dénonçait les « illusions de la métaphysique » et soulignait l'inévitabilité

(4) Cf. L. CABRAL DE MONCADA, *A filosofia do direito em Portugal nos séculos XVIII e XIX*, « Alemania y el mundo contemporâneo », Berlin 1939, pp. 95-106; *Subsídios para uma história da filosofia do direito em Portugal*, « BFDC » 14 (1937-38), pp. 145 ss. e 15 (1938-39), pp. 25 ss.

(5) Cf. L. CABRAL DE MONCADA, *Para a história da filosofia em Portugal no séc. XX*, « BFDC » 36 (1960), pp. 1-15; A. BRAZ TEIXEIRA, *A filosofia jurídica portuguesa actual*, « Bol. Min. Justiça » (= « BMJ ») 89 (1959), pp. 268 ss.; JOAQUIM DE CARVALHO, *Formação da ideologia republicana*, dans « Historia do regime republicano em Portugal » (dir. LUIS MONTALVOR) I, Lisboa, 1932; FERNANDO CATROGA, *A importância do positivismo na consolidação da ideologia republicana em Portugal*, em « Biblos », Coimbra, 53 (1977), 285-326; *Os inícios do positivismo em Portugal. Seu significado político-social*, Coimbra 1977.

(6) Incursions aussi dans des domaines du droit et de l'histoire juridique: *Espirito do direito civil moderno: direito subsidiario, propriedade, contractos*, Porto 1870; *Poesia do direito ...*, Porto 1865; *Theses sobre os diversos ramos do direito*, Coimbra 1868; *Historia do direito português: os forais*, Lisboa 1868.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

de l'évolution et du progrès historique et l'irrépétibilité de la tradition. Le refus même de la « méthode juridique » — telle était, alors, la dénomination usuelle de la construction conceptuelle, surtout dans le domaine du droit public — n'était pas non plus, au moins pour quelques-uns, politiquement neutre; il se fondait — à coté de motifs d'ordre théorique — sur des raisons de politique du droit, notamment sur son inefficacité dans la lutte contre l'autoritarisme du II Reich (7).

Pour le sociologisme dominant, la compréhension et l'étude du droit sont inséparables de la compréhension et de l'étude de la société environnante. L'observation de la réalité — passée (histoire) et présente (sociologie) — sont des moments préalables et « conditionnants » de l'explication (nomothétique) (8) des normes qui organisent la vie sociale. La justification et le rôle de l'histoire du droit sont alors évidents: elle est, encore une fois (come avant, à l'époque du *ius commune*, et encore sous l'empire de la méthodologie de l'Ecole Historique du Droit) (9), au centre de la démarche du juriste, soit en tant que clef pour l'explication (et la critique) du droit qui existe, soit en tant que guide pour la création d'un droit nouveau (10). « Nãc se pode — écrit

---

(7) Telle est la critique faite — à côté de celles de « métaphysisme » et d'« antihistoricisme » — par ALBERTO DOS REIS e MARNOCO E SOUSA (*A Faculdade de direito e o seu ensino*, Coimbra 1907, pp. 31 ss.). De remarquer la réplique, elle aussi significative du point de vue politique, qui leur est dirigée par un adepte de l'autoritarisme, Marcello Caetano: « Que argumentos! E é partindo destes preconceitos e de considerações políticas (o ter permitido justificar a supremacia do impeador sobre as assembleias legislativas) que se condena um método, aliás imperfeitamente caracterizado e exposto! » (dans MARCELLO CAETANO, *O problema do método no direito administrativo português*, Lisboa 1948, pp. 17 s.). Critique aussi du sens autoritaire de la méthode juridique dans le droit public (Jellinek, Laband, Otto Mayer) — quand il identifie le droit avec l'Etat et quand il nie l'existence de droits subjectifs publics — A. CUNHA SARAIVA, *Construção jurídica do Estado*, Coimbra 1912, I pp. 391 ss.; II, 76 (auteur que Marcello Caetano décrit, par erreur, comme partisan de la méthode juridique, *op. cit.*).

(8) Un des objectifs de l'histoire du droit, qui maintiendrait avec la sociologie « a mais intima affinidade » (PEDRO MARTINS, *Historia geral do direito romano, peninsular e português*, Coimbra 1906, p. 21), serait précisément celui de formuler les lois qui président à l'évolution du droit; MARNOCO E SOUSA (1869-1916), appuyé sur la leçon d'Aguanno (*La genesi e l'evoluzione del diritto civile*), énonce trois de ces lois: la « loi de la tradition », la « loi du milieu » et la « loi de la lutte pour le droit » (*Historia das instituiç?es do direito romano, peninsular e português*, Coimbra 1910^2).

(9) Sur le rôle pratico-dogmatique de l'histoire pour l'Ecole Historique, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967, 416 ss.

(10) On trouve un énoncé caractéristiquement positiviste de l'utilité de l'histoire du droit dans J. PEDRO MARTINS (1875-1939), *Historia...*; explication de l'origine et évolution du droit, détermination des fins et des fonctions sociales des instituts (comme appui aux tâches pratiques d'interprétation et d'application du droit); dévoiler les effets « beneficos ou deletérios » des institutions dans la *vie sociale* (*social engineering*, avant la lettre); identification des institutions et normes « harmonicas com as necessidades, sentimentos e idéas que dynamisam a sociedade », « com o genio nacional » et l'« idiossincracia de cada povo ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Caeiro da Mata (1883-1960), professeur de droit et, épisodiquement, d'histoire du droit, dans l'introduction à son manuel d'*História do direito português*, Coimbra 1911 — admitir instituições políticas independentes da realidade concreta des condições de cultura de um povo. Por isso, as reformas não podem ser construções lógicas do espírito humano mas adaptações graduais e contínuas do Estado às variáveis condições » [11]. On ne s'étonnera pas, donc, si on vérifie que la réforme des études juridiques de 1911 — la consécration de l'influence universitaire du positivisme sociologique — a adopté une méthode d'enseignement centrée sur l'« apresentação evolutiva dos vários ramos do direito », comme moyen de dépasser l'abstraction et la métaphysique [12].

Ni même la polémique anti-positiviste de la pensée traditionaliste — sur laquelle on reviendra plus tard — mettra en cause ce rôle central de l'histoire du droit, car le traditionalisme — comme « réalisme historique » — attribuera encore une fois à l'histoire juridique (de plus en plus didactique ou apologétique) la tâche de dévoiler les caractères essentiels et permanents de la tradition et de la nation.

Quels étaient, donc, les traits majeurs — sur le plan des méthodes et sur le plan de la thématique — de l'histoire juridique du positivisme sociologique?

Sur le plan des méthodes, le positivisme sociologique a cultivé une histoire juridique impressionniste et littéraire, pleine de références (abusives ou moins fondées sur le plan méthodologique) aux facteurs extra-juridiques, notamment à ce qu'on appelait alors la « psychologie » collective [13]; c'est cela qui l'a mené à suppléer la méthode documentaire de la grande historiographie érudite du XIXème siècle à l'aide de méthodes nouvelles visant le repérage des aspects historiques du droit vécu, non enrégistrés dans le document écrit. D'où les propositions, courantes dans les manuels, de l'utilisation de la méthode ethnographique ou du folklore juridique, de la méthode des résidus et de la méthode comparatiste ou coloniale [14]. Méthodes qui, quoiqu'elles aient permis de nouveaux sondages de la réalité historique, ont été un véhicule d'élection pour les abus d'imagination des historiens. C'est pourquoi la réaction anti-sociologiste ira insister sur une

---

[11] CAEIRO DA MATTA, *História do direito português*, Coimbra 1911, p. 22.

[12] Sur cette réforme, M. J. ALMEIDA COSTA, *Leis, canones, direito* (*Faculdades*), « Dic. hist. de Portugal » (éd. JOEL SERRÃO).

[13] Cf. sur l'enseignement de l'histoire juridique à Coimbra aux débuts du siècle, ALBERTO DOS REIS et MARNOCO E SOUSA, *A Faculdade de direito e o seu ensino*, cit., 59 (plaidoyer pour les méthodes d'enseignement de la Faculté de Droit de Coimbra, accusée par les étudiants, pendant la grande crise académique de 1907, d'« imobilismo » scientifique et pédagogique).

[14] Cf. MARNOCO E SOUSA, *Historia das instituições de direito romano, peninsular e português*, Coimbra 1910[3], p. 19; RAPHAEL RIBEIRO (éd. A. Montenegro), *Historia do direito portuguez*, Lisboa 1923, p. 21 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rigueur méthodologique renouvelée et sur un retour à l'empire du document (15).

Sur le plan des thèmes, le positivisme sociologique a privilégié, naturellement, l'histoire institutionnelle, notamment celle que l'on croyait plus proche des données fondamentales de la « psychologie et physiologie sociales »: famille, successions, propriété. Par contre, elle n'a pas été attirée ni par l'histoire de la pensée juridique, soupçonnée de métaphysique, ni par celle du droit public, soupçonnée de formalisme et d'artificialité. Et c'est surtout sur ce plan que l'histoire positiviste a laissé des traces permanentes sur la face de l'historiographie juridique portugaise contemporaine: le defrichement, sous l'influence du sociologisme, de l'histoire de certaines domaines institutionnels — de celui de la famille à ceux de la propriété et de la possession — a constitué une invitation, maintes fois acceptée, aux nouveaux historiens dans le sens d'une stabilisation thématique (16). Mais c'est aussi sur son sillage que les historiens ultérieurs — et surtout Paulo Merêa — iront découvrir les mérites de l'étude du droit vécu, voire du droit coutumier (17).

4. *La réaction anti-positiviste (des philosophes): vitalisme, anti-matérialisme, pluralisme.*

La vague sociologique, d'asservissante qu'elle avait été, est devenue tyrannique et fatigante. Dès la fin de la prémière décennie de ce siècle on perçoit les signes avant-coureurs de la réaction, venus d'abord du côté de la philosophie du droit, discipline dominée par une perspective éclectique d'inspiration krausiste (18). Pionnière sur cette voie a été

---

(15) V. *infra*, p. 430 n. 24.

(16) Citons, surtout, les études d'histoire institutionnelle de la prémière phase des oeuvres de M. PAULO MERÊA (*Evolução dos regimes matrimoniais*, 1913, dont l'introduction a encore une saveur positiviste: « não é com o raciocínio puro, mas sim com o conhecimento scientifico da evolução jurídica que se pode apreciar a verdareira natureza das instituições », p. VII) et L. CABRAL DE MONCADA, *A reserva hereditária no direito português*, 1916-21; *O casamento em Portugal na idade média*, « BFDC » 7 (1921-23); *A posse de « ano e dia » e a prescrição aquisitiva nos costumes municipais portugueses*, «BFDC » 10 (1926-28).

(17) Cf. M. PAULO MERÊA, *Lições de história do direito português*, Coimbra 1925, 6; *Considerações sobre a necessidade do estudo do direito consuetudinário português*, « BFDC » 7 (1921-23), pp. 146-51; *Questionário sobre o direito consuetudinário português*, « Estudos de história do direito », Coimbra 1923, pp. 246-57.

(18) La chaire universitaire de philosophie du droit a été abolie en 1911, précisément sous l'influence positiviste; son dernier titulaire a été Avelino Calixto (1843-1910), un krausiste éclectique (qui appartient aussi à la galèrie des personnages pittoresques de l'académie de Coimbra ...). Sur ses positions philosophiques, L. CABRAL DE MONCADA, *Subsídios para a história da filosofia do direito...*, cit., « BFDC » 15, pp. 84 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la conférence tenue à Coimbre, en 1910, par Paulo Merêa ([19]) et publiée sous le titre significatif « Idealismo e direito » ([20]).

Cette courte intervention a joué un rôle décisif dans 16 milieu académique et culturel de Coimbra comme alerte des esprits de la nouvelle génération — et, avant tout, de la nouvelle génération de juristes — contre l'empire du sociologisme et en faveur de la critique « pragmatiste », « vitaliste » et « pluraliste » de ce qu'on considérait l'exclusivisme et le dogmatisme de la *Weltanschauung* sociologiste. Les linéaments des propositions de Paulo Merêa sont: le combat contre le scientisme, en soulignant l'importance de toutes les voies d'accès de l'esprit à la réalité; le combat contre l'intellectualisme, en valorisant les formes pratiques (W. James) et intuitives (Bergson) de l'appréhension du réel; le combat contre le monisme, en affirmant la « redondance » et la « surabondance » de l'expérience; l'humanisme, enfin, en restituant de nouveau à l'homme le centre du cosmos et en combattant sa réification sociologiste ([21]).

([19]) Manuel Paulo Merêa (1889-1976) est le plus important des historiens portugais du droit de l'époque contemporaine. Universitaire à part entière, il est l'auteur d'une très vaste bibliographie (cf. MARIO A. DOS REIS FARIA, *Introdução à bibliografia do Doutor Manuel Paulo Merêa*, « Rev. port. hist. », 12 (1969), pp. LXIX ss.; un premier cycle de son oeuvre (1915-23) est dominé par l'histoire de la pensée politique de la seconde scolastique (v., *infra*, n. 28); un deuxième (1923-41) comprend une période où son attention est surtout attirée par l'histoire de la constitution féodale (1933-43); après les synthèses constituées par ses *Lições de história do direito português*, 1923, *Resumo das lições de história do direito português*, 1925, et sa contribution « Organização social e administração pública » pour la période médiévale de l'*História de Portugal* (dir. DAMIÃO PERES), 1929, plusieurs articles sur le haut Moyen Age portugais: parmi d'autres, *A concessão da terra portugalense a D. Henrique no séc. IX*, 1934; *Conventus nobilium*, 1943; *De « Portucale » (civitas) ao Portugal de D. Henrique*, 1943; et des institutions médiévales de la famille et des successions (périodes 1936-43, 1955-57, 1960-62; v. g., *Arras. Achegas para a solução dum problema filológico-jurídico*, 1936; *A « arra penitencial » no direito hispânico*, 1937; *En torno do casamento « de juras »*, 1937; *Sobre a revogabilidade das doações mortis causa*, 1937; *Sobre as origens do executor testamentário*, 1940; *Sobre as origens da terça*, 1940; *Estudos sobre a história dos regimen matrimoniais*, 1942; *O problema das doações post obitum*, 1943; *Sobre a adopção no séc. XII*, 1955; *Sinopse histórica da adopção*, 1956; *Perfilhação*, 1956; *O Poema do Cid e historia do direito*, 1961; la plupart de ces articles sont réunis dans *Estudos de direito hispânico medieval*, I-II, 1952-53); un troisième cycle est voué à la discussion de thèmes d'histoire du droit visigothique, notamment à celui de la « personnalité » ou « territorialité » de la législation visigothique (cf. son recueil, *Estudos de direito visigótico*, 1948); dans une dernière période, il revient à des thèmes précédents et dresse — dans una série d'articles — une panoramique de l'enseignement juridique au XIXème siècle (périodes 1951-52, 1957-61: *O ensino de direito em Portugal de 1805 a 1836*, 1946; *Esboço de uma história de Faculdade de Direito*, 1952; *Lance de olhos sobre o ensino do direito de desde 1772 até 1894*, 1958; *Como nasceu a Faculdade de Direito*, p. 182).

([20]) M. PAULO MERÊA, *Idealismo e direito*, Coimbra 1913.

([21]) Du livre de Merêa font encore partie deux autres interventions de critique à la théorie de L. Duguit sur le droit subjectif (« Duguit e o direito subjecti-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

En ralliant, au cours des années suivantes, le groupe de la revue « Dionysios » — une élite culturelle dorénavant diversement engagée dans la lutte anti-positiviste [22] — Merêa s'intègre dans un programme philosophique et culturel orienté par l'aspiration de l'« unité » et du « trans-sensible », par la « necessidade interna de afirmar vigorosamente a existência irredutível da nossa individualidade, tão deprimida e apagada pello scientismo » [23].

Sur le plan de l'histoire, ce ralliement débouchait sur une révolution des perspectives de la grande histoire événementielle et positiviste du XIXème siècle [24]: combinaison du recours au document avec l'intervention créatrice, intégrative et globalisante de l'historien; utilisation de sources non documentaires, au sens strict de l'expression; combat à l'histoire matérialiste [25], en redonnant à l'individu un rôle central; attention nouvelle à l'histoire des mouvements d'idées et à l'histoire des manifestations de l'esprit humain.

Sur le plan du droit, ce courant idéaliste insistait, avant tout, sur le caractère « plural » et « spontané » du droit; se dressant moins, dans cette mesure, contre le positivisme sociologique (qui soulignait lui aussi ce caractère informel et vécu du droit) que contre la conception démo-libérale et positiviste légaliste du monopole du droit par l'Etat [26].

Conséquences de ce mouvement sur l'histoire du droit: au-delà des aspects méthodologiques, notamment l'instauration d'un nouvel équilibre « document-construction », une insistance encore plus marquée sur l'étude du droit traditionnel, i.e., non légiféré [27] — en anticipant déjà l'idée, reprise et développée plus tard par la pensée con-

---

vo ») et à l'école pénale positive italienne (« A escola penal positiva. E pur, si muove! »); une deuxième série était prévue, avec des commentaires aux oeuvres de Saleilles, Charmont et Hauriou, ce dernier ayant été publié dans « Dionysios », sér. I (5), 1912, pp. 277-82.

[22] Aarão de Lacerda, Afonso Duarte, Alberto Monsaraz, António Augusto Gonçalves, Bento Carqueja, *Cabral de Moncada*, *Caeiro da Mata*, Fidelino de Figueiredo, Gustavo Cordeiro Ramos, Garcia Pulido, Hipólito Raposo, João Grave, *Magalhães Collaço*, Silva Gaio, *Marnoco e Sousa*, Simeão Pinto de Mesquita e Teixeira Gomes; les noms en italique indiquent les professeurs de droit.

[23] SIMEÃO PINTO DE MESQUITA, *Positivismo e idealismo*, « Dionysios » 2 (1912), p. 68.

[24] V. le programme historiographique de ce mouvement dans l'essai de FIDELINO DE FIGUEIREDO, *O espírito histórico*, Lisboa 1915.

[25] Cf. la critique grossière et simplificatrice de l'histoire « matérialiste » dans MANUEL GONÇALVES CEREJEIRA, *Notas históricas sobre os ordenados dos lentes da Universidade*, Coimbra 1927.

[26] Synthèse, PAULO MERÊA, *O « pluralismo » no direito público (A propósito de um livro de Hauriou)*, « Dionysios » 1(5) (1912), pp. 277-82.

[27] Cf. PAULO MERÊA, *A propósito do feudalismo*, dans « Dionysios » 1(1) 1912, 37: « não apenas documentos de carácter legal, mas principalmente documentos da vida real... seria um erro grosseiro querer reconstituir a sociedade através esclusivamente de textos da lei »; on y trouve aussi son opinion (prudente) sur la légitimité des « illations » de l'historien.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

servatrice, selon laquelle ce droit exprimait directement l'esprit collectif —, et un nouvel intérêt pour les thèmes de l'histoire de la pensée juridique [28].

5. *La réaction anti-positiviste (des juristes): le juridisme.*

Dans le domaine de la « philosophie spontanée des juristes » — notamment des professeurs de droit — le mouvement anti-positiviste (anti-sociologiste) a pris plus de temps de maturation et il a produit des fruits différents.

Chez les juristes, la crise du positivisme sociologique a coincidé avec une révalorisation du juridique. Le style littéraire et un tant soit peu déclamatoire du sociologisme (malgré ses prétensions de rigueur) et le caractère inusité de son discours par rapport à la formation et « vocation » sèchement exégétiques de la plupart des juristes portugais de la fin du XIXème, débuts du XXème siècle, ont fini par provoquer une certaine lassitude anti-sociologiste et un mouvement de retour aux sentiers battus de l'art juridique: la construction et, plus platement, l'exégèse. Cette revalorisation du juridique engendra une recomposition du concept vulgaire de droit et, avec elle, un remaniement du système des disciplines juridiques, parmi lesquelles on trouvait l'histoire du droit [29]. La « purification » du concept de droit de ses moments non normatifs, non logico-rationaux ou, plus radicalement, non légaux (non positifs, maintenant dans le sens d'étrangers au droit en vigueur) coince une historiographie juridique dont la stratégie était justement cette constante mise en rapport, proposée par le sociologisme, entre le droit et la réalité environnante, entre le droit actuel et ses précédents historiques, entre le droit légiféré et le droit vécu. Si l'étude pure du droit était constitué par le travail exclusivement dirigé vers les catégories abstraites et intemporelles ou vers les normes posées formellement et arbitrairement par le législateur actuel, la purification de la science juridique se tournerait aussi donc

---

[28] Illustrée dans la série d'études de Merêa, publiée pendant les années suivantes sur des thèmes d'histoire de la pensée juridique et politique: parmi d'autres, *Desenvolvimento da ideia de soberania popular nos séculos XVI e XVII*, 1915; *Suarez, jurista. O problema da origem do poder civil*, 1917; *As teorias políticas medievais no « Tratado da virtuosa benfeitoria »*, 1919; *O poder real e as cortes*, 1923; *Os jurisconsultos portugueses e a doutrina do « mare clausum »*, 1924; *A cultura do direito entre nós*, 1925.

[29] Cette recomposition peut-être témoignée par les modifications des plans des cours juridiques après la réforme de 1911. En synthèse (précisions supplémentaires, M. J. ALMEIDA COSTA, *Leis, cânones, direito* (*Faculdades de*), dans JOEL SERRÃO (ed.), « Dic. hist. Port. », II, pp. 689 ss.), on peut dire que le cours de droit a été expurgé des disciplines de caractère sociologique ou comparatiste (*Legislação civil comparada, Estatística, Economia social, Confissões religiosas nas suas relações com o Estado, Direito constitucional comparado*) et renforcé de disciplines de caractère juridique, surtout dans le domaine du droit civil.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contre l'histoire juridique, telle qu'elle était conçue par le positivisme sociologique; tolérée comme discipline historique, l'histoire est cependant nieé comme discipline juridique, à moins qu'elle ne changeât son objet et sa finalité.

Ce mouvement de revalorisation du « juridique » s'est développé selon deux voies, celle de la « jurisprudence des concepts », dans le sillage de l'école des pandectes du XIXème siècle, et celle du positivisme légaliste, sur la trace de la tradition exégétique précédente.

Quant à la jurisprudence des concepts, construction conceptuelle ou « méthode juridique », elle a été appliquée au droit privé, son champ originel de culture, à partir du magistère de Guilherme Moreira (1861-1922) ([30]) qui, se fondant sur un article du Code Civil de 1867 — d'interprétation tourmentante —, considéra les « principes généraux du droit » comme une source d'intégration des lacunes de la loi ([31]). Dans le droit public, la méthode juridique s'est imposée difficilement, soit par l'effet de la plus grande évidence, dans ce domaine, des assomptions sociologiques, soit en vertu de l'intime rapport qu'on croyait exister entre cette méthode et les solutions politiques autoritaires. C'est pourquoi Alberto dos Reis et Marnoco e Sousa ([32]) la rejetent frontalement, ainsi qu'Alberto da Cunha Saraiva (1886-1946) ([33]), quoique de façon plus adoucie. En tout état de cause, le conceptualisme — avec ses préoccupations d'analyse conceptuelle, de rafinement des définitions, de recherche de la « nature » abstraite des instituts — constitue la méthode inspiratrice des monographies les plus ambitieuses, notamment des thèses des concours universitaires, au cours de années vingt et trente ([34]).

([30]) Sur Guilherme Moreira, J. ALBERTO DOS REIS, *Discurso*, « BFDC » 7 (1921-23), pp. 277-81; ADRIANO VEZ SERRA, *Centenário do nascimento do Doutor Guilherne Moreira*, « BFDC » 37 (1961), pp. 188-98; G. BRAGA DA CRUZ, *A Revista de Legislação e de Jurisprudência. Esboco da sua história*, I, Coimbra 1975, pp. 431 ss.

([31]) L'art. 16 du C.C. de 1867 qui determinait que, en présence d'une lacune de la loi, on devait avoir recours à l'analogie ou « aos princípios do direito natural, conforme as circunstâncias do caso »; Guilherme Moreira, en consonance avec son oeuvre de civiliste (voir notamment, ses *Instituições de direito civil português*. I. *Parte geral*, Coimbra 1907) interprétait cette dernière phrase comme un renvoi aux « principes généraux du droit », tels qu'ils résultaient des coutumes établies et de la doctrine et jurisprudence uniformes et prolongés; le magistère de la pandectistique est ici clair, même dans l'assimilation savignyenne entre « tradition juridique populaire » et « tradition juridico-scientifique ». Sur la polémique autour de l'interprétation de l'article 16 du C.C., JOÃO M. ANTUNES VALERA et FERNANDO A. PIRES DE LIMA, *Noções fundamentais de direito civil*, Coimbra 1973[6], pp. 176 ss.; et, dernièrement, avec une perspetcive historique élargie, J.-M. SCHOLZ, section « Portugal » de H. COING (ed.) *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Band III-I, Dritter Abschnitt (sous presse).

([32]) V. *supra* n. 7.

([33]) Cf. *Construção jurídica do Estado*, cit., I, p. 39 n. 1.

([34]) Notamment, des travaux de J. T. Magalhães Collaço, J. Beleza dos Santos, Manuel Rodrigues, etc.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Le projet historiographique a été atteint par les prétensions « juridistes » et « conceptualistes » de la *Begriffsjurisprudenz*, ou même « formalistes » et « purificatrices » de la théorie pure du droit. Luis Cabral de Moncada ([35]), dans un des rares articles sur des thèmes de méthodologie de l'histoire du droit écrits pendant ces cinquante années ([36]) propose une « purification de l'histoire juridique », objectif qu'il explicite comme suit:

a) au plan de la périodisation, recours à un « critère juridique interne », i.e., aux catégories et cadres logico-formels, à la technique, et à la mentalité à travers lesquels une époque interprète ses nécessités sociales, en les transformant en sources d'institutions et d'élaborations conceptuelles (qu'elle organise, dans un deuxième moment, sous la forme « scientifique ») ([37]);

b) au plan explicatif, recours exclusif à une « explication interne », non génétique, des instituts juridiques, c'est-à-dire, à son explication au moyen de sa mise en rapport avec la logique interne du système juridique, non seulement du système dogmatique, mais aussi des « systèmes intuitifs et imaginatifs » (« dogmática, implícita »); « o resto, — écrit encore Moncada — a razão histórica, económica ou política do conteúdo das soluções dadas pelas normas, ou do fim tido em vista por estas, *não pertence ao historiador-jurista determiná-lo, mas sim aos outros historiadores* para os quais o direito é apenas um facto-social como qualquer outro » ([38]);

c) au plan pédagogique, il insiste sur l'enseignement exclusif de l'histoire dogmatique (*Dogmengeschichte*), i.e., « a história das for-

---

([35]) Luis CABRAL DE MONCADA (1888-1973); professeur de la Faculté de Droit de Coimbra, historien et philosophe du droit, de plus en plus attiré par la réflexion jus-philosophique, dont il a été le restaurateur dans le milieu des juristes portugais contemporains. La période la plus historiciste de son oeuvre est la prémière (1916-1950), malgré son pénchant permanent pour une histoire au service de la philosophie: *A reserva hereditária no direito peninsular português*, 1916-21; *A « traditio » e a transferência da propriedade imobiliária no direito português (séculos XII-XV)*, 1920-21; *O casamento em Portugal na idade média*, 1921-23; *Elementos de história do direito romano*, 1923-24; *O duelo na vida do direito*, 1925-26; *A posse de « ano e dia » e a prescrição aquisitiva nos costumes municipais portugueses*, 1926-28; *Subsídios para uma história da filosofia do direito em Portugal*, 1937-39; *Origens do moderno direito português*, 1949; *Um iluminista português do séc. XVIII: Luís António Verney*, 1950. Bibliographie complète de Moncada, MARIO A. R. FARIA, *Bibliografia do doutor Luís Cabral de Moncada*, « BFDC » 50 (1975); éloge, G. BRAGA DE CRUZ, « BFDC » 34 (1958).

([36]) L. CABRAL DE MONCADA, *O problema metodológico na ciência de história do direito português (critério para uma nova divisão cronológica)*, dans « An. hist. der. esp. » 10 (1933), pp. 138-160 (= L. CABRAL DE MONCADA, *Estudos de história do direito*, 2, Coimbra 1949, ed. utilisée); titre significatif (« *ciência* da história do direito »; cf. « *science* du droit », dans l'opposition kelsenienne « science-politique).

([37]) *Op. cit.*, p. 192.

([38]) *Op. cit.*, p. 205.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mas jurídicas en si mesmas, desligadas, quanto possível, dos condicionalismos sociológicos » (39).

Cette orientation — qui correspond, comme l'auteur lui-même le reconnaît, à la transposition dans le domaine de l'histoire juridique de la « purification », proposée par Kelsen pour la science juridique (40) — est à l'origine d'une filière de monographies historico-juridiques surtout de Merêa et de ses disciples — sur des instituts de droit historique, étudiés avec une extrême aridité dogmatique, qui réproduisent sur les sources juridiques historiques les méthodes constructives employées par la pandectistique sur les sources juridiques contemporaines.

6. *L'empire du légalisme.*

La défaite finale de cette ouverture à une perspective critique et plus compréhensive (malgré tous ses erreurs et équivoques) que l'orientation sociologique finalement représentait a été, cependant, l'oeuvre d'un nouvel essor du positivisme légaliste.

A part la parenthèse sociologiste d'entre les deux siècles, l'attitude typique des juristes portugais des XIXème et XXème siècles a toujours été celle d'un profond respect et de l'éffacement devant le droit positif. Plusieurs facteurs historiques en étaient responsables. D'une part, les vieux topiques légalistes de la réforme « pombaline » de l'enseignement juridique (1772), dominée par le positivisme illuministe; d'autre part, les dogmes de l'Etat démocratique, qui identifiaient la loi avec la volonté populaire; et, enfin, le climat de « stabilisation » promu par les couches dirigeantes depuis 1850 (« regeneração » de 1851, « constitutionalisme monarchique quasi-rotativiste »).

A partir de 1925, de nouveaux éléments favorables au positivisme légaliste sont apparus.

Le plus important était l'influence d'une lecture conservatrice de certaines branches du sociologisme — comme le « réalisme », le « pluralisme » et l'« institutionnalisme » —, lecture qui aboutissait à l'identification du droit « réel » (par opposition au droit « métaphysique ») avec les normes juridiques effectivement « positivées » dans les institutions sociales.

Ces courants étaient, naturellement, passibles de lectures d'un autre type, dévaluant même le droit de l'Etat en face des « mecanismos jurídicos espontâneos », des « equilíbrios práticos », du « direito da

(39) *Op. cit.*, 210.

(40) *Op. cit.*, p. 207; et, pourtant, Moncada prend ses distances par rapport au formalisme kelsenien, en tant qu'il conçoit les systèmes juridiques comme intégrés aussi par des éléments instinctifs et imaginatifs, se rapprochant alors soit de l'historicisme, soit de l'idéalisme allemand. Sur cette idée de « système » (ou « époque ») juridique, cf. déjà son article, *O « século XVIII » na legislação de Pombal*, « BFDC » 9 (1925-26), pp. 167 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vida » (41). Lus dans ce sens, ils auraient soutenu une proposition de politique du droit décentralisatrice, reconnaissante du rôle créateur de la jurisprudence et de la doctrine, critique de la conception légaliste du droit. Et, en effet, telle a été l'orientation du discours juridique anti-démocratique et anti-parlementaire dans sa lutte contre la « dictature centralisatrice et jacobine » de l'Etat républicain (42).

Après la conquête du pouvoir, par suite du coup d'état du 28 mai 1926 (« Revolução Nacional », origine de l'« Estado Novo »), la pensée juridique conservatrice a, cependant, travesti ces points de vue, rejoignant de plus en plus les thèses opposées de l'identification entre le « droit de la Nation » et le « droit de l'Etat », car l'Etat ne serait, maintenant, que la Nation, elle-même organisée, les anciens « organismes primaires » étant réduits à des « éléments de l'Etat »: « A soberania pertence ao Estado — disait Manuel Rodrigues (1889-1946), Ministre de la Justice pendant la dictature militaire (1926-1933) et les premiers gouvernements de Salazar (1932-1940) — Quere dizer: não há um poder transcendente, o poder pertence à *Nação organizada*. Daqui resulta que ao Estado pertence criar a norma da sua própria existência e dos elementos que o constituem ... *O Estado é a fonte de toda a regra normativa* ... O cidadão não pode recorrer a um princípio estranho ao seu país, nem mesmo invocar as regras da humanidade. Só é humano o que é nacional. Mas o direito assim concebido não é a tirania nem a injustiça. Exactamente porque tudo é nacional, ao Estado incumbe examinar com cuidado o que é o bem comum, e provê-lo com solicitude » (43).

Les précédentes institutions primaires une fois englouties par l'Etat, le droit « plural » s'étatise et la fonction de l'Etat — que la pensée conservatrice, sur la trace de la pensée politique pré-révolutionnaire, avait identifié avec la « justice », dans le sens de « réalisation de l'harmonie entre des corps politiques autonomes » — devient, de plus en plus, le mantien de l'« ordre » (44).

---

(41) Cf. M. PAULO MERÊA, *O « pluralismo » no direito público*, « Dionysios », sér. I (5) (1912), pp. 277-82.

(42) Cf. les propositions politiques de l'« intégralismo lusitano », mouvement traditionaliste et monarchiste, qui constitue la source doctrinaire principale de l'« Estado Novo ». Sur l'« integralismo lusitano », la synthèse de DELFIM FERREIRA, *Integralismo lusitano*, dans JOEL SERRÃO (éd.), « Dic. hist. Port. », II, pp. 556 ss. (et bibl. y citée).

(43) M. RODRIGUES, *Conferência proferida em Coimbra, no dia 6 de Maio de 1934*, dans « Política, direito e justiça », Lisboa 1934, pp. 41 ss.

(44) V. g., MARCELLO CAETANO, *História do direito português* (1940-41), Lisboa 1941, pp. 6 ss.; la justice comme moyen de coordonner les actions humaines en vue d'une finalité ultime, l'ordre. Dans le domaine de la politique du droit et de la justice, une des lignes d'action de l'« Estado Novo » a été l'« instauration de l'ordre », notamment par des réformes législatives visant la certitude du droit (v. g., la soi-disante réforme du Code Civil de 1867 en 1930; sur sa réelle portée, M. DE ANDRADE, *Sobre a recente evolução do direito privado português*, « BFDC »

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Les conceptions sur la fonction du juriste (et du professeur de droit) ont subi, elles aussi, une mutation pareille. Le prototype du juriste devient celui implicitement prôné par Fezas Vital (1888-1953) — professeur de droit public à Coimbra, très en vue pendant les années trente ([45]) —, à l'occasion de l'éloge d'un collègue: « para ele, como jurista, fora das normas queridas e sancionadas pelos governantes, não há direito ... Toda a crítica do direito vigente será, portanto, não crítica de jurista, mas de moralista, de sociólogo, de político, de filósofo ... Ao jurista, como tal, incumbe portanto apenas interpretar e reduzir a sistema essas normas (les normes générales établies par le législateur), procurando a sua explicação lógica em construções jurídicas abstractas, é certo, mas só legítimas se assentes em realidades e em factos » ([46]). Ou alors — si on avance une trentaine d'années — le modèle sous-jacent à la réprimande adressée par Antunes Varela — professeur de la Faculté de Droit de Coimbra et alors Ministre de la Justice — à un collégue de la Faculté qui avait osé critiquer des solutions du droit positif: « eu sempre entendi ... que nas prelecções feitas perante o público receptivo e impreparado dos alunos o professor deve concentrar especialmente a sua atenção sobre os problemas de interpretação da lei e de integração das lacunas do sistema, e sobre tarefas de elaboração científica dos materiais fornecidos pela legislação, abstendo-se quando possível de intervir em questões de outra ordem, incluindo as que entram abertamente no domínio da *politica legislativa*. Estas interessam de modo particular aos políticos, à administração, às assembleias legislativas ou às commissões revisoras, nas quais os professores têm sempre um papel a desempenhar, mas fora do público escolar, longe do ambiente específico da actividade docente » ([47]).

---

22 (1946) pp. 286; et la (ré)introduction des « assentos » du Supremo Tribunal de Justiça, comme moyen de discipliner la jurisprudence, en 1926) et la rapidité et efficacité de la justice (« Reforma Judiciária » de 1926; *laudatio*, M. RODRIGUES, *A justiça no Estado Novo*, Lisboa 1933, pp. 1-57; « Código de Processo Civil » de 1939 et l'encadrement professionel et déontologique des avocats, par la création de l'« Orden dos Advogados » en 1926).

([45]) Sur Fezas Vital, G. BRAGA DA CRUZ, *A Revista de Legislação e de Jurisprudência* ..., cit., I, pp. 613 ss., et bibl. y citée (v. 639[1400]).

([46]) FEZAS VITAL, *Elogio do Prof. João Tello de Magalhães Collaço*, « BFDC » 13 (1932-33), p. 335.

([47]) J. M. ANTUNES VARELA, *Algumas soluções do Código do Registo Civil*, « Rev. leg. jur. » 98 (1965), pp. 161 ss. L'objet de la polémique était encore le régime matrimonial introduit par le Concordat avec le Saint Siège de 1940 (indissolubilité civile des mariages catholiques, effets civils de la célébration canonique). Cette matière était déjà à l'origine des punitions disciplinaires de deux professeurs de la Faculté de Droit de Lisbonne: en 1940, Jaime Gouveia, banni de la Faculté, en vertu de critiques orales au régime concordataire dans son cours universitaire; et, l'année suivante, celle de Barbosa de Magalhães, mis à la retraite d'office pour une raison pareille (cf. brèves références dans MARCELLO CAETANO, *Apontamentos para a história da Faculdade de direito de Lisboa*, « Rev. Fac. Dir. Lisboa » (= « RFDL ») 13 (1961). Tous ces faits sont significatifs de l'image du juriste (et du professeur de droit) qui domine le panorama politico-idéologique portugais.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ces nouvelles conceptions sur le rôle du juriste et de l'enseignement juridique ont intéressé, d'abord, les problèmes classiques de l'interprétation de la loi et de l'intégration des lacunes. Dans le domaine de l'interprétation elles ont provoqué une certaine tendance vers les solutions subjectivistes ([48]); dans le domaine de l'intégration, une attitude d'extrême méfiance à l'égard de toute théorie octroyant au juriste quelque peu de liberté en face de la loi. Ce qui explique les positions ultra-positivistes de Marcello Caetano, qui apostrophait la jurisprudence des intérêts, même sous la version modérée alors adoptée par la doctrine nationale (soumission de l'interpréte aux valorations légales des intérêts) ([49]), de « falsa e socialmente perigosa » (en utilisant une formule aujourd'hui savoureuse et très usitée dans le discours réactionnaire portugais ...) ([50]).

7. *L'histoire juridique sous l'empire du légalisme.*

Dans le domaine de l'histoire juridique, le légalisme ne pouvait ne pas avoir une action perturbatrice.

([48]) Sur les positions de la doctrine portugaise contemporaine au sujet de la théorie de l'interprétation, MANUEL DE ANDRADE, *Sobre a recente evolução do direito privado português*, «BFDC» 22 (1946), pp. 284 ss.; cet important article d'un civiliste de prémière grandeur dresse un tableau des influences des nouvelles idées de l'« Etat social » sur le fond individualiste du droit civil du Code de 1867; on doit le confronter avec le texte-programme de MANUEL RODRIGUES (alors ministre de la Justice), *Discurso proferido ne sessão comemorativa do centenário do S.T.J.* (Supremo Tribunal de Justiça), em « Política, direito e justiça », cit., pp. 77 ss.

([49]) MANUEL DE ANDRADE (1899-1958), le grand rénovateur de la civilistique portugaisea près Guilherme Moreira (v. *supra*, p. 432 et n. 31), a été l'introducteur au Portugal de la jurisprudence des intérêts sous la version modérée permise par les données du droit positif (cf. l'article, déjà cité, *Sobre a evolução...*, et aussi son fondamental *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, Coimbra 1934). À partir de 1944, la jurisprudence des intérêts a mérité l'appui officiel du Ministre de la Justice et professeur de Coimbra, Adriano Vaz Serra, qui, dans un discours doctrinaire adressé aux « juges-conseillers » du S.T.J., a fait la critique de la jurisprudence des concepts et proposé l'*Interessenjurisprudenz* comme critère interprétatif et intégrateur (cf. ADRIANO VAZ SERRA, *Valor prático dos conceitos e da construção jurídica (notas para o estudo do problema das relações entre a teoria e a prática do direito)*, Lisboa 1944 (tirage à part de « Bol. Min. Just. » = *O papel do juiz na interpretação da lei*, « Rev. Ordem Adv. » 1 (1944), p. 2). Sur l'importance de l'intervention de Vaz Serra, L. CABRAL DE MONCADA, *Integração das lacunas e interpretação do direito*, « Rev. dir. est. soc. » 7 (1954), *maxime* p. 177. Sur la réaction des secteurs ultra-positivistes, cf. le texte de Marcello Caetano cité dans la note suivante.

([50]) MARCELLO CAETANO, *O problema do método no direito administrativo português*, Lisboa 1946 (Tirage à part de « O direito », ano 80), p. 34. Dans son cours de droit pénal de 1938-39, Marcello Caetano optait déjà pour le conceptualisme comme voie plus compatible avec le respect dû au droit positif, car « o direito positivo é justo até prova em contrário, porque a autoridade donde dimana é um princípio racional de ordenação social » (*loc. cit.*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

En effet, dans un contexte où la formation juridique s'épuisait dans une information sur le droit positif et où les professeurs étaient invités à laisser au seuil des amphythéatres toutes les stratégies pédagogiques autres que la description et la construction du droit en vigueur, la perspective historique perd tout son sens. Elle conservait certes une « valeur formative » résiduelle, dont tout le monde parlait, mais que personne n'expliquait au juste en quoi elle consistait; de même pour ce qui était de son intérêt herméneutique. Mais, au bout du compte, sa prétendue valeur formative était si maigre que certains n'ont pas manqué de suggérer son transfert à la dernière année du cours ([51]). Inéluctable, pour des raisons de convenance, dans le cours de droit, l'histoire juridique devient une friperie, vénérable peut-être, mais inutile (ou même incommode)' Avec elle les plus sages empanachent le discours; les plus irrévérents construisent des plaisanteries.

Du côté des sciences historiques — dont le panorama, au Portugal, n'était, pas alors, très brillant ([52]) —, les contacts n'étaient pas non plus faciles. D'une part, il y avait les obstacles institutionnels, découlant de la répartition de l'histoire par deux Facultés différentes. D'autre part, les historiens éprouvaient une certaine difficulté à intégrer dans leurs modèles globaux l'histoire que les juristes faisaient: une histoire « sèche », « formaliste ». Si des contacts il y avait, ils étaient plutôt dûs à des rapports personnels qu'à la force des choses ([53]).

Deux alternatives s'ouvraient alors à l'histoire juridique. Ou bien elle se laissait s'entrelacer par la protection officielle ou officieuse prêtée à toute histoire glorificatrice du passé et, surtout, des institutions historiques où l'« Estado Novo » fondait son idéologie politique, sociale et

---

([51]) La proposition était de Marcello Caetano, dont l'argumentation se fondait sur une prétendue impossibilité de l'étude de l'histoire sans une connaissance préalable de la structure dogmatique actuelle; même si l'argument était valable (au fond, il s'agit du problème, aujourd'hui classique, de l'application de la dogmatique actuelle aux données historiques) cette posposition de l'histoire anneantirait tout son intérêt formatif.

([52]) Cf. VITORINO MAGALHÃES GODINHO, *A historiografia portuguesa: orientação, problemas, perspectivas*, « Revista de história » (S. Paulo) 1956, nums. 21-2; *Le Portugal devant l'histoire*, « Annales Ec. Soc. Civ. » 3 (1948), pp. 347-52.

([53]) Exemples isolés sont la collaboration de Paulo Merêa et Amorin Girão, professeur de géographie humaine, à l'occasion d'une étude sur l'organisation politico-administrative du Portugal au X-XIème siècles (*Territórios portugueses no séc. XI*, « Rev. port. hist. » 2 (1943), pp. 255 ss.; sur la sensibilité de Merêa à l'utilité des études interdisciplinaires, cf. v. g., son insistance sur l'importance de la perspective de la géographie humaine et des études urbaines pour la compréhension de l'histoire des institutions municipales, « BFDC », 14 (1937-38), p. 170) et son dialogue permanent avec Torquato de Sousa Soares (cf. TORQUATO DE SOUSA SOARES, *Prof. Doutor Manuel Paulo Merêa, historiador das instituições medievais*, « Rev. port. hist. », 12 (1969). Merêa a été, d'ailleurs, un infatigable promoteur du dialogue scientifique avec les historiens à travers ses multiples critiques et notices bibliographiques publiées surtout dans le « Boletim de Faculdade de Direito de Coimbra ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

économique — *concelhos*, corporations de métiers, *cortes* — ou bien elle s'assumait comme une discipline isolée, en se réfugiant dans un maniement raffiné et érudit de ces champs thématiques qui lui étaient laissés par la division universitaire du travail — notamment, l'histoire des sources et des aspects strictement juridiques des institutions, surtout, de droit privé.

Il y avait certes une troisième alternative, précisément celle qui aurait pu épargné à l'histoire juridique la profonde crise qu'elle irait subir: una perspective « sociale », c'est-à-dire, d'intégration des instituts juridiques dans leurs contextes sociaux et culturels plus étendus, profitant de la leçon des orientations historiographiques globalisantes qui démarraient en France (Ecole des « Annales ») ([54]) et en Espagne (J. Vicens Vives) ([55]); Paulo Merêa, avec sa perspicacité de grand historien, aurait entrevu cette possibilité ([56]); cependant, ni l'ambiance historiographique — stagnante et peu ouverte aux influences méthodologiques étrangères — ni le contexte politico-idéologique — doublement dangeraux, car l'asphyxie des esprits indépendants se combinait avec l'embrigadement de ceux qui ne l'étaient pas — favorisaient cette entreprise.

8. *L'histoire didactique ou apologétique.*

Les tentations d'une histoire didactique, mise au service des projets politiques et des visions idéologiques conservatrices, avait déjà une tradition, venue de la période la plus enragée de la lutte anti-républicaine et anti-démocratique. L'un des vecteurs idéologiques les plus importants de l'« integralismo lusitano » était justement l'histoire, discipline qui occupa une place centrale, soit dans l'oeuvre des chefs du mouvement, soit dans les revues culturelles et politiques inspirées par lui. L'histoire est, selon la pensée traditionaliste, le démiurge de

---

([54]) Sur cette école J.-M. SCHOLZ, *Historische Rechtsgeschichte. Reflexionen anhand französischer Historik*, dans J.-M. SCHOLZ (éd.) « Vorstudien zur Rechtshistorik », Frankfurt-Main 1977, p. 1 ss.

([55]) Sur l'influence de Vincens Vives sur l'histoire juridique espagnole, MARIANO et JOSÉ LUIS PESET, *Vincens Vives y la historiografia del derecho en Espana*, dans, J.-M. SCHOLZ, « Vorstudien ... », cit., p. 176 ss.

([56]) « A história — écrivait Merêa en 1941 (*Suarez-Grócio-Hobbes*), Coimbra 1941, préface — vai-se tornando uma coisa complexa demais para mim. Exige, ao que parece, uma forte dose de filosofia, e a minha não vai — ai de mim — muito além da do senso comum » (cit. por L. CABRAL DE MONCADA, *Manuel Paulo Merêa. Esboço de um perfil*, « Rev. port. hist. », 12 (1969), p. x. Il n'est pas facile de démêler dans cette phrase ce qu'il y a d'ironie, de critique voilée à une certaine utilisation philosophique de l'histoire (précisément par Moncada; v. une critique ouverte dans ce sens, « BFDC » 17 (1940-41), p. 172) ou de sincère reconnaissance d'un progressif élargissement thématique et méthodologique des études historiques.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la Nation. Il appartient à l'histoire de dévoiler l'âme nationale, de montrer la Nation à elle-même aux moments de crise, d'imposer la Nation à elle-même dans les moments de victoire. L'histoire dévoile; l'histoire rédime; l'histoire oriente. Et tout cela parce qu'elle est le moyen le plus adéquat pour révéler la tradition; et la tradition est le dépositaire le plus fidèle de l'esprit de la Nation.

Ces idées — dans lesquelles se combinaient beaucoups d'éléments de la pensée sociologique avec un nouvel engagement politico-social — n'ont pas laissé indifférents les historiens du droit, qui les ont utilisées, non seulement comme thème théorique modéré ([57]), mais aussi comme projet militant.

Aussitôt après la prise du pouvoir par les courants nationalistes et traditionalistes, en 1927, L. Cabral de Mondaca, alors jeune professeur de droit, donne le ton. Inspiré par une précédente étude de Merêa sur la pensée politique de la seconde scolastique portugaise — qui avait été utilisée comme support doctrinaire de la restauration de l'indépendance en 1640 —, Moncada pronunce, devant les étudiants de Coimbra, une conférence qui peut être considérée comme le manifeste d'une histoire juridique engagée du point de vue politique. Il propose, alors, que chaque « leçon d'histoire » devienne une « leçon morale » (p. 449) et que l'histoire serve la réstauration de la mentalité politique portugaise, mise en danger par des « influências estranhas ao corpo e alma da Nação » (p. 450). Cette leçon concrète sur la pensée politique de 1640 devrait être le moyen de retrouver « una doutrina extraida das nossas mais lídimas tradições históricas » (p. 470) et de stimuler l'action sociale et politique du présent. Si la pensée politique néo-scolastique avait servi pour combattre l'ennemi castillan, elle devrait, maintenant, être mise au service du combat contre l'ennemi de l'intérieur: « o pensamento estrangeiro e anti-nacional ... o absolutismo democrático » (p. 473) ([58]) ([59]).

([57]) Comme corollaire de précédentes prises de position de sens sociologique (v.g., dans *O « pluralismo » no direito público*, « Dionysios », sér. I (5), pp. 277-82), Paulo Merêa considère, v.g., que l'étude de la tradition se justifie en tant que moyen d'« isolar os elementos onde se reflecte fielmente o espírito nacional » (*A evolução dos regimes matrimoniais*, Coimbra 1913, I, VII).

([58]) La « leçon morale » était, cependant, plus particularisée; elle était orientée vers le combat contre l'individualisme, le parlementarisme, les partis, la maçonnerie, la juiverie (« o inimigo nato das mães pátrias »), le bolchévisme. Enfin, tous les ingrédients de la pensée fascisante de l'époque. Ces références disparaissent dans la seconde édition de cette conférence (*Estudos de história do direito*, Coimbra 1948). L'attrait de Moncada vers ces horizons idéologiques a été profonde; dans le champ du droit, v., par example, son commentaire à la section du droit matrimonial du « Volksgesetzbuch » (où, en plus d'un ton général d'approbation de la politique nazie de la famille, il faisait sienne l'équiparation — contenue dans le texte allemand — entre la prostitution de la femme par le mari et la pratique par le couple d'activités communistes, comme motif de dissolution d'office du mariage), « BFDC » 15 (1938-39) et 19 (1943).

([59]) Cette conférence (publiée d'abord dans le « BFDC » 10 (1926-28) p. 447 ss.,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Cette invitation adressée à l'histoire juridico-politique pour qu'elle se mette au service de « alevantadas sugestões políticas, morais ou até artísticas, como instrumento ou coeficiente de acção social » (L. Cabral de Moncada) ([60]) va de pair avec la suggestion contemporaine de Marcello Caetano ([61]) selon laquelle l'histoire devrait devenir un instrument de redressement national: « Quando as nações se esquecem de que têm uma razão de existência, perdidas no turbilhão das lutas políticas, do embate das paixões, do clamor dos interesses, do ulular das multidões, inconscientes ou ao serviço de desvairados propósitos; quando parece que se quebraram os elos que prendiam os indivíduos numa raça — que desapareceram os ideais colectivos, a comunidade de aspirações, a unidade de querer, a cooperação numa obra comun, e que só restam os tumultos da praça pública e o despotismo pretoriano —, è o momemto de se procurar tudo o que parece perdido, porque ou a nação se retempera e tudo está salvo, ou perecerá juntamente com o Estado na mesma onda subversiva de anarquia ... Nessa missão

---

sous le titre *1640 ... Restauração do pensamento político português*) a été l'origine d'une polémique entre l'auteur et deux des représentants de la pensée républicaine, Vitorino Nemésio et António Sérgio (dans le revues « Seara Nova », les critiques de Nemésio et Sérgio, et « Nação portuguesa », les réponses de Moncada).

([60]) *Resposta pronta. Explicando uma exortação mal compreendida*, « Nação portuguesa », I (2), sér. 2, 1928, p. 52.

([61]) Né en 1906. Professeur de droit public de la Faculté de Droit de Lisbonne (où son *Manual de Direito administrativo*, 1937[1] et 1973[10] a fait époque; dans les années quarante et cinquante, intéressé aussi à l'histoire du droit, notamment des institutions politiques et administratives, discipline qu'il a cultivée soit en historien farouchement événementiel et positiviste (cf., v.g., ses *Apontamentos para a história da Faculdade de Direito de Lisboa*, simple annuaire de la vie académique, ou la défense de la périodisation de l'histoire de l'administration publique par règnes (!), périodisation qui, à son avis, avait été chassée de l'historiographie par des « preconceitos ideológicos falsos e inadmissíveis »; cf. *A administração municipal de Lisboa durante la 1ª dinastia (1109-1383)*, « RFDL », VII, (1950), pp. 5 s.), soit en sectaire d'une histoire plutôt « didactique » (cf. ses travaux sur l'organisation municipale et corporative où les aspects conflictuels sont sacrifiés — selon un processus mental certainement non délibéré — à une vision harmonique et paisible (enfin, corporative) des institutions de l'ancien régime). Centres d'intérêt de son oeuvre d'historien: l'histoire de l'administration coloniale (*Notas para uma memória sobre o Conselho Ultramarino*, 1938; *O governo e a administração central após a restauração*, 1937; *As reformas pombalinas e post-pombalinas referentes as ultramar*, 1937; *Do Conselho Ultramarino ao Conselho de Império*, 1943; *O Conselho ultramarino: esboço da sua história*, 1967); histoire des « cortes » (*As cortes de 1385*, 1951; *As cortes de Leiria de 1254*, 1954; *Subsídios para a história das cortes medievais portuguesas*, 1961-62); histoire des institutions municipales et corporatives (*A antiga organização de mesteres na cidade de Lisboa*, 1942; *A administração municipal de Lisboa durante a primeira dinastia (1179-1385)*, 1951; *Regimento dos oficiais das cidades, vilas e lugares destos reinos* (introd.), 1955); histoire administrative et constitutionnelle contemporaine (*História breve das constituições portuguesas*, 1965; *A codificação administrativa em Portugal (um século de experiência, 1836-1935)*, 1934); manuels d'histoire du droit (*História do direito português*, 1941; *Lições de história do direito português*, 1962).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

piedosa de revelar aos portuguesos um outro Portugal que vive em nós, temos que congregar todos os seus valores espirituais ... » (62).

Ces propositions — à part leur radicalisme, que ni même leurs auteurs ont maintenu dans les phases subséquentes de leurs oeuvres — ont été entendues. Le résultat a été ou bien une histoire active et ouvertement engagée dans les luttes politico-idéologiques, ou — tout au moins — une histoire didactique et discrètement apologétique. Didactique, dans sa préocupation de chercher des leçons du passé, notamment de se proposer au politicien et au législateur comme gardienne de la tradition et inspiratrice des solutions qui conviennent au génie national (63). Discrètement apologétique lorsque, tout au moins dans le choix des thèmes, elle se prétait à une « illustration » de la doctrine de l'« Estado Novo », ce qui explique l'intérêt suscité, autour des années quarante, par les thèmes historico-juridiques plus proches des topiques idéologiques de l'« Estado Novo » (64): les *concelhos* (65), les corporations (66), la représentation politique organique (67).

---

(62) MARCELLO CAETANO, *Um grande jurista português, Frei Serafim de Freitas*, Lisboa 1925; étude — dans la trace d'études précédentes de Paulo Merêa (*Um aspecto da questão Hugo Grócio - Serafim de Freitas*, « BFDC » 2 (1915-16), pp. 465 ss., et *Os jurisconsultos portugueses e a doutrina do « mare clausum »*, « Rev. de historia » 12 (1924), pp. 5 ss.) — dédiée à Antonio Sardinha, inspirateur de l'« integralismo lusitano ».

(63) Cf., v.g., l'opinion de Marcello Caetano sur l'intérêt de l'histoire du droit dans son manuel *História do direito português*, 1941: elle dévoile aux juristes les constantes de la vie nationale, explique la persistance de certaines institutions (celles qu sont conformes au génie national) et la disparition d'autres (celles qui lui sont étrangères), évite les «aventuras intoleráveis pelo génio nacional» (p. 12 ss.). Moncada, lui aussi, éprouvait une certaine inclination vers l'histoire didactique ou illustrative de ses thèses historico-philosophiques: v. la censure de Merêa, à propos d'un étude de Moncada sur L. A. Verney (« BFDC » 17 (1940-41), p. 172.

(64) Merêa l'avait déjà remarqué: « entre nós, depois que o Estado assumiu feição corporativa, o passado dos nossos *ofícios* tem naturalmente suscitado a curiosidade de vários investigadores » (« BFDC » 14 (1937-38), p. 488).

(65) MARCELLO CAETANO, *A administração municipal de Lisboa durante a primeira dinastia*, 1950-51; *O concelho de Lisboa: crise de 1383-85*, 1953; ALFREDO PIMENTA, *As liberdades municipais no sèc. XV*, 1944; F.-P. ALMEIDA LANGHANS, *As posturas*, 1938; J. PINTO LOUREIRO, *A administração coimbrã no séc. XVI*, 1938-42 (et d'autres ouvrages sur l'histoire municipale); JOSÉ H. SARAIVA, *Evolução histórica dos municípios portugueses*, 1957; TORQUATO DE SOUSA SOARES, *Subsídia para o estudo da organização municipal da cidade do Porto durante a idade média*, Barcelos 1935 (ainsi que d'autres ouvrages); quelle que soit leur inspiration, qualques uns de ces études constituent des pièces historiographiques douées de rigueur et, donc, de consultation indispensable.

(66) F.-P. ALMEIDA LANGHANS, *As corporações de ofícios mecânicos*, 1943; *A Casa dos Vinte e Quatro de Lisboa*, 1948; MARCELLO CAETANO, *A antiga organização de mesteres da cidade de Lisboa*, 1943; ANTONIO CRUZ, *Os mesteres do Porto*, 1943; TORQUATO DE SOUSA SOARES, *A representação dos mesteres na Câmara do Porto durante o séc. XV*, 1938; J. P. LOUREIRO, *A Casa dos Vinte e Quatro de Coimbra*, 1948.

(67) MARCELLO CAETANO, *As cortes de 1385*, 1951; *As cortes de Leiria de 1254*, 1954; *Significado das cortes de Leiria*, 1954; *Subsídios para a história das*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

À un niveau officiel cette stratégie historiographique a été encouragée. Les commémorations du « duplo centenário » (8ème centenaire de la fondation du Portugal, 3ème de la révolution qui a mis fin à la période de domination des rois espagnols de la Maison d'Autriche) et le « Congresso do Mundo Português », en 1940, ont donné l'occasion de l'extériorisation de cette histoire nationaliste ([68]).

9. *L'histoire érudite et formaliste.*

Bien que, pour une partie au moins, l'histoire nationaliste n'en fût pas moins rigoureuse, sur elle pésait une lourde suspicion, celle de sacrifier la vérité historique à l'exaltation nationale ou à la glorification des projets politico-idéologiques du régime. Quelques historiens — et, notamment, quelques historiens du droit — ont donc gardé une certaine distance par rapport à ce type d'histoire, en choisissant la deuxième des alternatives ci-dessus, celle de renoncer à cette « liaison au présent » rendue possible par l'histoire actualiste et didactique et d'assumer leur isolement. Cette option s'est concrétisée par une orientation jurisdiste-formaliste et érudite.

Typique à cette égard est l'attitude de Paulo Merêa, qui, en 1940, avait déjà établi d'une façon claire et opportune les frontières entre le « patriotisme » et la « vérité historique »: « A verdade histórica e o sentimento patriótico não colidem, desde que este não seja una contemplação saudosista das glórias passadas, uma exaltação megalómana do orgulho colectivo, mas sim a consciência serena e legitimamente entusiástica do nosso valor, do nosso papel e do nosso ideal. Só a história — disse-o Schopenhauer — dá a um povo a consciência inteira de si mesmo '. Para isso, não é necessário deformá-la; é indispensável não a deformar » ([69]).

À cette orientation ira correspondre une historiographie juridique thématique, stratégique et méthodologiquement coupée du présent.

Sa *thématique* est surtout (presque exclusivement) *médiéviste* et vouée à des problèmes d'*histoire des sources*, parmi lesquels la longue polémique autour de la « personnalité » ou « territorialité » de la législation visighothique, à laquelle ont pris part Paulo Merêa et des historiens espagnols (A. Garcia Gallo *et alii*). Sa *stratégie* est stricte-

---

cortes medievais portuguesas, 1961-62; F.-P. Almeida Langhans, *Fundamentos jurídicos da monarquia portuguesa*, 1950; Damião Peres, *As cortes de 1211*, 1949; Alfredo Pimenta, *As cortes antigas de Portugal*, 1947; L. Gonzaga de Azevedo, *Cortes de Guimarães*, 1934 (ainsi que d'autres titres); ce panorama, très sommaire, devrait être complété avec la bibliographie sur la pensée politique traditionnelle.

([68]) V. la notice d'ensemble de Paulo Merêa, *A história do direito no « Congresso do Mundo Português »*, « BFDC » 19 (1942), pp. 443 ss.

([69]) M. Paulo Merêa, *Palavras no encerramento do Congresso do Mundo Português* (« *Portugal medieval* »), « Rev. port. hist. » 1 (1940), p. 338.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ment *historiciste*, la pure description des faits juridiques passés étar son but exclusif. Sa *méthode* est *érudite* et tributaire des conceptior de la grande histoire *positiviste* du XIXème siècle: au centre se trouv le document — voire, le document juridique —, que fait l'objet d'u travail critique et herméneutique spécieux; les autres moments métho dologiques sont aussi typiques de l'histoire positiviste; une conceptio linéaire du temps historique, une perspective historiographique cer trée sur l'individue et l'événement, une pleine souveraineté de la pr blématique de l'influence et de la conception naturaliste de la causalit primauté du « problème de la critique des sources » sur le « problèm critique de la connaissance historique ».

La généralité de la production historiographique de Paule Merê pendant les années trente et quarante s'intègre dans ce courant, aus bien que celle de ses disciples, Guilherme Braga da Cruz ([70]) et Mari Julio de Almeida Costa ([71]). Marcello Caetano a, lui aussi, produit de

---

([70]) 1916-1977. Professeur de la Faculté de Droit de Coimbra, Exemp d'intégrité humaine et scientifique, son oeuvre historique se caractérise pa une extrême préoccupation de rigueur et d'épuisement des sources, dans le cad d'une histoire événementielle et positiviste. C'est pourquoi son franc engag ment idéologique (militant catholique et monarchiste) ne laisse presque pa traces dans ses études historiques. Thèmes principaux: droit de la famille et d successions (*Algumas considerações sobre a « perfiliatio »*, 1938; *O direito de tronc lidade*, I et II, 1941-1947; *O problema da sucessão dos ascendentes no antigo direi grego*, 1947; *Les pactes successoraux dans l'ancien droit portugais*, 1963); droit d'ha Moyen Age (*Direito romano vulgar ocidental*, 1949; *A obra de S. Martinho de Dun e a legislação visigótica*, 1952; *A successão legitima no Código Euriciano*, 1953 droit contemporain (*Formação histórica do moderno direito privado português brasileiro*, 1955; *Le Code Napoléon dans la formation du droit civil portugais m derne*, 1963; *Código Civil português. Exposição documental (catálogo)*, 1966; *movimento abolicionista e a abolição da pena de morte em Portugal (Resenha h stórica)*, 1967; *A Revista de Legislatção e de Jurisprudência. Esboço da sua histór* 1968-77); ouvrages généraux (*História do direito português* manuel, universitair 1955); *O direito subsidiário na história do direito português*, 1975). « Curriculum et bibliographie complète dans « *História do direito e ciência jurídica* ». *Homen gem póstuma a Guilherme Braga da Cruz*, Porto, 1977, p. 11 ss. Eloges de G. Brag da Cruz, M. J. ALMEIDA COSTA, *Um Homem que se chamou Guilherme Braga d Cruz*, dans « História do direito ... », cit., p. 81 ss.; *Lembrança de Guilherme Brag da Cruz*, dans GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *Obras esparsas. I. Estudos de histór do direito. Direito antigo* (1ª parte), Coimbra 1979, p. VII ss.

([71]) Né en 1927. Professeur de la Faculté de Droit de Coimbra. De formatio historico-juridique, le côté historique ne prédomine, cependant, que dans la pr mière phase de son oeuvre, la seconde étant dominée par son activité politiqu (Ministre de la Justice jusqu'à 1974) et dogmatique (civiliste). Il a cultivé surtou l'histoire du droit foncier médiéval (*Origem da enfiteuse no direito português*, 195 *Raízes do censo consignativo. Para a história do crédito medieval português*, 196 *A complatação no direito português. Notas para o seu estudo*, 1958) — où on not une sensibilité aux aspects de l'agencement socio-économique réel des institut sans déborder, cependant, les cadres de l'histoire événementielle — et de la cu ture juridique (*Romanismo e bartolismo no direito português*, 1960; *Para a histór da cultura jurídica medieva em Portugal*, 1960; *Enquadramento histórico do Códig*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ouvrages qu'on peut intégrer dans ce courant. Dans l'enseignement universitaire, cette orientation se caractérise par le privilège accordé à l'histoire des sources, qui devient le thème presque exclusif des manuels ([72]).

D'un point de vue strictement historiographique il serait injustifié d'ignorer l'importance et l'utilité de l'histoire juridique positiviste. Dans une certaine mesure elle a pu combler beaucoup de lacunes dans l'historiegraphie portugaise, surtout médiévale, dûes au développement inégal et inachevé de l'histoire érudite de la fin du XIXème siècle, commencement du XXème. À Merêa, avant tout, les médiévistes (et pas seulement les portugais) doivent des contributions fondamentales: l'éclaircissement de la question du champ d'application de la législation visigothique, des perspectives novatrices sur le phénomène du « vulgarisme » occidental, una analyse rigoureuse des aspects juridiques du féodalisme (avec une incidence particulière sur les institutions féodales-seigneuriales du haut Moyen Age portugais), des contributions précieuses sur des problèmes philologiques, une collaboration utile à l'édition de sources médiévales, en plus de l'étude de beaucoup d'instituts du droit familial et successoral du haut Moyen Age (dans ce domaine il y a aussi des contributions importantes de G. Braga da Cruz).

En dépit de tous ces mérites, le prix de cette ascèse érudite et historiciste a été très élévé, surtout dans la perspective de l'intérêt formatif de l'histoire pour les juristes.

Civil Português, 1962; *Leis, cânones, direito* (*Faculdades*), 1963; *O ensino do direito em Portugal no séc. XX*, 1963; *Um jurista em Coimbra, parente de Acúrsio*, 1963; *La présence d'Accurse dans l'histoire du droit portugais*, 1966). Courtes interventions historico-juridiques (articles de dictionnaires et d'encyclopédies) réunies dans *Temas de história do direito*, 1974.

([72]) Cf. G. BRAGA DE CRUZ, *História do direito português*, Coimbra 1955, éd. pol.; NUNO ESPINOSA GOMEZ DA SILVA, *História do direito porgutuês*, Lisboa 1969[1], 1971[2] et 1980[3] (maintenant déjà explicitement comme « histoire des sources »; comme tel, sans doute, un manuel excellent, où se trouvent déjà des ouvertures importantes dans les sens d'une histoire des méthodes *juridiques*, éd.pol.); ALMEIDA COSTA, *Apontamentos de história do direito*, Lisboa 1980, éd. pol. (suivant de près les leçons — surtout les leçons orales des dernières années — de G. Braga da Cruz). Font exception les leçons de MARCELLO CAETANO, *História do direito português*, Lisboa 1941[1], Coimbra 1962[2], qui prêtent davantage attention à l'histoire des institutions de droit public, et mes *Apontamentos de história do direito português* (complément au manuel de Braga da Cruz), Coimbra 1970-71, éd. pol., sur l'histoire de la pensée et de la méthodologie juridiques. À partir de 1977, en vertu de la modification des plans d'étude de la Faculté de Droit de Lisbonne et de la nouvelle vocation de la discipline, les manuels existants s'orientent vers l'étude des institutions de droit public: A. M. HESPANHA, *Curso de história das instituições*, I, Lisboa 1978; II, 1979, éd. pol.; MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História das instituições*, Lisboa 1979 (dernière version, inachevée); on peut citer encore le cours monographique de JOSÉ ADELINO MALTEZ, *História das instituições* (*Instituições criminais antigas*), Lisboa 1980, éd. pol., et aussi les « textes à l'appui » publiés en 1975 et 1976 par ROMEU FRANCÊS, *História económica e social portuguesa*, 1977.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

On avait vu qu'à l'origine de cette option il y avait l'anti-historicisme du positivisme légaliste qui refusait, sur le plan de la formation des juristes, d'autres perspectives que celles de la description et de la construction du droit en vigueur. Tolérée malgré tout, l'histoire du droit a refusé alors le seul chemin qui l'aurait peut-être sauvée en tant que discipline juridique, en sauvant aussi une conception moins limitée du droit. Ce chemin était celui de la mise au service de la démonstration, à partir de l'histoire, de l'irréductibilité du droit à la loi et de la liaison effective du droit aux facteurs sociologiques et politiques que les positivistes voulaient jeter par-dessus bord. Au contraire, l'historiographie juridique a choisi le retour sur soi-même ce qui a accentué encore son isolement et la prétendue inutilité, pour le juriste « pratique », des études d'histoire du droit.

L'orientation érudite, combinée avec une attention exclusive pour l'histoire (formelle) des sources — histoire externe, selon une vieille classification allemande —, ont fait de l'histoire juridique un calvaire pédagogique ([73]). C'est pourquoi l'opinion des étudiants était, en général, hostile au mantien de l'histoire juridique dans les plans de cours des Facultés de Droit; même ceux qui, par formation théorique ou idéologique, pensaient que la « des-historisation » (*Enthistorisierung*) des disciplines sociales était — comme Marx l'avait remarqué — un des éléments de l'idéologie bourgeoise ne trouvaient des arguments efficaces pour soutenir l'histoire qu'on avait l'habitude de faire dans les Facultés de Droit.

10. *Conclusion.*

L'année 1950 trouve donc l'histoire juridique portugaise en crise profonde, crise qui se maintiendra jusqu'à cette époque de réexamen général qui a été l'année 1974. Crise en tant que discipline juridique, crise pédagogique, crise même sur le plan des structures personnelles, car le maigre attrait juridique, pédagogique et même professionnel (dans un milieu ou la « science » est volontiers mise au service du barreau ou de la politique) de l'histoire du droit n'est pas de taille à susciter les « vocations ».

La modification sensible au cours des années soixante des conceptions juridiques dans le sens d'un dépassement du positivisme légaliste et d'une nouvelle conscience des liaisons historico-concrètes du droit et du discours des juristes ([74]) a suscité, cependant, une nouvelle sensi-

([73]) À Lisbonne, le penchant plus « institutionnel » allié à la vocation pédagogique de Marcello Caetano, nous force à un jugement moins radical.

([74]) Le mouvement de renouveau de la pensée juridique portugaise à la fin des années soixante — malgré ses racines plus lointaines dans le rénovation de la pensée juridico-pénale par Eduardo Correia et des perspectives méthodolo-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bilité des Facultés de Droit aux études historico-juridiques; à une époque où, sur le plan théorique général, l'influence du marxisme, rendue possible par le soulagement culturel et idéologique qui a suivi la révolution d'avril 1974, fait de la perspective historique un élément fondamental de la compréhension de la réalité sociale.

Cet intérêt renouvelé pour l'histoire juridique l'a surprise engagée, alle aussi, dans un mouvement de revitalisation méthodologique ([75]). :a combinaison du mouvement de regain d'intérêt pour les études historiques et des nouvelles perspectives méthodologiques de l'histoire juridique au Portugal, soit en tant que discipline historique — en mettant en oeuvre des méthodes plus fines et plus compréhensives d'explication historique du droit —, soit en tant que discipline juridique, prêtant main forte à la formation juridique, surtout sur le plan du dévoilement des limites historiques du droit en vigueur et, donc, de sa critique.

---

giques du droit civil par F. Pereira Coelho, dans le sillage de Manuel de Andrade — est l'oeuvre d'une génération anti-positiviste de jeunes professeurs de la Faculté de Droit de Coimbra: A. Castanheira Neves (surtout, *Questão-de-facto e questão-de-direito*, 1967; *Curso de introdução ao estudo do direito*, 1971-72, éd. pol.), Orlando de Carvalho (surtout son bel article, *Teoria geral da relação jurídica. Seu sentido e limites*, 1970; mais aussi ses « leçons » de théorie générale du droit et de droits réels), J. Baptista Machado (surtout son introduction à la trad. port. de K. ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, 1965); en droit public et plus récemment, Vital Moreira (surtout, *A ordem jurídica do capitalismo*, 1973[1]) et J. J. Comes Canotilho (*Direito constitucional*, 1977). À Lisbonne, le positivisme a été plus résistant, malgré la présence de manifestations d'un jusnaturalisme d'inspiration catholique, du point de vue méthodologique un peu sommaire et, dans la pratique, peu efficace (cf., v.g., J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito. Introdução e teoria geral*, Lisboa 1978).

([75]) Cf. mes travaux *O direito e a história. Os caminhos de uma história renovada das realidades jurídicas*, Coimbra 1970; *Análise do discurso e história da ciência jurídica*, Coimbra 1967; *O materialismo histórico na história do direito*, dans A. M. HESPANHA, « A história do direito na história social », Lisboa 1978.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GUIDO MELIS

GLI STUDI RECENTI SULL'ASSEMBLEA COSTITUENTE
Rassegna storiografica

Nel presentare il suo libro più recente, *Gli anni della Costituente fra politica e storia*, Pietro Scoppola ha opportunamente sottolineato «il nesso strettissimo, sempre esistito e certo non sciolto tra politica e storia, particolarmente forte ed incisivo per gli studi sulla Costituente» (1).

Non c'è dubbio che — come osserva Scoppola — le ricerche storiche condotte in occasione del trentennale della Costituente traggano le proprie motivazioni di fondo da interrogativi, esigenze, provocazioni profondamente radicate nel contesto della crisi italiana degli ultimi anni. In questo caratteristico elemento di contemporaneità sono da ricercare i limiti ma anche le suggestioni positive della nuova stagione di studi, sviluppatasi tra le due ricorrenze celebrative (quella del ventennale e quella del trentennale dell'Assemblea Costituente) e giunta forse con il 1978 ad una sua prima cesura (2). Alla Costituente si è

---

(1) P. SCOPPOLA, *Gli anni della Costituente fra politica e storia*, Bologna, 1980, p. 8.

(2) Per un sintetico bilancio circa la validità del modello costituzionale cfr. l'introduzione di P. Barile in P. BARILE - C. MACCHITELLA, *I nodi della Costituzione*, Torino, 1979, che affronta articolatamente i principali problemi oggetto del confronto recente tra giuristi, storici e politologi. In generale sull'Assemblea Costituente, cfr. V. FALZONE - P. GROSSI, *Assemblea Costituente italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, 1958, pp. 370-383; *L'Assemblea Costituente 1946-1947. Problemi economici e sociali*, a cura di M. Lichter, Roma, 1974 (che è un'antologia di scritti dei costituenti); P. PERMOLI, *La Costituente e i partiti politici italiani*, Bologna, 1966. Tra gli studi più recenti sono soprattutto da menzionare quelli promossi dal Consiglio Regionale toscano nell'ambito della ricerca su *Il sistema delle autonomie: rapporti tra Stato e società civile*, dei quali sono sinora stati editi i seguenti volumi: *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente*, 2 tomi, a cura di R. Ruffilli, Bologna, 1979; *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria alla Assemblea Costituente*, a cura di E. Cheli, Bologna, 1979; *La cultura economica del periodo della ricostruzione*, a cura di G. Mori, Bologna , 1980; *Amministrazione pubblica e istituzioni finanziarie. Tra Assemblea Costituente e politica della ricostruzione*, a cura di A. Orsi Battaglini, Bologna, 1980; *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, 2 tomi, a cura di U. De Siervo, Bologna, 1980; *La ricostruzione in Toscana dal CLN ai partiti*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cioè guardato dietro la spinta di un più generale dibattito sul funzionamento delle istituzioni parlamentari e sulle implicazioni più complessive della « solidarietà nazionale », avendo soprattutto in mente i problemi della « tenuta » della democrazia repubblicana, alla ricerca di conferme e di smentite circa la validità dei vari progetti di ingegneria costituzionale che sono venuti emergendo nella riflessione avviata da più parti sulla crisi italiana: in una parola, nei lavori della Costituente si è cercato il modello di quella che una parte della cultura politica italiana definisce come « la Repubblica in trasformazione » (3); o — al contrario — si è ricorsi all'evocazione del modello costituzionale per segnalarne con preoccupazione la crescente distanza rispetto alla concreta pratica dei rapporti politici, nel quadro di una più generale polemica contro le degenerazioni dello « Stato dei partiti » (4).

Per un curioso paradosso, l'avvento della nuova stagione storiografica trova le proprie motivazioni in due premesse apparentemente inconciliabili: da un lato si studia la Costituente perché si riconosce la validità di un raffronto col presente e si ripropone l'attualità di quel modello di solidarietà tra i partiti come chiave risolutrice della crisi politica degli Anni Ottanta (di qui, anche, l'insistenza sulla lotta al terrorismo come « nuova Resistenza », come recupero dello « spirito unitario » della Costituente, che prelude — o preludeva, prima dei

---

2 tomi, a cura di E. Rotelli, Bologna, 1980-81; per la serie *Documenti*: *Alle origini della Costituzione italiana*: *i lavori preparatori della « Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello stato »* (*1945-1946*), a cura di G. D'Alessio, Bologna, 1979; *Il contributo della Costituente alla legislazione ordinaria. Verbali delle Commissioni legislative della Assemblea Costituente* (*2 settembre 1946 - 1 aprile 1948*), a cura di R. Romboli e C. Fiumanò, Bologna, 1980; per la serie *Strumenti*: *Verso la nuova Costituzione. Indice analitico dei lavori della Assemblea Costituente. Spoglio sistematico delle riviste giuridiche dell'epoca*, a cura di U. De Siervo, Bologna, 1980. Un tentativo recente di leggere la Costituzione in rapporto al problema del funzionamento del sistema politico è G. Guarino, *Quale Costituzione? Saggio sulla classe politica*, Milano, 1980.

(3) L'espressione richiama ovviamente il titolo del volume di P. Barcellona, *La Repubblica in trasformazione. Problemi istituzionali del caso italiano*, Bari, 1978, ma può efficacemente riassumere la linea di ricerca di tutta una vasta area di giuristi e politologi, per lo più vicini alle posizioni del Partito Comunista. Sul recente dibattito intorno alla Costituzione sono più generalmente valide le osservazioni avanzate da V. Onida, *La Costituzione nella storia della Repubblica* in AA. VV., *1945-1975. Italia. Fascismo antifascismo Resistenza rinnovamento Conversazioni promosse dal Consiglio Regionale lombardo nel Trentennale della Liberazione*, Milano, 1975, p. 377, secondo il quale « si ha netta la sensazione che gli stessi problemi di fondo che hanno caratterizzato la gestazione del testo costituzionale siano tuttora aperti nel Paese; e che la Costituzione rappresenti dunque un ricorrente ed ineludibile punto di riferimento per chiunque voglia proporre analisi o strategie sul cammino istituzionale del Paese ».

(4) V. Onida, *La Costituzione nella storia della Repubblica*, cit., p. 392; per un esempio di lettura critica che insiste sulla distanza tra Costituzione formale e costituzione materiale cfr. M. D'Antonio, *La Costituzione di carta*, Milano 1977.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

più recenti sviluppi politici — ad un rinnovato, reciproco riconoscimento tra i partiti sul quale fondare la legittimazione a « governare insieme »): in quest'ambito, tra l'altro, si leggono gli esiti dei lavori dell'Assemblea Costituente in chiave di « democrazia consociativa » (5); dall'altro lato, però — e questa è appunto la contraddizione —, il tema può essere compiutamente affrontato in termini di ricerca storica proprio grazie alla consapevolezza che l'epoca aperta dalla Costituente (il dopoguerra, ma anche la più lunga fase dell'attuazione costituzionale) può ormai dirsi pressoché conclusa, ed anzi che quel sistema di rapporti tra i partiti, quel regime politico fondato sulla mediazione partitica tra Stato e società, si rivelano, alle soglie del nuovo decennio, attraversati da seri segnali di crisi (6).

Da ciò, tra l'altro, deriva l'ulteriore contraddizione per cui, proprio mentre sembra farsi più intensa e consapevole l'attenzione dei partiti all'organizzazione della ricerca nell'ambito delle rispettive tradizioni, gli esiti degli studi sembrano invece farsi più problematici di quanto non ci si sarebbe attesi, e si registra una diffusa tendenza ad « andare oltre » il tema della Costituente, approfondendo i limiti storici del sistema politico italiano anche alla luce di una più generale e spregiudicata visione delle trasformazioni intervenute nel frattempo a livello della costituzione materiale (7).

In questo contesto, caratterizzato per la prima volta da significativi fermenti critici, la polemica predominante è quella che si svolge tra le sinistre politiche. Due diverse interpretazioni sembrano infatti dominare il dibattito più recente: entrambe si propongono come rilettura dell'epoca costituente e, insieme, come analisi dei « vizi storici » del sistema politico nazionale.

La prima interpretazione risolve i problemi di legittimazione del sistema, per così dire, al suo interno, identificando la soluzione del « caso italiano » nel pieno ripristino degli originari rapporti di solidarietà paritaria tra i partiti: in particolare la caduta della *conventio ad excludendum* ai danni del Partito Comunista viene identificata come condizione per un corretto funzionamento del sistema dei partiti e

---

(5) Cfr. sulla democrazia consociativa L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, soprattutto pp. 672-673. In generale cfr. L. GRAZIANO, *Compromesso storico e democrazia consociativa: verso una « nuova democrazia »?*, in *La crisi italiana*, a cura di L. Graziano e S. Tarrow, 2. *Sistema politico e istituzioni*, Torino, 1979, pp. 724 ss. Sul nesso tra antiterrorismo e « legittimazione della macchina statale in chiave plebiscitaria » cfr. R. RUFFILLI, *Le trasformazioni dello Stato nell'Italia repubblicana*, in « Prospettiva sindacale », IX, 1978, n. 4, p. 132.

(6) Cfr. G. PASQUINO, *Crisi dei partiti e governabilità*, Bologna, 1980. Di crisi del sistema dei partiti come crisi del modello costituzionale ha scritto tra gli altri F. TRANIELLO, *Stato e partiti (per un dibattito storiografico)*, in *Democrazia Cristiana e Costituente*, a cura di G. Rossini, 2. *Il progetto democratico-cristiano e le altre proposte*, Roma, 1980, pp. 530-531.

(7) Cfr. F. TRANIELLO, *Stato e partiti*, cit., p. 529.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per una rivitalizzazione su nuove basi della democrazia rappresentativa (8). Si pone l'accento soprattutto sull'unità tra le grandi forze politiche durante la guerra di Liberazione, sull'esperienza del CLN e sull'attività di governo anteriore alla rottura del 1947. Più frammentariamente, e con minore impegno sul terreno propriamente storiografico, il discorso sul nesso tra funzionamento del modello costituzionale e legittimazione del PCI a governare è stato anche proposto in questi anni da quella politologia che più si è mostrata preoccupata dell'assenza di reali alternative di governo e della divaricazione, sotto questo aspetto, tra il sistema politico italiano e i modelli canonici della tradizione democratica occidentale (9).

La seconda interpretazione, invece, assume come ipotesi di ricerca l'esistenza di una potenziale scissione tra sistema politico e domanda di trasformazione sociale, riproponendo, per gli stessi anni costituenti, la dialettica partiti-movimenti (politica-società, « paese legale »-« paese reale ») alla cui luce rileggere limiti e virtualità democratiche della Costituente (10). Un'ulteriore articolazione di questa posizione è costituita da quella tesi che da una parte riconosce nella Costituzione il prodotto storico del compromesso tra i partiti (rientrando, sia pure con un'accentuazione negativa, nell'ambito della prima lettura) e dall'altra insiste sulla radicale scissione tra partiti e movimenti, ma collocando questa frattura prima, e non dopo, la Costituente: in questo contesto l'elaborazione costituente appare dunque come la codificazione di rapporti di forza ormai sfavorevoli alle classi popolari, frutto di un compromesso di segno moderato che non può più ricollegarsi alla fase storica della guerra partigiana, anzi momento preparatorio della restaurazione che segnerà il decennio successivo.

Sia pure con minore continuità, e forse con minore articolazione, si sono affermate nel dibattito recente sulla Costituente anche due ulteriori interpretazioni di segno liberaldemocratico e cattolico. Nel primo caso si è soprattutto sottolineata la presenza, nei princìpi ispi-

---

(8) Cfr. ad esempio U. CERRONI, *Per la democrazia*, in « Democrazia e diritto », XV, 1975, n. 1, pp. 16-17: « Come ogni patto costituzionale, anche la nostra Costituzione era un compromesso giuridico tra differenti forze politiche. Conteneva pertanto differenti elementi compositivi che avrebbero potuto fornire una notevole pluralità di svolgimenti. Esclusi dal ricambio politico i comunisti — e cioè l'ala più innovatrice dello schieramento politico, è logico che la Costituzione si sia, per così dire, contratta in un formulario liberaldemocratico di gestione politica ».

(9) G. GALLI, *I partiti politici*, in *Storia della società italiana dall'Unità ad oggi*, Torino, 1974; ID., *Dal bipartitismo imperfetto alla possibile alternativa*, Bologna, 1975.

(10) Cfr. F. STAME, *Società civile e critica delle istituzioni*, Milano, 1977 e ID., *Movimenti e istituzioni nella crisi*, Roma, 1978; in particolare sul problema del rapporto tra involuzione autoritaria dello Stato e Costituzione cfr. ID., *I processi di socializzazione nello stato moderno e la funzione politica e sociale del rapporto d'autorità*, in « Problemi del socialismo », XIX, 1978, n. 10-11, p. 45.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ratori dell'Assemblea, delle grandi idee-guida del costituzionalismo liberale europeo e occidentale, e si è riaffermata con forza la capacità di quel patrimonio ideologico di permeare di sé l'intera Carta del '47, di « ispirare dal di fuori » le altre forze, penetrando nella cultura di tutte le componenti politiche ben al di là della stessa presenza (del resto minoritaria) dei raggruppamenti di dichiarata fede liberale. Per quanto riguarda invece l'apporto della storiografia cattolica occorrerebbe (come del resto si farà più avanti) distinguere in essa i vari contributi particolari, spesso di segno sostanzialmente diverso e non sempre facilmente assimilabili in un univoco indirizzo politico-culturale. In generale all'interno di quest'area ha prevalso l'attenzione per il collegamento tra garantismo, pluralismo e visione giusnaturalistica dei rapporti politico-sociali, nonché (specie per quanto riguarda Pietro Scoppola e gli studi in vario modo collegati alla sua posizione) una sensibilità per la problematicità del rapporto tra istituzioni e società e tra partito e masse nell'Italia del dopoguerra.

2. L'avvento delle prime letture critiche della Costituzione segna, già alla fine degli Anni Sessanta, il superamento del clima celebrativo e la condizione per una ripresa degli studi storici sull'Assemblea Costituente. Nuovi parametri di lettura e di interpretazione tendono ad orientare il dibattito, anche in corrispondenza con la nuova temperie politica di quegli anni. Come ha osservato di recente Enzo Cheli, si profila allora una nuova domanda di trasformazione politico-sociale che non può essere interamente inscritta nella prospettiva dell'attuazione costituzionale ([11]): « ai punti di riferimento costituzionali, alla conformità o meno alla Costituzione — ha scritto Giangiulio Ambrosini —, si è sostituito il criterio del soddisfacimento o meno delle esigenze sociali; al criterio della gradualità si è opposto il principio della globalità della democrazia » ([12]).

Siamo forse ancora lontani da una valutazione serena ed equilibrata dei limiti ma anche degli aspetti positivi della critica « da sinistra » della Costituzione; tanto più che gli sviluppi successivi — a torto o a ragione ricondotti alla « cultura del Sessantotto » (dalla critica della Costituzione alla sua sovversione) — inducono talvolta ad una liquidazione affrettata e generica di un patrimonio di elaborazione che fu invece denso di potenzialità radicalmente innovatrici e forse anche ricco di suggerimenti positivi per lo stesso riformismo costituzionale dei primi Anni Settanta. Del resto, a partire appunto dal

([11]) E. CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, 1978, pp. 85-86 e ID., *Costituzione. Il dibattito storiografico*, in *Il mondo contemporaneo. Storia d'Italia*, I, a cura di F. Levi, U. Levra e N. Tranfaglia, Firenze, 1978, pp. 174 ss.

([12]) G. AMBROSINI, *Costituzione e società*, in *Storia d'Italia*, V, *I documenti*, t. 2°, Torino, 1973, pp. 2038-2039.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1968-'69, i movimenti studenteschi e le lotte operaie innescano un processo di maturazione di massa le cui conseguenze complessive debbono ancora essere pienamente colte: da un lato la nuova spinta alla democrazia di base contribuisce in modo decisivo a fare avanzare il movimento per l'attuazione costituzionale al di là delle posizioni faticosamente conquistate negli anni precedenti (il riferimento alla Costituzione diventa fondamentale per le forze che, dentro le istituzioni, operano per una diversa « politica del diritto », per la riforma e la bonifica democratica degli apparati, per il risanamento dei « corpi separati », per la democratizzazione della vita pubblica ecc.) [13]; dall'altro — ma non sempre le due prospettive entrano apertamente in conflitto — la critica « da sinistra » della Costituzione contribuisce a porre in evidenza i limiti di quel « feticismo costituzionale » che per molti versi aveva sino ad allora condizionato la stessa azione rinnovatrice nelle istituzioni, ed apre così implicitamente la strada a nuovi sviluppi della ricerca. Ha scritto di recente Norberto Bobbio che « sarebbe un madornale errore credere che gli effettivi rapporti di forza siano riflessi per intero nei rapporti formali previsti dalla Costituzione »: « non soltanto vi è una costituzione materiale che non corrisponde mai alla costituzionale formale — ha aggiunto Bobbio —, ma vi è uno spazio sempre più ampio in cui agiscono forze extracostituzionali (per non parlare poi di quelle anti-costituzionali) » [14].

È un'osservazione che sottolinea i limiti di una lettura formalistica della Costituzione e dell'elaborazione costituente, incapace di misurare, al di là della norma, il peso spesso decisivo di una realtà di rapporti di potere per così dire « residuali », non interamente rappresentati nella formalizzazione giuridica, ma che tuttavia hanno avuto nel corso dell'ultimo trentennio una loro specifica presenza tutt'altro che trascurabile. In realtà il dibattito sulla Costituzione e sull'Assemblea Costituente è sempre più caratterizzato da interrogativi e proposte la cui portata, forse, eccede il tema dell'attuazione costituzionale. Non sempre può risultare proficuo misurare sul metro della Costituzione i problemi di una crisi di governabilità che investe pressoché tutte le società capitalistico-industriali dell'Occidente: come ha di recente ricor-

---

[13] Sul nesso tra processo di attuazione costituzionale e modifiche del quadro politico-istituzionale (ciò che « apre orizzonti nuovi alla stessa interpretazione della Costituzione rispetto a trent'anni fa ») ha recentemente insistito L. BERLINGUER, *Il problema dello Stato oggi*, in « Democrazia e diritto », XVIII, 1978, n. 1, p. 7. Sul rapporto tra attuazione costituzionale e nuove tensioni della società italiana cfr. V. ONIDA, *La Costituzione nella storia delle Repubblica*, cit., p. 390.

[14] N. BOBBIO, *Origine e caratteri della Costituzione*, in *Dall'Italia giolittiana all'Italia repubblicana*, a cura di A. A. Mola, Torino, 1976, p. 263. Gli stessi temi sono affrontati da Bobbio in *Nuovi problemi*, in « Giustizia e Costituzione », IV, 1973, n. 1-2, pp. 51 ss. Più in generale cfr. N. BOBBIO - F. PIERANDREI, *Introduzione alla Costituzione*, Bari, 1980.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dato Sabino Cassese, al di là degli aspetti specifici (pure di innegabile rilevanza), resta il contesto generalizzato di una crisi dei pubblici poteri che coincide — per i paesi industrializzati — con il declino delle ottimistiche previsioni d'uno sviluppo all'infinito della « società opulenta » ([15]). Se in Italia l'attenzione si concentra sulla peculiarità del « caso italiano » e l'analisi del fenomeno si traduce in forme sterili di « deprecatio temporis », in un'inutile insistenza sui « vizi organici » del modello costituzionale, è forse anche questo un sintomo — e non certo l'unico — del provincialismo di fondo che ancora condiziona la cultura politico-istituzionale del nostro paese.

Agli inizi dello scorso decennio, comunque, predominava, ancor più di quanto non avvenga oggi, una visione formalistica della elaborazione costituente: il dibattito (come ricorda Pietro Scoppola) ([16]) era limitato alla cultura giuridica; la stessa situazione nella quale erano state costrette le sinistre dopo la sconfitta del 18 aprile 1948 induceva ad una battaglia prevalentemente difensiva, volta a rivendicare le virtualità democratiche del testo costituzionale contro le minaccia di una definitiva inattuazione o, persino, di una revisione in senso conservatore. Così sino agli Anni Settanta la critica della Costituzione ebbe in Italia un segno essenzialmente « di destra », si ispirò alla nostalgia per i vecchi assetti oligarchici del sistema dei notabili, cercò di rileggere il testo costituzionale cancellandone quella sia pur frammentaria consapevolezza della società di massa e delle sue forme di rappresentanza organizzata che pure era stata presente nell'elaborazione dei costituenti ([17]). È solo con il '68-'69, e poi con gli studi degli anni successivi, che la previsione costituzionale viene per la prima volta misurata sul metro delle istanze di trasformazione politico-sociale proposte dallo sviluppo stesso della società italiana; ed è in questa fase, appunto, che matura la critica « da sinistra » della Costituzione.

Certo, oggi si può valutare negativamente il « primitivismo » politico di molte analisi allora ampiamente diffuse nella cultura della nuova sinistra. La lettura della Costituzione come costituzione borghese risultò alla fine un'operazione ideologico-culturale scarsamente produttiva (per quanto avesse piuttosto scopi ed obiettivi dichiarata-

---

([15]) S. CASSESE, *Esiste un governo in Italia?*, Roma, 1980, pp. 9-16.

([16]) P. SCOPPOLA, *Gli anni della Costituente*, cit., p. 7. Sul punto cfr. anche l'introduzione di Scoppola ai saggi dedicati alla DC in *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente*, cit., I. *L'area liberal-democratica. Il mondo cattolico e la Democrazia cristiana*, pp. 147-148.

([17]) Cfr. ad esempio G. MARANINI, *Miti e realtà della democrazia*, Milano, 1958; gli stessi temi, in forma più distesa, sono ripresi da Maranini in *Storia del potere in Italia 1848-1967*, Firenze, 1967, soprattutto pp. 315-333. Per una rapida definizione delle principali fasi del dibattito politico-costituzionale, specie in relazione al tema dei partiti, cfr. G. AMATO, *Il Parlamento nell'esperienza repubblicana*, in « Giustizia e Costituzione », IV, 1973, n. 1-2, p. 42.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente politici) (18). Applicando al testo costituzionale le categorie marxiste — come proponeva ad esempio Ugo Rescigno, in un libro del 1975 che tuttavia rappresenta il più organico tentativo della cultura del Sessantotto di porsi il problema della Costituzione (19) — si giungeva senza troppe difficoltà a dimostrare la tesi che nella Carta del '47 individua essenzialmente « la Costituzione del capitale », un diaframma deviante che vela agli occhi delle masse la reale natura classista delle istituzioni; ma al di là di questa dimostrazione, per altro alquanto scolastica, non si poteva né forse si voleva andare. Così gli studi — per altro precedenti al '68 — di Antonio Negri (il saggio su *Il lavoro nella Costituzione* e l'intelligente interpretazione de *Lo Stato dei partiti*) (20) o certe battute del dibattito nella nuova sinistra (tra le quali si segnala la ricca ricostruzione delle « ideologie costituzionali » pubblicata da Paolo Petta) (21) ebbero il merito di denunciare le mistificazioni correnti sulla Costituzione come premessa di un immancabile sviluppo socialista (22), ma soffrirono — se si può

---

(18) Emblematica l'analisi del Comitato di difesa e di lotta contro la repressione di Milano, ospitata nel 1970 dalla rivista « Quaderni Piacentini »: « Continua la logorante e impotente polemica sulla mancata attuazione o sulle rinnovate violazioni della Costituzione. Questa impostazione racchiude dei miti di natura ideologica che bisogna una volta per tutte abbandonare. I diritti fondamentali di libertà nel nostro paese sono stati conquistati con la guerra di popolo che ha portato alla liberazione. La Costituzione li ha recepiti, ma in un quadro di compromesso dove coesistono princìpi contraddittori e scelte non conciliabili » (COMITATO DI DIFESA E DI LOTTA CONTRO LA REPRESSIONE, *Uno « Statuto » per padroni e sindacati*, in « Quaderni Piacentini », 1970, n. 2, ora anche in *Quaderni Piacentini. Antologia 1968-1972*, a cura di L. Baranelli e G. Cherchi, Milano, 1978, p. 397).

(19) U. RESCIGNO, *Costituzione italiana e Stato borghese*, Roma, 1975.

(20) A. NEGRI, *Il lavoro nella Costituzione*, ora in *La forma Stato. Per la critica dell'economia politica della Costituzione*, Milano, 1977, pp. 27 ss. e ID., *Lo Stato dei partiti, ibidem*, pp. 111 ss.

(21) P. PETTA, *Ideologie costituzionali della sinistra italiana (1922-1974)*, Roma, 1975, soprattutto pp. 91-124. Dello stesso Petta cfr. la voce *Costituzione italiana e costituzioni*, in *Enciclopedia Feltrinelli-Fischer. Scienze Politiche*, I (*Stato e Politica*), a cura di A. Negri, Milano, 1970, soprattutto pp. 97-98. Spunti intelligenti sono in J. AGNOLI, *I pericoli del riformismo giuridico: il depotenziamento della lotta di classe*, in *L'uso alternativo del diritto, 2. Ortodossia giuridica e pratica politica*, a cura di P. Barcellona, Bari, 1973, pp. 225-227 e in R. CANOSA, *Diritto e rivoluzione*, Milano, 1977. Più in generale cfr. *Dizionario critico del diritto*, a cura di C. Donati, Roma, 1980, dove — pur mancando una voce dedicata alla Costituzione e alla Costituente — si rintracciano i lineamenti generali dell'interpretazione di quest'area politico-culturale.

(22) Tra le ultime interpretazioni in questo senso cfr. C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bari, 1977, soprattutto p. 63: « si potrebbe dire (...) che la Costituzione è, in qualche modo, strumentalizzata al perseguimento dei fini ultimi da essa indicati: sì da realizzare un tipico ' sistema progressista ' a ' senso unico '. Un ' sistema misto ' ineluttabilmente destinato a risolversi in un sistema socialista: a meno che non intervenga, in questo naturale processo evolutivo, una ' causa esterna modificatrice ', per dirla con Galileo. Cioè, in pratica, un colpo di stato delle forze conservatrici ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

estendere l'osservazione di Marcello Flores sul libro di Rescigno agli esiti complessivi di un intero indirizzo di ricerca — della « mancanza di un'analisi storica, del come e perché è nata questa Carta »: il che — aggiunge ancora Flores — « riduce la portata polemica delle intenzioni ad un'astratta e tecnica serie di definizioni che possono essere riassunte nel giudizio che la Costituzione italiana è borghese, la forma giuridica dei rapporti capitalistici dominanti nel nostro paese » [23].

Il limite più vistoso fu appunto quello di non dar luogo ad adeguati approfondimenti storiografici. Il fine immediatamente politico di queste analisi, tutte alquanto ingenuamente indirizzate al rovesciamento dell'egemonia culturale avversaria, condizionò, almeno in un primo tempo, lo sviluppo di un coerente programma di ricerche nel quale le definizioni ideologiche lasciassero il passo a più mature verifiche storiografiche. Ma nel tempo lungo la presenza di un filone così apertamente critico nei confronti della portata innovativa della Costituzione sortì utilmente l'effetto di innescare una provocazione politico-culturale destinata a riaccendere il dibattito sulle diverse impostazioni dei partiti, a rilanciare la polemica sulle « occasioni mancate », a sottoporre a revisione critica molti dei miti consolidatisi arbitrariamente negli anni precedenti, a dare spazio — infine — a letture sempre meno formalistiche da parte della scienza giuridica e della politologia [24]: tanto più che questa nuova fase del dibattito coincideva con la riflessione sugli Anni Sessanta, sulle trasformazioni istituzionali legate all'avvento del centro-sinistra e sui limiti del capitalismo « assistenziale »; con la presa d'atto, insomma, delle novità ormai presenti nel sistema italiano rispetto all'originario modello costituzionale [25].

Solo in questo passato più recente, infatti, « gli studi sull'Assemblea Costituente e sul clima politico nel quale essa ha operato sono entrati a pieno titolo nel campo della storiografia » [26]. Forse soltanto ora si realizza finalmente la previsione di Piero Calamandrei, che nell'introdurre nel 1950 il *Commentario sistematico della Costituzione ita-*

---

[23] M. FLORES, *I problemi politico-istituzionali*, in AA. VV., *Il dopoguerra italiano 1945-1948. Guida Bibliografica*, Milano, 1975, p. 61. Per altro, secondo Flores, l'ottica polemica di Rescigno troverebbe la sua giustificazione nel fatto di rivolgersi « contro una mitizzazione che spesso ha celato il carattere di classe del testo costituzionale ». Il carattere « borghese » della Costituzione (« un sistema che, in ultima analisi, realizza in modo pieno — salvo i correttivi imposti dalle trasformazioni economico-sociali l'ideologia borghese ») è anche sottolineato da G. AMBROSINI, *Costituzione e società*, cit., p. 2007.

[24] Sui nuovi sviluppi del dibattito intorno alle istituzioni cfr. l'acuta diagnosi di F. L. CAVAZZA, *Logica italiana della sicurezza*, in *Il caso italiano*, a cura di F. L. Cavazza e S. R. Graubard, Milano, 1974, I, pp. 7-42.

[25] Cfr. in proposito G. AMATO, *Il governo dell'economia: il modello politico*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, I. *La Costituzione economica*, a cura di F. Galgano, Padova, 1977, pp. 210-211.

[26] P. SCOPPOLA, *Gli anni della Costituente*, cit., p. 7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

liana aveva scritto: « Solo tra qualche decennio sarà possibile al costituzionalista cogliere a distanza le grandi linee che contano, e tirar fuori, dalla congerie degli episodi e degli intrecci delle passioni politiche, l'evoluzione storica delle istituzioni giuridiche di questo tempo » (27).

3. Nel corso degli Anni Settanta questa interpretazione critica della Costituzione trova una sua organica continuazione nelle nuove ricerche « collegate alle lotte studentesche ed operaie della fine degli Anni Sessanta » (28).

Nell'ambito di questo nuovo indirizzo si deve segnalare la valorizzazione e la ripresa degli apporti offerti sin dal dopoguerra dalla memorialistica e dalla storiografia di parte azionista, alle quali principalmente spetta il merito di avere avviato, per prime e già all'indomani della Costituente, la riflessione critica sugli esiti della guerra di Liberazione e sulla reale portata innovatrice della Costituzione (29). La sistemazione in termini storiografici dell'esperienza azionista, in gran parte confluita nei saggi di Calamandrei e di Valiani pubblicati nel volume *Dieci anni dopo* (30), poi arricchita negli anni successivi soprattutto attraverso gli studi di Franco Catalano (31), verteva essenzialmente sulla tesi del fallimento della Resistenza e sulla critica del « compromesso costituzionale »: « La Costituente — scriveva Calamandrei — si aprì in un'atmosfera non più di unanime fervore rivoluzionario, ma di patteggiamento tra i grandi partiti di massa » (32).

---

(27) P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, in *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, I, Firenze, 1950, pp. LXXXIX-XL.

(28) R. RUFFILLI, *Partiti, cultura politica e masse nella formazione della Repubblica democratica*, in *Costituente e lotta politica. La stampa e le scelte costituzionali*, a cura di R. Ruffilli, Firenze, 1978, p. VI.

(29) Cfr. L. GANAPINI, *I partiti politici*, in *Il dopoguerra italiano*, cit., pp. 32-33. Alla rassegna storiografica di Ganapini si può utilmente ricorrere per un approfondimento del dibattito tra gli ex azionisti negli Anni Cinquanta.

(30) P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla* e L. VALIANI, *Il problema politico della nazione italiana*, entrambi in AA. VV., *Dieci anni dopo (1945-1955). Saggi sulla vita democratica italiana*, Bari, 1955. Di Valiani è anche da vedere *L'avvento di De Gasperi*, Torino, 1949; per Calamandrei e la sua attività all'Assemblea Costituente cfr. P. CALAMANDREI, *Scritti e discorsi politici*, 2 tomi, a cura di N. Bobbio, Firenze, 1966 e, da ultimo, P. BARILE, *La nascita della Costituzione: Piero Calamandrei e le libertà*, in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, cit., 2. *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, pp. 15 ss.

(31) F. CATALANO, *Storia del CLNAI*, Bari, 1955; ID., *L'Italia dalla dittatura alla democrazia. 1919-1948*, Milano, 1970, vol. 2°; ID., *Guerra, resistenza, ricostruzione. Dalla crisi del '39 alla restaurazione democristiana*, Milano, 1977; ID., *I partiti: ideologie, strutture, militanti*, in *Italia 1945-'48. Le origini della Repubblica*, Torino, 1974, pp. 291 ss.; ID., *La « nuova » democrazia italiana dopo il 1945*, in *Italia 1943-1950. La ricostruzione*, a cura di S. J. Woolf, Bari, 1974, pp. 87 ss.; da ultimo ID., *Una difficile democrazia. Italia 1943-1948*, 3 tomi, Firenze, 1980, soprattutto vol. I, pp. 921 ss.

(32) P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, cit., p. 213.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A questi due temi, rimasti al centro dell'interpretazione azionista, si aggiungeva tuttavia, già negli Anni Cinquanta, la polemica sulla « Costituzione inattuata », formula attraverso la quale soprattutto Calamandrei denunciava non solo l'« immobilismo », ma l'« arretramento costituzionale », la « reazione e restaurazione del passato », lo « smantellamento e macerazione anche di quella parte del lavoro che si credeva per sempre compiuta »: « si tratta — scriveva — di una erosione lenta già in atto, di una estraniazione progressiva che potrebbe portare dolcemente al collasso. La facciata della Costituzione c'è ancora: ma se le cose debbono continuare così, c'è da temere che a un certo momento, quando sarà troppo tardi per rimediare, ci si debba accorgere che dentro le travature apparenti, come nelle case invase dalle termiti, non c'è rimasto altro che polvere » (33).

Sono questi stessi i temi che la storiografia neomarxista ripropone negli Anni Settanta. Mentre però nella linea Calamandrei-Valiani la polemica verteva sulla tesi della Resistenza come « occasione mancata », secondo le ragioni proprie di una componente politica che era stata protagonista della guerra partigiana ma aveva visto le sue ipotesi di rinnovamento della società e di riforma dello Stato rapidamente sconfitte nel dopoguerra, nella nuova storiografia la prospettiva viene radicalmente allargata: « non più la Resistenza e la sua crisi venivano poste al centro della sua analisi — ha notato di recente Pietro Scoppola —, ma i complessi elementi della continuità della storia italiana; il fallimento della Resistenza non nasceva più dal confronto con gli ideali non realizzati, ma in qualche modo emergeva dal confronto con la continuità della realtà economica e istituzionale » (34).

Prende così corpo una più chiara attenzione agli sviluppi del rapporto tra istituzioni e società, nel quadro generale di una rilettura della storia postunitaria che privilegia il primato del « sociale » anche, talvolta, a discapito del « politico » e dell'« istituzionale ». Questa nuova impostazione consente, da un lato, di evitare i rischi del formalismo giuridico, superando l'angusta dimensione di una riflessione univocamente incentrata sull'analisi della Costituzione e riproponendo piuttosto il tema della « lunga durata » del potere e delle « tare organiche » della nostra storia nazionale (in ciò proseguendo la tradizione dell'antirisorgimentalismo, da Cattaneo a Salvemini, da Gobetti a Gramsci); dall'altro, però, la pur giusta esigenza di una lettura interdisciplinare della storia del dopoguerra finisce per confinare in secondo piano il tema specifico delle istituzioni e della loro relativa autonomia rispetto all'oggettiva realtà degli equilibri tra le classi. Emerge così, spesso, il pericolo di una interpretazione fortemente ideologica, all'interno della quale non sempre è possibile dare integralmente conto della

(33) *Ibidem*, p. 211.
(34) P. SCOPPOLA, *Gli anni della Costituente*, cit., p. 39.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

complessità che caratterizza il rapporto tra istituzioni e società in un contesto storico profondamente segnato dall'avvento delle grandi formazioni di massa e da forme inedite di compenetrazione tra « pubblico » e « privato ». In particolare — come si avrà modo di verificare meglio più avanti — resta in ombra, in questa interpretazione, il problema specifico della nuova presenza dei partiti di massa: la Resistenza ed il protagonismo in essa delle masse appaiono — nella più generale vicenda della continuità del potere borghese dall'Unità d'Italia a De Gasperi — come una breve parentesi priva di influenze decisive sull'assetto complessivo degli equilibri istituzionali del dopoguerra.

Nel saggio di Claudio Pavone su *La continuità dello Stato*, che è uno scritto del 1974, l'analisi del « dualismo istituzionale » durante l'esperienza del CLN si conclude con la lucida constatazione dell'« alto tasso di continuità » degli apparati nell'ambito di un unico disegno di restaurazione moderata e persino autoritaria che caratterizza il dopoguerra italiano ([35]): « il problema della continuità dello Stato — scrive Pavone — non si pone soltanto (...) a proposito del passaggio dal fascismo alla repubblica, ma va affrontato su un più lungo periodo, quale problema di continuità *attraverso* il fascismo » ([36]). L'accento, dunque, non può cadere sulle fratture costituzionali (vere o presunte che siano), ma deve battere piuttosto sulla perpetuazione degli assetti istituzionali autoritari e sul nocciolo duro di un potere che mantiene inalterati i suoi lineamenti di fondo attraverso vicende storiche spesso anche di segno fortemente innovativo.

In questa prospettiva la Costituzione stessa appare, ad esempio a Guido Quazza (forse il più prestigioso esponente della nuova tendenza), « non reale ma fittizia, fatta cioè di una prima parte ricca di princìpi avanzati ma puramente programmatica (specialmente l'art. 3) e di una seconda zeppa di istituti e strumenti operativi vecchi, inidonei ad avviare a realtà quei princìpi » ([37]). È la ripresa delle critiche del primo Calamandrei, quello dei dibattiti nell'Assemblea Costituente, preoccupato degli effetti perversi del « compromesso costituzionale » e delle nefaste conseguenze derivanti dall'introduzione nel testo di termini ambigui e ambivalenti, di *escamotages* verbali che rimandano i conflitti di fondo presenti nelle visioni globali dei partiti senza intaccarne la sostanza. Rispetto al secondo Calamandrei, invece, e più in generale alla polemica che gli ex-azionisti condussero per tutti gli Anni Cinquanta contro il « congelamento costituzionale » (implicitamente riva-

---

([35]) C. PAVONE, *La continuità dello Stato. Istituzioni e uomini*, in AA. VV., *Italia 1945-'48*, cit., pp. 137 ss. Lo stesso saggio è stato in parte anticipato con il titolo *Sulla continuità dello Stato nell'Italia 1943-45*, in « Rivista di storia contemporanea », III, 1974, n. 2, pp. 172 ss.

([36]) *Ibidem*, p. 144.

([37]) G. QUAZZA, *Resistenza e storia d'Italia. Problemi e ipotesi di ricerca*, Milano, 1976, p. 438.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lutando le potenzialità garantiste contenute nella Carta del 1947), Quazza appare criticamente distante: la sua posizione coincide su questo punto con l'analisi di Massimo Legnani, che nel risultato della Costituente scorge non tanto « l'ultimo tempo dell'unità resistenziale, la linea di frontiera tra due stagioni politiche successive, bensì la dimostrazione che dalla lotta antifascista non era scaturito uno schieramento riformatore, bensì due blocchi — il primo progressista, il secondo conservatore — nettamente contrapposti » (38).

Su questo terreno la nuova storiografia marxista rappresenta una critica nei confronti delle interpretazioni più celebrative della Resistenza e della Costituente. Da una parte, infatti, viene meno l'oleografica *ricostruzione della guerra di Liberazione come fatto di solidarietà nazionale antifascista* e si intravedono — già all'interno dello stesso movimento partigiano — dislocazioni differenti tra le varie forze, programmi politico-istituzionali diversamente avanzati, fratture di classe, progetti complessivi reciprocamente confliggenti (39). Dall'altra — come osserva Legnani —, viene in discussione una questione che sino ad ora era stata accantonata dalla storiografia di partito: il tema della lotta tra le classi e del rapporto tra classi e partiti. Ad un discorso incentrato soprattutto sulla ricostruzione del dibattito politico-ideologico si contrappone un'impostazione degli studi più attenta a valutare gli equilibri sociali e i mutamenti nei rapporti di potere nel dopoguerra: « L'esame di come si è pervenuti alla Repubblica e alla Costituzione — scrive Legnani, tracciando un primo bilancio e insieme un programma di lavoro — non può (...) arrestarsi alla constatazione che entrambe spezzano la continuità istituzionale col vecchio stato. Occorre ripercorrere la genesi dei nuovi ordinamenti, precisarne la collocazione — e quindi il significato — nella evoluzione complessiva. E questo non tanto per accertare la loro aderenza ad astratti modelli, quanto per valutarne la reale efficacia come struttura portante del processo di democratizzazione » (40).

È specificamente lungo queste coordinate che il gruppo di storici che fa capo a Guido Quazza e alla « Rivista di storia contemporanea » (ma con larga e qualificata presenza anche in altri centri di promozione della ricerca, come per esempio l'Istituto Nazionale per la storia

---

(38) M. LEGNANI, *Restaurazione padronale e lotta politica in Italia 1945-1948: ipotesi di lavoro e dibattito storiografico*, in « Rivista di storia contemporanea », III, 1974, n. 1, pp. 10-11; di Legnani cfr. anche il volume antologico *L'Italia dal 1943 al 1948. Lotte politiche e sociali*, Torino, 1973, nel quale è soprattutto da tener presente la nota conclusiva (pp. 223 ss.) con le stimolanti puntualizzazioni storiografiche ivi raccolte.

(39) Cfr. in questa direzione gli spunti contenuti in G. QUAZZA, *Storia del fascismo e storia d'Italia*, in *Fascismo e società italiana*, a cura di G. Quazza, Torino, 1973, p. 33.

(40) M. LEGNANI, *Restaurazione padronale e lotta politica*, cit., pp. 5-6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del movimento di Liberazione) (41) costruisce la sua interpretazione del periodo costituente sull'analisi della continuità con gli antichi equilibri di potere già maturati nell'Italia liberale e poi in quella fascista: « un sommario esame delle forze che concorrono alla elaborazione della Costituzione — scrive Quazza nel suo volume su *Resistenza e storia d'Italia* — è già sufficiente per rendersi conto che su di essa incidono elementi non propriamente resistenziali » (42). La Costituente, insomma, non è l'ultimo atto della Resistenza, un residuo di « epica » partigiana in un quadro generale ormai dominato dalla « prosa » del dopoguerra, ma invece il riflesso fedele di nuovi rapporti di forza che affondano le proprie basi nella continuità degli uomini e delle classi, nella piena e consapevole ripresa dell'iniziativa moderata in vista del 18 aprile (43).

---

(41) Sull'attività dell'Istituto cfr. l'introduzione di Guido Quazza al volume collettaneo *L'Italia dalla liberazione alla repubblica*, Milano, 1977, soprattutto pp. 7-14. Tra i principali contributi storiografici sul dopoguerra collegabili in varia misura a questo indirizzo cfr. B. BECCALLI, *La ricostruzione del sindacalismo italiano 1943-1950*, in *Italia 1943-1950*, cit., pp. 319 ss.; N. GALLERANO, *La disgregazione delle basi di massa del fascismo nel Mezzogiorno e il ruolo delle masse contadine*, in AA. VV., *Operai e contadini nella crisi italiana del 1943-1944*, Milano, 1974; ID., *L'influenza dell'amministrazione militare alleata sulla riorganizzazione dello stato italiano*, in AA. VV., *Regioni e Stato dalla Resistenza alla Costituente*, a cura di M. Legnani, Bologna, 1975; ID., *La lotta politica nell'Italia del Sud dall'armistizio al congresso di Bari*, in « Rivista storica del socialismo », 1966, n. 28, pp. 3 ss.; G. GRASSI - M. LEGNANI, *Il governo dei CLN*, in *Regioni e Stato*, cit., pp. 69 ss.; L. LANZARDO, *Classe operaia e Partito Comunista alla Fiat. La strategia della collaborazione. 1945-1949*, Torino, 1971; M. LEGNANI, *Aspetti economici delle campagne settentrionali e motivi di politica agraria nei programmi dei partiti antifascisti. 1942-1945*, in « Il Movimento di Liberazione in Italia », 1965, n. 78, pp. 3 ss.; ID., *Documenti sull'opera del CLNAI*, ibidem, 1964, n. 74, pp. 47 ss.; E. PISCITELLI, *Da Parri a De Gasperi. Storia del dopoguerra. 1945-1948*, Milano, 1975; ID., *Il governo Parri e i problemi della terra*, in « Il Movimento di Liberazione in Italia », 1972, nn. 107 e 108, rispettivamente pp. 65 ss. e 115 ss.; ID., *Del cambio o meglio del mancato cambio della moneta nel secondo dopoguerra*, in « Quaderni dell'Istituto romano per la storia d'Italia dal fascismo alla Resistenza », 1969, n. 1, pp. 9 ss.; C. PAVONE, *La continuità dello Stato*, cit.; G. QUAZZA - L. VALIANI - E. VOLTERRA, *Il governo dei CLN*, Torino, 1966; P. RUGAFIORI - S. VENTO - F. LEVI, *Il triangolo industriale tra ricostruzione e lotta di classe. 1945-1948*, Milano, 1974; M. LEGNANI, *Profilo politico dell'Italia repubblicana (1948-1974)*, Napoli, 1976. Sono inoltre da tenere presenti le frequenti puntalizzazioni e i contributi storiografici di Vittorio Foa, per i quali si rimanda soprattutto a *Sindacati e lotte operaie (1943-1973)*, Torino, 1975 e, per ultimo, a *Per una storia del movimento operaio*, Torino, 1980.

(42) G. QUAZZA, *Resistenza e storia d'Italia*, cit., p. 442.

(43) Cfr. C. PAVONE, *La continuità dello Stato*, cit., p. 144: « Il problema della continuità dello stato non si pone soltanto (...) a proposito del passaggio dal fascismo alla repubblica, ma va affrontato su un più lungo periodo, quale problema di continuità *attraverso* il fascismo ». Sull'emersione di questa impostazione storiografica (non soltanto negli studi sul dopoguerra) si è di recente soffermato R. RUFFILLI, *Lo Stato liberale in Italia*, in *Il liberalismo in Italia e in Germania dalla rivoluzione del '48 alla prima guerra mondiale*, a cura di R. Lill e N. Matteucci, Bologna, 1981, p. 87.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La visione realistica che è sottesa a questa interpretazione generale non conduce però al ripiegamento in una « storiografia dell'esistente ». Come lo stesso Quazza ha sostenuto in molte occasioni (ad esempio nel dibattito poi raccolto a cura della Regione Toscana nel volume *L'Italia negli ultimi trent'anni* (44), esiste una variabile della quale una storiografia che non voglia ridursi a storia delle élites non può non tenere conto: la « presenza delle masse », il manifestarsi di una dialettica tra base e vertici suscettibile in certe occasioni di radicalizzarsi in forme più o meno traumatiche di scissione, la spontaneità dei movimenti dal basso e la loro relativa autonomia rispetto alle istituzioni. Su questo piano, che è poi quello tipico di una « storiografia dell'alternativa », sono venuti anche contributi molto illuminanti per quanto riguarda il rapporto tra masse e gruppi dirigenti nel corso della guerra di Liberazione e nel dopoguerra (45): lo stesso Quazza ha insistito sulla divaricazione tra « le lotte di fabbrica, di campagna e di piazza », assai incisive anche durante il periodo costituente, e i partiti politici, che « sembrano congiurare nell'escludere il 'paese' dalla discussione sul documento fondamentale per la collettività nazionale » (46). In questa direzione sono state tentate numerose verifiche, nell'intento di riportare alla luce una « storia dal basso » sinora trascurata o « tradita » dalla storiografia della Resistenza e del dopoguerra; sebbene l'immagine-chiave delle sinistre rinunciatarie e chiuse nella logica riduttiva dell'Assemblea rispetto ad un movimento di massa ancora vitale e potenzialmente in grado di esprimere nelle piazze una determinante influenza sulla redazione della Costituzione appaia forse — per riprendere una notazione polemica di Carlo Pinzani riferita più in generale a questa visione della storia d'Italia (47) — venata da eccessivo ottimismo e, si potrebbe aggiungere, almeno in parte contraddittoria rispetto all'altra affermazione di Quazza che

---

(44) Cfr. l'intervento di Guido Quazza in *L'Italia negli ultimi trent'anni. Rassegna critica degli studi*, Bologna, 1978, p. 47.

(45) Cfr. soprattutto il volume collettaneo *Operai e contadini nella crisi italiana*, cit., nonché G. QUAZZA, *Resistenza e storia d'Italia*, cit., al quale si rimanda per la ricca rassegna della storiografia locale della Resistenza.

(46) G. QUAZZA, *Resistenza e storia d'Italia*, cit., p. 447. Sul rapporto tra attività costituente e problemi del « paese reale » si è di recente soffermato S. BOVA, *L'elaborazione della Carta costituzionale nel « comitato di redazione »*, in *La fondazione della Repubblica*, cit., p. 319. Bova pone soprattutto in rilievo le « deleghe » che divennero normali durante i lavori dell'Assemblea: « il significato politico-costituzionale di queste deleghe va individuato nello svolgersi del lavoro costituente nell'ambiente ovattato e discreto delle riunioni dei comitati formali ed informali (...), mentre mancò qualsiasi forma di pubblicizzazione ed anche di documentazione ufficiale delle fasi del lavoro ». Sulla separazione tra Costituente e paese si tornerà comunque più avanti, nel quadro di una valutazione dei rapporti tra gruppi dirigenti e masse nel periodo costituente.

(47) Cfr. l'intervento di Carlo Pinzani in *L'Italia negli ultimi trent'anni*, cit., p. 21.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« dopo la metà del '46 (...) i principali giochi sul piano internazionale e sul piano interno erano già stati fatti » [48].

Il tema dei « cedimenti », del « prezzo che le sinistre devono pagare per arrivare alla Costituente e alla repubblica » [49], richiederebbe insomma il completamento di un'indagine che è invece, purtroppo, ancora agli inizi: l'analisi degli equilibri tra le classi, la verifica della consistenza dei ceti medi e del loro orientamento, la riflessione sulla portata reale dell'autonomia delle classi subalterne dopo il ventennio fascista, nel quale — non si deve dimenticare — l'iniziativa dei gruppi dirigenti aveva sperimentato forme nuove di irriggimentazione collettiva e — soprattutto — aveva fatto ricorso ad inediti strumenti di educazione nazionale delle masse [50]: « sembra difficile ammettere — ha scritto Francesco Traniello, proponendosi appunto il tema dell'autonomia delle masse nel dopoguerra — che l'esperienza ventennale di partito unico a carattere totalitario non lasciasse tracce più o meno nascoste ma rilevanti nella successiva struttura partitica » [51].

D'altra parte una secca riduzione del ruolo dei partiti in nome dell'alternativa consiliare trascura forse di misurare in tutta la sua entità storica il peso della trasformazione politica introdotta nella vita nazionale italiana del dopoguerra dalle nuove forme di mobilitazione di massa e la funzione di integrazione e di riaggregazione svolta dai partiti in un'Italia che usciva allora dalla rovina fascista e dalla guerra [52]. Giampiero Carocci ha in proposito ricordato come « nel CLN il carattere interpartitico e interclassista era più forte del carat-

---

[48] Cfr. l'intervento di Guido Quazza in *Stato e Costituzione. Atti del convegno organizzato dall'Issoco e dal Comune di Alessandria*, a cura di F. Livorsi, Venezia, 1977, pp. 60-61.

[49] E. Piscitelli, *I governi De Gasperi fino al 18 aprile 1948*, in « Quaderni dell'Istituto romano per la storia d'Italia dal fascismo alla Resistenza », 1971, n. 2, p. 155.

[50] Sul tema del consenso durante il fascismo cfr. G. Quazza, *Storia del fascismo e storia d'Italia*, cit., p. 22; Id., *Resistenza e storia d'Italia*, cit., pp. 70-104; della ormai nutrita storiografia sul problema della penetrazione dei « valori » del regime nelle classi subalterne si richiama qui soprattutto il saggio di M. Isnenghi, *Valori popolari e valori « ufficiali » nella mentalità del soldato tra le due guerre mondiali*, in « Quaderni storici », XIII, 1978, n. 38, pp. 701 ss., che si segnala tra i contributi recenti soprattutto per la discussione metodologica del problema.

[51] F. Traniello, *Stato e partiti*, cit., p. 551.

[52] Appare in questo senso più che giustificata la sottolineatura del ruolo positivo svolto dai partiti in L. Basso, *Il principe senza scettro. Democrazia e sovranità popolare nella Costituzione e nella realtà italiana*, Milano, 1958, pp. 101-102; non condividibile, invece, l'intonazione critica con cui vi si riferisce M. Flores, *I problemi politico-istituzionali*, cit., p. 66. Sul nesso tra « disfacimento delle basi di massa » del regime e « ampliamento della base associativa » dei partiti antifascisti cfr. E. Santarelli, *Quadro e trasformazione dei partiti*, in AA. VV., *L'Italia dalla liberazione alla repubblica*, cit., p. 227, nonché — per una riflessione sullo stesso tema — P. Scoppola, *Gli anni della Costituente*, cit., p. 59.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tere consiliare », sicché « erano i partiti, e non gli organismi di base, i centri reali di direzione politica » (53).

In effetti, più che indulgere ad una contrapposizione partiti-movimenti (democrazia rappresentativa-democrazia diretta) che appare forse troppo condizionata dalle suggestioni della crisi istituzionale e politica apertasi con il '68 (in questo senso condivido l'obiezione di Scoppola circa le differenze profonde tra la spinta dal basso espressa nella Resistenza e quella invece manifestatasi nei movimenti della fine degli Anni Sessanta) (54), occorrerebbe analizzare — come già suggeriva Claudio Pavone nel suo saggio su *Autonomie locali e decentramento nella Resistenza* — la struttura interna degli stessi partiti, per coglierne le trasformazioni a partire dalla guerra partigiana sino a tutto il dopoguerra, e attraverso di esse interrogarsi sui collegamenti tra partiti e società (55). Gli studi più recenti, mi sembra, confermano l'ipotesi di Roberto Ruffilli, che dopo il 1944 individua già un sostanziale mutamento di segno: il declino di quella « peculiare vena antistatalista » che, provenendo da lontano (dalla crisi di egemonia del primo dopoguerra), aveva condizionato la politica dei principali partiti italiani durante la Resistenza, « con il rifiuto dello Stato ' panteista ' e accentratore nella linea del popolarismo struziano » e dello « Stato oligarchico e illiberale nella linea del radicalismo liberaldemocratico » e con la ripresa di progetti democratico-consiliari nell'area delle sinistre operaie. Alla metà del 1945 — nota Ruffilli — le istanze a favore dell'autoorganizzazione delle forze subalterne declinano, mentre riemerge con forza un'esigenza di continuità del potere che trova alimento anche nelle nuove tensioni centralistiche ormai predominanti all'interno dei partiti, preoccupati prioritariamente « del loro radicamento nel sistema politico-istituzionale ed economico-sociale » (56).

Da questo contesto — essenzialmente — deriva la prevalenza della « continuità » sulle « rotture » nella politica del dopoguerra. La presenza sulla scena politica di due forze come la DC e il PCI, entrambe

---

(53) G. CAROCCI, *Storia d'Italia dall'Unità ad oggi*, Milano, 1975, p. 322; un'analoga considerazione è in E. RAGIONIERI, *La storia politica e sociale*, in *Storia d'Italia*, IV, *Dall'Unità ad oggi*, Torino, 1976, pp. 2406-2407.

(54) Cfr. l'intervento di Pietro Scoppola in *L'Italia negli ultimi trent'anni*, cit., p. 35. Un'analoga critica « alla tendenza a leggere le vicende di quegli anni ma più in generale di tutto il trentennio, sulla base di un antagonismo, quando non si tratta, nelle interpretazioni più radicali, di contrapposizione, tra movimento delle masse ed organizzazioni politiche e sindacali deputate ad esprimerlo », è rivolta all'indirizzo storiografico in questione da F. DE FELICE, *La formazione del regime repubblicano*, in *La crisi italiana*, a cura di L. Graziano e S. Tarrow, I. *Formazione del regime repubblicano e società civile*, Torino, 1979, p. 49.

(55) C. PAVONE, *Autonomie locali e decentramento nella Resistenza*, in *Regioni e Stato nella Resistenza*, cit., p. 59.

(56) R. RUFFILLI, *Sulla fondazione della repubblica democratica*, in *Cultura politica e partiti*, cit., I. *L'area liberal-democratica. Il mondo cattolico e la Democrazia cristiana*, pp. 16-22.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mosse dall'esigenza di una « legittimazione » che ne riscatti la estraneità storica dallo Stato liberal-nazionale a base parlamentare, gioca — come ha osservato di recente Traniello — a favore della « politica dei due tempi (prima le modifiche istituzionali e la Costituzione, poi, forse, la riforma dello Stato) »: di qui anche una politica che, sia pure con cadenze e prospettive generali molto differenti, sembra fare dei due partiti i principali « canali di continuità dello Stato » (57).

La storiografia dell'ultimo decennio ha però opportunamente rivolto la propria attenzione anche all'arretratezza e ai limiti della cultura dei costituenti. E qui la critica della storiografia neomarxista si è incontrata con altri indirizzi storiografici, saldandosi ad una prima serie di verifiche sul funzionamento degli apparati e sulla loro sostanziale persistenza. Pavone ha richiamato (come del resto fanno anche Quazza e Legnani) le incertezze e le ambiguità della linea che le sinistre tennero durante i lavori dell'Assemblea Costituente, l'incapacità di perseguire un coerente progetto di rinnovamento sostanziale delle istituzioni, la sottovalutazione politica del peso che nel processo di trasformazione democratica della società italiana del dopoguerra avrebbero potuto assumere gli apparati pubblici (58). È il discorso delle « ideologie costituzionali della sinistra », che — come ha di recente dimostrato Paolo Petta — ripropone più latamente il problema della concezione dello Stato e quello, ugualmente decisivo, della comprensione che i partiti antifascisti italiani ebbero (o più spesso non ebbero) delle trasformazioni istituzionali avviate durante il ventennio fascista, del nuovo rapporto Stato-società maturato a partire dalla crisi economica dei primi Anni Trenta, di quelle originali forme di compenetrazione tra politica e società che sarebbero risultate alla fine il più forte elemento di continuità tra l'epoca fascista e l'Italia democratica (59).

Claudio Pavone accenna giustamente alla subalternità delle sinistre rispetto alle ideologie della neutralità amministrativa, e alla loro conseguente accettazione della continuità burocratica (60). Ma ancora più significativo appare il silenzio della Costituente circa i problemi del riassetto del parastato, del controllo degli enti pubblici, del governo di quelle burocrazie parallele sulla cui esistenza solo da pochi anni (per merito soprattutto degli studi di Sabino Cassese) (61) si comincia

(57) F. TRANIELLO, *Stato e partiti*, cit., pp. 541-542.

(58) C. PAVONE, *La continuità dello Stato*, *passim*. Sulla continuità degli apparati sono anche da vedere i saggi di R. ROMANELLI, *Apparati statali, ceti burocratici e modo di governo* e di G. AMBROSINI, *I « corpi separati »*, in *L'Italia contemporanea 1945-1975*, a cura di V. Castronovo, Torino, 1976, rispettivamente pp. 145 ss. e 277 ss.

(59) P. PETTA, *Ideologie costituzionali*, cit.

(60) C. PAVONE, *La continuità dello Stato*, cit., p. 168.

(61) Cfr. S. CASSESE, *La formazione dello stato amministrativo*, Milano, 1974; ID., *L'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, 1974; ID., *L'amministrazione*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a disporre dei primi dati d'insieme: « i costituenti — ha osservato Massimo Severo Giannini — non ebbero consapevolezza dei problemi autentici che in quel momento si ponevano per i pubblici poteri » (62).

Una serie di recenti verifiche conferma questa ipotesi generale: gli studi sul dibattito economico, avviati soprattutto da Piero Barucci, mettono in evidenza l'influenza nella cultura del dopoguerra della eredità liberista, e segnalano come, al contrario, restino in ombra nel dibattito costituente i nuovi problemi del rapporto tra pubblici poteri ed economia maturati già negli Anni Trenta (63); le ricerche sul sin-

---

dello Stato, Milano, 1976 (del quale sono soprattutto da vedere i due saggi raccolti nella parte IV, sotto il titolo *Costituzione e amministrazione: la mancata svolta del dopoguerra*, l'uno su *L'attività del governo a Salerno (1944)* e l'altro su *La scuola: ideali costituenti e norme costituzionali*); ID., *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971 (del quale cfr. soprattutto pp. 53-59); ID., *L'immunità della burocrazia*, in « Politica del diritto », II, 1971, p. 185. Sull'amministrazione e la Costituente possono anche essere visti P. CALANDRA, *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, 1978, soprattutto pp. 322-327; ID., *Il dibattito sull'amministrazione pubblica nel secondo dopoguerra*, in « Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico », 1975, pp. 1728 ss. e, tra i contributi della letteratura più propriamente giuridica, M. S. GIANNINI, *Amministrazione pubblica (premessa storica)*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958, pp. 231 ss. e M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978, soprattutto pp. 149 ss. Nell'ambito degli studi più recenti sono da segnalare i contributi di E. BALBONI, *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura* e di A. TRAVI, *Responsabilità del pubblico dipendente e ordinamento del pubblico impiego nel dibattito alla Costituente*, entrambi in *Scelte della Costituente*, cit., 2. *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, rispettivamente pp. 225 ss. e 313 ss. Infine più in generale sul tema della riforma dello Stato cfr. il volume *Alle origini della Costituzione italiana*, cit.

(62) M. S. GIANNINI, *L'ordinamento dei pubblici uffici e la Costituzione*, in AA. VV., *Attualità ed attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, p. 92. Più in generale è da vedere la testimonianza di Giannini in *Costituzione e stato pluriclasse. Intervista a Massimo Severo Giannini* a cura di Domenico Corradini, in « Prassi e teoria », 1980, n. 6, pp. 275 ss.

(63) Cfr. P. BARUCCI, *Ricostruzione, pianificazione, Mezzogiorno. La politica economica in Italia dal 1943 al 1955*, Bologna, 1978; tra gli studi editi per il trentennale della Costituente sono da ricordare inoltre: *La cultura economica nel periodo della ricostruzione*, cit., con i saggi di P. BARUCCI, *La cultura economica nel periodo della ricostruzione*; ID., *Economisti alla Costituente*; G. GIOLI, *La politica economica nelle discussioni per la fiducia ai Governi (1945-1947)*; S. BARTOLOZZI BATTIGNANI, *La programmazione*; P. BINI, *Il Mezzogiorno*; R. PADOVANI, *Le scelte della ricostruzione*; S. BARTOLAZZI BATTIGNANI, *Le proposte di politica economica della CGIL unitaria*; P. BINI, *La proposta economica degli industriali (1944-1948)*; P. ROGGI, *Il mondo cattolico e i « grandi temi » della politica economica*; V. MALAGOLA ANZIANI, *La cultura economica dei partiti politici. Saggio bibliografico*; e, nel volume *Democrazia Cristiana e Costituente*, cit., il saggio di R. PRODI, *Il quadro economico*, t. 3, pp. 995 ss.; e le comunicazioni di A. GIOVAGNOLI, *Riflessi politici degli aiuti americani* e di G. BIANCHI, *Il « Piano Marshall » nella prospettiva della politica estera USA e dell'europeismo degasperiano*, t. 3, rispettivamente pp. 1097 ss. e 1169 ss. Tra le testimonianze più autorevoli sul rapporto tra economia e costituenti cfr. infine le considerazioni di P. SARACENO, *Intervista sulla ricostruzione. 1943-53*, a cura di L. Villari, Bari, 1977.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dacalismo dimostrano l'inadeguatezza di una visione sostanzialmente ispirata alla diffidenza verso forme di organizzazione collettiva degli interessi suscettibili di incidere sul mercato del lavoro (64); il volume curato da Andrea Orsi Battaglini su *Amministrazione pubblica e istituzioni finanziarie* nell'ambito della collana promossa dal Consiglio regionale toscano ribadisce come « nel periodo costituente si parlò assai poco di apparati amministrativi, e meno ancora di amministrazione dell'economia e della finanza » (65).

Altrettanto « ottocentesca » si rivelò la visione del costituenti sul problema delle autonomie. Sia Pavone che Quazza hanno molto insistito su questo punto, sottolineando come « la medesima concezione centralista dominante nell'economico e nel sociale, la medesima concezione di « vertice » dominante nel politico, domina anche l'istituzionale » (66). D'altra parte, anche all'interno della cultura propriamente regionalista, si dovette scontare in quegli anni una specifica carenza d'impostazione, tipica — ha acutamente osservato Ettore Rotelli — del caso italiano, nel quale la creazione dell'istituto regionale precedeva e non seguiva, come invece in altri paesi, « l'avvento dell'industrializzazione e dell'urbanizzazione su larga scala » (67). Ciò spiega forse perché la cultura costituente si sia rivelata incapace di prevedere « il processo di svuotamento che gli enti pubblici territoriali avrebbero

---

(64) Cfr. soprattutto U. ROMAGNOLI - T. TREU, *I sindacati in Italia: storia di una strategia (1945-1976)*, Bologna, 1977; P. CRAVERI, *Sindacato e istituzioni nel dopoguerra*, Bologna, 1977; S. TURONE, *Storia del sindacato in Italia: 1943-1969*, Bari, 1973; B. BECCALLI, *La ricostruzione del sindacalismo italiano*, cit.

(65) Cfr. l'introduzione di Andrea Orsi Battaglini al volume *Amministrazione pubblica e istituzioni finanziarie*, cit., p. 15. Il volume raccoglie nella prima parte (introdotta da Stefano Merlini) i saggi di F. BELLI, *Aspetti e problemi del controllo dell'intermediazione bancaria in sede di Commissione economica per la Costituente*, pp. 41 ss.; di S. BOTARELLI, *Credito e assicurazioni private a sostegno dell'accumulazione del capitale: alcuni dati*, pp. 165 ss.; di G. PUCCINI, *Apparati di controllo del credito e periodo costituente: il problema della « forma giuridica » della Banca d'Italia*, pp. 227 ss.; di G. ENDRICI, *L'amministrazione di fronte al Piano Marshall*, pp. 331 ss.; di A. SCIALOJA, *Il sistema delle assicurazioni private nell'indagine della Commissione economica per la Costituente*, pp. 393 ss.; di F. MAZZINI, *Il sistema previdenziale in Italia tra riforma e conservazione: gli anni della Costituente*, pp. 447 ss.; di M. CRESTI, *Ordinamento della finanza locale e politica di tesoreria: la Cassa Depositi e Prestiti*, pp. 555 ss.; e nella seconda parte (introdotta da Giorgio Pastori) i saggi di G. GUALERNI, *Continuità e mutamento nella gestione della politica industriale*, pp. 637 ss.; di P. GOTTI, *L'amministrazione dell'agricoltura dalla caduta del fascismo alla metà degli anni cinquanta. Profili organizzativi*, pp. 699 ss.; di A. PIZZI, *L'assetto normativo delle Camere di Commercio nel periodo 1864-1944*, pp. 853 ss.; di F. GHELARDUCCI, *Rappresentanza organica e nomine nelle Camere di Commercio dal 1944 ad oggi (il caso della Toscana)*, pp. 869 ss.; di M. P. CHITI, *L'azione delle Camere di commercio nei bilanci di alcune Camere di commercio toscane nel periodo 1944-1978*, pp. 927 ss.

(66) L'espressione è di G. QUAZZA, *Resistenza e storia d'Italia*, cit., p. 447.

(67) E. ROTELLI, *L'avvento della regione in Italia. Dalla caduta del regime fascista alla Costituzione repubblicana (1943-1947)*, Milano, 1967, p. 349.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

subito (e che già avevano cominciato a subire sotto il fascismo) a favore delle grandi concentrazioni industriali e finanziarie, pubbliche e private, e degli enti nazionali gestori di fondamentali settori di pubblici servizi » (68). I progetti di rifondazione dello Stato in chiave autonomistica si presentarono insomma nel dopoguerra connotati da « una notevole astrattezza ». Da parte cattolica (o di quei settori del mondo cattolico italiano che più coerentemente perseguirono l'obiettivo del decentramento autonomistico) ci si riferì ad « una organizzazione ' naturale ' della società, frutto della ideologizzazione di assetti a base rurale e interclassista, in via di sempre maggiore superamento »; da parte laica si sopravvalutarono forse le « vocazioni spontanee delle masse all'autogoverno, sulla base dell'assolutizzazione di spinte eccezionali in tal senso, di fronte allo sfasciamento dello Stato, nell'ambito di guerre perdute » (69).

Gli studi più recenti consentono ormai di avere su questo problema un quadro preciso del dibattito in Assemblea e della riflessione nelle sedi di partito (70), mentre — grazie soprattutto ai ripetuti interventi di Ettore Rotelli — comincia a farsi chiaro il processo che portò alla « restaurazione post-fascista degli ordinamenti locali », si delineano meglio le forze che vi contribuirono e quelle (per altro minoritarie) che vi si opposero e si indagano i nessi tra il dibattito costituente e le concrete esperienze del movimento regionalista (71). Anche in questo caso, tuttavia, al di là dei suoi tratti fondamentali, all'approfondimento storiografico il problema si rivela più sfumato di quanto non

---

(68) C. PAVONE, *La continuità dello Stato*, cit., p. 219.

(69) R. RUFFILLI, *La formazione del progetto democratico cristiano nella società italiana dopo il fascismo*, in *Democrazia Cristiana e Costituente*, cit., I, p. 103.

(70) Cfr. in particolare L. ORNAGHI, *I progetti di Stato (1945-1948)*; M. FANTECHI, *Fra terza via e conservatorismo*; C. MACCHITELLA, *L'autonomismo*; G. CONTI - M. PIERETTI - G. PERRA, *Il « partito nuovo » e la Costituente*, tutti in *Cultura politica e partiti*, cit., rispettivamente I, pp. 39 ss. e 103 ss.; e II, pp. 69 ss. e 229 ss. È inoltre specialmente da vedere *La ricostruzione in Toscana dal CLN ai partiti*, cit., sia per la introduzione di E. ROTELLI, *L'ipotesi toscana di fondazione della Repubblica*, pp. 13 ss., sia per i saggi raccolti nel vol. I: V. SPINI, *Il Comitato di Liberazione Nazionale di fronte ai problemi della ricostruzione*, pp. 61 ss.; R. ABSALOM, *Il ruolo politico ed economico degli alleati a Firenze (1944-1945)*, pp. 233 ss.; E. GHIANDELLI, *Materiali per una storia della ricostruzione dell'industria fiorentina*, pp. 345 ss. Sull'autonomismo cattolico cfr. infine i saggi raccolti in *Democrazia Cristiana e Costituente*, cit., e tra questi in particolare M. FALCIATORE, *La grande novità del progetto democratico-cristiano: il regionalismo. Le successive difficoltà di attuazione*, t. 2, pp. 939 ss.

(71) E. ROTELLI, *La restaurazione post-fascista degli ordinamenti locali*, in « Italia contemporanea », XXXI, 1979, n. 134, p. 47; di Rotelli sono comunque da tenere presenti *L'avvento della Regione in Italia*, cit.; *L'alternativa delle autonomie. Istituzioni locali e tendenze politiche dell'Italia moderna*, Milano, 1978 (soprattutto pp. 260-267); *Dallo Stato accentrato allo Stato delle autonomie*, in AA. VV., *1945-1975 Italia*, cit., pp. 541 ss.; per una messa a punto storiografica cfr. E. ROTELLI - F. TRANIELLO, *Il problema delle autonomie come problema storiografico*, in *Regioni e Stato dalla Resistenza alla Costituzione*, cit., pp. 19 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dica la contrapposizione tra un'ipotesi di democrazia consiliare (alla quale — ha notato Francesco Traniello — non avrebbe potuto corrispondere, date le condizioni storiche, « un sistema politico con assai più margini di autonomia e di autogoverno », ma che avrebbe postulato invece un modello di potere più francamente « giacobino ») [72] e una linea rigidamente centralistico-burocratica. Proprio Rotelli ha scritto di recente che nella situazione del dopoguerra emerse anche una terza ipotesi, diversa da quella ciellenistico-consiliare e dunque non necessariamente socialista e rivoluzionaria, ma certamente in grado di superare i limiti profondi della concezione centralistica tradizionale: « nell'ambito delle istituzioni, specialmente locali, sarebbe stato possibile procedere ad incisive riforme. In tal caso, oltre tutto, l'Italia si sarebbe avvicinata di più ai paesi dell'Europa occidentale, parimenti capitalistici, che l'avevano liberata dal fascismo e dal nazismo » [73]. Se questa possibilità alternativa fu lasciata cadere — soggiunge Rotelli — non fu dunque per pressioni esterne degli Alleati, né per condizionamenti insuperabili dipendenti dagli equilibri della politica internazionale, ma essenzialmente per « l'indisponibilità » dei partiti antifascisti in Italia: « anziché indurre gli alleati a secondare le iniziative di riforma autonomistica dello Stato concepite e intraprese dal CLN, il Governo centrale invoca la loro autorità per respingerle » [74].

L'osservazione richiama ancora una volta il tema del rapporto tra forze politiche e società o, più esattamente, quello del conflitto tra lo Stato dei partiti e lo Stato delle autonomie. Nei partiti del dopoguerra, in realtà, si concentra tutta la mediazione tra istituzioni e società, secondo un modello di integrazione verticale del sociale nel politico che non può non entrare in contraddizione con l'ipotesi di una distribuzione periferica del potere e di una frammentazione della partecipazione nei nuovi canali rappresentati dalla rete delle autonomie locali. Come ha rivelato una parte della storiografia sul dopoguerra, vecchio burocratismo statale e nuovo centralismo implicito nella forma organizzativa del partito-apparato sembrano ora incontrarsi sino a costituire uno dei caratteri specifici ed originali del sistema politico-istituzionale [75]: le grandi subculture cattolica, comunista e socialista assicurano l'identificazione delle masse nel sistema costituzionale, con-

---

[72] F. TRANIELLO, *Stato e partiti*, cit., p. 548; cfr. sul punto anche P. SCOPPOLA, *Gli anni della Costituente*, cit., p. 52.

[73] E. ROTELLI, *La restaurazione post-fascista*, cit., pp. 69-70; una tesi analoga in ID., *L'ipotesi toscana*, cit., p. 18.

[74] E. ROTELLI, *L'ipotesi toscana*, cit., p. 24.

[75] G. QUAZZA, *Resistenza e storia d'Italia*, cit., pp. 438-439: « specialmente per il PCI, al centralismo in campo sindacale e al verticismo in campo politico corrispondeva anche in campo istituzionale la fedeltà al modello che consente il massimo del controllo dall'alto ». Sul punto cfr. le acute osservazioni di Vittorio Foa già in un articolo del 1946 (V. FOA, *Le autonomie e le macchine politiche*, ora in *Per una storia del movimento operaio*, cit., pp. 9-10).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tribuendo a colmare una frattura tra Stato e società civile le cui radici affondano nelle origini élitarie dell'unità nazionale italiana, ma dallo scontro usciranno sconfitte proprio quelle forze, come il Partito d'Azione, che hanno privilegiato il terreno delle istituzioni rispetto a quello rappresentato dal sistema dei partiti (76).

Appunto riflettendo su questo passaggio decisivo la storiografia più recente ha individuato il tema centrale della democrazia diretta come possibile alternativa per una rilettura dal basso del dopoguerra italiano. L'ipotesi di lavoro sulla quale si è mossa la nuova storiografia della Resistenza e dell'età costituente è stata quella della sostanziale continuità degli equilibri di potere, inalterati dall'Unità d'Italia alla crisi di fine secolo, dall'età giolittiana al fascismo; e della parallela ricostruzione di un'« altra storia », potenzialmente conflittuale, segnata comunque dall'estraniazione passiva delle masse, tuttavia interrotta a tratti da improvvise manifestazioni di spontaneità radicale, capace, nei momenti « alti », di concretizzare proprie istituzioni alternative. Ciò ha consentito più generalmente di cogliere — anche grazie all'ausilio di altri apporti disciplinari (dall'antropologia culturale alle nuove metodologie della storia orale, dall'indagine latamente sociologica a quelle statistica e demografica) le linee di una storia dei gruppi subalterni rimasta fino a pochi anni fa sostanzialmente inesplorata; così come ha permesso di restaurare il « filo rosso » che segna il perpetuarsi dell'istanza democratico-consiliare dal primo al secondo dopoguerra, sino forse ai movimenti giovanili dei secondi Anni Sessanta, nelle forme di una contestazione degli assetti verticistici del potere « reale » a tratti lucida e penetrante, altre volte sorda e confusa. È un modello — quello della democrazia diretta contrapposta alla democrazia rappresentativa — che del resto viene da lontano, ricollegandosi per più rami alla stessa vicenda che caratterizza l'avvento dello Stato borghese nell'Europa del Settecento e dell'Ottocento (77).

Nel dopoguerra italiano, contro l'ipotesi democratico-consiliare che si fonda sul potere dei CLN e sulla spinta dal basso del movimento partigiano, prevale invece una tendenza alla « razionalizzazione del sistema parlamentare » che — come ha notato Pavone — riflette le debolezze della Resistenza « sul piano della progettazione istituzionale », ed anche le obiettive difficoltà che intervengono comunque nel passaggio da una dimensione antistatuale a forme, sia pure inedite, di

---

(76) F. TRANIELLO, *Stato e partiti*, cit., p. 552, che mette in evidenza il declino di entrambe le proposte azioniste, quella « di sinistra », del governo rivoluzionario provvisorio a base ciellenistica, e quella « di destra », della repubblica presidenziale a larga base autonomistica. Sul punto cfr. ora L. ORNAGHI, *I progetti di stato*, cit.

(77) R. RUFFILLI, *Le istanze autonomistiche dell'antifascismo e della Resistenza*, in *L'opera e l'eredità di Carlo Cattaneo*. II. *L'eredità*, a cura di C. G. Lacaita, Bologna, 1976, pp. 253-273.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

istituzionalizzazione dei movimenti (78). Ma proprio perciò una visione che si esaurisca nella contrapposizione tra direzione politica e spontaneità sociale difficilmente può cogliere interamente le dinamiche reali della storia italiana del dopoguerra, che alla prova della verifica risultano assai più contraddittorie: il quadro, insomma, non può essere ricostruito interamente all'insegna di un attivismo di massa a stento tenuto a freno dalla prudenza (o dal « tradimento ») dei gruppi dirigenti, ma appare spesso contrassegnato da equilibri persino specularmente opposti; sicché in certe circostanze, e soprattutto in situazioni politicamente arretrate, l'iniziativa dei vertici si configura, rispetto alla passività delle masse, come una vera e propria forma di « giacobinismo democratico ». I rischi propri di una « storiografia dei vinti » sono appunto quelli tipici di un approccio settoriale alla realtà storica, perennemente in bilico tra le potenzialità positive di una rilettura dal basso degli avvenimenti e la sterilità di una visione corporativa della vicenda storica. Occorrerebbe invece richiamarsi a questo punto alla complessità del processo di istituzionalizzazione nel periodo costituente: al di là della Resistenza come « rivoluzione delle minoranze », bisognerebbe riconsiderare l'esigenza di stabilità e di ordine che percorre in profondo la società italiana postfascista, condizionando la pur vitale spinta all'attivismo di massa e riproponendo la realtà di un adagiamento di ampi settori sociali nell'ordine tradizionale. È il discorso (tuttora storiograficamente inesplorato) del rapporto tra mobilitazione e passività, tra coscienza di massa e limitata autonomia delle classi subalterne: ancora una volta un nodo che richiederebbe d'essere studiato sul lungo periodo, ad esempio tenendo presenti le riflessioni di Gramsci sul sovversivismo nella vicenda dei gruppi subalterni e ripercorrendo per intero il tema della dialettica tra spontaneità ed organizzazione nella storia dei movimenti di massa dell'età contemporanea.

4. Le posizioni critiche della nuova storiografia hanno suscitato una serie di risposte e comunque di approfondimenti da parte della storiografia collegata alle posizioni politiche comuniste. La riflessione sul momento costituente, già avviata (almeno nelle sue linee portanti) nell'azione di orientamento teorico e di progettazione culturale del Togliatti del dopoguerra (79), si è sviluppata — nonostante l'etero-

---

(78) C. PAVONE, *La continuità dello Stato*, cit., p. 156 (che richiama a sua volta E. PASSERIN D'ENTREVES, *Un recente saggio sui problemi di storia della Resistenza*, in « Il Movimento di Liberazione in Italia », 1965, n. 79, pp. 96-97). Sul rapporto movimenti-istituzionalizzazione sono da tenere presenti in generale le osservazioni di F. ALBERONI, *Movimento e istituzione*, Bologna, 1977.

(79) P. TOGLIATTI, *Discorsi sulla Costituente*, Roma, 1973 (2ª ed.); ID., *Opere scelte*, a cura di G. Santomassimo, Roma, 1974; sulla politica del PCI alla Costituente cfr. *L'Assemblea costituente 1946-1947*, cit., e *Dalla monarchia alla Repubblica*, a cura di E. Santarelli, Roma, 1974, che rappresentano il documento

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

geneità dei contributi di ricerca e la ricchezza di una memorialistica che non trova eguali in altre tradizioni di partito — secondo un'articolazione di temi sufficientemente unitaria: anzitutto la rivendicazione del nesso di continuità che unisce la Costituente alla Resistenza, poi la centralità che in quest'ambito viene riconosciuta all'avvento dei partiti di massa come protagonisti essenziali della dialettica democratica, infine l'insistenza sulla Costituzione come premessa fondamentale per la costruzione di nuovi e più avanzati equilibri politici e dunque come potenziale piattaforma per una strategia di « democrazia progressiva ».

Uno dei più autorevoli protagonisti della politica comunista nel trentennio repubblicano, Giorgio Amendola, ha indicato soprattutto nella prima parte della Costituzione le tracce « dei programmi di rinnovamento elaborati dai partiti del CLN nel corso della Resistenza », segnalando invece la minore incisività delle formulazioni contenute nella seconda parte della Carta, sulla cui elaborazione — ha sostenuto — influirono negativamente gli effetti della rottura del patto tripartitico e il nuovo clima determinatosi in seguito all'allontanamento del PCI dal governo nel 1947 ([80]). Ma, pur con queste non trascurabili precisazioni, la storiografia di quest'area politico-culturale ha tuttavia riaffermato l'identità di fondo tra i princìpi sanciti nella Costituzione e i valori della guerra partigiana. Riassumendo nel suo scritto di maggior respiro una tesi ormai ampiamente consolidata, Ernesto Ragionieri ha ricordato come, proprio mentre si consumava la rottura dell'unità antifascista, le forze politiche trovassero tuttavia la coesione necessaria per compiere « un'opera legislativa di rilievo notevole », « l'elaborazione in comune di un ' progetto di Stato ' che, comunque lo si voglia giudicare, rappresenta un'autentica novità nella storia d'Italia » ([81]).

---

di una rinnovata attenzione della cultura marxista italiana verso il tema; sul nesso tra Costituente e « partito nuovo » togliattiano cfr. l'introduzione di Mario G. Rossi e Gianpasquale Santomassimo alla sezione dedicata al PCI in *Cultura politica e partiti*, cit., 2. *L'area socialista. Il Partito Comunista italiano*, specialmente p. 213. In generale, tra gli studi maturati nell'ambito di quest'area culturale, cfr. P. SPRIANO, *Storia del Partito Comunista italiano. La Resistenza, Togliatti e il partito nuovo*, Torino, 1975; *Trent'anni di vita e lotte del PCI*, Quaderni di « Rinascita », n. 2, s.d. (ma 1951); *1945-1975. Trent'anni dalla liberazione*, in « Rinascita », 25 aprile 1975; *I trent'anni della Repubblica*, in « Rinascita », 28 maggio 1976; *Storia politica e organizzazione nella lotta dei comunisti italiani per un nuovo blocco storico*, quaderno n. 5 di « Critica marxista », 1972 (ed ivi soprattutto G. CHIAROMONTE, *Riforme di struttura e direzione politica del paese*, pp. 21 ss.).

([80]) G. AMENDOLA, *Gli anni della Repubblica*, Roma, 1976, pp. 36 e 113. Analoghe le posizioni già espresse da Togliatti nel rapporto al V Congresso del PCI, ora ricostruite in G. CONTI - M. PIERETTI - G. PERRA, *Il « partito nuovo » e la Costituente*, cit., p. 422.

([81]) E. RAGIONIERI, *La storia politica e sociale*, cit., p. 2473.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La Costituzione appare dunque come un testo radicalmente distante dai modelli fissati nell'esperienza del costituzionalismo liberale europeo ([82]): da un lato — sostiene la storiografia collegata al PCI — se ne discosta per la diretta filiazione che la congiunge allo « spirito ciellenistico » (e con ciò viene una volta di più ribadito il senso di una frattura che è insieme politica e istituzionale, se non altro perché lo Statuto Albertino nasceva pur sempre come una concessione regia, mentre la Costituzione appare la conquista di una lotta armata di popolo); dall'altro la novità dei suoi contenuti marca una cesura sostanziale rispetto alle « Costituzioni di vecchio tipo », a confronto delle quali — aveva scritto sin nel 1947 uno dei più attivi costituenti del PCI, Renzo Laconi —, « si nota nella Costituzione italiana la tendenza ad inserire, accanto alle libertà civili e politiche universalmente riconosciute, una serie di nuovi diritti che attengono al cittadino nella sua qualità di lavoratore e ad una organizzazione sociale che nel lavoro trova il suo essenziale fondamento » ([83]).

Su questa linea, attenta ad individuare i princìpi nuovi introdotti nel '47, hanno lavorato negli ultimi anni soprattutto i giuristi (mentre è mancato, occorre riconoscere, un approfondimento più propriamente storiografico). Fondamentale, ad esempio, si è rivelata l'insistenza sulla originalità della cosiddetta « costituzione economica », che definirebbe « un nuovo rapporto tra politica ed economia », secondo un modello originale e « privo di riscontro nelle coeve costituzioni dell'Occidente europeo » ([84]): attraverso una lettura del Titolo III, e soprattutto nell'ambito di una riflessione sull'art. 3, secondo comma, si è profilato un ampliamento dei contenuti delle libertà politiche sino a ricomprendervi « il diritto del cittadino di concorrere alla determinazione della politica economica nazionale, e, per il tramite di questa, alla politica economica delle imprese » ([85]), la premessa quasi obbligatoria per « la sottrazione di date attività di produzione di beni o di servizi allo stesso modo di produzione capitalistico, quando è il modo di produzione capitalistico e rappresentare un ' ostacolo economico ' nel senso della norma costituzionale alla realizzazione degli obiettivi da essa indicati » ([86]).

Dunque, « spetta alle Assemblee legislative fissare i ' fini sociali ' cui l'attività economica, privata oltre che pubblica, deve essere indi-

---

([82]) P. INGRAO, *A trent'anni dalla Costituzione*, in « Critica marxista », XVI, 1978, n. 1, p. 6.

([83]) R. LACONI, *La nuova Costituzione*, ora in *Parlamento e Costituzione*, a cura di E. Berlinguer e G. Chiaromonte, Roma, 1969, p. 15.

([84]) F. GALGANO, *Il governo dell'economia*, in AA. VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, cit., p. 136.

([85]) Cfr. l'intervento di Francesco Galgano in *L'Italia negli ultimi trent'anni*, cit., p. 170.

([86]) F. GALGANO, *La riforma dell'impresa: società per azioni e impresa pubblica*, in AA. VV., *Il governo democratico dell'economia*, Bari, 1976, p. 179.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rizzata e coordinata; spetta alle Assemblee legislative determinare i programmi e i controlli necessari » (87). L'intuizione dei costituenti comunisti, secondo la cui interpretazione nella Costituzione possono trovarsi gli strumenti per fronteggiare le trasformazioni dello Stato imprenditore e l'avvento dell'intervento pubblico nell'economia (88), ha trovato un organico sviluppo negli studi di giuristi come Francesco Galgano, che più di ogni altro ha cercato di rintracciare nel testo costituzionale il modello di un moderno governo dell'economia: « la partecipazione al governo dell'economia — ha scritto — non è, nella nostra Costituzione, solo partecipazione politica. Il nostro sistema di democrazia non si esaurisce nella formula, classica, della democrazia dei cittadini: è anche, oltre a ciò, democrazia dei produttori » (89).

Più in generale la cultura giuridica vicina al PCI ha affermato la validità della previsione costituzionale come indicazione di fondo per uno sviluppo in senso riformatore e socialista della società italiana. « Le cose scritte nella Costituzione — ha osservato Pietro Barcellona — non costituiscono una registrazione ed una cristallizzazione in formule giuridiche di situazioni già esistenti; i principi in essa affermati non sono forme che assicurano la perpetuazione e la riproduzione di un organismo sociale ed economico. La Costituzione repubblicana rappresenta — ed in ciò appunto consiste il suo carattere di novità — l'emersione formale di nuovi 'soggetti', e l'attribuzione ad essi di spazi e poteri per la realizzazione di un disegno di rinnovamento della società italiana » (90).

In ciò, ancora una volta, si riscontra la più radicale estraneità rispetto al modello costituzionale liberal-democratico: non più — aggiunge Barcellona — « un insieme di norme procedurali », l'enunciazione delle « regole del gioco », la democrazia ridotta « a mera proce-

---

(87) F. GALGANO, *Il governo dell'economia*, cit., p. 136.

(88) Cfr. ad esempio R. LACONI, *La sostanza politica e costituzionale della crisi del Parlamento*, in *Parlamento e Costituzione*, cit., p. 122, dove Laconi rivendica (nel 1965) la sensibilità della cultura costituente verso questa problematica.

(89) F. GALGANO, *Il governo dell'economia*, cit., p. 146. Per le posizioni di Galgano cfr. ID., *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna, 1974; ID., *Le istituzioni dell'economia di transizione*, Roma, 1978; ID., *Il diritto privato tra codice e Costituzione*, Bologna, 1978; ID., *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. Galgano, I. *La costituzione economica*, Padova, 1977, pp. 3 ss. (soprattutto pp. 120 ss.).

(90) P. BARCELLONA, *Costituzione, partiti e democrazia*, in « Democrazia e diritto », XVIII, 1978, n. 1, pp. 24-25. Della Costituzione « come strumento di una democrazia progressiva » ha anche scritto S. D'ALBERGO, *Ruolo dello Stato e nuovi processi di trasformazione della società*, in AA. VV., *Stato e società in Italia*, Roma, 1978, p. 62 (ma di D'Albergo cfr. anche *Portata e condizioni di un uso alternativo della Costituzione* (I) e *La Costituzione nella « continuità » dello Stato* (II), in « Democrazia e diritto », XIII, 1973, rispettivamente n. 1, pp. 55 ss. e n. 2, pp. 87 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dura », ma invece « un carattere eminentemente progettuale, che nelle forze e nelle strutture organizzate della partecipazione e della democrazia (partiti, sindacati, istituzioni del decentramento) individua la sua possibilità di realizzazione » (91).

Sono dunque la presenza dei partiti, « il mutamento della forma di organizzazione politica delle masse » (92), il rapporto tra la mediazione partitica e il funzionamento complessivo del sistema politico a configurare la Costituzione come un testo nuovo ed originale rispetto agli stereotipi della tradizione precedente, e per molti versi anche a confronto con la contemporanea esperienza costituzionale europea: la frattura « non investe tanto l'ambito giuridico-formale quanto le basi materiali delle stesse istituzioni, o meglio l'allargamento della base sociale dello Stato » (93).

Più di quanto non sia avvenuto per altri indirizzi politico-culturali, la storiografia comunista ha saputo sottolineare, in ordine alla storia d'Italia nel periodo della Costituente, le implicazioni derivanti dall'avvento nelle società europee tra le due guerre di imponenti fenomeni di mobilitazione collettiva e di « nazionalizzazione delle masse », caratterizzati altresì da più accentuate manifestazioni di autonomia del « politico ». Nella Costituzione — ha notato Paolo Farneti — « il partito appare come una forma monopolistica di espressione della volontà politica » (94): la teoria del partito leninista, fondata sulla dialettica avanguardia-masse, e forse anche la riflessione sugli sviluppi della costruzione dello Stato socialista nell'Unione Sovietica di Stalin, consentono una visione più lucida dei problemi della mediazione politica tra dirigenti e diretti in contesti sociali nei quali si registra un'attivizzazione delle masse sino ad allora sconosciuta, nonché, forse, una

---

(91) P. BARCELLONA, *Costituzione, partiti*, cit., pp. 22-24. Per questo motivo — aggiunge Barcellona — dev'essere « respinta la lettura istituzionale di questi trent'anni in chiave di ' Costituzione tradita ', di contrapposizione tra Costituzione formale e Costituzione materiale, proprio perché la prima ha aperto uno spazio che ha reso manifesta e possibile la contraddizione tra allargamento dei processi di democrazia politica realizzantesi nella società e nelle istituzioni e la contestuale e progressiva autonomizzazione dei vecchi e nuovi apparati burocratico-amministrativi » (p. 25). Sulla distanza della Costituzione italiana dal modello anglosassone dello « strumento procedimentale per acquisire e gestire il potere statale » ha insistito anche G. FERRARA, *Interpretazioni e « valore » nella Costituzione*, in « Democrazia e diritto », XV, 1975, n. 1, pp. 5 ss. (soprattutto pp. 8-10).

(92) F. DE FELICE, *La formazione del regime repubblicano*, cit., pp. 61-62; De Felice mette in evidenza come « il nodo principale della formazione dell'Italia repubblicana » consista appunto nella coesistenza tra questa nuova e originale realtà politica e « la permanenza di una struttura economica che ha nel capitalismo monopolistico di Stato il dato dominante ».

(93) A. MATTONE, *I partiti di massa e le autonomie locali dalla Resistenza al centrismo 1945-1948*, in « Democrazia e diritto », XVI, 1976, n. 4, p. 913.

(94) P. FARNETI, *Il sistema dei partiti dalla Costituzione ad oggi*, in AA. VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, cit., p. 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

più chiara consapevolezza del nuovo rapporto che viene ad instaurarsi nel dopoguerra tra lo Stato e la società civile.

In questo contesto si inserisce la riscoperta del ruolo dei partiti nel periodo costituente. In uno dei saggi più stimolanti apparsi in occasione del trentennale, Paolo Caretti ha richiamato l'attenzione sul periodo 1943-1948 per sottolineare come la Costituzione recepisca forme di governo « provvisorie » e diritti di libertà già affermatisi all'interno dell'ordinamento durante il periodo immediatamente antecedente i lavori dell'Assemblea Costituente, sulla spinta della Resistenza e in netta contraddizione con i principi che stavano alla base del precedente ordinamento albertino. Caretti individua le innovazioni più originali nell'affermazione del principio di sovranità popolare (cui si collega il ruolo centrale assunto « di fatto » dai partiti nell'ordinamento provvisorio) e « nell'affermazione del rilievo costituzionale di alcuni princìpi di libertà » (95): elementi questi — aggiunge — « che non pare azzardato definire 'rivoluzionari' » (96), momenti cioè di radicale frattura nella continuità dello Stato.

« La centralità dei partiti nel nostro sistema — ha scritto ancora Barcellona — non è dunque il frutto di una degenerazione, ma conseguenza necessaria e naturale del modo in cui cadde il vecchio regime e di come si procedette alla costruzione del nuovo Stato » (97). Ai partiti — « forse un fatto unico nelle Costituzioni moderne » — si affida la rappresentanza politica generale di tutti i cittadini, il « collegamento tra la società civile e la società politica », il « collegamento permanente e costante tra il privato e il pubblico » (98).

La consapevolezza della nuova funzione dei partiti nella democrazia di massa è appunto alla base della strategia del PCI nel periodo della Assemblea Costituente (99). La storiografia più recente, anche quella

---

(95) P. CARETTI, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, in *La fondazione della Repubblica*, cit., p. 37 e p. 53 (per il cenno al rilievo assunto dai partiti « quali canali privilegiati di mediazione politica e, insieme, come elemento portante dell'intero apparato istituzionale »).

(96) *Ibidem*, p. 127. Ma cfr. anche p. 83 (sulla rottura con l'ordinamento precedente) e pp. 125-126 (sulla « continuità » tra sistema costituzionale provvisorio e successivo sistema repubblicano-costituzionale). Più in generale sul problema cfr. le notazioni di A. PIZZORUSSO - L. VIOLANTE, *Dal Regno d'Italia alla Repubblica italiana: il ruolo dell'Assemblea Costituente*, in *La fondazione della Repubblica*, cit., pp. 17 ss.

(97) P. BARCELLONA, *Costituzione, partiti e democrazia*, cit., p. 27.

(98) *Ibidem*, p. 26.

(99) Cfr. R. LACONI, *Costituzione, democrazia e partiti di massa*, ora in *Parlamento e Costituzione*, cit., pp. 107-108. In questo discorso del 1962, Laconi confronta i modelli teorici democristiano e comunista alla Costituente segnalando « l'elemento nuovo » introdotto dal PCI appunto nel « concetto di partito di massa ». Per un inquadramento del problema nella storiografia sul secondo dopoguerra cfr. G. SANTOMASSIMO, *Problemi di ricerca sulla storia del PCI nel secondo dopoguerra*, in « Problemi della transizione », 1980, n. 3, pp. 162 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vicina alle tesi comuniste, ha lucidamente notato come, abbandonando una tradizione teorica interamente caratterizzata dal nesso tra rapporti sociali e rinnovamento dello Stato (che faceva dipendere le trasformazioni istituzionali dal rovesciamento degli equilibri tra le classi nella società: dunque restando al di là della piena comprensione delle dinamiche introdotte nello Stato borghese contemporaneo dopo la crisi degli Anni Trenta) (100), la politica del PCI si svolga alla Costituente intorno all'obiettivo prioritario dell'alleanza tra i grandi partiti di massa, e a questa prospettiva ricolleghi — e talvolta persino subordini — lo stesso progetto di rinnovamento dello Stato: « era operante in questa impostazione — ha osservato criticamente Ernesto Ragionieri — anche una concezione del problema dello Stato che portava al privilegiamento del rapporto tra i partiti rispetto al problema delle trasformazioni istituzionali » (101). Il patto tra le principali componenti politiche democratiche diviene, ancor prima dei suoi contenuti, l'obiettivo sancito nella Costituzione (102).

Come ha osservato Francesco Traniello, siamo qui di fronte ad un'interpretazione che — a differenza di quanto avveniva nell'impostazione azionista — « individua (...) il problema originario della democrazia italiana nell'aggregazione di larghi strati sociali da sottrarre all'anonimato e alla passività intorno a progetti politici generali, considerando tale aggregazione come il momento preliminare rispetto a qualsiasi mutamento istituzionale e amministrativo » (103). Nel privilegiamento dei rapporti tra i partiti di massa si intravede, insomma, già alla Costituente, la consapevolezza comunista « di dare vita ad un nuovo tipo di Stato », nel quale appunto le nuove formazioni di massa rappresenteranno l'« elemento decisivo di caratterizzazione » (104). « Piaccia o non piaccia — ha scritto Pietro Ingrao —, dentro le righe della Costituzione c'è la coscienza della scissione intrinseca della società

(100) E. RAGIONIERI, *Il Partito Comunista Italiano e l'avvento della regione in Italia*, in *Regioni e Stato dalla Resistenza alla Costituente*, cit., pp. 279-280. Sull'inadeguatezza dell'analisi politico-istituzionale dei comunisti italiani di fronte alle trasformazioni dello Stato nel dopoguerra cfr. anche l'introduzione di M. G. Rossi e G. Santomassimo in *Cultura politica e partiti*, 2, cit., soprattutto p. 207.

(101) E. RAGIONIERI, *Il Partito Comunista Italiano*, cit., p. 279; più drasticamente A. BEVERE, *Togliatti e le istituzioni dal 1943 al 1947: elaborazione teorica e pratica di governo*, in AA. VV., *Da Togliatti alla nuova sinistra*, Roma, 1976, p. 147, ricollega « l'alleanza con la DC » all'accettazione da parte comunista della « continuità giuridica e politica del vecchio assetto istituzionale ».

(102) R. LACONI, *Costituzione antifascista e nuova democrazia*, in *Parlamento e Costituzione*, cit., p. 24.

(103) F. TRANIELLO, *Stato e partiti*, cit., p. 537.

(104) E. RAGIONIERI, *Il Partito Comunista Italiano*, cit., pp. 288-289; cfr. anche M. FEDELE, *Classi e partiti negli anni '70*, Roma, 1979, p. 38, secondo il quale « nati come espressione di una ' democrazia che si organizza ', sin dall'immediato dopoguerra i partiti hanno in realtà rappresentato un'ipotesi più avanzata di democrazia anche all'interno dell'assetto istituzionale previsto dalla Carta costituzionale ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

capitalistica e l'indicazione di un programma di ricomposizione, che sposti le basi di classe dello Stato » (105).

Il corollario necessario della centralità dei partiti è stato, anche sul terreno storiografico, la corrispondente centralità del parlamento in quanto « luogo visibile della trasformazione delle istanze sociali e partitiche in volontà generale » (106). Nel riflettere autocriticamente sull'esperienza del dopoguerra, Giancarlo Pajetta segnalava dieci anni fa lo squilibrio tra « la considerazione del momento costituente come momento parlamentare » e l'incapacità comunista, invece, di « trarre dagli elementi di democrazia di fatto, dalle istituzioni della Resistenza, quanto era possibile, non solo per stendere un programma della repubblica, ma per realizzare istituzioni nuove, che dessero già un contenuto alla Carta costituzionale, prima che fosse del tutto stesa e poi approvata dall'Assemblea » (107). Risolvere il dibattito costituente a livello assembleare, anche a prezzo talvolta di una separazione dai fermenti innovatori presenti nell'esperienza del movimento di massa, era in realtà perfettamente coerente con una visione « giacobina » della democrazia, che da un lato privilegiava i partiti come i soli canali di mediazione possibili tra istituzioni e società (e ciò, ancora una volta in conformità con lo schema leninista del rapporto partito-masse) e dall'altro forse presentiva con lucido realismo i sintomi di un ripiegamento della mobilitazione di base e tendeva perciò a spostare per quanto possibile le decisioni fondamentali nel chiuso dell'aula parlamentare, al riparo dagli influssi di una situazione politica contingente ormai sempre più condizionata dal riflusso moderato poi culminato nel 18 aprile. È in questa circostanza che, forse per la prima volta dopo la caduta del fascismo e nonostante il radicamento anche profondo dei partiti in certi settori della società del dopoguerra, si presenta il rischio di una potenziale scissione tra vertici e masse, tra istituzioni e società, che riproduce un'antica cesura della storia sociale e politica nazionale (108).

Il discorso rimanda dunque alla necessità di una visione più articolata del periodo della Costituente, che ne sappia porre in evidenza il contraddittorio quadro attraversato da contrastanti connotazioni: alla mobilitazione popolare intorno ai partiti fa riscontro la permanenza di zone assai estese della società nazionale emarginate in uno

(105) P. INGRAO, *Masse e potere*, Roma, 1977, p. 38.

(106) A. BALDASSARRE, *Il Parlamento come soggetto di indirizzo e di controllo politico*, in AA. VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, cit., p. 17.

(107) G. C. PAJETTA, *Dalla liberazione alla repubblica. Le scelte del PCI fino al passaggio all'opposizione*, in AA. VV., *Problemi di storia del Partito Comunista Italiano*, Roma, 1971, p. 98.

(108) Sull'informazione comunista e la Costituente, ma con più generale comprensione di questo contesto storico, cfr. A. SGARABELLI, *La stampa comunista: tra svolta democratica e modello liberista*, in *Costituente e lotta politica*, cit., pp. 141 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stato di sostanziale passività; alla generale spinta democratica si contrappone la realtà di un rapporto tra gruppi dirigenti e masse talvolta segnato da eccessi di dirigismo « giacobino ». Si tratta di un tema impegnativo, sul quale si tornerà ancora: per intanto occorre però segnalare come tutto ciò si rifletta sullo stesso lavoro dei costituenti, sicché una Costituzione che si ricollega alla presenza dei grandi partiti di massa nasce in realtà dell'elaborazione élitaria di ristrettissimi gruppi intellettuali ([109]).

Pur nel quadro di una valutazione storiografica incline a rimarcare la novità e la ricchezza di contenuti dell'elaborazione costituente, nell'area politico-culturale comunista non sono comunque mancati in questi ultimi anni momenti di parziale correzione, di precisazione critica, di maggiore cautela interpretativa. A tratti il discorso sui « limiti » della Costituente è sembrato riprendere e far proprie le preoccupate avvertenze circa le « illusioni costituzionali » avanzate già nell'immediato dopoguerra e durante gli stessi lavori dell'Assemblea all'interno del dibattito comunista ([110]). Altre volte, e di recente con sempre maggiore frequenza, si sono ricordati i rischi che erano già impliciti in molte soluzioni accolte nella Costituzione, e, contro un'interpretazione che indica nei ritardi dell'attuazione costituzionale l'origine stessa della crisi italiana ([111]), si sono lucidamente evidenziate le lacune della cultura costituente ([112]). Augusto Barbera ha ad esem-

([109]) Sul funzionamento della Costituente e sui rapporti tra partiti e gruppi parlamentari si confrontino le divergenti testimonianze di U. TERRACINI, *Come nacque la Costituzione*, intervista di P. Balsamo, Roma, 1978, p. 35 e di M. S. Giannini nell'intervento ora raccolto in *Stato e Costituzione*, cit., p. 48. Mentre Terracini segnala come non esistessero « collegamenti specifici tra i deputati e il partito come tale » e l'attività di direzione, esplicata « di fatto » da Togliatti, non si esprimesse però in un vero e proprio vincolo di disciplina, Giannini ricorda al contrario che « quanto si andava determinando nelle segreterie politiche e negli uffici studi dei partiti passava nella voce dei rappresentanti dei partiti medesimi in senso all'Assemblea ». Fenomeno che — osserva — « ha rappresentato l'anticipazione di quella che è oggi la degenerazione partitica della struttura della repubblica ». Sul tema si tornerà ancora più avanti; ma si può già segnalare come gli studi sui partiti nel periodo costituente abbiano sostanzialmente trascurato questo fondamentale aspetto del funzionamento dell'istituzione.

([110]) Una puntigliosa ricostruzione di posizioni simili nel PCI — soprattutto tra la fine del 1947 e i primi mesi del 1948 — è in U. DE SIERVO, *Il progetto democratico cristiano e le altre proposte: scelte e confronti costituzionali*, in *Democrazia Cristiana e Costituente*, cit., t. 2, pp. 661-662. Il problema, soprattutto nell'impostazione degli studiosi cattolici, si inserisce ovviamente nel dibattito sulla « doppiezza » del PCI durante il periodo costituente (cfr. più in generale P. SCOPPOLA, *Gli anni della Costituente*, cit., soprattutto pp. 95-104).

([111]) Sembra sostenere questa posizione U. TERRACINI, *Costituzione: la Carta costituzionale*, in *Il mondo contemporaneo. Storia d'Italia*, I, cit., pp. 167-168: « Bisogna respingere ogni critica sulla validità della Costituzione che si basi sulla realtà in atto oggi nel paese ignorando come questa sia conseguita all'inattuazione di molte sue norme, anche le più cogenti, o quanto meno gli enormi ritardi con i quali esse vennero a ragion voluta disgiuntamente attuate ».

([112]) A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pio contestato, almeno in parte, il giudizio sul carattere « nuovo » della Costituzione, sostenendo che « per quanto concerne il settore dei diritti civili la nostra costituzione ha *soltanto* operato un aggiornamento in senso garantista (anche se fortemente garantista) dello Statuto Albertino, limitandosi a rafforzare e precisare (spesso in maniera decisiva) garanzie già presenti in esso » ([113]). Soprattutto — ha osservato Barbera — i costituenti « non riuscivano a liberarsi di una visione angusta delle libertà civili come libertà dallo ' Stato ', in ciò favoriti da una dottrina pubblicistica che individuava nel rapporto autorità-libertà l'espressione dialettica più alta dell'ordinamento giuridico » ([114]). Né il dibattito costituente mostra maggiore consapevolezza dei problemi dell'economia pubblica, prigoniero come resta dell'alternativa tra statalismo e liberismo, quando pure l'esperienza fascista ha già mostrato, « con sufficiente evidenza, il nuovo volto del capitalismo monopolistico di Stato, quell'intreccio tra pubblico e privato che non si poteva certo pretendere di spazzare via assieme alle strutture corporative » ([115]). Insomma — come osserva Umberto Romagnoli — « l'edificio costituzionale dei ' rapporti economici ' (...) appare irrimediabilmente ' datato ' » ([116]).

Per contro si sono meglio precisate a partire dagli Anni Settanta le tesi che nella Costituzione intravedono un primo passo verso la realizzazione di un sistema socialista, e sia pure di un socialismo che « possa attuarsi, se vincerà, in forma sostanzialmente pacifica e, quindi, già in partenza con alcuni caratteri ed alcuni presupposti idonei a conciliarlo con la libertà e con il pluralismo » ([117]). Nel suo *Costituzione e socialismo* Carlo Lavagna ha ad esempio richiamato « il particolare grado di elasticità del testo costituzionale » e l'ampio « spazio lasciato agli interpreti nella costruzione delle norme in base a quel testo » ([118]). L'obiettivo della ricostruzione proposta da Lavagna, « sotto un'angolazione di stretto diritto costituzionale », è esplicitamente di stabilire

---

Branca, *Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna, 1975, pp. 50 ss.; lo stesso testo è stato pubblicato con il titolo *Le due culture costituenti. A proposito dell'art. 2 della Costituzione*, in « Democrazia e Diritto », XV, 1975, n. 1).

([113]) A. BARBERA, *Art. 2*, cit., p. 60.

([114]) *Ibidem*, p. 59.

([115]) *Ibidem*, p. 57.

([116]) U. ROMAGNOLI, *Il sistema economico nella Costituzione*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., I, p. 142; sul « tema decisivo dei rapporti sindacati-Stato-economia » cfr. più largamente U. ROMAGNOLI - T. TREU, *I sindacati in Italia*, cit., pp. 30-43 e — soprattutto per il nesso tra « democrazia progressiva » e tema del controllo operaio — P. CRAVERI, *Sindacato e istituzioni*, cit., p. 136, che rimarca « la rinuncia da parte di tutti i settori della Costituente a fornire una qualsiasi indicazione di come si dovesse configurare istituzionalmente il tema della cosiddetta ' democrazia industriale ', argomento ricorrente nei dibattiti costituzionali del '900, di cui tuttavia il costituente si liberava appunto con una semplice affermazione di ' principio ' ».

([117]) C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, cit., p. 32.

([118]) *Ibidem*, p. 36.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

« se la Costituzione consenta la realizzazione di un sistema socialista » ([119]), nel quadro di un'interpretazione evolutiva per la quale « la norma non è un'entità, sia pure immaginata, che sta nel testo. Essa è, viceversa, un ' prodotto ' dell'interpretazione, intesa, non come un'operazione ' maieutica ', di ' estrazione ' di norme ' dal testo ', bensì come un'operazione di ' costruzione ' di norme ' in base al testo ' e (...) anche ad altri elementi » ([120]). La natura stessa del compromesso costituzionale, nel quale « le diverse concezioni etiche, politiche, economiche e persino tecniche e scientifiche che non poterono tradursi in una reale sintesi normativa si incontrarono in una specie di schermo, come ombre di oggetti diversi che un opportuno gioco di luci riesce a sovrapporre », rende secondo Lavagna essenziale l'intervento dell'interprete e giustifica una lettura della Costituzione « in senso sostanziale, che dipani le ambiguità lessicali e lavori sul terreno dell'organica elasticità del testo » ([121]).

In questa chiave forse si spiega meglio anche la scelta del PCI alla Costituente a favore di una « Costituzione lunga », che secondo Togliatti non avrebbe cristallizzato « i rapporti di forza tra le classi nel momento storico in cui nasceva », ma si sarebbe proiettata nel futuro, « consentendo gli spazi e i margini per una trasformazione profonda della società da attuarsi con il consenso e con il concorso delle grandi forze popolari » ([122]): « la Costituzione — ha scritto Pietro Ingrao — ha un taglio, un carattere, fortemente finalistico; (...) per aspetti assai importanti non dà già tutte le risposte, ma propone un programma di riforme istituzionali e strutturali da realizzare » ([123]).

L'ottica del costituente comunista — si potrebbe dire, parafrasando un'espressione di Enzo Cheli riferita più latamente all'intera elaborazione dell'Assemblea Costituente — fu essenzialmente « presbite » ([124]), perché, pur nella precisa consapevolezza dell'imminente rottura politica (Giorgio Amendola ha ricordato in proposito la lucida intuizione di Togliatti) ([125]), mirò alla predisposizione di un quadro costituzionale capace di ricomporre, alla distanza, il tema centrale dell'intesa tra i partiti di massa ([126]). Dal dopoguerra in poi « la ricerca del patto perduto » sarebbe diventata — come scrive Giuliano Amato — l'irri-

---

([119]) *Ibidem*, p. 7.
([120]) *Ibidem*, p. 36.
([121]) *Ibidem*, pp. 44-45.
([122]) Cfr. l'introduzione di Mario G. Rossi e Gianpasquale Santomassimo in *Cultura politica e partiti*, cit., 2, p. 226.
([123]) P. INGRAO, *A trent'anni dalla Costituzione*, cit., p. 6.
([124]) L'espressione in E. CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni*, cit., p. 61.
([125]) G. AMENDOLA, *Gli anni della Repubblica*, cit., pp. 33-34 e 85-86.
([126]) *Ibidem*, p. 37. Sul punto cfr. anche N. JOTTI, *Il nostro incontro con i cattolici sui principi-base della Costituzione*, in « Critica marxista », IV, 1966, n. 5-6, pp. 38 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nunciabile premessa per un'integrale legittimazione della presenza del PCI all'interno del sistema politico italiano (127).

Sebbene la storiografia comunista abbia sostanzialmente impostato la propria ricerca muovendosi all'interno della tradizione di partito, sono tuttavia maturate all'interno di questo indirizzo alcune fondamentali acquisizioni la cui validità in termini generali è difficile non riconoscere. Così l'uso della categoria gramsciana dell'egemonia (cui si ricollega almeno in parte anche l'interpretazione evolutiva della Costituzione) ha riproposto il tema fondamentale dei rapporti di forza nella società italiana del dopoguerra, punto di riferimento essenziale per comprendere il significato della stessa Assemblea Costituente in quanto codificazione di una situazione « di stallo », necessario tentativo di razionalizzazione tra progetti politici opposti e contrastanti visioni ideologiche: per questa via, in fondo, si è pervenuti alla identificazione (ma in termini più complessivi) di quella distinzione tra costituzione formale e costituzione materiale già anticipata da una parte della cultura giuridica; e si è anche giunti, paradossalmente, a riconoscere la crisi dei progetti globali di trasformazione politica e sociale — la crisi degli stessi disegni egemonici — e la costruzione in vece loro di una piattaforma costituzionale comune fondata sulla mediazione reciproca. Le acquisizioni storiografiche sull'età costituente rimandano insomma a quella complessità di fondo della vicenda storica nazionale e a quella disgregazione del quadro sociale che hanno fatto dell'egemonia nella storia d'Italia « un problema aperto, alla soluzione del quale nessuna classe o ceto o gruppo si è mostrato all'altezza » (128). Come ha acutamente notato Giampiero Carocci, tra le costanti della storia italiana occorre soprattutto richiamare « questo vuoto di egemonia, che affonda lontano nei secoli le sue radici » e che per tanta parte costituisce l'elemento di originalità dell'Italia moderna e contemporanea (129).

Per altro l'intuizione della nuova presenza del partito di massa come essenziale protagonista della dialettica costituzionale ha favorito la percezione del rapporto tra politica ed istituzioni all'interno della società di massa del dopoguerra. Anche da queste sollecitazioni, in definitiva, è derivata all'attuale storiografia un'apertura più spregiudicata verso l'apporto della politologia (si pensi solo agli studi sui partiti, sia pure sviluppati da prospettive di fondo spesso reciprocamente confliggenti) e si è fatto più marcato l'interesse per il nesso, sempre problematico, tra iniziativa dal basso e direzione dell'alto dei movimenti.

Più in generale, soprattutto sulla spinta dell'elaborazione legata a quest'area politico-culturale, si è proposto decisamente il problema

(127) G. AMATO, *Una Repubblica da riformare*, Bologna, 1980, p. 139.
(128) G. CAROCCI, *Storia d'Italia*, cit., p. 10.
(129) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della natura dello Stato democratico-repubblicano uscito dalla Resistenza e si è così avviata una riflessione di più vasto respiro sul carattere originale della democrazia di massa del dopoguerra a confronto con i limiti élitari dell'esperienza prefascista; si è indagato più a fondo il funzionamento della democrazia organizzata, facendo emergere l'incongruenza di un sistema politico segnato dalla discriminazione (e quindi di una democrazia dimidiata); si è infine fortemente insistito sulla contraddizione tra « mutamento della forma di organizzazione politica delle masse » e « permanenza di una struttura economica che ha nel capitalismo monopolistico di Stato il dato dominante » (130); anche se, su questo terreno, non sempre l'analisi storiografica ha saputo porre adeguatamente in evidenza la problematicità del nesso tra sistema dei partiti e sistema dei pubblici poteri e talvolta anzi è sembrata appiattire, nell'insistenza sulla novità dello Stato dei partiti, quella dialettica tra Stato e partiti che risulta invece sempre più centrale nella vicenda storica di questo dopoguerra.

5. Solo di recente, e certo con notevole ritardo, la storiografia italiana ha intrapreso un organico programma di ricerche intorno al contributo cattolico alla Costituente. « La difficoltà e la specificità di ogni studio sulla componente cattolica » sono stati più volte sottolineati da Pietro Scoppola: da un lato occorre misurarsi con l'intreccio senza soluzione di continuità tra cultura politica e cultura religiosa, e perciò si profila la necessità di un'indagine a ventaglio, capace di dar conto della frammentarietà e della complessità del mondo cattolico italiano (collateralismo, influenza delle gerarchie ecclesiastiche, interclassismo); dall'altro bisogna tener presente l'« alterità » della presenza dei cattolici nel dopoguerra italiano, soprattutto perché l'area cattolica « è l'unica realtà di massa che il regime fascista non ha inglobato nelle strutture dello Stato totalitario » e che dunque ha potuto « non solo sopravvivere ma svilupparsi e trasformarsi nel corso del ventennio » (131).

Le lacune e i silenzi degli scorsi decenni, tuttavia, possono anche ricondursi ad un diverso ordine di motivazioni. Anzitutto occorre tener conto della politica culturale della DC che, conformandosi alle reticenze e ai ritardi nell'attuazione costituzionale, ha sin dagli Anni Cinquanta scoraggiato la ricerca sul periodo della Costituente (proprio mentre invece opposte ragioni d'ordine anche politico imponevano ad altre forze — per esempio alla storiografia comunista — di avviare un organico impegno di studio in questa direzione (132). In secondo

(130) F. De Felice, *La formazione del regime repubblicano*, cit., p. 62.

(131) Cfr. l'intervento introduttivo di Pietro Scoppola alla sezione dedicata a *Il mondo cattolico e la Democrazia cristiana*, in *Cultura politica e partiti*, cit., I, pp. 147-149.

(132) G. Amendola, *Gli anni della repubblica*, cit., p. 72; anche le testimo-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

luogo, anche in ragione di questo disimpegno della cultura cattolica, si sono affermate nel dibattito sull'Assemblea Costituente altre correnti storiografiche, generalmente inclini a sottovalutare il contributo democristiano: Roberto Ruffilli ha giustamente osservato come nella storiografia degli scorsi decenni si liquidasse « l'azione del mondo cattolico e della Democrazia Cristiana in termini di braccio secolare del capitale e della istituzione ecclesiastica, di endemiche vocazioni moderate e reazionarie, o di vocazioni popolari comunque subalterne, senza neppure una lettura adeguata in genere dei più significativi documenti relativi agli svolgimenti nel periodo del cattolicesimo politico » (133).

Gli studi editi in occasione del trentennale della Costituente sembrano però aver dato alla ricerca sull'area cattolica e democristiana un nuovo, più adeguato impulso, sicché il dibattito su alcuni momenti cruciali della presenza cattolica nel dopoguerra appare finalmente sostanziato da più articolate ed equilibrate verifiche (134). Sono così

---

nianze e le memorie dei costituenti democristiani appaiono più rare di quelle di parte comunista e azionista: cfr. G. GONELLA, *L'influenza della DC sulla Costituzione*, Roma, 1976 e ID., *Con De Gasperi nella fondazione della DC (1930-1940)*, Roma, 1978; di Gonella è inoltre da vedere *Verso la 2ª guerra mondiale. Cronache politiche. « Acta Diurna » 1933-1940*, a cura di F. Malgeri, Bari, 1979, che costituisce un prezioso documento per la comprensione della cultura cattolica negli anni del regime fascista; tra gli altri contributi memorialistici di parte cattolica cfr. G. ANDREOTTI, *Gli « anni brevi » della Costituente*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, I. *La Costituente e la democrazia italiana*, Firenze, 1969, p. 459.

(133) R. RUFFILLI, *La formazione del progetto democratico cristiano*, cit., pp. 31-32. Lo stesso Ruffilli, per altro, riconosce che le ricerche recenti « consentono di aprire la strada a valutazioni più articolate in materia » (pp. 32-33).

(134) Si allude soprattutto agli studi promossi per il trentennale della Costituente su iniziativa del Consiglio Regionale della Toscana, e in particolare a quelli raccolti in *Cultura politica e partiti*, cit., nella sezione *Il mondo cattolico e la Democrazia cristiana* (vol. I): aperta dall'introduzione di Scoppola, questa sezione annovera i saggi di R. MORO, *I movimenti intellettuali cattolici*, pp. 159 ss.; di A. GIOVAGNOLI, *Le organizzazioni di massa dell'Azione Cattolica*, pp. 263 ss.; di G. P. OPPEZZO, *Le riviste dell'Università Cattolica*, pp. 363 ss.; di P. POMBENI, *Il gruppo dossettiano*, pp. 425 ss. È inoltre da segnalare, nel volume *La cultura economica*, cit., lo studio di P. ROGGI, *Il mondo cattolico e i « grandi temi » della politica economica*, pp. 547 ss.; nonché, per le pagine sugli « economisti cattolici », lo studio di P. BARUCCI, *Economisti alla Costituente*, *ibidem*, pp. 25 ss.

Ci si riferisce inoltre ai tre tomi su *Democrazia Cristiana e Costituente*, cit., nei quali, oltre alle numerose comunicazioni, sono pubblicate le relazioni di Roberto Ruffilli, Armando Rigobello, Giovanni Battista Scaglia, Francesco Traniello, Ugo De Siervo, Piero Barucci, Alberto Monticone, Romano Prodi, Pietro Scoppola.

Infine si hanno presenti gli studi sulla stampa cattolica raccolti in *Costituente e lotta politica*, cit., e tra questi, oltre all'introduzione di Roberto Ruffilli, soprattutto le ricerche di M. S. PIRETTI, *La stampa democristiana: tra prospettiva personalista e preoccupazione garantista*, pp. 49 ss.; e — almeno in parte — il saggio di P. POMBENI, *Questione istituzionale e battaglia per il potere nella campagna per le elezioni del 2 giugno 1946*, pp. 3 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

venuti pienamente in luce gli apporti specifici dell'elaborazione cattolica alla Costituente: il riferimento all'ordinamento naturale come premessa per ogni progetto di costituzionalizzazione, la centralità di una visione garantistica dei rapporti politico-sociali a sfondo giusnaturalistico, la scelta di fondo per un'ipotesi di mediazione costituzionale che non si risolvesse soltanto (come in parte accadeva nell'impostazione dei costituenti comunisti) nel progetto di un rapporto dialettico tra i partiti, ma implicasse invece un più vasto ed ambizioso disegno ordinatore della società, nel quale potessero trovare collocazione, ai diversi livelli, le formazioni intermedie, i gruppi sociali, le istituzioni periferiche, e nel quale, soprattutto, trovassero adeguati spazi di autonomia e di « libertà » l'iniziativa sociale e il magistero morale della Chiesa cattolica.

Il tentativo di ricostruire nelle sue linee fondamentali il « modello costituzionale democristiano » ha dovuto per altro confrontarsi con la complessità — talvolta anche con la contraddittorietà — delle differenti ispirazioni confluite nell'elaborazione dei costituenti cattolici ([135]). Gianni Baget Bozzo, commentando il progetto proposto nella relazione Gonella al I Congresso della DC nel 1946, aveva già segnalato il contrasto di fondo « tra l'impianto di tipo liberale e garantista e la tradizione socialcristiana che offriva i contenuti qualificanti » ([136]); ora una serie di studi, tra i quali quelli di Pietro Scoppola, di Roberto Ruffilli, di Ugo De Siervo confermano come all'origine dell'impegno democristiano alla Costituente si riproponga l'alternanza (ma a tratti anche la compresenza) di elementi garantisti e di una visione latamente « sociale », pur nel quadro comune « di una democrazia personalista e ' progressista ', garantista e riformatrice, quale via per il superamento del fascismo e dello stalinismo, dell'individualismo libe-

---

([135]) Cfr. soprattutto la completa rassegna di U. De Siervo, *Il progetto democratico cristiano e le altre proposte*, cit., e in particolare le notazioni alle pp. 579-580: « in questa ricerca di un modello costituzionale democristiano non possono sottacersi limiti culturali, ingenuità propositive o l'eclettismo dei riferimenti comparatistici », ma tuttavia « alcuni limiti culturali erano più generali e tipici della complessiva cultura politico-istituzionale dell'epoca » e non possono perciò di per sé stessi escludere l'esistenza di tale modello. Per un'opposta opinione, nel quadro di una rilettura in chiave critica delle tesi democristiane nel periodo della Costituente, cfr. R. Orfei, *L'occupazione del potere. I democristiani '45-'75*, Milano, 1976, p. 67, dove la relazione Gonella del 1946 è valutata alla stregua di un testo interamente subordinato al liberalismo teorico, « peraltro già vecchio nel 1946, ma, per molte ragioni storiche, recepito soltanto allora dai cattolici ».

([136]) G. Baget-Bozzo, *Il partito cristiano al potere. La DC di De Gasperi e di Dossetti 1945-1954*, Firenze, 1974, p. 112. Baget-Bozzo richiama l'impianto essenzialmente giusnaturalistico della cultura costituente cattolica: « I diritti naturali preesistono allo Stato ed i rapporti interni personali si svolgono come momento autonomo dallo Stato: lo Stato è di diritto in quanto riconosce questi rapporti giuridici pre ed extra-statuali ed offre ad essi la sua sanzione » (pp. 110-111).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rale e del collettivismo socialista » (137). È un'operazione culturale complessa e per molti aspetti contraddittoria, che da un lato tiene presenti le critiche verso le forme di legittimazione e di esercizio del potere statuale in chiave totalitaria maturate al cospetto delle esperienze nazista e fascista (138) e dall'altro « tende a superare taluni aspetti della ' separazione ' tra Stato e Società, propria della tradizione liberaldemocratica » (139). È in questo difficile equilibrio tra il rifiuto dello Stato totale e la valorizzazione di forme di collegamento organico tra istituzioni « ed organizzazione personalistica e comunitaria della società, guidata dalla Chiesa », che si riassume la proposta costituzionale della DC (140).

La storiografia più recente ha giustamente posto in luce come su questo progetto pesino in modo determinante gli orientamenti ideali e l'influenza della Chiesa. Sin dal 1942 il radiomessaggio di Pio XII, mentre segna un manifesto distacco dal modello dello Stato totalitario impostosi tra le due guerre mondiali, anticipa le linee portanti di una concezione destinata a riproporsi nel dopoguerra come punto di riferimento obbligato per il partito dei cattolici: riconfermata e rafforzata dalle successive posizioni pontificie del 1943-1944, questa concezione implica — come ha osservato Ruffilli — l'accettazione della democrazia rappresentativa (e perciò il riconoscimento dell'« autorità » dello Stato liberaldemocratico, « specie di fronte alle contestazioni dei movimenti socialisti ») e la rivendicazione di un collegamento tra democrazia politica e democrazia sociale, anche al fine di contrastare sul suo stesso terreno l'avanzata del comunismo (141).

Potenzialmente questa prima piattaforma contiene già tutti gli sviluppi politici e teorici successivi: da un lato rappresenta il recupero e la messa in valore di quella tradizione culturale cattolica che — come ha ricordato Carlo Cardia — ha in Italia profonde radici storiche perché « ha vissuto molecolarmente nel tessuto della società civile, ispirando

---

(137) R. RUFFILLI, *La formazione del progetto democratico cristiano*, cit., p. 93. Sul modello cattolico alla Costituente cfr. anche le osservazioni di G. AMATO, *Aspetti vecchi e nuovi del « politico » e del « sociale » nell'Italia repubblicana*, relazione tenuta al convegno su *Il sistema delle autonomie: rapporti tra Stato e società civile*, Firenze, 20-23 settembre 1979, ora in « Problemi della transizione », 1979, n. 2, pp. 48 ss. Amato considera quello dei cattolici « l'unico modello che funse (...) da pietra angolare » e ne segnala il tratto caratteristico e unificante nell'« autonomia delle comunità intermedie, delle aggregazioni che non volontariamente, ma ' naturalmente ' si costituiscono fra individui ».

(138) R. RUFFILLI, *La formazione del progetto democratico cristiano*, cit., p. 33. Anche P. SCOPPOLA, *Gli anni della Costituente*, cit., p. 81, richiama « il profondo legame con il tema della crisi del sistema, quale si era sviluppata negli Anni Trenta ».

(139) R. RUFFILLI, *La formazione del progetto democratico cristiano*, cit., p. 60.

(140) *Ibidem*.

(141) *Ibidem*, p. 39.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la concezione ideale di grandi masse popolari » (142); dall'altro consente al fondo antistatalista della cultura cattolica di pervenire, attraverso la critica dei limiti individualistici della liberaldemocrazia e degli esperimenti plebiscitari dell'autoritarismo del Novecento, ad una teoria dello Stato « fondata su un riordinamento complessivo della vita associata, non delegato per altro al potere politico, ma radicato nell'affermazione, a livello di Stato e di società, delle ' formazioni organiche ', idonee a superare individualismo e collettivismo e a favorire un'integrazione ' pacifica ' delle masse nella vita politica e sociale » (143). Scriverà uno dei costituenti cattolici più lucidamente consapevoli, Costantino Mortati: « Lo Stato personalista (...) poggia su questo caposaldo: che gli rimarrebbe precluso di conseguire il fine assunto di restaurare i valori della persona se, lungi dal sovrapporsi alla vita sociale, non derivasse da questa i motivi e la forza della propria azione. Sicché tale tipo di Stato vede nelle formazioni sociali non già una ragione di debolezza, bensì il suo saldo fondamento » (144).

Il riconoscimento delle formazioni sociali (« fatto profondamente nuovo nella nostra storia costituzionale ») (145) rappresenta in fondo il terreno sul quale convergono istanze e tensioni, egualmente presenti in tutta la cultura cattolica del dopoguerra, ma tuttavia di segni molto diversi. Giuliano Amato ha di recente ricordato come esse si riflettano variamente nell'elaborazione dei cattolici alla Costituente: « alcuni — ha scritto — pensavano piuttosto a famiglia, scuola, Chiesa, enti locali; altri, concordi su famiglia, scuola e Chiesa, immaginavano per il resto una società organizzata in chiave corporativa e imperniata perciò sulle categorie professionali (intendendo quelle stesse come comunità ' naturali ') » (146). Da un punto di vista storiografico un analogo ventaglio di posizioni separa l'indirizzo cattolico-democratico (nel quale, ad esempio, potrebbe collocarsi l'interpretazione di Leopoldo Elia e, per altro verso, quella di Pietro Scoppola) da altre interpretazioni più « moderate » e tradizionali (147).

---

(142) C. CARDIA, *Mondo cattolico e Democrazia cristiana*, in « Critica marxista », XIV, 1976, n. 5-6, pp. 31-32.

(143) R. RUFFILLI, *La formazione del progetto democratico cristiano*, cit., p. 61.

(144) C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Roma, 1971 (2ª ed.), pp. 75-76; in generale sono da vedere tra gli scritti di Mortati la voce *Costituzione* (*Costituzione della Repubblica italiana*), in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, pp. 214 ss., e il saggio *La Costituente*, Roma, 1945.

(145) Cfr. l'intervento di Enzo Cheli in *Stato e Costituzione*, cit., p. 45.

(146) G. AMATO, *Aspetti vecchi e nuovi*, cit., p. 52.

(147) Per l'interpretazione « moderata » cfr. il numero monografico della rivista « Prospettive del mondo » dedicato a *La Costituzione trent'anni dopo* (III, 1978, n. 19-20), nel quale soprattutto è da vedere G. MIGLIO, *Una Costituzione in « corto circuito »*, pp. 19 ss.; per un contributo di segno opposto (con apporti di studiosi del resto non strettamente inseribili nell'area cattolica) cfr. AA. VV., *La successione. Cattolici, stato e potere negli anni della ricostruzione*, Roma, 1980, nel quale soprattutto sono da segnalare i due saggi di E. ROTELLI, *I cattolici e*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sotto un certo punto di vista, quella che si manifesta potrebbe anche essere una intuizione di fondo dei bisogni di società complesse e frammentate qual era e quale soprattutto sarebbe diventata quella italiana e, insieme, dell'esigenza d'una loro rappresentanza: giustamente Mortati criticava qualche anno fa « la fede riposta dalle sinistre in sede costituente nella sovranità del Parlamento », opponendo a quel modello « assemblearista » la realtà di « una società sempre più differenziata, bisognevole perciò di molteplici canali di comunicazione con lo Stato, e indotta quindi ad esprimere spontaneamente dal suo seno forme nuove di rappresentanza » (148); per altro l'insistenza sulle formazioni intermedie riflette — lo ha notato criticamente Giuliano Amato — « il peso dell'ideologia corporativa nel partito cattolico », il tentativo di recuperare « modelli organicistici di organizzazione sociale che altrove erano stati ormai cancellati dalla rivoluzione industriale » (149).

In questa implicita contraddittorietà, tipica della proposta democristiana alla Costituente, si identificano alcuni dei temi nodali indagati con maggiore attenzione dalla storiografia. Innanzitutto, il giudizio sulla DC dell'immediato dopoguerra e la valutazione del suo complesso rapporto con la società italiana dei tardi Anni Quaranta. Gianni Baget-Bozzo ha segnalato come in realtà quel rapporto (le cui radici sono certo più profonde di quanto non abbia saputo apprezzare una storiografia eccessivamente animata da intenti polemici, quando non apertamente liquidatori) nasca sul terreno di « un bisogno specifico della società post-fascista, quello di una convivenza fondata sulla mediazione tra le varie parti politiche e sociali » (150). La cultura cattolica rappresenta alla Costituente « il punto di equilibrio tra esigenze garantiste legate alla tradizione liberaldemocratica e esigenze di intervento dello Stato in senso egualitario che emergevano dalla componente socialista e comunista » (151), e ciò non soltanto per una obiettiva centralità politica della proposta democristiana rispetto alle due impostazioni più estreme: in realtà ciò che emerge tra il 1946 e il 1948 è la centralità sociale e culturale del blocco cattolico, la compenetrazione che vi si realizza tra vecchi equilibri e nuove tensioni

---

la continuità dello Stato: *l'ordinamento amministrativo* e di V. ONIDA, *I cattolici e la continuità dello Stato*: *profili costituzionali*.

(148) Cfr. l'intervento di Costantino Mortati in *Stato e Costituzione*, cit., p. 60.

(149) G. AMATO, *Una Repubblica da riformare*, cit., pp. 122-123; cfr. però l'osservazione di P. CRAVERI, *Sindacato e istituzioni*, cit., p. 134, secondo il quale « la debolezza del neocorporativismo cattolico, il fatto che nessuno degli istituti da esso ispirati abbia avuto una forma compiuta nella Carta costituzionale, malgrado l'insistenza su questo tema dei costituenti cattolici, derivò probabilmente proprio dal fatto che si pose come dottrina della società e non dello Stato ».

(150) G. BAGET-BOZZO, *Il partito cristiano al potere*, cit., p. 4.

(151) Cfr. l'intervento di Pietro Scoppola in *Cultura politica e partiti*, cit., p. 54, nonché R. RUFFILLI, *Partiti, cultura politica e masse nella formazione della Repubblica democratica*, cit., p. VII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della società italiana, l'idoneità della cultura dei cattolici a funzionare come un ponte tra le due Italie, quella del prefascismo e quella del postfascismo, ereditando e riproponendo nelle mutate condizioni di una società di massa ormai organizzata verticalmente nei partiti e nelle associazioni quella delicata funzione di mediazione che, realizzata nel sistema oligarchico liberale dalla maggioranza giolittiana, era stata poi assicurata dal fascismo nelle nuove forme del moderno regime di massa (152). Non si è forse sinora sufficientemente approfondito in questo senso il peso di una cultura che, lungi dall'essere estranea alla società del dopoguerra, rappresenta invece per tanta parte il « paese reale », potendo mettere a frutto il peso di un'egemonia costruita già negli anni del fascismo, a confronto diretto (come non era potuto accadere, invece, per le altre culture costituenti) con le trasformazioni economiche e sociali del ventennio (153).

Nel suo studio sul dossettismo, Paolo Pombeni ha giustamente posto in evidenza come, alla « vetustà del linguaggio », oltre tutto condizionato anche dall'esigenza di dialogare con l'intero mondo cattolico italiano, corrisponda in Dossetti un'accentuata modernità della problematica, una spiccata sensibilità per i problemi dello Stato e del rapporto tra istituzioni e società nei regimi capitalistici, il rifiuto, quindi, della « meccanica identificazione tra antifascismo e ritorno al liberalismo » (154). Al di là della polemica sull'integralismo di Dossetti,

---

(152) Cfr. in proposito P. FARNETI, *Sistema politico e società civile. Saggi di teoria e ricerca politica*, Torino, 1971, che sviluppa l'analisi — sotto questo riguardo — del blocco giolittiano. Sul fascismo come « nuovo regime di massa » resta fondamentale l'interpretazione di P. TOGLIATTI, *Lezioni sul fascismo*, Roma, 1970; per il dibattito su questo tema nella storiografia italiana cfr., tra i molti contributi, G. QUAZZA, *Storia del fascismo e storia d'Italia*, cit., le cui osservazioni sembrano più pertinenti agli interessi maturati nella storiografia sulla Costituente. Alcune stimolanti notazioni sul legame di continuità tra mediazione clientelare dei notabili e analoga mediazione clientelare svolta dai partiti durante il trentennio repubblicano sono in S. TARROW, *Tra centro e periferia. Il ruolo degli amministratori locali in Italia e in Francia*, Bologna, 1979. Infine, sul rapporto tra « sistema di potere » democristiano e « strutture profonde » della società italiana, cfr. R. RUFFILLI, *La DC e i problemi dello Stato democratico (1943-1960)*, in « Il Mulino », XXV, 1976, n. 248, pp. 835 ss. e la bibliografia ivi richiamata.

(153) Cfr. in proposito soprattutto R. MORO, *La formazione della classe dirigente cattolica (1929-1937)*, Bologna, 1979.

(154) P. POMBENI, *Il gruppo dossettiano e la fondazione della Democrazia Cristiana (1943-1948)*, Bologna, 1979, pp. 204-245 e 303-304. Lo studio di Pombeni, inserendosi in un indirizzo di ricerca avviato da Pietro Scoppola, ha avuto il merito di contribuire ad una più equilibrata conoscenza della dialettica interna del mondo cattolico italiano, ponendo in luce le eredità culturali, ma anche le aperture originali che ne caratterizzano l'esperienza nel dopoguerra. Oltre al saggio di Pombeni sono da ricordare, in questa direzione, gli studi di Renato Moro (culminati nel libro su *La formazione della classe dirigente cattolica*, cit.) e le ricerche di Maria Serena Piretti (della quale cfr. soprattutto *La Repubblica limitata. L'informazione cattolica e la Costituente*, Roma, 1976 e il saggio su *Il rapporto Costituente-Paese nelle relazioni dei prefetti, nelle lettere alla Costituente*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gli studi di Pombeni hanno avuto il merito di riproporre un giudizio più articolato sulla riflessione della sinistra cattolica intorno alla crisi degli Anni Trenta e agli sviluppi dell'autonomia del « politico » tra le due guerre mondiali. Pesano anche in questa componente dell'area cattolica (e lo si verifica agevolmente ripercorrendo il dibattito costituente) i limiti storici derivanti dalla composizione del blocco sociale democristiano: « l'impegno intellettuale e morale di questo gruppo — ha notato Giovanni Miccoli —, la sua profonda pietà, il vivo bisogno di realizzare anche sul piano politico e dello Stato una vita coerentemente cristiana, si mossero ancora nella sostanza, e cercarono la propria conferma e il proprio appoggio, lungo una linea teocratica e ierocratica, misero in discussione il concreto operare storico dei cattolici nella vita della società riguardo alle sue manifestazioni esteriori e ai suoi esiti più vistosi, non il sostanziale clericalismo e ierocraticismo che quell'operare avevano per tanta parte sorretto ed animato » ([155]). Ciò tuttavia non toglie valore alla constatazione (avanzata da più parti) circa l'originalità del contributo dei dossettiani ai lavori dell'Assemblea Costituente, volto a « superare i limiti dello Stato liberale e liberal-democratico, portando avanti un disegno di Costituzione italiana il quale organicamente componesse democrazia rappresentativa partitica e democrazia delle formazioni sociali » ([156]).

Numerosi studiosi, spesso di orientamento assai differente, hanno in questi ultimi anni sottolineato la « divisione dei compiti » avvenuta nella DC del dopoguerra (e riflessa anche nell'attività dei costituenti cattolici) tra Dossetti e De Gasperi. Guido Quazza ha scritto di « un *politique d'abord* degasperiano, (...) che permette ai ' professori ' — a Dossetti, Fanfani, Lazzati, La Pira, Moro — di allearsi con socialisti e comunisti quando, in sede di prima e terza sottocommissione, si

---

e nella stampa d'opinione, in *La fondazione della Repubblica*, cit., pp. 443 ss.). Utile, sebbene di taglio diverso, è anche G. LODIGIANI, *L'apporto della sinistra cattolica alla formazione del testo costituzionale*, Milano, 1977. Per un primo contributo alle biografie dei costituenti democristiani cfr. S. GRASSI, *Giorgio La Pira alla Costituente*, in « Testimonianze », XXI, 1978, n. 4-7; ID., *Il contributo di Giorgio La Pira ai lavori della Assemblea Costituente*, in *Scelte della Costituente*, cit., 2, pp. 179 ss.; G. LA PIRA, *La casa comune. Una Costituzione per l'uomo*, a cura e con prefazione di U. De Siervo, Firenze, 1979; U. DE SIERVO, *Il contributo di Aldo Moro alla fondazione della Costituzione repubblicana*, in « Il Politico », 1979, n. 2; F. BRUNO, *I giuristi alla Costituente: l'opera di Costantino Mortati*, in *Scelte della Costituente*, cit., 2, pp. 59 ss.

([155]) G. MICCOLI, *Chiesa e società politica in Italia dal Concilio Vaticano I (1870) al pontificato di Giovanni XXIII*, in *Storia d'Italia*, V, t. 2, Torino, 1973, pp. 1540-1541.

([156]) Cfr. l'intervento di Achille Ardigò in *L'Italia negli ultimi trent'anni*, cit., p. 278, nonché p. 240 per l'individuazione del « modello costituzionale bipolare » perseguito dal gruppo dossettiano (« le istituzioni della democrazia rappresentativa e le rappresentanze ed autonomie delle formazioni sociali espresse dalla società civile »).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

discute dei diritti e dei doveri del cittadino e dei diritti e doveri economici, e con le destre quando, in sede di seconda sottocommissione, si debbono definire le strutture generali dello stato » (157). Pietro Scoppola ha ugualmente insistito sulla « complementarietà » di ruoli tra i due leaders democristiani, sostenendo che « la sintesi portata avanti dal gruppo dossettiano fra garantismo e egualitarismo è stata il perfetto *pendant*, sul piano costituzionale, della sintesi che, sul piano politico, si realizza in quegli anni ad opera dei maggiori leaders dei grandi partiti e alla quale Alcide De Gasperi ha dato un particolare ed incisivo apporto » (158). La visione che emerge dalle verifiche sin qui disponibili (per quanto ognuna di esse debba essere considerata all'interno di una diversa impostazione storiografica) impone un ridimensionamento dello schema accreditato dalla memorialistica, soprattutto di parte comunista, che ha sovente radicalizzato per fini di polemica politica contingente il conflitto tra sinistra democristiana e direzione degasperiana del partito (159): la storiografia cattolica ha al contrario rivendicato l'unitarietà e l'organicità del progetto costituzionale della DC, ripercorrendone le origini a partire dal dibattito che attraversa la cultura cattolica sin negli Anni Trenta (160).

Certo non si può negare la separazione tra programma costituente e attività di governo che caratterizza l'intero arco dei lavori dell'Assemblea e che si consolida decisamente dopo la rottura dell'unità antifascista del 1947 (161). Sulla scorta dell'interpretazione tracciata da Scoppola, gli studi di parte cattolica su De Gasperi hanno generalmente sottolineato i problemi derivanti dall'impreparazione della base popolare del voto democristiano al « gioco democratico » (162),

---

(157) G. Quazza, *Resistenza e storia d'Italia*, cit., p. 447. Cfr. anche C. Giovannini, *La DC dalla fondazione al centro-sinistra (1943-1962)*, Firenze, 1978, p. 12.

(158) Cfr. l'intervento di Pietro Scoppola in *Cultura politica e partiti*, cit., I, p. 154. In *Gli anni della Costituente*, cit., p. 81, Scoppola sostiene a proposito della cultura cattolica che « la sua tensione teorica era assai più idonea a fondare uno sforzo di progettazione di una società nuova e di uno Stato nuovo che una concreta collaborazione e azione di governo ».

(159) Per un esempio cfr. N. Jotti, *Il nostro incontro con i cattolici*, cit., soprattutto pp. 40-41.

(160) In questo senso R. Ruffilli, *La formazione del progetto democratico cristiano*, cit., pp. 77-78, ma soprattutto U. De Siervo, *Il progetto democratico cristiano e le altre proposte*, cit., pp. 605-606. Di De Siervo è anche da vedere l'introduzione già richiamata a G. La Pira, *La casa comune*, cit., sia per la complessiva valutazione del contributo lapiriano al dibattito in Assemblea, sia per la pubblicazione (per stralci) di un'inedita lettera del 12 settembre 1946 nella quale si ricostruisce lo scontro politico sui primi due articoli della Costituzione e si sottolinea il ruolo decisivo che vi ebbe Dossetti, aprendo così uno scorcio di estremo interesse sui rapporti all'interno del gruppo democristiano in Assemblea (cfr. in proposito la recensione di P. Pombeni in « Cristianesimo nella storia », 1980, n. 2, p. 564).

(161) S. Cassese, *Art. 33-34*, in *Commentario della Costituzione*, cit., p. 234.

(162) L'espressione è di G. Andreotti, *Intervista su De Gasperi*, a cura di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e l'esigenza dunque di riconsiderare le scelte degasperiane in relazione al problema « di convogliare nell'alveo democratico elettorale le masse cattoliche » (163), assicurando quel rientro dei cattolici nella vita pubblica « che non era per nulla scontato » (164). Deriverebbe da ciò una « politica dei due tempi », fondata essenzialmente sul rinvio delle prospettive tracciate nella Costituzione e sul ripiegamento nell'ambito di una democrazia elettorale che, per forza di cose, risulterà meno incisiva di quanto prevedesse il testo approvato dai costituenti (165).

Nonostante l'innegabile suggestione di questa interpretazione, nella quale oltre tutto colpisce la valutazione estremamente realistica (e a tratti persino pessimistica) dell'ipoteca autoritaria e reazionaria sulla cultura delle masse cattoliche del dopoguerra (ed anche l'obiettiva considerazione dell'arretratezza politica di queste masse), i suoi esiti complessivi non appaiono del tutto convincenti. Nella linea della tradizione moderata italiana, un De Gasperi cavourrianamente teso « a portare alla democrazia il mondo cattolico nel suo insieme » (166), anche se a prezzo di una lettura in chiave liberal-garantistica della Costituzione, vi appare impegnato — secondo un significativo parallelismo che lo accomunerebbe al Togliatti della svolta di Salerno — nella difficile mediazione tra cultura cattolica e parlamentarismo liberal-democratico. Per la storiografia cattolica si tratta di un'intelligente opera di contemperamento, che si contrappone razionalmente ai progetti astrattamente democratico-giacobini delle sinistre e che in definitiva scongiura gli effetti di una traumatica rottura sociale: Roberto Ruffilli, ad esempio, ha molto insistito su questo punto, mostrandosi scettico sulla praticabilità, alla caduta del fascismo, di alternative giacobine o leniniste, di politiche d'avanguardia capaci di forzare la situazione in senso rivoluzionario o quanto meno riformatore. Ma questa interpretazione, richiamandosi implicitamente al primato del sociale sul politico, presuppone in realtà un rapporto statico tra politica e società: in quest'ottica, certamente, non è contestabile la conclusione cui perviene la migliore storiografia cattolica sulla Costituente, quando vede nella leadership degasperiana il momento della mediazione più lucida e più operativa tra istanze modernizzatrici e spinte tradizionaliste, nel fondamentale rispetto degli equilibri naturali della

---

A. Gambino, Bari, 1977, pp. 28-29; ma più in generale cfr. P. SCOPPOLA, *La proposta politica di De Gasperi*, Bologna, 1978 (2ª ed.), che più di ogni altro ha sviluppato la tematica dei condizionamenti derivanti dalle oggettive « arretratezze » del blocco cattolico.

(163) R. RUFFILLI, *La formazione del progetto democratico cristiano*, cit., pp. 43-44.

(164) P. SCOPPOLA, *La proposta politica*, cit., p. 34.

(165) R. RUFFILLI, *La formazione del progetto democratico cristiano*, cit., p. 106.

(166) P. SCOPPOLA, *La proposta politica*, cit., pp. 121-122.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

società italiana. Si tratta di discutere, però, se questo globale progetto di governo della società (ma l'opzione di fondo per una politica modellata sull'esistente e priva di ambizioni trasformatrici farebbe pensare piuttosto ad un « non governo ») rappresenti un disegno progressivo, com'è implicito nell'interpretazione scoppoliana, o se non debba configurarsi piuttosto — come ha scritto di recente Ettore Rotelli — come la politica « di un grande statista conservatore » [167].

In questa stessa chiave, in fondo, si potrebbe anche affrontare il tema del pluralismo nella cultura dei costituenti cattolici. Giuliano Amato ha di recente obiettato come, piuttosto che di pluralismo cattolico, sarebbe opportuno parlare di schema corporativista per il quale la società è « frammentata in miriadi di autonomie negozianti » [168]; il pensiero costituzionale cattolico — in fondo — giunge al tema del pluralismo muovendo da una riflessione sul rapporto Stato-Chiesa nella società moderna, nell'ambito cioè di una visione sulla quale pesano più di quanto non sia stato sinora avvertito le eredità della questione romana: è senza dubbio significativo — come osserva Paolo Pombeni — che il mondo cattolico trovi alla Costituente la propria piattaforma mobilitante intorno a tre punti cruciali, « difesa del concordato, difesa della scuola cattolica, opposizione al divorzio » [169]. Il garantismo democristiano alla Costituente nasce insomma da una concezione essenzialmente « difensivistica » del rapporto Stato-società civile, le cui origini meno remote, a voler prescindere dal richiamo di fondo all'ispirazione giusnaturalistica, sono da ricercare nel timore contingente di un possibile avvento al potere delle sinistre e dunque nella ripresa, in chiave anticomunista, di quella vena antistatalista che appare il tratto dominante della tradizione cattolica italiana [170]. La tutela dell'ordinamento naturale si colloca, sì, all'interno di una visione antitotalitaria che contesta le esperienze dei regimi reazionari tra le due guerre, ma che talvolta — specie in certi interventi dei dossettiani alla Costituente — sembra riproporre una più antica polemica contro il rapporto tra Stato ed individuo nella tradizione liberale e risolversi

---

[167] E. ROTELLI, *La restaurazione post-fascista*, cit., p. 72.

[168] G. AMATO, *Una Repubblica da riformare*, cit., p. 122. Sul corporativismo come elemento dominante della visione democristiana del potere si svolge da tempo un intenso dibattito che ha investito in generale la valutazione storica di quest'ultimo trentennio: cfr. per esempio E. SCALFARI - G. TURANI, *Razza padrona. Storia della borghesia di Stato*, Bari, 1976; F. CATALANO, *Politica economica e classe dirigente*, Milano, 1975; G. GALLI - A. NANNEI, *Il capitalismo assistenziale*, Milano, 1976; G. PROVASI, *Borghesia industriale e democrazia cristiana*, Bari, 1976; G. AMATO, *Economia, politica e istituzioni in Italia*, Bologna, 1976; nonché i saggi raccolti nei già richiamati *L'Italia contemporanea 1945-1975*, cit. e *La crisi italiana*, cit.

[169] P. POMBENI, *Il gruppo dossettiano*, cit., p. 218.

[170] R. RUFFILLI, *Mondo cattolico e organizzazione delle autonomie locali nell'Italia repubblicana*, in AA. VV., *Decentramento e partecipazione civica*, Roma, 1978, pp. 65-66. Sul punto cfr. anche G. AMATO, *Aspetti vecchi e nuovi*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in un ambiguo ripiegamento nell'ambito dell'integralismo cattolico dell'Ottocento.

6. « I socialisti avrebbero, a buon diritto, potuto rivendicare l'importante contributo recato dal loro partito alla nascita della Repubblica e al suo sviluppo democratico. Ma tra gli storici socialisti molti appartengono alla scuola repubblicana e azionista, e sono portati, sulla scia del vecchio insegnamento di Oriani, più a scorgere nel divenire storico della nazione le pretese « occasioni perdute » che a misurare le tappe della lenta ed ostacolata ascesa che ha trasformato, in un secolo di lotta, le plebi disperse in un proletariato organizzato e, infine, in classe dirigente nazionale » (171).

Questo severo giudizio di Giorgio Amendola può forse contribuire a spiegare perché la componente socialista, pur fondamentale nella vicenda della Costituente, non abbia poi avuto una presenza altrettanto rilevante nel dibattito storiografico. Se si escludono gli scritti, pure importanti, di Lelio Basso, ed alcune incisive pagine di Massimo Severo Giannini (che tuttavia — ha forse ragione Ugo De Siervo — « appare (...) il più lucido interprete di una linea istituzionale interessante ma alquanto complessa e per di più, con ogni probabilità, non facilmente seguita dal partito ») (172), il contributo socialista alla ricostruzione in termini storiografici del periodo costituente appare frammentario e disorganico. Studiosi isolati, come Federico Mancini, Enzo Cheli, Norberto Bobbio, Carlo Lavagna, hanno offerto anche di recente importanti spunti di riflessione ed occupano nel dibattito una posizione di rilievo: ma le loro analisi difficilmente potrebbero essere ricondotte ad un unico indirizzo di ricerca reso omogeneo da un'unitaria ispirazione politico-culturale (173).

D'altra parte gli studi pubblicati in occasione del trentennale hanno in genere sottolineato come la « cultura socialista » si trovi alla Costituente stretta tra « l'insufficienza o l'assenza di una teoria marxista

---

(171) G. AMENDOLA, *Gli anni della Repubblica*, cit., p. x.

(172) U. DE SIERVO, *Il progetto democratico cristiano e le altre proposte*, cit., p. 600.

(173) Cfr. F. MANCINI, *Costituzione e movimento operaio*, Bologna, 1976; E. CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, cit.; N. BOBBIO, *Origine e caratteri della Costituzione*, cit.; ID., *Quale socialismo? Discussione di un'alternativa*, Torino, 1976; C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, cit.; nonché — per gli spunti ivi contenuti — il volume collettaneo *Quale riforma dello Stato? La politica istituzionale delle sinistre nel dibattito di Mondoperaio*, prefazione di Federico Coen, Roma, 1978. Sulla carenza di ricostruzioni storiche complessive in grado di chiarire l'apporto socialista nel dopoguerra ha di recente richiamato l'attenzione G. SANTOMASSIMO, *Il dibattito sulle linee della ricostruzione*, in *Il dopoguerra italiano*, cit., p. 82. Sulla figura di Pietro Nenni, ma con stimolanti aperture di carattere generale sulla vicenda del PSI e del suo rapporto con le istituzioni, cfr. G. AMATO, *L'uomo della Costituente*, in « Mondoperaio », 1980, n. 2, pp. 89 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dello Stato (...) e la sostanziale coincidenza delle teorie riformiste e liberalsocialiste con i postulati fondamentali delle teorizzazioni liberali classiche » [174]. Una volta sconfitta l'ipotesi centrale della strategia socialista nel dopoguerra, quella cioè fondata sulla rivendicazione di un'Assemblea Costituente dotata di tutti i poteri (anche di quelli legislativi, così da « incidere sulla continuità politico-amministrativa ») [175], si fa anche meno netto il disegno della riforma dello Stato ispirata ad una radicale rottura con il passato. La stessa presenza socialista alla Costituente appare in fondo condizionata dall'incertezza delle prospettive politiche: i progetti di democrazia ciellenistica e consiliare (dovuti soprattutto all'elaborazione teorica e politica di Rodolfo Morandi) [176] appaiono, già all'inizio dei lavori dell'Assemblea, meno attuali di quanto non fosse sembrato appena qualche anno prima [177], e comunque ben distanti ormai dalla possibilità di tradursi in un'organica iniziativa politico-istituzionale; né il pragmatismo tradizionale delle correnti riformiste e liberalsocialiste (che si risolve in un ripiegamento nell'ambito della migliore tradizione liberale italiana), né la diffidenza che la sinistra socialista manifesta verso i compiti della Costituente (subordinata sovente alla « concreta attività legislativa di governo » e ai grandi obiettivi rappresentati dalle riforme di struttura)

---

[174] F. TADDEI, *La Costituente nella politica del PSI*, in *Cultura politica e partiti*, cit., I, pp. 18-19; nello stesso volume cfr. l'introduzione di Gaetano Arfè alla sezione *L'area socialista* e il saggio di C. MACCHITELLA, *L'autonomismo*, cit., che ripercorre criticamente il dibattito socialista sulle autonomie sino alla discussione del Titolo V della Costituzione. Sul contributo socialista nel periodo costituente cfr. anche D. PASTECHI NORELLI, *La stampa socialista: l'ipotesi giacobina*, in *Costituente e lotta politica*, cit., pp. 87 ss. e le pagine dedicate al PSIUP da P. POMBENI, *Questione istituzionale e battaglia per il potere*, cit., pp. 6-12. Sono infine da tenere presenti P. PETTA, *Ideologie costituzionali della sinistra*, cit., pp. 94-97, per l'efficace ricostruzione delle articolazioni interne del PSIUP nell'epoca costituente, e A. BENZONI, *Il Partito Socialista dalla Resistenza ad oggi*, Venezia, 1980, soprattutto pp. 9-31. Spunti e precisazioni circa la storia del PSIUP possono trovarsi in A. BANFI, *Resistenza: rivoluzione socialista*; in C. VALLAURI, *L'esperienza del 1948. Il frontismo e il problema dell'unità delle sinistre*; in V. SPINI, *Il socialismo di fronte al problema della ricostruzione: politica di piano o liberismo?*, tutti in AA. VV., *Storia del partito socialista. Dall'antifascismo alla ricostruzione*, a cura della Fondazione Brodolini, Venezia, 1979, rispettivamente pp. 59 ss., 74 ss., 103 ss.

[175] F. TADDEI, *La Costituente*, cit., p. 35.

[176] Cfr. soprattutto R. MORANDI, *Democrazia diretta e ricostruzione capitalistica 1945-1948*, Torino, 1960 e ID., *La democrazia del socialismo*, Torino, 1975. Su Morandi cfr. A. AGOSTI, *Rodolfo Morandi, il pensiero e l'azione politica*, Bari, 1971; sulle ipotesi « consiliari » dei socialisti e sull'organizzazione dei lavoratori, cfr. P. CRAVERI, *Sindacato e istituzioni*, cit., pp. 54, 184 e 199.

[177] P. CRAVERI, *Sindacato e istituzioni*, cit., p. 147, osserva come sia « singolare dover constatare come di tutta l'esperienza dei consigli di gestione di cui tanto si era parlato tra il 1945 e il 1947, nel testo della Costituzione rimaneva solo una traccia nell'espressione ' gestione ', o meglio il ' diritto dei lavoratori a collaborare alla gestione ' ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

possono costituire una valida alternativa (178). La scissione del gennaio 1947 ed il successivo allentarsi della presenza di Lelio Basso nel dibattito costituente a causa dell'assunzione della segreteria del partito contribuiscono a ridurre ulteriormente la scarsa presenza socialista, specie nell'ultima fase dell'attività dell'Assemblea, sicché non è forse inesatto constatare — come fa Francesca Taddei — la « relativamente scarsa incisività del contributo teorico e tecnico dei socialisti nella stesura della Carta Costituzionale » (179).

Se nel caso del PSIUP si deve segnalare lo scarto tra l'entità della sua rappresentanza numerica alla Costituente e la sua debolezza di iniziativa politica, per l'area liberale e liberaldemocratica accade qualcosa di inverso: ad una presenza minoritaria nello schieramento politico del dopoguerra (sebbene temperata dal prestigio individuale di alcune personalità di costituenti liberali) fa riscontro la centralità della sua influenza nei lavori dell'Assemblea Costituente. « Da un lato si dice che confluiscono nella Costituzione tre filoni: liberale, marxista e cattolico; dall'altro che la Costituzione è il punto di incontro di tre partiti: comunista, socialista e democrazia cristiana. Come si risolve questa apparente contraddizione? — si domandava qualche anno fa Valerio Onida —. In che modo ha potuto affermarsi un filone liberale se è vero che tra le grandi forze che hanno fatto la Costituzione non c'era un partito liberale, né un partito che si richiamasse all'ideologia liberale? » (180).

Il problema posto da Onida, in realtà, rimanda ad un più complesso nodo di questioni storiografiche: occorre intanto considerare l'obiettiva forza della tradizione liberale come unico laboratorio in grado di offrire nel dopoguerra gli strumenti concettuali e tecnico-giuridici della costituzionalizzazione: si pensi alle acquisizioni circa l'autonomia e la dignità della persona, che nell'Italia del postfascismo si incontravano con la generale condanna di quei sistemi totalitari nei quali la prevaricazione a danno dei diritti individuali apparivano l'elemento caratteristico della dittatura. Stefano Rodotà ha anche ricordato come l'ispirazione liberale ben si concilii con « il dato della continuità delle strutture pubbliche » e come possa rappresentare una sorta di « terza via di fronte alla contrapposizione tra sinistra marxista e ispirazione cattolica », il luogo d'incontro nel quale si riconoscono i moderati (181): è in qualche modo naturale che nell'Assemblea Costi-

---

(178) F. TADDEI, *La Costituente*, cit., pp. 61-63.

(179) Cfr. l'intervento di Lelio Basso in *Stato e Costituzione*, cit., p. 70 e F. TADDEI, *La Costituente*, cit., p. 58.

(180) Cfr. l'intervento di Valerio Onida in *Stato e Costituzione*, cit., p. 62.

(181) Cfr. l'intervento di Stefano Rodotà in *Stato e Costituzione*, cit., pp. 74-75. Nello stesso volume è anche da segnalare l'intervento di Costantino Mortati, per il quale la Costituzione, pur raccogliendo le influenze del filone liberale, ne fonde l'attenzione per i diritti individuali con i « doveri inderogabili di solidarietà

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuente — dove essenzialmente si propone un problema di mediazione tra visuali contrapposte — prevalgano quelle correnti meglio in grado di rappresentare il terreno della composizione.

La polemica liberale ha anch'essa ripetutamente sottolineato « la centralità » della propria proposta, soprattutto richiamandosi alla « universalità » dei princìpi elaborati all'interno di questa tradizione. Così Giuseppe Maranini sostenne più volte (e spesso polemicamente) che « quelle libertà ' laiche ' e ' borghesi ' erano semplicemente le libertà moderne, le sole adeguate ad un sistema di democrazia capitalista o neocapitalista, e ad un'economia mista, quale si era venuta formando e continuava a svilupparsi in tutto l'occidente e nel quale l'Italia stava prendendo con inatteso vigore il suo posto » (182). Princìpi ormai consolidati nella tradizione costituzionalistica europea, fissati una volta per tutte nelle costituzioni dell'Ottocento e capaci di configurare la traccia fondamentale per l'elaborazione dei costituenti in Italia. Per Nicola Matteucci la tradizione liberaldemocratica « conservava tutte le esperienze costituzionali dell'età della rivoluzione democratica, nella quale si formarono i grandi archetipi costituzionali ». Per la storiografia liberale il modello trascritto nella Costituzione del 1947 si identifica senza soluzione di continuità con l'eredità del costituzionalismo moderno, che i cattolici avrebbero potuto solo arricchire « con la tematica del personalismo e delle formazioni sociali », mentre i marxisti « avevano un progetto alternativo, che però politicamente non era realizzabile » (183). Ciò spiega — aggiunge Matteucci — perché « con la nostra Costituzione non abbiamo detto molto di nuovo, come non han detto molto di nuovo le altre Costituzioni del dopoguerra: la grande stagione dell'invenzione costituzionale era da tempo ormai finita » (184). L'unica possibile lettura della Costituzione e dei lavori

---

politica, economica, sociale ». « Alle garanzie di una sfera interna sottratta ad ogni intervento — aggiunge Mortati —, deve accompagnarsi pertanto l'assenza di limiti all'esplicarsi di ogni specie di rapporti associativi, tali da assicurare il massimo di convergenze con gli interessi collettivi. Convergenza che non potrebbe realizzarsi se si consideri inerente all'idea liberale ogni concezione di favore per il liberismo nel campo dei rapporti economici » (p. 64). In questo quadro Mortati intravede « una nuova fase del processo di espansione del principio liberale che implica l'enucleazione, da un astratto concetto di libertà, di singole libertà, differenziate secondo il grado della loro connessione con le esigenze di sviluppo della persona, e delimitate dall'esigenza di evitare il pregiudizio (...) alla eguale libertà degli altri » (cfr. C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali e Costituzione della Repubblica)*, cit., p. 215).

(182) G. MARANINI, *Storia del potere in Italia*, cit., pp. 320-321; ID., *Miti e realtà della democrazia*, cit.; ID., *La Repubblica*, Firenze, 1973.

(183) Cfr. l'introduzione di Nicola Matteucci alla sezione dedicata a *L'area liberal-democratica*, in *Cultura politica e partiti*, cit., I, pp. 35-36; e, per un'opinione contraria, U. DE SIERVO, *Il progetto democratico cristiano e le altre proposte*, cit., pp. 587-588.

(184) Cfr. l'intervento di Nicola Matteucci in *L'Italia negli ultimi trent'anni*, cit., p. 252.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'Assemblea Costituente diviene allora quella « di tipo archeologico », che ne penetri « tutte le diverse stratificazioni, come fanno appunto gli archeologi che datano i diversi reperti. La nostra Costituzione, che ci si presenta in modo unitario, è, invece, il frutto di una sedimentazione storica » (185).

Deriva da queste convinzioni di fondo anche l'insofferenza, frequente negli studiosi di formazione liberale, verso « tutto ciò che di enfatico, di espressioni dal significato vago (...), di buoni propositi che nulla hanno di giuridico » contiene la Costituzione: un atteggiamento che richiama analoghe critiche formulate da Piero Calamandrei già durante i lavori della Costituente e che corrisponde in definitiva al rigetto di quelle formulazioni in chiave programmatica che appaiono in conflitto con il metodo e con i contenuti del costituzionalismo liberale (186).

Sul terreno propriamente storiografico le tesi liberali hanno trovato conferma nella ricerca di Carlo Ghisalberti, al quale la Costituzione del 1948 appare « inserita nella linea di svolgimento e di sviluppo di quel costituzionalismo liberale nato nel Risorgimento, che aveva rappresentato il fulcro ideale della vita politica italiana per un secolo e mezzo » (187), mentre « le novità totali o parziali introdotte dalla Costituzione repubblicana nel nostro diritto pubblico » non sarebbero altro che « il completamento e il perfezionamento degli istituti essenziali sui quali si era venuto costruendo e sviluppando l'apparato statale italiano e insieme la traduzione normativa ed istituzionale più avanzata e più affinata di quel complesso di valori che, originati dal costituzionalismo liberale dell'Ottocento, erano stati sviluppati dalle tendenze democratiche del nostro secolo » (188). In questa visione dunque si sottolinea essenzialmente la capacità dei costituenti di acclimatare in Italia le conquiste del costituzionalismo europeo ed occidentale, mentre si tende a negare l'originalità delle soluzioni accolte nella Costituzione: per questa via si perviene ad una valutazione forse meno provinciale degli esiti del processo costituente (se ne colgono cioè i tratti generali, che accomunano l'esperienza costituzionale italiana ai modelli fissati nelle democrazie occidentali), ma contemporaneamente si riduce lo spazio per un approccio storiografico capace di collocare

---

(185) *Ibidem.*

(186) Cfr. A. C. JEMOLO, *Questa repubblica. Dalla contestazione all'assassinio di Aldo Moro*, con introduzione di G. Spadolini, Firenze, 1978. Di Jemolo cfr. anche *La Costituzione. Difetti, modifiche, integrazioni*, Roma, 1966.

(187) C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848-1948*, Bari, 1974, p. 411; contro questa tesi cfr. in particolare P. CARETTI, *Forme di governo e diritti di libertà*, cit., p. 38.

(188) C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia*, cit., p. 412; per una critica alle posizioni di Ghisalberti, da divergenti punti di vista, cfr. M. FLORES, *I problemi politico-istituzionali*, cit., pp. 61-62 e U. DE SIERVO, *Il progetto democratico cristiano e le altre proposte*, cit., p. 560.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il senso del dibattito costituente in una ricostruzione più complessiva degli equilibri di forza e delle eredità culturali e politiche del dopoguerra italiano. L'astrattezza dell'impostazione generale incide su questo filone di studi, e la tensione storiografica lascia troppo spesso il passo ad un'indagine esegetica (o al più storico-esegetica) del testo costituzionale, nella quale prevalgono inevitabilmente influenze formalistiche e un asettico comparativismo giuridico (189).

La cultura sostanzialmente garantistica affermatasi durante i dibattiti dell'Assemblea Costituente è apparsa agli studiosi dell'area liberale come l'incontrovertibile documento dell'influenza esercitata dai grandi « archetipi » del costituzionalismo borghese del Settecento e dell'Ottocento (190). Ma, se non c'è dubbio che il testo del '47 sia « una costituzione a modello garantista », in cui predomina la preoccupazione della divisione del potere su quella — pure presente nel dibattito costituente, ma alla fine emarginata — dell'efficacia dell'azione di governo (191), occorre anche comprendere in quale situazione politica, entro quali equilibri tra le culture costituenti maturi la scelta a favore delle garanzie individuali. La Costituzione — come ha osservato Roberto Ruffilli — dev'essere letta come il riflesso di « uno stallo che si lega alla ' felice impossibilità ' per ogni partito di eliminare gli avversari »: essa costituisce cioè una formalizzazione compromissoria dei rapporti di forza, una convergenza provvisoria di visioni generali spesso confliggenti, la piattaforma di una tregua dietro la quale è facile intuire le riserve mentali derivanti dalla persistenza di progetti generali di trasformazione sociale e istituzionale in nessun modo conciliabili in una sintesi (192). Il garantismo della Costituzione, teso a privilegiare le « libertà dei singoli e dei gruppi contro gli abusi dell'esecutivo » (193) rappresenta in questo senso una soluzione obbligata: è la soluzione dei controlli sul potere, contrapposta a quella della concentrazione del potere; è la via della difesa dallo Stato opposta a quella dell'uso rivoluzionario o democratico-giacobino delle istituzioni; è un modo, anche per rinviare lo scontro per l'assetto definitivo

(189) Cfr. ad esempio l'intervento di Nicola Matteucci in *L'Italia negli ultimi trent'anni*, cit., pp. 251-252: « l'elaborazione della Costituzione non è fatto esclusivamente politico; è anche un fatto politico, ma è soprattutto un fatto tecnico, un fatto giuridico, perché, posti i fini, è attraverso il diritto che si danno i mezzi per raggiungere questi fini ».

(190) C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia*, cit., p. 422.

(191) E. CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni*, cit., p. 169; G. AMBROSINI, *Costituzione e società*, cit., p. 2010; G. AMATO, *Una repubblica da riformare*, cit., p. 37 (secondo il quale « il nostro è un sistema ispirato, nel suo insieme, al ' complesso del tiranno ' »).

(192) R. RUFFILLI, *La fondazione della repubblica*, cit., p. 25. Ma in proposito concordano anche E. CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni*, cit., pp. 49-50; nonché l'introduzione di P. Farneti a *Il sistema politico italiano*, Bologna, 1973, pp. 27-29.

(193) G. BAGET-BOZZO, *Il partito cristiano al potere*, cit., p. 197.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del potere, realizzando, per intanto, un complesso sistema di reciproche garanzie nel quale ogni forza politica possa trovare la propria legittimazione.

In quest'ottica è forse anche più agevole spiegare perché la Costituente raccolga soltanto una parte dell'eredità politica liberale: perché cioè lasci cadere le istanze per una razionalizzazione del sistema parlamentare e dei rapporti tra Parlamento ed Esecutivo che pure — come ha ricordato lo stesso Matteucci — rappresentarono il problema centrale della riflessione del costituzionalismo antifascista tra le due guerre, anche in rapporto con l'analisi autocritica che la cultura dell'esilio seppe sviluppare nei confronti della fragilità delle istituzioni liberaldemocratiche di fronte all'avvento dei fascismi europei (194). Tutti gli studi sulla cultura liberaldemocratica nel periodo costituente hanno segnalato, nelle pur differenziate proposte di riforma istituzionale emerse all'interno del dibattito, la rilevanza assunta dalle preoccupazioni per la stabilità dell'esecutivo: talvolta (nel caso della sinistra azionista) come componente di un disegno più vasto, fondato sulla dialettica tra efficienza del potere al centro e vitalità dei « contropoteri » alla periferia, altre volte — come per certi settori dell'azionismo « di destra » — nell'ambito di un progetto di modernizzazione politica che si richiama espressamente ai modelli della democrazia occidentale (195). Si tratta di un'ingegneria costituzionale destinata per lo più a restare a livello di pura elaborazione, o comunque ad essere emarginata nella stessa Assemblea Costituente, anche quando se ne fanno portavoce giuristi del prestigio di Piero Calamandrei. In definitiva dietro simili tentativi si intuisce il disagio delle élites liberali e liberal-democratiche di fronte alla nuova dimensione della politica di massa e alla prospettiva dello Stato dei partiti (196). Si profila — come

---

(194) N. MATTEUCCI, *Problemi e compiti dei sistemi costituzionali-pluralistici*, in « Politica del diritto », II, 1971, n. 2, pp. 244-245. È da segnalare tuttavia l'opinione opposta di C. MORTATI, *Considerazioni sui mancati adempimenti costituzionali*, in *Studi per il ventesimo anniversario*, cit., IV. *Aspetti del sistema costituzionale*, p. 478, che giudica « non corrispondente al vero l'asserzione di una prevenzione ostile all'Esecutivo che avrebbe impedito di conferire ad esso quella preminenza che è richiesta dalla qualità e dalla quantità dei compiti propri dello Stato contemporaneo ».

(195) Cfr. per l'azionismo « di destra » P. UNGARI, « *Lo Stato Moderno* »: *per la storia di un'ipotesi sulla democrazia*, in *Studi per il ventesimo anniversario*, cit., I, pp. 839 ss. Più in generale sulla cultura liberal-democratica alla Costituente cfr. E. ARTOM, *La premessa liberale alla Costituente*, in « Giustizia e Costituzione », IV, 1973, n. 1-2, pp. 27 ss.; L. ORNAGHI, *I progetti di Stato*, cit., pp. 39 ss.; M. FANTECHI, *Fra terza via e conservatorismo*, cit., pp. 103 ss.; nonché la già richiamata introduzione di Matteucci, *ibidem*, pp. 33 ss.; C. BRUNO, *La stampa laica: i problemi della terza via*, in *Costituente e lotta politica*, cit., pp. 169 ss.

(196) E. BETTINELLI, *La formazione dell'ordinamento elettorale nel periodo precostituente. All'origine della democrazia dei partiti (1944-1946)*, in *La fondazione della repubblica*, cit., pp. 135-136.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ha segnalato Pietro Scoppola — una divaricazione fondamentale tra un « modo ancora élitario di far politica » e le grandi aggregazioni organizzative rappresentate dai partiti-apparato. Il progetto azionista e liberaldemocratico di concentrare potere nel governo corrisponde ad una visione democratico-giacobina nella quale l'esecutivo incarna la direzione reale del paese e rappresenta l'interlocutore fondamentale per i movimenti presenti nella società: si tratta dunque di un disegno che guarda essenzialmente al rapporto tra istituzioni e paese, in certa misura al di là della mediazione partitica, non senza il privilegiamento dell'incontro diretto tra una leadership più o meno carismatica (in questo senso alcuni settori dell'azionismo guardarono al Parri capo del governo nel 1945) e le masse (non casualmente ci si richiama alla tradizione del governo presidenziale negli Stati Uniti). Al contrario la Costituente accoglierà — pur con ambiguità e contraddizioni — il modello fondato sul determinante protagonismo dei partiti di massa, e in ciò — è ancora un'osservazione di Scoppola — segnerà anche « il definitivo trapasso dalla vecchia alla nuova maniera di far politica » [197]. Il garantismo di fondo prevalso alla Costituente presuppone perciò un governo « debole » e prepara (forse al di là dello stesso articolo 49 e della consapevolezza che ne ebbero i costituenti) l'avvento dell'attuale Stato dei partiti.

7. Pur con diverse accentuazioni, tutti gli studi più recenti confermano la notazione di Enzo Cheli, secondo il quale il tema del compromesso costituzionale continua a suscitare « incertezze e divergenze », rappresentando un fondamentale versante del dibattito storiografico sulla Costituente [198].

Da un lato l'interpretazione azionista del « compromesso deteriore » ha trovato — come si è detto — una naturale prosecuzione nelle tesi proposte da un folto gruppo di studiosi sostanzialmente convinti che « mancano i termini del *do ut des* che caratterizzano il compromesso autentico », e che dunque non di accordo si deve parlare, ma di « accordi al plurale, e faticosamente raggiunti solo su alcuni punti », confluenze contingenti dettate da esigenze di breve momento e del tutto indipendenti da un'organica visione unitaria [199]. Nell'Assemblea Costituente — secondo questa interpretazione — sarebbe prevalsa la logica del rinvio, mentre l'omogeneità apparente della Costituzione coprirebbe la disomogeneità sostanziale delle visioni generali che vi si riflettono contrapponendosi l'una all'altra [200]: si tratterebbe insomma del « frutto di un compromesso, a volte faticoso e non sempre riu-

---

[197] P. SCOPPOLA, *Gli anni della Costituente*, cit., p. 72.
[198] E. CHELI, *Costituzione: il dibattito storiografico*, cit., p. 176.
[199] G. QUAZZA, *Resistenza e storia d'Italia*, cit., pp. 445-446.
[200] G. AMBROSINI, *Costituzione e società*, cit., p. 2007.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scito » ([201]), di un disegno che « non è armonico e respinge la logica del ragionevole », « un disegno contraddittorio percorso da crepe profonde », « un velo sottile di convergenze per lo più verbali » ([202]); « un mosaico di convergenze su singoli punti » — ha notato Massimo Severo Giannini —, al quale però non corrisponde un organico impianto unitario e neppure, infine, la fusione delle primitive impostazioni dei partiti ([203]). All'interno di questa interpretazione, dunque, si pone soprattutto l'accento sulle « riserve mentali » che caratterizzano l'atteggiamento delle varie forze che contraggono il patto costituzionale, mentre si insiste sul carattere ambiguo e polivalente delle formulazioni.

Dall'altro lato, il dibattito storiografico ha visto affermarsi un opposto indirizzo di ricerca (rappresentato per esempio dagli studi di Enzo Cheli) secondo il quale « l'accordo non fu gestito con riserve mentali, ma fu serio ed effettivo, rappresentò cioè una sincera confluenza fra la posizione cattolica e quella marxista, con un peso rilevante anche della posizione liberale » ([204]). Pur riconoscendo la persistenza nell'Italia del dopoguerra di « una cultura istituzionale di tipo popolare o comunque espressiva di pressioni esercitate da larghi settori dell'opinione pubblica », Cheli ha richiamato « certe matrici comuni della cultura antifascista » per poi ravvisare alla base del patto costituzionale la convergenza delle maggiori forze politiche di massa protagoniste della Resistenza su una piattaforma nella quale la difesa dell'unità nazionale, il rispetto della tradizione risorgimentale e l'antifascismo ebbero un considerevole ruolo aggregante ([205]).

Ma al di là di questo dibattito (i cui esiti complessivi, forse, si sono rivelati storiograficamente piuttosto sterili) gli studi recenti vanno mettendo in luce essenzialmente due temi: anzitutto pongono in evidenza la complessità dell'accordo realizzato nell'Assemblea Costituente, e dimostrano come una convivenza piena, basata su un consenso completo intorno a quelli che Paolo Farneti ha recentemente definito « i fondamenti », sia sostanzialmente mancata: ha ragione Farneti di richiamare a questo proposito l'assenza, nel passato storico recente, di « una *Weltanschauung* politica, sociale e culturale omogenea a livello nazionale » ([206]); in secondo luogo ribadiscono che il compromesso è stato reso possibile (nella misura in cui appunto è stato possibile) proprio dal distacco tra l'Assemblea Costituente e il paese. Appaiono qui particolarmente convincenti quelle verifiche attraverso le quali è

([201]) P. PETTA, *Costituzione italiana e costituzioni*, cit., p. 97.
([202]) F. MANCINI, *Costituzione e movimento operaio*, cit., p. 166.
([203]) Cfr. l'intervento di Massimo Severo Giannini in *Stato e Costituzione*, cit., p. 50.
([204]) E. CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni*, cit., p. 84.
([205]) *Ibidem*, pp. 25 e 28.
([206]) P. FARNETI, *Dove va il sistema politico italiano?*, in « Mondoperaio », 1980, n. 10, p. 113.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

emersa la singolarità del rapporto tra elaborazione costituente e società italiana: « i lavori della Costituente — ha scritto Ernesto Ragionieri — si svolsero, in un certo senso, al riparo delle vicende e delle polemiche contingenti » ([207]). Venne cioè a crearsi una divaricazione tra attività costituente e lotta politica nel paese (e dunque anche una separazione — accertata ormai da molti studi — tra dibattito in Assemblea e attività di governo) ([208]), « una diversificazione significativa tra il piano della politica costituzionale e quello della politica contingente » ([209]). Alcuni recenti approfondimenti, ad esempio gli studi sul rapporto tra stampa di partito e Costituente, dimostrano come la conflittualità fra le forze politiche restasse alta ed irriducibile nel paese, mentre in Assemblea si aprivano ampi spazi di collaborazione ([210]).

Da ciò derivano alcune conseguenze che sono state poste più volte in evidenza nel dibattito storiografico. Anzitutto si registra uno sfasamento tra tempi della politica e tempi dell'elaborazione costituente ([211]). In secondo luogo — e nonostante si sia da qualche parte insistito sulla « maturazione della coscienza popolare » come premessa fondamentale dell'accordo poi concretizzato in Assemblea ([212]) — si profila un distacco tra costituenti e « paese reale » che rimanda al più generale tema dell'élitismo di fondo che caratterizza l'attività politica di questo periodo. Pietro Scoppola ha scritto in proposito che « i costituenti, una volta eletti, si sono mossi per due anni in una sfera di responsabilità e di autonomia assai più ampia di quella concessa ai partiti e all'azione di governo », ciò che forse ha consentito l'affermazione nella Costituente di equilibri politici più avanzati di quelli nel frattempo maturati nel paese ([213]). Non si sfugge comunque all'impressione che il dibattito in Assemblea si svolga non solo all'interno di « una classe politica élitaria » (la « generazione dei costituenti », l'ha definita Cheli, indicando così una discriminante diversa da quelle ideologiche

---

([207]) E. RAGIONIERI, *La storia politica e sociale*, cit., p. 2473. Secondo Ragionieri « la stessa rottura della collaborazione governativa » sarebbe stata « in qualche modo accompagnata da accordi, impliciti o espliciti tra i partiti di massa, perché non incidesse nella elaborazione della Costituzione, rinviando lo scontro frontale al momento in cui l'Italia fosse entrata in un assetto costituzionale ordinario » (pp. 2482-2483).

([208]) Cfr., tra i contributi recenti, C. FIUMANÒ - R. ROMBOLI, *L'assemblea Costituente e l'attività di legislazione ordinaria*, in *La fondazione della Repubblica*, cit., pp. 381 ss., nonché *Il contributo della Costituente alla legislazione ordinaria*, cit., nel quale gli stessi autori hanno raccolto i verbali delle Commissioni legislative dell'Assemblea Costituente.

([209]) E. CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni*, cit., p. 36.

([210]) Cfr. soprattutto gli studi raccolti in *Costituente e lotta politica*, cit., e specialmente l'introduzione al volume di R. Ruffilli.

([211]) V. ONIDA, *La Costituzione nella storia della Repubblica*, cit., p. 381.

([212]) Cfr. l'intervento di Costantino Mortati in *Stato e Costituzione*, cit., pp. 57-58.

([213]) P. SCOPPOLA, *Gli anni della Costituente*, cit., p. 95.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e politiche e insieme un fattore di coesione che ebbe probabilmente il suo peso all'interno del processo costituente) (214), ma in circoli persino più ristretti: « Ci dividemmo il lavoro con Basso — ricordava qualche anno fa Giorgio La Pira, ricostruendo il proprio apporto ai lavori sulla prima parte della Costituzione — e stendemmo gli articoli (...), articoli elaborati tutti in quel mese di agosto con l'accordo, in qualche modo, di Dossetti, Togliatti, Marchesi ed altri » (215). E Lelio Basso: « Ci si riuniva in riunioni private in cui c'erano i tre professori della DC, La Pira, Dossetti e Moro, c'ero io per il PSI e c'era Togliatti per il PCI. E quando eravamo d'accordo noi cinque, praticamente l'articolo era approvato » (216). Sono due testimonianze eloquenti, tra le molte disponibili, sul funzionamento concreto (sullo stile di lavoro) della Costituente: come ha notato Paolo Pombeni, « ciò spiega anche il meccanismo di progressiva emarginazione della assemblea dal lavoro costituzionale » (217).

L'Assemblea Costituente funziona dunque come una ristretta e separata « camera di compensazione », all'interno della quale può svolgersi « una continua opera di mediazione, di conciliazione, di smussatura degli angoli, di allentamento delle corde troppo tese, di edulcoramento delle tesi troppo aspre in conflitto » (218). La ricerca del « minimo minimale » — come ha scritto Leopoldo Elia, citando una espressione di Jacques Maritain — e cioè di « quel tanto di affermazioni sulle quali, lasciando in anticamera le diverse matrici ideologiche, i costituenti riescono a trovare un punto di consenso », è del resto una costante dei processi costituenti dell'età contemporanea (delle Costituzioni a carattere tendenzialmente « ecumenico » dell'Occidente, per dirla con Elia) ed implica necessariamente una positiva « deconfessionalizzazione » delle visioni generali dei partiti impegnati nell'elaborazione costituente (219).

La storiografia della Costituente ha infatti progressivamente precisato la propria analisi ponendo in chiaro due temi in questo senso decisivi: quello delle soluzioni realmente (e realisticamente) possibili

(214) E. CHELI, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni*, cit., p. 72.

(215) Cfr. l'intervento di Giorgio La Pira in *Stato e Costituzione*, cit., pp. 56-57.

(216) Cfr. l'intervento di Lelio Basso, *ibidem*, p. 68.

(217) P. POMBENI, *Questione istituzionale e battaglia per il potere*, cit., p. 38.

(218) N. BOBBIO, *Origine e caratteri della Costituzione*, cit., p. 253. Sullo stesso tema cfr. U. DE SIERVO, *Il progetto democratico cristiano e le altre proposte*, cit., pp. 656-658; R. RUFFILLI, *Sulla fondazione della repubblica*, cit., pp. 27-28; ID., *Le trasformazioni dello Stato*, cit., p. 127; ID., *La DC e i problemi dello Stato democratico*, cit., p. 842. Un contributo di sintesi particolarmente utile è G. AMATO - F. BRUNO, *La forma di governo italiana. Dalle idee dei partiti all'Assemblea Costituente*, in « Quaderni costituzionali », I, n. 1, pp. 33 ss.

(219) L. ELIA, *Maritain e la rinascita della democrazia*, in *Jacques Maritain e la società contemporanea*, a cura di R. Papini, Milano, 1978, pp. 223-225. Per la concezione maritainiana dello Stato, oltre al saggio di Elia, cfr. nel medesimo volume soprattutto quello di A. ARDIGÒ, *L'unità minimale « profano-cristiana » nello stato e il pluralismo di Maritain*, pp. 248 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e quello del problematico radicamento di massa dei partiti nella società italiana del dopoguerra.

In merito al primo punto l'apprezzamento del « realismo » sembra progressivamente prevalere sul richiamo all'alternativa rivoluzionaria: in fondo la stessa storiografia più critica degli esiti del processo costituente non si pone tanto il quesito se fosse possibile una « via rivoluzionaria » quanto piuttosto se — pur nel contesto internazionale dato e al cospetto di condizionamenti storici così vincolanti — non potesse comunque affermarsi una « via riformista » ([220]).

Sul tema dei partiti emerge ormai una valutazione più equilibrata circa i margini reali dei loro spazi di manovra, e viene per esempio precisandosi meglio il discorso sulla « doppiezza » che attraversò la cultura politica del dopoguerra (doppiezza togliattiana tra prospettiva rivoluzionaria e via democratica, cui corrisposero i contraddittori modelli del partito di quadri leninista e del partito di massa; ma anche doppiezza degasperiana tra senso dello Stato e obbedienza religiosa, nonché tra libertà ed autorità): in fondo la dialettica caratteristica del periodo costituente fu quella che da una parte impose (secondo l'espressione di Elia) « il trascendimento dei partiti nei confronti delle rispettive basi », al fine di realizzare un quadro generale di convivenza democratica e pluralista, e dall'altra, invece, proprio a causa della precarietà del radicamento di massa e in vista della politicizzazione di aree sociali ancora al di fuori del sistema politico, obbligò quegli stessi partiti ad una continua differenziazione delle rispettive posizioni e ad un'accentuazione persino esasperata dei caratteri ideologici della propria identità ([221]).

Per questo motivo appare in ultima analisi poco convincente la tesi che addebita i « ritardi » dell'elaborazione costituente e l'inadeguatezza di certe soluzioni comrpomissorie alle carenze generazionali della « cultura dei costituenti ». Certo, un'indagine condotta (magari « col metodo di Namier », come suggeriva anni fa Guido Quazza) ([222]) sulla composizione dell'Assemblea potrebbe dire molto sulla formazione culturale, sui legami di rappresentanza con interessi sociali ed aree culturali o professionali ([223]) ed anche sui limiti della cultura

---

([220]) Così, per esempio, E. ROTELLI, *La restaurazione post-fascista*, cit., nonché ID., *L'ipotesi toscana di fondazione della Repubblica*, cit., soprattutto pp. 18-19.

([221]) L. ELIA, *Cultura e partiti politici alla Costituente: le basi della democrazia repubblicana*, relazione tenuta al convegno su *Il sistema delle autonomie: rapporti tra Stato e società civile*, Firenze, 20-23 settembre 1979, in corso di stampa. Ciò spiega — secondo Elia — perché fu respinta la proposta di Calamandrei per la Repubblica presidenziale, che avrebbe comportato più acute tensioni: « in realtà si correva il rischio di involuzioni/rivoluzioni con determinate forme di governo o l'altro, assai grave, dello stallo tra i partiti di massa. Il costituente ha ' scommesso ' sulla disponibilità a coalizioni con base relativamente omogenea ».

([222]) G. QUAZZA, *Resistenza e storia d'Italia*, cit., p. 442.

([223]) A. PREDIERI, *La dinamica delle istituzioni*, in « Politica del diritto », II, 1971, n. 2, p. 237.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridico-istituzionale dei costituenti: in questo senso appaiono già illuminanti gli studi raccolti a cura di Ugo De Siervo nei due tomi del volume *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, editi nell'ambito della collana promossa dal Consiglio Regionale toscano, in particolare per gli approfondimenti riguardanti singole personalità di costituenti (224). Ma occorre non attribuire alla cultura giuridica dei costituenti responsabilità e limiti che invece derivano essenzialmente dalla portata politica dell'accordo realizzato nel 1946-47: se la Costituzione dice molto sui diritti e poco sulle forme di governo, ciò non accade soltanto per difetto di cultura giuridica ma perché su quel punto viene sostanzialmente a mancare l'accordo tra i partiti.

8. L'interrogativo fondamentale, non del tutto sciolto dagli studi più recenti, riguarda appunto questo problema: sino a che punto si estese la portata dell'accordo costituente in tema di diritti e, per altro verso, qual è stata la reale portata del disaccordo circa le forme di governo e quali le sue conseguenze sul funzionamento del sistema costituzionale in questo trentennio.

Rispondere esaurientemente a queste domande implica una lettura per così dire « in verticale » dell'elaborazione costituente, che ne confronti gli esiti definitivi con gli assetti storici del potere in Italia. Si apre cioè un capitolo solo parzialmente esplorato, nel quale particolarmente prezioso potrebbe divenire il contributo di una storiografia capace di mettere adeguatamente a profitto i suggerimenti che provengono dall'indagine politologica e latamente sociologica.

Si tratta di rileggere l'elaborazione costituente nell'ambito di una più realistica considerazione dei limiti specifici (e comunque delle peculiarità storiche) del processo di formazione dell'Italia unita, tenendo presenti le fondamentali indicazioni sulla fragilità dello Stato nazionale e sulla problematicità del rapporto istituzioni-società (dalle illuminanti intuizioni del Gramsci dei *Quaderni del carcere* sino agli esiti recenti di quella storiografia che con maggiore consapevolezza ha insistito sulle caratteristiche del « modello italiano ») (225); e occorre

---

(224) Cfr. soprattutto P. CARETTI - D. SORACE, *« Tecnica » e « politica » nel contributo dei giuristi al dibattito costituente*, in *Scelte della Costituente*, cit., I, pp. 21 ss.; P. BARILE, *La nascita della Costituzione*, cit.; F. BRUNO, *I giuristi alla Costituente*, cit.; S. GRASSI, *Il contributo di Giorgio La Pira*, cit. Purtroppo l'indagine avviata con questi studi dà per ora conto soltanto di alcune, pur prestigiose, biografie di costituenti; mentre si avverte l'esigenza di un approfondimento che, proseguendo in questa direzione, allarghi la ricerca, magari accostando alle biografie dei costituenti-giuristi quelle di alcuni costituenti-politici la cui partecipazione alle stesse scelte giuridiche non fu certamente meno intensa. Nell'area delle sinistre — per fare un solo esempio — mancano adeguati studi su personalità come quelle di Lelio Basso o di Renzo Laconi o di Concetto Marchesi.

(225) Cfr. in proposito G. GALASSO, *Potere e istituzioni in Italia. Dalla caduta dell'Impero romano ad oggi*, Torino, 1974; N. TRANFAGLIA, *Dallo stato liberale*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

interrogarsi circa gli effetti generali della limitata politicizzazione di vaste aree sociali e considerare quindi con più attenzione la portata storica di quella frattura tra « paese legale » e « paese reale » che resta una costante della storia unitaria anche durante e dopo il fascismo (ed anzi appare in drammatica evidenza proprio con il 25 luglio 1943, quasi a sottolineare i limiti della stessa esperienza totalitaria e le insormontabili difficoltà incontrate dall'affermazione del primato del « politico » nella società italiana degli Anni Trenta e Quaranta).

Il progetto di fondazione dello Stato democratico deve, nel 1946-47, misurarsi appunto con questa condizionante realtà di fatto. « La democrazia, in quanto filosofia e pratica della vita quotidiana — ha scritto Paolo Farneti —, non aveva avuto, almeno in Italia, alcuna base sociale di sostegno » ([226]). Di qui una specifica carenza di mediazione e la conseguente ideologizzazione del conflitto politico (che Farneti fa in parte risalire alla mancata secolarizzazione, al « cattolicesimo di fondo delle popolazioni mediterranee ») ([227]), l'impraticabilità di « combinazioni di matrici ideologiche diverse », capaci di realizzarsi su un programma non di pura conservazione dell'esistente ma invece di rinnovamento radicale della società e dello Stato ([228]). Una storiografia consapevole di questi nessi, disponibile ad una riflessione sull'epoca costituente alla luce del più generale contesto offerto dalla storia del potere in Italia, può forse contribuire fattivamente alla soluzione degli interrogativi di fondo messi in evidenza dal recente dibattito sulla Costituente.

Ma esiste un altro terreno, sul quale ancora la risposta storiografica non appare del tutto soddisfacente. Di fronte alla crisi generale che oggi sembra investire quel modello di razionalizzazione costituzionale del conflitto sociale ed ideologico delineatosi tra le due guerre e poi largamente accolto nelle carte costituzionali del secondo dopoguerra sembrano estremamente attuali le considerazioni proposte qualche anno fa da Leopoldo Elia, circa l'urgenza di una svolta nel dibattito fondata su una più franca comparazione con le coeve esperienze costituzionali europee. Elia identificava nella Costituzione francese del '47, nella Costituzione italiana, nella Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca del '49, il comune schema di una democrazia sociale posta come finalità « da raggiungere con l'intervento dei pubblici

---

al regime fascista. Problemi e ricerche, Milano, 1973; G. GALASSO, *Il potere e i rapporti tra le classi*, in *L'Italia unita nella storiografia del secondo dopoguerra*, a cura di N. Tranfaglia, Milano, 1980; G. CAROCCI, *Storia d'Italia dall'Unità ad oggi*, cit.; E. RAGIONIERI, *La storia politica e sociale*, cit.; R. ROMANELLI, *L'Italia liberale (1861-1900)*, Bologna, 1979.

([226]) P. FARNETI, *La democrazia in Italia tra crisi e innovazione*, Torino, 1978, p. 23.

([227]) *Ibidem*, p. 25.

([228]) *Ibidem*, p. 24.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poteri » ([229]); più in generale quel modello che si fonda sul contemperamento tra diritti di libertà e diritti sociali, sul ruolo determinante dei partiti politici, sul « rifiuto della preminenza della direzione governativa » ([230]). L'indagine storica sulla Costituente (a parte alcune recentissime acquisizioni) ([231]) ha in genere trascurato questa dimensione, attraverso la quale invece non solo si accrescerebbe la conoscenza sul processo costituente italiano, ma probabilmente si comprenderebbe meglio l'origine della crisi politico-istituzionale degli ultimi anni. Lo stesso distacco tra costituzione formale e costituzione materiale, da più parti denunciato quale vistoso segnale di un declino della Costituzione del '47, rappresenta — come del resto ricordava Costantino Mortati in un lucido saggio del 1972 — una costante delle costituzioni contemporanee: « 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 espressioni 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 » ([232]).

È a questo punto che si rivelano illuminanti le acquisizioni sia di quegli studi politologici che meglio hanno messo in evidenza il tema del partito politico e del suo problematico rapporto con la società e con lo Stato ([233]), sia di quel filone di ricerca (soprattutto di ispirazione marxista) che ha proposto, anche in Italia, la riflessione sulla complessità sociale nel capitalismo maturo e sulla crescente problema-

---

([229]) L. ELIA, *Perché l'Italia si è tenuta e si tiene questo sistema di governo*, in *Il caso italiano*, cit., I, p. 224.

([230]) G. DE VERGOTTINI, *Costituzione*, in *Dizionario di politica*, diretto da N. Bobbio e N. Matteucci, Torino, 1976, pp. 274-283; C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, cit.

([231]) Cfr. S. BASILE, *La cultura politico-istituzionale e le esperienze « tedesche »*, in *Scelte della Costituente*, cit., I, pp. 45 ss.; S. VOLTERRA, *La Costituzione italiana e i modelli anglosassoni, con particolare riguardo agli Stati Uniti, ibidem*, pp. 117 ss.; U. DE SIERVO, *Le idee e le vicende costituzionali in Francia nel 1945 e 1946 e la loro influenza sul dibattito in Italia, ibidem*, pp. 293 ss.

([232]) C. MORTATI, *Brevi note sul rapporto tra Costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 1973, n. 2, p. 526.

([233]) A titolo esemplificativo, e senza pretesa di completezza, cfr. G. SARTORI, *Partiti e sistemi di partito*, Firenze, 1965; G. PASQUINO, *Sistemi di partito*, in *Dizionario di politica*, cit., pp. 933 ss.; G. MARANINI, *Il tiranno senza volto*, Firenze, 1963; G. MIGLIO, *Il ruolo dei partiti nella trasformazione del tipo di ordinamento politico vigente*, in *La funzionalità dei partiti nello Stato democratico*, a cura di P. L. Zampetti, Milano, 1967; *Sociologia dei partiti politici*, a cura di G. Sivini, Bologna, 1979 (2ª ed.); M. FEDELE, *Classi e partiti*, cit.; J. HABERMAS *Riflessioni sul concetto di partecipazione politica*, in *L'università nella democrazia*, Bari, 1969.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ticità della sua integrale razionalizzazione all'interno del sistema dei partiti [234]. « Vecchio » e « nuovo » sembrano fondersi in un unico blocco; e gli studi sul processo costituente, sulle sue contraddizioni e sulle sue specificità « nazionali » debbono ormai essere calati in una riflessione sulla crisi generale di quel modello costituzionale affermatosi tra il primo e il secondo dopoguerra e che ha cercato — con successi, ma anche con insuccessi crescenti — di coniugare governo parlamentare, multipartitismo e pluralismo politico-sociale: esaurita la stagione celebrativa, la riflessione sulla Costituente può forse rappresentare un'utile premessa per proseguire oltre [235].

---

[234] Cfr., tra i molti contributi, D. ZOLO, *Democrazia corporativa, produzione del consenso, socialismo*, in L. FERRAJOLI - D. ZOLO, *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, Milano, 1978; ID., *La questione dello stato nel capitalismo maturo e la crisi del marxismo scolastico*, in *Discutere lo Stato. Posizioni a confronto su una tesi di Louis Althusser*, Bari, 1978; A. MELUCCI, *Sistema politico, partiti e movimenti sociali*, Milano, 1977; e, tra gli studi recentissimi, G. PASQUINO, *Crisi dei partiti e governabilità*, cit. e G. RUFFOLO, *Complessità e democrazia: il ruolo dell'informazione*, in « Critica marxista », XVIII, 1980, n. 5, pp. 11 ss. Una rassegna dei problemi e degli studi è *Crisi dello Stato e storiografia contemporanea*, a cura di R. Ruffilli, Bologna, 1979.

[235] Quando questa rassegna era già in bozze la ricerca su *Il sistema delle autonomie: rapporti tra Stato e società civile* si è arricchita di due altri volumi che qui, a completamento della nota 2, possono soltanto essere segnalati: *Tendenze di amministrazione locale nel dopoguerra*, a cura di E. Rotelli, Bologna, 1981 e *Autonomismo meridionale: ideologia, politica e istituzioni*, a cura di G. Mori, Bologna, 1981.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ragguagli fiorentini

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ATTIVITÀ DEL ' CENTRO DI STUDI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO ' NELL'ANNO ACCADEMICO 1980-1981

Il Centro, creato appena nel 1980 presso la Università di Firenze (se ne veda la cronistoria in *Quaderni fiorentini*, IX (1980), pp. 577-580), ha voluto dimostrare la propria vitalità già in questo primo anno di esistenza.

L'esordio è consistito nel ' seminario ' internazionale di studi su Federico Carlo di Savigny, del 27-28 ottobre 1980, al quale hanno partecipato i più qualificati studiosi provenienti non solo dall'Italia, ma altresì dalla Germania Federale, dall'Austria, dalla Francia, dalla Svizzera. Gli ' Atti ', sempre a cura del Centro, sono usciti nel giugno '81 e costituiscono il volume IX° di questi ' Quaderni '.

Già prima, il Centro aveva dato la propria adesione e collaborazione a una iniziativa di grandi respiro ed impegno patrocinata dal Prof. Luigi LOMBARDI VALLAURI, membro del Consiglio di direzione del Centro stesso, ed organizzata dalla Cattedra di Filosofia del diritto dell'Università di Firenze. Intendiamo riferirci al Convegno internazionale su ' Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno ' svoltosi a San Miniato al Tedesco (Pisa) nella prima metà dell'ottobre 1980. Gli ' Atti ' sono in corso di pubblicazione a cura e sotto il patrocinio del Centro, e costituiranno alcuni volumi della Collana che si affianca ai ' Quaderni '.

Nella primavera '81 è stata organizzata la visita di un gradito ospite, il Prof. Sten GAGNÉR, ordinario di Storia comparata del diritto presso la Università di München, il quale, durante il suo soggiorno fiorentino, nell'àmbito dei corsi di Storia del diritto italiano della Facoltà di Giurisprudenza, ha tenuto lezioni in lingua italiana sul tema: ' Criminalisti tedeschi e teoria del diritto intorno al 1800 ', nonché, l'8 aprile, una conferenza intorno a:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'Persona moralis' e 'Persona giuridica'», nella quale ha datc conto dello stato di avanzamento della sua ricerca destinata al volume XI° dei nostri 'Quaderni' dedicato al problema della persona giuridica nella cultura europea moderna.

Il 27 aprile Luigi MENGONI, ordinario di Diritto civile nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, e Giovanni PUGLIESE, ordinario di Istituzioni di diritto romano nella Università di Roma, hanno presentato la traduzione italiana, promossa dal Centro, della seconda edizione tedesca dell'imponente opera di Franz WIEACKER 'Privatrechtsgeschichte der Neuzeit'. Erano presenti Franz WIEACKER, oggi Professore emerito di Diritto romano all'Università di Göttingen, nonché Umberto SANTARELLI, dell'Università di Pisa, cui si deve il coordinamento di tutto il non facile lavoro, la redazione della introduzione e la traduzione del primo tomo. La recensione orale di Mengoni è stata poi redatta per iscritto e può leggersi comodamente più sopra in questo volume (vedi p. 315).

Qui di seguito crediamo utile riportare fedelmente le parole dette da Wieacker, che sono qualcosa di più di un semplice complimento di circostanza e che hanno invece anche un valore di interpretazione autentica dell'opera nel suo nascere e prender forma:

«Signor Presidente, Signore e Signori,

con tutto il cuore vi dico il mio grazie per l'alto riconoscimento e per i segni di amicizia che avete voluto darmi attraverso le vostre cordiali parole — oggi, alla vigilia di quel Maggio fiorentino in cui la gloriosa *Florentia* si mostra nel suo più alto splendore. Il mio grazie va anzitutto a Lei, signor Direttore, che ha preso l'iniziativa di questo dono che mi viene oggi offerto, e che oggi è anche nostro ospite, così come tante volte mi è stato largo di ospitalità. Il grazie va poi a entrambi i Colleghi che Lei secondo antica consuetudine ha voluto stabilire come miei *sponsores* e che, posso dire, tengono a battesimo se non l'autore, certo il suo *opus* nella veste italiana, come autentici padrini: il professor Mengoni, che io conosco dalle sue opere significative e l'amico Pugliese a cui mi legano tanti rapporti personali — rapporti che, per quanto mi concerne, si fondano sulla grande stima di fronte alla sua personalità e alla eccezionale opera di romanista e — posso

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

forse aggiungere — su una convergenza delle vedute che va oltre il semplice *consensus doctorum*. Ma soprattutto il mio grazie si rivolge anche a entrambi i colleghi che sono gli autentici protagonisti di questa ora festosa, i colleghi Santarelli e Fusco. Essi, in una divisione del lavoro che corrisponde al punto focale dei loro interessi, hanno preso su di sé generosamente e con sensibilità il pesante onere della traduzione e l'hanno condotta ad una così ammirevole conclusione. Esprimo il mio ringraziamento nella piena consapevolezza del debito che ho contratto verso entrambi. È la più bella testimonianza di amicizia scientifica e spirituale, quando uno studioso considera l'opera di un altro degna di questo sforzo, e quando egli, sacrificando la propria preziosa produttività, dedica mesi e anni delle sue forze di lavoro, della sua recettiva sensibilità e della sua capacità di modellazione linguistica per fare di un'opera straniera parte integrante del *thesaurus* scientifico della sua patria.

Sulla riuscita di questa iniziativa posso a titolo personale giudicare solo con la limitata competenza che mi dà una lunga frequentazione ed una simpatia di tutta una vita per la vostra lingua gloriosa; ma la mia ammirazione viene rafforzata dal giudizio dei vostri compatrioti che lodano l'opera e che in quest'ora festosa tributano la loro ammirazione ancor più ai traduttori che all'autore.

Mi spetta invece un giudizio più qualificato sulle difficoltà straordinarie che entrambi voi avete dominato con questa traduzione. Queste difficoltà non riguardavano l'oggetto dell'opera originale. E chi potrebbe essere più familiare di voi con i motivi conduttori europei ed anche tedeschi del libro? Le difficoltà stavano molto più nella lingua e nelle modalità espressive dell'opera che vi stava di fronte. La lingua scientifica del mio paese si segnala, nei casi migliori, per autonomia, ricchezza di pensiero, e una non sempre soltanto approvabile ' profondità '. Ma è raro che si raggiunga la limpida chiarezza delle lingue latine. Spesso rimane un resto delle nebbie ossianiche, del grigio cielo del nord. E a questo si aggiungevano purtroppo anche vizi individuali dell'autore, con i quali la vostra traduzione ha dovuto fare i conti. Questo autore crede di conoscere le proprie debolezze. Certo, egli si è sforzato per decenni di incanalare o almeno di disciplinare un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

poco la massa ribollente di pensieri che scaturisce da una fantasia sempre disponibile e da una forse troppo spontanea tendenza alle associazioni. Forse in questo la seconda edizione ha fatto qualche piccolo progresso rispetto alla prima. Ma le particolarità più dure agli occhi di un traduttore sono rimaste. Voglio dire una specie di 'tic' nella sfumatura estrema della caratterizzazione, che si può forse più spiegare che giustificare come tensione alla massima precisione dell'intendere idiografico individualizzante. Cosa può mai dire un traduttore che, ad esempio, a pagina 311 dell'originale, trova Samuel Pufendorf caratterizzato come un «pausbäckiger Pragmatiker des Hochbarock» (!)? Questo 'tic' crea sforzo anche per lo studioso italiano perfettamente familiare con la letteratura scientifica tedesca. Anzi, più che sforzo quasi un tormento, in opposizione per esempio al facile, nitido, regolare scorrere della dizione di un Max Kaser. Consentitemi perciò quale autore dell'originale di confessare con quanta ammirazione io vedo come i traduttori abbiano dappertutto centrato anche le più recondite sfumature, come abbiano dappertutto reso il testo più classico, più umanistico, ed abbiano assimilato alla letteratura giuridica italiana il fiume ricco, ma anche alluvionale dei pensieri. Ancora una volta il mio profondo ammirato ringraziamento!

Questo ringraziamento si rivolge ai traduttori, all'editore e ai padrini dell'opera anche in quanto plenipotenziari qualificati della scienza giuridica del loro paese. È un grande onore per un autore straniero, quando un paese amico si decide alla traduzione di un'opera di ampio respiro e l'accoglie, per così dire, in adozione. Perché in questo si esprime il giudizio che valga la pena di affrontare la grande fatica della traduzione per rendere accessibile ai giuristi cólti ed agli studenti del proprio paese un libro la cui lingua in generale viene compresa solo dallo scienziato specialista. Nel mio caso il giudizio mi onora tanto maggiormente in quanto non c'è dubbio che la storiografia italiana già dallo scorso secolo dispone di un cospicuo patrimonio di buoni, anzi classici, manuali storici sullo stesso tema, cioè sullo *jus commune* europeo, così come sulla più antica e sulla più recente storia del diritto privato italiano. Il mio dubbio se sia valsa veramente la pena è alleggerito solo da questo pensiero: l'Italia, bilancia della scienza giuridica europea, ha un interesse legittimo alla conoscenza delle

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

forme particolari che questa scienza giuridica ha assunto negli altri principali paesi europei. L'Italia guarda con fierezza agli effetti rilevanti che i corifei e i διδάσκαλοι τῆς οἰκουμένης di origine italiana hanno avuto sugli ultramontani. E in questa fierezza essa può anche accogliere quanto, di tempo in tempo, da quei luoghi le viene in qualche modo restituito. Si tratti dei culti francesi e olandesi, si tratti della Scuola Storica o della Pandettistica. In questo senso un'informazione sopra la storia del diritto privato moderno, con particolare considerazione della evoluzione tedesca, può avere interesse anche per il lettore italiano, quando anche si tratti del più modesto degli autori.

Se posso dire, terminando, ancora poche parole sull'originale, questo non accade certo per autocompiacimento. Penso piuttosto che forse ha un certo interesse anche per loro sapere qualcosa sulla motivazione, sulla genesi e sul piano di lavoro dalla viva voce dell'autore; sebbene anche su questo, in verità, informino più approfonditamente e obbiettivamente le introduzioni dei traduttori. Il concepimento dei mio libro fu occasionato da un tardivo ma utile e positivo passo avanti della storiografia giuridica tedesca. Voi tutti sapete come sotto l'influsso di idee romantico-nazionalistiche, ed anche nazionaldemocratiche, la scuola storica tedesca si sia divisa nei due fronti dei ' romanisti ' e dei ' germanisti '. Quando le passioni si placarono, si mantenne nel sistema delle lezioni e dei manuali lo scisma tra una storia del diritto ' romana ' e una ' tedesca ', tra un diritto privato ' romano ' e uno ' tedesco '. Il risultato paradossale fu che per il periodo moderno, cioè nel nord-Europa a partire dalla completa recezione del diritto romano, mancava qualunque esposizione coerente e tendenzialmente completa, perché i romanisti si limitavano al diritto romano antico e i germanisti alla storia giuridica del Medioevo in terra tedesca. Solo occasionalmente aggiungevano a questa trattazione, come *additamentum*, l'evoluzione del diritto privato fino al 1789. Rimase completamente orfano lo *jus commune* medioevale e, in genere, anche la storia del diritto privato moderno, come un insieme, come totalità. Si pone quale merito di un eccellente germanista il fatto che egli — durante la sua provvisoria attività ministeriale — mise termine a questa situazione rendendo obbligatorio per gli studenti la materia della storia del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto tedesco moderno. E questa innovazione fu naturalmente, e a buon diritto, salutata con favore proprio dai più intelligenti e 'moderni' fra gli storici.

La mia prima edizione (1952) è nata da lezioni in questo nuovo ambito di studio. Le mie intenzioni erano all'inizio rivolte nella seguente direzione: la lacuna dei nostri studi, di cui ho già parlato, esigeva un'esposizione complessiva dall'inizio del Medioevo fino alla soglia del periodo contemporaneo, come veniva già offerta in molti manuali della storia del diritto italiano. Inoltre, era ovvio per lo storico del diritto culturalmente provveduto, prima di qualsiasi ideologia europeistica, che l'evoluzione del diritto in Europa fosse un processo unitario, e che la storia dei diritti nazionali fosse solo un caso particolare di quella. In questo senso le parole del titolo « con particolare riguardo all'evoluzione tedesca », indicavano già nel 1952 molto esattamente le mie intenzioni, e anche il mio modo di vedere. Infine, era chiaro che purtroppo la mia esposizione non poteva diventare in alcun modo una storia degli istituti o dei dogmi privatistici, perché — diversamente che in Italia — mancavano a quell'epoca sufficienti indagini di dettaglio nell'ambito del diritto comune e dell'*usus modernus*. Questa mancanza è stata poi almeno in parte colmata attraverso le ricerche dell'Istituto Max-Planck di Francoforte per la storia del diritto europeo e di altri centri negli ultimi trent'anni. A questa rinuncia alla storia dei dogmi e degli istituti si collega un'altra debolezza della mia esposizione, che si sente ancor oggi e che è stata oggetto di qualche critica. Il contesto socio-economico, dal quale naturalmente la storia degli istituti privatistici non può essere separata, finisce per rimanere molto in ombra, almeno per i periodi più antichi, rispetto agli aspetti di storia costituzionale e di storia delle idee. Solo per la storia del diritto privato a partire dalla Rivoluzione francese prende un qualche maggior rilievo. Io non credo che il mio libro venga accusato di ristrettezza di orizzonti o di chiusura specialistico-positivistica, ma certo in questa integrazione delle connessioni sul piano della storia delle idee sono andato qualche volta proprio fino al limite del consentito.

Concludo con un'osservazione che spero possa essere gradita, soprattutto all'editore ed ai traduttori. Per quanto è dato umanamente di prevedere, non scriverò alcuna terza edizione. Anzitutto,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mi tengono occupato da un buon decennio gli impegni assunti per il manuale delle scienze dell'antichità di Beck; in secondo luogo, l'aumento esponenziale della ricerca monografica in questo campo rende praticamente impossibile all'autore tenere il passo con una trattazione complessiva. Tutt'al più ci saranno ristampe della seconda edizione e i lettori italiani non dovranno temere di doversi contentare dei resti di un pranzo di avantieri, mentre i compatrioti dell'autore possono già banchettare con nuove vivande.

Sono giunto al termine. Abbiate tutti ancora una volta il mio commosso e confuso grazie per il grande onore e per la amicizia che mi avete testimoniato con il dono di quest'ora di festa e di grande, indimenticabile gioia. Vada a tutti questo mio grazie agli ospiti ed agli editori, agli sponsores o padrini, ma soprattutto agli animosi e generosi, agli acuti e sensibili traduttori! ».

Il 28 maggio infine Gino GORLA, Ordinario f.r. di Diritto privato comparato nell'Università di Roma, ha presentato la traduzione italiana, promossa dal Centro, del volume di Peter STEIN e John SHAND ' Legal Values in Western Society '. Ha partecipato anche uno degli autori, Peter STEIN, *Regius Professor of Civil Law* nell'Università di Cambridge.

Red.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È giusto che le nostre pagine serbino un segno di due vuoti dolorosi che si sono verificati, per la comunità dei ' Quaderni ', durante l'anno 1980. Dapprima, il 14 agosto, la morte di Pietro Piovani, Ordinario di Filosofia morale nella Università di Napoli, autore di non dimenticabili saggi e organizzatore provetto di ammirevoli iniziative nel campo della storia del pensiero filosofico, politico, giuridico. Poi, il 7 ottobre, la scomparsa di Guido Astuti, Giudice della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, ma storico del diritto per sicura vocazione, per formazione culturale e presenza scientifica, per costante incardinamento accademico. Chi scorrerà l'indice dei dieci volumi dei ' Quaderni ' sino ad oggi pubblicati non troverà i nomi di Piovani e di Astuti fra i collaboratori, ma essi sono stati sempre nel novero degli amici più preziosi, di quelli che sin dall'inizio ci furono vicini con la attenzione, con il consiglio, con il pronto affettuoso incoraggiamento. Siamo perciò grati ad Enrico Opocher e a Mario Caravale di aver raccolto generosamente il nostro invito e di aver ricordato i due amici scomparsi, come ad essi stessi sarebbe piaciuto: ricostruendo cioè, sobriamente ed efficacemente, il loro singolare itinerario di studiosi.

P. G.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ENRICO OPOCHER

RICORDO DI PIETRO PIOVANI

Pietro Piovani, scomparso il 14 Agosto 1980, ha avuto un destino crudele, come se una misteriosa legge di contrapasso (o, per dirla con Erodoto, un'irrazionale « invidia degli dei ») avesse voluto togliergli prematuramente quei doni preziosi che la natura gli aveva tanto generosamente largito e che avevano fatto di lui uno studioso di eccezione, un amico carissimo, un maestro amato con devozione dai suoi allievi. Forse ignaro della vera natura del male inesorabile che lo aveva colpito da tempo e che, in seguito ad un delicato intervento, gli aveva sfigurato il volto ed ostacolato l'uso della parola, dovette assistere con intatta coscienza e perciò con crescente angoscia al declino delle sue forze, all'oscurarsi nella sua mente di quel mondo armonico della cultura che era stato la ragione stessa della sua vita e nel quale si era impegnato con la rara perizia e l'eleganza che tutti gli riconoscevano. Era già arrivato al punto più alto del suo itinerario terreno. A quel punto in cui lo studioso, ormai sazio di ciò che ha donato, tende a raccogliersi in profondità di spirito e a meditare liberamente sul più riposto significato della sua vita. Ma questa estrema consolazione, che rinnova nello studioso l'estremo sogno di Faust, non gli fu concessa: dietro l'angolo lo aspettava la morte.

Nello scriverne mi trema la mano perché è contro natura questo mio ricordare Pietro Piovani che era più giovane di me e che ho visto, per così dire, nascere agli studi sotto l'incomparabile ed amorosa guida di Giuseppe Capograssi. Fu proprio in quel salottino di Viale Mazzini, attraverso il quale ho visto passare, tra il 1938 ed il 1956, intere generazioni di studiosi (e come non rivedere, in questo momento, le care figure, anch'esse scomparse, di Lopez de Oñate, Esposito, Cammarata, Satta, Astuti,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Castelli, che erano tra i più assidui frequentatori?) che Capograssi mi parlò per la prima volta di un gruppetto di « giovani napolitani », come egli diceva, degni di molta attenzione. In questo gruppo c'era anche Pietro Piovani. Volle poi farmelo conoscere. Sapevamo ormai tutto l'uno dell'altro e rappresentavamo, in qualche modo, l'anello di congiunzione tra il magistero patavino e quello napoletano del Maestro. Piovani mi apparve allora come un giovane intelligentissimo, dalla mente chiara ed ordinata, già ricco di cultura ed avido di esperienze intellettuali. Quando, in seguito, mi mandò il suo scritto sul Critone e, più avanti, il libro sul Rosmini, che fu il suo primo lavoro storico di ampio respiro (*La teoria sociale di Rosmini*, Padova, 1957), mi resi conto che era ormai nato un rilevante studioso. E mi resi anche conto di ciò che lo univa e di ciò che lo distaccava da Capograssi. Lo univa la comune passione per la storia e, nell'ambito di questa, la singolare capacità di intendere il mondo dell'individuale secondo quella linea vichiana che era, del resto, profondamente radicata nella matrice culturale napoletana di ambedue. E lo univa pure l'interesse per il mondo morale nella sua unità. Forse, più ancora che per Capograssi, il problema del diritto era per Piovani soltanto una preziosa via di accesso all'universo mondo morale. Ma, detto ciò, bisogna anche dire che Piovani aveva, come uomo e come studioso, un temperamento molto diverso da quello di Capograssi. A questo proposito il punto più importante consiste nel fatto che, mentre Capograssi diffidava della ragione e ne sottolineava pascalianamente i limiti, sia per i presupposti religiosi del suo pensiero, sia per l'influenza che aveva esercitato su di lui l'intuizionismo francese, sia, infine, per la rara forza, ma anche per la delicatezza, con le quali sapeva penetrare nel mondo dell'emozionale, Piovani, pur senza cadere nel razionalismo, aveva una forte vocazione per la razionalità. Il suo discorso era sempre di tipo cartesiano e, in fondo, diffidava di quella « fantasia speculativa » — (che è, in realtà, nel filosofo, il segno di un temperamento artistico) della quale era invece dotatissimo Capograssi. Perciò, mentre quest'ultimo approfondiva l'umana esperienza (quella che era divenuta nelle sue opere la « esperienza comune ») anche con l'aiuto dei poeti e dei romanzieri — pensiamo a ciò che avevano rappresentato, nella formazione del suo pensiero,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dante, Manzoni, Dostoevskij — Piovani, pur sensibilissimo al fascino della letteratura alla quale volentieri attingeva per dare più immediatezza ed eleganza al suo discorso, si affidava, piuttosto, ad un continuo, attento e ragionato confronto con le grandi posizioni del pensiero e ad una impeccabile analisi dei precedenti storici delle tesi che andava svolgendo. E, di conseguenza, mentre la eccezionale forza di pensiero di Capograssi traboccava oltre i limiti formali dei suoi lavori e travolgeva talora impavidamente le stesse regole tradizionali che presiedono, nella repubblica di quelli che egli chiamava gli « addottrinati », alla costruzione esteriore di un libro, la razionalità di Piovani si risolveva in una singolare « capacità » (l'espressione, riferita a Piovani, è proprio di Capograssi!) di costruire libri eleganti dalle impeccabili, preziose e qualche volta addirittura sofisticate, citazioni. E, ciò che è ancora più importante, in una prospettiva dei problemi che, senza naturalmente abbandonare mai la trama sottile delle implicazioni teoretiche, dava ai suoi lavori una rilevanza del tutto particolare nel campo delle interpretazioni storiche. Diciamolo chiaramente: Piovani era soprattutto vocato per la storia della filosofia ed, in questo ambito, il filosofo si misurava in lui continuamente con l'erudito. Bisogna anche dire, però, che queste spiccate attitudini di Piovani non si adagiarono mai nella pedanteria. La precisione, il taglio prevalentemente storico che egli dava alle sue tesi, derivavano, infatti, oltre che dalla razionalità della quale ho detto e dal rispetto per l'individualità storica dei pensatori e dei problemi tra i quali si muoveva, da una specie di impegno morale, da una scrupolosità professionale che discendeva dal più profondo della sua coscienza.

Non è naturalmente possibile, in questa sede, entrare nel vivo delle tesi che egli ebbe a sostenere intorno al diritto, ai concetti morali, ai filosofi che ebbe più particolarmente ad interpretare. Ma è ben possibile cogliere la fondamentale linea di sviluppo che rende profondamente unitaria la sua opera. Il punto focale di tale linea è indubbiamente costituito da un progressivo approfondimento dei problemi connessi alla concezione del diritto come attività. Gli appunti del suo primo corso di Filosofia del diritto e successivamente la sua prolusione fiorentina (Riv. internaz. di Fil. del diritto, 1956, vol. XXXIII, pag. 583) lo indicano chia-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ramente. E pure evidente è il suo particolarissimo interessamento per quei filosofi che, come Vico, Rosmini, Hegel, Capograssi, gli sembravano, anche se in diverse guise, più vicini a quel modo di considerare il diritto. Ma l'approfondimento della concezione del diritto come attività rendeva sempre più imperiosa, in Piovani, l'esigenza di superare gli schemi tradizionali (quasi tutti di origine empirica o connessi comunque alla travagliata genesi della Filosofia del diritto moderna o alla particolare posizione della Filosofia del diritto accanto alle discipline giuridiche) attraverso i quali la Filosofia del diritto era andata, particolarmente con il neokantismo, assicurando la sua autonomia di disciplina filosofica particolare. E bisogna subito riconoscere che egli aveva ben ragione di ritenere che solo la concezione del diritto come attività potesse permettere di dare a quegli schemi il loro giusto valore e di prospettare, di conseguenza, i problemi del diritto in termini rigorosamente filosofici, come del resto i neoidealisti italiani e lo stesso Capograssi avevano, dal loro angolo visuale, già sostenuto. Tutto ciò, peraltro, determinò, nello sviluppo del pensiero di Piovani, due rilevanti conseguenze. La prima negativa, la seconda altamente positiva. Quella negativa consiste nel fatto che egli finì con l'abbandonare (contrariamente a quanto aveva fatto Capograssi) ogni specifico interesse per la teoria generale del diritto e, in genere, per i problemi concreti della vita giuridica. L'unico scritto di Piovani su questa tematica restò perciò quello giovanile sul principio di effettività (*Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953) che, del resto, affronta problemi di teoria generale del diritto proprio al livello più sensibile alle dimensioni storiche della vita giuridica e, quindi, ad alcuni fondamentali presupposti della concezione del diritto come attività. La seconda conseguenza, questa volta positiva, è invece costituita dall'esigenza di riesaminare i temi fondamentali della filosofia del diritto dal punto di vista della filosofia generale ed, in particolare, dell'etica. Ed è proprio questo l'atteggiamento che porterà Piovani ad un vero e proprio allargamento degli orizzonti filosofico-giuridici e ad approfondimenti talora fecondissimi. La filosofia del diritto di Piovani sta tutta qui e gravita intorno a tre fondamentali volumi: quello ancora giovanile su *Normatività e società* (Napoli, 1949) nel quale discioglie preliminarmente le astrattezze

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del normativismo giuridico scoprendo le più riposte radici sociali del principio di normatività; *Giusnaturalismo ed etica moderna* (Bari, 1961) nel quale si eleva ad una revisione critica, molto più profonda di quelle consuete, della prospettiva giusnaturalistica dal punto di vista delle premesse « individualizzanti » e perciò storicistiche dell'etica moderna; *La Filosofia del diritto come scienza filosofica* (Milano, 1963) nella quale delinea, sulla base delle opere precedenti e con nutriti riferimenti a Vico, Hegel e Rosmini, il suo modo di intendere la Filosofia del diritto. Era, tuttavia inevitabile che la più profonda vocazione di Piovani finisse con l'emergere in modo esclusivo. E, infatti, l'ultima fase del pensiero di Piovani, che coincide non a caso con il trasferimento dalla cattedra romana di Filosofia del diritto a quella napoletana di Filosofia morale, sta sotto il segno dei problemi generali dell'etica, alla quale tuttavia apporta proprio i risultati più fecondi dei periodi precedenti: lo studio del diritto come attività sboccia così in una concezione etica di ispirazione prevalentemente vichiana, ma nella quale va anche sottolineata la felice capacità di conciliare la sua formazione assolutamente classica con una sensibilità squisita per le istanze del pensiero contemporaneo e, in modo particolare, per quelle dell'etica esistenzialistica. La premessa metodologica di questa ultima e più matura e più originale fase del pensiero di Piovani è costituita da due importanti lavori: uno su *Filosofia e storia delle idee* (Bari, 1965); l'altro su *Conoscenza storica e coscienza morale* (Napoli, 1966). Ed il frutto più cospicuo è costituito dai *Principii di una filosofia della morale* (Napoli, 1972) e dal suo contributo al volume collettaneo da lui promosso *L'etica della situazione* (Napoli, 1974).

Per la sua opera e per le raffinate iniziative culturali che vi si accompagnarono (tra le quali va ricordato soprattutto il *Bollettino del centro di studi vichiani*) Pietro Piovani sarà giustamente ricordato dagli studiosi come l'ultimo, degno, rappresentante di quella tradizione culturale napoletana che, muovendo dal Vico e continuando con i De Sanctis ed i Croce, ha tanto contribuito a rinnovare la cultura del nostro paese. Ma, come testimone della sua vita, non posso certamente disgiungere in Pietro Piovani l'uomo dallo studioso. E ricordando l'uomo, mi preme sottolineare un fatto non sempre avvertito da chi ebbe ad avere con lui rap-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

porti puramente intellettuali o, peggio, puramente accademici. E cioè come, sotto a tanta compostezza ed eleganza di pensiero, sotto ad una così marcata razionalità, sotto ad una così rara capacità di espressione formale, sotto quel tocco di sottile ironia che caratterizzava la sua conversazione, si nascondesse un temperamento appassionato e romanticamente nostalgico. Egli era, infatti, profondamente affezionato alle persone ed alle cose che si erano accompagnate alla sua vita, specie alla sua giovinezza, e, sotto questo aspetto, l'inevitabile usura del tempo aveva aperto nel suo cuore ferite tanto più insanabili quanto più nascoste. La morte di Capograssi, insostituibile oggetto di ogni suo pensiero e di ogni sua preoccupazione, la lunga anche se non continua lontananza dalla sua Napoli e dalla sua famiglia specie nel periodo del suo travagliato insegnamento romano, la scomparsa del padre e soprattutto dell'amatissima madre, la sempre più rovinosa crisi di quel mondo universitario al quale aveva dedicato ormai ogni sua cura e che aveva finito con il sostituire a quella famiglia che non aveva voluto formarsi e addolcire in qualche modo il rimpianto per quella che aveva in gran parte perduto, lo avevano profondamente turbato. E solo l'affetto per la diletta sorella e per l'affezionato, fedelissimo, discepolo, diventato ormai a sua volta degno continuatore della sua opera, gli permisero di reggere. Ma l'ultimo anno della sua vita, quando la malattia che lo aveva colto lo sottopose a penose limitazioni e si dimostrò irreversibile, fu aspro ed amaro. E di questa sua amarezza sono pregne le sue ultime parole. Quelle scritte a me un mese prima della morte, ma, soprattutto, quelle pubblicate sul *Bollettino del centro di studi vichiani*, nell'ultimo numero da lui curato, che assumono ora il significato di un vero e proprio testamento spirituale: « enormi, incalcolabili, imprevedibili sommovimenti scuotono il mondo e cambiano i caratteri di quello che, per alcuni secoli, è stato il concetto stesso della cultura. In cospetto di una filosofia della cultura radicalmente rinnovantesi, sotto la pacata serenità dell'indagine controllata, lontana da ogni colorita seduzione di tipo spengleriano, nessuna preoccupazione più vichiana che attestare con serietà la presenza del filosofo il quale, come nessun altro pensatore, ha sentito la forza teoretica eccezionale che va attribuita alle modificazioni, ai trapassi, ai declini, ai

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

crolli, alle pause, agli avvizzimenti, ai rigoglii della civiltà nella storia dell'uomo ». Il singolare rapporto di queste parole con quelle scritte da Capograssi alla fine della sua *Introduzione alla vita etica* (ed anche queste furono « ultime parole » ed, anzi, una specie di profetico congedo dal mondo) è evidente. Ma è anche evidente il loro diverso spirito che ancora una volta esprime la diversità di temperamento che caratterizzava Capograssi e Piovani. In Capograssi, il protagonista del rilevato sconvolgimento è soprattutto l'uomo in quanto tale ed il fosco, drammatico, declino che gli predice si stempera nella speranza cristiana (la salvazione dell'uomo sta proprio in questo suo essere messo in croce!). In Piovani, il protagonista è soprattutto lo studioso e l'unico motivo di consolazione è dato dalla possibilità di studiare con spirito vichiano i sommovimenti della storia.

In questo sofferto insegnamento di ispirazione vichiana sì, ma anche pregno di razionalità stoica, c'è tutto Piovani. Il Piovani che abbiamo ammirato ed amato e che ora piangiamo con struggente nostalgia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MARIO CARAVALE

RICORDO DI GUIDO ASTUTI

Il giorno 7 ottobre 1980 è morto a Roma Guido Astuti. Una perdita gravissima per i suoi tanti amici e allievi e per l'intera storiografia giuridica italiana, della quale egli è stato a lungo uno dei massimi esponenti. La sua produzione scientifica, che si è protratta per quasi mezzo secolo, ricchissima e variegata, costituisce uno dei contributi più alti e significativi che la ricerca storico-giuridica ha ricevuto negli ultimi anni.

Guido Astuti si era formato alla scuola di Federico Patetta. Dal suo insegnamento aveva maturato l'interesse per lo studio della dottrina giuridica dell'età intermedia, il gusto della ricerca sulle fonti, da lui aveva appreso il metodo critico dell'indagine filologica, dalla sua lezione aveva derivato l'esigenza di valorizzare i risultati della ricerca erudita e di quella storica al fine della ricostruzione degli istituti giuridici nel passato (1). Il Patetta, peraltro, non fu il solo ad influenzare la formazione del giovane Astuti. Nella Facoltà giuridica di Torino — che l'Astuti frequentò alla fine degli anni venti e dove si laureò, giovanissimo, il 13 luglio 1931 — egli si avvalse dell'insegnamento di alcuni tra i maggiori maestri della scienza giuridica ed economica italiana dell'epoca (2). Attraverso le loro lezioni egli ebbe modo di venire a contatto con una cultura raffinata e approfondita, di respiro europeo, e nello stesso tempo di apprendere un indirizzo metodologico che,

---

(1) Sull'opera del Patetta si vedano soprattutto Luigi BULFERETTI, *Prefazione* a F. PATETTA, *Storia del diritto italiano*, Torino 1946 e Bruno PARADISI, *Apologia della storia giuridica*, Bologna 1973, *ad Indicem*.

(2) Al riguardo si vedano Giuseppe GROSSO, *La Facoltà giuridica dell'Università torinese negli anni venti*, in *Studi piemontesi*, I, 2 (1972), pp. 93-97 e Norberto BOBBIO, *Trent'anni di storia della cultura a Torino (1920-1950)*, pp. 21-33.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nello studio del diritto positivo come in quello del diritto romano, privilegiava decisamente il momento sistematico e dogmatico (3). In particolare, nel settore romanistico l'insegnamento di Gino Segrè si riallacciava alla tradizione pandettistica, arricchendola, peraltro, dei contributi portati dai più recenti indirizzi interpolazionistico e storicistico (4).

I primi lavori dell'Astuti presentano chiari segni di questa complessa formazione culturale. Nei pochi anni che separano il conseguimento della laurea dalla vittoria del concorso a cattedra (1937), egli pubblicò numerosi studi, nei quali mostrava di possedere una vastissima cultura storico-giuridica e storico-economica, di avere piena padronanza del metodo filologico. Da tali studi, inoltre, si manifesta chiaramente la sua originale personalità di studioso sia nella scelta delle tematiche, sia nell'indirizzo metodologico. I primi interessi dell'Astuti sono rivolti alla storia del diritto commerciale. Nel 1933 egli pubblicò a Casale Monferrato la monografia *Origini e svolgimento storico della commenda fino al secolo XIII*, nella quale gli aspetti formali dell'istituto nei vari momenti storici e nelle varie zone dell'area mediterranea erano studiati in stretto collegamento con l'evoluzione e le caratteristiche della realtà dei traffici mercantili cui la commenda si riferiva. L'indagine si rivolgeva, peraltro, in modo prevalente alla ricostruzione della disciplina giuridica, dei dati formali dell'istituto in esame; così che l'analisi della sottostante vita economica era vista come strumento per chiarire le varie fasi storiche della commenda e non già come mezzo da solo capace di spiegare la natura formale dell'istituto medesimo, la cui costruzione restava da quella autonoma (5). Sempre nel 1933 l'Astuti pubblicò a Torino

(3) Il carattere « astratto e formalistico » dell'insegnamento impartito presso la Facoltà giuridica di Torino è sottolineato da Bruno BONGIOVANNI - Fabio LEVI, *L'Università di Torino durante il fascismo. Le Facoltà umanistiche e il Politecnico*, Torino 1976, p. 40. Anche il Grosso lo riconosce, pur affermando che « la storia costituiva il fondo essenziale dell'insegnamento del diritto » (G. GROSSO, *La Facoltà*, cit., p. 96).

(4) Su Gino Segrè si veda il ricordo scritto dall'Astuti in *Archivio giuridico*, s. 5, X (1943), pp. 190-206 e Giuseppe GROSSO, *Segrè Gino*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVI, pp. 931 s.

(5) Su questo studio dell'Astuti si veda la recensione di Gino LUZZATTO, in *Rivista di storia del diritto italiano*, IX (1956), pp. 336-340.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

i *Rendiconti mercantili inediti del cartolare di Giovanni Scriba* e l'anno successivo, ancora a Torino, *Il libro dell'entrata e dell'uscita di una compagnia mercantile senese del secolo XIII: 1277-1282.* Si tratta di due fonti di grande interesse per la storia economica e per la storia del diritto commerciale nell'età medievale, le cui edizioni l'Astuti curò con notevole finezza filologica. Il suo interesse, comunque, non era solo erudito: nelle introduzioni — che si distinguono, tra l'altro, per la vasta conoscenza della letteratura storica italiana e straniera — egli indicava i contributi che le fonti medesime offrivano alla ricostruzione degli istituti giuridici, all'individuazione dei loro caratteri formali e della disciplina da essi offerta.

Ancora più compiutamente la personalità scientifica dell'Astuti si espresse nei lavori che videro la luce nel 1937, due studi sulla dottrina italiana del Cinquecento, due saggi di storia del diritto privato. Quanto ai primi, egli pubblicò l'edizione dei *De iuris interpretibus dialogi sex* di Alberico Gentili e la monografia *Mos italicus e mos gallicus nei dialoghi « De iuris interpretibus » di Alberico Gentili.* Questi studi colmavano una lacuna della ricerca storico-giuridica italiana, la quale si era soprattutto interessata alla giurisprudenza dell'età medievale e aveva finito col trascurare, considerandola di minor momento, la dottrina delle epoche successive (6). Nella scelta del tema e nel metodo di indagine si trova chiaramente l'influenza della lezione del Patetta, del suo interesse verso la dottrina giuridica, del suo gusto per il mondo della cultura umanistica e rinascimentale. Ma accanto ad essa si manifesta, altrettanto chiaramente, l'originale personalità scientifica dell'Astuti. Che l'indagine sul pensiero del Gentili, analizzato in profondità e esattamente collocato all'interno del grande dibattito tra culti e bartolisti, sembra fornire al giovane studioso soprattutto l'occasione per riflettere sul significato della tradizione italiana dello studio del diritto, la quale, avvalendosi anche delle indagini filologiche e di quelle storiche, ha per principale obiettivo l'elaborazione dogmatica, la costruzione dei dati formali degli istituti giuridici.

---

(6) B. PARADISI, *Apologia*, cit., p. 224 attribuisce all'Astuti il merito di aver dato inizio « agli studi storico-giuridici sul Rinascimento nella giovane letteratura ».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Particolarmente significativi sono, poi, gli altri due saggi, *Studi preliminari intorno alla promessa di pagamento. Il costituto di debito*, I (in *Annali della Facoltà giuridica di Camerino*, XI, 2) e *Pactum geminatum* (in *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, I). Il primo è uno studio esclusivamente romanistico, condotto secondo il metodo seguito dal Segrè, come espressamente l'Astuti dichiarava. La dottrina romana era esaminata con grande capacità interpretativa, allo scopo di individuare la costruzione dogmatica da questa elaborata e l'evoluzione della medesima dall'età classica a quella giustinianea. La tradizione pandettistica, dunque, veniva vivificata dalla prospettiva storica, in modo da precisare la riflessione teorica cui la giurisprudenza era pervenuta in ogni singola epoca e indicare le linee e le ragioni del passaggio dall'uno all'altro momento. Il medesimo indirizzo metodologico l'Astuti seguiva, poi, nel secondo saggio, tutto incentrato sull'analisi della dottrina medievale sui patti. Coerente con la lezione del Patetta — che per la ricostruzione degli istituti giuridici nel Medio Evo privilegiava l'esame della dottrina —, l'Astuti analizzava, con grande profondità e finezza, il pensiero dei giuristi e su questa base ricostruiva « i principi e i concetti dommatici » dell'« obbligatorietà del p.g. » (p. 241). All'interno della dottrina medievale egli individuava due fasi principali: la prima, che arrivava al secolo XIII, si era diretta a elaborare la teoria del *pactum geminatum* e a indicare gli effetti obbligatori del medesimo; la seconda, che iniziava nel secolo XIV, aveva precisato il significato di quello nell'ambito della categoria dei patti nudi, quale eccezione al principio « nuda pactio obligationem non parit ». Il saggio sul patto geminato, allora, sembra essere il corrispettivo italianistico dell'altro lavoro romanistico. Al pari di quanto aveva fatto in quest'ultimo, l'Astuti esaminava storicamente la dottrina, non già per cogliere le influenze che sulla stessa aveva avuto l'evoluzione storica, bensì per individuare i termini della costruzione dogmatica propri di ogni singola epoca. A questo fine venivano utilizzati i contributi di ricerche erudite e di ricerche storiche.

Dall'esame di questi primi lavori sembra, dunque, già maturata la scelta metodologica dell'Astuti. Al pari di altri giovani studiosi di quegli anni, anche egli avvertiva urgente l'esigenza di far superare alla storiografia giuridica dell'età intermedia la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fase delle ricerche meramente filologiche, le discussioni sulle origini degli istituti medievali, le indagini erudite. Ma mentre altri, come il Calasso, andavano applicando allo studio della storia del diritto l'insegnamento del Croce, l'Astuti si rifaceva alla metodologia prevalente nella scienza romanistica, di più antica e consistente elaborazione, quasi a ribadire che lo storico del diritto intermedio aveva col romanista « la comune origine pandettistica delle sue indagini » (7).

L'indirizzo scelto dall'Astuti risulta chiaramente in una successiva monografia, tutta romanistica, *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituto di debitq*, Milano 1981. Lo studio riprendeva e ampliava la ricerca intorno al costituto di debito apparsa nel 1937 e analizzava l'evoluzione della costruzione dogmatica romana dall'età classica alla giustinianea e bizantina. Il lavoro appare perfettamente conforme all'indirizzo degli studi romanistici che nello stesso torno d'anni Giuseppe Grosso teorizzava. « Il diritto », diceva il Grosso, « ha ... le esigenze di uno studio sistematico costruttivo ... Questo studio sistematico deve essere oggi animato dalla prospettiva storica, che vi dà un contenuto vivo ... Questa visione storico giuridica ... assegna la sua funzione meramente strumentale a tutto ciò che è apparato critico, ricerca di interpolazioni ecc. Il nostro scopo ... è di ... prospettare diverse fasi, diverse impostazioni di problemi giuridici, diverse costruzioni, per ricostruire il sistema del diritto nelle varie fasi di sviluppo, sotto l'influenza di vari fattori » (8). Un'impostazione metodologica, questa, che all'Astuti appariva pienamente valida anche per lo studio degli istituti di diritto privato dell'età intermedia.

Nello stesso periodo l'Astuti si dedicò anche ad altre ricerche. Ritornò sul tema della giurisprudenza umanistica e rinascimentale con il saggio *La giurisprudenza culta e l'interpretazione del Corpus iuris*, Catania 1940; affrontò di nuovo problematiche di storia del diritto commerciale con *Note sulla collegantia veneta*, in *Studi di storia e diritto in onore di Arrigo Solmi*, Milano 1941;

(7) L'espressione è di B. PARADISI, *Apologia*, cit., p. 178.

(8) G. GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*, Torino 1940, pp. 35 s.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riprese ricerche sulle fonti con *Di un'antica raccolta di questioni di diritto internazionale*, in *Annali della Facoltà giuridica di Camerino*, XII (1938) e *Breve Portus Kalleretani*, in *Il diritto marittimo*, XLI (1939). Non per questo abbandonò gli studi di storia del diritto privato. Proprio di questi anni è, infatti, un saggio di grande interesse, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto comune*, in *Studi giuridici dedicati dai discepoli alla memoria di G. Segrè* (*Temi emiliana*, XX [1943]) dove era ricostruita la riflessione dei giuristi sul problema della documentazione dei negozi, problema essenziale per la teoria dei contratti.

Alla fine della guerra l'Astuti si impegnò attivamente nella vita politica nazionale, senza, peraltro, lasciare i suoi studi. Dopo aver pubblicato, a Roma, nel 1944 la traduzione di *La storia arcana* di Procopio di Cesarea, riprese il tema della giurisprudenza medievale sui negozi giuridici con il saggio *Un caso di conservazione del negozio nella dottrina del diritto comune*, in *Diritto e giurisprudenza*, LXI (1946). Conclusa, poi, la partecipazione alla politica attiva, l'Astuti si dedicò completamente alle sue ricerche, precisando con più consapevole maturità i settori di indagine. Innanzi tutto lo studio delle fonti. Nel Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto, tenutosi a Verona nel settembre 1948 egli tenne la relazione su *L'edizione critica della glossa accursiana*; successivamente studiò le carte conservate presso l'Archivio di S. Pietro a Perugia e offrì i risultati della sua indagine nel saggio *L'esplorazione dei fondi storico-economici dell'Archivio di San Pietro di Perugia*, in *Benedectina*, VI (1952). Il lavoro più impegnativo dell'Astuti in tema di fonti giuridiche medievali è il suo volume *Lezioni di storia del diritto italiano. Le fonti. Età romano-barbarica*, Padova 1953. In esso l'Astuti ebbe modo non soltanto di dar prova della sua profonda conoscenza della letteratura di critica dei testi e dei risultati raggiunti dalle indagini più recenti, ma anche di esporre il taglio metodologico che egli seguiva nelle ricerche storiche sulle fonti giuridiche medievali. Un indirizzo, questo, che si mostra del tutto diverso da quello dell'altra grande corrente di studio storico-giuridico rappresentata dal Calasso, il quale aveva già pubblicato la *Storia e sistema delle fonti del diritto comune* e stava proprio allora terminando il *Medioevo del*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto. Per il Calasso le fonti del diritto « rappresentano ciascuna il punto di arrivo, l'epilogo di un fatto storico: la loro storia è perciò storia di fatti ». La storia delle fonti, quindi, « non resta ai margini », ma « impegna in pieno tutto il problema storico del diritto »; di modo che « tutta la storia del diritto è già riflessa nel problema delle sue fonti » (9). La storia delle fonti, allora, diveniva per il Calasso la storia dello svolgimento dell'ordinamento giuridico, « inteso ... come organizzazione *ad iure vivendum* » (10). Per l'Astuti, al contrario, la storia delle fonti doveva avere lo scopo di fornire agli studiosi i dati corretti della ricostruzione del testo, delle ricerche di critica filologia condotte sullo stesso, doveva, in altre parole, offrire uno strumento preciso per l'utilizzazione dei testi nelle ricerche storico-giuridiche.

Certamente l'Astuti teneva presente nella trattazione lo svolgimento storico della vita politica e giuridica, come riconosceva lo stesso Calasso (11). Ma la sua indagine aveva obiettivi diversi da quelli che il Calasso si era posto, obiettivi che rientravano perfettamente all'interno dell'indirizzo metodologico dall'Astuti seguito. Indirizzo metodologico che si proponeva, come abbiamo già detto, la ricostruzione dei dati formali e dogmatici degli istituti giuridici nell'età intermedia e che a questo fine utilizzava i contributi delle ricerche sulle fonti e delle ricerche sull'evoluzione storica della società. L'esame delle fonti giuridiche, in questo quadro, doveva allora tendere alla ricostruzione filologicamente esatta del testo, doveva indagarne la storia esterna, in modo che lo storico del diritto avesse piena consapevolezza dei termini in cui poteva utilizzare il testo medesimo.

Di questo metodo l'Astuti aveva dato poco prima un'ulteriore prova nel volume *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, I, *Parte generale*, Milano 1952, che costituisce lo studio più cospicuo dell'Astuti nel settore della storia del diritto privato, l'altro grande filone delle sue ricerche. A differenza del lavoro sul patto geminato, lo studio sui contratti si fermava all'alto Medio

---

(9) Francesco CALASSO, *Medioevo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano 1954, pp. 6 s.

(10) *Ibid.*, p. 29.

(11) F. CALASSO, recensione in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, s. 3, VI-VII (1952-53), p. 449.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Evo e quindi non si basava sull'esame del pensiero dei giuristi. Ma al pari di quello si proponeva di ricostruire il sistema giuridico nei suoi caratteri tecnici e formali, sulla base di un'approfondita analisi critica delle fonti e tenendo conto dello sviluppo della realtà sociale. Partendo dall'esame della categoria dei *contractus* nell'età romana classica, lo studio esaminava la prassi contrattuale dell'età postclassica e giustinianea, per giungere, quindi, ad indicare le linee essenziali e i caratteri del sistema contrattuale longobardo-franco. Affrontava, poi, il problema della documentazione dei contratti alto-medievali, il particolare regime dei contratti agrari e, infine, esaminava le categorie contrattuali nel periodo preirneriano e, in particolare, la figura della *stantia* o *convenientia*. Con un'impostazione pienamente fedele all'indirizzo storico-dogmatico allora prevalente nella romanistica italiana, l'Astuti divideva l'indagine in diverse epoche e per ciascuna di queste ricostruiva le varie figure contrattuali, nei loro aspetti formali e sostanziali, all'interno del tipo di ordinamento giuridico vigente. La ricostruzione da lui operata si avvaleva, allora, della prospettiva storica, ma era diretta soprattutto all'individuazione di una problematica prettamente giuridica, per cogliere, attraverso la discussione e soluzione di non poche, e non facili, questioni di interpretazione delle fonti, la natura dei singoli tipi di contratto e le forme cui l'ordinamento riconosceva efficacia. Il suo discorso si svolgeva in termini rigorosamente giuridici e poco spazio lasciava a suggestioni di diverso tipo. Lo vediamo, ad esempio, a proposito della sua analisi della figura della *stantia*. In quest'ultima una consistente corrente interpretativa vedeva la manifestazione del principio spirituale della volontà, considerandola una figura di contratto consensuale che l'ordinamento, sin dalla tarda età longobarda, era stato costretto a riconoscere come fonte di obbligazione. Muovendosi sul terreno concreto dell'analisi della natura dell'ordinamento giuridico, nonchè dei tipi di contratto da questo riconosciuti, l'Astuti perveniva, invece, a conclusioni del tutto diverse. A suo giudizio, il persistente formalismo dell'ordinamento riconosceva validità vincolante solo a forme tipiche di contratti e, pertanto, non poteva accettare che dal mero incontro delle volontà delle parti derivassero effetti obbligatori. Spiegava, allora, le espressioni, ricorrenti in molti documenti, che sottolinea-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vano tale volontà, come « rivolte ad attestare la effettiva presenza del consenso, dell'accordo degli agenti, di una volontà precisa, ferma, libera, di colui che si obbliga: ma ciò non implica l'attribuzione di una speciale efficacia giuridica a questa volontà, a questo consenso, di là dai normali effetti del negozio tipico posto in essere dalle parti contraenti » (p. 410).

Il lavoro sui contratti obbligatori appare uno dei prodotti più validi del metodo storico-dogmatico. Un indirizzo che l'Astuti contribuiva ad approfondire, intervenendo, nell'Introduzione al volume, su uno dei problemi che erano allora maggiormente discussi dalla romanistica, quello della legittimità di usare per epoche passate strumenti elaborati dalla dogmatica odierna. Un indirizzo, peraltro, che egli difendeva decisamente contro il positivismo e soprattutto contro lo storicismo idealistico. Ma anche chi discuteva con l'Astuti di questioni di metodo, chi seguiva nei propri studi impostazioni del tutto divergenti dalle sue, non poteva non apprezzare la validità dei risultati scientifici cui egli perveniva. Ed era certamente pensando anche allo studio sui contratti, nonchè ai lavori precedenti, che il Calasso nel 1953 poteva concludere la recensione al volume di Astuti sulle *Fonti* con le parole: « Se mi può essere lecito l'accostamento ideologico, ed esprimermi col linguaggio che usa nel paese più civile del mondo, ciascuno di noi penserà all'altro — come direbbero gl'Inglesi — all'Opposizione di Sua Maestà; perchè è una sola la maestà alla quale l'Astuti ed io obbediamo, e al cospetto della quale continuerà liberamente a svolgersi la nostra polemica: la verità » ([12]).

Il confronto tra i due diversi indirizzi metodologici caratterizza un periodo particolarmente felice della storiografia giuridica in Italia e stimolò in entrambi i campi approfondimenti di tematiche e ricchezza di ricerche. La scelta dell'Astuti per uno studio storico del diritto che privilegiasse la problematica dogmatico-formale sembra accentuarsi in questi anni. Nè va dimenticato che egli, nel medesimo periodo, andò intensificando, accanto alla sua attività di studioso e di docente, anche quella professionale, mentre a partire dal 1956 svolse l'incarico di Giudice delle appellazioni e

([12]) *Ibid.*, p. 450.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle nullità presso la Repubblica di San Marino. La consuetudine quotidiana con i problemi vivi del diritto positivo, nonchè la pratica applicazione del sistema di diritto comune come ordinamento vigente contribuirono certamente ad accrescere il suo interesse per la ricostruzione della problematica più squisitamente giuridica del passato. Nei suoi studi di storia del diritto privato di questi anni il discorso dogmatico-sistematico appare, allora, ulteriormente approfondito, mentre più tenui si fanno i confronti tra la realtà giuridica e quella economica e sociale. Le sue ricerche si incentrano, in particolare sulla storia della proprietà fondiaria (*Note minime sulla proprietà fondiaria*, in *Civiltà italica*, VI [1952]; *Aspetti del regime giuridico medioevale della proprietà fondiaria e dei contratti agrari*, in *Dopo il primo Convegno internazionale di diritto agrario*, Milano 1958; *La struttura della proprietà fondiaria. Aspetti e problemi storico-giuridici*, in *Rivista di diritto agrario*, XXXIX [1960]), e degli usi civici (*Aspetti e problemi del riordinamento degli usi civici in Italia*, in *Rivista di diritto agrario*, XXXIII [1954]; *Vecchi feticci in tema di usi civici*, in *La giurisprudenza italiana*, CVI [1954]; *A proposito di vecchi feticci in tema di usi civici*, in *L'Italia agricola*, XCII [1955]; *Una curiosa polemica in tema di usi civici*, in *Rivista di diritto agrario*, XXXV [1956]). L'analisi che l'Astuti conduce è tutta rivolta all'individuazione del regime giuridico, alla precisazione dei problemi che questo presenta, alla comprensione del significato della disciplina nell'ambito dell'ordinamento generale. Queste ricerche, peraltro, ponevano l'Astuti di fronte al problema metodologico del rapporto tra storia economica e storia del diritto. In un saggio a questo dedicato (*Prospettive storiche del rapporto fra diritto ed economia*, in *Il diritto dell'economia*, I [1955]) egli ribadiva la distinzione tra le due materie ed affermava che lo storico del diritto, se poteva avvalersi dei risultati di altri tipi di ricerca, doveva, poi, ricostruire in modo autonomo la realtà giuridica.

Accanto a questi studi, l'Astuti riprese, poi, il tema della storia dei contratti con un saggio di grande approfondimento sistematico-dogmatico *I principi fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano*. Ed appare interessante notare, a testimonianza dell'apprezzamento riscosso dalle sue ricerche anche da parte di chi seguiva un diverso indirizzo metodologico, che questo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

saggio venne accolto dal Calasso nel numero inaugurale della rivista da lui fondata, gli *Annali di storia del diritto*.

Le ricerche sulla proprietà, sugli usi civici, sui contratti obbligatori esprimevano, dunque, in modo compiuto le scelte metodologiche dell'Astuti. I suoi interessi di studio non si limitarono, comunque, in questi anni alla storia del diritto privato, ma si estesero anche all'altro ampio settore di ricerca, quello del diritto pubblico. Già in precedenza egli aveva mostrato di volersi occupare di questo campo, quando nel 1937 aveva curato l'edizione dell'opera di Gian Domenico Romagnosi, *Della costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa*. Ma poi il suo studio si era incentrato, come si è visto, su problemi di storia delle fonti e su questioni di storia degli istituti privatistici. All'inizio degli anni cinquanta l'Astuti si dedicò con maggiore intensità al diritto pubblico. Nel 1951 apparve il suo studio *Legislazione e riforme in Piemonte nei secoli XVI-XVIII*, in *La monarchia piemontese nei secoli XVI-XVIII* (Roma). Successivamente approfondì le sue ricerche sulle istituzioni politiche degli Stati italiani dell'età moderna e nel 1957 pubblicò a Torino il grosso studio *Lezioni di storia del diritto italiano. La formazione dello stato moderno in Italia*. I due lavori, pur diversi tra di loro, presentano una comune matrice problematica e metodologica.

Il primo saggio era una ricostruzione puntuale e precisa dell'opera legislativa sabauda, del suo significato nel quadro della politica diretta a precisare la giurisdizione del sovrano nei riguardi delle giurisdizioni feudali, ecclesiastiche e cittadine e, quindi, dei modi e dei momenti in cui si sviluppò l'opera riformatrice nel Settecento. Nel successivo volume, invece, l'Astuti affrontava una problematica di più vasto respiro, che da tempo andava impegnando la storiografia politica e di cui si erano interessati anche storici del diritto pubblico. Questi ultimi avevano soprattutto incentrato la loro attenzione sulla storia esterna delle istituzioni politiche dell'età moderna, ricostruendo l'evoluzione delle principali magistrature e precisando l'articolazione degli uffici. In uno studio che doveva essere diretto innanzi tutto agli studenti, l'Astuti scelse un taglio problematico diverso. L'evoluzione politica ed economica della società nei vari Stati italiani, nonchè lo sviluppo delle strutture istituzionali restano nel suo studio in sottofondo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In primo piano, invece, sono prospettati i principali problemi giuspubblicistici che nelle varie epoche si presentavano e che nascevano dal diverso rapporto tra potestà sovrana e giurisdizioni particolari nei diversi momenti storici. Perciò, dopo aver delineato i termini in cui, nel basso Medio Evo, l'autorità del principe acquista indipendenza da quella imperiale, sia nel Regno meridionale, sia negli Stati regionali dell'Italia centro-settentrionale — e quindi il loro passaggio dalla fase del vicariato a quella del principato —, l'Astuti esaminava le questioni connesse con l'azione unificatrice portata avanti dai vari principi nel loro territorio, i limiti che l'ordinamento giuridico e il rispetto dei privilegi ponevano a tale azione sul piano del diritto e, infine, le soluzioni giuspubblicistiche adottate nel corso del Settecento. Uno studio, dunque, tutto problematico, nel quale l'evoluzione della riflessione dei giuristi era tenuta in stretto rapporto con quella del pensiero politico e delle teorizzazioni della dottrina economica. Anche nel campo della storia del diritto pubblico l'Astuti privilegiava, perciò, il momento formale e sistematico, analizzava e spiegava il significato prettamente giuridico delle istituzioni pubbliche. Rispetto alle ricerche di storia del diritto privato, l'Astuti evidenziava in modo più deciso i rapporti tra l'ordinamento giuridico e la sottostante realtà politica, ma incentrava la sua attenzione soprattutto sul sistema di diritto in quanto forma, e nello stesso tempo sostanza, dell'organizzazione della società. Di modo che la comprensione dei problemi giuridici e degli aspetti formali dell'ordinamento diveniva il mezzo più corretto per capire la realtà sociale sottostante. I risultati di tale impostazione appaiono di grande interesse: da un canto precisano i caratteri essenziali delle forme giuridiche assunte nei vari momenti storici e nelle varie zone della penisola dal sistema di governo; dall'altro sottolineano la continuità, dal basso Medio Evo alla fine dell'età moderna, dei termini essenziali della dialettica giuridica e politica, di quel contrasto, cioè, tra giurisdizione sovrana e giurisdizioni particolari, privilegiate e autonome, che trova nelle varie epoche soluzioni diverse, ma che nella sostanza continua a sussistere fino alla Rivoluzione francese. Ne veniva fuori una proposta interpretativa di grande significato, basata sulle solide fondamenta di un discorso giuridico formale, proposta

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che la più recente storiografia politica e istituzionale comincia a prendere in esame con crescente interesse.

Ricerche sulle fonti, su problemi di storia del diritto privato e di storia del diritto pubblico caratterizzano anche i successivi studi dell'Astuti. Per quanto riguarda le prime, accanto alle numerose Voci per il *Novissimo Digesto Italiano* (*Brachilogo, Capitolari, Consuetudine, Lex Alamannorum, Lex Angliorum et Werinorum, Lex Baiuwariorum, Lex Burgundionum, Lex Francorum Chamavorum, Lex Frisionum, Lex Ripuaria, Lex Romana Burgundionum, Lex Salica, Lex Saxonum, Lex Wisigothorum, Liber papiensis, Lombarda*) sono da ricordare il suo saggio *Problemi relativi alla formazione delle « Coustumes générales du Duché d'Aouste »*, in *Atti del XXXI Congresso storico subalpino, Aosta 1956*, e le sue presentazioni alle edizioni anastatiche, curate dalla Bottega d'Erasmo, del *Tractatus del fluminibus* di Bartolo e della *Lombarda* con l'apparato di Carlo di Tocco. Ritornò anche sul tema delle fonti giuridiche dell'alto Medio Evo, discutendo alcune recenti interpretazioni e attribuzioni dell'Editto di Teodorico nel saggio *Sulle compilazioni legislative del periodo goto*, posto in appendice all'edizione del 1968 del volume sulle *Fonti*; esaminando le compilazioni dei regni romano-barbarici nell'articolo *Note critiche sul sistema delle fonti giuridiche nei regni romano-barbarici dell'Occidente*, in *Rendiconti dell'Accademia Nazionale dei Lincei*, s. 8, XXV (1970); e riprendendo, infine, il tema dell'attribuzione dell'Editto di Teodorico con *Note sull'origine e attribuzione dell'Edictum Theodorici regis*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, V, Milano 1971.

Quanto, poi, ai suoi studi su questioni di storia del diritto privato, sono da ricordare soprattutto le numerose Voci che l'Astuti compilò per l'*Enciclopedia del diritto*: *Abitazione, Atti emulativi, Captazione, Cessione, Compensazione, Contratto, Cosa, Dazione in pagamento, Deposito*. Voci che si segnalano per la solidità dell'impianto sistematico e dogmatico, per la chiarezza con cui era ricostruita la disciplina giuridica, per la precisione con cui era prospettata la problematica giuridica, attraverso un'indagine puntuale della dottrina, della normativa, della consuetudine.

Accanto a queste ricerche, l'Astuti portò avanti anche studi di storia del diritto pubblico. Collaborò alla *Storia del Piemonte*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

con il saggio *Gli ordinamenti giuridici degli Stati sabaudi* (Torino 1961), nel quale egli ricostruì il sistema istituzionale piemontese e tracciò il quadro della sua evoluzione nel corso del periodo che va dagli ultimi due secoli del Medio Evo ai primi tempi dell'età moderna. L'Astuti sottolineava il persistente carattere feudale dell'ordinamento, la continuità delle giurisdizioni privilegiate della nobiltà e dell'alto clero, i limiti dell'autorità ducale. In questo quadro individuava il progressivo delinearsi di una struttura centrale di governo, che nasceva su basi tipicamente feudali e gradualmente acquistava una maggiore articolazione. Come nel volume sulla formazione dello Stato moderno, l'attenzione era diretta soprattutto alla problematica giuridica che scaturiva dal conflitto tra la giurisdizione ducale e quelle privilegiate, dal confronto tra la superiore potestà del principe e il tradizionale ordinamento della società. La precisazione di tali problemi costituiva un contributo importante per la comprensione dei termini in cui si sviluppò la lotta politica negli Stati sabaudi, un contributo che la più recente storiografia istituzionale ha mostrato di apprezzare nel suo esatto valore ([13]). Un diverso argomento fu, poi, affrontato dall'Astuti nella monografia *L'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, prima apparsa negli *Annali della Scuola speciale per archivisti e bibliotecari*, e quindi edita a sè (Napoli 1966). Lo studio ricostruiva la realtà istituzionale e amministrativa del Regno di Sardegna nel decennio di preparazione e quindi esaminava i tempi e i modi attraverso i quali il sistema sabaudo venne esteso alle altre regioni del Regno d'Italia. Indicava, perciò, i problemi che si dovettero affrontare per modificare le istituzioni dei vari Stati italiani in vista di una unificazione dell'ordinamento, nonchè il significato delle soluzioni adottate. Infine, studiava l'organizzazione amministrativa del nuovo Regno fino al termine del secolo: affrontava, allora, la questione del governo centrale, i tentativi legislativi per precisare la figura del Presidente del Consiglio e il significato politico-giuridico del loro fallimento, l'articolazione della burocrazia ministeriale, le competenze del Consiglio di Stato e

([13]) Si ricorda che il saggio è stato di recente ripubblicato nell'antologia *La crisi degli ordinamenti comunali e le origini dello Stato del Rinascimento*, a cura di G. Chittolini, Bologna 1979.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della Corte dei Conti, la scelta dell'ordinamento provinciale e le caratteristiche di questo. Il lavoro, dunque, ricostruiva con puntualità l'organizzazione amministrativa del Regno d'Italia e indicava i problemi principali affrontati dalla legislazione. Si tratta di un'indagine tutta rivolta all'esame di questioni giuspubblicistiche che — in maniera più sensibile rispetto ai precedenti studi di storia del diritto pubblico — lasciava da parte le più generali questioni politiche e sociali connesse con le vicende istituzionali.

Nello stesso torno di anni l'Astuti aveva il merito di occuparsi di un settore di ricerca che la precedente storiografia giuridica aveva per lo più trascurato, quello del regime delle acque. Nella Voce *Acque* (*introduzione storica generale*), scritta per l'*Enciclopedia del diritto*, tracciò un quadro esauriente della disciplina vigente nelle regioni italiane tra l'alto Medio Evo e l'età moderna, attraverso l'esame della legislazione longobarda, della normativa statutaria, delle norme consuetudinarie, della dottrina, delle disposizioni dei principi. Successivamente tornò sul tema con il saggio *Il regime giuridico delle acque nel pensiero di G. D. Romagnosi*, in *Studi parmensi*, X (1961); infine affrontò questioni di diritto positivo nei due studi *Problemi attuali di legislazione e amministrazione delle acque*, in *Cultura e scuola*, VIII (1969) e *La pianificazione delle riserve idriche. Problemi giuridici e amministrativi*, in *I problemi delle acque in Italia*, Roma 1972.

Negli ultimi studi dell'Astuti appare possibile individuare un'ulteriore evoluzione della sua impostazione metodologica. Di fronte ai nuovi indirizzi che si andavano affermando nella storiografia giuridica e che tendevano a privilegiare l'indagine filologica o ad approfondire la connessione tra l'ordinamento giuridico e la realtà economica, sociale e politica, l'Astuti ribadiva la sua antica scelta e, anzi, accentuava il discorso sull'autonomia del diritto dalle vicende della società. Tale posizione risulta evidente nel primo dei due saggi dedicati all'esame della codificazione napoleonica e di quella degli Stati italiani dell'Ottocento, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori* (conferenza tenuta al Convegno dell'Accademia Nazionale dei Lincei su: Napoleone e l'Italia, Roma ottobre 1969, edita, poi, nel vol. I degli *Atti*, Roma 1973). L'Astuti sosteneva che le

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riforme della Rivoluzione francese avevano liberato il diritto privato dalle sovrastrutture feudali e corporative, restituendolo alla più genuina tradizione civilistica. Tale tradizione era costituita, per eccellenza, dal diritto romano, che anche in Francia aveva solide radici. Ad essa, principalmente, si rivolsero i redattori del codice civile, i quali sul suo tronco innestarono quanto di ancora valido restava del diritto consuetudinario e la disciplina introdotta dalle principali riforme del periodo rivoluzionario. Nella sua partizione sistematica e nel regolamento della maggior parte degli istituti, il codice si rifaceva, pertanto, all'elaborazione operata dalla pandettistica settecentesca sulla base della tradizione romana. Era, dunque, il punto di arrivo di una tradizione secolare, non già il prodotto di un particolare momento storico. Secondo l'Astuti l'ordinamento giuridico resta sempre ben distinto dalle vicende della società, poichè si sostanzia anche di discipline che rimangono immutate per secoli. Di questa particolare natura del diritto lo storico, che sia anche giurista, deve avere piena consapevolezza e deve, quindi, respingere l'illusione di ridurre l'intero ordinamento ad una matrice unica, quella degli obiettivi che nelle varie epoche si pongono le forze politiche prevalenti in una data società. Secondo l'Astuti, peraltro, il codice civile francese era anche punto di partenza di una nuova tradizione giuridica europea. Sul suo modello si formarono, infatti, i codici di alcuni Stati italiani nel periodo della Restaurazione e successivamente il codice civile del Regno d'Italia del 1865.

La tesi della continuità secolare della disciplina giuridica e della netta autonomia del diritto rispetto alle vicende della società sembra collegarsi nell'Astuti alla sua interpretazione del momento politico che l'Italia andava attraversando a partire dalla fine degli anni sessanta. Nel suo saggio *La codificazione del diritto civile* (conferenza tenuta al Congresso della Società di storia del diritto su: La formazione del diritto moderno in Europa, Firenze aprile 1973, pubblicata, poi, nel vol. II degli *Atti*, Firenze 1977) egli riprendeva la tesi esposta nel precedente lavoro per sottolineare che il codice francese aveva restituito il diritto civile « alla funzione sua propria di strumento dell'autonomia individuale nello sviluppo della personalità, della libertà d'iniziativa nella vita economico-sociale, della sicurezza degli interessi di ciascuno

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nei rapporti civili » (p. 868). Con queste caratteristiche essenziali la disciplina giuridica romana era stata trasmessa dal codice napoleonico alla società contemporanea. E proprio perchè si riallaccia ad una antica tradizione e a questa restituisce la sua più schietta, autentica natura, il codice francese da un canto non può essere visto come « il codice di una classe privilegiata, una legge difensiva dell'egoismo borghese o repressiva delle istanze generali del popolo », dall'altro costituisce « il codice della libertà individuale e dell'eguaglianza civile, e rappresenta una conquista fondamentale, da cui tutti i cittadini hanno tratto incomparabili benefici » (p. 888). Le istanze, provenienti da più parti della società italiana, dirette ad una trasformazione del diritto civile e mosse dalla convinzione che un profondo mutamento di questo avrebbe potuto consentire una maggior giustizia sociale venivano, allora, considerate dall'Astuti come una grave minaccia ai « valori supremi della libertà e dell'eguaglianza » che il codice civile garantisce. A suo parere, il diritto vigente doveva essere difeso, nella sua autonomia e nei suoi fini principali, che sono stati ribaditi dalla costituzione dell'Italia repubblicana. E la sua polemica si concludeva con un richiamo alla giurisprudenza della Corte costituzionale, della quale egli stesso era stato nominato giudice nel febbraio 1973. La Corte aveva sottolineato costantemente la funzione precipua dello Stato come garante « degli istituti fondamentali del nostro diritto privato », « garante delle esigenze di unità e di eguaglianza che debbono essere salvaguardate nell'interesse della collettività nazionale come dei singoli cittadini » (p. 889).

Gli ultimi studi dell'Astuti, peraltro, non sono limitati esclusivamente a questa polemica, ma riprendono anche tematiche già in passato esaminate. Alle sue preferite ricerche di storia del diritto privato, e in particolare di storia del regime giuridico delle obbligazioni, egli tornò con la Voce, per l'*Enciclopedia del diritto, Obbligazioni, parte generale* (*diritto intermedio*). Un saggio di grande chiarezza e completezza sistematico-dogmatica, nel quale tracciò un quadro esauriente della disciplina dall'alto Medio Evo alle prime codificazioni civilistiche. Accanto a questo lavoro si deve ricordare l'accurata e puntuale esegesi delle norme dell'Editto di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Rotari e delle disposizioni contenute nella legislazione dei successori di quello condotta dall'Astuti nel saggio *Influssi romanistici nelle fonti di diritto longobardo* (conferenza tenuta alla Settimana di Spoleto del 1974 e poi pubblicata negli *Atti*, Spoleto 1975). L'approfondita analisi dei testi longobardi lo portava ad escludere, contro un'idea diffusa nella storiografia giuridica, una significativa influenza della tradizione romana e ad affermare la continuità della cultura giuridica germanica anche nella legislazione di sovrani che si erano mostrati più sensibili all'ambiente italiano e alle sollecitazioni della Chiesa. Un'accurata ricostruzione istituzionale si trova, poi, nel saggio *Le colonie genovesi del Mar Nero e i loro ordinamenti giuridici*, in *Studi in memoria di Federigo Melis*, I, Genova 1978, che delinea il quadro dell'amministrazione coloniale genovese e il suo significato ai fini dell'attività commerciale di quella Repubblica. Oltre a queste tematiche, l'Astuti ne affrontò un'altra, per lui nuova, quella relativa alla natura e al significato del diritto comune. Il saggio *Recezione teorica e applicazione pratica del diritto romano nell'età del Rinascimento giuridico* (conferenza tenuta al convegno organizzato nel 1973 dalla Facoltà giuridica di Varsavia e dall'Accademia dei Lincei su: *Le droit romain et sa réception en Europe*, pubblicata negli *Atti*, Varsavia 1978) affronta criticamente l'interpretazione elaborata dal Calasso, per sostenere che « il diritto romano giustinianeo venne riconosciuto come *ius commune* perchè esso era ... un sistema positivo e un sistema scientificamente elaborato, mentre gli altri diritti degli ordinamenti particolari non erano e non furono mai considerati come sistemi autonomi ... Così il diritto romano ebbe sempre, durante l'intera età del diritto comune, la medesima funzione fondamentale, costituendo l'ossatura e la struttura di tutti gli ordinamenti giuridici ». Tanto che « intere parti del diritto privato e processuale rimasero sempre disciplinate in modo pressocchè esclusivo dal diritto comune ». Infine, il diritto romano comune costituiva « uno strumentario dogmatico di alto valore, di cui la giurisprudenza teorica e pratica fece uso costante per interpretare ed applicare tutte le altre fonti » (p. 25). Una tesi, questa, che si riallacciava a quella esposta a proposito della codificazione napoleonica e che l'Astuti ribadì nel saggio *Il contri-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

buto di Giuseppe Ermini agli studi di diritto comune, in *Il diritto comune e la tradizione giuridica europea*, Perugia 1980.

Nello scrivere questo breve ricordo di Guido Astuti ho volutamente limitato il discorso alla sua ricca produzione scientifica temendo che, se avessi tentato di tradurre in parole quel sentimento di profondo affetto che a lui mi legava e la sensazione di vuoto che la sua scomparsa ha lasciato nel mio animo, avrei fatalmente corso il rischio di usare termini che avrebbero potuto suonare vanamente retorici. E avrei reso un pessimo omaggio a Guido Astuti che alla vuota retorica era profondamente contrario. Vorrei, comunque, ricordare, in conclusione, che quanti, come me, hanno avuto la fortuna di lavorare alla sua scuola ammiravano profondamente non soltanto la sua vastissima cultura e il suo continuo impegno di studioso e di docente, ma anche la sua costante disponibilità a discutere dei problemi e delle difficoltà che ognuno di noi incontrava nel corso delle sue ricerche, la sua capacità di offrire sempre validi criteri interpretativi, di stimolare l'approfondimento delle conclusioni. E poi ammiravano la sua piena e completa accettazione delle diverse impostazioni ideologiche e metodologiche, senza alcuna preclusione nei riguardi di indirizzi diversi da quello che egli seguiva. Ammiravano, infine, il suo distacco nei confronti delle quotidiane vicende universitarie, la sua benevola ironia verso le stesse, la sua capacità di giudicare gli studiosi non già per i loro schieramenti politici o accademici, bensì per il contenuto e la validità dei loro lavori. Da Guido Astuti abbiamo ricevuto, dunque, una lezione di impegno, di serietà, di grande saggezza, una lezione che oggi appare quanto mai attuale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Indice

pag.

PAOLO GROSSI, *Pagina introduttiva* 1

MODELLI E DIMENSIONI

ANNA MARIA BATTISTA, *Il primo Tocqueville sulla 'Democrazia politica' (in margine ad un saggio recente)* 9

MARIO MONTORZI, *I processi contro Filippo Mazzei ed i liberali pisani del 1799 (ragguagli bio-bibliografici su un ritrovamento archivistico)* . . . 53

LA DIMENSIONE GIURIDICA

LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI, *Sir Henry S. Maine e l'Ancient Law* . . 83

MARIO G. LOSANO, *Ricerche d'archivio su Jhering e Gerber* 149

MAURIZIO FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca* 169

UMBERTO SANTARELLI, *Pietro Torelli storico del diritto privato* 221

LETTURE

Crisi dello Stato e storiografia contemporanea (C. Mozzarelli) 239

Des libertés et des peines. Actes du Colloque Pellegrino Rossi (M. Sbriccoli) 243

M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco* (P. Caroni) 251

Pietro Giannone e il suo tempo - Atti del convegno di studi nel tricentenario della nascita (G. Giarrizzo) 260

A. LIVA, *Notariato e documento notarile a Milano. Dall'alto medioevo alla fine del Settecento* (E. Spagnesi) 263

J. MARTINEZ GIJON, *La Compañia mercantil en Castilla hasta las Ordenanzas del Consultado de Bilbao de 1737. Legislación y doctrina* (E. Gacto Fernandez) 272

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pag.

E. PALOMBI, *Mario Pagano alle origini della scienza penalistica del secolo XIX* (G. Alessi) 275

S. PFEIFFER-MUNZ, *Soziales Recht ist deutsches Recht. Otto von Gierkes Theorie des sozialen Rechts untersucht anhand seiner Stellungnahmen zur deutschen und schweizerischen Privatrechtskodifikation* (M. Stolleis) 280

W. PREISER, *Macht und Norm in der Völkerrechtsgeschichte. Kleine Schriften zur Entwicklung der internationalen Rechtsordnung und ihrer Grundlegung* (A. Truyol Serra) 283

P. SARACENO, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione. Linee di una analisi socio-politica del personale dell'alta magistratura italiana dall'unità al fascismo* (R. Faucci) 290

Savigny la ciencia juridica del siglo XIX (G. Marini) 292

M. STOLLEIS, *Arcana imperii und Ratio status. Bemerkungen zur politischen Theorie des frühen 17. Jahrhunderts; Grundzüge der Beamtenethik (1550-1650); Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert. Reichspublizistik, Politik, Naturrecht* (P. Schiera) 301

H. U. STÜHLER, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780-1815* (G. Marini) 308

F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania* (Luigi Mengoni) 316

M. C. ZORZOLI, *Le tesi legali all'Università di Pavia nell'età delle Riforme: 1772-1796* (C. Mozzarelli) 318

A PROPOSITO DI

PAOLO CAPPELLINI, *Sulla formazione del moderno concetto di 'Dottrina generale del diritto'* (a proposito di M. LIPP, *Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des Deutschen Privatrechts*) 323

RICCARDO FAUCCI, *Due libri sulla cultura economica in Italia nell'età del 'Socialismo della cattedra'* 355

BENJAMIN GONZALES ALONSO, *Algunas consideraciones sobre la historia del derecho español* (a proposito de Francisco TOMAS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1979) 361

JOACHIM RÜCKERT, *Zur Entstehung des modernen Berufsbeamtentums* . 383

HANS SCHLOSSER, *Folgen der Industrialisierung für das Instrumentarium der 'Zivilrechtsgesellschaft' im 19. Jahrhundert* 403

Segnalazioni 417

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

STRUMENTI

pag.

ANTONIO M. HESPANHA, *L'histoire juridique et les aspects politico-juridiques du droit (Portugal, 1900-1950)* 423

GUIDO MELIS, *Gli studi recenti sull'Assemblea Costituente - Rassegna storiografica* 449

RAGGUAGLI FIORENTINI

Attività del ' Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno ' nell'anno accademico 1980-81 513

ENRICO OPOCHER, *Ricordo di Pietro Piovani* 523

MARIO CARAVALE, *Ricordo di Guido Astuti* 531

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I collaboratori del decimo « Quaderno »

Anna Maria BATTISTA

Prof. Ordinaria di Storia delle dottrine politiche - Università di Roma

Mario MONTORZI

Ricercatore di Storia del diritto italiano - Università di Pisa

Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI

Prof. Ordinario di Storia del diritto romano - Università di Roma

Mario G. LOSANO

Prof. Incaricato stabilizzato di Teoria generale del diritto - Università statale di Milano

Maurizio FIORAVANTI

Prof. Straordinario di Storia del diritto italiano - Università di Modena

Umberto SANTARELLI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Pisa

Cesare MOZZARELLI

Prof. Incaricato stabilizzato di Storia delle istituzioni politiche - Università di Trento

Mario SBRICCOLI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Macerata

Pio CARONI

Prof. Ordinario di Storia del diritto e diritto privato svizzero - Universität Bern

Giuseppe GIARRIZZO

Prof. Ordinario di Storia moderna - Università di Catania

Enrico SPAGNESI

Prof. Incaricato stabilizzato di Storia degli ordinamenti degli Stati preunitari italiani - Università di Trieste

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Enrique GACTO FERNANDEZ

Catedrático de Historia del derecho español - Universidad de Murcia

Giorgia ALESSI

Ass. Ordinaria di Storia del diritto italiano - Università di Catania

Michael STOLLEIS

Ord. Professor für Öffentliches Recht, Rechtsgeschichte und Kirchenrecht - Universität Frankfurt am Main

Antonio TRUYOL SERRA

Catedrático de Derecho internacional publico - Universidad Complutense de Madrid

Riccardo FAUCCI

Prof. Straordinario di Storia delle dottrine economiche - Università di Macerata

Giuliano MARINI

Prof. Ordinario di Filosofia della politica - Università di Pisa

Pierangelo SCHIERA

Prof. Ordinario di Storia delle dottrine politiche - Università di Trento

Luigi MENGONI

Prof. Ordinario di Diritto civile - Università Cattolica di Milano

Paolo CAPPELLINI

Collaboratore scientifico di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Benjamin GONZALEZ ALONSO

Catedrático de Historia del derecho español - Universidad de Salamanca

Joachim RÜCKERT

Assistent am Leopold Wenger-Institut für Rechtsgeschichte - Universität München

Hans SCHLOSSER

Ord. Professor für Deutsche Rechtsgeschichte, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit und Bürgerliches Recht - Universität Augsburg

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Paolo GROSSI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Antonio Manuel HESPANHA

Assistente na Faculdade de Direito - Universidade de Lisboa

Guido MELIS

Prof. Incaricato stabilizzato di Storia dell'amministrazione pubblica - Università di Sassari

Enrico OPOCHER

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Padova

Mario CARAVALE

Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche - Università di Roma

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

QUADERNI FIORENTINI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

INDICE DECENNALE
(1972-1981)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Indice decennale (1972-1981)

AJELLO, Raffaele

Formalismo e storia del diritto moderno: **I (1972), p. 177**

ALESSI PALAZZOLO, Giorgia

Furto e pena: aspetti del dibattito nel tardo diritto comune: **II (1973), p. 535**

recensione di

E. PALOMBI, *Mario Pagano alle origini della scienza penalistica del secolo XIX*: **X (1981), p. 275**

AQUARONE, Alberto

recensione di

M. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*: **VII (1978) p. 484**

ARCHI, Giangualberto

Due riflessioni per una rilettura di Savigny: **IX (1980), p. 369**

ARNAUD, André-Jean

Éléments de bibliographie récente en langue française sur l'histoire de la pensée juridique moderne: **I (1972), p. 441**

La paix bourgeoise: **II (1973), p. 147**

Éléments de bibliographie en langue française sur l'histoire de la pensée juridique moderne (Ire mise à jour: automne 1972): **II (1973), p. 791**

Le socialisme juridique à la ' belle époque ': visages d'une aberration: **III/IV (1974-75), p. 25**

Éléments de bibliographie en langue française sur l'histoire de la pensée juridique moderne (2e mise à jour: hiver 1976-77): **V/VI (1967-77), p. 1117**

ARNAUD-DUC, Nicole

Le socialisme juridique à la ' belle époque ': visages d une aberration: **III/IV (1974-75), p. 25**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BAGOLINI, Luigi

recensione di

B. PARADISI, *Apologia della storia giuridica*: **III/IV (1974-75), p. 712**

BATTISTA, Anna Maria

Il primo Tocqueville sulla 'Democrazia politica' (in margine ad un saggio recente): **X (1981), p. 9**

BERTI, Giorgio

Recenti scritti di giuspubblicisti intorno alla proprietà: **V/VI (1976-77), p. 991**

BIANCO, Franco

Oggettività dell'interpretazione e dimensioni del comprendere. Un'analisi critica dell'ermeneutica di Emilio Betti: **VII (1978), p. 13**

BOGNETTI, Giovanni

recensione di

P. BISCARETTI DI RUFFIA - G. CRESPI REGHIZZI, *La Costituzione sovietica del 1979. Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell'URSS*: **VIII (1979), p. 363**

BRAUN, Johann

Der Besitzrechtsstreit zwischen F. C. Von Savigny und Eduard Gans-Idee und Wirklichkeit einer juristischen Kontroverse: **IX (1980), p. 457**

BRETONE, Mario

Il paradosso di una polemica: **VII (1978), p. 113**

Il 'Beruf' e la ricerca del 'tempo classico': **IX (1980), p. 189**

BRUTTI, Massimo

Alcuni usi del concetto di struttura nella conoscenza giuridica (a proposito di André Jean ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*): **III/IV (1974-75), p. 763**

L'intuizione della proprietà nel sistema di Savigny: **V/VI (1976-77), p. 41**

Storiografia e critica del sistema pandettistico: **VIII (1979), p. 317**

La sovranità del volere nel sistema di Savigny: **IX (1980), p. 265**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CALVI, Alessandro Alberto

Ugo Spirito criminalista (Riflessioni sulla terza edizione della *Storia del diritto penale italiano*): **III-IV (1974-75), p. 801**

CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi

Sir Henry S. Maine e l'Ancient Law: **X (1981), p. 83**

CAPPELLINI, Paolo

Sulla formazione del moderno concetto di 'Dottrina generale del diritto' (a proposito di M. LIPP, *Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der allgemeinen Lehren des Deutschen Privatrechts*): **X (1981), p. 323**

CAPRIOLI, Severino

Satura lanx 13. Una lettera per Accursio, ovvero filologia mistica: **VIII (1979), p. 307**

CARAVALE, Mario

Ricordo di Guido Astuti: **X (1981), p. 531**

CARONI, Pio

Anton Menger ed il codice civile svizzero del 1907: **III/IV (1974-75), p. 273**

L'educazione giuridica in Isvizzera dal XVI al XIX secolo: **V/VI (1976-77), p. 1009**

La cifra codificatoria nell'opera di Savigny: **IX (1980), p. 69**

Replica nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 433**

recensione di

M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*: **X (1981), p. 251**

CASAVOLA, Franco

Jhering su Savigny: **X (1981), p. 507**

CASSESE, Sabino

Ipotesi sulla formazione de « L'ordinamento giuridico » di Santi Romano: **I (1972), p. 243**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Socialismo giuridico e « diritto operaio ». La critica di Sergio Pannunzio al socialismo giuridico: **III/IV (1974-75), p. 495**

recensione di

A. B. BOZEMAN, *The future of law in a multicultural world*: **II (1973), p. 179**

CATALANO, Gaetano

recensione di

F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa. Lineamenti storici e sistematici*: **III/IV (1974-75), p. 738**

CATTANEO, Mario A.

Una recente interpretazione dell'ultimo Feuerbach (A proposito di G. SCHUBERT, *Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern aus dem Jahre 1824*): **VIII (1979), p. 423**

Savigny e Feuerbach: **IX (1980), p. 307**

recensione di

J. SANDWEG, *Rationales Naturrecht als revolutionäre Praxis*: **III/IV (1974-75), p. 741**

CAVANNA, Adriano

recensione di

G. RONCORONI, *La legislazione penale ticinese dal 1816 al 1873 (con particolare riguardo al Codice del 25 gennaio 1873)*: **V/VI (1976-77), p. 959**

CESA, Claudio

recensione di

G. MARINI, *Libertà soggettiva e libertà oggettiva nella 'Filosofia del diritto' hegeliana*: **VIII (1979), p. 389**

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 383**

CLAVERO, Bartolome

'La propiedad considerada como capital': en los origenes doctrinales del derecho actual español: **V/VI (1976/77), p. 509**

Historia, ciencia, politica del derecho: **VIII (1979), p. 5**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CONDORELLI, Mario

recensione di

G. CATALANO, *Studi sulla legazia apostolica di Sicilia*: **III/IV (1974-75), p. 655**

CONTICELLI, Giulio

Alle radici del modello moderno di Stato e società civile nella cultura teologico-giuridica postumanistica (A proposito di F. B. COSTELLO, *The Political Philosophy of Louis de Molina*): **VII (1978), p. 531**

CORTESE, Ennio

Giuliana D'Amelio Caracciolo: **V/VI (1976-77), p. 1125**

COSTA, Pietro

Semantica e storia del pensiero giuridico: **I (1972), p. 89**

Il 'solidarismo giuridico' di Giuseppe Salvioli: **III/IV (1974-75), p. 457**

Widar Cesarini Sforza: 'illusioni' e 'certezze' della giurisprudenza (in margine a *Crocianesimo e cultura giuridica italiana* di Antonio De Gennaro): **V/VI (1976-77), p. 1031**

Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia: **VII (1978), p. 311**

recensione di

G. DE CRESCENZO, *Francis Hutcheson e il suo tempo*: **I (1972), p. 397**

D. SCHWAB, *Die 'Selbstverwaltungsidee' des Freiherrn vom Stein und ihre geistigen Grundlagen*: **II (1973), p. 773**

F. DE SANCTIS, *Crisi e scienza. Lorenz Stein. Alle origini della scienza sociale*: **V/VI (1976-77), p. 926**

Vorstudien zur Rechtshistorie: **VII (1978), p. 508**

R. SCHNUR, *Individualismo e assolutismo. Aspetti della teoria politica prima di Thomas Hobbes (1600-1640)*: **VIII (1979), p. 411**

segnalazione di

V. CONTI, *Paolo Mattia Doria. Dalla repubblica dei togati alla repubblica dei notabili*: **VIII (1979), p. 418**

CRESPI, Alberto

recensione di

A. MALINVERNI, *Lineamenti di storia del processo penale*: **II (1973), p. 753**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

CRESPI REGHIZZI, Gabriele

Socialismo e diritto civile nell'esperienza sovietica (In margine a: Norbert REICH, *Sozialismus und Zivilrecht. Eine rechtstheorethisch-rechtshistorische Studie zur Zivilrechtstheorie und Kodifikationspraxis im sowjetischen Gesellschafts-und Rechtssystem*): **III/IV (1974-75), p. 845**

CRIFO', Giuliano

Emilio Betti. Note per una ricerca: **VII (1978), p. 165**

D'AMELIO, Giuliana

Positivismo, storicismo, materialismo storico in Icilio Vanni: **III/IV (1974-75), p. 431**

recensione di

A. MAZZACANE, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del sec. XVI*: **I (1972), p. 419**

DE GENNARO, Antonio

Emilio Betti. Dallo storicismo idealistico all'ermeneutica: **VII (1978), p. 79**

DE LOS MOZOS, José Luis

La renovación dogmatica del concepto de 'causa' del negocio en Emilio Betti y su recepción en la doctrina española: **VII (1978), p. 421**

DE MARINI AVONZO, Franca

La filologia romanistica di Savigny: **IX (1980), p. 245**

DE SANCTIS, Francesco

Lorenz von Stein. Un 'Realist im idealistischen Mantel'?: **II (1973), p. 275**

Proprietà privata e società moderna: Hegel e Stein: **V/VI (1976-77), p. 105**

DILCHER, Gerhard

Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: ein 'juristensozialismus' Otto v. Gierkes?: **III/IV (1974-75), p. 319**

DI MAJO, Adolfo

Enrico Cimbali e le idee del socialismo giuridico: **III/IV (1974-75), p. 383**

recensione di

D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*: **II (1973), p. 722**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

DÖLEMAYER, Barbara

Alphabetisches Verzeichnis der neueren Literatur über Friedrich Carl von Savigny (1779-1861): **VIII (1979), p. 501**

DUFOUR, Alfred

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 347**

Essai d'interprétation des parallèles droit-langages et jurisprudence-mathématiques dans la pensée de l'auteur du ' Vom Beruf ' - Rémarques en marge du rapport du professeur Mario Bretone, Il ' Beruf ' e la ricerca del ' tempo classico ': **IX (1980), p. 379**

recensione di

E. H. KADEN, *Le jurisconsulte Germain Colladon, ami de Jean Calvin et de Théodore de Bèze*: **III-IV (1974-75), p. 707**

ELLUL, Jacques

Réflexions sur la spécificité du droit: **II (1973), p. 7**

FAUCCI, Riccardo

Revisione del marxismo e teoria economica della proprietà in Italia, 1880-1900: Achille Loria (e gli altri): **V/VI (1976-77), p. 587**

Due libri sulla cultura economica in Italia nell'età del ' Socialismo della cattedra ': **X (1981), p. 355**

recensione di

P. SARACENO, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione. Linee di una analisi socio-politica del personale dell'alta magistratura italiana dall'unità al fascismo*: **X (1981), p. 290**

FIORAVANTI, Maurizio

Per l'interpretazione della giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento: problemi e prospettive (A proposito di Peter VON OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*): **V/VI (1976-77), p. 1097**

Un frammento di storia della cultura giuridica dell'Ottocento tedesco (A proposito del *Carteggio Jhering-Gerber 1849-1872*, a cura di Mario G. Losano): **VII (1978), p. 545**

Savigny e la scienza di diritto pubblico del diciannovesimo secolo: **IX (1980), p. 319**

Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca: **X (1981), p. 169**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

FISCHER, Michael

recensione di

I. TAMMELO, *Zur Philosophie des Überlebens*: **V/VI (1976-77), p. 982**

FRANCHI, Giuseppe

La Cassazione secondo Calamandrei. Una rilettura: **VII (1978), p. 565**

recensione di

M. VELLANI, *Il Pubblico Ministero nel processo*: **I (1972), p. 429**

GACTO FERNANDEZ, Enrique

recensione di

J. MARTINEZ GIJON, *La Compañia mercantil en Castilla hasta las Ordenanzas del Consultado de Bilbao de 1737. Legislación y doctrina*: **X (1981), p. 272**

GADAMER, Hans Georg

Emilio Betti und das idealistische Erbe: **VII (1978), p. 5**

GALGANO, Francesco

Proprietà e controllo della ricchezza: storia di un problema: **V/VI (1967-77), p. 681**

GALIZIA, Mario

Il ' positivisme juridique ' di Raymond Carré de Malberg: **II (1973), p. 335**

GERRATANA, Valentino

Antonio Labriola di fronte al socialismo giuridico: **III/IV (1974-75), p. 55**

GHISALBERTI, Carlo

recensione di

Projet du Code civil de la République Romaine (1798): **V/VI (1976-77), p. 954**

GIANNINI, Massimo Severo

Profili storici della scienza del diritto amministrativo: **II (1973), p. 179**

GIARRIZZO, Giuseppe

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 389**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

recensione di

Pietro Giannone e il suo tempo - Atti del Convegno di studi nel tricentenario della nascita: **X (1981), p. 260**

GIULIANI, Alessandro

recensione di

G. FASSÒ, *Vico e Grozio*: **II (1973), p. 731**

F. TODESCAN, *Lex, natura, beatitudo (Il problema della legge nella Scolastica spagnola del sec. XVI)*: **V/VI (1976-77), p. 985**

GONZALES ALONSO, Benjamin

Algunas consideraciones sobre la historia del derecho español (a proposito de FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*): **X (1981), p. 361**

GROSSI, Paolo

Pagina introduttiva: **I (1972), p. 1**

Usus facti - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova: **I (1972), p. 287**

Pagina introduttiva: **II (1973), p. 1**

Pagina introduttiva: **III/IV (1974-75), p. 1**

Pagina introduttiva: **V/VI (1976-77), p. 1**

Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà: **V/VI (1976-77), p. 201**

Pagina introduttiva: **VII (1978), p. 1**

Omaggio a Edoardo Ruffini (Discorrendo d'una singolare esperienza di studio e di due libri singolari): **VII (1978), p. 575**

Pagina introduttiva: **VIII (1979), p. 1**

Pagina introduttiva: **IX (1980), p. 1**

Introduzione ai lavori del Seminario internazionale di studio su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 15**

Pagina introduttiva: **X (1980), p. 1**

segnalazione di

Repertorium bibliographicum Institutorum et Sodalitatum Iuris Historiae: **III/IV (1974-75), p. 869**

Storia del pensiero economico - Bollettino di informazione: **III/IV (1974-75), p. 869**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Zeitschrift für historische Forschung: **III/IV (1974-75), p. 870**

Due nuovi periodici storico-giuridici nell'area ispana/ispano-americana: **VII (1978), p. 521**

' Momenti del pensiero giuridico moderno ': **VII (1978), p. 522**

' Il sangue e la terra ': **VII (1978), p. 523**

Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte: **VIII (1979), p. 417**

' Itinera juris ': *l'itinerario storico-giuridico di Alexander Beck*: **X (1981), p. 417**

' Savigny y la ciencia del derecho ': **X (1981), p. 418**

GUZMAN, Alejandro

Ensayo de una bibliografia para la historia de la codificación civil chilena: **VII (1378), p. 601**

HESPANHA, Antonio Manuel

L'histoire juridique et les aspects politico-juridiques du droit (*Portugal, 1900-1950*): **X (1981), p. 423**

HEYEN, Erk Volkmar

Positivistische Staatsrechtslehre und politische Philosophie zur philosophischen Bildung Otto Mayers: **VIII (1979), p. 275**

IRTI, Natalino

Problemi di metodo nel pensiero di Francesco Ferrara: **I (1972), p. 229**

Itinerari del negozio giuridico: **VII (1978), p. 395**

JANSSEN, Albert

Otto von Gierkes sozialer Eigentumsbegriff: **V/VI (1976-77), p. 549**

KADEL, Herbert

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 397**

KIEFNER, Hans

Ideal wird, was Natur war: **IX (1980), p. 515**

LALINDE ABADIA, Jesus

Una ideologia para un sistema (*La simbiosis histórica entre el iusnaturalismo castellano y la Monarquia Universal*): **VIII (1979), p. 61**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LEIVA, Alberto David

Los estudios de historia del derecho en la Republica Argentina durante los ultimos años: **VIII (1979), p. 455**

LIBERATI, Gianfranco

Il parlamento dei giuristi (A proposito di W. SIEMANN, *Die Frankfurter Nationalversammlung 1848-49 zwischen demokratischem Liberalismus und konservativer Reform*): **VIII (1979), p. 437**

LOMBARDI VALLAURI, Luigi

Storia e diario: **I (1972), p. 89**

recensione di

E. FUCHS, *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, vol. I: **II (1973), p. 734**

LOSANO, Mario G.

La fortuna di Hans Kelsen in Italia: **VIII (1979), p. 465**

Bismarck parla di Savigny con Jhering: **IX (1980), p.523**

Ricerche d'archivio su Jhering e Gerber: **X (1981), p. 149**

LOTTI, Luigi

recensione di

C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia (1848-1948)*: **III/IV (1974-75), p. 671**

LUIG, Klaus

Alphabetisches Verzeichnis der neueren Literatur über Friedrich Carl von Savigny (1779-1861): **VIII (1979), p. 501**

Bemerkungen zum Stand der Savigny-Forschung: **IX (1980), p. 417**

recensione di

W. WIEGAND, *Plus petitio*: **III/IV (1974-75), p. 749**

R. BRANDT, *Eigentumstheorien von Grotius bis Kant*: **V/VI (1976-77), p. 921**

T. HONSELL, *Die Quotenteilung im Schadenersatzrecht. Historische und dogmatische Grundlagen der Lehre vom Mitverschulden*: **VII (1978), p. 479**

N. HAMMERSTEIN, *Aufklärung und katholisches Reich*: **VIII (1979), p. 377**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MAFFEI, Domenico

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 395**

MAILLET, Jean

Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste: **II (1973), p. 111**

MALTER, Rudolf

Die Rezeption der Hermeneuthik Emilio Bettis in der deutschsprachigen Philosophie: **VII (1978), p. 143**

MANTELLO, Antonio

A proposito di Savigny: una riflessione sulle riflessioni: **IX (1980), p. 541**

MARCHETTI, Michele

La fortuna di Hans Kelsen in Italia: **VIII (1979), p. 465**

MARINI, Giuliano

Il rapporto Savigny-Hegel nella storiografia recente: **IX (1980), p. 113**

Replica nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 437**

recensione di

Jherings Erbe-Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolf von Jhering: **I (1972), p. 407**

A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*: **V/VI (1976/77), p. 951**

Savigny y la ciencia juridica del siglo XIX: **X (1981), p. 292**

H.-U. STÜHLER, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780-1815*: **X (1981), p. 308**

MARTONE, Luciano

Le prime leggi sociali nell'Italia liberale (1883-1886): **III/IV (1974-75), p. 103**

MAYER-MALY, Theo

recensione di

G. BERNERT, *Arbeitsverhältnisse im 19. Jahrhunder*: **III/IV (1974-75), p. 645**

Geschichte der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz - Teil I.: G. WESENER, *Römisches Recht und Naturrecht*: **VII (1978), p. 473**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

MAZZACANE, Aldo

Prospettive savignyane vecchie e nuove - I corsi inediti di metodologia: **IX (1980), p. 217**

Replica nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 451**

recensione di

W. WILHELM, *Metodologia giuridica del secolo XIX*: **III/IV (1974-75), p. 753**

MELIS, Guido

Gli studi recenti sull'Assemblea Costituente - Rassegna storiografica: **X (1981), p. 449**

MENGONI, Luigi

La polemica di Betti con Gadamer: **VII (1978), p. 125**

recensione di

F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*: **X (1981), p. 315**

MOHNHAUPT, Heinz

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 351**

MONTORZI, Mario

I processi contro Filippo Mazzei ed i liberali pisani del 1799 (ragguagli bibliografici su un ritrovamento archivistico): **X (1981), p. 53**

MORTATI, Costantino

Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt: **II (1973), p. 511**

MOTTE, Olivier

Savigny. Un retour aux sources: **IX (1980), p. 555**

MOZZARELLI, Cesare

recensione di

Crisi dello Stato e storiografia contemporanea: **X (1981), p. 239**

M. C. ZORZOLI, *Le tesi legali all'Università di Pavia nell'età delle Riforme, 1772-1796*: **X (1981), p. 318**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

NIGRO, Mario

Il 'segreto' di Gerber: **II (1973), p. 293**

OPOCHER, Enrico

Ricordo di Pietro Piovani: **X (1981), p. 523**

ORESTANO, Riccardo

Edificazione e conoscenza del 'giuridico' in Savigny - Tre motivi di riflessione: **IX (1980), p. 21**

ORRÙ, Giovanni

'Idealismo' e 'realismo' nel socialismo giuridico di Menger: **III/IV (1974-75), p. 183**

ORSINI, Raffaella

La fortuna di Hans Helsen in Italia: **VIII (1979), p. 465**

OTTE, Gerhard

Der sogenannte Mos geometricus in der Jurisprudenz: **VIII (1979), p. 179**

recensione di

J. EDELMANN, *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz*: **I (1972), p. 402**

R. SCHEUERMANN, *Einflüsse der historischen Rechtsschule auf die oberstrichterliche gemeinrechtliche Zivilrechtspraxis bis zum Jahre 1861*: **II (1973), p. 769**

W. WIEGAND, *Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit*: **VII (1978), p. 517**

OURLIAC, Paul

Propriété et droit rural: l'évolution du droit français depuis 1943: **V/VI (1976-77), p. 723**

PADOA SCHIOPPA, Antonio

recensione di

Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte: **VII (1978), p. 495**

PAONE, Pasquale

recensione di

M. GIULIANO, *Diritto internazionale*: **III/IV (1974-75), p. 679**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PARADISI, Bruno

Questioni fondamentali per una moderna storia del diritto: **I (1972), p. 7**

PERA, Giuseppe

recensione di

Dottrine giuridiche e ideologie sindacali: **III/IV (1974-75), p. 661**

PEREZ PRENDES, José Manuel

Bibliografia del pensamiento juridico español moderno: **I (1972), p. 449**

PESET, Mariano

Derecho y propiedad en la España liberal: **V/VI (1976-77), p. 463**

PETRONIO, Ugo

recensione di

G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*. I. *Assolutismo e codificazione del diritto*: **VII (1978), p. 500**

PIANO MORTARI, Vincenzo

Potere regio e consuetudine redatta nella Francia del Cinquecento: **I (1972), p. 131**

PICARD WEYL, Monique

Socialisme et justice dans la France de 1895: le ' bon juge Magnaud ': **III/IV (1974-75), p. 367**

PISANI, Mario

Quattro circolari sulla pubblicità del dibattimento: **II (1973), p. 703**

POCAR, Valerio

Riflessioni sul rapporto tra ' socialismo giuridico ' e sociologia del diritto: **III/IV (1974-75), p. 145**

RAGGI, Luigi

Savigny e Marx: **IX (1980), p. 567**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

RAISER, Ludwig

Das Eigentum im Deutschen Rechtsdenken seit 1945: **V/VI (1976-77), p. 753**

RAMM, Thilo

Juristensozialismus in Deutschland: **III/IV (1974/75), p. 7**

RANIERI, Filippo

Savigny e il dibattito italiano sulla Codificazione nell'età del Risorgimento - Alcune prospettive di ricerca: **IX (1980), p. 357**

REICH, Norbert

Der Juristensozialismus von Anton Menger (1841-1906) im neunzehnten Jahrhundert und heute: **III (1974-75), p. 157**

RESCIGNO, Pietro

Disciplina dei beni e situazioni della persona: **V/VI (1976-77), p. 861**

RITTSTIEG, Helmut

Die juristische Eigentumslehre in der Zeit des Nationalsozialismus: **V/VI (1976-77) p. 703**

RODOTÀ, Stefano

La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali: **V/VI (1976-77), p. 881**

RÜCKERT, Joachim

Der Unbekannte Savigny - Offene und verdeckte Lücken unserer Savigny-Kenntnis: **(1980), p. 401**

Zur Entstehung des modernen Berufsbeamtentums: **X (1981), p. 383**

RUFFILLI, Roberto

recensione di

S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*: **I (1972), p. 386**

RUTA, Leonardo

Tentativi di riforma dell'Università di Pisa sotto il Granduca Pietro Leopoldo (1765-90): **VIII (1979), p. 197**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

SANTARELLI, Umberto

Pietro Torelli storico del diritto privato: **X (1981), p. 221**

recensione di

F. GALGANO, *Le società di persone, società in genere, società in nome collettivo, società in accomandita semplice*: **II (1973), p. 742**

F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berucksichtigung der deutschen Entwicklung*: **II (1973), p. 775**

Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte - I. B. *Mittelalter (1100-1500)*: **III/IV (1974-75), p. 692**

Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte - II. B. *Neuere Zeit (1500-1800)*. I. *Wissenschaft*; II. *Gesetzgebung und Rechtssprechung*: **VII (1978), p. 474**

SBRICCOLI, Mario

Dissenso politico e diritto penale in Italia fra Otto e Novecento: **II (1973), p. 607**
Il diritto penale sociale (1885-1912): **III/IV (1974-75), p. 557**

Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano: **III/IV (1974-75), p. 873**

recensione di

G. TARELLO, *Le ideologie della Codificazione nel secolo XVIII*: **I (1972), p. 422**
Materiali per una storia della cultura giuridica, vol. II: **II (1973), p. 763**
R. AJELLO, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*: **VII (1978), p. 455**

A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*: **VII (1978),** p. **466**

Des libertés et des peines. Actes du Colloque Pellegrino Rossi: **X (1981), p. 243**

SCHIAVONE, Aldo

Il Nome» e «la Cosa». Appunti sulla romanistica di Emilio Betti: **VII (1978), p. 293**

La nascita del pensiero giuridico borghese in Germania - Formalismo della legge e formalismo della libertà nella polemica di Hegel con Savigny: **IX (1980), p. 165**

Replica nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **X (1980), p. 443**

recensione di

R. BONINI, *I Romanisti e il I libro del codice civile del 1942*: **III/IV (1974-75), p. 650**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

SCHIERA, Pierangelo

recensione di

Staatsräson-Studien zur Geschichte eines politischen Begriffs: **V/VI (1976-77), p. 970**

M. STOLLEIS, *Arcana Imperii und Ratio Status. Bemerkungen zur politischen Theorie des frühen 17. Jahrhunderts*: **X (1981), p. 301**

SCHLOSSER, Hans

Rationalität, Systemperfektion und soziale Reform durch Kodifikation? (Zu: *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, B. I, II, III): **VII (1978), p. 583**

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 427**

Folgen der Industrialisierung für das Instrumentarium der « Zivilrechtsgesellschaft » im 19. Jahrhundert (Zu: *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, B. IV, V): **X (1981), p. 403**

SCHOLZ, Johannes-Michael

Eigentumstheorie als Strategie portugiesischen Bürgertums von 1850: **V/VI (1976-77), p. 339**

Penser les institutes hispano-romaines: **VIII (1979), p. 157**

SCHRÖDER, Jan

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 343**

SCHWAB, Dieter

Die Familie als Vertragsgesellschaft im Naturrecht der Aufklärung: **I (1972), p. 357**

Arbeit und Eigentum. Zur Theorie ökonomischer Grundrecht im 19. Jahrhundert: **III/IV (1974-75), p. 509**

SEELMANN, Kurt

Zur Marxinterpretation bei Anton Menger, Gustav Radbruch und Karl Renner: **III/IV (1974-75), p. 73**

SORIA, Donatella

La fortuna di Hans Kelsen in Italia: **VIII (1979), p. 465**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

SPAGNESI, Enrico

recensione di

A. LIVA, *Notariato e documento notarile a Milano. Dall'alto medioevo alla fine del Settecento*: **X (1981), p. 263**

STOLLEIS, Michael

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 339**

recensione di

D. KLIPPEL, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*: **VII (1978), p. 491**

S. PFEIFFER-MUNZ, *Soziales Recht ist deutsches Recht. Otto von Gierkes Theorie des sozialen Rechts untersucht anhand seiner Stellungnahmen zur deutschen und schweizerischen Privatrechtskodifikation*: **X (1981), p. 280**

TARELLO, Giovanni

recensione di

A. J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*: **I (1972), p. 379**

N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*: **V/VI (1976-77), p. 932**

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 387**

TODESCAN, Franco

recensione di

F. CARPINTERO BENITEZ, *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vazquez de Menchaca*: **VII (1978), p. 462**

TRUYOL SERRA, Antonio

recensione di

J. MANZ, *Emer de Vattel. Versuch einer Würdigung*: **II (1973), p. 756**

W. PREISER, *Macht und Norm in der Völkerrechtsgeschichte*: **X (1981), p. 283**

UNGARI, Paolo

Per la storia dell'idea di Codice: **I (1972), p. 207**

Saggi recenti in tema di Codificazioni - Ragguaglio: **II (1973), p. 778**

recensione di

La formazione storica del diritto moderno in Europa: **V/VI (1976-77), p. 941**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

VAN DEN BERGH, G. C. J. J.

recensione di

R. FEENSTRA - C. J. D. WAAL, *Seventeenth Century Leyden Law Professors and their influence on the development of the civil law. A study of Bronchorst, Vinnius and Voet*: **V/VI (1976-77), p. 930**

VASOLI, Cesare

Enciclopedismo, pansofia e riforma « metodica » del diritto nella ' Nova Methodus ' di Leibniz: **II (1973), p. 37**

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 375**

recensione di

C. PERELMAN, *Diritto, morale e filosofia*: **III/IV (1974-75), p. 722**

V. PIANO MORTARI, *Diritto, Logica, Metodo nel secolo XVI*: **VIII (1979), p. 395**

VIDAL, Michel

La propriété dans l'école de l'exégèse en France: **V/VI (1976-77), p. 7**

WESTEN, Klaus

Theorethische Begründung und rechtliche Ausgestaltung des persönlichen Eigentums in den sozialistischen Staaten: **V/VI (1976-77), p. 779**

WEYL, Roland

Socialisme et justice dans la France de 1895: le ' bon juge Magnaud ': **III/IV (1974-75), p. 367**

WIEACKER, Franz

Wandlungen der Eigentumsverfassung ' revisited: **V/VI (1976-77), p. 841**

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 303**

WIEGAND, Wolfgang

recensione di

S. BUCHHOLZ, *Abstraktionsprinzip und Immobiliarrecht-Zur Geschichte der Auflassung und der Grundschuld*: **VIII (1979), p. 372**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ZANFARINO, Antonio

La proprietà nel pensiero di Proudhon: **V/VI (1976-77), p. 165**

recensione di

Materiali per una storia della cultura giuridica, vol. I: **I (1972), p. 143**

ZOLO, Danilo

recensione di

H. KELSEN, *Socialismo e Stato*: **VIII (1979), p. 382**

ZORRAQUIN BECÙ, Ricardo

recensione di

V. TAU ANZOATEGUI, *La codificacion en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas juridicas*: **VIII (1979), p. 413**

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano